



CONSEJO DE LA
JUDICATURA
FEDERAL



*“Los Influjos de la Declaración Americana
de los Derechos y Deberes del Hombre.
Una Mirada desde la Judicatura”.*



***"Los Influjos de la Declaración Americana
de los Derechos y Deberes del Hombre.
Una Mirada desde la Judicatura".***

CONTENIDO

Presentación

LOS INFLUJOS DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. UNA MIRADA DESDE LA JUDICATURA.

Ministro Luis María Aguilar Morales

9

CAPÍTULO I.

DERECHOS DE IGUALDAD Y LIBERTADES INTRÍNSECAS

PLURALISMO, APERTURA Y TOLERANCIA: VALORES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DEBATE DELIBERATIVO PÚBLICO.

Octavio Ramos Ramos

13

LA ATENUANTE DE EMOCIÓN VIOLENTA: DESENMASCARANDO LA VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES EN LA LEGISLACIÓN A PARTIR DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL SER HUMANO.

Mauricio Barajas Villa

23

ENFOQUE DIFERENCIAL EN LA GESTIÓN Y TRANSPARENCIA JUDICIAL DE LOS CASOS QUE INVOLUCREN A PERSONAS EN SITUACIÓN VULNERABLE; CLAVE FUNDAMENTAL EN LA EFICAZ GARANTÍA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Mauricio Barajas Villa

39

EL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LOS INMUEBLES DESTINADOS AL CULTO. ESTUDIO COMPARADO MÉXICO-ESPAÑA DESDE LA ÓPTICA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA.

Israel Flores Rodríguez

Mauricio Martínez Wittig

55

DERECHO DE PROTECCIÓN CONTRA LA DETENCIÓN ARBITRARIA.	
<i>Judith Viviana Juárez Vázquez</i>	73
LOS DERECHOS HUMANOS DE LIBRE ASOCIACIÓN Y DE TRABAJO LÍCITO, SU CUESTIONAMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL ANTE LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE LOS ABOGADOS EN MÉXICO.	
<i>Jorge Sebastián Martínez García</i>	83
ACCESO A LA JUSTICIA PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UN PASO PARA FORTALECER LA VIGENCIA DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.	
<i>José Alfonso Montalvo Martínez</i>	123
LA JUDICATURA FEDERAL FREnte A LA DETENCIÓN ARBITRARIA.	
<i>David Rodríguez Matha.</i>	
<i>Jorge Luis Barrera Vergara.</i>	145
LA INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN EL SISTEMA MEXICANO.	
<i>Benjamín Rubio Chávez</i>	157
CAPÍTULO II.	
DERECHOS FAMILIARES, SEXUALES Y REPRODUCTIVOS	
ALIMENTOS PARA LAS MUJERES DESPUÉS DE CONCLUIDO EL VÍNCULO JURÍDICO QUE GENERA ESE DERECHO. UNA VISIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN DERECHOS HUMANOS (10 DE JUNIO DE 2011).	
<i>Guillermo Esparza Alfaro</i>	223
EL EMBARAZO EN ADOLESCENTES EN MÉXICO UN PROBLEMA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS.	
<i>Laura Ruiz García</i>	241
CAPÍTULO III	
ACCESO A LA JUSTICIA, DEBIDO PROCESO Y PROTECCIÓN JUDICIAL	
EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA.	
<i>Rubén David Aguilar Santibáñez</i>	261
UNA MIRADA AL ACCESO A LA JUSTICIA Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DEFENSA PÚBLICA Y LAS BUENAS PRÁCTICAS JURISDICCIONALES.	
<i>José Faustino Arango Escámez</i>	295
DEBIDO PROCESO Y PROTECCIÓN JUDICIAL PARA LAS VÍCTIMAS MIGRANTES MENORES; DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS.	
<i>Édgar Raúl Mendoza Ochoa.</i>	311
LA PONDERACIÓN EN LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN EL JUICIO DE AMPARO.	
<i>Jorge Alberto Orantes López</i>	323
ANÁLISIS DEL PELIGRO DE SUSTRACCIÓN DEL IMPUTADO EN EL PROCESO A LA LUZ DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.	
<i>Ricardo Paredes Calderón</i>	339

CAPÍTULO IV.
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

**EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS POR
PARTICULARES EN EL CONTEXTO DE LOS USOS Y COSTUMBRES DE LA
ASAMBLEA COMUNITARIA EN OAXACA.**

Elizabeth Franco Cervantes 355

TRABAJO DOMÉSTICO Y SEGURIDAD SOCIAL.

Miguel Mendoza Montes. 375

**LA VULNERABILIDAD Y LA BIOÉTICA. SU INTERRELACIÓN CON
INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL Y EL AMPARO.**

Sergio Javier Molina Martínez. 393

CAPÍTULO V.
DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

LA PROPIEDAD COMO DERECHO HUMANO.

Leopoldo Burriel Huerta. 409

**RACIONALIZACIÓN DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN LOS DELITOS
POLÍTICOS: UNA PROPUESTA DESDE LA JUDICATURA.**

Mauricio Barajas Villa 419

**DEBER DEL CIUDADANO MEXICANO DE SERVIR A LA COMUNIDAD Y A LA
NACIÓN, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO XXXIV DE LA DECLARACIÓN
AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.**

Juan Marcos Dávila Rangel. 435

Presentación

LOS INFLUJOS DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. UNA MIRADA DESDE LA JUDICATURA

MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES

La presente obra es el resultado de los esfuerzos colectivos de las y los jueces y magistrados federales en un intento de conmemorar el septuagésimo aniversario de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹, la cual fue adoptada meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y subrayó el compromiso de la región en la protección internacional de los derechos humanos, sentando las bases futuras para la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o *Pacto de San José de Costa Rica*, que fue aprobada en 1969 y ratificada por México en 1981.

La Declaración Americana ocasionó un impacto a nivel mundial por ser el primer documento formal de derechos humanos en donde se plasmó claramente la idea de que el ser humano es titular de derechos que por su naturaleza son inalienables e imprescriptibles y el Estado es responsable de salvaguardar y proteger el desarrollo de los mismos.

En ese entendido, cabe recordar que la Declaración Americana está formada por dos capítulos, *el primero*, está relacionado con los derechos de las personas y se encuentra integrado por veintiocho artículos y *el segundo*, se contiene los deberes de las personas, y se integra por diez artículos.

Con el fin de establecer una correcta metodología y acceso fácil de lectura al lector de la presente obra, al momento de realizar la compilación de los ensayos aportados por las y los jueces y

¹En la misma Conferencia, se aprobó el Convenio Económico de Bogotá, que se propuso fomentar la cooperación económica entre los Estados americanos, pero que nunca entró en vigencia.

magistrados federales, se organizaron cinco ejes temáticos, las cuales son los siguientes:

- 1.- Igualdad y libertades intrínsecas
- 2.- Derechos Familiares, sexuales y reproductivos
- 3.- Acceso a la justicia, debido proceso y protección judicial
- 4.- Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- 5.- Derechos Civiles y Políticos

Con base en lo anterior, la presente publicación pretende otorgar una mirada desde la judicatura, mediante la compilación de ensayos elaborados por las y los titulares de los diferentes órganos jurisdiccionales de los circuitos de la Nación, reconociendo la importancia de conmemorar los 70 años de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como sensibilizar y promover la cultura de los derechos humanos desde su labor cotidiana en la impartición de justicia.

Luis María Aguilar Morales
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

CAPÍTULO

DERECHOS DE IGUALDAD Y LIBERTADES INTRÍNSECAS

PLURALISMO, APERTURA Y TOLERANCIA: VALORES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DEBATE DELIBERATIVO PÚBLICO.

OCTAVIO RAMOS RAMOS

En el ámbito de la Libertad de Expresión, el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹ establece que **toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión, de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio**. Lo cual, se configura en un mandato de optimización que busca realizar en la mayor medida posible lo consagrado dentro del ámbito jurídico real existente de las personas; por tanto, constituyen principios fundamentales del reconocimiento de derechos humanos² que influyen, tanto en la judicatura internacional, como en la nacional.

Con la finalidad de justificar dicha afirmación, resulta conveniente precisar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, no es propiamente un tratado internacional en el sentido de la Convención de Viena³, dado que no fue adoptada como tal, ni tampoco se estableció algún procedimiento para que pudiese pasar a ser un tratado, en razón de que fue concebida como el sistema inicial de protección de derechos humanos que los Estados Americanos consideraron adecuado a las circunstancias sociales y jurídicas de ese momento, precisando que debía ser fortalecido en el campo internacional, a medida que esas circunstancias fueren más propicias⁴.

¹ Aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana en la ciudad de Bogotá, Colombia, en 1948. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

² Alexy Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, página 86.

³ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue suscrita en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia 27 de enero de 1980. El artículo segundo de dicha Convención define al tratado internacional. https://www.oas.org/xxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

⁴ Párrafos 33 y 34 de la Opinión Consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1989, en la que se planteó la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, formulada por el Gobierno del Estado de Colombia. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf

Lo anterior no implica que la citada Declaración carezca de efectos en el ámbito del sistema contencioso internacional de protección de los derechos humanos, en específico de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de la cual se ha nutrido la juzgatura nacional⁵ al encontrarse sujeta a la referida competencia contenciosa internacional⁶.

Por su parte, en la Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, se planteó ante la CIDH la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁷, en la que se determinó que la referida Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar el referido Pacto, sin integrar las normas pertinentes de la Declaración Americana, tal como se aprecia de la práctica seguida por los órganos de la OEA⁸.

De ahí, que la circunstancia de que la Declaración Americana no sea un tratado internacional no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos en el ámbito contencioso internacional, ni a que la CIDH esté imposibilitada para interpretarla,

5 Jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) P.J. 21/2014 (10a.) de rubro: JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Con Núm. de Registro: 2006225.

6 El 22 noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA. <http://corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh> la cual de conformidad con lo previsto en el artículo 133 de la Constitución Federal Mexicana, fue aprobada por el Senado de la República, el día 18 de diciembre de 1980, tal como se desprende del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4645612&fecha=07/05/1981

7 Cfr. Párrafos 43, 44, 45 y 47 de la Opinión Consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1989. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf

8 Artículo 64.1. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que le compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

en consecuencia es posible establecer que las resoluciones emitidas por la referida jurisdicción contenciosa internacional, son un reflejo de la interpretación y aplicación, tanto de la referida Declaración, como del Pacto de San José, y dada su relevancia y vinculación, es incuestionable su influencia en diversas sentencias de la juzgatura mexicana.

Con la finalidad de obtener evidencia de lo anterior, se procedió a la consulta del Semanario Judicial de la Federación, observando que la citada Declaración Americana se ha incorporado a tesis de jurisprudencia y tesis aisladas del máximo tribunal del país, a partir de la décima época, esto es del 4 de octubre de 2011 en adelante; lo cual se explica con motivo del cambio de paradigma constitucional derivado de la reforma en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011.

Dicha influencia, se ha materializado únicamente en 12 criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), de los cuales 5 son Jurisprudencias y 7 Tesis Aisladas, relativas al derecho a la educación, a la igualdad ante la ley, al derecho de seguridad social, y al derecho a ser juzgado sin demora (ver anexo 1), sin que en el caso se advierta referencia a temas sobre **libertad de investigación, de opinión, de expresión y difusión del pensamiento**; sin embargo, es evidente que al retomarse precedentes paradigmáticos de la CIDH, en los que se interpreta y aplica el Pacto de San José⁹, se materializa la irradiación de los mandatos de optimización contenidos en la Declaración Americana, dado que como ya se precisó fue concebida como el sistema inicial de protección de derechos humanos.

En efecto, en lo relativo a la libertad de expresión se han fijado criterios que encuentran respaldo en precedentes de la CIDH, tal es el caso de la jurisprudencia de rubro “**LIBERTAD DE EXPRESIÓN**”.

9 Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual esencialmente indica que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Anexo 1

SCJN Consulta efectuada el 29 de agosto de 2018.	Primera Sala	Segunda Sala
Jurisprudencia	<p>-1a./J. 78/2017 (10a.); Derecho a la educación (artículo XII), N° de registro SJF: 2015300.</p> <p>-1a./J. 30/2017 (10a.); Derecho de igualdad ante la ley (artículo II), N° de registro SJF: 2014099.</p>	<p>-2a./J. 154/2015 (10a.); Derecho de igualdad ante la ley, (artículo II), N° de registro SJF: 2010623.</p> <p>-2a./J. 8/2015 (10a.) y 2a./J. 7/2015 (10a.); Derecho de seguridad social, (artículo XVI), N° de registro SJF: 2008423 y 2008425.</p>
Tesis Aisladas	<p>-1a. XXXIX/2017 (10a.) y 1a. XLI/2017 (10a.); Derecho a la verificación sin demora y ser juzgado en caso de prisión preventiva (artículo XXV), N° de registro SJF: 2014013 y 2014014.</p> <p>-1a. CCLXXXIV/2016 (10a.), 1a. CLXVIII/2015 (10a.) y 1a. CLXIX/2015 (10a.); Derecho a la educación (artículo XII), N° de registro SJF: 2013205, 2009184 y 2009189.</p> <p>-1a. CLXXVI/2012 (10a.); Derecho de igualdad ante la ley, (artículo II), N° de registro SJF: 2001303.</p>	<p>-2a. CXXVII/2013 (10a.); Derecho de igualdad ante la ley, (artículo II), N° de registro SJF: 2005258.</p>

SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA.”¹⁰

En dicho criterio, la Primera Sala de la SCJN precisó que para el análisis de los límites a la libertad de expresión, se ha adoptado el sistema dual de protección, según el cual los límites de crítica son más amplios cuando ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública, toda vez que en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública, citando como respaldo (argumento válido, relevante y suficiente para justificar la conclusión)¹¹ que la CIDH en los **Casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica y Kimel vs. Argentina**, ha sostenido que el umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada; por tanto, las personas no estarán sometidas a un mayor escrutinio de la sociedad en su honor o privacidad durante toda su vida, sino que dicho umbral de tolerancia deberá ser mayor solamente mientras realicen funciones públicas o estén involucradas en temas de relevancia pública, lo cual no implica que se les prive de su derecho al honor, sino simplemente que el nivel de intromisión admisible será mayor, aunque deben estar relacionadas con aquellos asuntos que sean de relevancia pública.

Por su parte, en el **Caso Herrera Ulloa¹² vs. Costa Rica¹³** la CIDH estableció que la libertad de pensamiento y de expresión tiene

10 Jurisprudencia 1a. /J. 38/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, t. 1, Abril de 2013, p. 538.

11 Atienza Manuel. Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. Pag. 86.

12 Periodista condenado penal y civilmente, por haber publicado en 1995, en el periódico “La Nación” artículos en los que reprodujo reportajes de la prensa Belga, atribuyendo hechos ilícitos a un diplomático de Costa Rica en su carácter de representante en la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria. *Cfr. párrafo 95 e incisos de la sentencia.*

13 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

dos dimensiones una individual y otra colectiva o social, la primera no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios; en tanto que la segunda dimensión implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros; por lo que, para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

En ese orden, las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.

En el **Caso Kimer¹⁴ vs. Argentin¹⁵** la CIDH señaló que quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social; ésta requiere, por una parte, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o

¹⁴ Periodista, escritor e investigador histórico condenado a prisión, por haber publicado en 1989, el libro “La masacre de San Patricio” en el que criticó el resultado de la investigación del asesinato de 5 religiosos durante la última dictadura militar en 1976, señalando que el juez que conoció del asunto, a pesar de tener elementos decisivos para esclarecer los asesinatos no fueron tomados en cuenta, al advertir que la evidencia había partido de la entraña del poder militar, llevándola a un punto muerto. Cfr. Párrafos 41, 42 43 y 44 de la sentencia.

¹⁵ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

De ahí, que la protección del derecho a la libertad de expresión adquiere una mayor dimensión en el ámbito público, por lo que para que sean compatibles con la Convención Americana las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, ponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención Americana garantiza y no lo limiten más de lo estrictamente necesario. De ahí, que la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, conclusión que a su vez fue retomada de otro precedente que es el **Caso Ivcher Bronstein¹⁶ Vs. Perú¹⁷**.

Otra sentencia de especial relevancia que es retomada frecuentemente por la propia CIDH es el **Caso Palamara Iribarne¹⁸ vs. Chile¹⁹**, en la que se precisa la imperante necesidad de reconocer que el redimensionamiento de la libertad de expresión sólo se logrará a través de una plena democracia, porque en ésta coexisten un pluralismo de amplio espectro hacia todas las perspectivas de expresión, así como una acentuada tolerancia en torno de aquellas posiciones que en nombre de la democracia ejercen su derecho a expresarse libremente, y por último, una exigible apertura que ha de subyacer bajo el principio de progresividad.

¹⁶ El Estado de Perú privó al señor Ivcher arbitrariamente del carácter de ciudadano por naturalización al ser de origen Israelí, con el objeto de desplazarlo del control editorial de un Canal de televisión y de coartar su libertad de expresión, la cual se manifestó, a través de denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de actos de corrupción del gobierno.

¹⁷ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf Cfr. párrafo 155.

¹⁸ El señor Humberto Antonio Palamara Iribarne ingresó a la Armada de Chile en 1972, y a fines de 1992 escribió el libro “Ética y Servicios de Inteligencia”; en el caso se violó su derecho de libertad de expresión al confiscarse la obra por parte del gobierno militar chileno, a raíz de sus críticas al Servicio de Inteligencia.

¹⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

Lo anterior, en razón de que el control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, por lo que es indispensable una mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público, lo cual se explica a través de tres valores fundamentales de la democracia con los que convive, sin los cuales difícilmente puede concebirse su pleno ejercicio:

- **Pluralismo.** Debe aceptarse que la colectividad está integrada por una diversidad de personas que tienen sus propias creencias y convicciones, lo cual genera distintas ideas, opiniones e informaciones.
- **Apertura.** Debe admitirse como un camino para el progreso, la posibilidad que ofrece la reflexión sobre posturas diferentes a las que tiene la mayoría, ya que han sido precisamente aquellas ideas antes no pensadas ni discutidas, e incluso, en un primer momento rechazadas, las que han logrado un cambio en la sociedad.
- **Tolerancia.** Debe entenderse que la democracia y la paz social descansan en el necesario respeto y reconocimiento de las ideas, creencias, modo de vida o prácticas lícitas que tienen los demás, las que, aun cuando no se comparten, merecen ser aceptadas, aprobadas y hasta soportadas.

En consecuencia, al maximizar el derecho humano de libertad de expresión, en todo momento se deben garantizar por lo menos tres aspectos:

- a) Cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los gobiernos, gobernantes, autoridades e instituciones públicas;
- b) Discrepar y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones, a fin de posibilitar una opinión pública informada, en la que la

ciudadanía esté en condiciones de formarse un criterio respecto de la actuación y resultado de la gestión pública y tener mejores elementos para formarse un criterio con relación al cumplimiento de las ofertas y programas que los llevaron al poder, como instrumento eficaz y real para que la sociedad esté en posibilidad de participar activamente en la toma de decisiones; y

c) tratándose de figuras públicas, la aceptación de una crítica **severa, cáustica, incómoda o desagradable**, en un marco de apertura, pluralismo y tolerancia de ideas, opiniones y juicios.

En conclusión, es posible establecer que en el ámbito de la libertad de expresión el derecho de los ciudadanos encuentra sustento en el **pluralismo, la apertura y la tolerancia**, por lo que es, a través del tamiz de estos valores que deben analizarse los conflictos cuando se involucre la libertad de expresión y el traspaso de sus límites en el debate deliberativo público, por lo que sin duda resultan de especial relevancia los principios fundamentales del reconocimiento de derechos humanos contenidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al ser la base del sistema inicial de protección de derechos humanos que los Estados Americanos se han impuesto y consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, mismos que como ya se precisó influyen en la juzgatura mexicana.

Bibliografía

- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- Opinión Consultiva OC-10/89 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf
- Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: <http://corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>
- Decreto de Promulgación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4645612&fecha=07/05/1981
- Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
- Caso Kimel Vs. Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf
- Caso Ivcher Bronstein Vs Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf
- Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf
- Jurisprudencia 1a./J. 38/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, t. 1, Abril de 2013, p. 538.
- Jurisprudencia P./J. 21/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, t. I, Abril de 2014, p. 204.

LA ATENUANTE DE EMOCIÓN VIOLENTA: DESENMASCARANDO LA VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES EN LA LEGISLACIÓN A PARTIR DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL SER HUMANO.

*MAURICIO BARAJAS VILLA**

I. Introducción

A pesar de los innegables esfuerzos institucionales, convencionales y normativos por erradicar la violencia y discriminación contra la mujer México, como muchos países de América Latina, enfrenta un grave y creciente problema en esa materia, y aunque el fenómeno es reconocible, los índices y datos oficiales, o incluso los provenientes de organizaciones no gubernamentales, no parecen dar cuenta fiable para un diagnóstico que permita dimensionar el problema, lo cual se debe, entre otras cosas, al desinterés y deficiencia de los sistemas de gestión para la correcta identificación y registro de los casos.

A setenta años de la aprobación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, es patente cómo, aunque a traspiés, se ha venido quitando, por decirlo de algún modo, esa pegajosa envoltura que obstaculizaba el reconocimiento de que las mujeres han sido, como también lo son, destinatarias de dicho instrumento internacional¹.

Esa pegajosa envoltura puede ser asimilada a un pesado velo o máscara magnética que vez tras vez, no solo se reproduce en creencias, lenguaje, costumbres, humor y demás expresiones culturales de estos pueblos americanos, sino que también encuentra un poderoso incentivo, y quizás buena parte de sus raíces, en la tradición normativa y en su aplicación cotidiana en los tribunales.

Frente a tal desafío, constituye una de las misiones fundamentales de la juzgatura desenmascarar las normas y

* Magistrado del Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Vigésimo Segundo Circuito, con sede en Querétaro, Querétaro.

¹ A eso obedece la cursiva en el título de este ensayo, sin dejar de observar que, en las consideraciones previas de dicha Declaración, los Estados reconocieron que el fundamento de los derechos descansa en los atributos esenciales de la persona humana.

prácticas que replican y mantienen contextos de violencia y discriminación en contra de la mujer, a través de los instrumentos de garantía de protección de los derechos humanos como son los mecanismos de control de convencionalidad y constitucionalidad de dichas normas jurídicas.

En este ensayo pretende demostrar lo anterior a partir de un caso concreto, pues permite ver la ingente tarea de controlar las normas y prácticas en que subyacen esos nocivos efectos, que de no ser identificados y eliminados, refuerzan y normalizan la reproducción del fenómeno discriminatorio y de violencia contra la mujer. Además recoge una apretada relatoría del proyecto original que en su momento fue oportunamente publicitado por contener temas de constitucionalidad y que finalmente quedó glosado al toca de amparo directo penal de referencia.

II. Amparo Directo Penal 212/2017: Inconvencionalidad del “estado de emoción violenta” como atenuante en el homicidio de mujeres²

La mañana de un lunes de octubre de dos mil doce, fue asesinada por estrangulamiento la joven Mónica*, madre de Mario* y Daniela*, menores de cinco y diez años, respectivamente.

El autor material directo de dicho homicidio fue, su hasta entonces esposo, Pedro*, quien cegado por la ira incontrolada del momento debido a que su esposa parecía mantener una relación romántica con otra persona del sexo opuesto, cometió dicho homicidio.

Luego de haber sido acusado por homicidio calificado por cuyo rango punitivo habría alcanzado una pena no menor de treinta y dos años de prisión, las autoridades jurisdiccionales, descartaron la existencia de calificativas como traición y la relativa a la comisión

² Resuelto por sentencia del Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Segundo Circuito dictada en sesión de uno de febrero del dos mil dieciocho, por mayoría de votos, contra el voto particular del Magistrado Mauricio Barajas Villa, respecto a la concesión del amparo por las violaciones formales y por unanimidad de votos en cuanto a la concesión del amparo respecto a la reparación pecuniaria.

* Los nombres han sido cambiados en atención a la protección de datos personales.

del homicidio por asfixia, y en su lugar, acogieron la atenuante relativa al estado de emoción violenta, de suerte que la condena finalmente se vio reducida a cuatro años y seis meses y medio de prisión, multa de más de trece mil pesos, y poco más de cincuenta y tres mil pesos por concepto de reparación del daño³.

Pues bien, en dicho caso sostuve la inaplicación de la disposición normativa relativa al denominado estado de emoción violenta como atenuante del homicidio⁴ de la mujer *infiel* y, además, la concesión del amparo para que no se tope el monto de la reparación pecuniaria, siguiendo precedente vinculante de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La aplicación de dicha atenuante -a mi parecer- fue el factor preponderante de las demás violaciones formales y de fondo por las cuales, finalmente y por mayoría, se concedió el amparo con el propósito o para efectos de purgarlas⁵. En mi disenso sostuve que esa necesaria inconvencionalidad opera como el remedio medular sobre el que descansa la posibilidad de purgar en vía de consecuencia tales vicios constitucionales.

A partir del contraste de dicha disposición con el parámetro de regularidad constitucional quedó demostrado de manera patente la

³ El caso no fue investigado como feminicidio debido a que dicha figura delictiva no se encontraba vigente al momento de los hechos, pues estos ocurrieron en octubre de dos mil doce, mientras que aquel delito especial cobró vigencia a partir de junio de dos mil trece.

⁴ Artículo 125.- Al que prive de la vida a otra, se le impondrá prisión de 7 a 15 años y multa de cien a quinientos días multa.

ARTICULO 134.- Se impondrá de un mes a 9 años de prisión y de 50 a 400 días multa, al que cause cualquier tipo de lesiones u homicidio, en los siguientes casos:

I.- En estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable (...)

5 Los efectos del amparo fueron para:

Emitir una nueva sentencia reiterando la existencia del delito de homicidio y la plena responsabilidad penal del sentenciado; examinar nuevamente si concurrió la citada atenuante antes de analizar las calificativas, sin omitir estudiar los agravios planteados por la madre de la víctima del delito y titular de la patria potestad de los menores hijos, así como las pruebas dirigidas a demostrar la no actualización de la atenuante, consistentes en el perfil psicológico del acusado, su declaración acerca de la ausencia de vida en pareja con la víctima, sus vivencias con ella por su supuesta infidelidad, la declaración de la hija acerca de actos violentos del activo hacia la pasiva y las demás pruebas tendentes a acreditar las calificativas de asfixia y traición; prescindir del tope normativo laboral para determinar el monto de reparación del daño y resolver con plena jurisdicción, sin incurrir en las violaciones que dieron pauta a la concesión del amparo.

inconvencionalidad de dicha ventaja punitiva en favor del homicida, con base en el principio de progresividad, mediante el análisis histórico, sistemático y funcional del origen y evolución del estado de emoción violenta como atenuante, lo cual además se encuentra respaldado por el ejemplo de precedentes similares de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶.

De esta manera, destaque que este plausible precedente judicial de inconvencionalidad, habría podido tener el carácter de elemento de satisfacción no pecuniaria, tendente a garantizar la no repetición, lo cual es conforme con la reparación integral a favor de las víctimas. Para ello fue menester echar mano de la suplencia de queja, en este caso reforzada, y establecer su estrecha relación con el control de regularidad constitucional.

II.I. Control de convencionalidad de disposiciones sustantivas a cargo de Tribunales Colegiados de Circuito

Uno de los argumentos de la mayoría para oponerse a la inconvencionalidad propuesta, fue la tesis aislada IX/2015, del Pleno de la Suprema Corte derivada de la ejecutoria del amparo directo en revisión 1046/2012 en el cual se sostuvo que los Tribunales Colegiados de Circuito se encuentran vinculados a ejercer control difuso y ex officio de convencionalidad pero exclusivamente respecto de una gama reducida de normas adjetivas aplicables en el juicio de amparo, esto es, que dicho control difuso solo podría hacerse respecto de la Ley de Amparo, Código Federal de Procedimientos Civiles y Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

⁶ Sobre el particular, en el proyecto se realizó un estudio comparado de la evolución legislativa de los códigos penales de los Estados de la República; en ese sentido, merece especial mención el caso del Estado de México cuyo Código Penal fue reformado en marzo de 2011, con el explícito propósito de proteger a la mujer derogando parcialmente la atenuante de emoción violenta, mediante su inaplicación a casos de feminicidio. Sin embargo, en el proyecto se demostró que tal medida ilustra muy bien el caso de una ley que solo se maquilla para dejar que el pesado velo de la discriminación estructural, vuelva a ocultar esos casos de violencia, pues en aquellos asuntos en que la muerte de una mujer, aun en un contexto de violencia de género, sea investigado, consignado y jurisdiccionalmente calificado como homicidio y no como feminicidio, dicha atenuante a final de cuentas seguirá siendo aplicable.

Al respecto, sostuve que tal precedente no era aplicable al caso pues el control propuesto no se hacía de manera difusa sino concentrada en suplencia de queja reforzada, y agregué que como aislado no solo no es vinculante, sino que además es *inestable*, atendiendo a que a pesar de su publicación hasta agosto de 2015 no ha sido reiterado, porque la *ratio decidendi* no concuerda con la postura de cada ministro, aun respecto de quienes integraron la mayoría, también porque la votación no alcanzó los ocho votos necesarios para sentar el primero de cinco precedentes eventualmente ininterrumpidos para integrar tesis de jurisprudencia por reiteración, además de que contiene argumentos de los que se ha venido apartando gradual y sucesivamente la propia Suprema Corte, sobre todo si se aprecia la evolución de la línea jurisprudencial que el mismo máximo Tribunal ha desarrollado al respecto, más recientemente, durante esta Décima Época⁷.

II.II. Marco convencional de protección de los derechos de las mujeres y suplencia de la queja reforzada

El Estado Mexicano como miembro de la Organización de Estados Americanos, en el devenir de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del ser humano, ha llegado al punto de constitucionalizar el compromiso de protección de los derechos fundamentales de las personas y, específicamente, de prevenir y sancionar todas las formas de violencia contra la mujer, así sea mediante la *abolición* de disposiciones normativas y prácticas jurídicas que impliquen la tolerancia de la violencia contra la mujer, lo cual puede ser controlado a través del juicio de amparo, y de conformidad con lo que establece el artículo 7 inciso e) de la Convención Belém Do Pará.

Junto con ese tratado tal parámetro se integra también con la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra las Mujeres, la propia Convención Americana

⁷ Al respecto, ya en la discusión del asunto, me permití citar a la siguiente obra: Márquez Martínez, Laura, *Control difuso desde una perspectiva de derecho de acceso a la justicia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017, cuyas razones fueron de utilidad para sostener mi posición.

sobre Derechos Humanos y el desarrollo legal de sus disposiciones a nivel nacional en la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida libre de Violencia y la Ley General para la Igualdad entre Hombres y Mujeres.

Además, conforme a los incisos b), f) y g) del citado artículo 7 de la Convención Belém Do Pará , los Estados Partes, entre estos México, expresan su condena a todas las formas de violencia contra la mujer y en ese sentido, han acordado establecer, tanto procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, como mecanismos judiciales tendentes a asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a la reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, así como actuar con la debida diligencia en la prevención y sanción de la violencia contra la mujer.

Cabe destacar que el claro contexto regional de violencia contra la mujer ha contribuido al desarrollo de la línea jurisprudencial interamericana, especialmente vinculante para este país, pues tres de los ocho casos contra México resueltos por la Corte Interamericana abordan el tema (Campo Algodonero, Rosendo Cantú y otra y Fernández Ortega y otros) lo que, con independencia de que resulta oprobioso, impone a las autoridades la obligación de verificar, más allá de la aparente neutralidad de las leyes, si las mismas contienen disposiciones que legitiman y reproducen el fenómeno discriminatorio y violento y les exige no tomar la indiferente posición de negar el fenómeno ante la falta de datos fiables.

Consecuentemente, a partir de aquel amplio parámetro de regularidad convencional queda claro que la suplencia de la queja, como instrumento procesal de garantía propio del juicio de amparo, no se agota en la dimensión general mediante la aplicación de las fracciones II y III inciso b) del artículo 79 de la Ley de Amparo, sino que se profundiza mediante el entendimiento y aplicación directa de la Convención Belém Do Pará como derecho positivo, pues dicha

figura jurídica, junto con el control de convencionalidad así sea oficioso, constituyen ese mecanismo jurisdiccional de igualación que permite a las mujeres violentadas y demás víctimas indirectas, el acceso efectivo a la justicia.

En la misma tesitura, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en diversos precedentes⁸ que, conforme al marco constitucional de protección de los derechos fundamentales generado a partir de las reformas de dos mil ocho en materia penal y dos mil once en todas las materias, la suplencia de la queja deficiente debe operar también a favor de las víctimas u ofendidos del delito en aras de lograr la igualación de sus derechos en la búsqueda de una reparación integral.

Dicha suplencia puede llegar a ser *reforzada* con base en la suma de las particularidades del caso y las condiciones de vulnerabilidad en que se pudieran situar las personas que acuden al juicio de amparo, como sucede con las mujeres en contextos de violencia sistemática en su contra, y en menoscabo de la dignidad de sus propias hijas e hijos, máxime cuando estos son menores de edad.

También ha señalado que el control de convencionalidad actúa como mecanismo de ajuste razonable, de manera que los órganos del Poder Judicial de la Federación se encuentran vinculados a la modulación de las normas que aplican e interpretan, tanto más cuando advierten que alguna disposición normativa aparentemente neutra, de ser aplicada en un caso concreto, podría desencadenar la reproducción de patrones estructurales de discriminación y violencia contra las mujeres.

II.III. Estado de emoción violenta: la mujer es quien provoca su propia muerte

La denominada tradición androcéntrica del derecho familiar, en que se abusa del rol del varón como autoridad, desde sus orígenes, se encuentra permeada por una profunda huella que trasciende esa

⁸ 1a. CXV/2012 (10a.), contradicción de tesis 163/2012; tesis 1a./J. 29/2013.

rama del derecho, en tanto que dentro del catálogo de bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, subyace todavía la pretensión de sancionar penalmente la vulneración de valores y principios de carácter moral, tales como la honestidad, castidad, fidelidad y el honor.

Esa histórica idea de proteger tales valores a través del derecho penal, se mantuvo mucho tiempo, entre otras disposiciones legales, en la sanción penal del adulterio y el reconocimiento del estado de emoción violenta, en principio, como excluyente del delito y, posteriormente, como atenuante de las penas imponibles al agresor de su pareja.

A pesar de que han transcurrido más de treinta años desde que entró en vigor la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, existen dos problemas que fomentan la tolerancia y justificación de contextos de violencia de género: 1) la negación de la existencia de discriminación contra la mujer y, 2) la falta de datos sistematizados que demuestren la verdadera dimensión del fenómeno.

Detrás del esfuerzo legislativo de mantener la vigencia del estado de emoción violenta como atenuante, se aduce su eventual aplicación a una generalidad de supuestos no identificables ni identificados por el legislador, siendo que, en la práctica, tiene aplicación predominante en los casos de adulterio *uxorio* (real o imaginario). En ese sentido las reformas legales que dejan parcialmente vigente tal atenuante contribuyen a invisibilizar u ocultar casos de violencia contra la mujer mediante el enmascaramiento o maquillaje de las normas como un velo, que impide la justa sanción y reparación en favor de las víctimas.

Francesco Carrara llama a esta hipótesis normativa *homicidio provocado*, a partir de la concurrencia de culpas entre agresor y víctima, pues si bien aquél es responsable por homicidio, ésta tampoco es inocente en la medida que ha provocado a su agresor, cometiendo a su vez, el delito de adulterio, cuyo bien jurídico se relaciona con la ofensa al *honor del esposo*.

Desde el imperio romano de occidente se dispuso en varias leyes la posibilidad de que el marido que descubría el adulterio de su esposa decidiera sobre el destino de los adulteros, previsión que si bien no fue adoptada en sus términos por las legislaciones penales latinoamericanas, sí que permeó en todos los sistemas jurídicos influidos por la conquista europea.

Esta previsión tuvo una transformación pues en principio generó la franca impunidad del cónyuge homicida, pero después se matizó hasta llegar a la imposición de sanciones reducidas; y si bien, la sistemática derogación del adulterio como delito, naturalmente habría debido traducirse en la consecuente derogación de la atenuante de estado de emoción violenta en perjuicio de las mujeres, tal hipótesis en algunos códigos se mantiene, como quien no quiere deshacerse de una vestimenta vieja y raída porque piensa que puede repararla y pudiera volver a usarla, mediante su renovada redacción en apariencia neutra para una supuesta generalidad de casos.

II.IV. Inconvencionalidad del estado de emoción violenta

La razón fundamental por la cual dicha figura debe ser considerada convencionalmente inaplicable porque se basa en el hecho de que la víctima incurre en adulterio, es porque dicha concepción de la emoción violenta es incompatible con el paradigma de los derechos humanos no solo de la mujer, pues vulnera la dignidad de la víctima, con independencia de su género u orientación sexual, ya que entraña tolerar una suerte de venganza privada o violencia hacia la pareja por ser esta quien desencadena en su agresor el “justificado” arrebato de ira incontrolable que lo lleva al fatal resultado.

En cualquier caso, mediante la aplicación de dicha atenuante, se deshumaniza a la mujer víctima de violencia de género para tenerla como cosa susceptible de formar parte del patrimonio del homicida y como quien provoca su propio mal a manos de su agresor al colocar una condición culpable, real o supuesta, en la consumación de su propio homicidio.

Así pues, la aplicación material y concreta de esta disposición fomenta, refuerza y replica prácticas de tolerancia de violencia contra la mujer que redundan en el nocivo incumplimiento del deber convencional de sancionarla debido a una injustificable y desproporcionada disminución del rango punitivo.

Si la sola vigencia de disposiciones de este tipo es ya intolerable por sí misma, con mayor razón lo es el giro interpretativo que en la práctica se le ha dado. En el origen esta figura está diseñada para ser aplicada en favor del agresor cuando sorprende a su víctima sosteniendo alguna infidelidad o adulterio, entiéndase claramente: practicando relaciones sexuales con otra persona, no obstante en su aplicación ordinaria ha dado lugar a la costumbre, acríticamente asumida, de su extensión analógica a casos en que no existe tal flagrancia.

Lo anterior, milita contra una cultura tendente a la eliminación de la violencia y discriminación contra la mujer, mediante el poderoso instrumento semántico que representa el derecho, en arraigadas estructuras ideológicas que cosifican a las personas y reducen sus libertades. Lo que se traduce en un contexto normativo claramente discriminatorio, prohibido conforme al quinto párrafo del artículo 1º Constitucional, pues en su proyección concreta, redonda en el menoscabo de los derechos de la mujer, quien en su rol de pareja es cosificada y criminalizada, y, en esa medida, contribuye a ocultar y tolerar contextos de violencia constitutivos de delitos de odio, como el feminicidio, refractario de cualquier posible beneficio para el agresor basado en la conducta *inmoral* de la víctima.

Cabe destacar que la aplicación a favor de la parte activa de esta atenuante no sólo afecta a las mujeres por permitir que la violencia en su contra siga permeando en la sociedad, sino que tiene graves repercusiones en sus familias, sobre todo cuando existen hijas o hijos menores de edad, que se colocan en una situación de mayor vulnerabilidad ante la indiferencia institucional que deja de

advertir en la muerte de una madre, el profundo daño que repercute en un gravoso estado de necesidad e indefensión para ellos.

En ese contexto, realizar una interpretación conforme de la citada disposición cuando quien victimiza es la pareja sentimental de la mujer víctima directa, no es posible, ni útil para revertir el proceso arraigado de violencia en su contra. Y es que si bien el énfasis de este ensayo se centra en las mujeres como grupo ordinariamente violentado, las razones sobre las que se edifica operan en favor de la libertad afectiva y sexual de cualquier otro género; esto quiere decir que cualquier persona, independientemente de su orientación sexual, desde el punto de vista del derecho penal, no debería ser considerada como quien provoca a su agresor y de alguna manera merece lo que ha sufrido.

Por otro lado, como también ha sido señalado tanto por la Suprema Corte mexicana como por la Corte Interamericana, sospechar de la neutralidad de las normas cuando se refieren a personas ubicadas en alguna categoría que típicamente se utiliza como motivo para discriminárlas, reducir su valor o excluirles de beneficios sin causa razonable, es otro instrumento que debe tenerse en cuenta en la actuación ordinaria de las autoridades jurisdiccionales, en lugar de tomar una postura indiferente de cara a las condiciones reales del entorno social.

II.V. Precedente judicial, reparación y no repetición

El contexto normativo y práctico descrito en un inicio no es desalentador, pues como el precedente que se comenta, existen otros ejemplos de progresividad manifiesta en la práctica judicial. Un ejemplo se dio cuando la Suprema Corte interpretó como violación entre cónyuges la imposición forzosa de cópula entre estos y descartó su encuadramiento en un mero abuso en el ejercicio de un derecho, pues la Suprema Corte sostuvo que toda persona, aun las casadas, mantienen su libertad sexual. Y esa protección a la individualidad la reiteró al estimar que las comunicaciones privadas, incluso entre cónyuges, son inviolables.

Estos ejemplos constituyen una clara muestra de los esfuerzos para revertir la dinámica de violencia contra las mujeres y su tolerancia, pero es menester reconocerlo, han sido intermitentes. Aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo en la sentencia del Amparo en Revisión 706/2015 que el juicio de amparo no ofrece la posibilidad jurídica de otorgar medidas de reparación como las utilizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, indemnizaciones pecuniarias, disculpas públicas o construcción de monumentos, también sostuvo que dicha imposibilidad jurídica no se traducía en ignorar el efecto de no repetición que se busca mediante la adopción de algunas de las medidas previstas en la Ley de Amparo.

En ese sentido, los precedentes que emiten los tribunales terminales en materia de prevención de la violencia contra la mujer, al alcance de la sociedad mediante las versiones públicas de las sentencias o las tesis derivadas, difundidas a través del Semanario Judicial de la Federación, aunque similares, no se corresponden con el modelo relativo a la publicación de la sentencia al estilo de la jurisdicción interamericana, sino que operan en esa dimensión reparatoria dentro del ámbito de competencia y facultades del Poder Judicial de la Federación, pues de conformidad con los artículos 215 y 217 de la Ley de Amparo se trata de criterios terminales, orientadores y eventualmente vinculantes para las demás autoridades jurisdiccionales, y, por ende, naturalmente constituyen en sí mismos la medida legal no pecuniaria pues es inherente el objetivo de ese efecto de garantía de no repetición. Si, además de ello, se fomenta la discusión de precedentes relevantes en foros especializados o abiertos a la ciudadanía, las ideas que los fundamentan comenzarán a permear la función judicial a corto plazo, pero tarde o temprano también, hacia la propia sociedad.

III. Conclusión: cumplimiento de derechos, exigencia de deberes

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del ser humano indudablemente puede ser considerada como el punto

de arranque regional en la construcción y desarrollo de los derechos humanos, pues a partir de entonces han sido recogidos y profundizados por otros instrumentos interamericanos, y su contenido ha sido delineado mediante la interpretación realizada por parte de los órganos especializados en América Latina.

Con todo, es crucial detenernos en la reflexión acerca de la septuagenaria apuesta interamericana en favor de los *deberes* del ser humano, pues sin estos será imposible mejorar la convivencia comunitaria y permitir el libre ejercicio de los derechos.

La propia Declaración destaca esta ambivalente simbiosis en su preámbulo cuando dice que '*en cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos, pues derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del ser humano, de manera que si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad*'.

Lo anterior, -estimo- debería llevarnos a repensar la interpretación del tercer párrafo del artículo 1º Constitucional cuando al establecer obligaciones y deberes para todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias, su aplicación estricta ha abonado por esta cultura contemplativa, donde los seres humanos de América Latina se asumen a sí mismos, en general, como meros espectadores del quehacer de esas autoridades, de quienes esperan la tutela de sus derechos, pero soslayando que en la construcción de una cultura del respeto por los derechos fundamentales, no violencia y no discriminación, en este caso, en contra de la mujer, la tarea siempre quedará inconclusa, si no se comprende que dicho objetivo solo se podrá conseguir cuando seamos conscientes de que esos deberes y obligaciones en materia de derechos humanos consagrados en la declaración, son vinculantes para todos y cada uno de los integrantes de las comunidades y pueblos de América Latina.

Sería menester entonces comprender que así como los derechos han tenido un amplio desarrollo mediante convenciones y tratados internacionales, debería suceder algo más o menos parecido con los deberes de los seres humanos, dentro de lo cual el Poder Judicial de la Federación a través de la emisión de fallos y publicaciones como el aquí comentado, puede contribuir proactivamente a tal objetivo cultural.

En ese mismo sentido, el Estado y sus autoridades no pueden ya seguir siendo concebidos como un ente metafísico e impersonal, pues todos y cada uno de sus órganos se encuentran encarnados por personas que al mismo tiempo son destinatarias de esos deberes, dentro de los cuales está actuar en el ámbito de su competencia, en favor de la protección de las personas o grupos, en situación vulnerable.

En específico, quienes tenemos como actividad cotidiana determinar e interpretar el sentido, contenido y alcance de las leyes que rigen la conducta de las personas y decidir sobre su patrimonio y derechos, tenemos también la digna carga y la constante posibilidad de velar por su maximización.

Si se asume lo anterior, incluso ante la existencia de figuras como la atenuante de estado de emoción violenta, es deber de la juzgatura dejar de aplicarla en protección de los derechos de las mujeres, pues como ya se ha señalado, es exigible cumplir con el compromiso de combatir contextos de violación a derechos humanos y por contrapartida, sería reprochable asumir una actitud contemplativa e indiferente frente a ellos⁹.

⁹ En el caso, a pesar de lo que se dijo en el voto particular y en el proyecto original, la Sala Penal reiteró la aplicación de la atenuante relativa al estado de emoción violenta, medularmente a partir del dicho del agresor:...“es importante invocar que el justiciable al emitir su declaración, expresó qué causas “especiales”, lo llevaron a cometer el delito, es decir, los sentimientos de enojo, coraje y celos generados por las relaciones extramaritales que decía tenía la occisa con otros hombres, así como el menosprecio y humillaciones que lo hacían sentirse denigrado como persona, cuando le refería que era un asco de persona y que no valía nada; manifestaciones que fueron debidamente ponderadas por la Juez del proceso...” y, como consecuencia, reiteró la pena impuesta, con lo que respaldó la aplicación de la norma discriminatoria y la violencia contra la mujer.

Así, ante el grado actual de desarrollo del sistema constitucional mexicano, el que las leyes contengan disposiciones restrictivas u omitan disposiciones protectoras no justifica la falta de protección en la más óptima y adecuada medida de los derechos inmersos en los casos sometidos a su conocimiento, valiéndose de la muy amplia gama de herramientas interpretativas y normativas existentes.

Si -como dijo un teórico de la argumentación jurídica-, tomamos en serio no solo los derechos, sino también los deberes y obligaciones humanas, estaremos en un mejor camino para construir una cultura de respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas, y ante la posibilidad de identificar sin sesgos ni prejuicios, normas y prácticas que fomenten discriminación o vulneración de la dignidad de las personas.

ENFOQUE DIFERENCIAL EN LA GESTIÓN Y TRANSPARENCIA JUDICIAL DE LOS CASOS QUE INVOLUCREN A PERSONAS EN SITUACIÓN VULNERABLE; CLAVE FUNDAMENTAL EN LA EFICAZ GARANTÍA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*

*MAURICIO BARAJAS VILLA***

I. Introducción

A pesar de que ha transcurrido más de un lustro desde la entrada vigor del renovado paradigma constitucional de garantía y protección de los Derechos Humanos, puede observarse un preocupante fenómeno generalizado en la actividad cotidiana de los tribunales que se traduce en una débil aplicación de sus estándares nacionales e internacionales.

Este fenómeno multifactorial parte de una interiorizada y reticente visión del operador jurídico común, por la cual este entiende que si la ley aplicable tutela óptimamente un determinado derecho fundamental, no hace falta acudir a los tratados internacionales como parámetro de regularidad constitucional.

Otra de sus causas se encuentra en la propia actividad de los abogados litigantes, quienes asumen que las obligaciones constitucionales de promoción, protección y garantía de los derechos humanos, corresponden propiamente a las autoridades, particularmente las jurisdiccionales y señaladamente las que ejercen control constitucional, sin que se encuentren vinculados a reflejar dichos temas en sus promociones, instancias o escritos, o acaso se sienten motivados a invocar cual conjuro o amuleto los estándares internacionales sobre derechos humanos, pues “su cliente” sólo persigue ciertas pretensiones concretas y limitadas, cuyo alcance no asimilan al de las medidas de reparación de tribunales internacionales.

Al final sucede que los Tribunales justifican la ausencia e inaplicación de los principios y obligaciones constitucionales en

*Ponencia presentada en el Primer Encuentro Nacional de Magistrados y Jueces Federales Sobre Buenas Prácticas para la Impartición de Justicia, Ciudad de México, 7 y 8 de noviembre de 2016.

**Magistrado del Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Segundo Circuito.

la materia con base en el razonamiento, no siempre plasmado en sus sentencias o resoluciones, de que no había relato o argumento fáctico que involucrara tales aspectos y porque, además, es mejor esperar un mejor asunto o que sea la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien se pronuncie sobre el particular.

Lo anterior refleja una porción del fenómeno y sus causas; frente a ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha trabajado en premiados y muy reconocidos protocolos de actuación para atender casos en que las personas involucradas se encuentran en contextos de vulnerabilidad. Sin embargo, tales protocolos suelen tener la misma suerte que los tratados y precedentes en la materia, pues sin entender su carácter instrumental, al no ser vinculantes, no se acude a ellos en la medida en que –se comenta- el caso no contiene temas vinculados.

Se advierte otro esfuerzo desde las universidades y despachos reconocidos mediante el denominado “litigio estratégico”; que se ve complementado con el ejercicio de la facultad de atracción del máximo Tribunal Constitucional del país. Pero esto ha generado una fuerte crítica a la agenda de la Corte, su papel tendente al activismo cuya selección de casos milita contra el principio de imparcialidad, según sus críticos.

Este fenómeno y sus causas permean los distintos ámbitos y actividades de las autoridades del Estado, esencialmente bajo el mismo esquema y, si bien es importante preguntarse dónde está la falla en el sistema jurisdiccional, también lo es identificar qué acciones pueden realizar las personas particulares para coadyuvar a la mejora de las prácticas judiciales.

A la luz de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y entendiendo que, a pesar de las circunstancias violentas de nuestro país, actualmente no se vive en un Estado dictatorial en extremo, es posible exigir a las personas el cumplimiento de deberes que coadyuven en la protección de derechos humanos, tanto propios como de terceros.

Ello implica, en principio, respetar el ejercicio de los derechos y libertades de las demás personas pero, entendiendo que la Declaración parte de un conjunto de valores éticos que constituyen su sustrato más profundo, el reconocimiento del mismo lleva a entender las interacciones sociales en estos términos, lo que obliga a quienes practicamos el derecho a asumir un compromiso fuerte y firme no con los derechos humanos como conceptos abstractos, sino con las personas cuyas condiciones materiales no pueden ser llamadas “vida digna”.

Este ensayo propone asumir medidas administrativas y jurisdiccionales tendentes a la adopción de un enfoque diferencial en la gestión y transparencia judicial de los casos que involucren a personas en situación vulnerable, como instrumento fundamental para la eficaz garantía y protección de los Derechos Humanos, entendiendo que visibilizar estas condiciones es ya un primer paso para combatirlas.

Para ello se hace necesario apreciar el diagnóstico que se ha venido haciendo del fenómeno descrito.

II. Panorámica sobre la protección de los derechos humanos

El 30 de abril de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018, el cual realiza un diagnóstico y describe la problemática, causas y efectos relacionados con los derechos humanos en México.

Este documento describe el panorama de la actuación de los órganos del Estado mexicano en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la protección y garantía de los derechos humanos, con motivo de la reforma constitucional de junio de 2011, y agrega una serie de objetivos, estrategias y líneas de acción por concretar.

Del contenido abordado en dicho Programa destaca el relativo a la protección de derechos humanos a través de los mecanismos de justiciabilidad, así como lo referente a la

coordinación y colaboración entre los actores involucrados y la generación y sistematización de información integral.

En relación con el primer tema reconoce que a pesar de la existencia de mecanismos de protección, en la práctica, su funcionamiento se percibe de manera aislada; no existe difusión sobre sus actividades ni monitoreo ni evaluación integral. Particularmente, asienta que la profesionalización de los actores involucrados es inadecuada, con lo que no se garantiza una debida diligencia que considere el principio de igualdad y no discriminación.

Apunta que en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra México se detectaron irregularidades como demora e ineffectividad en las investigaciones, responsabilidad por debida diligencia, acumulación de asuntos, presencia de prácticas de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, discriminación y estereotipos que obstaculizan el debido proceso y el acceso a la justicia; además, constata la existencia de discriminación estructural que genera violencia de género, actitudes estereotipadas por parte de las autoridades, entre otras.

Sobre el particular, el Consejo Nacional para prevenir la discriminación —en el Reporte sobre la Discriminación en México 2012— identificó a la justicia penal como uno de los campos en los que con mayor persistencia se excluye y discrimina en México, donde las mujeres y los jóvenes se encuentran en condición de vulnerabilidad, así como las personas homosexuales y, particularmente, quienes ostentan una identidad transexual, travesti o transgénero. En lo concerniente a la justicia civil refiere que las personas de procedencia indígena padecen mayores complicaciones y, que los procedimientos dejan en situación de indefensión a menores de edad adoptados, por limitantes burocráticas o por indolencia.

En lo relativo a la coordinación y colaboración entre actores, el Programa nacional señala que la falta de consolidación de una

política de Estado en materia de derechos humanos obedece a la ineficiente coordinación y articulación del quehacer público, enfocado a dar cumplimiento a las obligaciones emanadas de fuentes nacionales e internacionales, en particular, indica que no se ha logrado una interlocución efectiva con la sociedad civil ni un espacio fortalecido para lograr un mayor grado de entendimiento y mejorar la promoción y protección de los derechos humanos.

Constata la inexistencia de mecanismos eficientes que garanticen la participación de la sociedad civil en el diseño, homologación, implementación y evaluación de políticas públicas, así como que muchas veces no se cuenta con los medios necesarios para lograr una incidencia eficaz en las políticas públicas, por lo cual, la sociedad no se siente representada.

Finalmente respecto de la información en materia de derechos humanos, dicho programa establece que una de las dificultades más señaladas para tomar decisiones y dar cuenta del cumplimiento y avance de los derechos humanos en México, es la insuficiente información y la necesidad de sistematizarla de forma adecuada y oportuna.

Subraya que desde 2003, la evaluación, seguimiento al cumplimiento y realización de derechos humanos en el país ha sido parte de las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pero que diez años después de su emisión, ésta no ha sido ejecutada.

Puntualiza la falta de consenso sobre cifras y datos estadísticos, así como la ausencia de información o uniformidad en ésta sobre violaciones a derechos humanos, como es el caso de los homicidios y desapariciones de mujeres. Más aun reconoce la ausencia de esa información como obstáculo el goce de derechos, pues de ella depende que las personas accedan a servicios, ejerzan sus derechos y exijan rendición de cuentas.

III. Enfoque diferencial

El panorama y el diagnóstico descritos permiten apreciar que los Tribunales del país al hacerse cargo de casos que involucran grupos o personas en situación vulnerable (tales como mujeres, niñas, niños, adolescentes, personas en prisión o con discapacidad, indígenas, o cualquiera que combina algunas o más de esas categorías) están generando pocos precedentes sobre la materia que impulsen sin activismo, pero sí con vigor, la obligatoria agenda constitucional en derechos humanos que se encamine a dar respuestas a sus necesidades jurídicas.

Si consideramos que el acceso a la justicia constituye la vía idónea tanto para reclamar como para hacer efectivos todos los demás derechos, entonces la gestión judicial es crucial para perpetuar o transformar los mecanismos de monitoreo, seguimiento y evaluación de la información relacionada con el tema central de la protección de los derechos humanos en México.

Conforme al artículo 1º Constitucional, el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de derechos, sino que está obligado a implementar todas aquellas acciones positivas necesarias para maximizar la garantía, ejercicio y goce de los derechos humanos de los gobernados. Y desde la jurisdicción, la garantía del debido proceso impone al Estado remover todo obstáculo que entorpezca o impida ese ejercicio.

Los diversos protocolos de actuación para quienes imparten justicia en distintos casos por la condición de vulnerabilidad de sus actores emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contienen pautas metodológicas relevantes cuyo primordial objetivo radica en visibilizar y hacer patentes los contextos de vulnerabilidad y discriminación en que pudiera hallarse inmersa alguna o varias de las partes o protagonistas del proceso.

En dichos protocolos se define que el derecho de acceso a la justicia puede ser ejercido por las personas con discapacidad atendiendo a sus necesidades concretas; enfatiza la importancia

de que la labor jurisdiccional tome en cuenta la complejidad del contexto social, económico y cultural para detectar circunstancias estructurales que perpetúan las violaciones a derechos humanos en virtud de la identidad sexo-genérica de las personas; requiere ubicar el principio de autoidentificación o autoadscripción como criterio fundamental para definir por ejemplo, la titularidad de derechos indígenas.

A partir de tales lineamientos se evidencia que las circunstancias fácticas de cada caso resultan significativas para identificar a personas en situación de vulnerabilidad, según los derechos involucrados, las violaciones producidas y su consecuente reparación, cuya urgencia, importancia y trascendencia está definida en función de la condición y entorno de la persona misma frente a la actuación de su adversario procesal. Por eso se presenta como un asunto de primordial relevancia la identificación más temprana posible de contextos de vulnerabilidad y discriminación no solo para la atención primordial de tales casos, sino para manejar mecanismos de transparencia que, sin menoscabo de la protección de datos personales y de la información reservada y confidencial, permitan el seguimiento público de tal tipo de casos desde su recepción y hasta su eventual ejecución.

IV. Propuesta

En un contexto de interconexión e interoperabilidad del sistema jurisdiccional federal mediante la aplicación de las tecnologías de la información, ya es dable implementar y optimizar los mecanismos que permitan transparentar la temática de los asuntos que involucren a personas en situación de vulnerabilidad mediante una sinopsis del caso, lo cual a su vez llevaría a repensar los requisitos que se exigen desde la norma en los escritos iniciales o demandas y aquéllos que se capturan en las bases de datos del Poder Judicial de la Federación como se hace desde las Oficinas de Correspondencia Común, las Oficialías de Partes de los Tribunales y el Sistema de Seguimiento de Expedientes, para que, sin dejar de responder a

requerimientos propios de la gestión y estadística judicial, respondan también y primordialmente al impulso de la agenda constitucional obligatoria de seguimiento y ponderación de los precedentes que se van generando en materia de protección de los derechos humanos, más allá de la instancia en que se generan, o de su publicación como precedente aislado o vinculante, cuya implementación redundará en la disminución de solicitudes de acceso a la información pública sobre lo que primordialmente interesa a la comunidad nacional e internacional en este importante rubro.

V. Justificación

La propuesta que aquí se plantea, desincentivaría la presentación de escritos extensos, antes bien, incentivaría a litigantes y promovientes a revelar con claridad los contextos fácticos de vulnerabilidad, permitiría un mejor seguimiento y monitoreo desde la Suprema Corte y el Consejo de la Judicatura Federal de los fenómenos sociales de relevancia jurídica que se traducen en procesos judiciales y sentencias por Circuitos y regiones, impulsaría el necesario replanteamiento de la formación y el perfil de los servidores públicos de primer contacto para involucrarlos de lleno en el conocimiento y manejo práctico de los casos que involucran a personas en situación vulnerable, contribuiría a evitar que los órganos jurisdiccionales evadieran injustificadamente el tratamiento frontal de esta clase de temas, y reduciría el número de solicitudes de acceso a la información pública que el Poder Judicial de la Federación atiende anualmente, sin afectación de la protección de datos personales y de la información reservada.

Sería posible incluso la generación de una aplicación digital o electrónica que podría manejarse desde cualquier dispositivo móvil para dar seguimiento en tiempo real a esta clase de asuntos.

a) Enfoque integral de derechos humanos

El indicador propuesto permite absorber la necesidad generada sobre la especialización en los tribunales al reconocer la gestión diferenciada en función de la persona y su contexto, pero sin la problemática que

conlleva la creación de nuevos órganos especializados, tales como la pérdida de proximidad con el justiciable, que aleja a los operadores de la concreta realidad social para ejercer su actividad y la falta de congruencia con el desarrollo actual de los derechos humanos, al centrarse en violaciones temáticas de derechos en lugar de adoptar una visión transversal con base en las características propias del caso.

b) Correcta gestión administrativa

Como sabemos, la organización, funcionamiento y manejo de recursos humanos y materiales en el órgano jurisdiccional trasciende, sin duda, en la correcta gestión de los expedientes. Por ello, la posibilidad de conocer desde su ingreso, lo relevante de un asunto por las características específicas de las personas, permite accionar la actividad jurisdiccional en la forma que el caso lo requiera. De ese modo, quien resuelve —incluso, todo el personal operativo— puede allegarse de la información necesaria o especialistas para abordar su estudio, calcular el tiempo que ello tomará y prever los daños que su demora podría irrogar.

Permítaseme un breve ejemplo, en ciertos casos los Tribunales se ven en la necesidad de fijar directrices de capacitación, selección y de otra índole a fin de modular la protección y defensa de los intereses de las víctimas y testigos en el sistema de justicia en las ramas penal y familiar, como sucede cuando niñas y niños son objeto de agresión física o sexual.

c) Resolución preferente

Existe la creencia generalizada de que resolver los asuntos conforme al orden en que se presentan es respetar los principios de imparcialidad y objetividad; sin embargo, no podrá verse como violación de esos principios la atención primordial y, en su caso, urgente del asunto cuando está plenamente justificada y transparentada, según sus particularidades.

Además, si bien es cierto los procesos deben resolverse conforme a los plazos y términos que las leyes respectivas

establecen, lo cierto es que en ocasiones el transcurso del tiempo, aun dentro del margen normativo, pudiera afectar a quienes son parte, por ende, según el caso, podría ser necesario actuar con la mayor diligencia y prontitud para que el asunto se resuelva en un tiempo más breve. Muestra de ello podría ser el caso de personas sujetas al régimen de cuidados paliativos, cuya condición médica de paciente en fase terminal impone como imposergables todas aquellas decisiones cautelares y definitivas que oportunamente salvaguarden el respeto a los estándares mínimos de calidad de atención médica y en todos los ámbitos.

d) Transparencia

El Poder Judicial como órgano de gobierno está constreñido a transparentar su actividad de conformidad con el artículo 6° constitucional, en términos generales esa obligación se traduce en poner a disposición de los particulares la información en sus páginas de internet. De manera particular, el Consejo de la Judicatura Federal ha establecido las disposiciones relacionadas con la elaboración, recopilación, sistematización y divulgación de los criterios jurídicos emitidos por los órganos jurisdiccionales, para que a través de su consulta, se coadyuve en la argumentación de la comunidad jurídica nacional, se incentive la labor jurisdiccional y se brinde un mayor grado de confianza pública. Así como de la difusión de las sentencias relevantes en función de impacto que del conocimiento de tales resoluciones genere en la opinión pública.

No obstante, la posibilidad de identificar los asuntos trascendentales o socialmente relevantes desde su inicio en función de su temática y no solo a partir de la mera referencia a su número, coloca en el interés social la divulgación del precedente y agrega valor pues contribuirá a acelerar la legitimidad del Poder Judicial de la Federación, no solo de contacto sino también de percepción, por quienes sin haber hecho uso de los servicios jurisdiccionales tendrán la oportunidad de conocer de manera clara y concisa el trabajo que todos los días se realiza en este poder de la unión

y dará pertinencia y utilidad al deber de difusión del quehacer jurisdiccional, pues podrían conocerse con precisión el tipo y cantidad de reclamos relacionados con violaciones a derechos humanos sin necesidad de esperar hasta el dictado de la sentencia.

e) Mecanismo de control y rendición de cuentas

La construcción digital de este mecanismo se convierte también en un medio de control de los órganos administrativos encargados de supervisar la actividad de los tribunales, cuya utilidad puede trascender en un esfuerzo por dejar de lado los criterios de eficiencia cuantitativos, para dar paso a la ponderación de aspectos cualitativos identificables y ponderables de forma objetiva.

Tampoco se verá comprometida la imparcialidad del juzgador, en razón de que tanto la asignación del rubro como el fallo que emita estarán bajo observación y, en comparación con los asuntos previos ya resueltos sobre la misma temática, de ahí que la motivación de las sentencias verá concretada su función extraprocesal, en tanto que se obliga a los operadores a asumir una postura socialmente responsable al ofrecer garantías suficientes de índole objetiva que permitan el control social de la decisión.

Pues —como sostiene el Doctor Ezquiaga Ganuzas—, el deber específico de transparencia judicial no debe quedar satisfecho con la simple difusión de las resoluciones judiciales, es menester verificar su contenido como elemento determinante de legitimación de la función jurisdiccional, bajo el deber de transparencia entendido como una exigencia del ciudadano respecto de la decisión judicial.

f) Generación de información estadística relevante

Constituye fuente de información apta para que tribunales nacionales, internacionales y extranjeros, universidades, escuelas y facultades, organizaciones ambientales, fundaciones, instituciones públicas y privadas, usuarios de servicios públicos de toda índole, pueblos y organizaciones indígenas, organizaciones de mujeres y de derechos humanos, entre otros muchos, incidan en la orientación de políticas,

a partir de otros mecanismos de exigibilidad jurídica. Además, permite unificar los esfuerzos para analizar datos estadísticos, así como disminuir la falta de coherencia y de sistematización con que distintas instituciones han conducido la política de protección de derechos fundamentales.

Recabar y difundir de forma transparente y accesible la gestión y resolución de asuntos de atención primordial, dentro del proceso de globalización de estándares de derechos humanos tiene incidencia positiva en la transformación de esos mismos sistemas pues contribuye a generar su atención por las demás autoridades del Estado.

g) Interacción social especializada

Favorece la conformación de sectores especializados en el manejo de cada uno de los temas involucrados, quienes de forma más directa pueden intervenir en aspectos de administración y políticas públicas, como las Comisiones de Derechos Humanos, pues este rubro involucra un cambio de perspectiva al trabajo tradicional de denuncia de violaciones para dar paso a acciones concretas como la promoción necesaria, capaz de prevenirlas.

En ese sentido, también permite el seguimiento y diagnóstico de casos, facilita el cumplimiento de obligaciones impuestas al Estado mexicano sobre la reparación del daño a las víctimas y, de forma particular, incide sobre las garantías de no repetición.

h) Intercomunicación, interconexión e interoperabilidad

La asignación electrónica de este mecanismo digital sin duda abonaría en la construcción de puentes eficaces de comunicación con otros órganos e instituciones, en la medida garantizaría la transmisión de información concisa, útil y relevante, sin sobrecargar las bases de datos con el peligro de colapso que estas corren cuando no se cuida la extensión y pertinencia de los contenidos.

i) Detección anticipada de asuntos relevantes y, en su caso, urgentes

Finalmente, este criterio de identificación es congruente con el mandato del artículo 4 de la Ley de Amparo y la facultad de atención prioritaria de asuntos, expresamente otorgada a la SCJN, en el artículo 94 constitucional y, en ese sentido, abona a la detección oportuna de aquellos asuntos que por interés social tengan carácter de urgente o primordial resolución.

Pues hay que decirlo, un asunto de atención primordial puede no ser resuelto de manera urgente, pero sí de manera especialmente cuidadosa.

VII. Obstáculos

Como en todo proyecto nuevo surgen cuestionamientos que ponen en duda su implementación. Éstos pueden agruparse en dos sectores, la capacitación que requieren los operadores para su aplicación y los recursos necesarios para concretar su operación.

a) Capacitación

El constante aprendizaje del personal operativo y jurídico de los órganos jurisdiccionales es indispensable en todos los ámbitos y todos los niveles, desde el personal con funciones operativas hasta sus titulares. Por ello, puede decirse que la capacitación necesaria para instruir un mecanismo como el que se propone, no es otra ni diferente de la que ya exige el trabajo diario. Aunque debe reconocerse que sí es indispensable mejorar las capacidades del personal a partir del eficaz estudio de la narrativa fáctica de los casos, más allá o con independencia del material probatorio.

Una manera de hacerlo es a partir de recoger en los planes de estudio del Instituto de la Judicatura, para que todas las materias se encuentren permeadas por la utilización y manejo de los propios protocolos de actuación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con los que ya trabajamos, cuya metodología

permite visibilizar a las personas y grupos en condiciones más vulnerables y aquellos casos que requieren atención con un enfoque diferencial en las distintas categorías de personas en aquella condición.

b) Recursos

También es verdad que cada proyecto o propuesta nueva requiere necesariamente de recursos materiales y económicos, sin embargo, los órganos federales cuentan ya con un sistema nacional de datos e información estadística al alcance de los ciudadanos (SISE), quienes ya están familiarizados con su funcionamiento, cuyo eficaz funcionamiento actual es el resultado de más de quince años de perfeccionamiento y actualización por el Consejo de la Judicatura Federal.

VIII. Conclusiones

- Los órganos jurisdiccionales están constreñidos a adoptar medidas que conduzcan a garantizar el acceso a la justicia, especialmente, de las personas en situación vulnerable.
- Visibilizar esa condición particular de las personas desde un modelo de gestión judicial útil a partir del cual los órganos están en posibilidad de tramitar esa clase de asuntos de acuerdo con sus particularidades.
- La detección oportuna de esa condición es primordial para evitar que la propia gestión judicial genere subsecuentes violaciones a derechos humanos perpetuando con ello, la exclusión de grupos o personas más desventajadas.
- La transparencia y publicidad de este tipo de casos abona en el monitoreo, seguimiento y evaluación de los órganos jurisdiccionales bajo parámetros socialmente relevantes en la agenda constitucionalmente obligatoria de garantía, promoción y protección de los derechos humanos.
- Potencia la participación de los sectores especializados en la protección de derechos humanos a partir de casos

trascendentes, lo cual contribuirá a forjar una sociedad más interesada y comprometida con la protección de los derechos humanos.

- El acceso y disponibilidad de la información generada con este mecanismo digital propiciará que en las sentencias relativas se aborden puntualmente los temas propuestos y éstos dialoguen con otros semejantes previamente identificados.
- Las tecnologías de la información y comunicaciones que ya existen por el Consejo de la Judicatura Federal constituyen la plataforma idónea pues manejan los elementos necesarios para operar este mecanismo digital como proyecto asequible y ejecutable con metas evaluables a corto, mediano y largo plazo.

IX. Referencias

- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación (2006). *El Libro blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México.*
- _____ (2012). *El Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*
- _____ (2013). *Protocolo para Juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*
- _____ (2013). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional*
- _____ (2013). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*
- _____ (2014). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad*

_____ (2014). Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura

_____ (2014). Protocolo IBEROAMERICANO de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas.

Normativas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la constitución política de los estados unidos mexicanos
- Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece disposiciones en materia de transparencia, acceso a la información pública, protección de datos y archivos.

Otras

- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. El deber de fundar y motivar la decisión judicial como instrumento para la rendición de cuentas a los ciudadanos. Texto provisional que recoge la conferencia impartida en el 2º Congreso Internacional de Argumentación Jurídica celebrado en la Ciudad de México entre el 16 y el 18 de noviembre de 2011.
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (2012) Reporte sobre la discriminación en México.
- Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018.
- PNUD (2005). Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia. América Latina y el Caribe, Buenos Aires, PNUD.
- Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

EL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LOS INMUEBLES DESTINADOS AL CULTO. ESTUDIO COMPARADO MÉXICO-ESPAÑA DESDE LA ÓPTICA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA.

ISRAEL FLORES RODRÍGUEZ.¹

MAURICIO MARTÍNEZ WITTIG.²

Sumario: I. La libertad religiosa, con especial referencia a los inmuebles destinados al culto por las asociaciones religiosas. II. La Suprema Corte de Justicia de la Nación frente al trato diferenciado que reciben los inmuebles adquiridos por las asociaciones religiosas, para la consecución de sus fines, desde la óptica del principio de equidad tributaria. III. El Tribunal Constitucional de España ante la decisión del Estado de suprimir la exención en el pago del impuesto sobre bienes adquiridos por una comunidad religiosa. IV. Referencias.

I. La libertad religiosa, con especial referencia a los inmuebles destinados al culto por las asociaciones religiosas

En México, de acuerdo con el último censo general del INEGI de 2010³, la mayoría de mexicanos mayores a cinco años profesa alguna religión o creencia, siendo la principal el catolicismo con un poco más de 84 millones, mientras que las demás asociaciones religiosas, en grupo, suman alrededor de 10 millones, y cerca de cinco millones no tienen alguna religión o creencia, y según datos recientes de la Secretaría de Gobernación en México⁴ se tienen

¹ Juez Tercero de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla.

² Secretario del Juzgado Tercero de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla.

³ Disponible en <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/religion/>

⁴ Disponible en http://www.asociacionesreligiosas.gob.mx/work/models/AsociacionesReligiosas/pdf/Numeralia/AR_por_tradiciones.pdf

registradas 9,146 asociaciones religiosas, las cuales requieren de lugares o sitios específicos para celebrar culto público.

Luego, la libertad religiosa constituye uno de los aspectos más importantes que definen, en muchas ocasiones, la forma de vivir de los mexicanos creyentes. Según un informe presentado a la Asamblea General de la ONU por el Relator Especial sobre la Libertad de Religión o de Creencias⁵, “para muchos creyentes, la religión representa una realidad global que influye en todas las esferas de la vida” y, en ese mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversos casos,⁶ ha establecido que es “uno de los elementos esenciales para la identidad de los creyentes y de su concepción de vida”, es decir, los creyentes no en pocas ocasiones definen su forma de vida a partir de su creencia o religión, que va desde la forma de comportarse, vestirse⁷, hablar, pero también influye en los lugares que pueden frequentar, sus actividades lúdicas, la comida que van a consumir, el tipo de amigos o familia, el trabajo en que pueden emplearse, que para ellos deben

5 Aprobado por la Asamblea General el 5 de agosto de 2015 relativo a la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia Religiosa.

6 Caso Güler y Ugur v. Turquía.

7 La forma de vestirse del creyente, como símbolo de su identidad religiosa, ha sido materia de numerosos debates, incluso, algunas ocasiones ha motivado su restricción, como en el artículo 141-5-1 del Código de Educación de Francia, que prevé que en las escuelas, colegios y liceos públicos, se prohíbe el uso de signos o atuendos a través de los cuales los alumnos manifiesten ostensiblemente una pertenencia religiosa. En otras ocasiones, por la manera de vestirse, diferente al común de las personas de una sociedad determinada a los creyentes se les identifica como miembros de sectas. Un estudio reciente del periódico español El País del 13 de agosto de 2018, denominado *Las sectas no tienen un cartel en la puerta*, señala que “a través de técnicas de manipulación, los líderes sectarios logran que la personalidad del individuo se reduzca hasta desaparecer. Así obtienen de ellos lo que necesitan: dinero, sexo y poder” y agrega que “los expertos coinciden en que cuando las víctimas son captadas cambian su forma de hablar, se expresan como otra persona y repiten frases armadas, se distancian de sus allegados, se vuelven monótemáticos y se interesan por bibliografía y autores que hasta ahora no habían leído, son más esquivos, hablan poco y se irritan fácilmente, cambian su vestimenta y sus actividades cotidianas y su cariño se vuelve más frío”, aclarando que las sectas se “presentan como grupos religiosos, esotéricos, de crecimiento personal, de corte humanitario, filosófico o new age”. El cambiar la forma de vestir para manifestar su identidad o costumbre religiosa, no debe ser confundida con otras decisiones derivadas de sus libertades, ni tampoco con las llamadas sectas, ya que estas últimas tienen finalidades distintas a las religiones, pues buscan veladamente solo el dinero, el poder o tener sexo con las personas que se integran a ellas, pero la religión, en cambio, procura el crecimiento espiritual del creyente, mejorar su vida y el conocimiento pleno de la existencia de un Ser, una Divinidad o una creencia no teísta.

ser compatibles con la doctrina religiosa que profesan o con los tiempos dedicados al culto, enseñanza, oración o cualquier otra expresión, pública o privada, inspirada en la práctica u observancia religiosa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene una doctrina abundante y consolidada⁸ sobre la libertad religiosa, a partir de la interpretación del artículo 9º del Convenio relativo⁹, pues ha

8 Véanse los casos Masaev v. Moldova, Klein y otros v. Alemania, Güler y Ugur v. Turquía, Sekmadienis LTD v. Lituania.

9 “Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

Por su parte, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé lo siguiente: “Artículo 18. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

A su vez, en México, la libertad religiosa está prevista principalmente en los artículos 24 y 29, párrafo segundo, de la CPEUM, que establecen lo siguiente: “Artículo 24. Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política. El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna. Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.”

“Artículo 29. (...) En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.”

sostenido que si bien tal derecho se trata de un asunto de conciencia individual, también implica la libertad de manifestarla, tanto en privado o en comunidad con otros¹⁰, como en público o dentro de un círculo con aquellos cuya fe se comparte. Ha aclarado que este derecho también es de suma importancia para ateos, agnósticos y escépticos, pues además entraña la libertad de mantener o no una creencia religiosa o de practicar o no una religión.¹¹

Por ese motivo, este derecho protege a todos de ser obligados a participar en actividades religiosas contra su voluntad o de aceptar la misma forma de creer de los miembros de su comunidad religiosa, pues la persona¹² no necesariamente debe compartir todas las creencias del grupo religioso al que pertenece,

Esta previsión constitucional de que el *culto público* se celebre ordinariamente en los templos o lugares específicos para esos actos religiosos, no implica una prohibición para celebrar cultos privados o reunirse para tales fines entre quienes manifiestan una misma creencia religiosa, aun cuando no hayan sido reconocidos como asociación religiosa, como lo sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Masaev v. Moldova*, pero tales cultos privados pueden ser sujetos a injerencias, interferencias o restricciones proporcionales, estrictamente tratándose de la seguridad pública, la protección del orden, la salud, la moral pública, la protección de los derechos de los demás o cuando se comete o se va a cometer un delito, entre otras razones plenamente justificadas. Es importante tener como referencia, sobre el tema de la moral pública, lo señalado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su observación general 22, que dice: “el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una tradición”, por lo que el propio Comité en la Observación General 34 adoptada el 12 de septiembre de 2011 respecto del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concluyó que “Estas limitaciones han de entenderse en el contexto de la universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación.” Asimismo, cualquier restricción debe aplicarse de manera no discriminatoria y guardar la debida proporción con la consecución del objetivo legítimo y, por tanto, tiene que ser el medio menos restrictivo entre todas las medidas adecuadas que podrían aplicarse y, en todo caso, no invalidar o hacer nugatoria el derecho de que se trata.

10 Puede ser solo y en privado, o bien, en una reunión privada.

11 El Relator Especial sobre la Libertad de Religión o de Creencias en su informe del 17 de enero de 2017 aprobado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, sostuvo que “aunque el derecho internacional no ofrece una definición de religión, el alcance de la protección que ofrece el derecho a la libertad de religión o de creencias debe entenderse en sentido amplio y abarcar las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia.”

12 Porque los individuos tienen el derecho a desarrollar libremente, sin cargas indebidas o injerencias injustificadas, una identidad religiosa que esté relacionada con sus propias creencias, aunque no sean compartidas por los demás creyentes o no creyentes.

ni aquella requiere la aceptación de sus ideas religiosas por parte de los demás integrantes. Incluso, los creyentes tienen derecho a no manifestar su creencia o religión, y si lo hacen pueden decidir realizarlo solo en privado o también en público.¹³

A su vez, ese derecho permite que los creyentes puedan cambiar de religión o creencia, o ser posteriormente ateos o no teístas, aunque no esté expresamente previsto en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni en la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones, como lo sostuvo el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la observación general 22,¹⁴ ya que recalcó que la libertad de tener o adoptar una religión o una creencia comporta forzosamente la libertad de elegir la religión o las creencias, lo que supone que la persona pueda cambiar las creencias actuales por otras o adoptar opiniones ateas o mantener la religión o creencias propias.

También debe aclararse que el derecho a la libertad de religión o creencia no protege en sí a las religiones o creencias, sino a los creyentes y su libertad de profesárlas o expresárlas, a fin de definir su vida de conformidad con sus propias convicciones, como lo sostuvo el Relator Especial sobre la Libertad de Religión o de Creencias en su informe del 17 de enero de 2017, aprobado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU,¹⁵ porque muchos Estados prevén en sus leyes o en sus constituciones internas la libertad de religión, pero está condicionada a una o varias religiones en específico, por lo que no puede hablarse propiamente

13 Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, que dispuso la creación de la Organización de los Estados Americanos, establece en su artículo 3 que *toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado*.

14 Disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom22.html>

15 Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/008/79/PDF/G1700879.pdf?OpenElement>

de una libertad en los términos aceptados en el ámbito de los derechos humanos, pues la persona no puede elegir conforme a sus convicciones, y menos manifestarlas en público, sino que debe ajustarlas a alguna de las religiones aceptadas por el país o una mayoría de la gente, lo que conlleva a que la persona opte, por sí misma, a no manifestar su religión o creencia, a no hacerla pública y conservarla solo en el ámbito *interno* o en el peor escenario a abandonarla completamente, afectando o limitando su libertad.

En relación con dicha manifestación de la religión o creencia existen formas como el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia, pero algunas veces ese derecho –*forum externum*– no puede garantizarse en público, ya que puede ser sujeto a limitaciones las cuales deben ser la excepción y no la regla general, pues en su dimensión interna –*forum internum*– goza de protección incondicional, y no puede tener limitaciones, injerencias, restricciones o suspensiones, ni aun en una perturbación grave de la paz pública. Ordinariamente para la celebración del culto público los Estados solicitan que se haga en un lugar permanente para tal efecto y requieren que la comunidad religiosa esté registrada, pero para que este registro sea compatible con el derecho a la libertad de religión o de creencia no debe ser una condición previa para su práctica, sino solo para la adquisición de una forma legal de personalidad.¹⁶

En innumerables informes del Relator Especial de la ONU sobre libertad de religión o de creencias se han puesto de relieve

16 Pues en muchas ocasiones sin este estado de personalidad jurídica, las comunidades religiosas o de creencias no pueden abrir cuentas bancarias o realizar transacciones financieras, ni manejar debidamente su dinero como asociación para efectos fiscales, así como para obtener los permisos administrativos para el funcionamiento de un templo, además existe una problemática constante en la adquisición de estos bienes o lugares para el culto, lo que produce informalidad e inseguridad jurídica para la comunidad religiosa o de creencias, ya que quedan registrados por los particulares, en lo individual, quienes podrían reclamar como suyos o propios los activos inmobiliarios u otros bienes importantes. En México, la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público establece, entre otras restricciones importantes, que las iglesias o las agrupaciones religiosas que no cuenten con registro constitutivo no gozan del derecho de celebrar, como tal, actos jurídicos para cumplir con su objeto religioso, ni tener un patrimonio propio constituido por los bienes que puedan adquirir, poseer o administrar, por ejemplo, para la realización del culto público, como se prevé en los artículos 9, fracciones IV; V; VI y VII, 10 y 16 de esa ley.

las arbitrariedades de los Estados que para la práctica de una religión o una creencia exigen el reconocimiento o el registro de la comunidad o asociación religiosa, ya que ha sido un pretexto legal para limitar el derecho en comento, o bien en la práctica las autoridades rechazan las peticiones de una manera injusta y discriminatoria, cuestionando o valorando la fe o las creencias de las personas, es decir, adentrándose a la religión o creencia, o poniéndola en duda, bajo la concepción de la autoridad encargada del registro; en el entendido que, cuando la práctica de la religión, rito o culto conduzca a la violación de derechos humanos, no solo debe prohibirse su registro, sino también cualquier celebración basada en esas conductas, por ejemplo, rituales en los que se lleven a cabo sacrificios humanos, o las personas puedan ser víctimas de tratos crueles o inhumanos, como mutilación de órganos o abusos sexuales, o también cuando en su doctrina se incite al odio racial, de género, sectario o a la violencia generalizada contra cualquiera que piense distinto, entre otros casos graves. En ese sentido, los Estados sí pueden prever leyes para valorar la doctrina religiosa, pero solo para analizar si con el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia religiosa no se trasgreden derechos humanos.

En suma, creemos que dicho procedimiento de registro o reconocimiento de personalidad jurídica de la comunidad religiosa debe verse con especial cuidado, porque a partir de este acto, entre otras consecuencias, las asociaciones de mérito normalmente pueden adquirir, establecer y mantener lugares de culto público, así como recibir en ellos contribuciones voluntarias, que el artículo 24 de la CPEUM los denomina *templos*, los cuales son esenciales para manifestar o hacer pública la religión o las creencias de una comunidad, ya que en ellos se realizan procesos de socialización religiosa entre quienes comparten una misma fe, doctrina o creencia y en tales lugares es donde ordinariamente se potencializa o se expande a su máxima amplitud la libertad en comento, incluso, muchos de ellos son considerados por la comunidad como sagrados o de un fuerte valor simbólico en su fe o doctrina.

Por ejemplo, para las religiones monoteístas como el islamismo, judaísmo y cristianismo ciertos lugares de reunión o culto tienen un valor simbólico *relevante*, derivado principalmente de que ahí hubo acontecimientos religiosos importantes, como son sus orígenes, la forma en que se desarrolló su doctrina religiosa, así como la aparición de Seres celestiales, entre otros, de modo que lo *sagrado* de un templo donde se desarrolla un culto público o si tiene un valor simbólico *superior* solo puede ser determinado por la propia comunidad o asociación religiosa, y no puede apreciarse o categorizarse por su valor monetario, el lujo, ostentación o la sencillez o grandiosidad de la estructura arquitectónica, porque en uno o en otro supuesto lo significativo es el valor simbólico, y que en ellos –templos– es donde mayormente se practica y profundiza la libertad de religión o de creencias.

Tal importancia de los lugares de culto público o templos debe reflejarse en la regulación legal de dichos bienes, incluso en el ámbito fiscal, porque cualquier aspecto puede afectar, limitar o trascender para ejercer ampliamente el derecho a la libertad de religión o de creencias, inclusive, los cambios tributarios deben mirar que se está en presencia de un derecho humano y, por ende, quedan sujetos al principio de progresividad y no regresión, como se verá más adelante.

II. La Suprema Corte de Justicia de la Nación frente al trato diferenciado que reciben los inmuebles adquiridos por las asociaciones religiosas, para la consecución de sus fines, desde la óptica del principio de equidad tributaria

En México, existen pocos precedentes sobre la tributación de los inmuebles destinados al culto público por las asociaciones religiosas, pero analizaremos uno en particular, en el que se estableció que podían ser sujetos de un impuesto local, pero de forma diferenciada con el resto de los inmuebles, esto es, podrían quedar comprendidos en un beneficio fiscal, por virtud del principio de equidad tributaria¹⁷,

¹⁷ Los principios de justicia fiscal han sido definidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente tesis: “**JUSTICIA TRIBUTARIA. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE**

pero no se hizo especial referencia a la libertad religiosa, debido a que este tema no se planteó en el juicio de amparo. Así, al resolver el amparo directo en revisión 1192/2009,¹⁸ la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se enfrentó ante la problemática de determinar si era o no constitucionalmente válida la distinción que hace el artículo 28-Bis 1, fracción XV, de la Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Nuevo León,¹⁹ en el sentido de que las asociaciones religiosas que adquieran inmuebles para sus fines, paguen el impuesto municipal relativo en una cantidad equivalente a siete cuotas, con independencia de su valor gravable.

La Segunda Sala hizo un recuento histórico –constitucional– de los bienes que las asociaciones religiosas podían poseer para sus fines, como los templos o los lugares de culto público, destacando que el Congreso Constituyente de 1916 no les reconoció personalidad jurídica a tales asociaciones, lo que llevó a que se les prohibiera

SUS PRINCIPIOS. Aunque desde el origen de los indicados principios, por costumbre se les ha denominado de esa manera, desde el punto de vista constitucional no tienen la calidad de principios ni son normas programáticas, sino que por sus rasgos pueden ubicarse como derechos fundamentales de corte económico, que guardan cierta relación con las garantías de propiedad y libertad, que tienen operatividad plena, eficacia propia y no son meros criterios orientadores de los poderes públicos, pues éstos deben cumplirlos inmediatamente, en tanto que pueden aplicarse sin necesidad de un desarrollo legislativo posterior, y los obliga a no emitir disposición alguna que contradiga su contenido esencial y a producir una que sea acorde con su interpretación constitucional, pues de lo contrario la norma relativa podría invalidarse a través de los medios de control de la regularidad constitucional.” Tesis: 2a. LXXX/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 447.

¹⁸ Que dio origen a la siguiente tesis aislada: “**ADQUISICIÓN DE INMUEBLES. EL ARTÍCULO 28 BIS-1, FRACCIÓN XV, DE LA LEY DE HACIENDA PARA LOS MUNICIPIOS DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, AL PREVER UNA TARIFA ÚNICA ESPECIAL PARA EL PAGO DEL IMPUESTO RELATIVO A FAVOR DE LAS ASOCIACIONES RELIGIOSAS, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA.**” Tesis: 2a. CX/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 685.

¹⁹ “**Artículo 28 Bis-1.** En la adquisición de viviendas cuyo valor gravable no exceda de 25 cuotas elevadas al año y siempre que el adquirente sea persona física y no posea otro bien raíz en el Estado, cubrirá el impuesto aplicando la tasa del 2% al valor del inmueble, después de reducirlo en 15 cuotas elevadas al año. Para efectos de la no-propiedad de predios, bastará que el interesado manifieste bajo protesta de decir verdad que no es propietario o poseedor de otro bien inmueble en el Estado, conservando el Municipio sus facultades de comprobación. El Impuesto sobre adquisición de inmuebles se cubrirá a una tarifa única especial por cada inmueble equivalente a 7 cuotas, en los siguientes casos: (...) **XV.** En las adquisiciones realizadas por asociaciones religiosas, respecto de bienes destinados exclusivamente a sus fines.”

expresamente adquirir, poseer o administrar, por cualquier título, bienes raíces. Dicha restricción absoluta, se modificó a través de la reforma de los artículos 27 y 130 de la Constitución General de la República, publicada el 28 de enero de 1992, en la medida en que si bien se les dotó de personalidad con lo cual podían tener patrimonio propio, se cuidó que fuera el indispensable para el objeto o los fines de las asociaciones religiosas, por lo que los inmuebles que llegasen a adquirir, poseer o administrar no podrían constituir un acaparamiento, ni tampoco podían darles un uso distinto al indicado.

De igual forma, se estableció expresamente en el artículo 27, fracción II, de la CPEUM,²⁰ que dichos bienes estarían sujetos a los requisitos y limitaciones que señalara la ley reglamentaria, entre ellos, la indispensabilidad y el uso restringido del inmueble, siendo que en su proceso legislativo se aclaró que, por dotársele de personalidad a la asociación religiosa, su patrimonio quedaba sujeto a las normas de carácter fiscal.²¹

20 “*Artículo 27. (...) II. Las asociaciones religiosas que se constituyan en los términos del artículo 130 y su ley reglamentaria tendrán capacidad para adquirir, poseer o administrar, exclusivamente, los bienes que sean indispensables para su objeto, con los requisitos y limitaciones que establezca la ley reglamentaria.”*

21 En el dictamen de la Cámara Revisora del veinte de diciembre de mil novecientos noventa y uno, se estableció lo siguiente: “*2. La propiedad... Al tenor de la reforma propuesta en el sentido de otorgar personalidad jurídica a las asociaciones religiosas, resulta implícito y necesario reconocer su capacidad para tener un patrimonio propio, sujeto a las disposiciones legales correspondientes de carácter civil o fiscal. En tal virtud, se estima conveniente la modificación de la fracción II del referido Artículo 27 constitucional para establecer la posibilidad de que las asociaciones religiosas adquieran, posean, o administren aquellos bienes que les sean indispensables para su objeto, dejándose a la ley reglamentaria la enunciación de las restricciones que sean convenientes para evitar el acaparamiento o el uso distinto al de los objetivos permitidos. Como fundamento básico de esta modificación, cabe recordar que de conformidad con los fines espirituales a que están vinculadas las asociaciones religiosas, éstas no buscan un objetivo económico, que además sería rechazado por el pueblo de México. (...) De lo expuesto se desprende que no se permitirá la acumulación de riquezas o su falta de circulación económica. Las iglesias, de aprobarse estas reformas, podrán adquirir bienes raíces, pero siempre con la limitante de que sean indispensables para la realización de sus objetivos. Además, si las iglesias son asociaciones que tienden a ayudar a sus miembros y a los desvalidos, podrán canalizar sus inquietudes y propósitos a través de las existentes o de nuevas instituciones de beneficencia, sean públicas o privadas; podrán estimular la investigación; difundir la cultura y realizar otras actividades que sean lícitas, y correspondería a la ley reglamentaria que expida el Congreso de la Unión determinar los requisitos y formas de comprobar que las adquisiciones se destinan efectivamente a la realización de los objetivos de las asociaciones religiosas o las instituciones de beneficencia...”*

Atendiendo a la particularidades de los bienes destinados para los fines de las asociaciones religiosas, entre ellos, los templos o demás inmuebles destinados al culto público, la Segunda Sala concluyó, desde el punto de vista de la equidad tributaria, que es posible crear un régimen tributario diverso o de beneficio para los referidos inmuebles, con base en su destino, y para tal efecto utilizó su doctrina ya consolidada en el sentido de que en los tributos a la propiedad raíz, la capacidad contributiva no podría tan solo determinarse con el valor del bien o el monto de la operación de enajenación, sino que también puede hacerse tomando en cuenta el tipo, destino o uso que tiene el inmueble sobre el que recaerá el hecho imponible.

Luego, el Tribunal Constitucional en México estableció que el trato diferente en el impuesto sobre adquisición de inmuebles para los fines de las asociaciones religiosas está justificado, porque tales bienes tanto al comprarlos como en su uso tienen *restricciones constitucionales*, ya que requieren ser solo los indispensables para lograr sus objetivos religiosos, lo cual obliga al legislador a dar un tratamiento distinto respecto del resto de las adquisiciones de inmuebles que no tienen esas limitaciones o simplemente carecen de ellas.

Al criterio de la Suprema Corte de Justicia no puede restársele importancia por el hecho que los inmuebles de las asociaciones religiosas se hayan estudiado bajo la óptica de la equidad tributaria, o que no fue promovido por una comunidad de esa naturaleza, pues aun así resulta relevante para la libertad religiosa, ya que basta mirar que se definió que en la tributación no debe tomarse en cuenta solo el valor económico del bien o el monto de la operación de enajenación, sino también su objeto, fin o propósito, siendo, como se dijo al inicio, que los templos o lugares de culto público es donde se *potencializa* o se *expande* a su máxima amplitud la libertad de que se trata, de modo que el uso especial de estos inmuebles, así como su valor *religioso*, son factores que deben considerarse para la tributación relativa, y no debe mirarse su valor monetario,

el lujo u ostentación para gravar o no algún templo o lugar de culto público, pues desde la óptica de las creencias o la religión, dicho valor es *simbólico*, de acuerdo con su propia cosmovisión; de ahí que puede acontecer que una comunidad religiosa con pocos ingresos dedique mucho tiempo para adquirir o construir un templo o lugar, con adornos o acabados de lujo o con una arquitectura demasiado espectacular, y otra agrupación religiosa, aun cuando tuviese la capacidad económica de edificar un templo más visible, decide por sus creencias adquirir o comprar un inmueble con una construcción sencilla, y si en ambos casos se estimará también el valor económico se generarían distorsiones o afectaciones, quizá no en el ámbito tributario, pero sí a la libertad religiosa, porque en el primer caso tal vez no tuviese la capacidad económica para cubrir el tributo en la adquisición del inmueble, ni pagar su tenencia, terminando por abandonar lo que ellos consideran el lugar más importante o *sagrado* para expresar en público sus creencias, y en el segundo, teniendo tal capacidad, la comunidad religiosa no sería sujeta a la misma cuantificación tributaria, o incluso, podría quedar exenta.

Tal situación, al trascender al ejercicio de la libertad religiosa, debe cuidarse por el legislador, y si ha provisto una exención parcial o una carga fiscal menor a inmuebles que adquieran, posean o administren las comunidades religiosas para su culto público, con el propósito de cumplir con los principios de justicia tributaria, y, con mayor razón, para dar plena *eficacia* a la libertad religiosa, debería prever una exención –total– de la carga fiscal respectiva, como ha acontecido en España, ya que, es cierto, en el proceso legislativo de la reforma de los artículos 27 y 130 de la Constitución General de la República, publicada el 28 de enero de 1992, se dijo que el patrimonio de dichas asociaciones quedaba sujeto a las normas de carácter fiscal, pero no precisó si eran las sustantivas, formales o accesorias, de ahí que es posible *reinterpretar* la aclaración que hizo el Constituyente Permanente, en aras de *ensanchar* al máximo la libertad religiosa de las personas en México.

III. El Tribunal Constitucional de España ante la decisión del Estado de suprimir la exención en el pago del impuesto sobre bienes adquiridos por una comunidad religiosa

El Tribunal Constitucional de España, no en pocas ocasiones, ha abordado el tema de la tributación frente a los derechos humanos, a diferencia de México, y en esta ocasión, fue en la sentencia 13/2018 del 8 de febrero de 2018.

El precedente se refiere a la comunidad musulmana *Tawasol de Elgoibar* que adquirió un inmueble con la finalidad de adaptarlo para el culto público, por lo que presentó una autoliquidación por el concepto de impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Luego, en términos del acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, que declara exentos de ese tributo a los bienes o derechos adquiridos que se destinan a actividades religiosas, solicitó la devolución del pago de lo indebido, la cual le fue denegada, al considerar que no era aplicable la exención prevista.

Al resolver el asunto, el Tribunal Constitucional Español retomó la doctrina sustentada en el fallo STC 207/2013, en la cual consideró que cabe extender a las iglesias, confesiones y comunidades religiosas los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico general para las entidades sin fines de lucro, y demás de carácter benéfico. En ella, consideró que los poderes públicos, para garantizar la libertad religiosa no solo deben respetar o no interferir injustificadamente en la vida o creencias de los grupos religiosos y sus miembros –*aspecto negativo*–, sino que ese derecho humano también impone mantener relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones, es decir, que se “exige de los poderes públicos una *actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa*”

De esta manera, el Tribunal Constitucional de España advirtió que desde la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad religiosa, se *encomienda al legislador estatal* no solo

la tarea de materializar tales acuerdos, sino también la de facilitar la práctica efectiva de las creencias religiosas y de sus actos de culto, así como la participación de los ciudadanos en los mismos, a través de medidas, como son la concesión de un régimen fiscal especial para las iglesias, confesiones y comunidades que las representan. Señaló que la exención –total– del impuesto sobre inmuebles prevista en beneficio de ciertas iglesias, confesiones y grupos de carácter religioso está plenamente justificado ante la relevancia constitucional que tienen tales asociaciones para la consecución de los fines que la Constitución de España proclama y, en concreto, para garantizar el derecho a la libertad religiosa y de culto, pues se tratan de acciones estatales dirigidas a su protección y estímulo y, por lo tanto, es de interés general. Y concluyó, a nuestro parecer extendiendo al máximo el derecho humano en comento, que no es posible suprimir la exención a los bienes y derechos destinados a actividades religiosas o asistenciales, porque trasciende al ejercicio de la libertad religiosa, en su vertiente externa y colectiva.

Este precedente deja en claro que la tributación puede incidir en la eficacia o la práctica efectiva de un derecho humano, por lo que en México debe aplicarse correctamente la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de que “*el legislador no está obligado a mantener indefinidamente la aplicación de sistemas tributarios preferenciales, ni mucho menos está impedido para modificar, reducir o suprimir beneficios fiscales*”²², dada su

²² Como puede apreciarse en la siguiente jurisprudencia sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“RENTA. LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 130/2007 (*) NO ESTABLECE LA OBLIGACIÓN, PARA EL LEGISLADOR TRIBUTARIO, DE MANTENER INDEFINIDAMENTE EL RÉGIMEN SIMPLIFICADO PREVISTO POR LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO ABROGADA. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia aludida, determinó que los artículos 81 y 123, fracción II, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente a partir de 2005, no establecían un trato diverso, en forma injustificada, entre las personas morales del régimen general (quienes deducían conforme al sistema de costo de lo vendido) y las pertenecientes al régimen simplificado (las cuales lo hacían al momento en que adquirían mercancías). Sin embargo, el criterio jurisprudencial de mérito no prevé que, dada la prioridad que para el país representan las actividades del sector primario, el legislador debe mantener indefinidamente la aplicación de sistemas tributarios preferenciales, ni mucho menos que está impedido para modificar, reducir o suprimir beneficios fiscales. Considerar

libertad configurativa, pues no tiene cobijo tal interpretación si trasciende la tributación a la libertad humana como la religiosa.

El segundo aspecto que es importante destacar es que el Tribunal Constitucional Español aplicó el principio de progresividad y no regresión, por estar en juego un derecho humano y no permitió que el legislador dejara insubsistente una exención total, para configurar ahora un pago tributario por los inmuebles destinados, entre otros fines, para el culto público, por lo que a su entender es la mejor forma en que puede facilitarse la práctica pública de la libertad religiosa o de creencias –*aspecto externo y colectivo de este derecho*–, por lo que en México se debería adoptar esa misma forma de estudiar la constitucionalidad de los tributos, no solo mirando los principios de justicia tributaria, sino también asomándose al impacto que tendrá a los derechos humanos.

Así, las líneas de reflexión que hemos expuesto a lo largo del trabajo son para demostrar que el sistema tributario también puede ayudar a ampliar la tutela de los derechos humanos, en especial, el de la libertad de religión o de creencia.

IV. Referencias

Hemerográficas

- Periódico *El País*, *Las sectas no tienen un cartel en la puerta*, España, 13 de agosto del 2018.

Electrónicas

- Censo general del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática del 2010, disponible en <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/religion/>

lo contrario, equivaldría a soslayar la libertad configurativa del legislador para el diseño tributario del Estado, interviniendo sobre aspectos que el texto constitucional ha reservado para el Poder Legislativo. Además, si bien en cualquier momento de la historia pueden formularse juicios de diversa índole sobre la conveniencia o inconveniencia de que el legislador, a través del sistema fiscal, establezca determinados incentivos, acote los existentes o, inclusive, los elimine, lo cierto es que ello no puede llevar al Tribunal Constitucional a afirmar que siempre deberán otorgarse los mayores incentivos posibles, ni es éste un postulado exigible constitucionalmente, como tampoco lo es el que estos incentivos siempre deban darse a través del sistema tributario.” Tesis: 2a./J. 28/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, marzo de 2017, p. 947.

- Dirección General de Asociaciones Religiosas de la Secretaría de Gobernación, disponible en http://www.asociacionesreligiosas.gob.mx/work/models/AsociacionesReligiosas/pdf/Numeralia/AR_por_tradicion.pdf
- Observación General 22 del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencm22.html>
- Informe del Relator Especial sobre la Libertad de Religión o de Creencias del 17 de enero de 2017, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/008/79/PDF/G1700879.pdf?OpenElement>
- Semanario Judicial de la Federación, disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/Tesis.aspx>
- Sentencias y Expedientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>
- Dictamen de la Cámara de Senadores respecto del Decreto que Reforma los Artículos 3°, 5°, 24, 27 y 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <http://bovmsilap.scjn.pjf.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNOimNPZPsNLFqe0s7fey1FqrifLxfl+p>
- GzyNWpg3oXHaF9AG/ln+VvPiQDIKVW9Xac4Rw==
- Tribunal Constitucional de España disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2018-3303.pdf>

Normativas

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.
- Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Nuevo León.

DERECHO DE PROTECCIÓN CONTRA LA DETENCIÓN ARBITRARIA.

JUDITH VIVIANA JUÁREZ VÁZQUEZ

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XXV (Derecho de protección contra la detención arbitraria) establece que: “nadie podrá ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.

Como se ve, son varias las implicaciones que derivan del derecho en cuestión, por lo que, debido a la extensión máxima de este trabajo me ceñiré al análisis de la primera de ellas relativa a que ***nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes***, como un derecho de protección contra la detención arbitraria.

Acotado el tema, debe decirse que en el Derecho internacional, la protección contra la detención arbitraria se ve reflejado en el precepto invocado; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 9 establece: “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, misma que señala en su artículo 7 numerales 3 y 6, respectivamente: “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. (...) Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida sin demora sobre la legalidad de sus arresto o detención (...); y por último, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 9 numerales 1, 4 y 5, en ese orden, establecen: “(...) Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias (...)

Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a ordenar reparación”.

Mientras que cada Estado en su legislación interna, atiende el tema de la detención ilegal, como en el caso de nuestro Pacto Federal que en el artículo 14, párrafo segundo establece: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”; asimismo, el precepto 16, en lo conducente, señala: “...Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.”. “...Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.”. “...En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.”. “...Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”.

De tal suerte, que en el Código Nacional de Procedimientos Penales encontramos diversos preceptos que refieren al derecho a la libertad personal y que reproducen lo establecido en la Constitución, entre ellos encontramos los numerales 19, 113, fracción V, 148, 149, 152, 307 y 308.

Esto es, el término arbitrariedad lo encontramos en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en tanto que el de ilegalidad en las normas de derecho penal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Comité de Derechos Humanos (CDH), consideran ambos conceptos como distintos y a la vez complementarios, ya que en una decisión adoptada en mil novecientos noventa, el Comité estableció que la historia de la redacción del párrafo primero del artículo 9 confirma que no se debe equiparar el concepto de arbitrariedad con el de contrario a la ley, sino que el primero debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las garantías procesales.

Para el Comité, aunque la detención o prisión ilegal es casi siempre arbitraria, una detención o privación hecha de acuerdo con la ley puede, no obstante, ser también arbitraria; en ese sentido destacó, que una detención puede ser arbitraria: a) por motivos o conforme a procedimientos distintos de los prescritos por la ley, o b) conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del individuo a la libertad y la seguridad.

La jurisprudencia reiterada de la CIDH identifica la ilegalidad como razón para considerar una privación de libertad arbitraria ya que ha establecido que una detención arbitraria se configura con base en tres supuestos: 1) cuando la detención es practicada al margen de los motivos que válidamente estipula la ley (detención extra legal); 2) cuando se ha ejecutado sin observar las normas exigidas por la ley; y 3) cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir cuando se practica para fines

distintos a los previstos y requeridos por la ley (detención para fines impropios), cuestión última que constituye una forma de pena sin proceso o pena extralegal que vulnera las garantías del juicio previo, lo cual propicia que el término arbitrario sea considerado sinónimo de irregular, abusivo, contrario a derecho.

Por lo que hace a la detención ilegal, la Corte distinguió dos aspectos en su análisis, uno material y otro formal, con base en lo cual estableció que nadie puede verse privado de la libertad personal sino por causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal).

En este sentido, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación se ilegal y contraria a la Convención Americana.

Ahora, en nuestro país los conceptos de arbitrariedad e ilegalidad se han aplicado e interpretado en forma indistinta, pues existe un anejo pronunciamiento del Alto Tribunal en el tema de detenciones arbitrarias y en el que se consideran tanto aspectos de ilegalidad como de abusos en su ejecución, como puede verse en la tesis emitida por la Primera Sala de Justicia de la Nación con rubro: “DETENCIÓN POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS” y la diversa tesis emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con título: “DETENCIÓN ARBITRARIA”¹; decantando en su reciente interpretación, que la detención de una persona debe considerarse arbitraria si no se cumple con el marco constitucional y convencional; asimismo, que debe ser considerada como ilegal, en unión de los datos de prueba obtenidos de manera directa e inmediata con motivo de la misma, como puede advertirse de las tesis emitidas por la Primera Sala del Tribunal Constitucional de títulos: “FLAGRANCIA. LA DETENCIÓN DE UNA

¹ Tesis (sin número), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. CV, p. 557. Así como la diversa tesis (sin número), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. II, p. 428.

PERSONA SIN EL CUMPLIMIENTO IRRESTRICTO DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL QUE REGULA AQUELLA FIGURA, DEBE CONSIDERARSE ARBITRARIA” y “FLAGRANCIA. LAS CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL SON LA INVALIDEZ DE LA DETENCIÓN DE LA PERSONA Y DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTAE INMEDIATAMENTE EN AQUÉLLA”.²

Por lo que hace al tópico de la ilegalidad, la Corte de nuestro país ha sostenido que para privar de la libertad a una persona deben concurrir una serie de requisitos constitucionales, como son una orden de captura, un caso de urgencia verificable por el Ministerio Público o la actualización de un supuesto de flagrancia; igualmente, que para validar la constitucionalidad del actuar de los agentes de seguridad pública que implican actos de investigación o de prevención del delito y que necesariamente provocan un acto de molestia restringiendo provisionalmente el ejercicio de un derecho porque no implican la privación de un derecho de libertad personal, sino una afectación momentánea a la misma, deberá atenderse a un concepto que denominó control provisional preventivo, cumpliéndose con ello lo previsto en el artículo 21 del Pacto Federal, esto lo podemos advertir en la tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de título: “CONTROL PROVISIONAL PREVENTIVO. PARÁMETROS A SEGUIR POR LOS ELEMENTOS DE LA POLICÍA PARA QUE AQUÉL TENGA VALIDEZ CON POSTERIORIDAD A LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA.”³

Ahora, siguiendo la interpretación de los instrumentos internacionales, la detención arbitraria debe considerarse en su acepción más amplia, a fin de incluir elementos de incorrección,

² Tesis 1^a. CC/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, mayo de 2014, p. 545. Así como la diversa tesis 1^a. CCI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, mayo de 2014, p. 545.

³ Tesis 1a. XXVI/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, febrero de 2016, p. 669.

injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las garantías procesales, con el objeto de lograr un debido proceso.

Bajo esa línea de pensamiento y ciñéndonos al objetivo de este ensayo se puede considerar que a pesar de que una detención ocurra en cumplimiento de una orden de aprehensión (mandato judicial debidamente fundado y motivado) o con motivo de la actualización de alguna de las hipótesis de flagrancia o caso urgente, cuya base legal está contenida en los artículos 16 constitucional y 146 a 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en su ejecución se podría omitir realizar una serie de actividades con rango convencional, constitucional y legal, como son: poner al detenido a disposición de la autoridad correspondiente sin demora; registrar la detención; darle a conocer al ciudadano el motivo de su detención y los derechos que le asisten. Por lo que resulta relevante conocer el impacto que tiene en el proceso la violación a dichos derechos.

En esa tesitura, revisando los criterios emitidos por el Alto Tribunal mexicano, encontramos que inicialmente consideraba las violaciones cometidas en la detención calificada de arbitaria como irremediablemente consumadas en determinado estadio procesal e incluso, como técnicamente no idóneo el amparo directo promovido para combatir la falta de orden de aprehensión o flagrancia en la detención de una persona, así puede advertirse en la tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de título: “SITUACIÓN JURÍDICA, CAMBIO DE LA, COMO CAUSA DE SOBRESEIMIENTO (DETENCIÓN REALIZADA POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS)”; la diversa emitida por la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de título: “CONFESIÓN, DETENCIÓN ARBITRARIA Y PROLONGADA ANTERIOR A LA.”; y el diverso criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con título: “DETENCIÓN ILEGAL”⁴; lo cual evolucionó en el sistema procesal

penal tradicional, ya que después estableció, que es factible analizar en amparo directo violaciones cometidas durante la detención, así como durante la averiguación previa, como puede verse en las tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubros: “AMPARO DIRECTO. PROCEDE QUE EN ÉL SE ANALICEN COMO VIOLACIONES AL PROCEDIMIENTO LAS COMETIDAS EN AVERIGUACIÓN PREVIA, CUANDO AFECTEN LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 160, FRACCIÓN VII, DE LA LEY DE AMPARO.”; “AVERIGUACIÓN PREVIA. LAS TRASGRESIONES COMETIDAS DURANTE ESTA FASE CONSTITUYEN VIOLACIONES PROCESALES EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 160 DE LA LEY DE AMPARO”; y “VIOLACIONES COMETIDAS EN LA DETENCIÓN DEL INICULPADO CON MOTIVO DE LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL (FLAGRANCIA O CASO URGENTE). ES FACTIBLE SU ANÁLISIS EN AMPARO DIRECTO CUANDO NO HAYAN SIDO ANALIZADAS PREVIAMENTE EN AMPARO INDIRECTO”⁵.

No obstante, en el sistema de corte acusatorio y oral, ha llegado a la conclusión de que ciertas violaciones a derechos fundamentales como la incomunicación y tortura deben plantearse ante el juez de control que conoce de la detención y deben ser atacadas a través de los medios de impugnación a su alcance, ya que una vez cerrada la etapa intermedia y establecidos los medios de prueba que deberán ser desahogados en la audiencia de juicio oral, no es posible retomar en ésta última ni en posteriores instancias –incluyendo el juicio de amparo directo- el debate sobre la exclusión probatoria derivada de derechos fundamentales⁶.

5 Tesis jurisprudencial 121/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXI, mayo de 2010, p. 36; Tesis jurisprudencial 138/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo III, diciembre de 2011, p. 2056; y la Tesis jurisprudencial 45/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, julio de 2013, p. 529.

6 Véase resolución emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo en revisión 669/2015 en fecha veintitrés de agosto de dos mil diecisiete.

4 Tesis (sin número), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo LXXXIV, p. 892; Tesis (sin número), *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, volumen 175-180, p. 136; y Tesis (sin número), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo CXIX, p.410.

Sobre esa base, en actual sistema de corte adversarial, la audiencia inicial es el escenario oportuno para plantear el tema de la detención arbitraria y en su caso, la audiencia intermedia para solicitar la exclusión de los medios de prueba derivados de la misma; lo que lleva a plantear la hipótesis de cuál debe ser el actuar del juez frente a esos argumentos; esto es, cuando se le plantea que: no se puso al detenido a disposición de la autoridad correspondiente sin demora; que no hubo un registro de la detención; o bien, que no se le dio a conocer al ciudadano el motivo de su detención y los derechos que le asisten.

Ya que en contextos del sistema procesal penal tradicional, la Corte ha sentado algunos criterios; verbigracia, en el tema de la exigencia Constitucional de inmediatez, cuya violación ha dicho no convierte la detención en ilegal, ni las pruebas obtenidas estrictamente con motivo de la detención en flagrancia (a menos que se acredite la existencia de vicios propios de la misma detención); sino que su impacto deberá reflejarse a partir de que la retención del detenido se torna injustificada, como se encuentra en la tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de título: “DETENCIÓN EN FLAGRANCIA. LA DEMORA INJUSTIFICADA DE LA PUESTA DEL DETENIDO A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO NO IMPLICA QUE AQUÉLLA SEA ILEGAL.”⁷.

Asimismo, que derivado de ello se genera la anulación de la declaración del detenido, así como la invalidez de aquellas referencias a circunstancias y medios de prueba obtenidos por la policía que deriven de la demora injustificada o que hayan sido recopilados con motivo de una investigación policial no controlada ni dirigida por el Ministerio Público, así se lee en el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: “DEMORA EN LA PUESTA A DISPOSICIÓN DEL DETENIDO EN FLAGRANCIA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. LA VALORACIÓN

⁷ Tesis 1^a. CCCLXII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, noviembre de 2015, p. 972.

DEL PARTE INFORMATIVO U OFICIO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE LOS AGENTES APREHENSORES, DEBERÁ ATENDER A LA INDEPENDENCIA FÁCTICA Y SUSTANCIAL DE LA DETENCIÓN Y LA PUESTA A DISPOSICIÓN”⁸.

Igualmente y en relación a la omisión de darle a conocer al ciudadano el motivo de su detención y los derechos que le asisten, el Alto Tribunal ha indicado que el razonamiento detrás de ese derecho es el de evitar detenciones ilegales o arbitrarias y, además, garantizar el derecho de defensa, debiendo el operador judicial analizar detalladamente si esa omisión tuvo alguna consecuencia en el proceso y si hubo algún evento que vulnerara directamente el derecho de defensa del acusado; como se encuentra en la tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de título: “DERECHO A SER INFORMADO DE LOS MOTIVOS DE LA DETENCIÓN Y LOS DERECHOS QUE LE ASISTEN A LA PERSONA DETENIDA. DEBE HACERSE SIN DEMORA Y DESDE EL MOMENTO MISMO DE LA DETENCIÓN.”, así como la ejecutoria que la informa⁹.

Ahora bien, si se atiende a la interpretación más amplia del concepto de detención arbitraria plasmado en el Derecho Internacional, el incumplimiento de los citados derechos por parte de los agentes del estado involucrados en la detención y retención de una persona convierte su actuar no sólo en arbitrario sino también en ilegal, lo que de suyo debe generarles responsabilidad, sea de carácter administrativo o penal, a fin de que tales disposiciones constitucionales y legales no constituyan letra muerta, se eviten prácticas reiteradas al margen de la ley, a virtud de las cuales, dicho sea de paso, México ha sido sancionado internacionalmente.

Concomitante a ello, una vez identificadas por el juez las consecuencias que tales omisiones generaron en la situación del

⁸ Tesis jurisprudencial 1a./J. 8/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, agosto de 2016, p. 723.

⁹ Tesis 1^a. CCCLIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, noviembre de 2015, p. 970.

detenido, según la fase en que se encuentre, ya sea en la audiencia de control de detención, de formulación de imputación o bien en la audiencia intermedia a que aluden los artículos 307, 308, 310 y 341 del Código Nacional de Procedimientos Penales, si tuvieron impacto en su garantía de defensa y debido proceso, deberá reparar el daño causado acorde al derecho trasgredido, que pudiera conllevar, por su puesto, a decretar su inmediata libertad, porque no puede dejar de considerarse que otros derechos fundamentales interrelacionados pudieran también verse vulnerados, como son la intimidad o la integridad física, por citar algunos.

De esta manera, lo plasmado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la parte del artículo abordado, así como en los correlativos de los diversos instrumentos internacionales, cobra vigencia en las determinaciones jurisdiccionales.

**DECLARO BAJO PROTESTA DE DECIR VERDAD QUE
EL PRESENTE ENSAYO ES AUTORÍA DE LA SUSCRITA.
ASIMISMO, CEDO LOS DERECHOS DEL TRABAJO, AUTORIZO
LA PUBLICACIÓN DEL MISMO EN LA OBRA COLECTIVA A LA
QUE ESTÁ DESTINADO, MISMA QUE NO HA SIDO PUBLICADA
PREVIAMENTE NI ESTÁ EN VÍAS DE PUBLICACIÓN EN NINGÚN
OTRO MEDIO DE DIFUSIÓN PRIVADO O PÚBLICO, NACIONAL
O EXTRANJERO.**

LOS DERECHOS HUMANOS DE LIBRE ASOCIACIÓN Y DE TRABAJO LÍCITO, SU CUESTIONAMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL ANTE LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE LOS ABOGADOS EN MÉXICO

JORGE SEBASTIÁN MARTÍNEZ GARCÍA¹

“En su mejor momento el hombre es el más noble de todos los animales; separado de la ley y la justicia es el peor”

-Aristóteles-

Resumen

La colegiación de abogados en México se ha vuelto un tema relevante respecto a los pros y contras de su eventual regulación normativa, incluso desde la constitución federal ante los niveles de desacreditación que ha alcanzado ésta profesión. El derecho al trabajo, la libertad de asociación, y el servicio público son derechos humanos ligados al ejercicio del derecho; sin embargo, es necesario realizar un análisis desde la perspectiva constitucional y convencional de la implementación de la colegiación obligatoria de abogados en nuestro país, para ponderar si esto es una posibilidad viable tanto legal como profesionalmente, que pueda llegar a contribuir a la mejora del ejercicio de la abogacía dentro del Estado Mexicano, sin violar sus derechos fundamentales.

Palabras clave: colegiación de abogados, libertad de asociación, trabajo lícito, derecho al trabajo, servicio público.

Abstract

The bar association in Mexico has become a relevant issue regarding the pros and cons of its eventual normative regulation, even from the federal constitution given the discredit that this profession has reached. The right to work, freedom of association and public service are human rights linked to the exercise of the law; however,

¹ Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Séptimo Circuito, con sede en Xalapa, Veracruz.

it is necessary to carry out an analysis from the constitutional and conventional perspective of the implementation of the necessary licensing of lawyers in our country, to evaluate whether this is a viable possibility, both legally and professionally, that may contribute to the law exercise improvement within the Mexican State, without violating their fundamental rights.

Keywords: bar association, freedom of association, legitimate work, right to work, public service.

Sumario: *Introducción. I. Antecedentes de los colegios de abogados. II. Colegiación obligatoria de los abogados mexicanos. III. Importancia de la colegiación obligatoria de los abogados. IV. Argumentos contrarios a la colegiación obligatoria de profesionistas. V. Constitucionalidad y convencionalidad del proyecto de colegiación obligatoria de abogados. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía y otras fuentes de consulta.*

Introducción

El presente trabajo tiene como propósito contribuir en el estudio de un tema que está pendiente de regulación por el Poder Legislativo de la Federación, a manera de ejercicio *a priori*, de acercamiento entorno a la constitucionalidad y convencionalidad del proyecto de colegiación obligatoria de los abogados de México, en relación con los derechos humanos de libertad de asociación y de trabajo lícito, no sin antes revisar someramente sus antecedentes, para luego identificar lo que ha sucedido en nuestro país al respecto, incluso dando cuenta de los proyectos de reformas que yacen en ambas Cámaras del Congreso y sin aprobación, pese al vacío jurídico que es necesario reglamentar ante los niveles de desacreditación que en estos años ha alcanzado la abogacía.

Queda claro que existen voces en contra de una reforma en tales términos, tanto porque la estiman innecesaria como porque sostienen su propia improcedencia, para finalmente concluir con

una opción de análisis en abstracto en cuanto a su regularidad de cara a la Constitución y conforme a los Tratados Internacionales, particularmente en lo que atañe a la libertad de agruparse y de laborar en lo que le acomode a una persona, con tal de que sea legal, frente a la idea de colegiar obligatoriamente a este grupo de profesionistas.

Las distintas aristas que presenta el asunto, de suyo complejo, sin duda han provocado que no se hayan cristalizado estas reglas, quizás, en buena medida, por el cuestionamiento precisamente de su apego o no a los derechos humanos, con las repercusiones que ello entraña. De ahí que hacer un ensayo sobre estos tópicos permite encontrar algunas justificaciones adecuadas para poder confrontarlas en su momento y tiempo en que resulte necesario.

I. Antecedentes de los colegios de abogados

Los colegios de abogados tienen su origen en el **Derecho Romano**, atribuyéndose su creación al emperador Justiniano con la orden o *militia*, que era una agrupación de abogados a la que para ingresar se requería presentar un certificado de estudios sobre el derecho y justificar la residencia, además debían reunirse condiciones de moralidad², y se dice que en la época de Ulpiano aquellos se unieron en corporaciones que se denominaban *ordo* o *collegium togatorum*, en donde los abogados autorizados para ejercer la abogacía se inscribían en una tabla que seguía un orden correlativo a la admisión y si cometían falta en el desempeño a su cargo, se les suspendía en el ejercicio de sus funciones durante un determinado plazo, llegando a privárseles del título³.

² Alcina, Hugo, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1963, p.535, citado por Carlos Arellano García en *La Colegiación Obligatoria de los Abogados*, p. 30, recuperado de <http://repositorio.lasalle.mx/handle/123456789/368> el 25 de julio de 2018.

³ Pallares, Eduardo, *Diccionario del Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 5ta edición, 1966, p. 5, citado por ídem.

Durante la **Edad Media** los colegios de abogados se vieron influenciados por los sentimientos religiosos de la época, que los inclinó al auxilio del débil y del necesitado, por lo que constituyeron verdaderas congregaciones; estas hermandades se difundieron por el reino de **España**, destacando las de Zaragoza, Valladolid y Madrid en el siglo XVI, que luego fueron apareciendo en Sevilla, Granada, Valencia y algunas de América como complemento del régimen audicional. Estos colegios dieron lustre a la profesión y por su importancia para los altos puestos que hicieron prestigiosa la carrera profesional, halagada con satisfacciones y compensaciones⁴.

Dentro de los antecedentes en **Méjico**, se puede deducir un triple énfasis para lograr su propósito de surgir a la vida pública; en principio, un aspecto *político* se ve en la disputa que duró cinco años sobre la conveniencia o no de permitir que hubiera abogados en la Nueva España y finalmente, el Emperador Carlos V resolvió en definitiva la aceptación de los abogados en estas tierras, al expedir las ordenanzas de la Real Audiencia y Cancillería de la Nueva España⁵.

De acuerdo con Icaza Dufour, según lo cita Oscar Cruz Barney, con el siglo XVIII, el fenómeno de la Ilustración y la política innovadora de la Casa de Borbón, los abogados novohispanos se agruparon en una cofradía, que es una organización de corte religioso y asistencial que existía en la Nueva España desde el siglo XVI. “La cofradía organizada por los abogados surgió de la afiliación a la ya existente de San Juan Nepomuceno, establecida en el Hospital del Espíritu Santo y Nuestra Señora de los Remedios”⁶.

4 Ruiz Guiñazú, Enrique, *La Magistratura Indiana*, Buenos Aires, 1966, pp. 342-343, citado en ídem.

5 Icaza Dufour de, Francisco, *La Abogacía en Reino de la Nueva España 1521-1821*, Porrúa, México, 1998, p.78, citado por Cruz Barney, Oscar en *Historia del Derecho en Méjico*, México, Oxford, segunda edición 2004, décimo quinta reimpresión 2017, p.697.

6 Ibídem, p.698.

Lo acabado de destacar denota ahora un enfoque *social y religioso* en el reconocimiento de los colegios de abogados, incluso Cruz Barney destaca que a finales de mayo de 1758, un grupo de abogados del foro de la Ciudad de Méjico, encabezados por el licenciado Baltazar Ladrón de Guevara, solicitaron y obtuvieron tanto del Virrey como de la Real Audiencia el permiso para que junto con los demás letrados⁷ novohispanos “tratar la conveniencia de fundar un colegio que tuviera como sus principales fines el mutualismo y la dignificación de los abogados”⁸. De ahí que se insistiera en que los abogados debían tener cualidades sociales y personales especiales que ayudaran a honrar la profesión y se distinguieran del resto de la población, “acercándolos a la élite de la Nueva España”⁹.

Así, el Colegio quedó formalmente fundado por el Rey Carlos III mediante Real Cédula del 21 de junio de 1760, le asignó el título de “Ilustre” y lo admitió bajo su real protección¹⁰, con lo cual dio al naciente colegio de abogados un matiz ahora *institucional y académico*, pues a partir del 4 de diciembre de 1785 se le autorizó para que examinara a los aspirantes que reunieran los requisitos para comparecer ante la Real Audiencia en ejercicio de la profesión. “El examen se efectuaba en casa del rector, asistido por 12 sinodales, que luego disminuyeron a cuatro y tenía una duración mínima de dos horas”¹¹; por lo que, como se ve, adquiere ese enfoque académico prácticamente desde su fundación, ya que se previó la necesidad de crear una “Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica Real y Pública”, la cual se logró hacer hasta 1794: “Las Academias teórico-prácticas fueron una de las instituciones

7 De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española *letrado o letrada*, como adjetivo significa sabio, docto o instruido y como sustantivo masculino y femenino se refiere al abogado, titulado en derecho. Diccionario de la Lengua Española, tomo II, España, vigésima primera edición, 1992.

8 Cruz Barney, Oscar, op. cit. p. 698.

9 Mayagoitia, Alejandro, “De real a nacional: el Ilustre Colegio de Abogados de Méjico”, en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas: La Supervivencia del derecho español en Hispanoamérica durante la época independiente, UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Méjico, 1993; citado por Cruz Barney, Ibídem, p.699.

10 Icaza Dufour de, Francisco, op. Cit. p. 85, citado por Oscar Cruz Barney, en op. cit. p. 698.

11 Icaza Dufour de, Francisco, op. Cit. p. 88 y 89; citado por Cruz Barney, Ibídem p. 699

más difundidas desde la segunda mitad del siglo XVIII y prácticamente todo el XIX, pues desempeñaron un papel fundamental en el estudio y enseñanza del derecho”¹².

Este colegio, que después de la independencia adoptó el nombre de “Ilustre e Imperial Colegio de Abogados en México”, y finalmente el de “Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México”, pervive hasta la actualidad. “El INCAM recientemente cumplió 255 años de colegiación profesional; es un Colegio de Abogados que fue testigo de la transición de la Nueva España al México Independiente.”¹³

Y, ¿Qué requisitos se necesitaban para pertenecer al Colegio de Abogados en México?

De acuerdo con los estatutos publicados en 1830 se preveía, por una parte, que el colegio era la asociación de todos los *profesores de abogacía de los Estados Unidos Mexicanos*, incorporados o que se incorporasen en su momento, y era necesario presentar título de abogado expedido por cualquier institución autorizada para ello, así como una certificación del Tribunal Superior de Justicia del lugar de residencia del aspirante, en el cual se hiciera constar que estaba expedido en el ejercicio de la profesión y en los derechos de ciudadano¹⁴.

¿Qué se enseñaba en el Colegio de Abogados?

En la academia teórica-práctica de jurisprudencia se daban lecciones de principios de legislación, de derecho natural, de gente, público, civil y canónico, los cuales operaron hasta 1876, al ser sustituidos por los que se comenzaron a impartir en la recién instituida *Escuela Nacional de Jurisprudencia*.¹⁵

Como puede verse de este devenir histórico de la colegiación en nuestro país, sus propósitos tuvieron un alto contenido de compromiso

12 González, María del Refugio, “Constituciones de la Academia Teórico Práctica”, en Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1990, núm. II, p. 268; citado por Cruz Barney, op. Cit. p. 700.

13 Patiño Jiménez, Sebastián, “BMA, ANADE e INCAM: Unidos por la colegiación obligatoria”, Abogado Corporativo, México, septiembre-octubre 2015, p. 50

14 Cruz Barney, Oscar, Ibídem p. 701.

15 Ídem.

social y político, pero además de una transparencia ética tanto para ser, como para ejercer la profesión de abogado, asumiendo su propia capacitación y certificación, en aras de la dignidad de este grupo que llegó a conformar parte de una élite tanto en la Nueva España como en el México Independiente, según se precisó con anterioridad.

II. Colegiación obligatoria de los abogados mexicanos

Pese a que en sus orígenes la colegiación de los abogados resultaba obligatoria, en la actualidad en México solo es voluntaria.

Antes de continuar, es necesario dejar en claro que en el derecho existen diversas *profesiones jurídicas*, que van a depender del ejercicio de la propia profesión, y aun cuando el título de “licenciado en derecho” faculta a quien lo ostenta, para su ejercicio, en cualquiera de ellas, como son las consistentes en: la abogacía, la judicatura, el notariado, la correduría o la academia (investigador y docente), son incompatibles entre sí, como ocurre con las dos primeras, pues la **abogacía** “es la actividad dirigida a la defensa de los intereses de otras personas ante los tribunales. El abogar consiste en la presentación y el apoyo de las razones a favor de una persona, ante quien ha de juzgarse o decidir sobre ellas. El término abogado proviene de la expresión latina *ad vocatus*”¹⁶; en tanto que la **judicatura**¹⁷ es la actividad que ejercen los jueces, magistrados y ministros en México, como integrantes del Poder Judicial Federal y locales, precisamente cuando deciden los asuntos que les son sometidos a su potestad, cuya carrera está regida por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quienes a su vez están agrupados en colegios de jueces

16 Cruz Barney, Oscar, “La Colegiación como garantía de independencia de la profesión jurídica: La colegiación obligatoria de la abogacía en México”, en Cuestiones Constitucionales, México, núm.28, enero-junio 2013, pp.79-80.

17 Se define entre otras acepciones como: “Ejercicio de juzgar”, o “cuerpo constituido por los jueces del país”, Real Academia Española, Op. Cit. p.1208.

de distrito y magistrados de circuito y de igual manera en uniones de estas asociaciones tanto federales como estatales, verbigracia en la denominada Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia (AMIJ), todas Asociaciones Civiles, cuya afiliación de cada titular es voluntaria, y no obligatoria.

Al respecto, Néstor O. Pérez Lozano¹⁸, aunque referido a la colegiación de los Notarios, ha sostenido que debe establecerse en la ley esta unión de los profesionistas universitarios, siempre que se cumpla con determinados principios como son los siguientes: principio de la razonabilidad (que sea en favor del bien común, a través de una potestad equilibrada y lógica del poder del Estado sobre las profesiones); el principio del federalismo (acorde al régimen que asegura que las entidades federativas tengan facultad para reglamentar el ejercicio de las profesiones); el principio de la democracia participativa y republicana (la expansión de organizaciones intermedias situadas entre el hombre y el Estado, se concreta en el principio del control social que ejerce la comunidad mediante la acción de colegios; el principio de solidaridad (todos los colegios son administrados por sus destinatarios); y el principio del bienestar general y el bien común (ligado con el anterior se integra con el concepto de justicia distributiva): “*La existencia de la colegiación legal apunta la vigencia del bienestar general y el bien común como valor primordial para la realización de la justicia*”¹⁹.

En pocas palabras, para los argentinos, la colegiación de las profesiones es legal porque como lo ha resuelto su Corte Suprema de Justicia en varios fallos (97:37, 117:342, 156:290 y 237:897), el **Colegio** es una entidad de derecho público con fines tales como: gobierno de la matrícula, control del ejercicio profesional, dictado de normas de ética resguardo del ejercicio profesional, cooperación en el estudio del derecho, defensa de sus miembros, entre otros.

18 Es dirigente notarial y académico de Buenos Aires, Argentina.

19 Revista Noticias del Consejo Federal, entrevista al Dr. Néstor O. Pérez Lozano sobre el tema Poder de Policía Profesional y Colegiación Legal y TIRIGALL CASTÉ, Ricardo, Los fundamentos de la colegiación profesional obligatoria en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, p. 124

*El Colegio no es una asociación (art.14 Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino la entidad destinada a cumplir fines públicos que originalmente pertenecen al Estado, y que éste por delegación, circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario como auxiliares de la administración de justicia*²⁰.

A propósito de lo acabado de transcribir, es preciso señalar que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemana el tema de la colegiación obligatoria ha sido muy debatido y se han inclinado por aceptar esa clase de asociaciones obligatorias siempre y cuando se trate de corporaciones de derecho público y no privado²¹.

En lo que atañe a nuestro país, de acuerdo con el dato proporcionado por Oscar Cruz Barney, por lo menos hasta el año de 2013 existían cerca de 333 colegios de abogados privados (voluntarios); sin embargo, solo 3 son de representación nacional: el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, fundado en 1760; la Barra Mexicana Colegio de Abogados, fundada en 1927 (con el nombre de Barra Mexicana de Abogados); y la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, creada en 1970²².

Estas 3 asociaciones están constituidas como Asociaciones Civiles sin fines de lucro, por ende, enteramente conforme al artículo 9 de la Constitución Federal, esto es, como reflejo del pleno ejercicio del derecho privado a reunirse con otros y no precisamente como un derecho u obligación públicos.

Ahora bien, en años recientes se han presentado 2 primeras iniciativas que buscan que todos los profesionistas, incluyendo a los abogados mexicanos, estén colegiados obligatoriamente, una en el Senado de la República en 2010 y la otra en la Cámara de

20 Ídem.

21 Tirigall Casté, Ricardo, op. cit, p. 116.

22 Cruz Barney, Oscar, “*La colegiación como garantía de Independencia...*”, p. 82.

Diputados en 2011, que Cruz Barney denomina “Iniciativa Creel” a la primera, e “Iniciativa Ruiz Massieu Salinas” a la segunda²³.

La primera de ellas es producto de una serie de trabajos previos hechos inicialmente por el Ilustre Nacional Colegio de Abogados de México, la Barra Mexicana Colegio de Abogados de México y la Asociación Nacional de Abogados de Empresa Colegio de Abogados, que consiste en la propuesta de reformas y adiciones respectivamente a los artículos 5, 28 y 73, fracción XXIX-P constitucionales, y desde luego el proyecto de ley para regular la colegiación obligatoria de todas las profesiones y la relativa a los abogados en sí²⁴.

La iniciativa Ruiz Massieu Salinas propone reformar los artículos 5, 9 y 121 de la Constitución Federal, que a diferencia de la otra (que propone la elaboración de una ley general de profesiones), esta iniciativa sostiene que “*la potestad de legislar el ejercicio de profesionales, debe seguir siendo exclusiva de las Entidades Federativas*”²⁵

Ambas iniciativas se encuentran en las Cámaras del Congreso, postergadas de discusión.

No obstante, el 12 de agosto de 2013 se instaló la primera mesa de trabajo con el propósito de elaborar los textos legales necesarios para implementar la colegiación y certificación obligatorias de las profesiones en nuestro país, que estén relacionadas con la vida, salud, seguridad, libertad y patrimonio de las personas; que culminó con la presentación ante el Pleno del Senado los días 20 y 25 de febrero del 2014 con la propuesta de reforma constitucional y de una ley secundaria denominada “Ley General de Ejercicio Profesional Sujeto a Colegiación y Certificación Obligatoria”²⁶, y hasta ahí se mantienen sin discusión ni mucho menos aprobación.

²³ Cruz Barney, Oscar, “*La Colegiación como Garantía de Independencia...*”, p.86.

²⁴ Ibidem pp. 86,87, 91 y 94.

²⁵ Ibidem, pp. 95, 98 y 100.

²⁶ Patiño Jiménez, Sebastián, “*BMA, ANADE e INCAM: Unidos por la colegiación obligatoria*”, Abogado Corporativo, México, septiembre-octubre 2015, p. 48 y 49.

Por último, en este camino que tiene más idea de ser iniciativas ciudadanas, que ejercicio legislativo de los órganos *ad hoc* del Estado, el proyecto de “Ley General la Abogacía Mexicana” que como se señaló en párrafos anteriores, fue redactado por los 3 colegios nacionales unidos para regular la colegiación de los abogados mexicanos, se presentó el 26 de mayo del 2015 por Oscar Cruz Barney, a nombre de dichos colegios, ante las principales escuelas y facultades de derecho del país, explicando los contenidos de dicho proyecto²⁷, en busca de su difusión y eventual apoyo.

III. Importancia de la colegiación obligatoria de los abogados

¿Cuál es la relevancia de los abogados en una sociedad, particularmente en una como la nuestra? Al respecto Diego Valadés apunta:

*En una profesión como la abogacía, el abogado se sitúa entre el particular y el órgano de impartición de justicia; su tarea es crucial para asegurar que no haya distorsión en las funciones de justicia; por ejemplo, en el respeto de los derechos humanos de las víctimas y ofendidos del delito o de la preservación de propiedades y derechos de las personas que buscan sus servicios profesionales y por ello, se debe garantizar que el litigante cuente con los atributos técnicos y éticos que lo hacen merecedor de la confianza de su cliente.*²⁸

En ese tenor, Oscar Cruz Barney, citando en parte a Pablo Bieger, señala:

La profesión de abogado noble y elevada por la importancia de la misión que le corresponde en la sociedad, es un elemento indispensable para la adecuada impartición de justicia. Corresponde a los abogados restablecer la igualdad

²⁷ Ibidem, p. 50.

²⁸ Valadés, Diego, “*Artículo 5º, Derechos del pueblo mexicano*”, México a través de sus Constituciones. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, t XVI p. 196.

y armonía en la condición de los litigantes. Su intervención es necesaria por ser conocedores e intérpretes de los derechos y obligaciones que la sociedad impone a sus integrantes, y les corresponde enseñar a los demás lo que es justo y lo que no lo es, para servir, además, de dirección y de escudo, y para defensa y reclamo contra la arbitrariedad y la injusticia. Puede decirse que los abogados desempeñan una función “pública”, ya que “auxilian en la resolución de los conflictos sociales” proponiendo al juez las soluciones jurídicamente posibles –o asesorando a su cliente sobre las mismas y sobre la probabilidad de que un juez las respalde²⁹.

Agrega que el abogado somete a una crítica permanente el ejercicio de derecho de defensa, por lo que una abogacía independiente y organizada autónomamente no resulta necesariamente cómoda al Estado, y concluye que por eso la colegiación obligatoria es un claro ejemplo de autorregulación en la sociedad civil.³⁰

De acuerdo con Erick Matamoros:

Toda asociación profesional debe exigir que sus miembros cuenten con los conocimientos, las habilidades y la preparación necesarios para atender de manera eficiente las necesidades de la población que solicite sus servicios, y evite que esa preparación y conocimientos se limiten a la obtención de un título o grado académico y se actualicen y amplíen constantemente, no solo para el beneficio personal de quien los posee sino para el de la colectividad en su conjunto³¹.

Queda claro que es menester regular las actividades de los abogados mexicanos a través de la colegiación que tenga como objetivo su control ético y profesional, que eleve los niveles de eficiencia

²⁹ Cruz Barney, Oscar, *La colegiación como garantía de independencia de la profesión jurídica: La colegiación obligatoria de la abogacía en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Cuestiones Constitucionales Núm. 28, enero-junio 2013, p. 80.

³⁰ Ibidem, pp. 80-81.

³¹ Matamoros Amieva, Erik Iván, *La colegiación obligatoria de abogados en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, PP. 1-25, p. 2.

y eficacia, al tiempo que dignifique esta profesión últimamente tan desprestigiada; tanto más que en el proceso de globalización, México interactúa con otros países y adquiriere compromisos políticos, económicos, laborales y de diversa índole, como los derivados, por ejemplo, del Tratado de Libre Comercio (TLC) que engloba a Canadá, Estados Unidos y México; o bien del Tratado Transpacífico (TPP) que se pactó en 2016 para entrar en vigor en 2018, que involucra a algunas naciones de Asia, Oceanía y de América, incluido la nuestra, colindantes todos por el Océano Pacífico.

La profesora Wendy Godínez Méndez, destaca 4 puntos torales que justifican la colegiación de los abogados, a saber:

- a) Los planes y programas de estudio de la carrera de licenciado en Derecho son completamente heterogéneos;
- a) Muchos de ellos ya se encuentran desplazados (desactualizados) a la realidad social y jurídica;
- b) El deber de los egresados de las escuelas de actualizarse se reduce a una obligación meramente moral;
- c) No existe un apartado deontológico de los abogados cuando egresan de la universidad.³²

Esto cobra relevancia porque –a decir de Godínez Méndez– la colegiación no viola la libertad de trabajo, pues tanto los alumnos como quienes todavía no se titulan, no han comenzado a desempeñar la profesión y quienes ya la ejercen, a pesar de haber adquirido un derecho (al ejercicio de la abogacía sin colegiación y sin certificación), el beneficio a la sociedad justifica que solo pueda ahora continuar trabajando como abogado si contribuye al mejoramiento y profesionalización de la práctica jurídica.³³

La incorporación de los abogados a un colegio de abogados –afirma Cruz Barney– es necesaria para asegurar la independencia y libertad en el ejercicio profesional, esta inclusión y el propio

³² Godínez Méndez, Wendy, *“La colegiación de los abogados en México: ¿Una necesidad o una limitación?”*, Revista de la Facultad de Derecho UNAM, México, Tomo LXVI, número 265, enero-junio 2016, pp. 185-189.

³³ Ibidem, p.. 196.

cumplimiento de los deberes estatutarios que hayan protestado acatar, permite y hace posible alcanzar los fines institucionales de los mismos en beneficio de la sociedad y del adecuado ejercicio profesional del colegiado³⁴. “La colegiación obligatoria es esencial para cumplir los fines propios de la abogacía y su función social. No se puede concebir una reforma al sistema de justicia en México sin el restablecimiento de la colegiación obligatoria”.³⁵

Finalmente, vale decir que la confianza en la abogacía y el papel de los abogados en el funcionamiento del Estado es determinante:

*La confianza depositada en la abogacía debe ser garantizada por una parte, por el Estado en la regulación de la formación del profesionista y, por otra parte, por los colegios de abogados en el ejercicio del control ético y técnico de quien lo ejerce. Los colegios de abogados juegan un papel esencial en el funcionamiento del estado de derecho al posibilitar el debido ejercicio del derecho de defensa y al garantizar la defensa de la defensa*³⁶.

Correlativamente, no es menos importante recordar y reconocer que el colegio de abogados debe tener también como tarea esencial la defensa de sus colegiados, por ser una de sus objetivos asegurar la independencia y libertad, ya que la colegiación obligatoria busca garantizar esa independencia y libertad del ejercicio profesional brindando protección jurídica a los abogados que así lo requieran, de suerte tal que “la defensa de la defensa tiende a proteger el ejercicio de la defensa de la abogacía, a la

34 Cruz Barney, Oscar, *Lineamientos para un código deontológico de la abogacía mexicana*, México, UNAM, ABA ROLI A.C. 2013, p. 5.

35 Cruz Barney, Oscar, *Aspectos de la Regulación del ejercicio profesional del derecho en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 231. Habla sin duda de **restablecimiento** de la colegiación obligatoria en atención a que como se vio en el capítulo I de este trabajo y de hecho reitera Cruz Barney en el libro antes citado, en sus páginas introductorias (pp. 15-19), esa obligatoriedad tanto de pertenecer al colegio como de ser examinado y certificado por él, so pena de no poder ejercer la profesión de abogado, tuvo lugar en nuestro país tanto en la época de la Colonia como en el México Independiente.

36 Cruz Barney, Oscar, *El secreto profesional del abogado en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Serie Cuadernos de abogacía, Núm. 2, 2018, p. 29.

preservación del secreto profesional, a asegurar la denominada “igualdad de armas” en los procesos jurisdiccionales.”³⁷

Después de todo, el origen de la colegiación en la Nueva España tuvo como objetivos el *mutualismo*, entendido como régimen de prestaciones mutuas entre sus miembros, como una sociedad de “socorros mutuos” y la *dignificación*, que en su acepción más elemental significa, sin duda, lo relativo a todo lo que implica merecimiento³⁸.

IV. Argumentos contrarios a la colegiación obligatoria de profesionistas

¿Por qué es innecesaria o improcedente una reforma constitucional para colegiar obligatoriamente a los abogados?

Un ejemplo para responder esta interrogante se obtiene del caso de los Contadores Públicos, en especial aquellos que realizan estados financieros, quienes de acuerdo con el Código Fiscal de la Federación requieren colegiarse y certificarse, lo que ha dado lugar a que la Secretaría de Educación Pública, por conducto de la Dirección General de Profesiones, haya firmado convenios de Reconocimiento de Idoneidad a los esquemas de certificación de profesionistas con más de 36 asociaciones profesionales, en su mayoría de contadores públicos, cuyo objeto es garantizar que los procesos de certificación cuenten con márgenes de seguridad jurídica, imparcialidad, honestidad y equidad, que evitan conflictos de intereses³⁹, que además, al impugnarse ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se estimó conforme al artículo 5º constitucional en la jurisprudencia P.J. 132/2007, de rubro: “LIBERTAD DE TRABAJO. NO LA TRANSGREDE EL ARTÍCULO 52, FRACCIÓN I, INCISO A), ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, AL ESTABLECER COMO REQUISITO PARA LA ELABORACIÓN DE DICTÁMENES

37 Cruz Barney, Oscar, *Defensa de la defensa y abogacía en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, pp. 1 y 2.

38 Real Academia Española, Op. Cit., pp. 751 y 1421, respectivamente.

39 Matamoros Amieva, Erik Iván, *La colegiación obligatoria de abogados en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 18.

FINANCIEROS QUE LOS CONTADORES PÚBLICOS OBTENGAN LA CERTIFICACIÓN CORRESPONDIENTE POR PARTE DE ASOCIACIONES O COLEGIOS DE PROFESIONISTAS.⁴⁰, es decir, que estas razones y fundamentos les sean aplicables al caso de los abogados y entonces concluir en que es inocua la propuesta de reforma normativa.

Uno de los juristas que se oponen a la colegiación obligatoria es Carlos Arellano García, quien se declara en contra pero a favor de la **colegiación voluntaria**, a partir de las siguientes argumentaciones⁴¹:

- a) *Somos partidarios, en grado sumo, del mantenimiento del mayor margen de libertad humana, sobre todo en el terreno profesional;*
- b) *El derecho a asociarse, es una importante garantía individual y, como tal, debe ejercerse sin cortapisas. Sería una vulneración a ese derecho subjetivo público del abogado que no estuviera sometida a su libre voluntad la decisión de asociarse o no.*
- c) *También se afectaría en el abogado su importantísima libertad de trabajo en el supuesto de que, a través de la colegiación obligatoria, se le impidiera ejercer una profesión para la que se ha preparado acuciosamente con estudios apropiados.*
- d) *Un jurado de un colegio de una Entidad Federativa o de un colegio a nivel nacional, integrado en la vida real por personas no suficientemente idóneas podría cometer el gravísimo atentado de impedir la actividad profesional de un abogado de capacidad profesional indiscutible, lo que podría analizarse a través de un presunto riguroso examen en el que podrían presentarse inadecuadas opiniones subjetivas con el propósito consciente o inconsciente de excluir a ciertos elementos humanos valiosos.*

40 Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, Tomo XXVI, diciembre de 2007 (Registro 170707), p. 10.

41 Arellano García, Carlos, Op. Cit. pp. 39-40.

e) *Podría actualizarse la hipótesis de que, a través de exámenes de admisión a algún colegio provincial, se crearan valladeras que impidiesen la llegada al ejercicio profesional de elementos profesionales jurídicos foráneos, en un injustificado regionalismo.*

f) *Nuestra opinión contraria a la colegiación obligatoria no debe entenderse en el sentido de que desconozcamos las ventajas de la colegiación, únicamente nos hemos pronunciado por el rechazo de la colegiación obligatoria pero, juzgamos conveniente la colegiación voluntaria.*

Y concluye destacando que obligar a los abogados a colegiarse violaría sus derechos humanos reconocidos por los convenios y tratados internacionales, especialmente, los derechos de libre asociación y de trabajo lícito.

Otro estudioso del derecho que disiente de las propuestas de reforma constitucional y legal que obligue a colegiarse a los profesionistas mexicanos, es Israel Arturo Durán Ayala, quien sostiene, entre otras cosas lo siguiente:

A través del análisis de la racionalidad teleológica, pragmática y la misma racionalidad legislativa de las iniciativas de reforma y de ley, a través de un enfoque holístico y por medio de la confrontación bajo el método del dialéctico, esta investigación dedujo que existe un evidente e irreconciliable conflicto de interés entre los gremios profesionales y la defensa de los derechos de los usuarios, lo que contradice lo sustentado por los impulsores de la iniciativa de reforma constitucional y de creación de una ley general. Pretender que los colegios de profesionistas sean quienes certifiquen, califiquen y determinen los estándares mínimos profesionales, defiendan los intereses de sus agremiados y al mismo tiempo defiendan los intereses de los usuarios, es una ficción que desnaturaliza a los gremios y sería trampa que

en poco o nada serviría para contrarrestar las ventajas que tienen los profesionistas en las relaciones asimétricas de poder frente a sus usuarios.⁴²

En su opinión se trata de relaciones asimétricas las que se dan entre los profesionistas y el cliente, en donde siempre tienen ventaja aquéllos sobre éste.

Agrega que es falso el argumento que contienen las iniciativas (“Creel” y “Ruiz Massieu Salinas”), en cuanto a que deba generarse una reforma legal para regular el ejercicio de los profesionistas, cuando desde hace más de 20 años se cuenta con la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, que faculta a emitir, en coordinación con los colegios y organizaciones de profesionistas, las normas relativas a los estándares mínimos de calidad en la prestación de servicios profesionales, por lo que si esas facultades de regulación legal no se han cumplido no es por falta de ley, sino por de falta de voluntad política para ejecutar la norma jurídica, por inacción del Ejecutivo Federal.⁴³

Afirma que la reforma constitucional propuesta compromete la eficacia del derecho a la “*integridad personal de los usuarios*”, al depositar en los gremios (en donde quedarán colegiados obligatoriamente los profesionistas) la rectoría de esos estándares de la prestación del servicio, la certificación de los profesionistas, y “*lo más grave, la representación de los intereses de los propios usuarios*.⁴⁴

Que como el principio de legalidad es a su vez interdependiente del de *debido proceso*, éste se vería violado, pues:

El modelo de colegiación obligatoria y defensa usuariogremial por los mismos colegios evidentemente transgrede

⁴² Durán Ayala, Israel Arturo, La colegiación obligatoria frente a la relación asimétrica usuario-profesionista. Recuperado https://www.univa.mx/publicaciones/revistas/2016/Septiembre_2016.pdf el 25 de julio de 2018, p. 27.

⁴³ Ibídem, pp. 27 y 34.

⁴⁴ Ibídem, p. 28.

el principio del debido proceso y hace nugatorio el acceso al derecho humano contenido en el principio de legalidad, ya que se despojaría al usuario de su representación auténtica y se depositaría la misma en manos de los colegios de profesionistas, quienes también por su naturaleza real y jurídica deben defender los intereses de los agremiados obligadamente; por lo tanto, los colegios serían juez y parte, dejando en indefensión al usuario, conservando los profesionistas la ventaja de la asimetría en el binomio usuario-profesionistas⁴⁵.

Sigue señalando Durán Ayala⁴⁶ que estas propuestas van contra la naturaleza histórica de los **gremios**, que se han concebido como organizaciones homogéneas para defenderse de sus intereses, no para defenderse de los usuarios, ni tampoco servir para el control de los profesionistas; en tanto que obligar a los colegios a capacitar a sus miembros tampoco es su naturaleza, por serlo más bien de las universidades.

Puntualiza⁴⁷ que las iniciativas tienden a ser una medida de protección paternalista al sistema monopólico del gremio profesional a través de la colegiación obligatoria.

Desde luego coincide con la idea de que estas colegiaciones violan la libertad de trabajo, que como derecho humano está previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como el derecho humano de libertad de no asociación, reconocido también en la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto a que nadie puede ser obligado a pertencer a una asociación.

V. Constitucionalidad y convencionalidad del proyecto de colegiación obligatoria

La colegiación obligatoria de profesionistas no es un tema nuevo, como se vio en el apartado de antecedentes de este trabajo,

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Ibid, pp. 28, 31, 32 y 35.

⁴⁷ Ibidem, p. 33.

prácticamente se convirtió en distintas épocas de la historia del mundo, en el órgano que patentaba la legitimación de algún abogado que quisiera litigar ante los correspondientes órganos de justicia.

A manera de nota aclaratoria, se puntualiza que en lo que atañe a los vocablos “constitucionalidad o inconstitucionalidad”, así como “convencionalidad o inconvenencialidad”, se comparte la doctrina y la jurisprudencia que los distingue para identificar si un acto o una disposición jurídica son conformes o no, con la Constitución Federal, o con los tratados o convenios internacionales de los que México sea parte, sin dejar de reconocer que el tema en sí mismo es de suyo polémico, sobre todo por los estudiosos que sostienen la tesis de que se trata en realidad de un bloque de constitucionalidad, lo que hace innecesaria tal distinción (constitucionalidad-convencionalidad); pero queda hecha esta advertencia para efectos de claridad en el lenguaje aquí utilizado.

Entrando en materia, y en función de lo antes establecido, ¿se puede impugnar la constitucionalidad o convencionalidad de la Constitución Federal?

Lo primero que debe señalarse es que la constitucionalidad de la reforma a la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos, atenta su supremacía no podría analizarse a la luz de su conformidad, porque precisamente se trata de la propia Carta Magna, sin que esté previsto en nuestro sistema jurídico, algún medio de control que permita examinar la constitucionalidad de una reforma constitucional, tan es así que el juicio de amparo está expresamente proscrito acorde al artículo 61, fracción I, de la Ley del Amparo vigente.

Por lo tanto, las reformas que eventualmente se realicen por el Constituyente Permanente, de acuerdo con el artículo 135 constitucional, no podrán ser analizadas por instancia alguna.

En contra partida, esas nuevas disposiciones constitucionales sí podrían ser objeto de ponderación frente al derecho internacional y en caso de colisionar, se preferiría a nuestra Ley Fundamental, como se decidió por el Pleno de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, en sesión de 3 de septiembre del 2013, en la contradicción de tesis 293/2011.

La colegiación obligatoria de los abogados y el derecho humano a la libertad de asociación.

La colegiación no es un problema propio de los abogados, pues basta ver, por ejemplo, cómo se resolvió por la Corte Interamericana de Derechos Humanos la Opinión Consultiva OC-5/85 el 13 de noviembre de 1985, relativa a la colegiación obligatoria de periodistas de Costa Rica, si era o no violatoria de los artículos 13 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁸ y más allá de las razones dadas para concluir en que, en efecto, obligar a estos profesionistas contraviene la Convención, “en cuanto impide el acceso a cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información...” (Fragmento del resolutivo primero), destacan los puntos 68 y 73, que se leen:

68. La Corte observa que la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es per se contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.

⁴⁸ Corte Interamericana De Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Instituto Interamericano de Derechos Humanos.” Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo I, páginas 383 a 449.

(...)

73. *Esto no se aplica, por ejemplo, al ejercicio del derecho o la medicina; a diferencia del periodismo, el ejercicio del derecho o la medicina -es decir, lo que hacen los abogados o los médicos- no es una actividad específicamente garantizada por la Convención. Es cierto que la imposición de ciertas restricciones al ejercicio de la abogacía podría ser incompatible con el goce de varios derechos garantizados por la Convención. Por ejemplo, una ley que prohibiera a los abogados actuar como defensores en casos que involucren actividades contra el Estado, podría considerarse violatoria del derecho de defensa del acusado según el artículo 8 de la Convención y, por lo tanto, ser incompatible con ésta. Pero no existe un sólo derecho garantizado por la Convención que abarque exhaustivamente o defina por sí solo el ejercicio de la abogacía como lo hace el artículo 13 cuando se refiere al ejercicio de una libertad que coincide con la actividad periodística. Lo mismo es aplicable a la medicina.*⁴⁹

De esta resolución es importante revelar la **opinión separada**⁵⁰ del juez Rafael Nieto Navia, quien de entrada anticipa que en el caso no se está en presencia de un problema con libertad de expresión, sino de un problema de derecho de asociación y de regulación de un trabajo, esto aun cuando coincide en que la colegiación obligatoria de periodistas viola la Convención, pero porque se les obliga a pertenecer a un colegio para poder ejercer esa profesión, como una incorporación pública cuyos fines podrían ser desempeñados por asociaciones creadas al amparo de la libertad de asociación, lo cual –sostuvo– crea restricciones no permitidas por el artículo 16 de dicho pacto de San José⁵¹; y

49 Ibidem, p. 415 y 417.

50 Que sería símil del voto “razonado” o “concurrente” que actualmente formulan los juzgadores de órganos colegiados, cuando coinciden en el sentido de la resolución mayoritaria pero no con las razones, con todas o algunas. Orienta esta idea la tesis P. LXII/2006 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, enero de 2007, (Registro: 173417), página 106, de rubro: “VOTOS PARTICULAR O CONCURRENTE. NO PUEDE FORMULARLOS EL MINISTRO QUE INTERVINO EN LA DISCUSIÓN DE UN ASUNTO, PERO NO PARTICIPÓ EN SU VOTACIÓN.”

51 Ibidem, p. 414 y 429.

la relevancia de tales argumentos tienen lugar porque constituyen una tesis aplicable en el análisis de si obligar a colegiarse a los abogados en México podría ser o no violatorio de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En lo que aquí interesa el juez Nieto, en lo medular sostuvo:⁵²

- I. La libertad de trabajo no está regulada en la Convención⁵³, aunque sí la libertad de asociación a su artículo 16, y sobre ésta vierte su opinión.
- II. El colegio de Periodistas de Costa Rica es una corporación de derecho público que ejerce, por delegación del Estado, potestades normativas, disciplinarias y éticas sobre sus integrantes y monopoliza el ejercicio de la actividad profesional, de manera que nadie puede ejercerla si no pertenece al colegio.
- III. El artículo 16 de la Convención prevé al mismo tiempo una “libertad” y un “derecho” a asociarse; la primera en el sentido de que nadie puede ser compelido u obligado a asociarse, entendida también como “libertad negativa” como el derecho a no asociarse, contenido en el diverso artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, según el cual “nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”, aunque precisa que no es adecuado interpretar la palabra “libertad” como “derecho” únicamente, pues de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, aquella es “la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, o de no obrar”, según su albedrío.
- IV. Por su claridad a continuación se reproducen literalmente los puntos 6, 7 y 8 del voto del juez Nieto Navia:
 6. La libertad de asociación es el derecho del individuo de unirse con otros en forma voluntaria y durable para la realización común de un fin lícito. Las asociaciones se

52 El texto completo de este voto comprende de los párrafos 1 al 12, en ibidem, p. 424 a 430.

53 La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es la que se ha ocupado de emitir una serie de recomendaciones a los países miembros, que hacen las veces de estas reglas mundiales que las naciones asumen como derecho.

caracterizan por su permanencia y estabilidad, el carácter ideal o espiritual -por oposición al físico o material- de la unión, por la estructura más o menos compleja que se desarrolla en el tiempo y por la tendencia a expandirse y a cobijar el mayor número de miembros interesados en los mismos fines. En cuanto a éstos, los individuos voluntariamente asociados no pueden realizar actividades que correspondan o estén reservadas al poder público, ni que utilicen medios no permitidos para lograr sus propósitos, ni para realizar actividades que estén prohibidas a los seres humanos individualmente considerados.

7. Cabe preguntarse si los entes públicos con estructura asociativa, llámense asociaciones, corporaciones o colegios, violan el carácter voluntario -la voluntariedad de la acción- contenido en la libertad de asociación. Habrá que responder que la norma imperativa de derecho público que obliga a los individuos a asociarse en colegios por profesiones es válida y no puede considerarse per se violatoria de la libertad de asociación, cuando tales colegios cumplen fines estrictamente públicos, trascendentles al interés privado, es decir, cuando reciben del Estado una delegación que éste podría cumplir directamente pero que delega porque considera que esa es la forma más idónea para cumplir el fin propuesto. Tales colegios no pueden considerarse que sean de aquéllas asociaciones a las que se refiere el artículo 16 de la Convención.

8. En cambio, puede considerarse que se viola la libertad de asociarse al obligar por ley a los individuos a hacerlo, si los fines propuestos de tal asociación son de aquéllos que podrían cumplirse por asociaciones creadas por los individuos al amparo de su libertad, es decir, si tales asociaciones corresponde a aquéllas a las que se refiere el artículo 16.⁵⁴

54 Ibidem, p. 426 y 427

V. Lo anterior puede sintetizarse así:

- a) La libertad de asociación es el derecho del individuo a unirse con otros en forma voluntaria para la realización de un fin lícito.
- b) Los individuos voluntariamente asociados no pueden realizar actividades que correspondan o estén reservadas al poder público.
- c) La norma jurídica imperativa de derecho público que obliga a los individuos a asociarse en colegios por profesiones es válida y no puede considerarse, por sí misma, violatoria de la libertad de asociación, cuando tales colegios cumplen fines estrictamente públicos, que trascienden a lo privado por delegación del Estado, en funciones que a este le corresponden.
- d) En cambio, cuando los fines de tal asociación son de aquellos que podrían cumplirse por asociaciones creadas por individuos al amparo de su libertad, sí será violatoria de la Convención.

Hasta aquí la reseña anunciada.

Continuando con el tema, la tesis del voto concurrente del juez Nieto Navia, trasladada a la colegiación obligatoria de abogados, tendría como utilidad práctica el que se revisara cuáles son los objetivos que se pretenden con estas asociaciones, y si su propósito es cumplir o no con fines estrictamente públicos trascendentles al interés privado, actuando así por delegación del Estado por estimarlo idóneo y pertinente.

Para entenderlo mejor se transcribe el artículo 16, párrafo 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se lee:

ARTÍCULO 16.- Libertad de Asociación (...)
2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o

*la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.*⁵⁵

Esto es, en primer lugar habría que **identificar** los **fines** de obligar a colegiarse a los abogados y una vez teniendo esto en claro, entonces, por ejemplo, **analizar** si esos objetivos son **necesarios** en una sociedad democrática, por ser de interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública, del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás, como lo establece el Pacto de San José.

Si hay una profesión que necesita de un Código de Ética Profesional y de una estricta y eficaz aplicación del mismo, es la de abogado o licenciado en derecho “postulante”, “litigante” y parece ser que la vía para realizar un especie de vigilancia en la ética profesional, en una sociedad democrática, es a través de los colegios porque de alguna manera se ejerce una autolimitación de los derechos personales de cada asociado en favor del bien común.

Aquí es importante acudir, por una parte, a la noción de **orden público**⁵⁶, que se entiende como un estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad, derivadas de las medidas de gobierno que buscan la paz pública, refiriéndose entonces al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen los principios, normas e instituciones que no pueden ser alterados por los individuos ni la aplicación del derecho extranjero; y por otra a la del **bien común**⁵⁷, como el término que articula dos conceptos: el *bien*, entendido como los elementos materiales indispensables para la satisfacción de las necesidades de las personas, y la palabra *común*, que implica al Estado una imposibilidad de perseguir fines particulares, vocablos que al fusionarse se entienden como la oposición entre lo privado y lo público, uno para un hombre en específico y el otro para la

55 Convención Americana de Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

56 Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994, UNAM, Porrúa, p. 337.

57 Idem, pp. 2279.

comunidad entera, entre las que es responsabilidad del Estado el desempeño de sus funciones para el intermedio de una sociedad.

Y otro concepto que surge a comentario para dar cuenta de lo que se trata es el de **seguridad jurídica**, y aquí conviene citar a Habermas, quien señala que puede entenderse por tal como la dominación política desarrollada en formas de derecho positivo transformado en la dominación legal-racional del pensamiento weberiano; la aportación que el poder político hace a la función propia del derecho, esto es, a la estabilización de expectativas del comportamiento, consiste en el establecimiento de una seguridad jurídica que permita a los destinatarios del derecho calcular las consecuencias de su propio comportamiento y de los demás; que bajo este punto de vista las normas jurídicas han de tomar la forma de determinaciones inteligibles, exentas de contracción y precisas, y por lo general venir formuladas por escrito; tienen que ser dadas a conocer a todos los destinatarios, por ende, ser públicas, no pueden pretender tener validez retroactiva; y tienen que regular con carácter general los asuntos de que se trate asociándolos con consecuencias jurídicas, de suerte que puedan ser aplicadas de igual modo a todas las personas y a todos los casos comparables.⁵⁸

Así las cosas, para estar en condiciones de determinar si son o no convencionales las pretensiones jurídicas de colegiar obligatoriamente a los abogados mexicanos, es necesario hacer un acercamiento a los fines de las iniciativas⁵⁹, considerando que no existen expedidas aún disposiciones jurídicas concretas para analizar, sino solo en abstracto la propuesta de su incorporación al marco normativo.

58 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez sobre el derecho y el estado democrático en términos de la teoría del discurso*, Madrid, Traductor Manuel Jiménez Redondo, 1988, Segunda Edición, 2000, p. 211.

59 No cabría la menor duda del tipo de asociación pretendida si se recoge, por ejemplo, el contenido del artículo 1.1. del Código de Ética Profesional del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, que dispone: “En un Estado de derecho, el abogado es indispensable para lograr el respeto y cumplimiento de la justicia y de los justiciables, pues tiene obligación de defender sus derechos y libertades; es por lo tanto, el asesor y defensor de su cliente, y en todo momento deberá buscar la prevalencia de la justicia”. <http://www.incam.org.mx/codigoEtica-I.php>

Luego, para poder determinar lo correspondiente a la convencionalidad de la propuesta debe analizarse, *grosso modo*, el contenido de las iniciativas, identificando sus objetivos, a saber:

A) Fines de la Iniciativa Creel:

Sostiene, entre otras cosas, que no se busca la conservación de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con una simple asociación civil, sino que la colegiación necesaria, legal, universal y obligatoria cierra el círculo virtuoso de la adecuada prestación de un servicio profesional⁶⁰.

La colegiación obligatoria debe establecerse para proteger el interés colectivo, sobre el interés particular, ya que se requiere que existan abogados preparados, actualizados y éticos, sujetos a una normatividad que regule su actividad y una entidad que los supervise; constituye una garantía ciudadana que se justifica no en atención a los derechos de los profesionistas, sino a la forma de beneficiar los intereses de los destinatarios de sus servicios, que podrán defenderse de posibles abusos y exigir que los servicios que les presten sean éticos y de la mayor calidad⁶¹.

B) Fines de la iniciativa Ruiz Massieu Salinas:

Refiere que la libertad de practicar una determinada profesión trae aparejada la responsabilidad de ejercerla, de manera que atienda al interés general, ya que no se está en el caso en presencia de un derecho absoluto⁶².

Esta iniciativa reconoce que al igual que en otros países como España o Argentina, estos colegios son corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica propia, con plena capacidad para cumplir sus fines “cuyos objetivos son la ordenación de los ejercicios profesionales, la representación de los colegiados, y como punto más importante velar por el cumplimiento de una buena labor profesional por parte del prestador del servicio hacia el contratante”⁶³; de

⁶⁰ Cruz Barney, Oscar, “La colegiación como garantía de Independencia...”, p.89.

⁶¹ Ibidem, p. 90

⁶² Ibidem, p. 95.

⁶³ Ibidem, p. 97.

manera tal que establece como uno de los principales objetivos de la colegiación obligatoria en México, el de “transformar a los colegios profesionales en entes de derecho público”.⁶⁴

C) Fines del proyecto de “Ley General de la Abogacía Mexicana”, en resumen⁶⁵ son los siguientes:

1. Distribución de competencias entre Federación y las entidades federativas.
2. Colegiación obligatoria.
3. Creación de Colegios Nacionales y Estatales.
4. Certificación obligatoria.
5. Creación de entes Certificadores autorizados por una comisión interinstitucional.
6. Creación de un Registro Nacional de Colegios entes certificadores a cargo de la SEP.
7. Creación del Consejo General de la Abogacía Mexicana.
8. Examen de acceso a la profesión.
9. Secreto profesional.
10. Servicio social profesional.
11. Práctica profesional supervisada (pasantía)
12. Obligación de los colegios de contar con un Código de Ética.
13. Máximos y mínimos para cobro de cuotas.
14. Régimen de responsabilidad civil y penal para abogados
15. Régimen de sanciones para abogados.

Como se deduce de lo transrito y reseñado, de los propósitos contenidos en las iniciativas y en sus exposiciones de motivos, la idea modular de obligar a colegiar a los abogados y a que se certifiquen, como condición necesaria para que puedan

⁶⁴ Ibid, p 99.

⁶⁵ Cfr. Patiño Jiménez, Sebastián, Op. Cit. pp. 50-51.

ejercer la profesión, la ubica como una facultad del Estado, del servicio público, que se delega hacia los colegios y asociaciones para el beneficio de la comunidad, traducido en seguridad jurídica, por ser de interés público y por perseguir el bien común; y por ello la propuesta de crear colegios de abogados no podría ubicarse en el supuesto de asociaciones de derecho privado, que son las que primordialmente tutela el artículo 9 de la Constitución Federal.

De lo establecido anteriormente, en principio, al menos a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, la propuesta de establecer colegios de abogados en los términos propuestos en las iniciativas, devendrán convencionales, de acuerdo con el artículo 16.2 de dicho pacto de San José, por no violar el derecho humano a la **libre asociación**, que entraña en sentido negativo, la decisión de no asociarse.

De manera que en cuanto a la convencionalidad del proyecto de ley incluso sin contar con reforma constitucional, en lo que atañe a este derecho humano (de asociación) sería convencional, en la medida en que los fines de los colegios son públicos, según ya se explicó; tanto más que, como lo precisa Cruz Barney, se ha confundido el requisito relativo a que una profesión, como la abogacía, demande que para su adecuado ejercicio se lleve a cabo a través de colegios, con un pretendido atentado contra la libertad de asociación⁶⁶.

La colegiación obligatoria de los abogados y el derecho humano a la libertad de trabajo.

En cambio, en lo que respecta al derecho humano a la **libertad de trabajo**, si se reforma la Constitución mexicana como se propone, esto en principio haría apegada a ella la nueva legislación que al efecto se expediera, pues no tendría el vicio de inconstitucionalidad por estar fundamentada en ella. Sin embargo, hasta en tanto esto no ocurra, sigue vigente el artículo 5 de dicha Ley Fundamental, en cuanto a que no permite que se prohíba a

persona alguna dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, con tal de que sean lícitos, lo cual a nivel internacional coincide con el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado y aprobado por el Estado Mexicano, que literalmente prevé: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.*”

En consecuencia, obligar a un abogado a colegiarse como condición para ejercer la profesión y a certificarse eventualmente para continuar ejerciéndola, *prima facie*, puede considerarse violatorio del referido precepto constitucional, en su texto vigente, lo cual explica el interés en que se adicione un párrafo a dicho numeral, para así crear una especie de limitación o restricción constitucional, que tenga prevalencia frente al tratado internacional con el que se contrapondría, como lo sería el transrito artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En este sentido, la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, ha desarrollado diversos argumentos en torno al tema de las restricciones constitucionales, para justificar que ante la posible tutela de un derecho humano contemplado en un tratado o convenio internacional de los que México sea parte, no previsto o proscrito en nuestra Constitución, deberá prevalecer ésta y asumir que su no conformidad constituye una restricción o limitante al derecho humano de que se trate, considerando que éstos no son necesariamente absolutos, pero la determinación de estas restricciones no debe ser arbitraria, como se estableció, entre otras, en la jurisprudencia de título: “**RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.**”⁶⁷, pues

⁶⁶ Cruz Barney, Oscar, “*La colegiación como garantía de independencia...*”, p. 81.

⁶⁷ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia 1/J. 2/2012 (9^a).

siempre habrá de satisfacer los siguientes requisitos que las justifiquen, como son: a) Que sean admisibles dentro del ámbito constitucional; b) Que sean necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan tales restricciones por resultar idóneas para su realización, porque ese fin no se puede alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; c) Que resulten proporcionales entre la importancia del fin buscado y los efectos perjudiciales que producen a otros derechos; todo lo cual se traduce en la obligación indispensable de realizar en cada caso un *test* de proporcionalidad, que el propio Alto Tribunal mexicano ha definido como el deber de no regresividad, que supone que una vez alcanzado un determinado nivel de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado está obligado a no dar marcha atrás, de modo que las prestaciones concretas otorgadas en un momento determinado constituyen el nuevo estándar mínimo a partir del cual debe seguirse avanzando hacia la satisfacción plena de esos derechos. Sin embargo, ese deber tampoco es absoluto, por tanto, cuando una medida resulte regresiva en el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales, corresponde al Estado justificar con información suficiente y argumentos pertinentes la necesidad de esa medida. En ese orden de ideas, la constitucionalidad de una medida regresiva en materia de los derechos aludidos depende de que supere un mencionado **test de proporcionalidad**, lo que significa que debe perseguir un fin constitucionalmente válido, además de ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.⁶⁸

Lo anterior es así, sin soslayar que un marco jurídico que obligue a los abogados a pertenecer a un colegio específico, ya sea federal o estatal y a que se certifiquen inclusive periódicamente,

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, tomo V, febrero de 2012, (Registro 160267), p. 533.

68 Cfr. de la propia Primera Sala del alto Tribunal, la tesis 1a. CXXVI/2017 (10a.) Gaceta Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 46, septiembre de 2017, tomo I, (Registro 2015133), p. 219.

es necesaria para lograr un mejor, eficaz, eficiente y digno servicio profesional hacia las personas que requieran de tales servicios, por lo que resulta evidente que dicha colegiación obligatoria persigue fines de interés común o colectivo, relacionados con la ética y la responsabilidad profesionales, lo cual es una forma racional de organizar el ejercicio de las profesiones además de asegurar el orden público como respuesta a las exigencias de una sociedad democrática.

En suma, de implementarse una reforma constitucional en los explicados términos, la conclusión a la que se arribaría sería que la ley reglamentaria correspondiente tendría su respaldo y, por ende, en este escenario resultaría constitucional y convencional, al menos en lo que respecta a los aspectos aquí comentados. Paralelamente, esa reforma constitucional y en forma adicional la ley prevalecerían, pese a chocar con el artículo 6.1. Del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, atenta la supremacía del derecho interno, como lo ha sostenido la Suprema Corte de la Justicia de la Nación mexicana (contradicción de tesis 293/2011).

Sin embargo, hasta en tanto no se reforme la Constitución Federal, de expedirse alguna ley federal o estatal, que obligue a los abogados a colegiarse y a certificarse podría ser considerada en un primer momento, como ya se vio, no solo inconstitucional sino inconvencional, como lo señalaron de manera precisa Carlos Arellano García e Israel Arturo Durán Ayala, por las razones y fundamentos que aquí deben estimarse enteramente aplicables.

Por otro lugar, no se opone a lo antes dicho, lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación del país, en la jurisprudencia P.J. 32/2007, en el sentido de que no se viola la **libertad de trabajo** de los Contadores Públicos condicionados a que para emitir dictámenes financieros para las empresas, obtengan una certificación expedida por el colegio o asociación correspondiente; en primer lugar, porque se trata de un criterio

específico y referido una profesión distinta a la de los abogados, cuyas actividades son muy diferentes; no obstante es un buen ejercicio de acercamiento, interesante en cuanto a la ponderación que se hace respecto al interés de la colectividad de que los contadores estén actualizados con el aval de una organización privada a la que el Estado le ha delegado esa facultad. En segundo término, cobra relevancia decir que esta jurisprudencia se emitió antes de las reformas del 6 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, que representó un hito en los nuevos paradigmas de cómo se realiza ahora el análisis de los actos y de las normas jurídicas por los órganos del Poder Judicial de la Federación, pues en aquella época no se habían reconocido expresamente en la Constitución los derechos humanos previstos en los tratados y convenios internacionales de los que México forme parte, por lo que la tesis en comentario podría estimarse que no contiene tal perspectiva.

Por último, es verdad que desde hace varios años se expidió la Ley Federal de Metrología y Normalización, y que ha sido el fundamento para justificar indirectamente la colegiación y certificación -con convenios en coordinación con la Secretaría de Educación Pública- de algunas profesiones como la de los Contadores Públicos, como se vio en el capítulo precedente de este trabajo; pero esto tampoco, por sí solo, sería suficiente para obviar la legislación específica respecto de los abogados, en primer lugar en atención de nuevo a que las profesiones son distintas y persiguen fines muy diferentes; en segundo sitio, considerando que del estudio de los artículos que integran la mencionada ley, no se advierte alguno que disponga la obligatoriedad de los licenciados en derecho que practiquen la profesión de abogados, de colegiarse y certificarse, como requisitos para ejercer, lógicamente porque esa ley regula otros temas de cortes económicos y administrativos que aquí nada tienen que ver, bastando para constatarlo leer el artículo 2, que define cuál es el objeto de la citada legislación⁶⁹;

69 ARTICULO 2o.- Esta Ley tiene por objeto:

I. En materia de Metrología:

a) Establecer el Sistema General de Unidades de Medida;

sin que sea obstáculo para concluir en ello que en su artículo 3, se aluda a las certificaciones que pueden expedir personas de derecho privado, pues debe interpretarse ceñido a la materia de los objetivos económicos de la ley, en el que quedan incorporados naturalmente los contadores, pero no los abogados. Luego, ni por extensión, ni por mayoría de razón podría aplicarse al caso esa ley.

Solo restaría por añadir, que de aprobarse algún día este marco jurídico no resultará un problema menor su **aplicación retroactiva** para los abogados que tienen un *derecho adquirido* de ejercer la profesión sin la condición de pertenecer obligatoriamente a una asociación ni la de certificarse para ello, en términos del párrafo primero del artículo 14 constitucional; en contraposición, tal vez desigual, de quienes aún estén en las Facultades de Derecho, o bien ya egresados pero sin titularse (inclusive ejerciendo como pasantes), en donde podría no implicar mayor dificultad dado que, a diferencia de aquéllos, sólo contarán con una simple *expectativa de derecho*, de acuerdo con la teoría de los componentes de la norma, más ésa será otra historia.

- b) Precisar los conceptos fundamentales sobre metrología;
 - c) Establecer los requisitos para la fabricación, importación, reparación, venta, verificación y uso de los instrumentos para medir y los patrones de medida;
 - d) Establecer la obligatoriedad de la medición en transacciones comerciales y de indicar el contenido neto en los productos envasados;
 - e) Instituir el Sistema Nacional de Calibración;
 - f) Crear el Centro Nacional de Metrología, como organismo de alto nivel técnico en la materia; y
 - g) Regular, en lo general, las demás materias relativas a la metrología.
- II. En materia de normalización, certificación, acreditamiento y verificación:
- a) Fomentar la transparencia y eficiencia en la elaboración y observancia de normas oficiales mexicanas y normas mexicanas;
 - b) Instituir la Comisión Nacional de Normalización para que coadyuve en las actividades que sobre normalización corresponde realizar a las distintas dependencias de la administración pública federal;
 - c) Establecer un procedimiento uniforme para la elaboración de normas oficiales mexicanas por las dependencias de la administración pública federal;
 - d) Promover la concurrencia de los sectores público, privado, científico y de consumidores en la elaboración y observancia de normas oficiales mexicanas y normas mexicanas;
 - e) Coordinar las actividades de normalización, certificación, verificación y laboratorios de prueba de las dependencias de administración pública federal;
 - f) Establecer el sistema nacional de acreditamiento de organismos de normalización y de certificación, unidades de verificación y de laboratorios de prueba y de calibración; y
 - g) En general, divulgar las acciones de normalización y demás actividades relacionadas con la materia.

VI. Conclusiones

1. Es plausible la visión de quienes pugnan por la colegiación obligatoria de los abogados de nuestro país, porque aumentaría los niveles de eficiencia y eficacia profesional y ética de esta profesión, últimamente tan desprestigiada por esta falta de control de calidad que, de aprobarse el marco constitucional y legal al respecto, no será tarea fácil encontrar los justos medios de equilibrio en su aplicación.
2. El requisito de la colegiación obligatoria constituye una restricción al ejercicio de una profesión, que debe quedar limitado a aquellos casos en que se afecta el interés público, como la protección, por ejemplo, de la integridad física, la seguridad personal y jurídica de las personas en sí, a la seguridad siempre y cuando se demuestre que es un instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los usuarios de los servicios. Por lo tanto, bajo la óptica del derecho interno como del internacional, existen razones suficientes para estimar que la idea de colegiar a los abogados no atenta contra la libertad de asociación; y si bien restringe el derecho a laborar, al obligar a colegiarse y a certificarse como condiciones necesarias del ejercicio de la profesión, se supera el *test* de proporcionalidad en tanto que esa limitación persigue fines de interés común o colectivo, relacionados con la ética y la responsabilidad profesionales, lo cual es una forma racional de organizar el ejercicio de las profesiones, además de asegurar el orden público como respuesta a las exigencias de una sociedad democrática.
3. Aunque no fue objeto de este estudio, quedan en el aire unas preguntas más en torno a si los colegios de profesionistas desarrollarán funciones delegadas por el Estado que se traducen entre otras, en sancionar a sus miembros cuando esto sea procedente, ¿qué instancia se debe agotar para impugnar esa decisión? ¿ordinaria o extraordinaria como el amparo? considerando a estas asociaciones como

autoridades para efectos del juicio de amparo (artículo 5°, fracción II, de la Ley de Amparo); y todavía más ¿se podrán revisar ante los tribunales los estándares éticos o deónticos que cada colegio elabore, apruebe e imponga a sus miembros? Todo lo cual es relevante ante la diversidad de opiniones acerca de lo que para un grupo o una persona es ético, para otro no lo sea; o bien, que eventualmente los abogados queden expuestos ahora ante la posible actitud no muy moral -ética- del cliente que ver perdido su caso, incluso por la falta de comunicación completa con su abogado, o por ser culpable o responsable de un acto o hecho, revierta acciones civiles o penales contra aquél a pesar de haber obrado profesionalmente; es decir, abrir una puerta que lejos de traer beneficios al profesionista, lo exponga a situaciones o procedimientos desgastantes e indeseados que hasta ahora no son tan claros para el que recibe sus servicios; esto sin perder de vista que, en contra partida, se pueda también sostener la tesis del Doctor Arturo Durán Ayala, en cuanto a que en lo relativo a las relaciones de poder en el binomio usuario-profesionista, exista una asimetría en cuya desigualdad prevalece el profesionista y queda en desventaja o en condición de vulnerabilidad el usuario.

4. Tiene mucha razón el Doctor Oscar Cruz Barney cuando afirma que queda mucho por hacer, al no ser ya posible mantener a la abogacía en un estado de absoluta desregulación, que lejos de beneficiar al justiciable y al que requiere de los servicios de un abogado, perjudica y debilita al ejercicio profesional.

VII. Bibliografía y otras fuentes de consulta

- Arellano García, Carlos, *La Colegiación Obligatoria de los Abogados*, recuperado de <http://repositorio.lasalle.mx/handle/123456789/368> el 25 de julio de 2018.

- Aristóteles, La política, recuperado de <https://www.cch.unam.mx/bibliotecadigital/libros/Aristoteles/Politica.pdf>
- Código de Ética Profesional del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México recuperado de <http://www.incam.org.mx/códigoEtica-I.php>. el 25 de julio de 2018.
- Convención Americana De Derechos Humanos, recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm el 25 de julio de 2018.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Instituto Interamericano de Derechos Humanos recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.doc el 25 de julio de 2018.
- Cruz Barney, Oscar, *Aspectos de la Regulación del ejercicio profesional del derecho en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Tirant Lo Blanch, 2013.
- Cruz Barney, Oscar, *Defensa de la defensa y abogacía en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015.
- Cruz BarneY, Oscar, *El secreto profesional del abogado en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Serie Cuadernos de abogacía, Núm. 2, 2018.
- Cruz Barney, Oscar, *Historia del Derecho en México*, México, Oxford, Segunda Edición, 2004 Décimo Quinta Reimpresión, 2017, I-XXXII y 1042 pp.
- Cruz Barney, Oscar, “*La colegiación como garantía de independencia de la profesión jurídica: La colegiación obligatoria de la abogacía en México*”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Cuestiones Constitucionales Núm. 28, enero-junio 2013, pp. 75-101. recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/viewFile/6018/7959> el 25 de julio de 2018.
- Cruz Barney, Oscar, *Lineamientos para un código deontológico de la abogacía mexicana*, México, UNAM, ABA ROLI A.C. 2013.
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, España, 1999, Vigésima Primera Edición.
- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994, UNAM, Porrúa.
- Durán Ayala, Israel Arturo, *La colegiación obligatoria frente a la relación asimétrica usuario-profesionista*, recuperado de https://www.univa.mx/publicaciones/revistas/2016/Septiembre_2016.pdf#page=26 el 25 de julio de 2018.
- Godínez Méndez, Wendy, “*La colegiación de los abogados en México; ¿Una necesidad o una limitación?*”, Revista de la Facultad de Derecho UNAM, México, Tomo LXVI, número 265, enero-junio 2016.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez sobre el derecho y el estado democrático en términos de la teoría del discurso*, Madrid, Traductor Manuel Jiménez Redondo, 1988, Segunda Edición, 2000.
- Matamoros Amieva, Erik Iván, *La colegiación obligatoria de abogados en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, PP. 1-25 recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3086-la-colegiacion-obligatoria-de-abogados-en-mexico> el 25 de julio de 2018.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> el 25 de julio de 2018.

- Patiño Jiménez, Sebastián, BMA, ANADE e INCAM: Unidos por la colegiación obligatoria, Revista Abogado Corporativo, Septiembre-Octubre 2015, 48-55 pp. recuperado de <http://www.thomsonreutersmexico.com/AbogadoCorporativo/EntrevistaAC49.pdf> el 25 de julio de 2018.
- Revista Noticias del Consejo Federal, entrevista al Dr. Néstor O. Pérez Lozano sobre el tema Poder de Policía Profesional y Colegiación Legal.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/tesis.aspx>
- Tirigall Casté, Ricardo, *Los fundamentos de la colegiación profesional obligatoria en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. recuperado de http://nulan.mdp.edu.ar/36/1/FACES_n6_113-130.pdf el 25 de julio de 2018.
- Valadés, Diego, “Artículo 5º, derechos del pueblo mexicano”, México a través de sus Constituciones, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, Tomo XVI, México.

ACCESO A LA JUSTICIA PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UN PASO PARA FORTALECER LA VIGENCIA DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

JOSÉ ALFONSO MONTALVO MARTÍNEZ¹

Sumario: I. Introducción. II. El acceso a la justicia en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y su extensión hacia las personas con discapacidad. III. El marco normativo que regula el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. IV. La agenda pendiente en el derecho al acceso a la justicia de las personas con discapacidad. V. Conclusión y recomendaciones.

I. Introducción

La obra en la que se inscribe este texto, tiene como objetivo resaltar la vigencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el quehacer de los órganos que integran el Consejo de la Judicatura Federal. A 70 años de su aprobación, su valor histórico se enmarca como preámbulo para la evolución no sólo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino como pilar angular del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, reconocido por nuestra Constitución Política como fuente convencional oportuna y efectiva para la promoción y protección de los derechos fundamentales de todas las personas.

Si bien el instrumento en cuestión invoca una serie de derechos y obligaciones de carácter general, su importancia radica en ser el primer documento en establecer un compromiso internacional sobre el respeto que tiene que ofrecer el Estado hacia los derechos fundamentales de los gobernados. Posteriormente, la trascendencia de la declaración generaría nuevos referentes internacionales para propiciar un orden jurídico internacional, promotor y defensor de los derechos humanos.

¹ Magistrado de Circuito y Maestro en Administración Pública Estatal y Municipal.

La historia de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales ha sido sensible a la configuración de las sociedades modernas. La generalidad inaugural de la Declaración en comento, fue dando paso a herramientas convencionales que fueron armonizando la complejidad de los entramados sociales, reconociendo que en muchas ocasiones existen personas que por su condición social, de género, edad, orientación sexual y capacidad física, no ejercen sus derechos de manera efectiva y oportuna. Haciendo eco a esta discriminación estructural, ha sido necesario expandir el horizonte de una generalidad abstracta a una defensa que toma en cuenta la particularidad para lograr una igualdad sustantiva y real de tales instrumentos universales. En este sentido, por nombrar algunos, la consolidación de la Organización de los Estados Americanos, de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos y la aprobación de todas las instancias e instrumentos vinculantes especializados en materia de derechos fundamentales, han permitido diversificar los medios para atenuar las dificultades que muchas personas tienen para un acceso satisfactorio a todas estas prerrogativas fundamentales.

En esta situación de discriminación y menoscabo en sus derechos recae el grupo sobre el cual me referiré en este trabajo: las personas con discapacidad². La discapacidad en México aún se encuentra sujeta a barreras estructurales que limitan el ejercicio y disfrute de sus derecho; reflejo lamentable de este olvido es la ausencia de estadísticas fiables y actualizadas; no obstante, debemos resaltar su percepción en cuanto al respeto de sus derechos. Según la Encuesta Nacional sobre Discriminación 2010, 65.1% de las personas con discapacidad³ considera que

² Según la Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica presentada por el INEGI en 2014, la prevalencia de la discapacidad en México es del 6%, esto equivale a cerca de 7.1 millones de habitantes, de los cuales se estima que 3.8 millones son mujeres y 3.3 hombres. Fuente consultada en el informe: *La discapacidad en México, datos 2014*, mismo que puede ser consultado de manera electrónica en la siguiente dirección. http://conadis.gob.mx/gob.mx/transparencia/transparencia_focalizada/La_Discapacidad_en_Mexico_datos_2014.pdf

³ En adelante PCD.

no se respetan sus derechos.⁴ Tal dato nos debe interpelar a todos los y las integrantes del Poder Judicial Federal,⁵ pues nuestro desempeño debe propiciar, promover y garantizar el cumplimiento de tales derechos fundamentales.

Resultarán del interés de la Judicatura Mexicana varios de los derechos establecidos por la declaración que se relacionan con una impartición de justicia sustantiva y oportuna en favor de las PCD.⁶ En esta oportunidad, me enfocaré en lo concerniente al respeto al acceso a la justicia, comprendiendo todas aquellas garantías que propicien la seguridad jurídica y protección judicial que permitan un efectivo disfrute del derecho consagrado en el artículo XVIII del instrumento en cuestión.

Comenzaré detallando el contenido del artículo arriba mencionado, estableciendo su conexión con la necesidad de asegurar su efectivo cumplimiento en favor de las PCD, para ello fijaré algunos argumentos que exhiben los problemas y condiciones de discriminación que inhiben el ejercicio de este derecho; a continuación, se presentarán las fuentes normativas que nos cominan, a todos los integrantes del PJF, a dar cumplimiento efectivo al derecho aquí analizado; posteriormente, señalaré las ausencias más notables que inhiben el disfrute de una justicia plena para las PCD, sin menoscabo de indicar los pasos que se han dado a favor de tal propósito; finalmente, concluiré ofreciendo algunas recomendaciones y reflexiones para abonar a una justicia plena, oportuna y efectiva en favor de todas las PCD.

⁴ CONAPRED. *Encuesta Nacional Sobre Discriminación, 2010*, versión electrónica disponible en: http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Enadis-PCD-Accss.pdf

⁵ En adelante PJF.

⁶ Como referencia, se entenderá por persona con discapacidad, el concepto adoptado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 1. "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás." tomado de la versión digital de la Convención, disponible en: <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

II. El acceso a la justicia en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y su extensión hacia las personas con discapacidad

Aprobada en la ciudad de Bogotá en abril de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, es un vestigio y pilar clave de la promoción y defensa de los derechos humanos. Antecedente directo a la Declaración Universal, así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos instrumentos tienen la importancia de reconocer el status de los derechos fundamentales en una época histórica medular para pacificar e inhibir los efectos globales de las dos grandes guerras mundiales que le precedieron. En su considerando se lee lo siguiente:

Que en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana;⁷

Este reconocimiento da una nueva connotación al status de persona, asume la indivisibilidad de los derechos fundamentales al individuo, al tiempo que sienta las bases que obligan a todos los Estados firmantes a comprometerse a velar y respetar esta esfera imprescindible humana. El ambiente heredado por el clima post-guerra, implicaba propiciar condiciones de prosperidad y respeto en el hemisferio, para ello, la comisión que elaboró la Declaración consideró necesario articular un documento en el que se amalgamaran tanto derechos como obligaciones. Resulta muy elocuente lo que señala a este tenor:

En cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del

⁷ Tomado de una versión pública de la Declaración, disponible en el siguiente vínculo: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2004.pdf>

hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad⁸

Si bien esta connotación de doble factura desapareció en los herederos normativos de la declaración, es importante notar su trascendencia para la formación de la Organización de Estados Americanos. En este punto, cabe señalar que este trabajo se centra en el derecho de acceso a la justicia, por lo que me abocaré a consignar lo relativo al mismo.⁹

El derecho de acceso a la justicia se establece en el Artículo XVIII, que textualmente establece lo siguiente:

Artículo XVIII: Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.¹⁰

El artículo citado es una piedra angular de todas las constituciones de los Estados que conforman la OEA, sin su contenido no se puede dar protección a todos los demás derechos fundamentales. Sin embargo, como toda norma, obedece a una temporalidad y a un contexto; en este caso, debemos reconocer que tanto las convenciones internacionales, como la mayoría de las democracias constitucionales, se erigieron sobre una universalidad normativa que si bien consagró toda la gama de derechos a la totalidad de las personas, no pudo asegurar que su ejercicio fuera garantizado, debido a la desigualdad y

⁸ *ídem*

⁹ La lectura de la declaración nos permite dar una pequeña radiografía. Los artículos del I al IX y del XVII al XXVII establecen una serie de derechos civiles y políticos; del XI al XVI se enuncian los derechos económicos, sociales y culturales; en lo que respecta al artículo XXVIII se señalan los límites al ejercicio de los derechos; finalmente se enuncian los deberes civiles y políticos. El derecho al acceso a la justicia (Artículo XVIII), guarda una relación intrínseca con todos los contemplados en el instrumento, debido a que es en los espacios jurisdiccionales en donde se hacen justiciables los derechos vulnerados.

¹⁰ Cabe señalar que este artículo se mimetiza con la garantía ofrecida por nuestro artículo XVII constitucional; con la diferencia que el precepto nacional establece otra serie de directrices necesarias para brindar al ciudadano seguridad y certeza jurídica.

discriminación aún persistente en las estructuras sociales, políticas y culturales.

Esta desigualdad estructural fue cada vez más consciente en los años 80 del siglo pasado; la sociedad civil organizada comenzó a impulsar agendas diferenciadas para impulsar políticas que atendieran la vulnerabilidad y el menoscabo a derechos por parte de grupos históricamente en desventaja. El feminismo, el movimiento LGTTBI, la lucha afrodescendiente y los grupos de promoción a favor de la inserción social de las PCD, impulsaron sus demandas para un cambio de paradigma que hiciera realidad la inclusión, justicia e igualdad supuestamente salvaguardada por el liberalismo.¹¹

Derechos como el acceso a la justicia sufren un detimento en su goce y ejercicio, al ser canalizados a través de estructuras que no logran atender de forma igualitaria y sin discriminación a personas en razón de su género, capacidad física, orientación sexual, etc.

*Los grupos sociales estructurales están constituidos de manera relacional a través de interacciones que forjan distinciones categóricas entre personas de una manera jerárquica según el estatus y privilegios. Algunos ejes estructurales en las sociedades modernas incluyen: la división social del trabajo; el poder para decir el actuar de las instituciones, o para cambiar los incentivos que tienen la mayoría de las personas; la organización y vigencia de las normas hegemónicas.*¹²

En el caso de las PCD, los estereotipos, prejuicios y discriminación hacen muy evidente esta marginación de los ejes estructurales que forjan el devenir cotidiano de las instituciones, sean estas políticas, sociales o culturales. En el caso del acceso a la justicia, las barreras que enfrenta este sector les limita, dificulta

y en algunos casos les impide, tener la oportunidad de acceder a un sistema judicial que propicie una tutela sustantiva de sus derechos.¹³

De hecho la vulnerabilidad que padecen las PCD se recrudece, por la dificultad que a veces les representa acceder de manera autónoma y directa a las instancias judiciales, como señala, Paula María García Villegas Sánchez Cordero, otros grupos en situación de vulnerabilidad (tales como: indígenas, mujeres, niñas, niños y adolescentes) tienen mayores probabilidades de transformar sus entornos de riesgo y limitación física. Por lo que respecta a las PCD, la autora señala que sus condiciones de vida pueden ser peores, en tanto el entorno en el que viven sea más vulnerable o inaccesible y no sólo eso, sino que además la edad, el sexo, la situación económica son circunstancias que aún pueden profundizar esta vulnerabilidad.¹⁴

La obligación impuesta para garantizar una justicia pronta y efectiva a todos los países de la OEA, a través de la Declaración, sin duda es importante para entender el horizonte que seguiría el Sistema Interamericano de Justicia, pero es preciso comprender que tal derecho debe adecuarse de una forma en la que los grupos históricamente desaventajados, como es el caso de las PCD, tengan las garantías necesarias para ejercer y gozar este derecho.

La esencia de la concepción de acceso a la justicia consagrado sigue vigente; no obstante, debemos reconocer que para que sea asequible para las PCD, debe adaptarse para vencer las barreras de accesibilidad, comunicación y discriminación, por ello debemos comenzar a entender este derecho de la siguiente forma:

13 La Encuesta Nacional de Discriminación, exhibe está circunstancia las personas entrevistadas nombraron como sus principales problemas el desempleo (27.4%), la discriminación (20.4%) y dificultades para ser autosuficiente (15.6%). 36.4% afirma tener muchas dificultades para realizar actividades en el trabajo o la escuela.

14 García Villegas Sánchez Cordero, Paula María, "Un llamado de alerta a favor del ejercicio real de los derechos, respeto a la dignidad humana e inclusión social de las Personas con Discapacidad" en *Voces sobre Justicia y Género VII: Discapacidad y Derecho*, primera edición, México, SCJN, 2016 p. 154

11 Marion Young, Iris, "Structural Injustice and the Politics of Difference" en *Contemporary debates in political philosophy*, primera edición, Reino Unido, Wiley-Blackwell, 2009, p. 362.

12 Ibid. p. 363 (La traducción del texto es del autor del presente artículo)

(...) el acceso a la justicia es para nosotros la remoción de todos aquellos obstáculos que de cualquier modo impiden el goce efectivo y material de los derechos consagrados constitucionalmente. El acceso a la justicia es la política que se opone a la política de la injusticia. Y lo formulamos de este modo porque, a diferencia de aquellos que aún hoy continúan asociando el acceso a la justicia a la jurisdicción, no tenemos ninguna duda respecto de que el de acceso a la justicia es un concepto esencialmente político que no solamente tiene implicancias o expresiones jurídicas, sino también sociales y económicas.¹⁵

Tal cambio, como veremos, se ve reflejado normativamente tanto en las fuentes convencionales, como en la legislación nacional; sin embargo, aún queda mucho por interiorizar tal reconocimiento en el quehacer judicial.

III. El marco normativo que regula el acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

Previo a desarrollar este apartado, conviene recordar que tanto la legislación nacional, como los instrumentos convencionales en materia de discapacidad, deben aplicarse a la luz de la reforma en materia de derechos humanos de 2011. Bajo este crisol, toma especial relevancia la adopción del principio pro persona y la facultad de ejercer un control difuso de convencionalidad en aras de ofrecer a los justiciables el esquema de mayor protección a sus derechos fundamentales.

La normativa nacional, como convencional, deberán seguir este paradigma. Me referiré primero al marco normativo nacional que regula el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. En primer lugar, cabe mencionar que el artículo 1º constitucional establece la base para la adopción de medidas

tendientes a una protección de los derechos humanos, que esté libre de discriminación y promueva la igualdad sustantiva. Como adelante en su oportunidad, el derecho al acceso pleno a la impartición de justicia se inscribe en el artículo 17 de la carta magna. En este tenor, en la legislación nacional encontramos dos instrumentos normativos: la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Por lo que refiere a esta última, es explícita en señalar como discriminatorias, en los términos del artículo 1º constitucional, algunas conductas que impactan directamente en un pleno acceso a la justicia para las PCD, a continuación las enumero.

Artículo 9. Con base en lo establecido en el artículo primero constitucional y el artículo 1, párrafo segundo fracción III de esta Ley se consideran como discriminación, entre otras:

(...)

XI. Impedir o limitar el acceso a la procuración e impartición de justicia;

XII. Impedir, negar o restringir el derecho a ser oídos y vencidos, a la defensa o asistencia; y a la asistencia de personas intérpretes o traductoras en los procedimientos administrativos o judiciales, de conformidad con las normas aplicables; así como el derecho de las niñas y niños a ser escuchados; (...)

XXII. Bis. La falta de accesibilidad en el entorno físico, el transporte, la información, tecnología y comunicaciones, en servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público;

XXII. Ter. La denegación de ajustes razonables que garanticen, en igualdad de condiciones, el goce o ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad;

A contraparte, la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, ofrece un capítulo completo para señalar los derechos que se deben garantizar a este sector de la

¹⁵ Carignano, Florencia, "¿Qué el acceso a la justicia?" en *Discapacidad, Justicia y Estado, Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*, primera edición, Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2012, p. 26

población para propiciar una acceso oportuno a la justicia libre de discriminación. Los artículos 28 a 31 del apartado IX, establece la obligación del Estado de ofrecer un trato digno y apropiado en los procedimientos administrativos y judiciales en que las PCD sean parte , al tiempo de ofrecerles la asesoría y representación necesaria para la defensa de sus derechos; establece la garantía de que todo proceso pueda contar con peritos especializados en los diversos tipos de discapacidad (motriz, intelectual, visual, auditiva y de habla) así como de intérpretes de señas y documentos en sistema Braille; a lo anterior, hay que sumar que la ley señala como obligación de las entidades jurisdiccionales capacitar y sensibilizar a su personal. Finalmente, el artículo 31 señala la obligación del Poder Ejecutivo, gobiernos estatales y del propio Consejo de la Judicatura Federal, de promover presupuestos que permitan a los órganos jurisdiccionales adaptar su labor con ajustes razonables en beneficio de las PCD.

Ahora bien, por lo que respecta a la normativa internacional en materia de discapacidad, algunos autores distinguen entre normativa convencional y no convencional. La primera no tiene efectos vinculantes, en tanto la segunda resulta obligatoria para quienes han firmado un consentimiento.¹⁶ En el primer grupo encontramos acuerdos, tales como: Declaración de los Derechos del Retrasado mental (1971); Declaración de los derechos de los impedidos (1975); Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993). Cabe mencionar que en su cabalidad, esta normatividad ha sido mayormente vista como una serie de recomendaciones, con un claro enfoque médico y de rehabilitación, atendiendo a una idea de que la discapacidad es una enfermedad. En contrasentido y bajo un crisol de inclusión social y de perspectiva de derechos humanos, tenemos a la 1) Convención Interamericana para

la eliminación de todas las formas de discriminación hacia las Personas con Discapacidad; 2) Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La primera establece una serie de compromisos y tareas para los países pertenecientes a la OEA, en su artículo III, numeral uno, inciso a) se menciona que la Convención tiene por objetivo establecer una serie de medidas para propiciar la integración de las PCD, eliminando barreras en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, la educación, el acceso a la justicia , entre otras. En este mismo tenor, establece el compromiso para la adecuación de los espacios institucionales y la capacitación de las personas encargadas de dar atención las PCD, para un pleno acceso a sus derechos.

Aprobada en 2007 por México, la Convención Sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, tiene mayor relieve en el respeto al acceso a la justicia de la PCD. La firma adicional de un Protocolo Facultativo, genera efectos vinculantes que ameritan recomendaciones y sanciones para los casos en los que no se respete el contenido de citado instrumento. Esto toma mayor relevancia, por el hecho incontestable de los pendientes que nuestro país guarda en la promoción y defensa de los derechos de este grupo social. Por lo que refiere al acceso a la justicia, la Convención lo define de la siguiente manera.

Artículo 13:

1. *Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.*
2. *A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes*

¹⁶ Gallegos, Flores, Joaquín, "Los derechos humanos de las Personas con Discapacidad. Análisis teórico y normativo del sistema universal a la luz de los principios de libertad, igualdad y solidaridad" en *Voces sobre Justicia y Género VII: Discapacidad y Derecho, primera edición*, México, SCJN, 2016, p. 63

*promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.*¹⁷

Siendo este derecho interdependiente de otros, resultan de relevancia otras obligaciones que deben ser observadas por los Estados y que son consustanciales a la oportuna impartición de justicia. Garantizar la eliminación de barreras físicas, transporte y comunicaciones para acceder de manera libre y parsimoniosa a los mecanismos jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos; la adopción de ajustes razonables a cada tipo de discapacidad.

Ahora bien, el acceso a la justicia a las PCD, no podrá ser una realidad, sobretodo en lo relacionado con la discapacidad intelectual y psicosocial, sino se garantiza una condición previa, que sigue siendo el gran pendiente en la mayoría de los Estados firmantes de la Convención: su reconocimiento como personas ante la ley.

Artículo 12

1. *Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*
2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (...)*

La capacidad jurídica de las PCD en nuestro país sigue sujeta a un modelo que las ve como personas enfermas y desprovistas de la posibilidad de definir sobre su propia voluntad y preferencias. La interdicción y los procesos especiales de inimputabilidad, aún vigentes en nuestra legislación, contravienen esta obligación y deben ser sujetas a escrutinio para generar los sistemas de apoyo

¹⁷ *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, en Nueva York, artículo 13, disponible en <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>*

oportunos para que todas las PCD puedan acceder de manera sustantiva a la justicia.

Para culminar este apartado, citaré algunas de las tesis jurisprudenciales evocadas por el máximo órgano jurisdiccional, que precisamente centran su atención en dar un viraje a un enfoque social y con perspectiva de derechos humanos para con ello, propiciar una impartición de justicia, acorde a las obligaciones convencionales que tiene nuestro país.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL MODELO SOCIAL DE ASISTENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES ENTRAÑA EL PLENO RESPETO A SUS DERECHOS, VOLUNTAD Y PREFERENCIAS.

*De la interpretación sistemática y funcional de los artículos 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 1 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se deriva el igual reconocimiento de las personas con discapacidad ante la ley y la obligación del Estado para adoptar las medidas pertinentes para que puedan ejercer plenamente su capacidad jurídica. En ese contexto, en el sistema de apoyo en la toma de decisiones basado en un enfoque de derechos humanos, propio del modelo social, la toma de decisiones asistidas se traduce en que la persona con discapacidad no debe ser privada de su capacidad de ejercicio por otra persona que sustituya su voluntad, sino que simplemente es asistida para adoptar decisiones en diversos ámbitos, como cualquier otra persona, pues este modelo contempla en todo momento la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, sin restringir su facultad de adoptar decisiones legales por sí mismas, pero, en determinados casos, se le puede asistir para adoptar sus propias decisiones legales dotándole para ello de los apoyos y las salvaguardias necesarias, para que de esta manera se respeten los derechos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.*¹⁸

¹⁸ Tesis 1a. CXIV/2015,10 época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro 46, septiembre de 2017, p.235.

Por lo que respecta a su capacidad jurídica, también el máximo órgano jurisdiccional se ha pronunciado a favor de una interpretación que permita dar la mayor protección al interés de la persona, o bien en su caso ofrecer la mejor interpretación de su voluntad y preferencias.¹⁹

Finalmente, ofrezco el precedente constitucional que más nos conmina como titulares de nuestros órganos jurisdiccionales, para esforzarnos en ofrecer servicio público que le permita a las PCD acceder a un servicio en el que se vean satisfechos todos sus derechos en el acceso a la justicia.

DISCAPACIDAD. PRESUPUESTOS EN LA MATERIA QUE DEBEN SER TOMADOS EN CUENTA POR LOS OPERADORES DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

Atendiendo al modelo social de discapacidad, previsto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los presupuestos o fundamentos en los cuales se sustenta tal materia son los siguientes: (i) dignidad de la persona, referida al pleno respeto de los individuos por el solo hecho de serlo, sin que una diversidad funcional implique una disminución de tal reconocimiento; (ii) accesibilidad universal, consistente en la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan participar en igualdad de condiciones, en todos los ámbitos y servicios de su entorno social; (iii) transversalidad, relativa a la concepción de la discapacidad como un aspecto en íntima relación con todas las facetas del contexto en que se desenvuelve; (iv) diseño para todos, referido a que las políticas se concibieren de tal manera que puedan ser utilizadas por el mayor número posible de usuarios; (v) respeto a la diversidad, consistente en que las medidas a implementarse reconozcan las diferencias funcionales como fundamento de una sociedad

19 PERSONAS CON DISCAPACIDAD. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE MEJOR INTERPRETACIÓN POSIBLE DE SU VOLUNTAD Y SUS PREFERENCIAS (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 12 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS). Tesis 1a. CXV/2015, 10 época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XVI, marzo 2015, p.1102.

plural; y (vi) eficacia horizontal, relativa a que la exigencia de respeto a las personas con discapacidad se dirija tanto a las autoridades, así como a los particulares.²⁰

IV. La agenda pendiente en el derecho al acceso a la justicia de las personas con discapacidad

Lo establecido en el artículo XVIII de la Declaración a la que debemos esta publicación, sufre un menoscabo desde el momento en que algunas personas no pueden acceder de manera plena al servicio de impartición de justicia. En el caso de las PCD, la causa principal de esta imposibilidad reside en la incapacidad de abandonar los enfoques asistenciales, médicos y de rehabilitación y adoptar uno centrado en la persona, en su integración social y en el respeto de sus derechos humanos.

Sin embargo, en la actualidad este cambio no se ha logrado implementar debido a la falta de una armonización legislativa que esté apegada a estándares y normas de carácter internacional, situación que coloca a quienes viven con alguna discapacidad en un plano de desigualdad jurídica.²¹

Este primer reconocimiento, nos llevaría a pensar en un paso inexorable, que más allá de la discusión teórica que propicia, debe fraguar en un cambio que permita que el país cumpla con sus obligaciones internacionales y garantice la posibilidad de que cualquier PCD pueda recibir un servicio de impartición de justicia adaptado a sus necesidades. Me refiero a garantizar la capacidad jurídica de las PCD, sobretodo en lo relativo a la discapacidad intelectual y psicosocial, a través de sistemas de apoyos que promuevan la satisfacción de la voluntad e interés mayor de este sector.

20 Tesis 1a. VII/2013, 10 época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, p.633.

21 Leyva García, Eunice y Cortés Ruz, Roberto, "Acceso a la justicia penal de las personas con discapacidad mental." en *Revista Defensor*, No. 11, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2014, p. 16

Esta falta de armonización legislativa, se recrudece aún más a nivel de las entidades federativas, en muchas de ellas aún ni siquiera se aprueban leyes para prevenir la discriminación e integrar socialmente a las PCD. Tal dilación trae consigo, que sea imposible prever los ajustes razonables que requiere este grupo para ejercer sus derechos, entre éstos el del acceso a la justicia.

En la ruta de lograr un cambio profundo en el acceso que las PCD tienen a la justicia en México, es necesario emprender acciones para eliminar las barreras físicas, de comunicación y de actitud que inhiben un libre ejercicio de este derecho. Si bien se han ido adaptando físicamente muchas de las instalaciones del PJF, la suerte no es la misma para la mayoría de los poderes judiciales en los estados; la accesibilidad abarca también que no haya causa de discapacidad que inhiba el acceso a la justicia, es notoria la ausencia de intérpretes de señas mexicanas o de la adaptación documental al Sistema Braille; finalmente la mayoría de los peritos y personal que llegan a intervenir en una controversia en la que participa una PCD, están formadas bajo el modelo médico-rehabilitador, lo que implica una merma para sus derechos.

Para lograr este cometido, es obligatoria una armonización legislativa que permita introducir todos los ajustes razonables que atiendan a las necesidades de cada discapacidad para el ejercicio y goce de sus derechos. Sin embargo, este paso precisa de una mayor voluntad política en todos los niveles y órdenes de gobierno. Por lo que respecta al PJF, la aplicación del “Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad” publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,²² debe ser siempre una guía imperativa para la atención que damos en nuestros órganos jurisdiccionales. Ya que nuestro gran pendiente es que nuestras resoluciones reflejen que somos sensibles y congruentes con lo dispuesto en fuentes convencionales y por la misma Constitución.

²² SCJN, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad*, segunda edición, México, 2014

Las sentencias judiciales que no tienen en cuenta la perspectiva de género, ni el modelo social de discapacidad e ignoran el contenido de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En este caso, las disposiciones que expresan dichas sentencias son barreras actitudinales muy fuertes, que terminan dejando obsoleto lo previamente adquirido momento del compromiso de otras instancias estatales en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, es importante destacar que las obligaciones asumidas a través de un Tratado internacional de derechos humanos son autoejecutables y si no pueden ser aplicadas de manera instantánea, los Estados deben adoptar las medidas legales o de otro carácter —y entre esas medidas de otro carácter están las sentencias judiciales— que permitan trasladar a la realidad dichos compromisos.²³

V. Conclusiones y recomendaciones

La obra colectiva a la que pertenece este texto, tiene como objetivo resaltar la importancia de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en la actualidad. Oportunamente señalé que su relevancia estriba en ser andamiaje del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y no sólo eso, sino que además es la fuente de interpretación de los derechos humanos establecidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, generando la obligación para que todos los Estados miembros de la OEA respeten y cumplan su contenido so pena de incurrir en una responsabilidad internacional, y obligación de reparar cuando se ha producido un daño a una o más personas.²⁴

²³ Palacios, Agustina, “Género, discapacidad y acceso a la justicia” en *Discapacidad, Justicia y Estado, Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*, primera edición, Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2012, p.35

²⁴ Salvioli, Fabio, “El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos” en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, segunda edición, Costa Rica, CIDH, 2003, p. 695

El acceso a la justicia establecido en el artículo XVIII de la Declaración, debe ser visto como un derecho instrumental, a través del cual se hacen valer toda una gama de derechos, su negación implica un menoscabo a la calidad ciudadana y de persona del individuo. En el caso de algunos grupos, como son las PCD, este acceso es condicionado o nulificado por cuestiones de discriminación. Tal detrimento es contrario al espíritu de la declaración y por eso los Estados miembros de la OEA deben hacer todo a su alcance para armonizar sus acciones en torno a su desempeño judicial y en favor de este grupo vulnerable.

Lo anterior implica abandonar un esquema en el que se ve a la PCD, más como un enfermo, o como individuo al que hay que tutelar y transformarlo en un modelo incluyente de integración social, que permita relaciones sociales e institucionales libres de discriminación y con igualdad en derechos.

Sobretodo porque la idea de la dignidad incluyente permite un planteamiento coherente e integral respecto de la cuestión de la discapacidad, lo que justifica plenamente las medidas de toda índole para ubicar a las personas con diversidad funcional en un plano de igualdad.²⁵

Parece una obviedad recordarlo, pero todas estas medidas también son imperativas, toda vez que la firma del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad genera efectos vinculantes respecto a aquellos países que no cumplen con las obligaciones pactadas. Algunas medidas que se deben contemplar para propiciar un mejor acceso a la justicia son las siguientes:

- Se deben etiquetar recursos presupuestarios específicos para generar los ajustes razonables pertinentes para el ejercicio de la actividad jurisdiccional, que permitan generar condiciones de accesibilidad arquitectónica, en

las comunicaciones y en los procedimientos. De la misma manera, para la contratación de personal especializado para atender las necesidades específicas de cada tipo de discapacidad.

- Impulsar una discusión sobre la adopción de un sistema de apoyos para la expresión de la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad intelectual, que les permita ejercer su capacidad jurídica para acceder personal y libremente a la impartición de justicia.
- Capacitación del funcionariado judicial para generar la sensibilidad y herramientas que les permitan una comunicación horizontal y clara independientemente de la discapacidad de las personas que acudan a los órganos del PJF.
- Ejercer la facultad de control difuso de convencionalidad cuando en algún procedimiento en el que participe alguna PCD haya una diversidad de interpretaciones de una norma o normas aplicables preferir aquella interpretación que más proteja u optimice los derechos de los justiciables.
- De la misma forma, de existir dos o más normas que resultaren aplicables al caso en concreto, se debe optar por la que más beneficie a la PCD, buscando garantizarle su derecho de acceso a la justicia que a la vez propicie su inclusión y participación plena y efectiva en la sociedad.²⁶

Las recomendaciones propuestas son sólo una breve guía de buenas prácticas para propiciar una impartición de justicia más incluyente y sin obstáculos de discriminación. En el fondo, los compromisos que adoptaron hace 70 años, los Estados Americanos a través de la Declaración motivo de este artículo, seguirán siendo plausibles en la medida de que transformemos nuestros modelos de convivencia humano pensando en una sociedad justa y con igualdad en derechos.

²⁵ Jiménez Sánchez, Enrique, "La diversidad funcional de la humanidad: un enfoque desde su dignidad incluyente" en *Voces sobre Justicia y Género VII: Discapacidad y Derecho, primera edición*, México, SCJN, p.19

²⁶ SCJN, op cit. p. 55

Bibliografía

- CONAPRED. *Encuesta Nacional Sobre Discriminación, 2010*, versión electrónica disponible en: http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Enadis-PCD-Accss.pdf
- Carignano, Florencia, “¿Qué es el acceso a la justicia? en *Discapacidad, Justicia y Estado, Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*, primera edición, Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2012
- Gallegos, Flores, Joaquín, “Los derechos humanos de las Personas con Discapacidad. Análisis teórico y normativo del sistema universal a la luz de los principios de libertad, igualdad y solidaridad” en *Voces sobre Justicia y Género VII: Discapacidad y Derecho*, primera edición, México, SCJN, 2016
- García Villegas Sánchez Cordero, Paula María, “Un llamado de alerta a favor del ejercicio real de los derechos, respeto a la dignidad humana e inclusión social de las Personas con Discapacidad” en *Voces sobre Justicia y Género VII: Discapacidad y Derecho*, primera edición, México, SCJN
- INEGI. (2016). La discapacidad en México, datos 2014. Obtenido de http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825090203.pdf
- Jiménez Sánchez, Enrique, “La diversidad funcional de la humanidad: un enfoque desde su dignidad incluyente” en *Voces sobre Justicia y Género VII: Discapacidad y Derecho*, primera edición, México, SCJN, 2016.
- Leyva García, Eunice y Cortés Ruz, Roberto, “Acceso a la justicia penal de las personas con discapacidad mental.” en *Revista Defensor*, No. 11, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2014
- Marion Young, Iris, “Structural Injustice and the Politics of Difference” en *Contemporary debates in political philosophy*, primera edición, Reino Unido, Wiley-Blackwell, 2009
- Palacios, Agustina, “Género, discapacidad y acceso a la justicia” en *Discapacidad, Justicia y Estado, Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*, primera edición, Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2012
- Salvioli, Fabio, “El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos” en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, segunda edición, Costa Rica, CIDH, 2003.

**LA JUDICATURA FEDERAL FREnte A LA DETENCIÓN
ARBITRARIA/ THE FEDERAL JUDICIARY IN THE FACE OF
ARBITRARY DETENTION**

*DAVID RODRÍGUEZ MATHA^{*1}*
*JORGE LUIS BARRERA VERGARA^{**2}*

Resumen

En el presente estudio se analiza influencia que ha tenido la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el desarrollo de las herramientas que utiliza el Estado para garantizar los derechos humanos de las personas que son detenidas arbitrariamente, tal y como ocurre con la labor que realiza el Poder Judicial de la Federación, ya que por conducto de la SCJN, se encarga de analizar asuntos en los que se ve inmersa la detención arbitraria y a través de ese examen emite criterios que fijan los parámetros que las autoridades deben seguir con la finalidad de proteger los derechos humanos de las personas detenidas y así cumplir con los estándares impuestos en el referido instrumento internacional.

Abstract

The present study analyzes the influence that the American Declaration of the Rights and Duties of Man has had on the development of the tools that the State uses to guarantee the human rights of people who are arbitrarily detained, as is the case with the work carried out by the Judicial Branch of the Federation, since through the SCJN, it is responsible for analyzing matters in which arbitrary detention is immersed and, through this examination, issues criteria that set the parameters that the authorities must follow with the purpose of protecting the human rights of detainees and thus meet the standards imposed in the aforementioned international instrument.

¹ *Magistrado de Circuito, adscrito al Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito.

² ** Maestrante en Derecho Procesal Penal en el Centro de Estudios y Posgrado; reconocimiento a la “Excelencia Académica” por la Universidad Loyola del Pacífico. Analista Jurídico SISE, adscrito al Tribunal Unitario de Circuito del Centro Auxiliar de la Séptima Región, email: jorge.barrera.vergara@correo.cjf.gob.mx

Palabras clave: Derechos Humanos, detención, arbitrariedad, judicatura, Constitución, convención.

Keywords: Human Rights, detention, arbitrary, judicature, Constitution, convention.

Sumario: I. Introducción. II. Marco jurídico internacional que regula la detención. III. La detención en el orden jurídico mexicano. IV. Concepto de arbitrariedad en la detención. V. El papel de la judicatura frente a la detención arbitraria. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. Introducción

Para iniciar este análisis, es dable mencionar que México ha sido objeto de vigilancia mediática tanto nacional como internacional, en relación al tema de la detención arbitraria, pues a través de ésta se constituyen diversas violaciones a derechos humanos que ponen en jaque al Estado frente a los compromisos internacionales que ha adquirido.

Al respecto, debemos precisar que en nuestro país, se tienen las problemáticas siguientes: la sociedad y los medios de comunicación reprochan cuando se realiza una detención aparentemente arbitraria o ilegal a un ciudadano inocente; empero, si la misma se realiza a un supuesto criminal, se tolera, aunque ambas tengan la misma consecuencia; ante ello, en la población se genera una visión errada del proceder del Poder Judicial Federal, al inferir que se convalida el actuar arbitrario de las autoridades que ejercen la fuerza pública, con la emisión de sentencias absueltas generadas por los vicios en esa actuación -situación que deriva del proceso de transición generado por la reforma de 2011-.

En ese sentido, al ser el eje rector de este trabajo y para una mejor comprensión, debemos traer como referencia el concepto de “detención”, el cual acorde con el Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española se define como

la “privación provisional de la libertad, ordenada por una autoridad competente”³.

Relacionado con dicha acepción, la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, definió como persona detenida a “toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito”⁴.

En ese orden de ideas y para efectos de este análisis, se puede definir a la detención como la privación temporal de la libertad deambulatoria de una persona, originada ya sea por la comisión de un hecho ilícito flagrante, cuasiflagrante o por una orden emitida por una autoridad en razón de sus funciones.

II. Marco jurídico internacional que regula la detención

Ahora bien, tenemos que acorde con el artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, en Colombia, entre otras cuestiones, se instituye que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes; asimismo, instaura que todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad e incluso consigna el derecho de todo individuo de protección contra la detención arbitraria.

Por otro lado, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)⁵, contempla en su dispositivo 7, en lo que aquí interesa, que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas

³ *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, disponible en: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=DZngZHc>

⁴ *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx>

⁵ México se adhirió en 1981.

de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes -entre ellos México-, o por las leyes dictadas conforme a ellas; a ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales; a ser informado de las razones de su detención y ser notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella, inclusive, establece que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

En la misma sintonía, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9, entre otras cuestiones, instaura que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias, ni ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

III. La detención en el orden jurídico mexicano

En lo que respecta a nuestro país, se debe poner de manifiesto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en adelante CPEUM, en su artículo 16, sustancialmente instaura que no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión; así como que deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad.

Asimismo, el citado numeral también contempla la figura de la detención en flagrancia, al disponer que cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito, en cuasiflagrancia o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en lo sucesivo SCJN, ha establecido múltiples criterios en relación a la forma en que debe llevarse a cabo la

detención para que ésta sea legal, entre ellos, podemos destacar el de rubro: “DERECHO A SER INFORMADO DE LOS MOTIVOS DE LA DETENCIÓN Y LOS DERECHOS QUE LE ASISTEN A LA PERSONA DETENIDA. DEBE HACERSE SIN DEMORA Y DESDE EL MOMENTO MISMO DE LA DETENCIÓN”⁶, en el que fundamentalmente estipula que toda persona detenida tiene derecho a que, sin demora y desde el momento de su detención, se le informe sobre el motivo de la misma y sobre los derechos que le asisten; además, dispone que si la detención de un individuo ocurre en flagrancia por un particular, la obligación de informar sobre dicho derecho surge en el momento preciso en que la persona detenida es puesta a disposición de una autoridad.

IV. Concepto de arbitrariedad en la detención

Habiendo sentado los parámetros legales nacionales e internacionales que rigen sobre el tema de la detención, es menester precisar el concepto de arbitrariedad en relación con el eje rector de este trabajo, para ello, es dable traer como referencia que el Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española, define como arbitrariedad aquel “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes dictado solo por voluntad o por capricho de su autor, sin un razonamiento suficiente y sin explicación bastante de las razones en que se basa o careciendo estas de cualquier fundamento serio”⁷.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Gangaram Panday vs. Surinam, en relación con el tema de la detención arbitraria, contenido en el artículo 7.3, refiere que “se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o

⁶ Tesis 1a. CCCLIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 970.

⁷ *Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española*, disponible en: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E29130>

faltos de proporcionalidad”⁸, criterio que fue reiterado por el mismo organismo internacional, en el caso los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala⁹.

En ese sentido, al constituir la detención arbitraria un acto mediante el cual un funcionario del Estado restringe la libertad de una persona, a través de métodos irrazonables y faltos de proporcionalidad, pueden suscitarse por medio de ésta, actos transgresores de derechos humanos, tan graves como la extorsión, los de tortura, entre otros, los cuales acorde con el dispositivo 1º de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, constituyen “todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, infila intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona”¹⁰, lo cual, pone de relieve la problemática que tiene que afrontar el Estado ante las graves violaciones a los derechos humanos que puedan generarse durante el ejercicio de la fuerza pública al detener a alguien.

Así, armonizando todo lo anterior, podemos deducir, para efectos de este análisis, que el concepto de detención arbitraria consiste en la privación de la libertad deambulatoria de una persona, en supuestos distintos a los que establece la CPEUM, bajo condiciones irrazonables, imprevisibles y ausentes de proporcionalidad, efectuada por una autoridad que estime ser la facultada para ello, la cual, en su caso, puede derivar en serias violaciones a los derechos fundamentales, tal es el caso de la tortura.

⁸ Caso *Gangaram Panday Vs. Surinam*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 21 de enero de 1994, Fondo, párrafo 47, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf

⁹ Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de noviembre 1999, Fondo, párrafo 131, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

¹⁰ Acogida por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución de 9 de diciembre de 1975, precisando de igual forma, que México es miembro de las Naciones Unidas desde 1945, resultando vinculante desde dicha fecha.

V. El papel de la judicatura frente a la detención arbitraria

Ahora bien, se debe reconocer que desde la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 10 de junio de 2011, en la cual se estableció un nuevo modelo constitucional de irrestricto respeto y protección a los mismos, los operadores de justicia pertenecientes a la Judicatura Federal han aumentado el rigor en el análisis de los asuntos en los que se dilucidan cuestiones relacionadas con la arbitrariedad en la detención, para efecto de armonizar su actuar con los estándares internacionales requeridos actualmente.

En ese sentido, es dable destacar que la SCJN, ha redoblado esfuerzos para sentar criterios progresistas en cuanto a este tema se refiere, por ejemplo, el emitido por la Primera Sala de rubro: “FLAGRANCIA. LAS CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL SON LA INVALIDEZ DE LA DETENCIÓN DE LA PERSONA Y DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTA E INMEDIATAMENTE EN AQUÉLLA”¹¹, en el que fundamentalmente se determinó que las autoridades en quienes recaiga la facultad de detención deben actuar bajo un estándar de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida empleada.

Asimismo, refiere que si la detención de una persona, no se da bajo el respeto irrestricto del sistema constitucional y convencional, es decir, a partir del estricto cumplimiento de los requisitos y garantías establecidos de forma mínima a favor de la persona que sufrió la detención, ésta será considerada como arbitraria, lo cual, evidentemente invalida la detención y toda prueba recabada a partir de ésta.

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, la Primera Sala de la SCJN, al resolver el Amparo directo en revisión 3153/2014, emitió el criterio jurídico de rubro: “DETENCIONES MEDIANTE EL

¹¹ Tesis 1a. CCI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 6, t. I, mayo de 2014, p. 545.

USO DE LA FUERZA PÚBLICA. PARÁMETROS ESENCIALES QUE LAS AUTORIDADES DEBEN OBSERVAR PARA ESTIMAR QUE AQUÉLLAS SON ACERDOS AL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL”¹², en el que constriñó a las fuerzas policiales a atender los parámetros de legitimidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad; además de obligarlas a emplear un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza según corresponda, con el fin de que pueda considerarse que la detención se realizó acorde con el régimen constitucional y convencional.

Incluso, en sesiones de 12, 13, 15, 20 y 22 de marzo de 2018, el Pleno de la Suprema Corte, analizó y resolvió las Acciones de Inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014, promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos¹³, en las que por mayoría de votos, modularmente determinó declarar la validez de diversos preceptos, entre ellos, los artículos 148, 251, fracciones III y V, 266 y 268, todos del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En las referidas sesiones, en lo que atañe al presente estudio, se abordó el tema de la detención en flagrancia, sentando, entre otros aspectos, que si alguna persona es sorprendida en la comisión de un delito o inmediatamente después de ello es aprehendida, esta detención será constitucionalmente válida si se apegó a los parámetros que la propia CPEUM prevé al respecto y los que ha desarrollado la propia Corte, con independencia de que se trate de un delito perseguible de oficio o por querella.

Asimismo, destacó que el juez de control deberá valorar las detenciones que efectúen los agentes de la policía bajo los

12 Tesis 1a. CCLXXXVII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1653.

13 Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolución de 22 de marzo de 2018, párrafos del 107 al 110, y del 160 al 176, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164207>

parámetros de sospecha razonable, para poder determinar, en todo caso, si la inspección que se efectuó a la persona y de la cual derivó su evidente detención, es legal o no, para lo cual, se fijaron las reglas para realizar la referida inspección, que las autoridades pertinentes deben atender, así como la previsión de una secundaria, que puede realizarse posteriormente a la detención.

Criterios con los que se pone de manifiesto que la SCJN se encuentra trabajando día a día para dotar, en forma paralela, de mayor seguridad jurídica y protección a las personas que atraviesan por una detención, a través de resoluciones, protocolos e interpretaciones jurídicas sobre el tema, con la finalidad de sentar los lineamientos que deben seguir las autoridades facultadas para ejercer el uso de la fuerza pública, apegados a los estándares constitucionales y compromisos internacionales adquiridos por el Estado Mexicano y con ello lograr el objetivo primordial que es el de salvaguardar los derechos humanos de las personas detenidas.

Por su parte, respecto a la labor que corresponde a los operadores de justicia, dígase magistrados y jueces Federales, que son a quienes les concierne aplicar los criterios emitidos por la SCJN, dado que son el primer frente y en muchos casos el último filtro – Tribunales Colegiados- para analizar los actos de autoridad, recae en ellos como órganos de control constitucional, la responsabilidad de examinar minuciosamente cada caso en concreto y ante cualquier indicio de que se efectuó una detención arbitraria, se tiene obligación de emplear las herramientas proporcionadas por la superioridad para determinar si en la hipótesis respectiva, la autoridad transgredió o no, los derechos humanos de la persona que fue privada temporalmente de su libertad deambulatoria y con ello, poder restituirla en el derecho humano infringido, la libertad, o bien, anular las pruebas obtenidas a partir de esa detención arbitraria.

Constrinendo a su vez, a las autoridades encargadas del ejercicio de la fuerza pública -mediante la emisión de criterios

jurídicos progresistas-, a modificar la manera en que realizan las detenciones, para así evitar que restrinjan arbitrariamente los derechos humanos de las personas, tales como la libertad deambulatoria, y que con ello, eventualmente, se logre cumplir con los parámetros nacionales e internacionales que en materia de protección de derechos humanos el Estado Mexicano ha adoptado, para tener un mejor país.

VI. Conclusiones

Corolario a lo anteriormente reseñado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ha influido en el desarrollo de las herramientas que utiliza el Estado para garantizar los derechos humanos, en razón de que con ella se sentaron las bases y parámetros que debían seguirse para garantizarlos y a su vez construir los lineamientos internos de protección irrestricta a los mismos.

Aunado a ello, en lo que respecta a nuestro país, la reforma constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 10 de junio de 2011, constituyó un hito en el sistema de protección de los derechos humanos, ya que a partir de ahí, las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias, quedaron constreñidas a promover, respetar, proteger y garantizarlos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Desde ese momento, el Poder Judicial de la Federación, en todos sus niveles ha trabajado arduamente, encabezados por la SCJN la cual ha emitido criterios jurídicos y protocolos acorde con las problemáticas por las que atraviesa el país, con la finalidad de armonizar el orden jurídico con los estándares internacionales que rigen en la actualidad.

Hecho que ha acontecido precisamente con el tema de la detención arbitraria, la cual, como se puso de manifiesto, consiste en la privación de la libertad deambulatoria de una persona, en

supuestos distintos a los que establece la CPEUM, bajo condiciones irrazonables, imprevisibles y ausentes de proporcionalidad, efectuada por una autoridad que estime ser la facultada para ello, sobre la cual, se han establecido criterios jurídicos que obligan a las autoridades encargadas de ejercer la fuerza pública, fijando los parámetros que deben atender para realizar su actividad apegada al régimen constitucional y a los compromisos internacionales suscritos por el Estado, so pena de nulificar su actuación -ejercicio de la fuerza pública-, con el objetivo primordial de proteger los derechos humanos de las personas que son detenidas bajo los supuestos que fueron descritos en su oportunidad.

Sin embargo, aún y con todo lo precisado con anterioridad, nos llevará años como institución, lograr que las fuerzas del orden se apeguen al modelo actual de irrestricto respeto a los derechos humanos; así como que la sociedad cambie la desafortunada percepción que tiene del Poder Judicial de la Federación, en relación a la convalidación del proceder arbitrario de las autoridades, ya que nuestra principal labor como operadores jurídicos es proteger las prerrogativas de los individuos que son detenidos, a la luz de la legislación nacional e internacional aplicable, ya sea que éstos sean responsables o no, de posibles hechos que la ley señala como delitos.

VII. Referencias

a) Electrónicas

- Caso *Gangaram Panday Vs. Surinam*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 21 de enero de 1994, Fondo, párrafo 47, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf
- Caso “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) Vs. *Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de noviembre 1999, Fondo, párrafo 131, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

- *Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española*, disponible en: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E29130>
- *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, disponible en: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=DZngZHc>
- *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx>
- *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, resolución de 22 de marzo de 2018, párrafos del 107 al 109, y del 160 al 176, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164207>

b) Normativas

- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración contra la Tortura.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

c) Tesis emitidas por la SCJN

- Tesis 1a. CCCLIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 970.
- Tesis 1a. CCI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 6, t. I, mayo de 2014, p. 545.
- Tesis 1a. CCLXXXVII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1653.

LA INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN EL SISTEMA MEXICANO.

BENJAMÍN RUBIO CHÁVEZ.¹

I.- Introducción

Los niños y las niñas son la parte medular en este trabajo, ya que el planteamiento tiene que ver con la incorporación de sus derechos y los principios regladores de estos; como medio para ejercer diversos derechos fundamentales, esta situación es de vital importancia, tomando en cuenta que en la medida que se ejerza un derecho, el ser humano alcanza a determinar su presente y futuro.

Para poder desarrollar este será necesario primeramente conceptualizar en la medida que se pueda; que se entiende por niño y niña, para después analizar cada uno de los derechos que estos tienen tanto en el plano internacional como nacional, pasando por un estudio de los principios que rigen el trato que jurídicamente se debe otorgar al niño o niña.

II.- De los niños y niñas

III.- Concepto de niño y niña

Por mucho tiempo se concibió al niño o la niña como un pequeño hombrecito carente de derechos y obligaciones, sujeto a las decisiones de los mayores por razón de una sujeción jerárquica impuesta desde la norma, bajo las consideraciones que estos por su edad no pueden decidir entre lo bueno o lo malo, perspectiva esta que en cierta forma tiene razón, pero no por ello es absoluta o única verdad, ya que cierto es que los niños y niñas requieren protección, empero, esa protección debe partir de la puesta en marcha de una serie de derechos en su favor que les permita su pleno desarrollo.

La evolución del ser humano y de las ciencias que tienen que ver con la personalidad, permitió modificar la concepción que se

¹ Magistrado del Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región con residencia en Naucalpan de Juárez Estado de México.

tiene del niño o la niña, transitando de ser un objeto de protección a un sujeto de derechos, reconociendo que el niño o niña no es un adulto chiquito, ni objeto de la tutela de los padres, sino que se trata de una persona en desarrollo², cuyas capacidades se encuentran en expansión, por lo que, para lograr el pleno desarrollo de su personalidad y la de sus potencialidades, había que modificar el centro de atención, de la protección de la persona del menor, a la protección de sus derechos.

Cambiar el paradigma trajo como consecuencia la denominada protección integral, que refiere a una serie de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia³, cuyo principio rector es el interés superior de los infantes, que considera que los niños se encuentran en condiciones de máxima vulnerabilidad y por ello, para lograr un desarrollo natural de su personalidad, requieren de una atención y protección especial por parte de la familia, la sociedad y el estado.

El cambio de paradigma llevó en primer instancia a establecer lo que se debe entender desde el punto de vista jurídico por niño o niña, situación que no ha sido fácil de definir, dado que, ha provocado que esa definición o conceptualización quede a criterio de lo que establezca una ley ordinaria, hecho que desde luego puede resultar arbitrario, ya que se deja a voluntad del legislador o de una mayoría legislativa la responsabilidad de definir la palabra, situación que provoca la diversidad de conceptos, y el entendimiento sesgado de la misma, llegando al extremo de tener diversas definiciones sobre una misma palabra, por permitir que cada ley lo defina.

Durante mucho tiempo las normas jurídicas cuando definían la palabra niño o niña, estuvieron influenciadas por la llamada doctrina de la situación irregular, considerando que son niños

2 Hermoso Larragoiti, Héctor Arturo, *La justicia de menores a luz de los criterios del Poder Judicial de la federación*, México, SCJN, 2009, p.224.

3 García Méndez, Emilio, *Infancia y Adolescencia; de los derechos y la justicia, Doctrina Jurídica Contemporánea*, México, UNICEF-Fontamara, 2001, p.29

quienes tienen sus necesidades básicas satisfechas, y menores, quienes se encuentren marginados socialmente y no pueden satisfacer sus necesidades básicas⁴, hecho este que es criticable, ya que el estado de necesidad de una persona no debe ser elemento primordial para definir que es un niño o una niña, la definición debe partir de elementos físicos y mentales de estos, y no de la supervivencia, bajo esa influencia gran parte de las legislaciones optaron por establecer un sistema de protección de los niños y otro de los menores, los niños protegidos por la tutela de los padres, y los menores protegidos por el estado.

El avance en el concepto de niño y niña, permitió el abandono del estado de necesidad como punto de partida de la definición, comenzando ahora una definición a partir de la edad de la persona y de la protección de sus derechos.

Así, la Convención sobre los derechos de los niños que representó un cambio de paradigma en lo referente a los derechos de los niños, al reconocer a éstos como sujetos de derecho, y por ende sujetos de responsabilidad, establece en el artículo 1 que niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad⁵, definición que es totalmente tradicional y a mi consideración errónea por tres razones, la primera, es que no debe aceptarse como cierto que un niño sea todo ser humano menor de 18 años, ya que un menor de 18 pero mayor de 12 es todo menos niño o niña, es un adolescente, segundo, la ley no puede ser el medio para establecer excepciones o salvedades de cuando se deja de ser niño o niña, ya que dejar la carga en la ley sobre esta cuestión, llevaría al extremo de considerar en cierto país a un niño cuando este es menor de 16 años, pero si contrae matrimonio a los catorce lo deja de ser, o bien, si su cultura establece que

4 Villanueva Castillejos, Ruth, *Los menores infractores en México*, México, Porrúa, 2005, p.227.

5 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Convención sobre los derechos del niño, Parte I, artículo 1 [en línea], lugar de edición no precisa, ONU, año de edición no precisa, página no precisa, [citado 20-01-2011], disponible en internet: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

niño es el menor de 12 lo será a partir de esa edad, hecho que convierte en falacia la definición del instrumento internacional, lo anterior partiendo del punto que un niño es y será siempre el mismo independientemente de la edad que pueda contemplar una ley o de las excluyentes que esta establezca para dejar de ser niño o niña, tercero, el numeral no hace diferencia entre niño y niña, tasa por igual a dos entes que son diferentes física y mentalmente, así como son diferentes en sus necesidades y expectativas.

Sobre el tema del concepto de niño obtenido de la convención, considero que lo conveniente era, definir correctamente que es un niño y niña, o bien, abstenerse de establecer el término niño, y referirse solo al menor⁶.

Las Reglas de Beijing indican algo parecido a la anterior convención estableciendo en el numeral 2.2 que menor es todo niño o joven⁷, sin precisar en su texto que es un niño o una niña, pero contrario a la convención sobre los derechos de los niños, no cataloga por igual a los menores, ya que para esta regla los menores pueden ser jóvenes o niños, hecho que implica un avance, ya que no es científicamente posible sostener que todo menor de dieciocho años fuera un niño o una niña, criticable solo es el hecho de no precisar cuándo se está ante esa figura humana.

En México en el año 2000, se aprobó y publicó la ley para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ley en la cual si bien no se define científicamente que es un niño o niña, también lo es que se estableció en el artículo 2 un parámetro con base en la edad, al considerar que son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, parámetro que no es arbitrario, ya que este fue obtenido con bases científicas que determinan que un niño es todo aquel que no ha cumplido

6 D'Antonio, Daniel Hugo, *Derecho de menores*, 4^a ed., Buenos Aires, Astrea, 1994, p.453.

7 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores reglas Beijín, Alcance de las reglas y definiciones autorizadas, [en línea], lugar de edición no precisa, UNED, año de edición no precisa, p.5, [citado 22-10-2010], formato pdf, disponible en internet: <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanalisis2/ninezadolescenciyjuventud/documentos/reglasdebeijing.pdf>

esa edad, y que por sus condiciones físicas y psíquicas no tiene la madurez para ser considerado adolescente.

Lo anterior deviene básicamente de estudios en materia de psicología que en sus diversas teorías: *Psicoanalítica de Sigmund Freud*, Psicogenética de Jean Piaget, o la teoría del niño turbulento de Henri Wallon, teorías que coinciden sobre las edades de las diversas fases de la infancia, llamándoles cada uno de los autores con diversos nombres, pero concluyendo que la edad tope de los niños y niñas son los albores de los doce años.

Así tenemos que conforme a la teoría Psicoanalítica de Sigmund Freud, la niñez presenta las siguientes fases:

- Fase oral que comprende el primer año de vida;
- Fase anal que va del primer año de vida a los tres años;
- Fase fálica de los tres a los cinco entrando a los seis años;
- Fase de latencia de los cinco o seis años a los once o doce años;
- Fase genital o pubertad a partir de entre los once y doce años; y

En cambio Jean Piaget establece los siguientes períodos en su teoría de la Psicogenética:

- Período sensoriomotor de 0 a dos años;
- Período preoperacional de los dos a seis años;
- Período operacional concreto de los seis a los doce años; y
- Período formal de los doce a los diecisésis años;

Y finalmente la teoría del niño turbulento de Henri Wallon, que establece los siguientes estadios:

- Estadio de impulsividad motriz de los ceros a los seis meses;
- Estadio emocional de los seis a los doce meses;
- Estadio sensoriomotor del uno a los tres años;

- Estadio de personalismo de los tres a los seis años;
- Estadio de pensamiento categorial de los seis a los doce años; y
- Estadio de la pubertad y la adolescencia a partir de los once o doce años.

Las teorías mencionadas aunque su enfoque de estudio sea diverso, ya que Freud parte de la llamada pulsión sexual de la infancia que refiere a la energía para hacer algo, Piaget refiere al desarrollo intelectual de naturaleza biológica a partir de su relación con el desarrollo humano desde sus orígenes, y Wallon refiere al origen y desarrollo de los procesos psicológicos, estos, al final coinciden en lo que interesa a esta investigación que la pubertad o adolescencia comienza entre los once y doce años de edad, lo que permite advertir que esa edad es la etapa final de la niñez desde todos los puntos de vista que se le quiera estudiar en referencia a la psicología.

Lo anterior permite establecer que el legislador mexicano no fue arbitrario al establecer que niño es el menor de doce años, ya que su aproximación normativa al final del día está basada en estudios científicos, hecho que muestra razones justificadas del enunciado normativo.

Hasta lo aquí establecido se puede concluir que no hay norma internacional o nacional que establezca una definición de niño o niña, los conceptos normativos analizados parten de un punto, la edad de la persona como medio para definir la palabra, hecho que no es erróneo, sin embargo, tampoco es correcto ya que pudiera resultar discriminatorio, por dejar de considerar aspectos objetivos y subjetivos de la persona llamado niño o niña.

Así pues, la definición de niño y niña, no debe partir de elementos o excluyentes normativos, sino más bien partir de elementos biológicos y conductuales que permitan establecer estándares científicos y universalmente reconocidos sobre cuando sé es niño y cuando niña, a efecto que en todo país estos sujetos

sean reconocidos de la misma forma, postura esta que ha sido sostenida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que la palabra “niño” posee, en principio, un sentido biológico o psíquico más que jurídico⁸, aclarando que desafortunadamente, esta jurisprudencia estableció que para el caso que analizaba no era necesario conceptualizar la palabra niño, ya que el problema queda resuelto al nombrar con la palabra menor tanto al niño, niña o adolescente.

Esta apreciación de la jurisprudencia digo que es desafortunada, ya que englobar como un todo dentro de la palabra menor tanto al niño, niña y adolescente, es perder de vista sus diferencias y por tanto sus necesidades, así como sus diversos derechos. A manera de ejemplo, Piaget con su teoría logra un cambio en el pensamiento de la humanidad, al señalar que el niño tiene estructuras de pensamiento propias, las cuales lo hacen ser diferente al adulto y por supuesto al puberto. Así, la lógica del niño es distinta del adulto, del joven y del puberto, no porque le falten conocimientos, sino porque su esquema de pensamiento es distinto, hecho notable, toda vez que esta sencilla conclusión cambió al paradigma y comenzó a definirse al niño con base en lo que es y no con base en lo que no tiene en comparación con el adulto.

Entonces definir la palabra niño o niña tiene relevancia, ya que de no hacerlo regresaríamos a los siglos pasados dónde estos pasaron desapercibidos e ignorados, tal y como Philippe Ariès, destacó en su libro titulado “El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen”⁹, en el cual inicia estableciendo: “antes del siglo XVII no hay infancia, o no trataba de representársela; nos cuesta creer que esta ausencia se debiera a la torpeza o al incapacidad. Cabe pensar más bien que en esa sociedad no había espacio para la infancia”,

⁸ Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la opinión consultiva, sobre “condición jurídica y derechos humanos del niño”, [en línea], lugar de edición no precisa, Juez Sergio García Ramírez, 28-08-2002, p 1, párrafo 4, [citado 22-10-2010], formato Word, disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/votos/vsa_garcia_17_esp.doc

⁹ Ariès, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, México, Taurus, 2001, p.1.

fundando su aseveración en el hecho que no hay reproducción iconográfica de los niños en las obras pictóricas anteriores a dicha época.

La postura del historiador Philippe Ariès, la podemos asimilar a nuestro tiempo, en la cual desde luego ya nos interesamos por los derechos de los niños, sin embargo, por lo menos normativamente no hay ánimo de definirlo, y no por torpeza o incapacidad siguiendo al autor, sino más bien por no querer dar espacio a un concepto que permita diferenciar al menor, y con ello impedir la discriminación.

Otro destacado filosofo del derecho Neil MacCormick escribió un artículo titulado: “Los derechos de los niños: un *test case* para la teoría de los derechos”¹⁰, en la que analiza y pone a platicar a la teoría de la voluntad sobre la teoría del interés, la primera de ellas refiere que los derechos son capacidades normativas que otorgan al titular la facultad para exigir el cumplimiento de una obligación, en tanto que la segunda, sostiene que los derechos son intereses individuales jurídicamente protegidos, en los que no se requiere la voluntad de sus titulares para exigir su cumplimiento, concluyendo que los derechos de los niños se justifican mediante la teoría del interés.

Las versiones anteriores tanto de Philippe Ariès y Neil MacCormick, se traen a colación a propósito de la desafortunada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al negarse a definir que es un niño y niña, ya que precisamente la conclusión de los autores en mención, permiten palpar la importancia de la infancia, ya que de analizarse y obtenerse un concepto universal sobre estos seres humanos, permitirá a la postre poder definir en exclusiva cuáles son sus derechos que representan un interés superior.

Quizás se pueda seguir abundando sobre la necesidad de definir la palabra niño o niña, y seguramente encontraremos mayores

razones para justificar la necesidad de una definición normativa que abarque aspectos fisiológicos y psicológicos de estos, sin embargo, por lo pronto pareciera que debemos conformarnos con las definiciones normativas otorgadas por normas internacionales y nacionales ya expresadas, con la esperanza que en próximos tiempos estas mismas normas se transformen y definan que es un niño y niña, no a través de aproximaciones sino más bien por conclusión directa de un estudio científico multidisciplinario.

Por lo pronto, al no ser el tema central de este trabajo, no se realiza un concepto acerca de que es un niño o una niña, ya que existirá siempre el rasgo sesgado de la definición, al no tomar en consideración todas las ciencias que pueden participar en la conceptualización o descripción de ese ser humano.

Sin embargo, las aproximaciones y descripciones normativas establecidas en este apartado permiten advertir ciertas características de los niños y niñas, que van desde su edad, como de sus aspectos psicológicos, que ponen de relieve la importancia de ellos en relación con sus derechos.

II.II.-Los niños y niñas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Como se describe en el apartado anterior, no hay realmente definiciones normativas acerca de que es un niño y niña, sin embargo, debe destacarse como un hecho importante que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dentro del artículo 4 le dedica tres párrafos a estos, estableciendo lo siguiente:

“...En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

¹⁰ MacCormick, Neil, *Children's rights: A test case for theories of rights*, en: *legal right and social democracy*, Oxford, Oxford University press, 1982, pp. 305-316.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez....”

Este apartado de la Constitución muestra claramente que el constituyente tuvo claro que existen una serie de derechos para la niñez que comprenden a los niños y las niñas, derechos que si bien están reconocidos en otros artículos para toda persona, era necesario destacarlos en forma especial para dejar patente que no fueron olvidados por la máxima norma de este país.

Asimismo, se debe destacar que conforme al precepto constitucional se desprende que el niño y la niña son titulares de derechos fundamentales, lo que implica que estos puedan exigir el ejercicio de los mismos, empero, la misma constitución establece que para el ejercicio de esos derechos se requiere que los ascendientes, tutores y custodios los preserven, es decir, obliga la máxima norma a estos sujetos a ser ellos quienes en primer instancia provean al niño de alimentación, salud, educación, y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Esta obligación impuesta desde la constitución a los ascendientes, tutores y custodios, para que estos provean a los niños y niñas de los derechos fundamentales allí establecidos, es de alguna forma indebida, ya que corresponde al estado establecer los medios idóneos a efecto de hacer cumplir los derechos fundamentales de todo ser humano, por tanto, debe ser obligación del estado proveer la alimentación de los niños, así como la educación y el sano esparcimiento, aunado a los demás derechos constitucionales que prevé la constitución.

Cierto es, que los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación por vía de representación lograr que los menores ejerzan sus derechos fundamentales, sin embargo, no por ello

recae la obligación de otorgarlos, el estado debe proveer de los medios necesarios para que los niños y niñas a través de sus representantes o por sí solos ejerzan sus derechos humanos.

Pensar a la inversa y dejar la obligación de preservar los derechos fundamentales a los ascendientes, tutores y custodios, es permitir que niños y niñas no ejerzan sus derechos por virtud de no tener ascendiente, tutor o custodio, o bien, porque aun teniendo ascendiente, tutor o custodio estos no deseen preservarlos, ambos supuestos son comunes en la vida diaria de este país, y así diversos niños y niñas no tienen acceso a la salud, educación y al sano esparcimiento, de allí que la obligación primaria es del estado, que puede quedar descargada cuando los representantes del menor tengan capacidad sobre todo económica para proveer el ejercicio de esos derechos fundamentales.

Al respecto resulta relevante el criterio emitido por el tercer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito del Poder judicial de la Federación, en el cual interpreta el artículo 4 constitucional en relación a la obligación del estado de implementar políticas públicas para otorgar alimentos a los niños y niñas, estableciendo lo siguiente:

Alimentos. Forma en que el estado mexicano debe acatar su obligación establecida en el artículo 4o. constitucional. Conforme a los tres últimos párrafos del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los niños tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, y queda a los ascendientes, tutores y custodios el deber de preservar ese derecho. Asimismo, el Estado queda obligado a cumplir con ese encargo constitucional, que se traduce en una prestación de hacer, esto es, proveer lo necesario para propiciar el ejercicio pleno de los derechos de la niñez, así como otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de

tales derechos. Los anteriores elementos, gobernado como sujeto activo, Estado como sujeto pasivo, y prestación, son característicos de un derecho público subjetivo, sin embargo, el Constituyente Permanente mexicano, autor de la reforma que introdujo en el texto constitucional la disposición de que se trata, publicada en el Diario Oficial de la Federación de siete de abril de dos mil, asignó también a los ascendientes, tutores y “custodios”, así como a los particulares, en general, el deber de preservar los derechos y de coadyuvar a su cumplimiento, respectivamente. Con ello, a la par del derecho público subjetivo, se creó un sistema *sui generis* de corresponsabilidad del Estado y de los particulares, empero, de ningún modo se relevó al primero de sus obligaciones por esa alteración de la forma ortodoxa de regulación del plexo de derechos a nivel constitucional, que suele basarse en relaciones verticales, es decir, entre gobierno y gobernados, y no horizontales, entre gobernados y gobernados. Los sujetos tutelados y el contenido de la prestación a cargo del Estado denotan la naturaleza del derecho fundamental de que se trata, a saber, un derecho perteneciente, en origen, a los clásicos derechos civiles o de primera generación, entre los que se encuentran los relativos a la vida y la libertad -bienes jurídicos tutelados a través de la referencia a los alimentos y la salud, a la educación y al espacamiento, respectivamente-, que ha evolucionado a ser un derecho social o de segunda generación, dado que se concede a los seres humanos en tanto que forman parte de un grupo social determinado, o sea, los niños, y exige de la organización estadal una intervención activa para realizarlo. No sólo el dispositivo constitucional permite afirmar lo anterior, sino también los dictámenes de las Cámaras de Origen y Revisora, esto es, el Senado y la Cámara de Diputados, respectivamente, correspondientes a la modificación del precepto para lograr su actual redacción, así como otros textos jurídicos de

inferior jerarquía normativa que, por disposición de la propia Ley Fundamental, son de observancia obligatoria, como la Convención sobre los Derechos del Niño, acuerdo multilateral considerado en la reforma constitucional de referencia, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en el ámbito federal, y la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, de ámbito local. Conforme a las normas precedentes, el derecho de los niños establecido en el artículo 4o. constitucional, tiene una caracterización de derecho público subjetivo de segunda generación, social y programático, dado que tiene delimitados a los sujetos pasivo (Estado) y activo (niños), así como a la prestación que el primero debe realizar, pero a diferencia de los clásicos derechos civiles fundamentales que, por lo general, exigen un hacer o no hacer del obligado, en el caso de que se trata éste debe efectuar una serie de tareas necesarias para dar vigencia sociológica a las facultades ya que, en caso contrario, se convierten en meros enunciados carentes de aplicación práctica. Ello es así, porque el derecho de que se trata requiere prestaciones positivas, de dar o de hacer, por parte del Estado como sujeto pasivo, en tanto busca satisfacer necesidades de los niños cuyo logro no siempre está al alcance de los recursos individuales de los responsables primarios de su manutención, es decir, los progenitores y, por ende, precisa de políticas de bienestar, de solidaridad y seguridad sociales, así como de un desarrollo integral (material, económico, social, cultural y político), ya que la dignidad de los seres humanos tutelados, elemento *sine qua non* de las tres generaciones de derechos conocidas, requiere condiciones de vida sociopolítica y personal a las que el Estado debe propender, ayudar y estimular con eficacia, a fin de suministrar las condiciones de acceso al goce del derecho fundamental de los niños. Tal es la forma en que el Estado mexicano tiene que acatar

su obligación constitucionalmente establecida de proveer “lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos”, y no sólo mediante la emisión de leyes que detallen los derechos, como las antes invocadas, mismas que también destacan diversas obligaciones estatales.¹¹

La tesis trascrita¹², revela una aportación destacada como es el hecho que el estado es el principal obligado a proveer el ejercicio de los derechos fundamentales, que puede ser auxiliado si por los ascendientes, tutores o custodios, empero, esto simplemente como auxilio no como obligados principales, ya que como se desprende de la misma tesis el derecho de que se trata requiere prestaciones positivas, de dar o de hacer, por parte del Estado como sujeto pasivo, en tanto busca satisfacer necesidades de los niños cuyo logro no siempre está al alcance de los recursos individuales de los responsables primarios de su manutención, es decir, los progenitores y, por ende, precisa de políticas de bienestar, de solidaridad y seguridad social, así como de un desarrollo integral (material, económico, social, cultural y político), ya que la dignidad de los seres humanos tutelados, requiere condiciones de vida sociopolítica y personal a las que el Estado debe propender, ayudar y estimular con eficacia, a fin de suministrar las condiciones de acceso al goce del derecho fundamental de los niños.

No debe perderse de vista que poco sirve establecer que los niños y las niñas tienen derechos fundamentales, cuando no existe la posibilidad de ser ejercidos, de allí que el estado debe obligarse a establecer con que mecanismos se puede hacer realidad el ejercicio de estos derechos.

Ciento es, el artículo cuarto de la Constitución establece que el estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven

11 Novena época, Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. aislada XXV, febrero de 2007, p.1606.

12 Respecto de la tesis trascrita no comproto el hecho de catalogar por generaciones a los derechos fundamentales, partiendo del punto que los derechos humanos no nacen o se ejercen por moda, sino que al ser inherentes a la sociedad siempre han estado presentes, sólo que algunos no se han positivizado.

al cumplimiento de los derechos de la niñez, y es reforzado por diversos artículos de la ley para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que establecen:

Artículo 11. Son obligaciones de madres, padres y de todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes:

A. Proporcionarles una vida digna, garantizarles la satisfacción de alimentación, así como el pleno y armónico desarrollo de su personalidad en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.

Para los efectos de este precepto, la alimentación comprende esencialmente la satisfacción de las necesidades de comida, habitación, educación, vestido, asistencia en caso de enfermedad y recreación.

B. Protegerlos contra toda forma de maltrato, prejuicio, daño, agresión, abuso, trata y explotación. Lo anterior implica que la facultad que tienen quienes ejercen la patria potestad o la custodia de niñas, niños y adolescentes no podrán al ejercerla atentar contra su integridad física o mental ni actuar en menoscabo de su desarrollo.

Las normas dispondrán lo necesario para garantizar el cumplimiento de los deberes antes señalados. En todo caso, se preverán los procedimientos y la asistencia jurídica necesaria para asegurar que ascendientes, padres, tutores y responsables de niñas, niños y adolescentes cumplan con su deber de dar alimentos. Se establecerá en las leyes respectivas la responsabilidad penal para quienes incurran en abandono injustificado.

Las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus respectivas atribuciones,

impulsarán la prestación de servicios de guardería, así como auxilio y apoyo a los ascendientes o tutores responsables que trabajen.

Artículo 12. Corresponden a la madre y al padre los deberes enunciados en el artículo anterior y consecuentemente, dentro de la familia y en relación con las hijas e hijos, tendrán autoridad y consideraciones iguales.

El hecho de que los padres no vivan en el mismo hogar, no impide que cumplan con las obligaciones que le impone esta ley.

Artículo 13. A fin de garantizar el cumplimiento de los derechos establecidos en este capítulo, las leyes federales, del Distrito Federal y de las entidades federativas podrán disponer lo necesario para que se cumplan en todo el país:

- A. Las obligaciones de ascendientes o tutores, o de cualquier persona que tenga a su cargo el cuidado de una niña, de un niño, o de un o una adolescente de protegerlo contra toda forma de abuso; tratarlo con respeto a su dignidad y a sus derechos; cuidarlo, atenderlo y orientarlo a fin de que conozca sus derechos, aprenda a defenderlos y a respetar los de las otras personas.
- B. Para que el Estado, en los ámbitos federal, estatal y municipal pueda intervenir, con todos los medios legales necesarios, para evitar que se generen violaciones, particulares o generales del derecho de protección de niñas, niños y adolescentes. Especialmente se proveerá lo necesario para evitar que salgan del país sin que medie la autorización de sus padres, tutores o de un juez competente.
- C. La obligación de familiares, vecinos, médicos, maestros, trabajadores sociales, servidores públicos, o cualesquiera persona, que tengan conocimiento de casos de niñas, niños o adolescentes que estén sufriendo la violación de los derechos

consignados en esta ley, en cualquiera de sus formas, de ponerlo en conocimiento inmediato de las autoridades competentes, de manera que pueda seguirse la investigación correspondiente.

En las escuelas o instituciones similares, los educadores o maestros serán responsables de evitar cualquier forma de maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso o explotación, en contra de niñas, niños o adolescentes.

Sin embargo, el simple decreto es insuficiente, ya que deben existir los mecanismos jurídicos, políticos, económicos y sociales para que se cumplan, esto no basta, con establecer que los niños tienen derecho a la alimentación, salud, educación, y sano esparcimiento para su desarrollo integral, es necesario, que el estado le proporcione directamente al niño o niña a través de su representante, ascendientes, tutores o custodios, el medio para ejercer esos derechos, es decir, requiere que el estado prevea como alimentar, otorgar salud, educación y sano esparcimiento a los niños y las niñas.

Esto último es la tarea mayormente complicada, ya que si los ascendientes, tutores o custodios del niño o niña tienen recursos económicos y disposición, otorgaran a sus hijos y pupilos, la alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, empero, si estos carecen de recursos económicos, de acceso o de disposición, seguramente los niños y las niñas dejarán de ejercer sus derechos, y en esta situación se encuentra gran cantidad de población.

En nuestro país hay niños y niñas que junto con sus padres o representantes viven en pobreza, también hay niñas y niños abandonados por sus padres, o bien huérfanos, igualmente hay otros que su lugar de habitación se encuentra alejado de los centros poblacionales dónde no hay los servicios que ofrece el estado, o bien, hay niños y niñas que sus representantes tienen posibilidad para que estos accedan a la educación, alimentación, salud y esparcimiento, pero no se los dan.

Todos estos son niñas y niños, que no ejercitan sus derechos fundamentales, pues, ¿Cómo enviar al hijo a la escuela si no hay recursos económicos para comprar el uniforme, los útiles escolares, pasajes, alimentos?, ¿Cómo enviar al hijo a la escuela si esta se encuentra a más de una hora de distancia caminando, o bien, no hay escuelas?, ¿Cómo alimentar al niño o la niña sanamente si no hay dinero para comprar alimentos, o no hay dinero para comprar alimentos sanos?, ¿Cómo procurar la salud del niño o la niña sino hay hospitales cercanos, sino hay dinero para las medicinas, sino hay en los hospitales médicos, sino hay laboratorios gratuitos?, ¿Cómo procurar el esparcimiento de los niños y niñas, sino hay parques, jardines, unidades deportivas, centros culturales, o si hay, se debe pagar un cuota?, ¿Cómo cumplir el mandato constitucional cuando los ascendientes, tutores o custodios no pueden cumplirlo por los motivos apuntados?

La respuesta a las preguntas anteriores tienen un grado complejidad de altos vuelos, ya que difícilmente el niño o niña en pobreza o en abandono, ejercitará sus derechos constitucionales; mientras el estado no asuma su compromiso de cumplirlos a como dé lugar, generando programas de alimentación, educación, salud y esparcimiento que lleguen a todos los niños con independencia de su situación económica o de distancia.

De no ser así, cómo el estado puede obligar a los padres, tutores o custodios a preservar los derechos fundamentales de los niños. La solución es a la inversa, el estado debe proveer lo necesario para el ejercicio de esos derechos, y ahora sí, los representantes de los niños estarán obligados a preservarlos so pena de incurrir en faltas civiles, penales y administrativas.

Incluso así es concebido por la ley de la materia que establece en el artículo 10 lo siguiente:

Artículo 10. Para los efectos de garantizar y promover los derechos contenidos en la presente ley, las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en

el ámbito de sus atribuciones, promoverán las acciones conducentes a proporcionar la asistencia apropiada a madres, padres, tutores o personas responsables para el desempeño de sus facultades.

Pese a lo anterior, surgen interrogantes acerca de cómo la federación, las entidades federativas y los municipios promueven entre los ascendientes, tutores o custodios las acciones para que estos cumplan con sus obligaciones, ya que, no basta que se cree una ley federal o local, o se construya una escuela, un hospital, un parque, o se repartan despensas, hace falta además de ello, que se cumpla la ley, o que la escuela, el hospital, el parque estén cercanos al justiciable, hace falta que se proporcione medios tales como uniformes, útiles escolares, pasajes, medicinas, médicos, desayunos, comidas, para que se pueda cumplir cabalmente la obligación, y por ser un hecho notorio en México no se da, las escuelas están retiradas para muchos, la pobreza les impide comprar uniformes, útiles escolares, tener para el pasaje; los hospitales son escasos y también alejados de gran parte de la población, en ocasiones los hospitales no proporcionan medicamentos, médicos y laboratorios; en cuanto a los alimentos, se ha puesto en duda la calidad de las despensas que llega a entregar el estado, y en cuanto al esparcimiento se carece de suficientes, parques, jardines, unidades deportivas, escuelas de arte, música, etc., cercanos, gratuitos, de calidad, y de fácil acceso.

No hay forma para muchos ascendientes, tutores o custodios cumplir como coadyuvante del estado con la obligación que se discute, esto por razón que el estado no proporciona los medios suficientes y necesarios para conseguir el acatamiento a la norma constitucional.

Contrario a lo que sostengo en este apartado, Miguel Carbonell considera que la obligación de preservar los derechos de los niños en primer lugar lo tienen los ascendientes, tutores y custodios y de forma subsidiaria el estado, argumentando que hay una responsabilidad colectiva en el cuidado de la niñez y en

el aseguramiento de sus derechos¹³, no discuto que en efecto el estado debe de involucrar a la sociedad en su totalidad en el cuidado y preservación de los derechos de la niñez, lo que si discuto, es que el estado tenga solo una responsabilidad subsidiaria, lo anterior partiendo que ha este, le corresponde garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, y los particulares sólo coadyuvan en que la niñez los pueda ejercitar.

Carbonell refuerza su comentario con la trascipción de una cita de Benito Alaéz que reproduzco:

“... Los padres son los destinatarios, en primer término, de las obligaciones y facultades legales, a través de los cuales se garantiza el correcto desarrollo del proceso evolutivo del menor... y al Estado sólo le corresponde una función de supervisora y asegadora de que los padres o, en su defecto, las instituciones tutelares cumplan adecuadamente aquella función constitucional¹⁴...”

Coincido que el estado debe supervisar que los ascendientes, tutores y custodios cumplan como coadyuvantes en la preservación de los derechos fundamentales de la niñez, empero, ello no implica que el estado se deslinde de sus responsabilidades, ya que precisamente es el estado el que debe cumplir o garantizar en primer término el ejercicio pleno de los derechos de la niñez, facilitando a los ascendientes, tutores y custodios los medios necesarios y suficientes para lograr ese fin, pero no al revés, por los motivos que se han argumentado en páginas anteriores, de allí que no coincida con estos autores en sus apreciaciones.

III.- Principios que rigen los derechos de los niños

III.I.- Principios que rigen el trato de los niños

Los derechos de la niñez han tenido un desarrollo paulatino que trajo consigo el despliegue de una serie de principios que permiten

13 Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Porrúa, 2004, p.902.

14 Alaéz Corral, Benito, *Minoría de Edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003, p.68

comprender mejor sus derechos, estos principios son máximas que deben cumplirse cuando de aplicación de normas referente a niños se trata.

Un principio es considerado por Dworkin como un conjunto de estándares que no son normas, que han de ser observadas, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad¹⁵, diferenciándose de la norma por su peso e importancia¹⁶, en cambio, Alexy establece que un principio son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible¹⁷, agregando, que los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino de las jurídicas¹⁸, para Bernal Pulido los principios en su conjunto forman una constelación de normas en la que se expresa el deber ser ideal, que se desprende de cada disposición de derecho fundamental interpretada en sentido amplio¹⁹.

De lo anterior se puede decir que un principio es una máxima que concreta las aspiraciones axiológicas de cierto tiempo y lugar, que tienen que ver con los derechos fundamentales de la persona humana, para mí los principios son normas, pero que en jerarquía se encuentran mejor posicionadas que la regla jurídica, cierto tienen su vaguedad y su abstracción, pero ello se debe que precisamente el tiempo y lugar le dan el valor a cada uno de esos principios, ya que un principio es mutable y se transforma en la medida que se transforma la sociedad, pero ese cambio no es en perjuicio de la persona, sino en beneficio de los derechos y dignidad de esta.

15 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino, España, Ariel derecho, 2002, p.72.

16 Ibídem, p. 77.

17 Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. Carlos Bernal Pulido, 2^a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 67.

18 Ibídem, p. 68.

19 Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3^a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 583.

Un principio no establece con toda claridad cuáles son las circunstancias de la realidad ante las cuales deban ser aplicado, ni cuáles son sus excepciones, así como tampoco determinan las consecuencias jurídicas que deben producirse tras su aplicación, un principio es sólo una razón a favor de la argumentación encaminada en cierto sentido, pero no implica necesariamente una decisión concreta, de allí que el principio sea una aspiración de la sociedad que materializa conforme se interpreta una norma.

Así pues, los principios o constelación de normas que cobijan a los niños, son máximas, mandatos de optimización o aspiraciones de contenido humano que tienen como fin buscar el trato digno de los niños y niñas, por considerar que los principios son constitutivos del orden jurídico²⁰, ya que constituyen el intento de positivizar lo que durante siglos fue considerado como prerrogativa del derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y de los derechos humanos²¹.

Un principio a favor de los niños y niñas no tiene que ver con una orden o consecuencia, sino con una aspiración de trato digno, de equidad, igualdad, justicia, de no discriminación. Principios que se desprenden o exprimen de la norma constitucional o de los tratados internacionales e incluso de la ley, que intentan una vindicación del trato que se les ha dado a estos a través del tiempo.

Los principios reconocidos a favor del niño y la niña son los siguientes:

- a) La no discriminación;
- b) El interés superior del niño; y
- c) El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo;

III.I.I- Principio de no discriminación

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha definido a la discriminación como:

²⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2007, p. 110.

²¹ Ibídem, p. 114.

“...Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas²²...”

Por su parte la Corte Interamericana ha entendido y desarrollado en la doctrina y jurisprudencia internacional que el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación son lo siguiente:

“...La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza²³...”

Ambos criterios son coincidentes en considerar que la discriminación es un trato diferente que se otorga a una persona o grupo de personas por ciertos rasgos físicos, creencias religiosas, ideología, o cualquier otro elemento de distinción que pueda existir,

²² O.N.U. Comité de derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, [en línea], lugar de edición no precisa, ONU, 10-11-1989, p.2, párrafo 7, [citado 22-10-2010], formato pdf, <http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/documentacion/archivos/OG18CCPR.pdf>

²³ Corte Interamericana de derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y derechos humanos de los niños [en línea], lugar de edición no precisa, CIDH, 2002, p.58, párrafo 45, [citado 22-10-2010], formato pdf, disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

y que van encaminados a denostar la dignidad del ser humano y con ello vulnerar sus derechos fundamentales al restringirse evidentemente.

Ferrajoli sobre el tema establece que las diferencias – sean naturales o culturales - no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades -sean económicas o sociales- son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción²⁴. Esta singular forma de describir permite advertir que cuando se habla de discriminación se refiere a las desigualdades antijurídicas que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, puesto que consisten en el desigual tratamiento de las diferencias tuteladas y valorizadas en los derechos fundamentales de libertad²⁵.

La doctrina ha establecido que existe discriminación legal, normativa o de jure y la discriminación de hecho²⁶, la primera se entiende como aquella distinción basada sobre un factor prohibido²⁷ que excluye, restringe o menoscaba el goce o el ejercicio de un derecho; la segunda se caracteriza por la ausencia de expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar derechos de un grupo determinado: el factor puede operar consciente o inconscientemente, pero el resultado es la exclusión de los miembros de un grupo.

Ambas formas de discriminación atentan contra la dignidad del ser humano, y atento a ello se deben buscar medios que impidan su reproducción ya sea en la ley o en el mundo fáctico,

24 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 5^a ed., Madrid, Trotta, 2006, p.82.

25 Ibídem, p. 83

26 Courtis Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, fontamara, 2009, p. 176.

27 Un factor prohibido son notas o rasgos que identifican grupos sociales susceptibles de sufrir perjuicios o estereotipos injustificados, que tienen el efecto de excluirlos del goce o el ejercicio de derechos, como ejemplo: el origen étnico, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, sexo, lengua, etc., Ibídem, p. 180.

sin embargo, esta postura no es sencilla ya que lograr advertir una discriminación es complicado.

En el mundo de la argumentación jurídica se considera discriminatoria, una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable²⁸, al estado le está vedado establecer diferencias injustificadas basadas sobre factores tales como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento, o cualquier otra condición social. Si el estado emplea para hacer distinciones normativas desfavorables alguno de estos criterios, la distinción se presumirá inválida²⁹.

La cláusula de no discriminación es la forma jurídica adoptada por la mayoría de las constituciones y leyes fundamentales de los diversos sistemas y culturas jurídicos del mundo para integrar el derecho a no ser discriminado al ordenamiento jurídico³⁰. Es una cláusula indispensable para cualquier sistema jurídico a efecto de lograr en la medida de lo posible condiciones de respeto entre los diversos grupos sociales que compongan cierto estado, lo anterior basado en aspectos históricos y sociales, de los que se desprende que por tradición hay diversos grupos que son socialmente distinguidos por diversas razones que tienen que ver con sus condiciones físicas, sociales, económicas, políticas, de nacimiento etc., de allí la necesidad de incrustar en el sistema una cláusula de no discriminación que permita a todos estos grupos un trato digno conforme a las diferencias que presente.

La estructura de la cláusula de no discriminación se compone de tres elementos: el primero que prohíbe todo tipo de

28 Corte Interamericana de derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y derechos humanos de los niños [en línea], lugar de edición no precisa, CIDH, 2002, p.58, párrafo 46, [citado 22-10-2010], formato pdf, disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

29 Abramovich, Víctor y Courtis Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Estudios del Puerto, 2006, p. 48.

30 De la Torre Martínez, Carlos, *El derecho fundamental a no ser discriminado: Estructura y contenido Jurídico*, en *El Estado Constitucional Contemporáneo. Culturas y Sistemas Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p.255.

distinción, preferencia, exclusión o desigualdad entre las personas; un segundo elemento mediante el cual se establece un catálogo de características personales o grupales con base en las cuales se considera injustificado hacer cualquier tipo de distinción relevante al derecho, y un tercer elemento a través del cual se determina que toda discriminación basada en las anteriores características se considerará discriminatoria cuando limite, restrinja, anule u obstaculice el goce y ejercicio de un derecho fundamental³¹. La actualización de estos elementos permite advertir a la postre la existencia de una discriminación. Esta metodología es importante en la práctica, ya que permite diseccionar la norma o el hecho impugnado y con ello el estudio resulta mayormente objetivo.

En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia y tesis aislada emitida por la primer y segunda sala, han establecido una metodología para determinar cuándo una norma tiene vínculos discriminatorios en atención a la garantía de igualdad, estableciendo al respecto lo siguiente:

Igualdad. Criterios que deben observarse en el control de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de dicha garantía. La igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, ya que un régimen jurídico no es discriminatorio en sí mismo, sino únicamente en relación con otro. Por ello, el control de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de la garantía de igualdad no se reduce a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que funciona como punto de referencia a la luz de un término de comparación relevante para el caso concreto. Por tanto, el primer criterio para analizar una norma a la luz de la garantía de igualdad consiste en elegir el término de comparación apropiado, que permita comparar a los sujetos desde un

determinado punto de vista y, con base en éste, establecer si se encuentran o no en una situación de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si el trato que se les da, con base en el propio término de comparación, es diferente. En caso de que los sujetos comparados no sean iguales o no sean tratados de manera desigual, no habrá violación a la garantía individual. Así, una vez establecida la situación de igualdad y la diferencia de trato, debe determinarse si la diferenciación persigue una finalidad constitucionalmente válida. Al respecto, debe considerarse que la posición constitucional del legislador no exige que toda diferenciación normativa esté amparada en permisos de diferenciación derivados del propio texto constitucional, sino que es suficiente que la finalidad perseguida sea constitucionalmente aceptable, salvo que se trate de una de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el artículo 1o., primer y tercer párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues respecto de éstas no basta que el fin buscado sea constitucionalmente aceptable, sino que es imperativo. La siguiente exigencia de la garantía de igualdad es que la diferenciación cuestionada sea adecuada para el logro del fin legítimo buscado; es decir, que la medida sea capaz de causar su objetivo, bastando para ello una aptitud o posibilidad de cumplimiento, sin que sea exigible que los medios se adecuen estrechamente o estén diseñados exactamente para lograr el fin en comento. En este sentido, no se cumplirá el requisito de adecuación cuando la medida legislativa no contribuya a la obtención de su fin inmediato. Tratándose de las prohibiciones concretas de discriminación, en cambio, será necesario analizar con mayor intensidad la adecuación, siendo obligado que la medida esté directamente conectada con el fin perseguido. Finalmente, debe determinarse si la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, si guarda una

³¹ Ibídem, p. 259.

relación razonable con el fin que se procura alcanzar, lo que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas, a efecto de comprobar que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos. De ahí que el juicio de proporcionalidad exija comprobar si el trato desigual resulta tolerable, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido, en el entendido de que mientras más alta sea la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la diferencia³².

III.I.II.-Principio de igualdad. Interpretación constitucional para determinar si en un caso procede aplicar escrutinio intenso por estar involucradas categorías sospechosas.

De conformidad con el artículo 1o. de la Constitución, los tribunales deben ser especialmente exigentes con el legislador, desde la perspectiva del principio de igualdad, en dos hipótesis básicas: a) cuando la norma legal analizada utiliza para la configuración de su contenido normativo los criterios clasificatorios allí enumerados y b) cuando la norma legal analizada tiene una proyección central sobre los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Federal. Determinar si en un caso la norma legal impugnada se inscribe o no en alguna de las dos hipótesis anteriores no es una operación semi-automática que el intérprete pueda hacer de manera rápida y expedita, sino una tarea que puede exigir la revisión del texto constitucional entero y el despliegue de una tarea interpretativa sensible a los fines y propósitos que dan sentido a las disposiciones constitucionales. Por lo que se refiere a las normas que usan criterios específicamente mencionados como motivos prohibidos de discriminación en el artículo 1o., hay que tomar en consideración los propósitos que el constituyente persigue mediante esa mención explícita, que no son sino proteger de

los eventuales y con frecuencia graves efectos del prejuicio a personas o a grupos que cuentan con una historia de desventaja o victimización, o cuyos intereses -por razones que en gran parte tienen que ver con su identificabilidad con el rasgo que la Constitución menciona- pueden no ser tenidos en cuenta por el legislador o los demás poderes públicos del mismo modo que los intereses de todos los demás. Sin esta operación interpretativa previa, el ejercicio de aplicación del artículo 1o. podría desembocar fácilmente en absurdos. Por poner un ejemplo, el artículo 1o. dispone expresamente que “queda prohibida toda discriminación motivada por... las preferencias”. Sin embargo, es claro que sería absurdo pensar que la Corte debe revisar con especial cuidado las leyes que organizan su contenido normativo haciendo distinción entre los que tienen la “preferencia” de robar y los que no albergan esta preferencia, o entre los que tienen la preferencia de incendiar bosques y los que no. En cambio debe hacerlo respecto de personas o colectivos identificados socialmente en alusión a ciertas preferencias sexuales. En este país como en otros, hay pautas culturales, económicas, sociales -históricamente rastreables y sociológicamente distintivas- que marcan a personas con orientación u orientaciones sexuales distintas a las que se perciben como mayoritarias. El escrutinio cuidadoso o intenso de las normas legales que tuvieran que ver con este factor estaría plenamente justificado. En contraste, pero por las mismas razones, el artículo 1o. no da motivo para someter a escrutinio intenso las clasificaciones legislativas incluidas en leyes o actos de autoridad encaminadas a luchar contra causas permanentes y estructurales de desventaja para ciertos grupos. Existen medidas pro-igualdad que difícilmente podrían instrumentarse sin recurrir al uso de criterios de identificación de colectivos tradicionalmente discriminados, cuyas oportunidades el derecho trata de aumentar -pensemos, por ejemplo, en las

³² Novena época, Segunda Sala de la suprema Corte de Justicia de la Nación, semanario judicial de la federación, t. XXXI, Abril de 2010, p. 427.

normas que reservan cuotas en los cuerpos legislativos o en las instituciones de educación superior para sus miembros-. Sería erróneo que el juez constitucional contemplara dichas medidas con especial sospecha³³.

Derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación. Metodología para el estudio de casos que involucren la posible existencia de un tratamiento normativo diferenciado. Las discusiones en torno a los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación suelen transitar por tres ejes: 1) la necesidad de adoptar ajustes razonables para lograr una igualdad sustantiva y no meramente formal entre las personas; 2) la adopción de medidas especiales o afirmativas, normalmente llamadas “acciones afirmativas”; y, 3) el análisis de actos y preceptos normativos que directa o indirectamente (por resultado), o de forma tácita, sean discriminatorios. En el tercer supuesto, cuando una persona alega discriminación en su contra, debe proporcionar un parámetro o término de comparación para demostrar, en primer lugar, un trato diferenciado, con lo que se busca evitar la existencia de normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación: i) una ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas; o, ii) efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares. Así, los casos de discriminación como consecuencia de un tratamiento normativo diferenciado exigen un análisis que se divide en dos etapas sucesivas y no simultáneas: la primera implica una revisión con base en la cual se determine si las situaciones a comparar en efecto pueden contrastarse o si, por el contrario, revisten divergencias importantes que impidan una confrontación entre ambas por no entrañar realmente un tratamiento diferenciado; y una segunda, en la cual se estudie si las distinciones de trato son admisibles

o legítimas, lo cual exige que su justificación sea objetiva y razonable, utilizando, según proceda, un escrutinio estricto -para confirmar la rigurosa necesidad de la medida- o uno ordinario -para confirmar su instrumentalidad-. En ese sentido, el primer análisis debe realizarse con cautela, pues es común que diversas situaciones que se estiman incomparables por provenir de situaciones de hecho distintas, en realidad conlleven diferencias de trato que, más allá de no ser análogas, en realidad se estiman razonables. En efecto, esta primera etapa pretende excluir casos donde no pueda hablarse de discriminación, al no existir un tratamiento diferenciado³⁴.

Estos criterios son relevantes ya que se establece un método de interpretación que permite analizar de mejor forma normas que sean discriminatorias, una basada en el principio de proporcionalidad y la otra en el escrutinio intenso de categorías sospechosas, ambas sin duda contribuyen a identificar rasgos de discriminación que provengan de la norma, o de los poderes públicos y fácticos.

Ahora bien, el principio antes referido también es aplicable a los niños y niñas, quienes por sus condiciones son un grupo vulnerable de fácil exclusión, diferenciación, distinción, restricción o preferencia, situación que se agrava por su género, condición económica o social, lugar de nacimiento, color de piel, de allí que su protección es justa y necesaria.

Los distintos instrumentos internacionales y claro la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, protegen no sólo a los niños y niñas de todo acto de discriminación que provenga de la norma o de los actos emitidos por todo tipo de poderes públicos o fácticos, sin embargo, ha sido necesario introducir este principio en forma particular en ciertos instrumentos a efecto de proteger a grupos vulnerables.

33 Novena época, Primera Sala de la suprema Corte de Justicia de la Nación, semanario judicial de la federación, t. XXXII, Septiembre de 2010, p. 183.

34 Décima época, Primera Sala de la suprema Corte de Justicia de la Nación, semanario judicial de la federación, t. I, Enero 2017, p. 380.

La constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desarrolla el principio de no discriminación en el artículo 1 que establece:

“...Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas...”

Esta cláusula de no discriminación es general, es decir, refiere a toda persona, y establece factores prohibidos o categorías sospechosas que pueden incidir en grupos sociales en los que con mayor facilidad puede operar una discriminación, siendo este catálogo enunciativo y no limitativo, es decir, pueden existir mayores categorías que las allí establecidas.

El precepto constitucional de alguna forma es congruente y similar a los diversos instrumentos internacionales que han desarrollado el principio de no discriminación, en los que se trate el tema de la misma forma, es decir, parte de la premisa que el principio es aplicable a toda persona; así el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del Hombre de 1948, dispone:

“...Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía...”

De forma parecida, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, contiene una cláusula de no discriminación, cuyo texto es el siguiente:

“...Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”

Otro ejemplo es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobado en diciembre de 2000, en el que establece en su artículo 21 lo siguiente:

Igualdad y no discriminación

1.- Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2.- Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

Otro instrumento que establece una cláusula de no discriminación es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que establece en su artículo 1 lo siguiente:

“...A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce

o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera..."

Los anteriores instrumentos permiten advertir que ha sido necesario recordar a través de cláusulas que la discriminación es prohibida, y aunque pareciere redundante establecerlo en uno y otro instrumento, es necesario, tomando en cuenta que es un principio que no debe desarraigarse de ningún contexto y de ningún sistema y orden jurídico.

Tomando en cuenta lo anterior la Convención sobre los derechos de los niños, también establece la cláusula de no discriminación a favor de estos indicando en su artículo 2 lo siguiente:

"...1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares..."

Esta regulación particular no la considero redundante, ya que como he manifestado es de tal trascendencia que vale la pena recordar que la cláusula de no discriminación también aplica a los niños, niñas y adolescentes, para alejarlos lo más posible de la segregación, exclusión, diferenciación por motivo de su color de piel,

lugar de nacimiento, edad, o por consecuencia de las condiciones que sus padres tengan.

Considero que la parte 2.2. de la cláusula de no discriminación de la Convención, es incluso novedosa, ya que refiere que los niños y niñas no deben ser discriminados por consecuencia de la condición, actividad, opiniones o creencias de sus padres, tutores o familiares, lo anterior viene a ser un factor prohibido que no está contemplado en los demás instrumentos, y que desde luego es un factor que en los hechos incide en la discriminación de los niños y niñas; e incide, ya que la sociedad ha catalogado ciertos estereotipos sobre los cuales se mueve y genera opresión a estos grupos, o bien, esos factores inciden para que el estado institucionalice formas de discriminación desde la norma.

III.I.III.- Principio del interés superior del niño

El presente principio, va encaminado básicamente a que el Estado debe tomar en cuenta que hay un interés superior que debe ser preservado, y que debe imponerse siempre que entre en conflicto con otro tipo de interés; ya sea normativo, de política pública, de administración de justicia, lo anterior es así, tomando en cuenta que los niños y niñas, se encuentran en un plano digamos de desventaja frente a los adultos y personas morales incluyendo al Estado, esa desventaja es propia de la naturaleza y de la edad, que repercute en el hecho que los menores son dependientes de otro sujeto para su subsistencia, ya que por su madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Esa desventaja de facto, es a mi gusto el punto toral del principio a analizar, ya que entonces, el interés superior del niño y la niña se convierte en un estándar que es utilizado para la generación de normas, para la aplicación e interpretación de estas e incluso para la programación de políticas públicas, que obliga al estado a vigilar en forma constante el pleno desarrollo del menor desde su seno familiar como fuera de este, a efecto que puedan estos

ejercer plenamente sus derechos, es decir, bajo este principio se trata de asegurar por parte de los estados que, en cualquier toma de decisiones que afecte la infancia, han de tenerse en cuenta en forma prioritaria sus intereses³⁵.

El estándar o criterio que sirve como base para el interés superior, proviene del análisis de la personalidad del niño y la niña durante su desarrollo, además del estudio constante de los derechos que estos deben ejercer y que tienen que ver con las distintas facetas de su desarrollo, los criterios desde luego no son arbitrarios sino producto del análisis, investigación, interpretación y legislación generada en todos los planos nacionales como internacionales.

La Corte Interamericana entiende que el interés superior es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño, fundado en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades³⁶.

En el plano internacional la Convención sobre los derechos de los niños que viene a ser el instrumento rector que sobre derechos hay, establece en su artículo 3 lo siguiente referente al interés superior:

“..1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus

³⁵ Ocaña, Esperanza, *Hacia una Teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: necesidades y derechos en el marco de la convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño*, Madrid, MacGraw-Hill-UNICEF, 2004, p 433.

³⁶ Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y derechos humanos de los niños, obra citada, nota 31, p.27, párrafo 56-59.

padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada...”

La norma internacional trascrita permite advertir que hay una obligación del Estado consistente en legislar, tomar medidas, vigilar, asegurar que se respete por parte de las instituciones del mismo estado, así como de las personas físicas y morales encargadas del cuidado de menores, los derechos y el pleno desarrollo de ellos.

La primera obligación de un estado conforme a la norma mencionada, es tomar medidas para que las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, consideren en todas sus actuaciones el interés superior del niño, lo que implica que primeramente se legisle sobre el tema apegado a ese interés, que las políticas públicas se diseñen bajo ese principio, y que haya una constante vigilancia para que la norma creada y políticas generadas sean ejecutadas tanto por las instituciones públicas como privadas.

Este solo punto es una obligación de enorme trascendencia y difícil de cubrir, ya que hablar sobre el desarrollo de niños y niñas y sobre el ejercicio de sus derechos, es tratar temas muy delicados, diversos y costosos, que van desde la educación, salud, justicia, trabajo, identidad, medidas de protección, delincuencia, explotación, vida, libertades, etc., y que tienen que ver igual con generación de diversas medidas de política pública según el estatus o escenario en el cual se desarrolla un niño, ya que si bien debe haber una norma general de protección a ellos, también lo es que las políticas

públicas se desarrollan con respecto a necesidades, por tanto, la obligación del Estado es titánica, ya que no solo debe tomar medidas para la generación de normas atendiendo al desarrollo del menor, sino que debe tomar medidas tendentes a ejecutar esas normas, y vigilar su ejecución a efecto que se cumpla siempre y sobre todas las cosas, sin pretexto alguno, ya que no cabe anteponer el interés del niño o niña sobre el interés de otro sujeto.

Regularmente como ya se ha tratado, el estado para dejar de cumplir una obligación que tiene que ver con derechos fundamentales, tiene el pretexto de decir que no cuenta con recursos económicos, sin embargo, tratándose del tema que se trata, no cabe esa objeción, el estado debe buscar la forma de allegarse recursos para lograr el objetivo.

El segundo punto de la norma internacional también obliga a los estados parte que se comprometan a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Primero se debe indicar que la obligación sigue recayendo en el estado, quien debe vigilar, legislar y ejecutar medidas de protección y cuidado de los menores, con la obligación de tomar en cuenta los derechos y obligaciones de quien ejerza la patria potestad, esto implica que el estado no se desliga de su obligación ni la trasfiere; sigue siendo este el responsable directo de la protección y cuidado de menores.

Carbonell sobre el tema menciona que el interés superior del niño deberá ser observado con mayor intensidad por quienes tienen el cuidado de un menor³⁷, al respecto pienso que el interés superior no es una norma que obligue a los padres a un hacer o no hacer, sino más bien, es un principio dirigido al estado en sus funciones legislativas, judicial y de política pública, que lo obliga a realizar sus

funciones apegado a ese criterio, por tanto el estado es el obligado primario y no así los que ejercen el cuidado de los menores, los que ejercen un cargo de cuidado, tendrán las obligaciones que las leyes generadas bajo el principio de interés superior les encarguen, sin que ello signifique que tengan una obligación concurrente o delegada por parte del estado.

El tercer apartado obliga al estado en asegurar que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada, es decir, en el estado recae la obligación de supervisar y vigilar que escuelas, guarderías, hospitales o cualquier otro que tenga como fin el cuidado de niños, bien sean públicos o privados, cumplan las normas de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal que en cuanto a cuidado de menores se refiere.

De lo analizado de la norma internacional se desprende dos cosas, la primera se reconoce el principio de interés superior del niño como una obligación del estado en la generación de normas, aplicación e interpretación de estas, y política pública; segunda no define qué es interés superior, pero se entiende que son criterios que permiten con su implementación el pleno desarrollo y ejercicio de derechos del niño y la niña, criterios que tienen variantes conforme al contexto de tiempo y lugar, por lo que considero que no deben tener una definición especial.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no refería hasta antes de octubre de 2011 expresamente a este principio, sin embargo, se sobreentendía implícito a aquella redacción del artículo 4 que estableció:

“...Los niños y niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación, y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

³⁷ Carbonell, Miguel, *Op Cit*, nota 12, p. 201

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez..."

La redacción anterior permite advertir que si bien es cierto en forma expresa no se establecía el principio de interés superior, si estableció pautas que refieren a la preservación de ese interés, o bien, se puede intuir por la redacción del numeral, pues se indica como premisa principal que se debe satisfacer las necesidades de alimentación, salud, educación, y sano esparcimiento del menor, y estos derechos de ejercerse plenamente son parte esencial para el desarrollo del niño y la niña, lo que implica que el estado debe generar normas secundarias, políticas públicas, aplicar e interpretar la norma, conforme a esos derechos constitucionales por ser el criterio principal para garantizar el interés superior del niño entre otros.

Lo anterior es importante destacar ya que algunos tratadistas establecieron que la Constitución tenía ciertas limitaciones o carencias sobre el tema, como es no contener redactado expresamente el principio de interés superior, haciendo a manera de ejemplo la siguiente crítica:

"...No menciona el principio del interés superior de la niñez implica: que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desplegar sus potencialidades. Esto lleva implícita la obligación de que, independientemente a las coyunturas políticas, sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos posibles para garantizar este desarrollo. Este principio debe estar referido a los otros de la CDN para tener solidez³⁸..."

38 Red de los Derechos de la Infancia en México, Infancias Mexicanas rostros de la desigualdad,

Como ya se ha mencionado en efecto la norma constitucional no estableció expresamente el principio en estudio, sin embargo, el principio se desprendía del contenido constitucional, aunado a que se puede interpretar sistemáticamente de las demás normas internacionales y secundarias, cierto lo deseable era que el constituyente se pronunciara expresamente sobre los principios básicos reconocidos en los derechos de los niños y niñas, empero, la omisión no podía considerarse una tragedia, o como medio para dejar de cumplir la obligación constitucional e internacional derivada de la Convención.

Cabe mencionar que un mes antes de aprobarse la reforma constitucional del artículo 4 de fecha 13 de diciembre de 1999, el Comité de los derechos del niño hizo la recomendación CRC/C/15/Add.112, y en el párrafo diecisiete se establecieron:

"...17. El Comité acoge con satisfacción la información facilitada por el Estado Parte en cuanto al referéndum público nacional sobre los derechos del niño y toma nota del proceso de reforma constitucional generado por este referéndum; ambas iniciativas corresponden a la recomendación del Comité (CRC/C/15/Add.13, párrs. 15 y 16). A este respecto, el Comité exhorta al Estado Parte a que siga adelante con estas iniciativas para introducir en la Constitución los principios de la no discriminación y del interés superior del niño (artículos 2 y 3 de la Convención)³⁹..."

El comité recomienda al estado mexicano establecer expresamente los dos principios mencionados, sin embargo, el hecho que así se haya recomendado y no aparezca expresamente no significa que se haya dejado de realizar, insisto en que la Constitución, la norma internacional y secundaria introducen este

Informe alternativo para el comité de los derechos de los niños de la Organización de las Naciones Unidas 1999-2004 [en línea], México, editor no precisa, 2005, p. 18 [citado 23-01-2010], formato pdf, disponible en internet: http://www.crin.org/docs/Mexico_Red ngo_report.pdf.

39 Recomendación CRC/C/15/Add.112, Comité de los derechos del niño [en línea], lugar de edición no precisa, editor no precisa, 1999, p. no precisa [citado 23-01-2011], formato pdf, disponible en internet: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.15.Add.112](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.15.Add.112).

principio como tal al sistema jurídico y se reconocía, sin que fuera necesario su literalidad, insistir en su redacción era adecuado, sin embargo, el no estar redactado en esos términos no afectaba, por otra parte insistir en incluir con toda claridad derechos y principios en la redacción constitucional puede llevar a desviaciones como considerar que los derechos de la niñez están por encima de los derechos de otros individuos⁴⁰, aunque aclaro que no sería el caso, en razón que el principio de interés superior es un criterio que debe regir la vida jurídica y política de cualquier estado en lo referente a esa materia, ni tampoco se puede considerar redundante, sino por el contrario se tendría un mecanismo de mayor control.

Bajo el mismo planteamiento hay que mencionar que la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, si establecía expresamente este principio dentro de la redacción del artículo 3, 4, 5,6 y 7, que se reproducen:

Artículo 3.- La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad.

Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:

A. El del interés superior de la infancia...

Artículo 4. De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.

Atendiendo a este principio, el ejercicio de los derechos de

40 Sauri, Suárez Gerardo. *Las contradicciones de la reforma del artículo 4º Constitucional, frente a la Convención de los Derechos de la Niñez*. México, Edénica I.A.P. Abril del 2000. Mineo, disponible en internet: <http://www.derechosinfancia.org.mx/Legislacion/legislacion6.htm>

los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La aplicación de esta ley atenderá al respeto de este principio, así como al de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 5. La Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, procurarán implementar los mecanismos necesarios para impulsar una cultura de protección de los derechos de la infancia, basada en el contenido de la Convención Sobre los Derechos del Niño y tratados que sobre el tema apruebe el Senado de la República.

Artículo 6. A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta ley o en los tratados internacionales en los términos del artículo 133 de la Constitución, se estará a los principios generales que deriven de dichos ordenamientos y a falta de éstos, a los principios generales del derecho.

Artículo 7. Corresponde a las autoridades o instancias federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus atribuciones, la de asegurar a niñas, niños y adolescentes la protección y el ejercicio de sus derechos y la toma de medidas necesarias para su bienestar tomando en cuenta los derechos y deberes de sus madres, padres, y demás ascendientes, tutores y custodios, u otras personas que sean responsables de los mismos. De igual manera y sin prejuicio de lo anterior, es deber y obligación de la comunidad a la que pertenecen y, en general de todos los integrantes de la sociedad, el respeto y el auxilio en el ejercicio de sus derechos.

El Gobierno Federal promoverá la adopción de un Programa Nacional Para la Atención de los Derechos de la Infancia

y Adolescencia, en el que se involucre la participación de las entidades federativas y municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, así como del sector privado y social, para la instrumentación de políticas y estrategias que contribuyan al cumplimiento de la presente ley y garantice el mejoramiento de la condición social de niñas, niños y adolescentes.

La redacción anterior permite retomar la conclusión anticipada que se menciona en párrafos que anteceden, que conlleva a establecer que de una interpretación sistemática de los artículos 1, 4, 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 3 de la Convención sobre el derecho de los niños, 3,4,5,6 y 7 de la ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, se reconoce en el estado mexicano el principio en estudio, y por tanto el estado adquiere la obligación de realizar el máximo de sus esfuerzos para construir condiciones favorables a fin que los niños y niñas puedan vivir y desplegar sus potencialidades, lo que implica además, que independientemente de las coyunturas políticas, sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos posibles para garantizar el pleno desarrollo y ejercicio de los derechos del menor.

Cabe mencionar que en ese entonces existieron dos criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que se define el interés superior del niño y la niña, así como se reconoce su existencia en el orden jurídico mexicano aunque expresamente no estuviera estipulado, siendo los siguientes:

Interés superior del niño. Su concepto. En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente

al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’ ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.⁴¹

Menores de dieciocho años. el análisis de una regulación respecto de ellos debe hacerse atendiendo al interés superior y a la prioridad de la infancia. De la interpretación del artículo 4o., sexto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de aquel precepto y con la Convención sobre los Derechos del Niño, se advierte que el principio del interés superior de la infancia junto con el derecho de prioridad, implican que las políticas, acciones y toma de decisiones del Estado relacionadas con los menores de 18 años deben buscar el beneficio directo del infante y del adolescente a quienes van dirigidas, y que las instituciones de bienestar social, públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, al actuar en sus respectivos ámbitos, otorguen prioridad a los temas relacionados con dichos menores. De ahí que para el análisis de la constitucionalidad de una regulación respecto de menores de 18 años, sea prioritario, en un ejercicio de ponderación, el reconocimiento de dichos principios.⁴²

41 Novena época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, XXVI, julio de 2007, p. 265.

42 Novena época, Pleno de la suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, XXVII, junio de 2008, p. 712.

Los anteriores criterios refrendan lo hasta aquí argumentado, es decir, el orden jurídico reconocía el principio de interés superior, por tanto, el estado se encontraba obligado a respetarlo y desarrollarlo tanto en la generación, aplicación e interpretación de normas, así como en la construcción de políticas públicas, buscando siempre y en todo momento imponer el bienestar y desarrollo del niño y la niña por encima de cualquier otro interés.

Para fortuna de todos el estado Mexicano a través del constituyente en 2011 hacen el agregado al artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en forma expresa estipulan el Principio de interés superior de la niñez, un gran logro sin duda que ha generado un sin fin de interpretaciones en todos los ámbitos, y que poco a poco van sentando precedentes para la construcción adecuada de normas, política pública e interpretación judicial.

III.I.IV.- Principio del derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo

No cabe duda que el principal derecho fundamental para todo ser humano es el referente a la vida, ya que si los derechos fundamentales van encaminados a que toda persona sea dignificada, entonces ese fin se alcanza con el ejercicio de diversos derechos que sin vida no pudieran lograrse, de allí que la protección a la vida sea la piedra angular de un derecho fundamental.

El derecho a la vida surge como una reacción a la disposición de cuerpos que llegó a existir en diversas etapas de la historia de la humanidad y en diversos lugares, ya sea por esclavitud, servidumbre o por género; cualquiera que fuera la forma, la reacción es encaminada a que ninguna persona puede disponer de la vida de otra.

Incluso se puede advertir que hoy en día al estado le está limitado imponer la pena privativa de la vida solo para delitos que sean considerados de máxima gravedad, incluso hay estados como

el mexicano en el cuál esta abolida la pena de muerte, hechos que refrendan que la vida sigue siendo el pilar de los derechos fundamentales.

Hay diversos instrumentos internacionales que en forma expresa establecen el derecho a la vida como principio rector de derechos humanos, así tenemos que la Declaración Universal de los derechos Humanos establece en el artículo 3 lo siguiente:

“...Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona...”

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos establece en su artículo 6 lo siguiente:

“...1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la commutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la commutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos

por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital..."

La convención Americana sobre derechos humanos Pacto de Costa Rica, en su artículo 4 establece:

"...1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente..."

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la commutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente..."

La convención interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ", en su artículo 4 indica:

"...Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:
el derecho a que se respete su vida..."

La convención sobre los derechos del niño establece en su artículo 6 lo siguiente:

"...1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida..."

Los instrumentos internacionales anteriores son sin duda la muestra clara que el primer derecho que debe protegerse es la vida, con el objeto primordial que ninguna persona pueda disponer de la vida de otro, tomando en consideración que todo ser humano nace libre y por tanto debe ser libre, lo que conlleva a vivir y ejercer derechos que permitan la dignificación, así pues, el derecho a la vida de un infante no es un derecho disponible que tenga, ni el estado ni los ejerzan la patria potestad o representación del menor⁴³, el derecho pertenece en forma exclusiva al menor, y será el estado y representantes los que vigilen su estricto acatamiento.

Ahora bien, el principio del derecho a la vida no se concreta con el hecho de vivir, sino también con el de sobrevivir, principio que se compone con una diversidad de derechos, que van desde el derecho a nacer, a recibir atención médica, alimentos en tanto se encuentran en el vientre y después de nacer, así como a contar con vivienda y sano espaciamiento.

Este principio a la supervivencia se incorporó a pedido de la India y de la UNICEF. El concepto se basa en la realidad

⁴³ González Contró, Mónica, *Los derechos Humanos de los niños una propuesta de fundamentación*, México, UNAM-IIJ, 2008, p.415.

y la propia experiencia de los organismos internacionales, que intentan asegurar que el niño no solo nazca, sino además tenga la oportunidad de sobrevivir⁴⁴, como se dijo en párrafo anterior acompañado de otra serie de derechos sin los cuales no pudiera tener vigencia.

En el caso de los niños y niñas cobra importancia en la medida que estos están vulnerables frente a las decisiones del estado o bien de aquellas personas que tienen su custodia o destino (padres, tutores, etc.).

En cuanto a las decisiones de estado hay políticas públicas de países que impiden que haya reproducción libre, o bien políticas que apoyan el aborto, o bien hay ausencia de políticas que otorguen a la mujer la atención médica y de nutrición durante el embarazo y posterior a él. Ese hacer y no hacer en políticas de estado repercute en la vida o muerte de los niños y niñas, ya que conforme a la convención de derechos de los niños y la convención americana de los derechos humanos “Pacto de San José”, la vida de estos se protege desde la concepción y en todas las etapas de la infancia y claro esto en todas las etapas de la vida. Por tanto la política pública de los Estados debe ser encaminada a proteger la vida de los infantes desde su concepción a efecto que desde ese momento se les dignifique. Claro las políticas públicas no son sólo aquellas que se intenten para la protección de niños concebidos y recién nacidos, se deben extender a todas las etapas de la infancia.

Así pues, el principio de respeto a la vida no camina solo, va acompañado junto al principio de supervivencia, que engloba una serie de derechos que permiten con su ejercicio que la persona humana sobreviva, derechos que tienen que ver con la alimentación, salud, vivienda, esparcimiento.

Derechos que ayudan al infante no solo vivir sino sobrevivir. Hoy en día desafortunadamente no todos los niños y niñas acceden a la alimentación, o bien acceden, pero los alimentos no son

nutritivos, lo que equivale que a la postre dañen su salud y con el paso del tiempo lleguen a la muerte, o bien, quizás no mueran pero su desarrollo normal estará perturbado ya que se considera que la desnutrición infantil daña a la postre el rendimiento físico y mental de las personas.

Este derecho a la alimentación es reconocido en un sin fin de instrumentos jurídicos, empezando en el derecho doméstico por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en su artículo 4 ya tan mencionado:

“...Los niños y niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación,... para su desarrollo integral...”

En malafortunala ley secundaria deslinda de la responsabilidad de alimentación al estado y se la impone a los padres, tutores o custodios del menor, sobre este tema ya se había dado una opinión que consiste básicamente, en que la responsabilidad primaria de dar alimentos es del estado, y este de adoptar medidas tendentes a otorgar los medios necesarios a los padres, tutores o custodios del menor para que cumplan con su deber de alimentar a los niños y niñas, son pena de alguna sanción, empero, la obligación no debe ser a la inversa, ya que habrá diversos factores que impidan a los padres, tutores o custodios otorgar este derecho, ya sea por pobreza, negligencia o ignorancia, o bien, el simple abandono de los niños y niñas, es un obstáculo para hacer cumplir el enunciado normativo.

Al respecto la ley Federal para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, sobre el tema pronuncia lo siguiente:

Artículo 11. Son obligaciones de madres, padres y de todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes:

A. Proporcionarles una vida digna, garantizarles la satisfacción de alimentación...

⁴⁴ Barcena, Andrea, *Textos de derechos humanos sobre la niñez*, México, CNDH, 1992, p. 187.

Artículo 15. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida. Se garantizará en la máxima medida posible su supervivencia y su desarrollo.

Contrario a las premisas anteriores los instrumentos internacionales si imponen al estado la obligación de cumplir con el principio de supervivencia y en forma destacada con el derecho a la alimentación.

Hecho similar sucede con la salud, no todos los niños y niñas acceden a la salud pública por diversas razones, bien el acceso es alejado, no cuentan con recursos económicos, no hay centros hospitalarios de alta especialidad, cualquiera que sea el motivo el no acceder a la salud impide que los infantes tengan una mejor expectativa de vida, ya que de enfermar existirá la probabilidad de muerte, o bien si no hay muerte, habrá la posibilidad de un deterioro físico o mental que impide el desarrollo normal del niño o la niña.

Hay precisar que el derecho a la salud no solo se constituye con el acceso a la atención médica, abarca otros derechos y debe ser entendido en un sentido amplio, incluye el acceso a los satisfactores universales como vivienda, vestido, higiene, sueño, descanso, espacio exterior adecuado y ejercicio físico⁴⁵, satisfactores que coadyuvan a que un niño o niña tenga salud mental y física adecuada.

De esta manera, el derecho a la salud debe contemplar la evolución del niño y las necesidades específicas de cada etapa, de tal forma que permita el buen desarrollo físico, pero promueva también el ejercicio de la autonomía⁴⁶.

En conclusión, se puede acotar que el derecho a la vida, supervivencia y el desarrollo debe entenderse como la condición necesaria para el cumplimiento de otros derechos y por ello no se limita a la mera sobrevivencia, sino que se extiende a la pretensión de acceso a los satisfactores para atender las necesidades básicas,

como una función directa y subsidiaria del estado como agente y un deber en la asignación de recursos para el desempeño de este papel⁴⁷.

IV.- Los derechos de los niños y niñas

IV.I.- Derechos de los niños y niñas

En este apartado solo de forma enunciativa se indicara la serie de derechos que tienen los niños y las niñas, lo anterior por no ser el tema principal de la investigación, tomando en consideración dos clasificaciones propuestas una por Miguel Carbonell y otra por Mónica González Contró, clasificación que realizan ambos investigadores tomando como base la convención sobre los derechos del niño.

Miguel Carbonell clasifica los derechos de los niños englobándolos en torno a los principios que sobre este tema son aplicables, que fueron estudiados líneas arriba, tomando como base cinco criterios como son: los derechos y libertades civiles, el entorno familiar y tutela, salud física y bienestar, educación espaciamiento y actividades culturales, medidas especiales de protección, quedando como sigue:

1.- Derechos y libertades civiles:

- a) El nombre y la nacionalidad (artículo 7),
- b) La preservación de la identidad (artículo 8),
- c) La libertad de expresión (artículo 13),
- d) El acceso a la información pertinente (artículo 17),
- e) La libertad de pensamiento, de conciencia y religión (artículo 14),
- f) La libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas (artículo 15),
- g) La protección de la vida privada (artículo 16), y
- h) El derecho a no ser sometido a torturas ni penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 37 apartado A).

⁴⁵ Barcena, Andrea, Óp. Cit, nota 42, p. 421.

⁴⁶ Ibídem, p. 422

⁴⁷ Ibídem, p. 415.

2.- Entorno familiar y otro tipo de tutela:

- a) La dirección y orientación parentales (artículo 5),
- b) La responsabilidad de los padres (artículo 18 párrafos 1 y 2),
- c) la separación de los padres (artículo 9),
- d) La reunión de la familia (artículo 10),
- e) El pago de la pensión alimenticia del niño (artículo 27 párrafo 14),
- f) Los niños privados de un medio familiar (artículo 20),
- g) la adopción (artículo 21),
- h) Los traslados ilícitos y la retención ilícita (artículo 11), y
- i) Los abusos y el descuido (artículo 19) incluidas la recuperación física y psicológica y la reintegración social (artículo 25).

3.- Salud física y Bienestar:

- a) La supervivencia y el desarrollo (artículo 6 párrafo 2),
- b) Los niños discapacitados (artículo 23),
- c) La salud y los servicios sanitarios (artículo 24),
- d) La seguridad social y los servicios e instalaciones de guarda de niños (artículo 18 párrafo 3 y 26), y
- e) El nivel de vida (artículo 27 párrafo 1 a 3),

4.- Educación, esparcimiento y actividades culturales:

- a) La educación, incluidas la formación y la orientación profesionales (artículo 28),
- b) Los objetivos de la educación (artículo 29), y
- c) El descanso, el esparcimiento y las actividades culturales (artículo 31),

5.- Medidas especiales de protección:

- A) Los niños en situación de excepción:
 - a) Los niños refugiados (artículo 22), y

b) Los niños afectados por un conflicto armado (artículo 38) incluidos la recuperación física y psicológica y la reintegración social (artículo 39).

B) Los niños que tienen conflicto con la justicia:

- a) La administración de justicia juvenil (artículo 40),
- b) Los niños privados de su libertad, incluida toda forma de detención, encarcelamiento o colocación bajo custodia (artículo 37 apartados B, C y D),
- c) La imposición de penas a los niños, en particular la prohibición de la pena capital y la de prisión perpetua (artículo 37 apartado A), y
- d) La recuperación física y psicológica y la reintegración social (artículo 39).

C) Los niños sometidos a explotación, incluida su recuperación física y psicológica y su reintegración social (artículo 39):

- a) La explotación económica, incluido el trabajo infantil (artículo 32),
- b) El uso indebido de estupefacientes (artículo 33),
- c) La explotación y abuso sexual (artículo 34), y
- d) Otras formas de explotación (artículo 35),

D) Los pertenecientes a minorías y grupos indígenas (artículo 30).

Mónica González Contró realiza una clasificación más sencilla agrupando a los derechos de los niños y niñas según necesidades agrupándolos en tres: necesidades de salud física, necesidades de autonomía, satisfactores especiales, quedando de la siguiente forma:

1.- Derechos relacionados con las necesidades de salud física, agrupando en estos:

- A) el derecho a la vida, la supervivencia y al desarrollo (artículo 6),

B) Salud y servicios médicos (artículos 24-27):

- a) nivel de vida,
- b) alimentación,
- c) higiene,
- d) vestido,
- e) vivienda,
- f) medio ambiente,
- g) seguridad social,

C) Protección de riesgos físicos relacionados con la salud (artículos 19-21 y 32-37).

2.- Derechos relacionados con las necesidades de autonomía:

- A) participación informal (artículo 5, 13, 18, 29),
- B) Libertades, entendidas como derechos civiles (artículos 7, 8, 12-17 y 30),
- C) Vinculación afectiva, interacción con adultos y niños y educación no formal (artículo 5, 7, 9, 10 y 18),
- D) Juego y tiempo de ocio (artículo 31),
- E) educación formal (artículo 28, 29),
- F) Protección de riesgos Psicológicos o de autonomía (19-21 y 32-38).

3.- Satisfactores especiales (artículos 22, 23, 39 y 40).

Como se puede apreciar las clasificaciones anteriores nos muestran o esbozan en forma sencilla que la Convención es un instrumento rico en conceptos, extenso en enunciados normativos, y sobre todo muestra la especificidad que sobre el derecho de los niños y niñas hay, ya que, como se ha anunciado reiteradamente en el trayecto de este trabajo, este grupo vulnerable tiene ciertas características muy especiales que amerita se les dé un trato normativo igual pero tomando en cuenta sus diferencias con relación a los adultos.

Asimismo, se logra apreciar que los enunciados normativos están orientados a los cuatro principios estudiados, ya que la

normatividad mencionada proyecta la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida desarrollo y espaciamiento, así como el respeto a la opinión.

Hecho similar se tiene en la legislación secundaria en México concretamente en la ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, la que siguiendo los lineamientos de la Constitución y la convención, desarrollo una serie de principios y derechos sobre el tema.

En cuanto a los principios que estableció deben regir el derecho de los niños, niñas y adolescentes estableció los siguientes:

- A. Interés superior de la infancia.
- B. No-discriminación.
- C. Igualdad.
- D. Vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.
- E. Vida libre de violencia.
- F. Corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.
- G. Tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

La serie de principios desarrollados tienen armonía con la convención y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que se complementan unos a otros, tienen razón de ser por virtud del tipo de sociedad que tenemos, en la que debemos de ser específicos sobre que principios deben regir para no dejar lugar a duda sobre el propósito del legislador, sin que deba perderse de vista que todos los principios mencionados se pueden agrupar en los cuatro desarrollados en el presente trabajo y establecidos en la convención.

En cuanto a los derechos que protege la ley especifica los siguientes:

- A. Derecho de prioridad,
- B. Derecho a la vida,
- C. Derecho a la no discriminación,
- D. Derecho de Bienestar y sano desarrollo,
- F. Derecho a su integridad, libertad, no maltrato ni abuso sexual,
- G. Derecho a la identidad,
- H. Derecho a vivir en familia,
- I. Derecho a la salud,
- J. Derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad,
- K. Derecho a la educación,
- L. Derecho al descanso y al juego,
- M. Libertad de pensamiento y a una cultura propia,
- N. Derecho a participar,
- Ñ. Derecho al debido proceso.

Como se podrá advertir la serie de derechos establecidos en la ley secundaria mexicana guarda armonía con la convención, por lo cual ambos ordenamientos se complementan para una mejor protección de los derechos de los niños y niñas.

Como última reflexión sin abundar en la misma se debe decir que la serie de derechos que hay establecidos en la norma a favor de los infantes es un buen paso, sin embargo es insuficiente, ya que debe complementarse con una serie de normas que permitan que esos derechos puedan ser una realidad, ya que los enunciados mencionados desarrollan derechos pero omiten establecer que autoridad está obligada a cumplirlas, sobre qué bases y para que sujetos dirigirlas,

por ello algunos tratadistas mencionan que ese tipo de normas son normas en blanco por no haber forma de volverlas obligatorias.

Este tipo de derechos se difuminan cuando se trata de infantes que viven en la pobreza, en el abandono, o bien pertenecen a grupos vulnerables como indígenas, o migrantes en situación irregular, dónde pese a tener un sin fin de derechos no acceden a estos, incluso a derechos básicos como alimentación, salud, vivienda, educación, que decir de su derecho a jugar o a descansar, hay infantes que están en las esquinas de las ciudades lavando parabrisas, vestidos de payasitos, pidiendo limosna, robando, y otros, prostituyéndose, en el campo los infantes están laborando a la par de sus padres en los campos de cultivo, lo anterior por decir algunos ejemplos por lo menos de los más notorios que no requieren de comprobación alguna por ser parte del paisaje de nuestro México.

Esos niños y niñas de los que menciono ignoran siquiera que tienen derechos, empero, aun cuando supieran que los tienen, el problema es como acceden a ellos, la norma no establece ni desarrolla esos temas, de nada sirve que le digan a un niño o niña que tiene derecho a la educación, cuando ese infante no tiene alimentos para estar debidamente nutrido, cuando no tiene recursos para el uniforme y útiles escolares, cuando la escuela esta retirada de su domicilio, o bien, cuando ese niño siquiera tiene una representación por estar abandonado.

El problema entonces se torna grave, pues hay derechos solo para los niños y niñas que tienen acceso a ellos por vía de quienes ejercen su representación, ya que al final son estos –los representantes- los que costean esos derechos y vigilan su cumplimiento, el estado entonces esta inmóvil, y los infantes más vulnerables al no tener voz.

Referencias

Bibliográficas

- Hermoso Larragoiti, Héctor Arturo, *La justicia de menores a luz de los criterios del Poder Judicial de la federación*, México, SCJN, 2009.
- García Méndez, Emilio, *Infancia y Adolescencia; de los derechos y la justicia, Doctrina Jurídica Contemporánea*, México, UNICEF-Fontamara, 2001.
- Villanueva Castillejos, Ruth, *Los menores infractores en México*, México, Porrúa, 2005.
- D'Antonio, Daniel Hugo, *Derecho de menores*, 4^a ed., Buenos Aires, Astrea, 1994.
- Ariès, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, México, Taurus, 2001.
- MacCornick, Neil, *Children's rights: A test case for theories of rights*, en: *legal right and social democracy*, Oxford, Oxford University press, 1982.
- Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Porrúa, 2004.
- Aláez Corral, Benito, *Minoría de Edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino, España, Ariel derecho, 2002.
- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. Carlos Bernal Pulido, 2^a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3^a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trota, 2007.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 5^a ed., Madrid, Trota.
- Courtis Christian, *El mundo prometido, Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, fontamara, 2009.
- Abramovich, Víctor y Courtis Christian, *El umbral de la ciudadanía, El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Estudios del Puerto, 2006.
- De la Torre Martínez, Carlos, *El derecho fundamental a no ser discriminado: Estructura y contenido Jurídico*, en *El Estado Constitucional Contemporáneo. Culturas y Sistemas Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- Ocachaita, Esperanza, *Hacia una Teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: necesidades y derechos en el marco de la convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño*, Madrid, MacGraw-Hill-UNICEF, 2004.
- Sauri, Suárez Gerardo, *Las contradicciones de la reforma del artículo 4º Constitucional, frente a la Convención de los Derechos de la Niñez*. México, Edénica I.A.P. Abril del 2000.
- González Contró, Mónica, *Los derechos Humanos de los niños una propuesta de fundamentación*, México, UNAM-IIJ, 2008.
- Barcena, Andrea, *Textos de derechos humanos sobre la niñez*, México, CNDH, 1992.

Electrónicas

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Convención sobre los derechos del niño, Parte I, artículo 1 [en línea], lugar de edición no precisa, ONU, año de edición no precisa, citado 20-01-2011], disponible en internet: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores reglas Beijín, Alcance de las reglas y definiciones autorizadas, [en línea], lugar de edición no precisa, UNED, año de edición no precisa, [citado 22-10-2010], formato pdf, disponible en internet: <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanalisis2/ninezadolescenciayjuventud/documentos/reglasdebeijing.pdf>
- Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la opinión consultiva, sobre “condición jurídica y derechos humanos del niño”, [en línea], lugar de edición no precisa, Juez Sergio García Ramírez, 28-08-2002, [citado 22-10-2010], formato Word, disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/votos/vsa_garcia_17_esp.doc
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, “Condición Jurídica y derechos humanos de los niños” [en línea], lugar de edición no precisa, CIDH, 2002, [citado 22-10-2010], formato pdf, disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- Recomendación CRC/C/15/Add.112, “Comité de los derechos del niño” [en línea], lugar de edición no precisa, editor no precisa, [citado 23-01-2011], formato pdf, disponible en internet: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.15.Add.112](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.15.Add.112).

- Sauri, Suárez Gerardo. “Las contradicciones de la reforma del artículo 4º Constitucional, frente a la Convención de los Derechos de la Niñez. México”, Edénica I.A.P. Abril del 2000. Mineo, disponible en internet: <http://www.derechosinfancia.org.mx/Legislacion/legislacion6.htm>

Jurisprudenciales

- Novena época, Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. aislada XXV, febrero de 2007, p. 1606.
- Novena época, Segunda Sala de la suprema Corte de Justicia de la Nación, semanario judicial de la federación, t. XXXI, Abril de 2010, p. 427.
- Novena época, Primera Sala de la suprema Corte de Justicia de la Nación, semanario judicial de la federación, t. XXXII, Septiembre de 2010, p. 183.
- Décima época, Primera Sala de la suprema Corte de Justicia de la Nación, semanario judicial de la federación, t. I, Enero 2017, p. 380.
- Novena época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, XXVI, julio de 2007, p. 265.
- Novena época, Pleno de la suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, XXVII, junio de 2008, p. 712.

CAPÍTULO II

DERECHOS FAMILIARES,
SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

ALIMENTOS PARA LAS MUJERES DESPUÉS DE CONCLUIDO EL VÍNCULO JURÍDICO QUE GENERA ESE DERECHO. UNA VISIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN DERECHOS HUMANOS (10 DE JUNIO DE 2011).

MAGISTRADO GUILLERMO ESPARZA ALFARO¹

II. Derechos familiares, sexuales y reproductivos

c) Derecho a la constitución y a la protección de la familia

El derecho humano a los alimentos para las mujeres, después de concluido el vínculo jurídico que lo generaba en su favor, es un tema de debate con mayor frecuencia en la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde la reforma constitucional de derechos humanos de 10 de junio de 2011. Las ejecutorias nos muestran las soluciones que se han adoptado para los asuntos suscitados en torno al tema alimentario, al grado de que empiezan a surgir nuevos enfoques sobre dicha prestación con vista de los derechos humanos. Así, el concepto de alimentos empieza a ponderarse con base en los principios de dignidad de la persona, la solidaridad familiar, la igualdad y la no discriminación, así como el libre desarrollo de la personalidad. Estos principios, entre otros, sin género de dudas que son de suma utilidad para las/os juezas/ces al resolver los asuntos sometidos a su consideración, pues constituyen elementos útiles que les permitirán neutralizar y resolver situaciones de desigualdad que sin justificación generan la privación de prerrogativas a las mujeres, y que por mucho tiempo, han derivado en actos discriminatorios en su contra bajo categorías sospechosas, estereotipos y roles de género.

Sumario: I. Introducción; II. Planteamiento preliminar sobre los problemas; III. Problemas; IV. Delimitación espacial y temporal

¹ Magistrado del Tercer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, con residencia en Periférico Paseo de la República, número 524, Residencial Bosques, C.P. 58099, Morelia, Michoacán, teléfono 014433177987, email guillermo.esparza.alfaro@correo.cjf.gob.mx.

de la problemática; V. Soluciones legales a los problemas planteados; VI. Conclusión; y, VII. Fuentes consultadas.

Palabras clave: alimentos, derechos humanos, principio de igualdad y no discriminación, dignidad humana y juzgar con perspectiva de género.

I. Introducción

Los derechos fundamentales en México derivan tanto de la Constitución Federal como de los tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro país². Así, el artículo 4° de la Constitución Federal, en relación con el precepto 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, permiten establecer el derecho fundamental de toda persona a acceder a un nivel de vida adecuado o digno. La plena vigencia de tal derecho depende de la completa satisfacción de las necesidades básicas de los seres humanos, como el derecho a la vida, alimentación, vestido, vivienda, educación y salud³. Tales derechos, a su vez, guardan una estrecha vinculación con la dignidad de las mujeres mexicanas, como grupo en el que se centra esta investigación y que históricamente ha sido discriminado, pues la dignidad es un principio que permea en todo el orden jurídico, además de que se reconoce como la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad⁴. Esto significa que la dignidad de las mujeres no es una simple declaración ética, sino una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a su favor y, por el cual, se establece el mandato a todas las autoridades, e incluso, a los particulares, de respetarlas y protegerlas por el hecho de

2 Tesis 1^a. XLI/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, febrero de 2013, p.799, No. de registro 2002746 y Tesis P./J. 22/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2014, p.94, No. de registro 2006223.

3 Tesis 1^a. CCCLIII/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, octubre de 2014, p.599, No. de registro 2007730.

4 Tesis P.LXV/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXX, diciembre de 2009, p.8, No. de registro 165813 y Tesis P. VII/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, diciembre de 2013, p.136, No. de registro 159820.

ser personas, a ser tratadas como tales y no como objetos, a no ser humilladas, degradadas, envilecidas o cosificadas⁵. En ese sentido, el derecho fundamental de las mujeres a la alimentación, será abordado desde el enfoque jurisprudencial del Alto Tribunal con vista de las distintas relaciones que éstas pueden establecer en la actualidad, para el efecto de dar plena eficacia al derecho fundamental en estudio⁶.

II. Planteamiento preliminar sobre los problemas

Hoy día la mujer puede constituir una relación heterosexual o una homoparental, según decisión propia. La primera (heterosexual) puede formarla en matrimonio (mujer u hombre), concubinato (hombre soltero) o sociedad de convivencia que igualmente se denomina pacto civil de solidaridad, con mujer u hombre, o bien, como relaciones de amistad y/o cuidado, entre amigas/os, viudas/os o divorciadas/os, estudiantes o personas de la tercera edad, con la salvedad de que en la sociedad o pacto no hay obligación del débito carnal entre los contratantes. En cambio, la segunda relación (homoparental), la mujer puede establecerla con otra mujer por medio del matrimonio o la sociedad de convivencia/pacto de solidaridad y, tratándose de estas últimas, con las personas ya señaladas. Tanto en las relaciones de matrimonio (heterosexual u homoparental), la mujer y su cónyuge (hombre o mujer), así como en el concubinato con hombre soltero y en la sociedad de convivencia/pacto civil de solidaridad (mujer u hombre), asumen que al celebrarse el nexo matrimonial, o bien, iniciarse la cohabitación o establecerse la sociedad/pacto, según lo decidan, se genera en la pareja el deber recíproco de proporcionarse alimentos a partir de esas relaciones. Las problemáticas, sin embargo, se presentan al disolverse el matrimonio, al cesar el concubinato o al terminar la sociedad de convivencia/pacto civil de solidaridad, a saber:

5 Tesis 1^a/J. 37/2016, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, agosto de 2016, p.633, No. de registro 2012363.

6 Tesis 1^a /J. 40/2016, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, septiembre de 2016, p.298, No. de registro 2012504.

III. Problemas

a) En cuanto al matrimonio hoy día en nuestro país viene permeando la postura de que el régimen de disolución de ese nexo y que exige la acreditación de causales, vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al grado de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado la inconstitucionalidad de regímenes de divorcio que condicionan su declaración a que se demuestren las causas establecidas en las leyes de algunas entidades federativas. Esta circunstancia está generando una problemática para la mujer, pues si el calificativo de cónyuge culpable ya no tiene más cabida en este tipo de procesos judiciales, entonces se cuestiona si procede decretar o no a favor de la mujer el pago de alimentos, como una sanción a cargo del cónyuge culpable de la ruptura del matrimonio.

b) En lo que se refiere al matrimonio y a la sociedad de convivencia o pacto civil de solidaridad surge la problemática de que cuando son declarados nulos con motivo de la existencia de un matrimonio previo, o bien, porque un conviviente o pactante viviera en concubinato, estuviera en un matrimonio o haya suscrito otra sociedad de convivencia o pacto en forma previa, no se decretan alimentos para la cónyuge ni la conviviente o pactante bajo la premisa de que únicamente sostuvieron relaciones de hecho, de las que no se puede generar el derecho al pago respectivo.

c) En el caso de la terminación de la sociedad de convivencia surge la problemática de si vulnera derechos humanos el régimen que determina que el conviviente que carezca de ingresos y bienes suficientes para su sostenimiento, tendrá derecho a una pensión alimenticia, única y exclusivamente por la *mitad del tiempo que duró el vínculo* y siempre que no conviva en concubinato, contraiga matrimonio o suscriba otra sociedad, lo que

contrasta directamente con la situación de los cónyuges y los concubinos, quienes tienen *derecho a los alimentos hasta por el tiempo que haya durado el matrimonio o el concubinato*.

d) En lo que se refiere al quebrantamiento de relaciones distintas a las ya señaladas en los párrafos precedentes, a saber: 1) Una unión que sin poder ser considerada matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia, ni pacto civil de solidaridad, tiene las características de ser constante y estable, además, tiene como notas relevantes la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua entre los integrantes de la pareja; y, 2) Una unión efímera o pasajera, surge la problemática de si es procedente o no decretar para la mujer el pago de alimentos.

e) En lo que atañe al matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia/pacto civil de solidaridad, y relaciones familiares de hecho, resulta que hay entidades federativas que no establecen en sus ordenamientos legales los lineamientos para fijar el monto mínimo que el deudor debe cubrir a la mujer acreedora por concepto de pensión alimenticia, lo que genera que en ocasiones las/os juzgadoras/es fijan cantidades inferiores a un salario mínimo diario, lo que se cuestiona a la luz del derecho humano al mínimo vital, desde la perspectiva de si dicho monto debe considerarse suficiente o no para sufragar los gastos elementales que comprenden los alimentos.

IV. Delimitación espacial y temporal de la problemática

La problemática planteada será analizada en México acorde con las legislaciones civiles o familiares de sus entidades federativas, con vista de las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomando como punto de partida, la reforma constitucional sobre derechos humanos de 2011.

V. Soluciones legales a los problemas planteados

a) La solución a este problema debe partir de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁷, determinó que en el sistema jurídico se incorporó el denominado divorcio sin expresión de causa, el cual es un régimen de fácil paso al divorcio, pues para acceder a él, basta la solicitud unilateral de la disolución del matrimonio y el cumplimiento de requisitos reducidos, para que las/os juzgadoras/es disuelvan el lazo conyugal sin necesidad de que la/el solicitante exprese la causa de su petición. Así, al haberse suprimido jurisprudencialmente el divorcio necesario, es evidente que si la disolución ya no se encuentra sujeta a la comprobación de alguna causal, entonces no ha lugar a declarar la existencia de un cónyuge culpable o de uno inocente⁸. Esta circunstancia implica que la obligación de proporcionarse alimentos no subsiste en el divorcio en favor del cónyuge inocente, si no está demostrada su necesidad, por lo que las/os juzgadoras/es no tienen el deber ineludible de establecer una condena de alimentos en contra del cónyuge culpable, pese a que así lo dispongan las legislaciones de Jalisco, Veracruz y otras, pues si la imponen a un cónyuge como sanción, por considerarlo culpable de la ruptura, es dar por sentada la posibilidad de que, en franca contravención al artículo 217 de la Ley de Amparo, se sigan resolviendo juicios que condicionen el divorcio a la acreditación de alguna de las causas de disolución establecidas en las leyes respectivas, con la aplicación de disposiciones que han sido declaradas inconstitucionales por el Alto Tribunal del país. En ese sentido, el derecho a recibir alimentos solo podrá constituirse a favor del cónyuge que acredite, en mayor o menor medida, su necesidad de recibirlos, para los cuales/

7 Tesis 1^a/J. 28/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, julio de 2015, p.570, No. de registro 2009591

8 Tesis 1^a/J. 21/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, junio de 2017, p.390, No. de registro 2014567.

os juezas/ces tomarán en cuenta los acuerdos, estereotipos de género y roles adoptados explícita o implícitamente por la pareja durante la vigencia del matrimonio⁹. A su vez, el tribunal del conocimiento puede bajo su discrecionalidad y arbitrio judicial, determinar que no obstante la falta de prueba contundente, hay necesidad de establecer los alimentos precisamente por advertir cuestiones de vulnerabilidad y desequilibrio económico, incluso, a falta de prueba, su determinación deben sustentarse en métodos válidos de argumentación jurídica y en la perspectiva de género, a fin de garantizar una carga razonable en las obligaciones alimenticias¹⁰.

b) En lo que se refiere al juicio de nulidad, que se fundó en la existencia de un matrimonio o de una sociedad de convivencia previos de su pareja con persona distinta, es importante destacar que la obligación alimentaria varía dependiendo de si los mismos actuaron de buena o mala fe. Hay buena fe cuando la cónyuge o conviviente no tenía conocimiento de la existencia de la causal de nulidad al celebrar el matrimonio o la sociedad de convivencia/pacto civil de solidaridad. En cambio, hay mala fe cuando conocía que su nexo estaba viciado por una nulidad y, a pesar de ello, lo celebró. Así, en un matrimonio o una sociedad de convivencia/pacto de solidaridad declarados nulos por haber existido un nexo previo con persona distinta, las/os juezas/ces deben presumir que los cónyuges o convivientes cohabitieron y sostuvieron una relación de afecto entre sí y

9 Tesis 1^a/J. 27/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, junio de 2017, p.391, No. de registro 2014571 y Tesis 1^a/J. 22/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, junio de 2017, p.388, No. de registro 2014566.

10 Tesis 1^a/J. 22/2016, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, abril de 2016, p.836, No. de registro 2011430; Tesis XI.1°.A.T.31 L, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.IV, enero de 2016, p.3310, No. de registro 2010842; Tesis 1^a. XCI/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, febrero de 2015, p.1383, No. de registro 2008544 y Tesis 1^a. LXXIX/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, febrero de 2015, p.1397, No. de registro 2008545.

que el derecho no puede ni debe desconocer tal realidad, cuando está en juego la forma de subsistir de la cónyuge o la conviviente, por lo que si el matrimonio o la sociedad son declarados nulos por enlace previo, subsiste la relación familiar como causa que origina la obligación alimentaria¹¹. Entonces, los beneficios de los alimentos deben extenderse para la cónyuge o la conviviente que actuó de buena fe, pues desconocía el vicio de nulidad de su matrimonio o sociedad/pacto civil, relacionándose con su pareja como si se tratara de un enlace válido, pues en caso contrario se le deja en estado de necesidad y se le da un trato desigual, y por tanto, discriminatorio frente a los concubinarios y los divorciados,¹² pues unos y otros sostuvieron relaciones familiares con características esencialmente iguales. Sin embargo, para que la cónyuge o la conviviente de buena fe pueda obtener la prestación alimentaria en el Estado de Coahuila, será necesario que la interesada demuestre la necesidad de recibirla y que se observe el requisito de proporcionalidad de acuerdo a la normatividad de esa entidad¹³.

c) En lo que respecta a la sociedad de convivencia que rige en la Ciudad de México, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el juicio de amparo directo 19/2014, determinó que no existe una finalidad objetiva y constitucionalmente válida que permita al legislador establecer un trato desigual entre conviviente, cónyuge y concubino en lo relativo a su derecho a recibir alimentos una vez terminada la relación jurídica con su respectiva pareja *sólo por la mitad del tiempo que haya durado la sociedad de convivencia*. La Corte advirtió que son grupos familiares

11 Tesis 1ª/J. 19/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2012, p.291, No. de registro 2000496 y Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Vol. 121-126, Cuarta Parte, p.79, No. de registro 240913.

12 Tesis 1ª/J. 55/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, septiembre de 2006, p.75, No. de registro 174247.

13 Tesis 1ª/J. 19/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2012, p.291, No. de registro 2000496.

esencialmente iguales en los que la medida legislativa regula el mismo bien jurídico (el derecho a la vida y a la sustentabilidad) y persigue el mismo fin (proteger al miembro de la unión familiar que haya desarrollado una dependencia económica durante la convivencia). En esa ejecutoria, el Alto Tribunal no advirtió justificación, explícita o implícita ya sea en el proceso legislativo o en el propio texto de la ley, que permita variar el período durante el cual la obligación alimentaria es exigible, pues el supuesto de hecho y de derecho es equivalente¹⁴, puesto que está involucrado un derecho humano —la vida y la sustentabilidad en el marco de las relaciones familiares—, lo que exige que quien emita la norma haya razonado la consecución de un fin legítimo. En este sentido, la medida legislativa no obedece a una finalidad objetiva, razonable y constitucionalmente válida, y por tanto, el trato desigual es arbitrario, pues genera un tipo específico de discriminación indirecta en el que la norma aunque no parecieran establecer categorías de distinción, si tiene efectos diferenciados en ciertos grupos¹⁵. En ese aspecto, la Sala retomó las consideraciones de los sistemas interamericano y universal, como criterios orientadores sobre el alcance del derecho a la igualdad y advirtió que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aunque no se pueda probar la intención discriminadora. Al respecto, precisó que las violaciones al derecho a la igualdad formal pueden actualizarse no sólo mediante actos discriminatorios directos —cuando la distinción en la aplicación o en la norma obedece explícitamente a un factor prohibido o no

14 Tesis 1ª/J. 55/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXIV, septiembre de 2006, p.75, No. de registro 174247.

15 Tesis 1ª/J. CXLV/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, agosto de 2012, p.487, No. de registro 2001341 y Tesis 1ª XLIV/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, febrero de 2014, p.645, No. de registro 2005529.

justificado constitucionalmente— sino también mediante actos discriminatorios indirectos, que se dan cuando la norma o su contenido es “aparentemente neutro”, pero su efecto conlleva a una diferenciación o exclusión desproporcionada de cierto grupo social, sin que exista una justificación para ello. En esta tesis, puntualizó que la discriminación puede generarse no sólo por tratar a personas iguales de forma distinta, o por ofrecer igual tratamiento a personas que están en situaciones diferentes, sino que también cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral ubica a un grupo social específico en clara desventaja frente al resto. Por tanto, los elementos de la discriminación indirecta que son: a) una norma, criterio o práctica aparentemente neutral; b) que afecta de manera desproporcionadamente negativa a un grupo social; y c) en comparación con otros que se ubiquen en una situación análoga, le permitieron a la Sala, aplicando la metodología al caso concreto y utilizando datos estadísticos para demostrarlo, advertir un tratamiento diferenciado injustificado del legislador de la Ciudad de México, en relación a la duración de la obligación alimentaria cuando termina la sociedad de convivencia, pues no únicamente se vulnera la igualdad de los convivientes en general, sino en un mayor impacto y repercusiones más graves para las familias conformadas por personas del mismo sexo a diferencia de las integradas por personas de sexo diferente, quienes tienen diversas instituciones que las reconocen y protegen. En conclusión, el Alto Tribunal determinó que el plazo previsto en el artículo 21 de la citada Ley de Sociedad de Convivencia genera una discriminación indirecta en razón de la orientación sexual, al establecer un trato desigual que, a pesar de su formulación neutral, afecta de manera desproporcionadamente negativa a un grupo social protegido por el artículo 1º constitucional,¹⁶ y por

tanto, la solución fue establecer que los convivientes tienen derecho a alimentos hasta por el tiempo que haya durado la sociedad de convivencia.

d) En lo que atañe a la existencia de una relación de pareja continuada en el tiempo debe considerarse que produce – al igual que en el matrimonio, el concubinato y la sociedad de convivencia/pacto civil de solidaridad- un conjunto de intereses personales y patrimoniales que hacen indispensable la intervención del derecho frente a su disolución con el propósito de evitar situaciones de desequilibrio o injusticia, por lo que las obligaciones alimentarias que tienen por objeto suprimir estas situaciones, no pueden ser consideradas como parte de aquellas que surgen exclusivamente de las relaciones de matrimonio, concubinato o convivencia/pacto. Esto significa que si la pareja acuerda la fijación de un esquema familiar en el que uno de ellos, generalmente la mujer, se dedique preponderantemente a las labores del hogar y al cuidado de los hijos, mientras que sobre el otro recaiga la obligación de otorgar todos los medios necesarios para el mantenimiento del hogar si se genera a partir de la disolución de la relación un desequilibrio económico en perjuicio de alguno de los integrantes, se actualizan los requisitos mínimos indispensables para que proceda el pago de una pensión compensatoria por el tiempo necesario para reparar esta situación de desventaja. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenta que dicha pensión es una medida dirigida a proteger a los miembros de un grupo familiar, particularmente su derecho fundamental a acceder a un nivel de vida adecuado, frente a la situación de desventaja económica que genera la disolución de la relación y que imposibilita a uno de sus miembros para allegarse de todos los medios necesarios para su subsistencia. En consecuencia, con fundamento en el artículo 4º de la Constitución Federal, la obligación

16 Tesis 1ª CCCLXXIII/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, octubre de 2014, p.619, No. de registro 2007803.

de otorgar una pensión compensatoria se actualiza no solo frente a la disolución de una relación de matrimonio o concubinato u otra constituida en términos de ley, pues si bien corresponde al legislador la creación de normas para regular la materia familiar y el estado civil de las personas, dicho actuar no puede realizarse al margen del principio de igualdad y no discriminación dispuesto en el último párrafo del artículo 1º constitucional. Así, ante la problemática surgida entre un hombre casado en dos ocasiones y que procreó con una mujer soltera varios hijos y que ambos mantuvieron su relación por muchos años, se determinó que las legislaciones de donde derive la obligación de dar alimentos o de otorgar una pensión compensatoria a cargo exclusivamente de cónyuges, concubinos y convivientes, excluyendo a otro tipo de parejas de hecho que han convivido de forma constante y generado vínculos de solidaridad y ayuda mutua, pero que por algún motivo no cumplen con todos los requisitos para ser considerados como un enlace jurídico, constituyen ordenamientos que prevén una distinción con base en una categoría sospechosa -el estado civil- la cual no es razonable ni justificada, pues coloca a estas mujeres en una situación de desprotección en relación con su derecho a acceder a un nivel de vida adecuado. En tal virtud, la Suprema Corte al resolver el amparo directo en revisión 230/2014, consideró que en todos los casos en que se acredite la existencia de una pareja que conviva de forma constante y estable, fundada en la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua, deben aplicarse las protecciones mínimas que prevé el derecho de familia para el matrimonio y el concubinato, entre las que se encuentran y destacan las obligaciones alimentarias¹⁷. Es conveniente resaltar que las protecciones aludidas son exclusivas de la familia, por lo que no aplican a uniones efímeras o pasajeras, pues éstas

no revisten las características expuestas anteriormente, pero, si la mujer queda en estado de gravidez con motivo de una relación pasajera o efímera hay que precisar, con la suficiencia legal necesaria, que la protección del menor sí actualiza la obligación alimentaria en su favor y a cargo de los progenitores, como resultado de un mandato constitucional expreso (artículos 4 y 73, fracción XXIX-P), que vincula a éstos a que procuren a aquél el máximo nivel de protección, educación y formación integral, siempre en el marco del principio del interés superior del menor y con la característica de que recae en cualquiera de los padres, es decir, como una obligación compartida sin distinción de género¹⁸.

e) El derecho al mínimo vital se fundamenta en la dignidad humana, la solidaridad, la libertad, la igualdad material y el Estado social, al considerar que las personas, para gozar plenamente de su libertad, necesitan un mínimo de seguridad económica y de la satisfacción de sus necesidades básicas. El mínimo indicado constituye el derecho a gozar de unas prestaciones e ingresos que aseguren a toda persona su subsistencia y un nivel de vida digno, así como la satisfacción de las necesidades básicas. En el ámbito internacional hay algunas normas que incluyen el derecho al mínimo vital, aunque no con esa denominación. Al respecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella y a su familia, la salud y el bienestar, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales

¹⁷ Tesis 1º VIII/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, enero de 2015, p.769, No. de registro 2008267.

¹⁸ Tesis 1º LXXXVIII/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, febrero de 2015, p.1380, No. de registro 2008540; Tesis 1º /J. 16/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.XXXIII, abril de 2011, p.68, No. de registro 162434; Tesis 1º /J. 25/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, diciembre de 2012, p.334, No. de registro 159897; Tesis 1º CXXII/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, junio de 2012, p.260, No. de registro 2000988; Tesis 1º CXXI/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, junio de 2012, p.261, No. de registro 2000989 y Tesis 1º /J. 18/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, marzo de 2014, p.406, No. de registro 2006011.

necesarios (artículo 25, numeral 1). En el mismo contexto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene normas que recogen elementos de esta prerrogativa, pues desarrollan el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, así como a una mejora continua de las condiciones de existencia (artículo 11, numeral 1). Por lo que atañe a México, la Primera Sala del Máximo Tribunal¹⁹ estableció que el objeto del citado derecho abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Así, el derecho al mínimo vital: I. Deriva del principio de dignidad humana, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad, en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta; II. Está dirigido a los individuos en su carácter de personas físicas; III. Es un derecho fundamental no consagrado expresamente en la Carta Magna, pero que se colige de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en sus artículos 10., 30., 40., 60., 13, 25, 27, 31, fracción IV y 123 y de los derechos a la vida, a la alimentación, a la integridad física, a la igualdad, a la salud, al trabajo y a la seguridad social, entre otros, a través del cual se garantizan los requerimientos básicos indispensables para asegurar una subsistencia digna del individuo y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario, sino también en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente; y, IV. No puede entenderse únicamente como una protección económica, sino como una tutela vinculada con la

19 Tesis PVII/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, diciembre de 2013, p.136, No. de registro 159820 y Tesis 1^a XCVII/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXV, mayo de 2007, p.793, No. de registro 172545.

dignidad de la persona, la integridad física, la vida y la protección de la familia. Por ende, si conforme al derecho constitucional mexicano y al internacional de los derechos humanos, el citado mínimo está dirigido a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas físicas es necesario que las/os juzgadoras/es al establecer el monto por concepto de alimentos en cantidad líquida o porcentaje, lo determinen considerando como base, por lo menos, un límite mínimo, lo cual deberán sustentar en datos objetivos con el fin de garantizar un nivel de vida digno para la parte acreedora. En ese sentido, se estima que el monto mensual de la pensión alimenticia no debe ser inferior a un salario mínimo diario proporcional o general vigente en la Entidad Federativa donde se trató la controversia respectiva, según la ocupación a la que dijo dedicarse el deudor alimentario, pues las mujeres constituyen un grupo vulnerable que amerita protección especial, por lo que el salario mínimo, como cantidad que presumiblemente le es suficiente para sufragar los gastos elementales que comprende el concepto de alimentos. Hay que dejar bien en claro que este es el ideal para la protección del derecho humano a los alimentos de la acreedora, pero no es una regla invariable, pues la propia Suprema Corte al resolver la contradicción de tesis 49/2007²⁰ ha reconocido unos inconvenientes de establecer el monto de la pensión con base en el salario mínimo, pues ello desde su perspectiva “...puede provocar que la pensión se fije en una cantidad que no corresponde a la capacidad económica del deudor, ni a su nivel de vida o de los acreedores alimentarios, ya que en unos casos en que el nivel de vida sea alto, un salario mínimo como monto de la pensión no será proporcional con los ingresos reales del deudor, ni acorde con el nivel de vida de los acreedores; por el contrario, habrá casos en que un salario mínimo sea

20 Tesis 1^a/J. 172/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p.58, No. de registro 170406.

excesivo como monto de la pensión, porque el deudor perciba ingresos menores, o bien, solamente un salario mínimo, lo que equivaldría a que el monto de la pensión accediera al 100% de sus ingresos, lo que evidentemente no es proporcional y sería en detrimento del deudor que se vería imposibilitado para realizar el pago de una pensión por ese monto...". Esto es, el salario mínimo deberá tomarse como base para fijar la pensión alimenticia, siempre que no incidan otros factores para establecerla con ese parámetro, por lo que la fórmula para establecer el monto de la pensión debe ser flexible y objetiva, pues de lo contrario se convierte en rígida e irreal y pudiera afectar los derechos humanos del deudor alimentario. Ello es así, pues es un hecho notorio el elevado número de desempleados o subempleados que no perciben prestaciones en nuestro país, lo cual deja constancia de su imposibilidad de atender sus propias necesidades, ya no se diga de afrontar una obligación alimentaria con la parte acreedora. En ese sentido, lo relacionado con el mínimo vital, tratándose de alimentos, constituye hoy día una cuestión muy discutida en países como España en que las audiencias provinciales se encuentran divididas respecto a la imposición de este mínimo, optando unas como las de Cádiz, San Sebastián y Coruña en decretar la suspensión temporal de la obligación de pagar la pensión alimenticia al acreedor hasta que el deudor obtenga ingresos de un trabajo remunerado o fuera beneficiario de algún tipo de pensión, subsidio o prestación similar, momento en el que volverá a reanudarse la pensión alimenticia establecida, lo cual ha reiterado el Tribunal Superior Español al desestimar un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de Cádiz, sosteniendo la decisión de ésta en el sentido de que sí cabe la suspensión cuando hay causas de fuerza mayor que impiden el cumplimiento del monto mínimo al convertirse en una

prestación imposible de satisfacer por el deudor; en tanto que, otras audiencias provinciales, como las de Barcelona, Girona y Málaga, han optado por fijar una cuantía aunque sea menor al mínimo vital con el propósito de que si la parte acreedora no puede satisfacer la totalidad de sus gastos de subsistencia cuando menos pueda cubrir algunas de sus necesidades, bajo la premisa de que la falta de ingresos no debe constituir una causa de fuerza mayor que impida la fijación de un monto mínimo, al no convertirse en una prestación imposible de cumplir por el deudor²¹. Lo cierto es que, desde nuestra perspectiva, cuando las/os juzgadoras/es vislumbren de las pruebas rendidas en el juicio, una situación de dificultad económica de la parte obligada tienen la obligación de allegarse de los elementos necesarios para determinar la capacidad económica, así como el nivel del deudor y acreedores alimentarios, previo requerimiento con apercibimiento a las partes de proporcionar la información necesaria, con la finalidad de establecer el monto de la pensión que se apegue a su situación real y con el propósito de que con vista al principio de proporcionalidad puedan establecer, en la medida de lo posible, el monto de la pensión en una cantidad líquida o porcentual que contribuya a cubrir los gastos necesarios para la acreedora a fin de que se admita y solo con un carácter muy excepcional, restrictivo y temporal, el criterio de la suspensión de la obligación alimentaria.

Conclusión

El derecho de alimentos para las mujeres ha trascendido el campo de las legislaciones civiles y familiares aplicables involucrando sus derechos humanos como integrantes de un grupo en el que históricamente los estereotipos y los roles de género han tenido un

²¹ García Montoro, Lourdes, *La situación de pobreza del padre determina también la de su hijo*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, España, 27 de marzo de 2015, disponible en <http://www.uclm.es/control/cesco>.

mayor efecto negativo y que por mucho tiempo han derivado en actos discriminatorios en su contra por razón de género. En ese sentido, si su derecho a recibir alimentos es en sí un derecho fundamental, los órganos jurisdiccionales deben impartir justicia con base en una perspectiva de género, al dirimir el pago de alimentos sometido a su consideración. En esta tarea trascendental, las/os juzgadoras/es deben evaluar en sus resoluciones, la pertinencia de que subsista el deber alimentario en favor de las mujeres a la luz de los principios de proporcionalidad y solidaridad familiar cuando asuman una doble carga laboral, se hayan dedicado al hogar o al cuidado de los hijos, o bien, se les presente alguna enfermedad que las inhabilite para el trabajo o se vean menguadas en su capacidad por edad avanzada u otro motivo que les impida satisfacer sus necesidades básicas. Estas causas objetivas, reales y legítimas de necesidad alimentaria les merman a las mujeres, en mayor medida, su capacidad para el logro de la autonomía económica y, ante una eventual separación de su pareja, les pueden generar serias dificultades para lograr su reinserción en el mercado laboral a fin de allegarse de los recursos necesarios para su subsistencia, lo que debe ser ponderado y solucionado en todos los asuntos en que se advierten relaciones asimétricas entre las partes.

Fuentes consultadas

Electrónicas

- García Montoro, Lourdes, *La situación de pobreza del padre determina también la de su hijo*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, España, 27 de marzo de 2015, disponible en <http://www.uclm.es/control/cesco>.

Jurisprudenciales y tesis aisladas

- Semanario Judicial de la Federación en los tomos correspondientes a la Novena y Décima Épocas, así como las sentencias de las cuales derivaron las diversas tesis y jurisprudencias invocadas en el presente trabajo.

EL EMBARAZO EN ADOLESCENTES EN MÉXICO UN PROBLEMA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

DRA. LAURA RUIZ GARCÍA*

Sumario: Introducción. I. Los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en México. II. La conformación de la población en México y la situación de la población adolescente en México. III. Consideraciones Finales. IV. Bibliografía.

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad el exponer la vulnerabilidad de las niñas y adolescentes en nuestro país ante el creciente embarazo en mujeres niñas y adolescentes como un problema de la política pública y de una carente protección a los derechos humanos y el desarrollo integral a la niñez.

Este fenómeno social debe ser atendido de manera urgente ya que ello es un factor que recrudece las causas de inequidad, desigualdad, pobreza, inseguridad y subdesarrollo en el país.

Este estudio se divide en tres apartados. En el primero de los apartados se aborda el estudio de los derechos humanos consagrados a favor de los niños, niñas y adolescentes en México. En segundo lugar se expone la situación de la conformación de la población y el problema de los crecientes casos de embarazos de adolescentes en nuestro país y el círculo que se conforma entre las causas y consecuencias de este problema social y por último en el tercer apartado se presentan las consideraciones finales en las cuales se hacen algunas reflexiones y se presentan probables esquemas de solución.

* Directora General de Asuntos Jurídicos Consejo de la Juzgatura Federal

I. Los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en México

México transformó su sistema jurídico a partir de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio del 2011 mismas que transformaron la forma de concebir y aplicar las disposiciones legales en materia de derechos humanos y por ende, de construir, la política pública nacional en la materia.

La primera de las reformas el juicio de amparo se constituye como una institución protectora de los derechos fundamentales por excelencia. La segunda, en una estrecha relación con la anterior, reconoce los derechos humanos como derechos fundamentales y establece el principio *pro persona* como una pieza fundamental en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, por lo que toda autoridad deberá actuar en lo más favorable y que brinde una mayor protección a los derechos humanos de las personas. Asimismo reconoce que los derechos humanos comprenderán tanto los establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) como en los tratados internacionales de los que México sea parte.

Es así como el artículo 1o., de la CPEUM consagra la prohibición de toda discriminación motivada por origen étnico, racial o condición de grupo, origen nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. De igual forma, postula que toda persona que se encuentre en México tiene derecho a gozar de los derechos humanos consagrados en la propia Constitución y los tratados internacionales reconocidos y de los que es parte nuestro país.

En este orden de ideas, el artículo 4o., de la CPEUM consagra el derecho de todo varón y mujer a constituir una familia y la obligación del Estado de proteger la organización y el desarrollo

de la familia. Asimismo, consagra el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; a tener una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad.

Este mismo artículo 4o., de la CPEUM consagra el derecho humano a la salud, a una vivienda digna y decorosa, a un ambiente sano para su desarrollo, a tener acceso al agua para consumo personal, a tener una identidad y ser registrado de manera inmediata a su nacimiento.

Asimismo, este precepto constitucional establece la obligación del Estado de velar y cumplir con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena los derechos de los niños y las niñas y de satisfacer sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Por tanto, el Estado mexicano está obligado a diseñar políticas públicas que cumplan con su obligación de brindar a los niños condiciones para su pleno desarrollo en un marco de armonía y felicidad.

En México en la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley General) en su artículo 5o., reconoce como niñas y niños los menores de 12 años, y adolescentes las personas de entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad. Esto es conforme con lo establecido en la Convención sobre los derechos de los niños (CSDN) en su artículo 1o., es importante mencionar que la Ley General se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014 y su contenido es armónico con la CSDN.

Dentro de esta Ley General se reconocen de manera enunciativa y no limitativa como derechos de este grupo poblacional los siguientes: Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; derecho de prioridad; derecho a la identidad; derecho a vivir en familia; derecho a la igualdad sustantiva;

derecho a no ser discriminado; derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral; derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal; derecho a la protección de la salud y a la seguridad social; derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad; derecho a la educación; derecho al descanso y al esparcimiento; derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura; derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información; derecho de participación; derecho de asociación y reunión; derecho a la intimidad; derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso; derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes; derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet.

Lo anterior es conforme con los siguientes instrumentos internacionales que son obligatorios para el sistema jurídico en México:

- a) Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño.
- b) Declaración de los Derechos del Niño de 1959.
- c) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
- d) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Ratificada por México en 1981.
- e) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Ratificada por México en 1981.
- f) Convención sobre los derechos del niño (CSDN) de 1989. Ratificada por México en 1990.

En la CSDN reconoció que los niños requieren de protección y apoyo de sus familias y de la sociedad. Que la familia constituye el núcleo fundamental de la sociedad. Es en la familia el punto de donde surge el crecimiento y bienestar de los miembros que conforman un país. De la familia, en particular, los niños demandan la protección y asistencia de la familia y del propio Estado para asumir plenamente su desarrollo e integración dentro de la sociedad.

En este orden de ideas, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha reconocido que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en sus artículos 17.1 y 19 establecen el derecho de los niños a vivir con su familia, y principalmente con la familia biológica, por tanto el Estado se encuentra obligado a fortalecer las medidas de protección para que el niño o niña se desarrolle con su familia como un elemento principal. Asimismo, esto implica que de no poder vivir el menor de edad con su familia, lo cuiden y permitan su desarrollo integral en otro seno familiar. Por lo que en este sentido, la obligación del Estado consiste en garantizar que los menores que se encuentran en un estado de abono puedan contar con un entorno familiar de acogimiento alternativo que garantice su pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.¹

Hoy en día la edad no puede ser considerada como un elemento vinculado a la incapacidad jurídica, dado que las niñas, niños y adolescentes pueden actuar dentro de la propia causa en defensa de sus derechos.

Ha sido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) la que ha fijado como criterio que el interés superior del niño, niña o adolescente es un principio de rango constitucional implícito en la regulación de los derechos de las personas menores de 18 años que se encuentra reconocido en el artículo 4o., de la CPEUM². La minoría de edad demanda de todo estado de derecho el irrestricto respeto a la dignidad de la persona y al desdoblamiento de la administración gubernamental para proteger y cuidar en todo momento el sano e integral desarrollo de la niñez.

La Primera Sala de la SCJN ha establecido que el interés superior del niño en términos de lo establecido por el artículo 7 de la CSDN previó que el niño tiene derecho a un nombre, a una

¹ Tesis: 1a. CCLVII/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 22, Tomo I, septiembre de 2015, p. 303.

² Tesis: 1a. XIVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXIII, abril de 2011, p. 310.

nacionalidad y en lo posible a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. De igual manera precisa que son principios rectores de la protección de los menores el del interés superior de la infancia y el de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales. En este sentido todo menor tiene derecho a conocer su origen, nacionalidad, el nombre de sus padres y todo dato que le permita un pleno desarrollo a su personalidad, a partir de su propia identidad y del derecho a que sus progenitores le provean de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo pleno e integral.³

La CSDN reconoce que los niños para alcanzar el desarrollo integral de su personalidad requieren crecer en el seno de su familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. El interés superior del niño implica el asegurar el pleno disfrute de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

El derecho a la vida, a un libre desarrollo, a la educación de calidad, el respeto a su integridad, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, constituyen algunos de los derechos humanos reconocidos en la CSDN, al igual que la obligación de los Estados en adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

De lo anterior se desprende que el desarrollarse en el núcleo familiar, constituye un pilar fundamental en el derecho humano de los niños, niñas y adolescentes. La carencia de familia en un menor, despersonaliza su desarrollo y provoca en él un daño que

difícilmente es reparable por la sociedad y por el Estado, de ahí que este último debe garantizar que los menores puedan en la medida de lo posible crecer y desarrollarse en un entorno familiar.

II. La conformación de la población en México y la situación de la población adolescente en México

De acuerdo a las cifras de pobreza 2016 del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) en México para el año 2016 habían 53.4 millones de personas, es decir un 43.6% de la población de nuestro país y 9.4 millones de personas lo que representa el 7.6% de mexicanos viven en pobreza extrema.⁴

La población en México para el año dos mil cinco era de 103'263,388 millones de personas de los cuales el 51.3% corresponde a mujeres, cinco años más tarde esta población se incrementó a 112' 336,538 millones de personas el 51.2% corresponde a mujeres y para el año 2015 la población según cifras del INEGI de 119,938,473 millones de personas de las cuales el 51.4% corresponde a mujeres. El rango de mayor número de población se encuentra en las edades de 10 a 24 años en mujeres y hombres, seguido del rango de edades de 40 a 44 años para ambos sexos. El rango de edad media poblacional es de 27 años y por cada 94.4 hombres hay 100 mujeres. Por cada 52.8 personas dependientes hay 100 personas en edad productiva⁵.

En materia de salud nuestro país presenta un resago significativo, dado su esquema de salud fragmentado, marcado por las grandes inequidades en el acceso y calidad de atención. Su sistema de salud es calificado como inefficiente e indiferente a la necesidad de salud de su población. Su sistema se ha erosionado dado su verticalidad, no responde a las necesidades cambiantes de la sociedad y los individuos en un nuevo ciclo de vida.

⁴ CONEVAL. Cifras de Pobreza. Consulta realizada en página Web: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>. Fecha de consulta 29 de abril de 2018.

⁵ INEGI. Indicadores de Población 2015. Consulta realizada en página Web: <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/estructura/> Fecha de consulta. 30 de abril de 2018.

³ Tesis: 1a. CXII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVI, julio de 2007, p. 265.

La perspectiva de vida de los mexicanos está en el sitio más bajo de los países integrantes de la OCDE y los problemas de obesidad y diabetes son de los más altos; frente a una población más pobre ante los problemas endémicos de pobreza que vive el país, los jóvenes en más de un 22% no cuenta con trabajos formales, por lo que no accede a sistemas de salud que le garanticen una pronta atención, lo que limita los recursos disponibles para acceder a la salud más aún que el ingreso per cápita es el más bajo de los miembros de la OCDE y el gasto público en la materia es igualmente el más bajo de los países de la OCDE. Los sistemas de salud en México sufren de desabasto de equipamiento y medicamentos, amén de una deficiente condición de sus instalaciones, los niños en condiciones de pobreza no acceden a los sistemas de salud y menos aún en condición de prevención.⁶

Uno de los factores esenciales en un Estado es la educación, con la cual todo país puede alcanzar el desarrollo humano de las personas y su plena integración social. México de acuerdo a los Resultados Pisa 2015 ocupa de los sitios más bajos en aprovechamiento educativo.⁷

En México adicionalmente existe un bajo nivel de educación entre mujeres y hombres, las mujeres presentan niveles de rezago más altos que los hombres, sobre todo si están en condición de pobreza, aunque entre los más jóvenes las brechas se reducen.

En el año 2016, la brecha educativa entre ambos sexos se ubicó en 6.5 puntos porcentuales⁸. Esto implica que en nuestro país los derechos de los niños a un pleno desarrollo se encuentran muy alejados de los países desarrollados y en consecuencia profundizarán las brechas de desigualdad y pobreza de no ser

⁶ OCDE. Estudios de la OCDE sobre los Sistemas de Salud MÉXICO. DIAGNÓSTICO Y RECOMENDACIONES 2016. Consulta realizada en página Web: <https://www.oecd.org/health/health-systems/OECD-Reviews-of-Health-Systems-Mexico-2016-Assessment-and-recommendations>. Fecha de consulta 29 de abril de 2018.

⁷ OCDE. Resultados Pisa 2015. Consulta realizada en página Web: <https://www.oecd.org/pisa/pisa-2015-results-in-focus-ESP.pdf>. Fecha de consulta. 30 de abril de 2018.

⁸ CONEVAL, Cifras de Pobreza 2016. op. Cit.

combatidos con mayor firmeza, lo que no garantiza ni el mínimo de derechos fundamentales para tener una vida digna.

Las graves inequidades y desigualdades que viven las mujeres y las niñas ponen en una situación sumamente difícil el desarrollo y el bienestar de la población en México. Dentro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio se establecieron el reducir las brechas de pobreza y desigualdad de la mujer, ello se alcanzaría con medidas que incluyeran la escolarización a favor de las niñas en niveles superiores a los básicos, mejores condiciones de salud reproductiva, incluyendo la planificación familiar, el incremento en el control y posesión de activos a favor de las mujeres, la capacidad de la mujer de decidir sobre su propia persona y las condiciones de su vida, respaldar su empoderamiento dentro de la sociedad, respaldar el liderazgo e influencia de la mujer y frenar la violencia de género, entre algunos otros.

Es importante mencionar el vínculo indisoluble que se da entre educación y salud sexual en el caso de niñas, adolescentes y mujeres adultas. A mayor nivel de educación, menor índice de natalidad y de mortalidad por casos de salud reproductiva.

De acuerdo a los estudios del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) de cada 9 niñas 1 se casa antes de los 15 años, aproximadamente el 10% de las adolescentes se convierte en madres antes de los 16 años de edad. Dentro de las principales causas de muerte de las adolescentes se encuentra el embarazo y el parto. Las niñas tienen el triple de probabilidades que los niños de padecer violencia sexual, aún en las comunidades más atrasadas en México la violencia doméstica no constituye un delito; en el mundo más de 603 mujeres viven en un país donde la violencia en su contra no es sancionada⁹.

⁹ UNICEF. El embarazo adolescente está ligado a la falta de oportunidades y la violencia sexual. Consulta realizada en página Web: https://www.unicef.org/mexico/spanish/noticias_28872.html. Fecha de consulta. 28 de abril de 2018.

Los hogares en los cuales las niñas tienen poco acceso a la educación generan problemas de procreación a temprana edad, es por ello que la pobreza se encuentra ligada a las mayores causas de embarazos en adolescentes y a problemas de salud sexual por enfermedades infecto-contagiosas como el VIH. Estas situaciones se encuentran ligadas a condiciones de escaso control en la decisión sexual y reproductiva de las mujeres y a problemas de violencia causados por situaciones sociales de inseguridad.

Las mujeres adolescentes tienen relaciones sexuales a una edad muy pronta, sin embargo el acceso que tiene a los medios de educación preventiva son muy escasos, por ello, el uso de preservativos no es accesible para ellas, más aún que por condiciones económicas no acceden a sistemas de salud preventiva, lo que hace más probable el hecho de que en su primera relación queden embarazadas.

Un alto porcentaje de las adolescentes quedan embarazadas sin que ello haya sido su objetivo, la gran mayoría no hizo uso de preservativos. En el caso de aquellas que hace uso de un preservativo, su conocimiento es a partir de su utilización y sin orientación médica, de ahí que no cuenten con instrumentos que les permita adoptar medidas de planificación familiar y se constituyen en un grupo sumamente vulnerable para adquirir enfermedades como el VIH y otras de transmisión sexual.

Si bien el uso de los anticonceptivos se incrementó en los años noventa, lo cierto es que ante el incremento económico de los mismos y el engoramiento de la pobreza en México hace que el riesgo de quedar embarazada por las adolescentes se incremente. Aunado a ello, el aumento en las prácticas de aborto riesgozo se ha hecho presentes en el incremento de mortalidad infantil, tanto para las madres adolescentes como para el producto.

De acuerdo a los estudios realizados por la UNICEF, en los países en los que el aborto no está regulado, se dan los mayores

casos de mortandad por esta práctica que se realiza a la sombra y ante el ocultamiento de la autoridad en condiciones insalubres y por personas no profesionales. Sin embargo podemos sostener que éste no constituye el problema, sino que el problema está en los niveles de pobreza extrema, en la falta de educación, en las condiciones de desamparo y la falta de valores con las que una gran parte de la población infantil en México se encuentra.

El embarazo en adolescentes es signo de violencia en muchos de sus casos, en otros de desatención familiar y social, empero en todos es un símbolo de pobreza, de desinformación, de alejamiento a los cuidados y protección de la familia y de la propia sociedad, es por ello que el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha establecido la responsabilidad de los Estados en adoptar las medidas necesarias que eliminan cualquier forma de discriminación y violencia contra las mujeres, ya que este constituye un fenómeno universal que acrecienta la desigualdad entre mujeres y hombres y forma una plaga en todas las culturas, países, regiones y generaciones, que empobrece y daña a las mujeres, a sus familias y a la sociedad en su conjunto y que en México no ha encontrado un esquema de control efectivo.

En el 2017 un total de 349,474 niños, niñas y adolescentes fueron víctimas de algún delito violento; el 63% de las niñas y adolescentes entre 1 y 14 años experimentaron casutigo ya sea físico o psicológico en su hogar. De acuerdo a los datos proporcionados por la OCDE, los jóvenes en nuestro país enfrentan una grave situación ya que las tasas de embarazo adolescente en México es la más alta en la OCDE con 64 casos por cada mil, sus probabilidades de empleo son menores, así como las de educación y capacitación¹⁰.

¹⁰ OCDE. Presentación del Estudio OCDE sobre Políticas de Género en México 10 de enero 2017. Consulta en página Web. <http://www.oecd.org/mexico/presentacion-del-estudio-ocde-sobre-politicas-de-genero-en-mexico>. Fecha de consulta. 30 de abril de 2018

Como podemos observar el alto índice de embarazos de adolescentes en México tiene un origen multifactorial como lo son: la desigualdad, la pobreza, la falta de educación en un grupo muy amplio de la población en México y en un gran problema de desintegración familiar, social y de pulverización de los valores de la sociedad, estas causas a su vez se transforman en consecuencias que afectan a la libertad de decisión de las mujeres y principalmente de las niñas y adolescentes en su desarrollo, en su libertad sexual, en su salud en su empoderamiento y crecimiento integral, causa de uno de los problemas más sensibles en la nación mexicana.

El embarazo de niñas y adolescentes, genera una doble vulnerabilidad a los derechos humanos y al desarrollo integral de la niñez dos son los menores afectados la niña o adolescente embarazada y el producto de ese embarazo que es un menor que potencialmente vivirá en condiciones de desventaja ante la condición en la que se da su nacimiento. Es por ello que el tema resulta ser de vital trascendencia para nuestro país.

A continuación realizaremos algunas reflexiones finales y posibles soluciones.

III. Consideraciones Finales

Uno de los objetivos fundamentales de todo Estado debe ser el otorgar un ambiente de bienestar a su población principalmente a la infancia uno de los grupos poblacionales vulnerables que constituyen la base del futuro de su nación.

Como se ha visto a lo largo del presente estudio, el sistema jurídico en México reconoce el derecho a un pleno e integral desarrollo para la niñez, los derechos humanos se reconocieron en el marco constitucional haciendo propio el marco internacional, pero ello ha sido insuficiente dado que del año 2011 en que se dieron las reformas a la fecha, los índices de pobreza en México se han recrudecido, los sistemas de salud se han desgastado y hoy son insuficientes, ineficaces e incapaces de poder brindar a

la sociedad condiciones de salud preventiva dado su desabasto tanto en medicamentos como en equipamiento y deficiente infraestructura.

Por otro lado, nuestros niveles de educación están por debajo de la media mundial, ya que nuestro país ocupa dentro de los países de la OCDE ocupa el más bajo con un profundo deficiente en el aprendizaje infantil a causa entre otros factores, de la desnutrición profunda por los niveles de pobreza y extrema pobreza en la que se encuentra más de la mitad de la población en nuestro país.

Adicionalmente los altos índices de violencia que se viven exponen a la población a un sin fin de riesgos entre ellos al de la pérdida de su vida.

Ante este panorama tan desalentador, tenemos que reconstruir el tejido social que en toda sociedad tiene como núcleo fundamental a la familia. Es precisamente en la familia donde podemos encontrar las principales posibilidades de control del problema de embarazo en adolescentes.

La comunicación forma parte de la solución, es indispensable que las madres de familia estén atentas a los problemas de violencia intrafamiliar y con lo que se reducen los riesgos de embarazos o abusos sexuales en los que las niñas y adolescentes son víctimas.

Por otro lado, los sistemas de salud deben dejar la verticalidad histórica que le ha dejado en una lastimera incapacidad de atención a la sociedad de todos los estratos sociales. Es necesario que los sistemas de salud se replantíen ante una creciente población laboral informal que no accede a los sistemas tradicionales de salud.

Sin educación que llegue a las zonas más abandonadas del país es imposible pensar en disminuir los embarazos en adolescentes; que generarán un número poblacional con mayor probabilidad de pobreza y miseria, no únicamente en el marco económico sino en el cultural, moral, educativo y social.

Mayor educación, mayor equidad y mayor igualdad reducen los niveles de desigualdad y pueden generar un menor riesgo para la niñez de exponer su pleno desarrollo y su libre determinación personal.

Aunado a lo anterior, es menester contar con programas que impulsen los valores y la necesidad de integrar a la familia.

Consolidar programas de asistencia a familias en condiciones de pobreza y en estos programas incentivar la educación cívica, ética y moral a fin de inculcar valores que reestablezcan a la familia como pilar fundamental de la sociedad.

El Estado debe impulsar medidas de prevención reproductiva y atención a menores en educación sexual y de desarrollo personal. De igual manera, debe generar mecanismos que favorezcan la adopción para aquellos menores que se encuentran en condición de abandono.

Educación es uno de los móviles fundamentales para generar un pleno desarrollo a la niñez y en la familia se fundamentan los valores que hacen un niño, niña y adolescente un mejor mexicano.

IV. Bibliografía

Libros

- Juan A. Cruz Parcero y otro, Coordinadores. Debates constitucionales sobre derechos humanos de las Mujeres, ed. Fontamara y SCJN, México, 2012.
- Juan A. Cruz Parcero y otro, Coordinadores. Derecho de las Mujeres, ed. Fontamara y SCJN, México, 2012.
- Juan A. Cruz Parcero y otro, Coordinadores. Mujeres, Familia y Trabajo, ed. Fontamara y SCJN, México, 2014.
- Vélez, Félix. “Epílogo. Reflexiones y Recomendaciones del Secretario General de Población”, en: Valdés, L. (Coord.) Hacia una nueva Ley General de Población. México, UNAM. 2013.

Material electrónico

- Claudio Stern, El embarazo en la adolescencia como problema público: una visión. <https://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S0036-36341997000200008>
- CONEVAL. Cifras de Pobreza. Consulta realizada en página Web: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>. Fecha de consulta 29 de abril de 2018.
- Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENO), 2016
- <https://www.oecd.org/mexico/43590178.pdf>
- INEGI. Estadística a propósito del día de la madre. www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2017/madre2017_Nal.pdf
- INEGI. Indicadores de Población 2015. Consulta realizada en página Web: <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/estructura/> Fecha de consulta. 30 de abril de 2018.
- INEGI. Natalidad y Fecundidad. www.beta.inegi.org.mx/temas/natalidad/
- La respuesta de la OMS. <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/adolescent-pregnancy>
- Mario Bronfman y Catalina Denman Salud reproductiva. Temas y debates, En página Web: <http://www.colson.edu.mx:8080/portales/docs/Salud%20reproductiva.pdf>
- MEXICO Country Highlights OECD (2009), Doing Better for Children.
- OCDE. Estudios de la OCDE sobre los Sistemas de Salud MÉXICO. DIAGNÓSTICO Y RECOMENDACIONES 2016. Consulta realizada en página Web: <https://www.oecd.org/health/health-systems/OECD-Reviews-of-Health-Systems-Mexico-2016-Assessment-and-recommendations>. Fecha de consulta 29 de abril de 2018.

- OCDE. Presentación del Estudio OCDE sobre Políticas de Género en México 10 de enero 2017. Consulta en página Web. <http://www.oecd.org/mexico/presentacion-del-estudio-ocde-sobre-politicas-de-genero-en-mexico>.
- OCDE. Resultados Pisa 2015. Consulta realizada en página Web: <https://www.oecd.org/pisa/pisa-2015-results-in-focus-ESP.pdf>. Fecha de consulta. 30 de abril de 2018.
- OMS. El embarazo en la adolescencia. www.who.int/mediacentre/factsheets/fs364/es
- UNICEF. El embarazo adolescente está ligado a la falta de oportunidades y la violencia sexual. Consulta realizada en página Web: https://www.unicef.org/mexico/spanish/noticias_28872.html
- Prevención del aborto peligroso. <http://www.who.int/es/news-room/detail/28-09-2017-worldwide-an-estimated-25-million-unsafe-abortions-occur-each-year>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Ratificada por México en 1981.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Ratificada por México en 1981.

Instrumentos legales

c.1 Nacionales

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley General de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

c.2 Internacionales

- Convención Americana sobre derechos humanos
- Convención sobre los derechos del niño (CSDN) de 1989. Ratificada por México en 1990.
- Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño.
- Declaración de los Derechos del Niño de 1959.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

CAPÍTULO
III

ACCESO A LA JUSTICIA, DEBIDO
PROCESO Y PROTECCIÓN
JUDICIAL

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA.

EL ACCESO A LA JUSTICIA.

INTERPRETACIÓN DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL

(Publicada en el D.O.F. el 15 de septiembre de 2017).

*DR. RUBÉN DAVID AGUILAR SANTIBÁÑEZ**

SUMARIO: *Introducción. I. Artículo 17 Constitucional: Derecho humano de acceso integral a la justicia. II. Tutela judicial efectiva, como acceso a la justicia por la vía jurisdiccional. III. Armonización con el derecho convencional. IV. Reforma al artículo 17 Constitucional, publicada en el D.O.F. el 15 de septiembre de 2017. 1. Origen de la reforma: Diálogos por la justicia cotidiana. 2. Iniciativa de reforma: exposición de motivos. V. Herramientas interpretativas para hacer operativo el nuevo principio constitucional, desde la función jurisdiccional. 1. Interpretación conforme. 2. Principio pro persona. a) Vigencia del principio *in dubio pro actione* (en caso de duda favorecer la procedencia de la acción). 3. Principio de proporcionalidad. VI. Aplicación del nuevo principio constitucional, en asuntos resueltos recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. VII. Asuntos resueltos por el Magistrado del Décimo Tribunal Unitario del XV Circuito, en que se efectuó pronunciamiento sobre el alcance de la reforma al artículo 17 Constitucional de referencia. Conclusión.*

Introducción

Dada la gran trascendencia que representa para la función jurisdiccional la reforma constitucional de referencia, en la que se instituye como **nuevo principio de acceso a la justicia, la obligación de privilegiar la resolución del fondo de la cuestión**

* Magistrado del Décimo Tribunal Unitario del Decimoquinto Circuito en Mexicali, Baja California, México

planteada por encima de formulismos innecesarios, es que se aprovecha esta oportunidad para reflexionar sobre el alcance del derecho humano de acceso a la justicia a la luz del mencionado principio, así como las herramientas con que cuenta el juzgador para hacer operativo el mismo en la práctica cotidiana de su función, y con ello lograr el imperativo de hacer efectiva la tutela de los derechos de las personas que acceden al servicio público de administración de justicia, en clara armonización con el postulado recogido en el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.¹

I. Artículo 17 Constitucional: Derecho humano de acceso integral a la justicia

De acuerdo a la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los **derechos humanos** pueden concebirse como exigencias o valores inherentes a la naturaleza del ser humano como persona, esto es, como ente dotado de razón y con una dignidad;² entendida esta última como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.³

Es, precisamente, del valor superior de dignidad humana, que se derivan exigencias de **seguridad, libertad e igualdad**, necesarias e indispensables para que la persona pueda desarrollarse en sociedad, las cuales han de fundamentar los distintos derechos humanos reconocidos en los textos constitucionales y convencionales.⁴

1 Adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, el 02 de mayo de 1948.

2 Véase ejecutoria de la Contradicción de tesis 374/2016, de la que derivó la Jurisprudencia de rubro: “PERSONAS MORALES OFICIALES. CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN SU CARÁCTER DE AUTORIDAD, CON INDEPENDENCIA DE LAS VIOLACIONES QUE ADUZCAN.” Registro 2015321.

3 Tesis aislada 1^a./J.37/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t.II, agosto de 2016, p. 633.

4 FERNÁNDEZ, Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, Anuario de Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Madrid, pág. 108.

Para efectos del presente trabajo, interesa precisar que, el valor **seguridad** fundamenta los **derechos personales y derechos de seguridad individual y jurídica**, que son los más estrechamente vinculados con la idea de dignidad humana, entre los cuales se encuentran los derechos a la vida, integridad física, libertad de conciencia y pensamiento, derecho a la legalidad de las penas, y **las garantías procesales**,⁵ siendo entre estas últimas que se encuentra **el derecho de acceso a la justicia**, en los términos concebidos en el artículo 17 Constitucional, y en el derecho convencional contemplado como parte de las **garantías judiciales** en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o más específicamente como **derecho a un juicio justo**, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, formando parte del núcleo duro de derechos cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse aun en estados de emergencia (conocido en el ámbito internacional como *ius cogens*), estipulado en el sistema jurídico mexicano, en el segundo párrafo del artículo 29 Constitucional.⁶

En efecto, en el sistema jurídico mexicano, el **derecho humano de acceso a la justicia** se encuentra reconocido en el artículo 17 Constitucional, cuyo alcance doctrinal puede obtenerse de la definición que proporciona Mario I. Álvarez, en el sentido de que dicho derecho se traduce en:

...una facultad de acceder, en condiciones de igualdad, al sistema de medios jurisdiccionales y no jurisdiccionales por virtud de los cuales las instituciones del Estado prevén, amparan y sancionan, eficazmente, cualesquier actos u

5 FERNÁNDEZ, Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, Anuario de Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Madrid, pág. 109.

6 Art. 29. [...] En los decretos que se expidan, **no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos** a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; **ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos**.

omisiones que pudieran vulnerar o vulneren los derechos humanos fundamentales reconocidos por el Derecho nacional e internacional.⁷

Por su parte, Karlos Castilla aporta una diversa definición conceptual, más integral, exacta y precisa, al señalar que el acceso a la justicia es:

El deber primario del Estado y derecho humano-garantía del que gozan todas las personas, sin distinción alguna, para que por medio de leyes claras y sencillas o con el apoyo de un profesional del derecho calificado, puedan acceder de manera individual o colectiva por medio de un recurso efectivo, a cualquier mecanismo establecido o reconocido por ley para la solución de controversias y determinación de derechos-libertades y obligaciones, a fin de que dentro de éste de manera equitativa y atendiendo a los márgenes y parámetros de eficiencia y eficacia, así como de respeto de los derechos humanos que brindan las garantías del debido proceso y el principio pro persona, se dicte una resolución que dé solución al problema planteado de manera equitativa y justa hasta lograr el cabal cumplimiento de ésta, con el objetivo de que toda persona, en la vida diaria, pueda realizar las conductas que sean necesarias para desarrollar su proyecto vital y una ciudadanía efectiva que a su vez nutra la consolidación de un Estado democrático y social de derecho, por medio de la redistribución de la dignidad e igualdad y un desarrollo con equidad de todas las personas.⁸

Acorde con tales definiciones, en relación con el contenido del artículo 17 Constitucional y su interpretación jurisprudencial, es dable establecer que los elementos que componen el acceso a la justicia, son los siguientes:

⁷ ALVAREZ Ledesma, Mario; *Introducción al Estudio del Derecho*, Mc Graw Hill, segunda edición 2010; pag. 373.

⁸ CASTILLA Juárez, Karlos Artemio, *Acceso efectivo a la justicia, elementos y caracterización*, editorial Porrúa, México, 2012, pág. 223

- a) prohibición de autotutela
- b) derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (ante tribunales imparciales e independientes, que la impartirán de manera pronta, completa y gratuita).⁹
- c) deber de privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.
- d) acceso al proceso jurisdiccional mediante acciones colectivas.
- e) acceso a los mecanismos alternativos de solución de controversias
- f) explicación en audiencia pública de las sentencias en los procedimientos orales.
- g) garantía de plena ejecución de las resoluciones.
- h) acceso al servicio de defensoría pública de calidad.
- i) prohibición de ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Cabe precisar que, con la reforma de junio de 2008, mediante la cual se incluyeron medidas para acceder a los medios alternativos de solución de controversias (mediación, conciliación y junta restaurativa), se expandió el derecho de **acceso a la justicia a vías no jurisdiccionales** para la resolución de conflictos; lo cual constituye una forma alterna para lograr la tutela efectiva de derechos humanos.

II. Tutela judicial efectiva, como acceso a la justicia por la vía jurisdiccional

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre el tema, la tutela judicial efectiva puede definirse como “**el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso**

⁹ Tesis de Jurisprudencia 2ª./J.192/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 209.

en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión de la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión.”¹⁰

En tales términos, el citado derecho humano garantiza a los particulares el acceso ante la autoridad jurisdiccional con atribuciones legales para resolver un planteamiento concreto.

Asimismo, conforme al alcance jurisprudencial a que se ha hecho referencia, la tutela judicial se garantiza mediante el seguimiento de un **debido proceso legal**, es decir, la autoridad jurisdiccional debe proteger de manera efectiva aquellos derechos que conforman las garantías del debido proceso, que en el sistema jurídico mexicano se encuentran previstas, de manera destacada, en el artículo 14 Constitucional, identificadas por la jurisprudencia como las **formalidades esenciales del procedimiento** (derecho de audiencia conformado por la notificación del inicio del procedimiento, oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, de alegar, el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas, y el derecho a recurrir ante un tribunal de segunda instancia).¹¹

Estas etapas, requisitos o formalidades deben respetarse y garantizarse en sus términos por la autoridad jurisdiccional para poder estimar que la tutela judicial es **efectiva**, esto es, que una vez que se desahogó el proceso, se logró la resolución del asunto y, además, su plena ejecución.

Conforme a lo anterior, el **derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva** comprende tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento de su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento

hasta la última actuación y a la que concierne el derecho al debido proceso; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas.

Así lo ha destacado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Jurisprudencia 1a./J. 103/2017 (10a.), de rubro: “**DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN.**”

III. Armonización con el derecho convencional.

Conforme a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, de junio de 2011, en el primer párrafo del artículo 1º Constitucional, en correlación con el numeral 133 de la Carta Magna, se amplía el espectro de derechos humanos de que gozan todas las personas en el Estado mexicano, al estatuir el Constituyente reformador el reconocimiento de los derechos previstos en dicho Pacto Federal, así como los previstos en los Tratados internacionales de los que México es parte.

Como correlato de dicho reconocimiento de derechos, en el párrafo tercero del mencionado artículo 1º Constitucional se establecen las obligaciones generales en materia de derechos humanos, a cargo de toda autoridad del Estado, a saber, de promover, respetar, proteger y garantizar tales derechos.

A partir de esta expansión en el reconocimiento de derechos humanos, y como parte de las mencionadas obligaciones, toda autoridad con funciones jurisdiccionales debe ejercer en su labor, una armonización de las normas internas con las previstas en las convenciones y pactos de los que el Estado mexicano es parte.

En esa medida, las obligaciones en materia de derechos humanos previstas en el mencionado artículo 1º Constitucional, encuentran conexión con los artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales establecen, en su orden, las obligaciones de respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto, y de garantizar su libre y pleno

10 Tesis de Jurisprudencia 1a./J.42/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 124.

11 Tesis de Jurisprudencia P.J.47/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t II, diciembre de 1995, p. 133 y la diversa Tesis 1a.LXXVI/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, p. 299.

ejercicio, adoptando las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos.

Así, puede afirmarse que la obligación del juzgador de respetar y garantizar el derecho de acceso a la justicia en lo general, y en lo particular el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, se extiende al contenido de los artículos 8 y 25 de la referida Convención Americana sobre Derechos Humanos, reafirmando dicho Pacto uno de los postulados consagrados en la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** que le antecedió, particularmente en el numeral XVIII de dicha Declaración, en el cual se prescribe que: “*Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.*”

En efecto, dentro de las garantías judiciales que establece el artículo 8 del Pacto de San José, se reconoce el **derecho de acceso a la justicia** en forma general, es decir, abarca el derecho de cualquier persona de acudir a las **instancias estatales** previstas para procurar e impartir justicia en los términos que describe el numeral 8.1, para reclamar un derecho, con la obligación correlativa a cargo del Estado de establecer instancias suficientes, adecuadas y eficientes para ese efecto,¹² mediante la creación de normas, medios, recursos y garantías que hagan operativas las formalidades esenciales del procedimiento.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-9/87, párrafos 27, 28 y 29, observó que la expresión “**debido proceso legal**” es más exacta que el de “garantías judiciales” [como se intitula el artículo 8 de

la Convención Americana sobre Derechos Humanos]; al respecto expuso lo siguiente [énfasis añadido]:

27. [...]

Este artículo, cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención “Garantías Judiciales”, lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino **el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención**.

28. Este artículo 8 reconoce el llamado “**debido proceso legal**”, que abarca **las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa** de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

[...]

29. El concepto de **debido proceso legal** recogido por el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma. [...]

Asimismo, en relación con el término “**garantía**” utilizado en el citado artículo 8 Convencional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe No. 50/00 caso Reinaldo Figueroedo Planchart, país Venezuela, [13 de abril de 2000], párrafos 92 y 93, precisó lo siguiente [énfasis añadido]:

92. El artículo 8 de la Convención Americana establece una serie de requisitos que deben observarse en las diversas etapas procesales a fin de que pueda hablarse de verdaderas garantías judiciales. **Dicho artículo comprende distintos derechos y garantías que provienen de un**

12 Así lo estima Sergio García Ramírez, al indicar que la Jurisprudencia de la Corte IDH no ofrece aún, una connotación precisa del alcance de acceso a la justicia, por lo que a su juicio, tal derecho comprende lo estipulado en el mencionado artículo 8 de la Convención. Cfr. EL DEBIDO PROCESO Criterios de la Jurisprudencia Interamericana, Editorial Porrúa, Tercera Edición, 2016, p. 276.

valor o bien jurídico común y que considerados en su conjunto conforman un derecho único no definido específicamente, pero cuyo inequívoco propósito es en definitiva asegurar el derecho de toda persona a un proceso justo. Este derecho es una garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos en la Convención, debido a que representa un límite al abuso de poder por parte del Estado.

93. Asimismo, es fundamental recordar que tanto el artículo 8 como el artículo 25 de la Convención Americana constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales". Cabe señalar que "las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho".

Por su parte, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el **derecho humano a la protección judicial**, reflejado en el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

Del análisis de ambos numerales 8 y 25 del citado Pacto de San José, se puede concluir que aun cuando el primero de ellos se denomina "las garantías judiciales", al apreciar su contenido, como ya se indicó, se obtiene que consagra el derecho de **acceso a la justicia** en general, al garantizar la facultad de accionar en cualquier tipo de procedimiento jurisdiccional y no jurisdiccional substanciado mediante un debido proceso legal; y, el diverso precepto 25 de dicha Convención, estipula el derecho a la tutela judicial efectiva, en particular, para la protección específica de derechos fundamentales (orden procesal constitucional).¹³

13 GARCÍA Ramírez, Sergio; *El debido proceso, criterios de la Jurisprudencia interamericana*; editorial Porrúa, tercera edición, 2016, pág. 276 a 278.

El mismo Tribunal Interamericano ha precisado que el recurso consagrado en el aludido artículo 25 no es el recurso de apelación, el cual está previsto, en el artículo 8.2 h), del mismo tratado. Esta diferencia entre el derecho a la protección judicial y el derecho a la revisión, es de suma relevancia para entender cuándo se está en presencia del derecho a recurrir un fallo ante una instancia superior, en respeto al derecho al debido proceso, y cuándo se está ante la exigencia del derecho a un recurso que ampare derechos fundamentales de fuente nacional o convencional.

De acuerdo con dicha precisión, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el juicio de amparo debe considerarse como un medio de defensa diseñado para proteger los derechos consagrados en la Constitución y la Convención Americana, y no como un mecanismo de segunda instancia, esto es, un recurso que sirve de margen para la revisión de una decisión en el marco de un debido proceso.¹⁴

Tal ejercicio de armonización muestra la vigencia que tiene hoy en día el postulado recogido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, precisamente en su artículo XVIII, cuando dispone que toda persona "...debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.", lo cual deriva en la obligación del Estado de garantizar a cualquier persona el **acceso efectivo** a los tribunales, para que, mediante un procedimiento libre de obstáculos irrazonables, resuelva sobre la observancia de sus derechos fundamentales.

Así es, con respecto a la **efectividad** de las instancias para acceder a la justicia, es factible analizarla a partir de la doctrina del recurso efectivo que ha desarrollado la Corte Interamericana de

14 Tesis aislada 1^a.CXXXIX/2017 (10^a), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 47, t. I, octubre de 2017, p. 498; asimismo, la Jurisprudencia 2^a./J.12/2016(10^a), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 27, t. I, febrero de 2016, p. 763.

Derechos Humanos,¹⁵ conforme a la cual, los instrumentos, medios y recursos previstos para tal efecto no deben ser ilusorios, sino que deben dar respuesta pronta y completa a lo pedido, como también lo estipula el artículo 17 de nuestra Carta Magna.

Desde luego que el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de acceso a la justicia en general, y el de tutela judicial efectiva en particular, no tienen un alcance absoluto, sino que para lograr su operatividad en la práctica y que sean efectivos en la realidad, deben ser articulados mediante disposiciones legales que regulen los plazos y términos en que deben plantearse las instancias procesales establecidas para ello, como lo precisa el propio numeral 17 Constitucional, de manera que no pueden acogerse criterios de analogía o semejanza para la procedibilidad de cualquier medio de defensa, juicio, procedimiento o recurso; en ese sentido, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en el caso **Apitz Barbera y otros vs. Venezuela**, que en relación al debido proceso “*la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores*”, no menos cierto es que también ha mencionado en acotamiento al derecho al recurso judicial efectivo, que: “*por razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, los estados pueden y deben establecer*

15 Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 126: “[...] no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. Este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión.”

presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole.”¹⁶; lo cual encuentra armonización con el postulado recogido en la propia Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XXVIII, en el que establece que: “*Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.*”

IV. Reforma al artículo 17 Constitucional, publicada en el D.O.F. el 15 de septiembre de 2017

Mediante Decreto publicado en la mencionada fecha, el Constituyente reformador adicionó un tercer párrafo al citado numeral, en el que se establece como nuevo principio de acceso a la justicia, el **deber de privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales**, mismo que es como sigue: “...*Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales. [...]*”

1. Origen de la reforma: Diálogos por la justicia cotidiana

En noviembre de 2014 el Presidente de la República solicitó al Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) que organizara foros de consulta para elaborar un conjunto de propuestas y recomendaciones para garantizar un mayor y mejor acceso a la justicia; a lo que se denominó Diálogos por la justicia cotidiana, entendida ésta como la justicia más cercana a las personas, la que se vive día a día en las interacciones ordinarias entre personas, y que facilita la convivencia armónica y la paz social.

En dicho proceso de diálogo participaron más de doscientas personas de veintiséis instituciones de diversos sectores como investigadores, representantes de la sociedad, académicos,

16 Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) VS. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

abogados, autoridades estatales, etc., quienes se reunieron alrededor de cuatro meses en 2015, para diagnosticar problemas en el acceso a la justicia, y generar las soluciones correspondientes.

En el documento elaborado como resultado de dicho ejercicio denominado “Diálogos por la justicia cotidiana, diagnósticos conjuntos y soluciones”,¹⁷ se desprende que en la Mesa de trabajo número 8 se discutió el tema de “Resolución del fondo del conflicto y amparo”, y aun cuando se analizaron diversos problemas relacionados con el juicio de amparo, se puso de manifiesto como **diagnóstico del problema existente en la impartición de justicia** en todos los niveles y materias, e incluso en la atención de conflictos en instancias no judiciales sino administrativas, que algunos aspectos de la ley y la cultura jurídica procesalista en nuestro país, generan que en una parte importante de asuntos se resuelvan cuestiones formales o procesales y se deje de lado el verdadero problema que dio origen al juicio. Lo cual es incompatible con la impartición de justicia completa y eficaz.

Para cambiar dicha práctica, y como **propuesta de solución** se concluyó que era necesario lo siguiente:

- Por un lado, fomentar una cultura entre servidores públicos, especialmente entre juzgadores, para que prioricen la resolución efectiva de los conflictos por encima de aspectos formales o de proceso, estimando necesaria la incorporación de un nuevo principio de justicia en el artículo 17 Constitucional, como un impulso clave para propiciar que los conflictos sean resueltos de fondo.
- Por otra parte, se subrayó la necesidad de llevar a cabo una revisión exhaustiva del orden jurídico en todos los niveles para identificar aquellas disposiciones que permiten o incentivan a las autoridades a perder de vista el fondo de un conflicto ante cuestiones formales; ejercicio de revisión que se recomendó estuviera a cargo de grupos de expertos que recomiendan soluciones concretas.

17 Consultado en la página electrónica <http://www.gob.mx/justiciacotidiana>, el cinco de mayo de 2018.

2. Iniciativa de reforma: exposición de motivos

La primera propuesta de solución consistente en una iniciativa legislativa, cobró vigencia con la presentada por el Ejecutivo Federal en abril de 2016, en la que se enfatizó que formaba parte de las soluciones propuestas para mejorar el acceso a la justicia en México, por las mesas de trabajo de los Diálogos por la justicia cotidiana, en la que se identifican **dos categorías de obstáculos de acceso a la justicia**, a saber:

- Excesivas formalidades previstas en la legislación.
- Inadecuada interpretación y aplicación de las normas por los operadores del sistema de justicia.

Cabe precisar que dichos obstáculos provenientes tanto de la ley como de la práctica en la interpretación y aplicación de la misma, ya habían sido identificados en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se explica en la exposición de motivos de la citada reforma constitucional.

En efecto, desde el año de 2001 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció la Jurisprudencia de rubro: “**“JUSTICIA. ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL.”**¹⁸”, en la que puso de relieve el alcance del derecho de acceso efectivo a la justicia, previsto en el artículo 17 Constitucional, consistente en la posibilidad de las personas de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los

18 Tesis de Jurisprudencia P.J.113/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIV, septiembre de 2017, p. 5.

respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas; y, si bien el citado precepto constitucional deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos para administrar justicia, se hace hincapié en que las condiciones o presupuestos procesales deben encontrar sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Carta Magna.

Asimismo, en el año de 2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió la Jurisprudencia de título: “*GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.*”,¹⁹ en la que puso de relieve que dicho derecho humano puede conculcarse por normas que impongan **requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines** que lícitamente puede perseguir el legislador; en ese sentido, se precisó que los requisitos para el acceso al proceso no pueden considerarse inconstitucionales cuando, respetando el contenido del citado derecho fundamental estén enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guarden la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida como sería el caso del cumplimiento de plazos legales, el de agotar los recursos, etcétera.

En seguimiento de dicha línea argumentativa, en 2014 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió el amparo directo en revisión 1080/2014, emitiendo varias tesis aisladas, dos de ellas de relevancia para el tema que se analiza, ya que en la primera de rubro: “*TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL LEGISLADOR NO DEBE ESTABLECER NORMAS QUE, POR SU RIGORISMO O FORMALISMO EXCESIVO, REVELEN UNA DESPROPORCIÓN ENTRE LOS FINES DE LAS FORMALIDADES*

*Y LOS REQUISITOS PREVISTOS EN LA LEY PARA PRESERVAR LA CORRECTA Y FUNCIONAL ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.”*²⁰ el pronunciamiento se dirige al legislador, en el sentido de prohibir el establecimiento de normas que, por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón, revelen una desproporción entre los fines de las formalidades y los requisitos previstos en la ley para preservar la correcta y funcional administración de justicia; y, en la segunda tesis aislada de epígrafe: “*TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE ADMINISTRAR JUSTICIA, AL INTERPRETAR LOS REQUISITOS Y LAS FORMALIDADES ESTABLECIDOS EN LA LEY PARA LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LOS JUICIOS, DEBEN TENER PRESENTE LA RATIO DE LA NORMA PARA EVITAR FORMALISMOS QUE IMPIDAN UN ENJUICIAMIENTO DE FONDO DEL ASUNTO.*”²¹ se puntualiza un deber a cargo del juez, de resolver los conflictos sin obstáculos o dilaciones innecesarias y evitando formalismos o interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial, por lo que al interpretar los requisitos y las formalidades procesales previstos en la ley, el juzgador debe tener presente la ratio de la norma para evitar que los meros formalismos impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto.

Así, aparte del análisis de los criterios jurisprudenciales, se sustentan en la exposición de motivos dos ejes de análisis del problema y su solución, a propósito del resultado de los Diálogos por la justicia cotidiana, a saber:

Por una parte, **en el aspecto normativo del problema**, se establece que se requiere de una revisión profunda del orden jurídico en todos los niveles para identificar y ajustar aquellas disposiciones contenidas en las leyes generales, federales y en las entidades federativas que, por si mismas, impidan el acceso a la

¹⁹ Tesis de Jurisprudencia 1^a/J.42/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 124.

²⁰ Tesis aislada 1^a.CCXCIV/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 9, t. I, agosto de 2014, p. 535.

²¹ Tesis aislada 1^a. CCXCI/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 9, t. I, agosto de 2014, p. 536.

justicia, o que fomenten que se atiendan aspectos formales o de proceso en detrimento de la resolución de la controversia.

En cuanto al **aspecto interpretativo y de aplicación de la norma**, se enfatiza que en la impartición de justicia en todos los niveles y materias, las leyes se aplican de forma tajante o irreflexiva, y no se valora si en la situación particular cabe una ponderación que permita favorecer la aplicación del derecho sustantivo por encima del derecho adjetivo para resolver el conflicto, desde luego sin inaplicar este último arbitrariamente.

Se concluye en la mencionada exposición de motivos que las resoluciones favorables a los justiciables para el efecto de purgar vicios formales o procesales intrascendentes al sentido del fallo, son inconsistentes con los principios de justicia pronta y completa, ya que solo postergan la solución final del asunto.

De ahí que, al proponer la reforma al artículo 17 Constitucional, e incorporar de manera explícita el deber de privilegiar la resolución del fondo del caso por encima de los formulismos procedimentales, se busca que las autoridades jurisdiccionales se vean sometidas a su imperio, y reconozcan la razón y principio moral que subyace a la mencionada adición.

También se deja precisado en el proceso legislativo, que con dicha adición constitucional de ninguna manera se busca obviar el cumplimiento de la ley, toda vez que la efectividad del derecho de acceso a la justicia no implica pasar por alto el mandato previsto en el propio numeral 17, en su párrafo segundo, de impartir justicia **en los plazos y términos** que fijen las leyes. En tal sentido, también ya se ha pronunciado la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Jurisprudencia de rubro: “**DERECHO DE ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. SU APLICACIÓN RESPECTO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES QUE RIGEN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.**”,²²

y la diversa de epígrafe: “**PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL.**”²³

V. Herramientas interpretativas para hacer operativo el nuevo principio constitucional, desde la función jurisdiccional

Una vez que se ha analizado el origen y el contenido de la exposición de motivos que dieron pauta al citado principio estipulado en el mencionado numeral 17 de la Carta Magna, se llega a colegir que **la vigencia y aplicación de dicho mandato constitucional queda en el ámbito de la función jurisdiccional**, si se toma en consideración que la propuesta derivada de los Diálogos por la justicia cotidiana de llevar a cabo un ejercicio de revisión de todas las leyes del ordenamiento tanto federal como local para identificar aquellas disposiciones que impongan requisitos o formalismos innecesarios, es una tarea gigantesca que, en todo caso, tomará mucho tiempo en verse cristalizada en reformas legales.

Derivado de lo anterior, y toda vez que en la actualidad ya se encuentra vigente el citado principio constitucional que **obliga a privilegiar la resolución de fondo de los asuntos por encima de los formalismos procedimentales**, queda en manos de las autoridades con funciones jurisdiccionales interpretar las normas legales que contengan requisitos, condiciones o formalidades procedimentales, tanto de acceso al proceso, como de las que dependa el desahogo y continuación de los actos procesales que conforman cada una de las etapas del procedimiento, hasta culminar con el dictado de la resolución, e incluso su ejecución; y, toda vez que este tipo de disposiciones legales son susceptibles de incidir en el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos de acceso a la justicia en general, y de tutela judicial efectiva en

²² Tesis de Jurisprudencia 2^a/J.98/2014 (10^a), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 909.

²³ Tesis de jurisprudencia 2^a/J. 56/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 6, t. II, mayo de 2014, p. 772.

específico, relacionados con los derechos sustantivos que se encuentren implicados en el fondo del asunto, entonces resulta dable que **esa labor de interpretación se lleve a cabo con las pautas hermenéuticas que autorizan tanto la interpretación conforme, como el principio pro persona**, previstos en el párrafo segundo del artículo 1º Constitucional, que dispone: “*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.*”

Así, al utilizar estos medios interpretativos que proporciona el sistema jurídico, el juzgador garantiza una configuración óptima de los derechos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 17 Constitucional, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales previstas en el numeral 1º de nuestra Carta Magna, y armonizadas con el deber de respeto y garantía estipulados en los numerales 1º y 2º del citado Pacto de San José, a los cuales ya se hizo referencia.

1. Interpretación conforme

Para hacer operativo dicho criterio interpretativo, el juzgador debe agotar todas las posibilidades de encontrar en la disposición normativa impugnada **un significado que la haga compatible con la Constitución o con algún instrumento internacional** (lo que deriva de la existencia de un legislador racional y por ende de la presunción de constitucionalidad de las leyes que emite).

Así, en caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión, el operador jurídico debe elegir aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto en la Constitución, por ejemplo, al efectuar la interpretación de una disposición legal que contenga requisitos, condiciones o formalidades procedimentales, debe entenderse su contenido (más allá de su alcance literal o

gramatical) en el sentido (o conforme) al valor, principio o derecho humano que conforman el acceso integral a la justicia contenido en la Constitución.

Dicha técnica interpretativa está íntimamente vinculada con el principio de interpretación más favorable a la persona, pues mientras **la interpretación conforme supone armonizar el contenido de la disposición legal con el texto constitucional, el principio de interpretación más favorable a la persona potencia o maximiza significativamente la interpretación conforme**, al obligar al operador jurídico a maximizarla en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma; así se encuentra dispuesto en la Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “**“INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA.”**²⁴

Un ejemplo del ejercicio interpretativo a que conduce el principio de **interpretación conforme**, es el efectuado por la Primera Sala en el Amparo en revisión 501/2014, del que derivó la tesis aislada 1ª. CXLVII/2015, de rubro: “**RESPONSABILIDAD AMBIENTAL. DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 29 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, SE DESPRENDE QUE LA PRESCRIPCIÓN QUE PREVÉ INICIA A PARTIR DE QUE SE CONOZCAN LOS DAÑOS PRODUCIDOS Y SUS EFECTOS.**”, en donde apreció que del precepto legal aplicable derivaban dos interpretaciones respecto del cómputo del inicio del plazo para que opere la prescripción de la acción, optándose por la interpretación que hace más eficaz la acción y por ende, el debido acceso a una tutela judicial efectiva.

²⁴ Tesis Jurisprudencia 1a./J. 37/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 42, t. I, mayo de 2017, p. 239.

2. Principio *pro persona*

Tal pauta interpretativa es de gran utilidad ante: i) problemas de aplicación entre dos normas de derechos humanos, y ii) problemas de interpretación de una norma de derechos humanos.

En el primer caso, cuando un mismo derecho está reconocido en dos fuentes, por ejemplo en la Constitución y en Tratados Internacionales, para elegir la norma deberá atenderse a aquélla que favorezca más a la persona. Es decir, en caso de que exista diferencia entre el alcance o la protección del derecho en dichas normas, deberá prevalecer aquélla que represente una mayor protección para la persona, o que implique una menor restricción.²⁵

En el segundo supuesto, ante una norma en que se encuentra implicado un derecho humano que puede ser interpretada en más de un sentido y alcance, en cuyo caso, el operador jurídico debe decidirse por la interpretación de dicha norma que sea la más extensiva o protectora del derecho humano, o en su caso, por aquella interpretación que sea la menos restrictiva del derecho en cuestión.

Ahora, cobra especial relevancia para los efectos de la aplicación del **principio pro persona** en su vertiente de preferencia interpretativa (que como ya se mencionó implica que, ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal se debe optar por aquella que conduzca a una mejor y más amplia protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restringan o limiten su ejercicio), hacer referencia a los subprincipios que, según la doctrina derivan del citado criterio hermenéutico, mismos que encontramos en las diferentes materias que integran el sistema jurídico, a saber: En materia penal: *in dubio pro reo* (en caso de duda razonable procede absolver); *favor libertatis* (asegurar la libertad antes que la detención); en materia común: *favor debilis* (en favor de las víctimas, a favor del más débil en cualquier tipo

²⁵ Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 107/2012 (10^a), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XIII, t. 2, octubre de 2012, p. 799.

de relación, por ejemplo, en materia de consumidores, etc); en materia laboral: *in dubio pro operario* (mayor protección derechos del trabajador).²⁶

a) Vigencia del principio *in dubio pro actione* (en caso de duda favorecer la procedencia de la acción)

A los citados criterios interpretativos, se suma el principio que adquiere relevancia para el tema en análisis, que es el denominado ***in dubio pro actione***, que implica que, en caso de duda, se debe mantener el procedimiento y llevarlo hasta el final; por medio de este principio se busca que la persona pueda acceder a la justicia, ya que los requisitos, condiciones o formulismos procedimentales deben ser interpretados de forma tal que se privilegie el mayor grado de efectividad del derecho y pueda ser iniciado el proceso.²⁷

En tal sentido, el **principio pro persona** es un elemento configurador del derecho de acceso a la justicia, al atacar de manera frontal las barreras normativas, jurisdiccionales, e incluso jurisprudenciales, derivadas de la cultura formalista de algunos juzgadores.

Así se pone de manifiesto en diversos criterios de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuyos asuntos aplicó el principio ***pro actione*** para privilegiar el derecho a una tutela judicial efectiva, siendo algunos de ellos, los siguientes:

"RECURSO DE RECLAMACION. LA FALTA DE CERTEZA SOBRE SU PRESENTACIÓN EN LA OFICINA DE CORREOS NO DA LUGAR A SU DESECHAMIENTO POR EXTEMPORÁNEO." (tesis aislada 1^a. LXXXV/2017 de la Primera Sala, registro 2014696).

"INCIDENTE DE FALTA DE PERSONALIDAD. SU IMPULSO PROCESAL INTERRUMPE EL TÉRMINO PARA QUE OPERE

²⁶ CASTILLA Juárez, Karlos Artemio; Acceso efectivo a la justicia, elementos y caracterización, editorial Porrúa, 2012, pág. 187 y 188.

²⁷ Ídem, pág., 189.

LA CADUCIDAD EN EL JUICIO PRINCIPAL (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCION V, DEL ARTÍCULO 29 BIS, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE JALISCO)." (Jurisprudencia 1^a/J. 93/2011 de la Primera Sala, registro 160849).

"ORDEN DE APREHENSIÓN DICTADA EN EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA. EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO ES PROCEDENTE EN SU CONTRA." (Jurisprudencia 1^a/J. 55/2009 de la Primera Sala, registro 166345).

"NOTIFICACIONES PERSONALES EN MATERIA CIVIL. SURTEN EFECTOS AL DÍA SIGUIENTE AL EN QUE SE PRACTIQUEN, EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO PRO PERSONA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO)." (Jurisprudencia 1a/J. 39/2013 (10a.), de la Primera Sala, registro 2004035).

También debe dejarse precisado que con la aplicación del principio *in dubio pro actione* no se busca la eliminación de requisitos mínimos que deben satisfacerse para instar o continuar un procedimiento, sino de lo que se trata es que, siempre en caso de duda en cuanto al alcance del requisito, condición o formalidad establecida en la ley, el juzgador buscará que cualquier persona acceda a la justicia antes que limitar esa posibilidad.

Un ejemplo de lo anterior, se visualiza en la Jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: *"RECURSO DE QUEJA INTERPUESTO CONTRA LA DETERMINACIÓN SOBRE LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA CON FUNDAMENTO EN LA HIPÓTESIS LEGAL DE PROCEDENCIA "CONTRA LA DECISIÓN RECAÍDA A LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL", EL TRIBUNAL REVISOR DEBE DESECHARLO SIN QUE CON ELLO VULNERE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (LEYES DE AMPARO ABROGADA Y VIGENTE)*, con registro número 2013737.

Como he afirmado anteriormente y atento a la nueva redacción del artículo 17 Constitucional, cabe la posibilidad, de reencauzar la vía de acción, en el caso que una persona por error

promueva ante una autoridad una vía no procedente o de cuya pretensión no pueda establecerse con claridad la autoridad que deba conocer del juicio, generándose en perjuicio del accionante un estado de absoluta negación a la justicia, a lo cual la autoridad de control constitucional debe actuar supliendo la deficiencia del error, reencauzando la vía ante la autoridad que deba conocer, lo anterior en el entendido que aunque el juicio de amparo se sobresea y no se estudie el fondo del asunto, sin embargo; si se otorgue según sea el caso, la garantía de audiencia ante quien tenga competencia para ello²⁸.

3. Principio de proporcionalidad

Como se desprende de la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el examen de una disposición legislativa que implique un requisito, condición o formalidad que incida en el goce de un derecho humano, en el caso particular, del de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, parte del hecho de que, dichas medidas legislativas se traducen en una intervención, restricción o limitación a tales derechos humanos, por lo que para que éstas sean acordes al orden constitucional y convencional en cuanto al principio de interdicción de la arbitrariedad, el juzgador debe corroborar lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial. En cambio, si el requisito, condición o formalidad que limitan al derecho se encuentran justificados a la luz del test

²⁸ AGUILAR Santibáñez, Rubén David, *Control de convencionalidad y principio de definitividad bajo el nuevo orden constitucional de los derechos humanos*, Universidad Autónoma de Baja California, pág. 221.

de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.²⁹

El mencionado test de proporcionalidad ha sido utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para establecer que el legislador no debe diseñar normas que, por su rigorismo o formalismo excesivo, revelen una desproporción entre los fines de las formalidades y los requisitos previstos en la ley para preservar la correcta y funcional administración de justicia; como se aprecia en la Jurisprudencia y tesis aislada siguientes:

“GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.” (Jurisprudencia 1^a./J. 42/2007, con registro 172759).

“TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL LEGISLADOR NO DEBE ESTABLECER NORMAS QUE, POR SU RIGORISMO O FORMALISMO EXCESIVO, REVELEN UNA DESPROPORCIÓN ENTRE LOS FINES DE LAS FORMALIDADES Y LOS REQUISITOS PREVISTOS EN LA LEY PARA PRESERVAR LA CORRECTA Y FUNCIONAL ADMINISTRACION DE JUSTICIA.” (Tesis aislada 1^a. CCXCIV/2014, con registro 2007062).

Un mayor entendimiento del ejercicio interpretativo que implica la aplicación del test de proporcionalidad para examinar requisitos, condiciones o medidas previstas en la ley que incidan en los derechos fundamentales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, se pueden revisar los siguientes criterios:

“DERECHOS DE AUTOR. LOS ARTÍCULOS 231 Y 232 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA INCIDEN RAZONABLE Y PROPORCIONALMENTE EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.” (Tesis aislada 1^a. LXXVIII/2008, con registro 169112).

²⁹ Tesis aislada 1^a. CCLXIII/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 36, t. II, noviembre de 2016, p. 915.

“TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU ALCANCE FRENTE AL DESECHAMIENTO DE LA DEMANDA DE AMPARO AL RESULTAR IMPROCEDENTE LA VÍA CONSTITUCIONAL Y PROCEDENTE LA ORDINARIA.” (Jurisprudencia 2^a./J. 125/2012, con registro 2002215).

“RECURSOS EN EL AMPARO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO NO ESTÁN FACULTADOS PARA REENCAUZAR LA VÍA.” (Jurisprudencia 2^a./J. 60/2017, con registro 2014509).

Cabe precisar que dichos precedentes fueron emitidos con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo principio constitucional que en este trabajo se analiza, por lo que queda en manos de los juzgadores al realizar el ejercicio interpretativo de los requisitos, condiciones o formalidades que incidan en el goce efectivo de los derechos de acceso a la justicia en general, y en el de tutela judicial efectiva en particular, verificar si dichas medidas legislativas se ajustan al fin constitucionalmente consagrado en el tercer párrafo del artículo 17 Constitucional, que como se ha puesto de manifiesto, es el de **privilegiar la resolución del fondo del asunto sobre los formulismos procedimentales**; y si no se considera así, proceder a solicitar la sustitución de los criterios que se estiman como barreras al citado principio constitucional, de conformidad con los preceptos previstos en la ley para tal efecto.

V. Aplicación del nuevo principio constitucional, en asuntos resueltos recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

1) En la sentencia dictada por el Tribunal Pleno en la Acción de Inconstitucionalidad 62/2016, publicada en el D.O.F. el ocho de mayo de dos mil dieciocho, en que se analizó la constitucionalidad del artículo 128, tercer párrafo, en la porción normativa **“y la ejecución de una técnica de investigación o medida cautelar concedida por autoridad judicial”**, de la Ley de Amparo, se

consideró que dicha norma debe ser interpretada como una regla general que puede tener excepciones, siendo el juzgador de amparo quien debe analizar cada caso concreto atendiendo a la naturaleza del acto, al interés social, a la apariencia del buen derecho y al peligro en la demora, a efecto de determinar si alguna técnica o incluso, alguna medida cautelar, puede ser suspendida; ello, **en aras de privilegiar el ejercicio valorativo del juez, y por ende, el derecho a un recurso efectivo**, el cual implica la obligación de resolver los conflictos que se plantean sin obstáculos y evitando formalismos que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial.

2) En la contradicción de tesis 369/2016, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte, en sesión de veintitrés de abril de dos mil dieciocho, de cuya versión estenográfica (al no existir el engrose correspondiente), se logra apreciar con claridad que el tema planteado se tradujo en el recurso de queja planteado en contra del desechamiento de una demanda de amparo indirecto, y la litis se centró en determinar si cuando el juez de distrito se apoya en una causal de improcedencia que no es manifiesta ni indudable constituye una violación a la ley que deja en estado de indefensión al recurrente, y por tanto debe suplirse la deficiencia de la queja.

El en proyecto presentado se propuso que no procedía suplir la deficiencia de la queja tratándose de un auto admisorio.

Durante el debate, al hacer uso de la voz el Ministro Presidente Luis María Aguilar Morales, consideró votar en contra del proyecto, exponiendo lo siguiente:

...manifiesto mi voto –y con todo respeto– en contra; también considero que, cuando hay un desechamiento de una demanda de amparo en la que pudiera haber una causa que se alega por el juez como manifiesta e indudable, pudiera –desde luego– generar una cuestión contraria a lo que el propio artículo 113 de la Ley de Amparo exige, esto es, una violación de gran relevancia que equivale a dejar sin

defensa al quejoso, porque crea un obstáculo para acceder al propio juicio de amparo, el cual es –precisamente– la vía en la cual los justiciables pueden plantear las vulneraciones a sus derechos humanos y a las garantías que los protegen.

Por lo cual, –para mí– en aras de lograr la mayor amplitud en la defensa de los derechos fundamentales, esa violación debe ser reparada mediante la suplencia de los agravios, en este caso, con fundamento en el artículo 79, fracción VI, de la Ley de Amparo, que se refiere a materias distintas a la penal, agraria y laboral.

El artículo 79 de la Ley de Amparo prevé diversas hipótesis de suplencia para proteger los derechos de defensa y acceso a la justicia de sujetos que el legislador consideró vulnerables, ya sea por sus circunstancias particulares, por su condición de pobreza o marginación o por cualquier condición, inclusive, económica y social como la de los trabajadores, los ejidatarios, los comuneros, en fin.

Estimo que la fracción VI –precisamente– evidencia la vulnerabilidad de otros sujetos por la afectación que sufren por actuaciones irregulares que afectan de manera trascendental su defensa, ya que pueden violar el derecho del ejercicio de los derechos humanos, contemplados en la Constitución General, aun en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, en relación con el debido acceso a la justicia.

Por ello, considero de gran relevancia tener en cuenta que la reforma constitucional que adicionó un tercer párrafo al artículo 17 constitucional, señala que “las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”; bajo la condición de no afectar –desde luego– la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios y, por ello, considero que la suplencia, en este caso, favorecería a

estas condiciones y no importa si se trata de una cuestión sustantiva o procedural, que –de cualquier manera– impediría el ejercicio de esta acción, que es el juicio de amparo.

Hay que tomar en consideración también —y lo hago de manera colateral— que eliminar los obstáculos para lograr un recurso efectivo fue reconocido por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-11/90, de diez de agosto de mil novecientos noventa, y que ha sido retomada en diversos asuntos contenciosos, inclusive, la Corte señaló —en esa ocasión— que —al referirse a la eficacia del recurso, éste debe permitir que se obtengan resultados o respuestas al fin para el que fue concebido...

A propósito de las expresiones del Ministro Presidente, cabe precisar que el **principio pro persona** y el derivado **in dubio pro actione**, adquiere suma relevancia en el acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de personas pertenecientes a grupos vulnerables, para lo cual el juzgador tiene a su alcance como apoyo normativo, el instrumento internacional denominado “Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”, declaradas en 2008 durante la Asamblea Plenaria de la XV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia, Brasil; documento que, en términos de su exposición de motivos, se instituye en una recomendación con vinculación moral derivada del consenso de los países firmantes (lo que en derecho internacional de los derechos humanos se conoce como **soft law**), sobre la forma de garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, esto es, el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

V. Asuntos resueltos por el Magistrado del Décimo Tribunal Unitario del XV Circuito, en que se efectuó pronunciamiento sobre el alcance de la reforma al artículo 17 Constitucional de referencia

1.) En el toca penal 69/2017, relativo al recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado, en contra de la negativa de autorización de apertura de procedimiento abreviado, por no ajustarse los márgenes disminuidos propuestos por el fiscal en consenso con el imputado y su defensa, a lo que la ley sustantiva prevé como penas correspondientes al delito imputado, la defensa expresó como agravio que era procedente la aplicación del principio de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 Constitucional, a fin de que se autorizara la apertura del procedimiento abreviado y se le aplicara la pena acordada con el fiscal.

El suscrito Magistrado resolvió que no era aplicable la citada reforma en el caso particular, en lo que interesa, debido a que la exacta aplicación de la ley penal deriva del derecho sustantivo penal implicado en el caso; tema que no podía ser tratado como un formalismo o requisito para la procedencia del procedimiento abreviado, ya que esta forma alterna de terminación del proceso, si bien implica la disminución de las penas, también es que ésta debe hacerse a partir de la pena exactamente aplicable al delito cometido, sin que pueda disminuirse a modo por acuerdo de las partes, y menos aún por el juzgador, cuya función en materia penal se rige por el principio de exacta aplicación de la ley.

2) En el amparo indirecto penal 17/2017 en que se señaló como acto reclamado la resolución en que la autoridad responsable resolvió el recurso de revocación interpuesto contra el acuerdo a través del cual declaró inadmisible el recurso de apelación interpuesto contra la resolución emitida en la audiencia de revisión de medidas cautelares, al estimar que como el imputado y su defensor no estaban legitimados para solicitar medidas cautelares, tampoco pueden impugnarlas.

Amparo que se concedió a fin de que se dejara sin efectos la resolución reclamada, y declarara fundado el recurso de revocación interpuesto contra el acuerdo dictado en el toca penal, y de considerar que no existe diversa causa a la que invocó para inadmitir el recurso de apelación interpuesto contra la resolución emitida en la audiencia de revisión de medidas cautelares, procediera a su admisión.

Para tomar dicha decisión, el suscrito Magistrado se apoyó en los principios consagrados en el artículo 17 Constitucional, 8.1 y 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para privilegiar el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el principio *pro persona* y el criterio *pro actione*, al interpretar el alcance de los artículos 160, 456, 458, 467 fracción V, y 470 fracción III, todos del Código Nacional de Procedimientos Penales, conforme a los cuales el recurso de apelación sólo es inadmisible si se interpone por persona no legitimada, esto es, que no sea parte en el juicio, por lo que en atención al principio *pro actione*, cuando la norma establece que tiene legitimación para interponer el recurso de apelación aquella parte en el juicio a la que le causa agravio la resolución combatida, no significa que la lesión que el apelante dice sufrir con la emisión de la misma, debe ser fundada; estimar lo contrario, implicaría realizar un estudio de los motivos expuestos, lo cual es propio de la sentencia que se dicte en el fondo del asunto, y no del auto en el que se proveyó sobre la admisión o no del recurso.

Conclusión

Acorde con el nuevo contexto constitucional derivado del principio de acceso a la justicia, estipulado en el artículo 17 Constitucional, que implica el deber de todo juzgador de privilegiar la resolución del fondo del asunto, sobre los formulismos procedimentales, se erige una oportunidad más para que la función jurisdiccional se enriquezca con la aplicación de las herramientas hermenéuticas que aporta el propio sistema constitucional y legal, para hacer efectivos los

derechos de acceso integral a la justicia y tutela judicial efectiva, en el entendido de que es un deber derivado de la obligación general de garantía, prevista en el párrafo tercero del artículo 1º Constitucional, en relación con el precepto 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de que la autoridad del Estado, en el caso, los juzgadores del sistema de impartición de justicia, deben adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades de la persona, cuya génesis jurídica y moral deriva del postulado contenido en el ya mencionado artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Por tanto, toda vez que aun cuando existe la intención del legislador de revisar las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico para detectar aquellas normas que colisionen con el nuevo principio constitucional de acceso a la justicia, y hacer la corrección legislativa correspondiente, bajo el entendimiento de que esa labor tomará mucho tiempo en su consolidación, no queda más que admitir que prevalece la obligación de los juzgadores de adoptar el **principio de aplicación directa de la Constitución**,³⁰ en este caso, del nuevo principio consagrado en el numeral 17 de la Carta Magna, cuyo poder normativo a partir de su finalidad que ha sido explicada en el desarrollo del tema, obliga al juzgador de privilegiar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, aplicando para ello, como se ha analizado, los criterios hermenéuticos *pro persona* e *in dubio pro actione*, así como la *interpretación conforme* a los citados derechos humanos, y el *test de proporcionalidad*, en acatamiento, se insiste, al nuevo mandato constitucional derivado del mencionado numeral 17 Constitucional, el cual obliga a desterrar las barreras u obstáculos derivados de disposiciones legales o, incluso de criterios jurisprudenciales que inhiben el pleno goce de tales prerrogativas.

³⁰ Tesis 1ª. CCXIII/2012(10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaeta, Décima Época, Libro XII, t. 1, septiembre de 2012, p. 495; así como la diversa Tesis Asilada 1ª.CCXIV/2012(10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XII, t. 1, septiembre de 2012, p. 495.

Atento aloantesexpuesto, como ha sido sostenido con anterioridad, aplicando en lo conducente la doctrina del reencauzamiento de la acción, en el caso de la instancia constitucional del amparo, se puede considerar ejemplificativo cuando alguna persona física o moral considere violentados sus derechos humanos, y acuda ante un órgano jurisdiccional de Control constitucional, sin cumplir con el principio de definitividad, el operador jurídico -tomando en consideración el nuevo texto constitucional- ante esta situación podrá, en casos excepcionales, ponderar entre reencauzar la acción promovida ante el órgano jurisdiccional idóneo o, en su defecto, inaplicar el principio de definitividad, ejerciendo excepcionalmente el control de constitucionalidad y convencionalidad de la propia ley de amparo (solo en aquello que no sea reproducción de normas constitucionales), así como de la ley que rige el acto reclamado, para privilegiar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en aquellos asunto que de no procederse de esta manera, el gobernado quedaría inaudito es decir, sin poder someter su acción ante ninguna instancia jurisdiccional³¹, con lo cual, considero no se afecta la igualdad entre las partes, ni menos aún el debido proceso y, precisamente será para determinar respecto de los derechos en juicio, ante una autoridad que tiene constitucionalmente competencia para verificar el orden constitucional y respeto a los derechos humanos (no obstante comentar el ya existente reencauzamiento de la vía de amparo indirecto y directo).

En el caso de las reglas previstas en la ley, su adecuación a los derechos humanos prescritos, como ya se indicó, se logra a través de los principios interpretativos aludidos; y en el supuesto de los criterios jurisprudenciales que se erigen como interpretaciones que pudieren colisionar con el nuevo texto constitucional, lo que procedería en todo caso, sería promover su sustitución por los cauces legales previstos para tal fin, a efecto del goce efectivo de tales prerrogativas.

³¹ AGUILAR Santibáñez, Rubén David, *Control de convencionalidad y principio de definitividad bajo el nuevo orden constitucional de los derechos humanos*, Universidad Autónoma de Baja California, pág. 223.

“UNA MIRADA AL ACCESO A LA JUSTICIA Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DEFENSA PÚBLICA Y LAS BUENAS PRÁCTICAS JURISDICCIONALES”.

DR. JOSÉ FAUSTINO ARANGO ESCÁMEZ.¹

Resumen

El presente ensayo busca concientizar sobre la importancia del derecho humano de acceso a la justicia a través de la protección que vía judicial puede darse por parte de los juzgados y tribunales, relacionando esto con la relevancia que para lograr lo anterior tiene también la defensa pública; se hace énfasis en la conducta de los juzgadores y personal humano de un órgano jurisdiccional, ello, con el objeto, además, de realizar propuestas concretas tanto en el ámbito de lo que dicha defensa y los defensores pueden hacer, como las buenas prácticas judiciales que pueden efectuarse para tal objetivo, constituyéndose unos y otros como instrumentos para la eficacia en la aplicación y materialización de ese derecho humano.

Palabras clave: Acceso a la justicia, defensa, justicia, eficacia, justiciable.

SUMARIO: I. *El acceso a la justicia como derecho humano sujeto a protección judicial.* II. *La importancia de la defensa pública y su relación con el acceso a la justicia.* III. *Las buenas prácticas judiciales como instrumento para la eficacia en el acceso a la justicia.* IV. *Conclusiones.* V. *Fuentes consultadas.*

I. El acceso a la justicia como derecho humano sujeto a protección judicial

El acceso a la justicia, o mejor dicho el debido y eficaz acceso a la justicia es uno de los derechos humanos más relevantes si se toma

¹ Magistrado integrante del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, con sede en Xalapa, Veracruz.

en cuenta que va inmerso en su conquista el ejercicio de una defensa adecuada, de un debido proceso y de una audiencia respetada, siendo por ello, el acceso a la justicia como derecho humano uno de los más importantes para ser sujeto de protección judicial, y por ende, son los juzgadores los encargados de que éste se garantice más allá de la contribución que para ello también puede recaer en la defensa y en el defensor, sobre todo la de naturaleza pública.

Esto se explica aún más si consideramos que los jueces son en principio seres humanos y, por ende, están inmersos en una serie de circunstancias que atañen a su persona que pueden influir de algún modo en la toma de sus decisiones, de ahí que para la adecuada protección judicial de este derecho humano sea necesario un debido quehacer jurisdiccional auxiliado del ejercicio de una defensa acuciosa y responsable por parte del defensor.

Lo más difícil de esto, considero, no es únicamente el dar el acceso a un juzgado o tribunal, es decir, el derecho humano en comento no se limita al acceso a la jurisdicción como tal o desde un punto de vista burocrático o administrativo, sino a la obtención de justicia en el caso concreto, la cual no es fácil alcanzar si no se tiene una visión abierta y constructora del juzgador para entender que lo que se busca en su actuar es impartir justicia y no solo legalidad, pues los tribunales incluso en sus denominaciones se ostentan como “Suprema Corte de Justicia de la Nación” o “Tribunal Superior de Justicia” de tal o cual entidad federativa, esto es, no se habla o se denominan “Suprema Corte de Legalidad de la Nación” o “Tribunal Superior de Legalidad” del estado o país respectivo, siendo por ello la función judicial un pilar importante para materializar este derecho humano más allá de la sola recepción de una demanda e integración de un expediente para después emitir una determinada resolución.

Así, considero que no se espera que el juzgador sea indefectiblemente un dechado de virtudes, sino que, por el contrario, dada su naturaleza humana puede tener deficiencias o aspectos que inevitablemente pueden influir en la toma de una decisión; sin

embargo, el buen juez o el “juez modelo” que estimo se requiere para materializar el debido y eficaz acceso a la justicia, debe saber controlar los aspectos tanto internos o externos, a efecto de no trastocar la objetividad e imparcialidad con que debe resolver un caso concreto, pero siempre buscando el impartir justicia en el asunto más allá de la mera aplicación de legalidad.

Al respecto, estimo que la justicia es el valor que se busca concretizar en el desempeño de la actividad jurisdiccional, de ahí que las demás virtudes judiciales como firmeza de criterio, templanza, fortaleza, prudencia y otras no servirían de mucho si el juez no resuelve en aras de la justicia, por más que lo haga con esas características propias de las otras virtudes, de tal suerte que es la justicia la que constituye, a mi juicio, la razón de ser y de la existencia de los jueces, pues recuérdese que son estos quienes dicen el derecho en el caso particular sometido ante su potestad, y no es pensable que lo hagan sino es con el afán de impartir justicia, de ahí la relevancia de ello para el debido acceso a través del quehacer jurisdiccional y su protección judicial.

Como noción o concepción de la justicia, puede acudirse a lo expuesto por pensadores antiguos como Aristóteles o Santo Tomás de Aquino, apelando el primero a la idea de equidad al referir que lo justo será lo igual², y el segundo a la idea de la igualdad al sostener que la justicia es dar a cada quien su derecho.³

Por otro lado, en tiempos recientes, Josef Pieper escribió que “*la justicia enseña que hay otro que no se confunde conmigo, pero que tiene derecho a lo suyo. El individuo justo es tal, en la misma medida en que confirma al otro en su alteridad y procura darle lo que le corresponde*”.⁴

En ese contexto consideró que en todo Estado Democrático y de Derecho, la actividad que desempeñan los jueces es sin

² “Justicia”, Microsoft ® Encarta ® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

³ Ídem.

⁴ PIEPER Josef, *Las virtudes fundamentales*, Rialp, Madrid, 1998, p. 100.

duda relevante en la permanencia y defensa del mismo, pero a la vez, derivado de esa trascendencia que resulta de su función, se requiere que aquéllos que como seres humanos detentan la calidad de juzgadores posean, para considerarse como “modelos de juez”, no sólo aquéllos principios rectores de la carrera judicial (como lo son a nivel del Poder Judicial de la Federación la independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia) y virtudes judiciales, sino también que siempre estén en búsqueda de hacer justicia en el caso concreto.

De no ser así, se frenaría la construcción permanente y defensa de ese Estado Moderno y Democrático y de Derecho, atendiendo a que, puede haber derecho incluso sin leyes, en aquéllos lugares en donde la costumbre aplica casi de manera absoluta para resolver los conflictos, pero jamás podrá existirlo si no existen juzgadores que a través de las sentencias suficientemente argumentadas digan el derecho e imparten justicia, lo que revela la importancia que los tribunales juegan en cualquier democracia constitucional, siendo por ello importante para el derecho humano de acceso a la justicia eficaz, el actuar del juzgador respectivo como conducto o instrumento que logre a través de su función dar la protección judicial necesaria a ese derecho humano.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre otros criterios sobre este derecho humano, ha definido las cuatro características básicas de la justicia como completa, pronta, imparcial y gratuita al tenor de lo dispuesto en el numeral 17 de la Carta Magna; ello, en la jurisprudencia 2^a.J. 192/2007 de rubro: “ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES.”

Así, al margen de esos principios de justicia completa, imparcial, gratuita y pronta, estimo que para el debido acceso a

ésta la sociedad demanda jueces que me he permitido clasificar en tres tipos: a) jueces gobernantes; b) jueces artesanos y c) jueces constructores; los cuales por sus características es necesario emerjan en cada caso concreto y dependiendo del tipo de asunto o ejercicio jurídico y de hecho deba materializarse.

Los primeros (jueces gobernantes) se consolidan a través de la existencia de jueces artesanos y jueces constructores, es decir, realizan su labor más allá de la aplicación textual y literal del derecho, sino que lo interpretan o lo crean y consideran así, en cierto modo, su gobierno judicial. Se pueden concebir, en una primer vertiente, cuando realizan variación al producto de la actividad legislativa, ejerciendo una función que naturalmente no les corresponde. Aparecen, en una segunda vertiente, cuando realizan el control constitucional de las normas, y que por esa actividad de control rigen la conducta de los miembros del Estado.

Por su parte, los jueces artesanos a quien también apela Manuel Atienza moldean o interpretan el derecho legislado más allá de su literalidad. No crean derecho, sino que basándose sólo en aquél legislado, realizan en ocasiones, cuando el caso lo amerita y de manera justificada y argumentada, una interpretación de ese derecho legislado que no se circunscribe a una aplicación tajante del mismo, pero que busca lograr que la norma se materialice en aras de la justicia. Laboran con el derecho legislado, realizando una interpretación que lo moldea para dotar de justicia a la solución.

Finalmente, los últimos (jueces constructores) crean derecho ante la laguna normativa pues su función es la de construir el que el legislador no pudo prever, a efecto de aplicarlo en el caso particular, justificando esa decisión en aras del valor de la justicia que finalmente buscó el legislador con la emisión de la norma incompleta y la función social de todo juzgador. No laboran con el derecho legislado, sino con la falta de este, dado que su función es crear el ausente por la laguna normativa, y en aras también de la búsqueda de la justicia, bajo el firme propósito de contribuir como servidores públicos a esa función social que objetivo debe detentar todo juzgador.

II. La importancia de la defensa pública y su relación con el acceso a la justicia

La defensa, según se sostuvo ya, contribuye junto con el quehacer judicial y las “buenas prácticas” (de las que se hablará más adelante) en los juzgados y tribunales a dotar al justiciable de un debido y eficaz acceso a la justicia como derecho humano, siendo aún más relevante para ello la defensa de naturaleza pública y gratuita porque recae en una responsabilidad concreta del Estado y que se usa por lo regular por las personas de mayor necesidad económica.

Por ello, no basta la previsión normativa en textos nacionales o internacionales e incluso el reconocimiento de esa garantía (el debido acceso a la justicia) en la jurisprudencia nacional, regional o internacional, sino que, es indispensable, además, garantizar su eficacia, esto es, que se traduzca en una cuestión judicial favorable para el justiciable mediante el ejercicio que se realiza de la defensa en los tribunales correspondientes, siendo por tanto, la defensa como tal de un sujeto procesal determinado, el pilar para lograr materializar que la justicia no solo este prevista en su procuración e impartición, sino que llegue al gobernado que está inmerso en el litigio respectivo, de ahí la importancia de que la defensa se lleve a cabo adecuadamente, con plenitud y con el apoyo de herramientas suficientes por conducto del defensor, pues puede acontecer que el asunto en cuestión pueda resolverse con justicia, es decir, dándole la razón a quien en los hechos reales la tiene, pero también puede suceder que por el ejercicio indebido o deficiente de la defensa, el fallo sea adverso a quien tiene razón y favorable a quien no la posee, de ahí que la defensa sea un tema instrumental para lograr hacer efectivo ese derecho humano tan relevante como lo es el acceso a la justicia.

Además, el debido acceso a la justicia se consagra no solo en el ámbito nacional en la Constitución Federal Mexicana en su artículo 17 y en diversas constituciones locales de este país, a más de otros ordenamientos en donde viene implícita la importancia de

contar con una defensa adecuada, sobre todo en tratándose de la materia penal, sino también tal derecho humano está previsto en documentos normativos internacionales como puede ser, verbigracia, los numerales 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese sentido, consideramos que desde el punto de vista judicial, no es suficiente que la justicia que se imparta sea pronta, completa, imparcial y gratuita, pues muchas veces, pudiendo gozar la solución de un asunto determinado de todos esos atributos de la justicia que, como dijimos, están reconocidos en textos normativos y jurisprudencia nacional e internacional, no dará, aun así, el fallo respectivo, la decisión justa al caso precisamente por alguna deficiencia que pueda ser imputable a la defensa, como puede ser la falta de aportar pruebas relevantes, fencimiento de plazos fatales, aspectos trascendentales no destacados al juez, etcétera, todo lo cual, siendo imputable a la defensa, impacta en la resolución del litigio más allá de que la justicia haya sido pronta, completa, imparcial y gratuita, razón por la cual, es la defensa y el defensor en concreto, el que juega un papel relevante en la verificación de un acceso a la justicia que sea eficaz y que resulte el instrumento primordial para tal propósito, constituyendo la figura del defensor una pieza fundamental pues su proceder trasciende al mayor y mejor acceso a una decisión judicial justa, de ahí que su preparación y capacitación previa, y posteriormente, su actuación y desempeño en el juicio o proceso, son las herramientas que ejerciéndose adecuadamente consagran de la defensa como tal un instrumento importante en la salvaguarda de este derecho humano.

Así, la responsabilidad del profesionista en cualquier ámbito no solo se centra en un tema personal o individual, sino que, en el ejercicio de su profesión, debe tener ciertos valores y principios mínimos a seguir que es lo que se define como cualidades éticas o virtudes básicas a respetarse en la realización del referido ejercicio y es, precisamente, en ese ámbito en donde entra la responsabilidad con la sociedad que tiene cualquier profesionista,

dentro de los cuales, desde luego, no escapa el abogado en su función de litigante y menos el defensor en una causa penal.

Esta exigencia, desde la perspectiva de este ensayo, se considera resulta aún más indispensable en tratándose del defensor público al pertenecer o depender éste de una estructura orgánica del Estado en la cual se le depositó la confianza de atender a los justiciables que carecen de los medios económicos necesarios para acudir a una defensa privada, o bien, que por razones de marginación o etnia constituyen grupos vulnerables que necesitan de una defensa adecuada en un sistema normativo y judicial que atiende, por obvias razones, al sustento probatorio para aplicar o interpretar debidamente la ley y, a su vez, resolver el caso concreto en la ponderación de toda toma de decisión.

En ese tenor, el defensor en lo general debe tener presente que sus acciones trascienden al núcleo no solo jurídico sino personal del justiciable y, a su vez, de su familia, de manera que los errores en la defensa (falta de aportar pruebas relevantes, fenecimiento de plazos fatales, aspectos trascendentales no destacados al juez, etcétera), impactan en realidad en dicho sujeto al proceso y en sus familiares, y desde luego, en la sociedad en general sobre todo tratándose del defensor público pues dicha sociedad está interesada en que este tipo de defensores realicen su labor con el mayor cuidado y esmero posible dado que cualquier persona en las mismas condiciones podría verse inmiscuido en una causa penal y ser representado por un defensor público, de ahí la conciencia que sobre la señalada responsabilidad social debe tenerse en el ejercicio de la defensa y más, por lo expuesto, en la defensa pública, entendida dicha responsabilidad social como el reconocimiento interior de la persona física (defensor) y el reconocimiento estructural del órgano (instituto de defensoría del Estado respectivo) que se deben tener presentes en cuanto a que el actuar de uno y otro repercute en la vida cotidiana de los seres humanos inmersos en procesos y que estos depositan una confianza en dichos defensores que a su vez les fue otorgada por el Estado para precisamente atender necesidades sociales.

III. Las buenas prácticas judiciales como instrumento para la eficacia en el acceso a la justicia

Es importante entender que los justiciables o sus abogados al acudir a cualquier órgano jurisdiccional detentan un cierto estado de ánimo que más allá de una alegría, satisfacción o gusto de cualquier índole, en realidad guardan premura, preocupación, frustración, incertidumbre o en el mejor de los casos, esperanza, y es así como acuden al juzgado o tribunal, de modo que, en principio, es necesario entender que todos los que laboramos en el órgano judicial respectivo, desde el intendente hasta el juez o magistrado, somos servidores públicos y por lo mismo, debemos ponderar que quien llega desde la sociedad a tener contacto con nosotros busca atención y amabilidad en nuestro trato.

Por ello, para garantizar la protección judicial del derecho humano del debido y eficaz acceso a la justicia considero importante hacer alusión a la necesidad de siempre estar abiertos al público y con disposición de atender cualquier trámite o inquietud en relación con sus procesos o juicios y, tener en cuenta buenas prácticas que revelen que el ente judicial en lo global, y los miembros que lo conforman están en ese ánimo de dar acceso debido y pronto a la justicia sin obstáculos o malos tratos, siendo por ello imprescindible el tener no solo “buena cara” o amabilidad sino, además, tener sistematizado todo el trabajo y con una organización que permita a través de ese control y ejercicio de buenas prácticas judiciales hacer más noble, afable y ágil el servicio que otorgamos como una institución que se dedica a impartir justicia.

Al respecto, es relevante la apertura al público dentro de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, cómo algunas “buenas prácticas” inciden en esa percepción social de apertura en la labor judicial y logran la eficacia en el debido acceso a la justicia como derecho humano.

Así, como punto de partida estimo que es indispensable establecer que la imagen de la sociedad hacia los miembros de

cualquier Poder Judicial debe ser bajo una concepción de que todos, sin distinción, somos servidores públicos y esa es la premisa de que debemos partir, es decir, que desde el personal operativo o de mantenimiento hasta el Juez o Magistrado somos servidores públicos y, en esa medida, estamos precisamente para ello, servir al público (justiciables), siendo así que uno de los aspectos medulares para un servicio completo y adecuado, es la flexibilidad y apertura en la atención, el trato amable, poner siempre “buena cara”, la celeridad en el trámite de las peticiones que se nos hacen y, el dejar atrás reglas estrictas que demeriten la atención al público. Esto, bajo la óptica de que quienes acuden a los tribunales y juzgados, presentan en su ánimo, frustración, preocupación, indignación, e incluso molestia en la situación jurídica que enfrentan y, a veces, afectaciones personales, de modo que como servidores públicos debemos tener conciencia de ello y dar un trato que permita al justiciable sentirse tratado no solo con respeto sino diligentemente en el órgano de que se trate pues esa apertura hará precisamente que ello se traduzca, a su vez, en un mejor y mayor acceso a la justicia.

Un ejemplo de lo anterior, y solo para ilustrar sobre el preciso punto considero es el horario de expedición de copias o de su entrega, pues existen órganos que limitan esta tarea a cierto horario, es decir, a solo unas cuantas horas dentro de la jornada laboral ordinaria, cuando bien puede serse más flexible y establecer todo el horario de la jornada (9 a 15 horas) para su expedición y entrega, incluso, darle el trámite respectivo sin importar que la petición se realice minutos antes de la hora de cierre del órgano y que su entrega tomará minutos posteriores a ésta, pues de este modo el justiciable aprecia ese ánimo de servicio.

Otro ejemplo que denota la apertura al público y una percepción de acceso a la justicia lo constituye la audiencia que piden los justiciables a los titulares de los órganos jurisdiccionales para dialogar o comentar inquietudes sobre un determinado asunto; al respecto, una “buena práctica” sería recibir a dichos justiciables,

darles audiencia y escucharlos sin necesidad de limitar esto a una cita previa o el agendar una cita días antes de la entrevista con el titular y, sin limitar tampoco los horarios para la recepción personal del justiciable, pues todo ello lo que genera es incertidumbre y falta de atención inmediata, provocando en ocasiones que el justiciable se desanime y opte por ya no platicar con el juez o magistrado, dado que en ocasiones la urgencia de la entrevista no permite su diferimiento o el horario que limita el órgano para ello impide al justiciable acudir de nueva cuenta, o simplemente por la lejanía con la que acude ya no le es posible volver acudir para dialogar con el juzgador, de ahí que estimo lo correcto, como una “buena práctica” para la recepción y atención personal por el juez o magistrado, es atender personalmente a todo justiciable o litigante que acuda al órgano en el horario oficial que se disponga, llegando el titular desde temprano para que quien acuda a primera hora del despacho a entrevista pueda ser atendido, y sin necesidad de previa cita o límite de horario más allá de aquél ya referido que involucra toda la jornada laboral, con lo cual, me parece que la sociedad tendría certeza de que será escuchada directamente por el juez o magistrado sin mayor traba, obstáculo y dilación sino simplemente acudir al órgano jurisdiccional y, desde luego, esto influye en la eficacia del acceso a la justicia.

Constituye un ejemplo más de una “buena práctica” el que el personal del juzgado o tribunal, cualquiera que sea el cargo o categoría que desempeñe, atienda al justiciable o litigante de una forma precisa, completa y eficaz a través de la asistencia personalizada en el trámite que se solicite, como podría ser, la consulta de la lista de acuerdos, la entrega y recepción de promociones, la asignación de una fecha para diligencia en la actuaria, entre otros casos, en donde el personal del órgano acompañe directamente al justiciable al área del juzgado o tribunal respectivo, le explique cómo realizar la consulta de la lista o la entrega de la promoción, o bien, cómo funciona la asignación de fecha para diligencia, dándole en todo momento certidumbre de a qué área debe acudir, con que servidor

público debe tratar y cómo será el trámite o situación a realizar o consultar, lo que además de hacer más eficiente los tiempos del propio justiciable, se traducirá en un reconocimiento de éste por el servicio público, en el entendido de que, cuando algún trámite o situación a realizar en el juzgado o tribunal conlleve la espera de un tiempo considerable, deberá darse al justiciable o litigante la posibilidad de esperar en un lugar cómodo, sentado y con el acceso, al menos, a un sanitario y al consumo de agua, la solución del trámite que espera, generando así la sensación de una apertura total al público y acceso a la justicia.

Finalmente, una restante “buena práctica” que considero influye para fomentar la apertura al público y el debido y eficaz acceso a la justicia como derecho humano la constituye el poseer en todo juzgado o tribunal una sistematización adecuada de todas las áreas y actividades que se realizan en el órgano jurisdiccional de que se trate, a efecto de tener un orden y control de lo que debe hacerse, como debe hacerse, cuando debe hacerse y la forma en que debe hacerse, para lo cual estimo que es importante el llevar impresos, por ejemplo, en tratándose de un juzgado, controles o carpetas relativos a prescripción de causas penales en suspenso, prescripción de billetes de depósito, cancelación de pólizas de fianza, procesados en libertad caucional, estadística de egresos mensuales, reporte de estadística diaria vía el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes respectivo, asuntos pendientes de fallo, caducidades de instancia de asuntos civiles y mercantiles, y prescripción de procedimientos de ejecución de dichos asuntos, entre otros, y respecto de un tribunal de diversa jerarquía, por citar otros ejemplos, controles o carpetas relacionados con asuntos pendientes de fallo del tribunal, asuntos pendientes de fallo por ponencia, asuntos en dictamen, egresos mensuales por ponencia, listas de sesiones, compilado de votos particulares o concurrentes, etcétera.

Controles y sistematización que no solo debe llevar cada área del juzgado o tribunal, sino el propio juez o magistrado, pues

aunque es importante el saber delegar funciones, también es relevante el que el propio juzgador sea un filtro más en los controles, orden y sistematización del órgano, pues incluso ese seguimiento personal y directo del titular lo legitima frente al personal operativo, de confianza y mando medio, toda vez que se considera que para poder mandar, ordenar o delegar, hay que saber también hacer lo que se manda, ordena o delega.

También es relevante resaltar que las referidas “buenas prácticas” que en el quehacer jurisdiccional se han enunciado, a guisa de ejemplo, no serían viables en su implementación para el fomento del debido acceso a la justicia como derecho humano, si el personal del órgano jurisdiccional y los juzgadores que detentan la carga de realizar la loable misión de impartir justicia, carecen de los principios rectores de la carrera judicial o de las virtudes judicial que se han mencionado, es decir, deben poseer en el ejercicio de la labor judicial, una ética fuertemente regulada, de ser posible a través de códigos rectores que los circunscriban a ciertos cánones de respeto más allá de su simple intención voluntaria.

IV. Conclusiones

Podemos concluir que en todo Estado Moderno y, por ende, democrático y de derecho, los jueces desempeñan una labor fundamental no sólo en su construcción, sino además, en su constante prevalencia, a través de la defensa de las instituciones jurídicas que lo conforman y, también en la impartición de justicia dentro de la sociedad, siendo relevante el actuar de la defensa y el defensor, así como la conducta del juzgador y el personal del órgano jurisdiccional para en forma conjunta poder materializar un debido acceso a la justicia y hacer este derecho humano eficaz.

Las “buenas prácticas” que como ejemplos en forma interna se han referido en este ensayo impactan en el fomento de la protección judicial del derecho humano del debido acceso a la justicia siendo el personal humano de los tribunales o juzgados los que con su atención y proceder garantizan eficazmente ese debido

acceso más allá del aspecto jurídico que desde luego contribuye siempre bajo el propósito de que se tenga presente la búsqueda de la justicia como valor concreto e indispensable a efecto de no limitar el acceso a la justicia a un mero acceso a la jurisdicción de corte administrativo o burocrático, sino que el justiciable sienta en la resolución y en la atención del órgano jurisdiccional ese acceso pleno a ser oído o escuchado, más aun si como se dijo, los justiciables buscan la atención rápida, amable y eficaz en el trámite de su asunto, pues detentan preocupaciones, frustraciones, incertidumbre e incluso molestia por estar envueltos en algún tema judicial y, en esa medida, las “buenas prácticas” dotan de flexibilidad la actividad que los justiciables reciben en un determinado órgano jurisdiccional y ello se refleja en el fomento al mejor y mayor acceso a la justicia, el cual requiere también de una responsabilidad del defensor en el ejercicio de la defensa sea pública o privada en los términos ya expuestos.

V. Fuentes consultadas

Bibliográficas

- VALLS Sergio, “Ética Judicial”, Suprema Corte de Justicia de la Nación (Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis), Colección Discursos, Número 24, México, 2001.
- VIGO, Rodolfo (Ministro de la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe, Argentina, “Hacia el Código de Ética del Poder Judicial de México”, Suprema Corte de Justicia de la Nación (Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis), Serie Ética Judicial, Número 1, México, 2002.
- CIENFUEGOS, DAVID, “La función judicial”, Ed. Porrúa, México, 2004.
- MALEM, Jorge F., ¿Pueden las personas ser buenos jueces?, en “Jueces y Derecho (Problemas Contemporáneos)”, Carbonell, Miguel y colaboradores (compiladores), Ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004.

- ATIENZA, Manuel, “Cuestiones Judiciales”, Fontamara, México, 2004.
- REYNOSO, Roberto, “La misión del juez ante la ley injusta”, Porrúa, México, 1999.
- PIEPER Josef, *Las virtudes fundamentales*, Rialp, Madrid, 1998.

Legislativas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Ley Federal de Defensoría Pública

Electrónicas

- IUS 2017. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- “Justicia”, Microsoft ® Encarta ® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

DEBIDO PROCESO Y PROTECCIÓN JUDICIAL PARA LAS VÍCTIMAS MIGRANTES MENORES; DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS.

LIC. ÉDGAR RAÚL MENDOZA OCHOA*

I. Existencia de víctimas migrantes

Con motivo de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos de dos mil once, se creó la Ley de Migración, el artículo 52 de este ordenamiento, establece como ofendido o víctima, a la persona que sea el **sujeto pasivo** de algún delito cometido en territorio nacional; asimismo, esta ley retoma, los derechos de las víctimas, entre ellos, el **respeto al debido proceso y el de acceso a la justicia**.

En cuanto al tema, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a. CXXIII/2007, se pronunció respecto al ilícito denominado tráfico de indocumentados, tipificado en la entonces vigente Ley General de Población, e identificó como **sujeto pasivo**, a los mexicanos o extranjeros que sin documentos para su legal estancia, se les traslada a otro país¹; conducta delictiva de la cual el legislador realizó una traslación normativa y ahora se regula en el artículo 159, fracción I de la Ley de Migración, ilícito en la modalidad de tráfico de personas a fin de internarse a otro país.

De donde se advierte, que el sujeto pasivo en el delito de tráfico de personas es la víctima de este ilícito, la conducta delictiva recae sobre personas nacionales o extranjeras.

En la misma **línea protectora de derechos**, la Ley General de Víctimas, en su artículo 4, dispone, que se denominarán víctimas directas, aquellas personas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos

* Secretario del Sexto Tribunal Unitario del Decimonoveno Circuito.

1 Tesis: 1a. CXXIII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, junio de 2007, p. 206.

o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.

El eje rector de los ordenamientos invocados, es el respeto a los derechos humanos de las personas migrantes, nacionales y extranjeras, especialmente tratándose de grupos de vulnerabilidad, como en el caso, los menores de edad.

Los juzgadores se encuentran obligados a identificar y aplicar la norma legal, constitucional o convencional vigente, para maximizar la protección de la esfera jurídica de los justiciables que se encuentran en estos grupos con especial consideración.

II. Víctimas menores

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, menciona que para los efectos de la Convención, se entiende por niño, todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Por su parte los artículos 18 y 34 constitucionales disponen, el primero, relativo a la justicia para adolescentes y, el segundo, a la adquisición de ciudadanía, que se entiende por niño, todo ser humano menor de dieciocho años de edad.

De conformidad con lo expuesto, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en el ámbito federal, menciona en su artículo 5; que son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad; cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor de dieciocho años de edad, se presumirá que es adolescente.²

² Artículo 5. Son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad.

Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor de dieciocho años de edad, se presumirá que es adolescente. Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor o menor de doce años, se presumirá que es niña o niño.

La legislación vigente encita, interpretada de forma sistemática y funcional, demuestra la voluntad nacional e internacional, de proteger a las víctimas migrantes menores de edad, en razón su interés superior, esto es, otorgarles la más amplia defensa de sus derechos por las afectaciones que pueden sufrir.

A partir de la calidad de menores migrantes, surge la obligación del juzgador de considerar, como mandato, su interés superior, de conformidad con ciertos parámetros, los cuales a manera de orientación se contienen en el Protocolo de Actuación Para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren Niñas, Niños y Adolescentes, publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siguientes:

**En toda decisión judicial, el parámetro y finalidad de la misma debe ser la plena satisfacción de los derechos de la infancia.*

**Si en la revisión de un caso en el que está involucrado un niño o adolescente, el impartidor denota la no vigencia de alguno o algunos de sus derechos, debe establecer la obligación del Estado de garantizarlos.*

**Todo niño, niña o adolescente víctima tendrá derecho a pedir una reparación.*

**En casos de niños o adolescentes víctimas, el juzgador debe considerar la reparación del daño de manera oficiosa, determinándola bajo los conceptos de integralidad e interdependencia de los derechos.*

**El tribunal ordenará que el niño, niña o adolescente sea totalmente reparado, cuando proceda, e informará al menor de edad de la posibilidad de obtener asistencia para que la orden de resarcimiento e indemnización sea ejecutada.*

**Las y los juzgadores deben tomar en consideración, en cualquier decisión que afecte los intereses o derechos de niños o adolescentes, sus características propias, resolviendo de esta forma de manera diferenciada.*

*En términos prácticos esto debe llevar a plantear la necesidad de incorporar en las instituciones de justicia **procedimientos especializados en infancia**.

*Los juzgadores deben ir más allá de la afectación directa y previsible en una niña o niño que pudiera estar involucrado, incluyendo la protección del niño, aun cuando sea ajeno a la acción misma, pero bajo la consideración de que pudiera resultar afectado.³

En el mismo sentido, se pronunció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el criterio 1a. XCVII/2016, de rubro: “*MENOR DE EDAD VÍCTIMA DEL DELITO. MEDIDAS ESPECIALES QUE EL JUZGADOR DEBE ADOPTAR PARA PROTEGERLO.*”⁴ En esta tesis se enfatiza el reconocimiento a la dignidad humana de las víctimas menores, la no revictimización, y su participación en el proceso penal.

En ese orden, los juzgadores, en los casos en que se vean involucrados niños o adolescentes, deben aplicar como primer referente, entre otros, los principios de interés superior del niño, la no discriminación y el derecho a ser escuchados.

III. Derechos que asisten a las víctimas migrantes menores de edad, como parte en el procedimiento penal, acceso a la justicia, debido proceso, derecho a contar con un asesor jurídico, derecho a la verdad, a la reparación del daño

A) Acceso a la justicia

Los migrantes menores víctimas de delito, cuentan con el derecho de acceso a la justicia, también gozan de la prerrogativa a ser escuchados, lo que constituye una vía para la exigencia judicial de otros derechos y garantiza a los niños y adolescentes migrantes, la posibilidad de acudir a tribunales en casos de vulneración de su esfera jurídica.

³ Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 47.

⁴ Tesis 1a. XCVII/2016, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, p. 1125.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 407/2009, destacó que las prerrogativas en favor de la víctima, se ampliaron considerándola como una verdadera **parte** en el proceso penal, lo que necesariamente exige su participación en todas las etapas del proceso, que incluye la averiguación previa, preinstrucción, instrucción, sentencia, e incluso, en ejecución de la misma.

Esta participación en calidad de parte, implica otros derechos, como **aportar pruebas** para acreditar los **elementos del delito** o **establecer la plena responsabilidad**, así como la procedencia y monto de la reparación del daño, que puede ser físico, moral o material, lo que implica una plena reivindicación de sus derechos en el proceso penal, como lo sustentó el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Civil del Vigésimo Circuito, en la tesis XX.1o.P.C.5 P (10a.), de rubro “*VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. AL TENER RECONOCIDO EL CARÁCTER DE PARTE ACTIVA DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PENAL, EL JUEZ, A FIN DE RESPETARLE SUS DERECHOS DE DEFENSA Y ACCESO A LA JUSTICIA, DEBE LLAMARLO A ÉSTE PARA QUE INTERVENGA DIRECTAMENTE EN TODAS SUS ETAPAS.*”,⁵ en donde se aprecia, la obligación del juzgador de llamar a las víctimas al procedimiento penal acorde con los derechos de defensa y acceso a la justicia, contenidos en los artículos 17 y 20, apartado B, constitucionales.

Las partes,⁶ se encuentran en una situación de idénticas condiciones para **intervenir en el procedimiento penal, alegar, ofrecer pruebas, o interponer recursos**, pues su esfera de derechos puede verse afectada en el procedimiento respectivo.

Así, los artículos 7, 12, 14 y 124 de la Ley General de Víctimas, disponen, que éstas deben contar con un **verdadero acceso a la justicia**.

⁵ Tesis: XX.1o.P.C.5 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 45, Agosto de 2017, t. IV, p. 3229.

⁶ Entiéndase por partes, el imputado, defensor, ministerio público, víctimas directas e indirectas y asesor jurídico.

Apoya lo expuesto, la Tesis 1^a.LXXXIX/2011 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 179, Tomo XXXIII, Junio de 2011, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta (registro 161718), de rubro siguiente: “*VÍCTIMA U OFENDIDO. TIENE CARÁCTER DE PARTE EN EL PROCESO PENAL.*”⁷; donde nuestro máximo tribunal estableció que con motivo de la reforma del artículo 20 de la Constitución de veintiuno de septiembre de dos mil, debe interpretarse en el sentido de reconocer a la víctima u ofendido el carácter de parte en el proceso penal.

B) Derecho al debido proceso

En cuanto al **derecho al debido proceso**, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha delimitado dos ámbitos diferenciados, en cuanto a la víctima y el procesado, en la tesis de rubro: “*DERECHO AL DEBIDO PROCESO. EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL PREVÉ DOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DIFERENCIADOS.*”; ninguno de ellos preferente, sino en situaciones de igualdad.

En la primera perspectiva, están los derechos del ciudadano sometido a un proceso con sus prerrogativas protegidas constitucionalmente; en la segunda perspectiva se encuentra la víctima u ofendido que insta la función jurisdiccional del Estado para lograr reivindicar un derecho; “...en esta se permite a los justiciables acceder a los órganos jurisdiccionales para defender sus intereses de forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal.”⁸

Así, con base en el principio de igualdad de armas, debe procurarse la protección de los derechos de los justiciables, pero también de los ofendidos o víctimas, pues no es dable que las formalidades del procedimiento sólo se refieran a las que favorecen a los encausados soslayando los derechos de las víctimas directas, indirectas u ofendidos.

7 Tesis: 1a. LXXXIX/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, Junio de 2011, p. 179.

8 Tesis 1a.CCLXXVI/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXIV, septiembre de 2013, t I, p. 986.

De manera que, si el inculpado, desde la etapa inicial tiene el derecho de ser asistido, por un profesional en derecho que actúe en defensa de sus intereses; igual prerrogativa corresponde a las víctimas del delito para ser representadas por un asesor; ello, en atención a los principios de igualdad procesal y equilibrio entre las partes.

C) Derecho a contar con un asesor jurídico

El proceso penal federal se rige por un núcleo duro de derechos fundamentales, entre los que destacan el **equilibrio o igualdad procesal**, reconocidos en el sistema local e internacional de derechos humanos.

Las víctimas tienen derecho a participar del procedimiento penal y de ser reconocidos como sujetos procesales, **asistidos de un asesor jurídico**, de conformidad con los artículos 12, fracción IV, 14 y 125 de la Ley General de Víctimas, su derecho a ser asesoradas, comienza en la etapa de investigación y continúa durante el proceso, aún en ejecución de sentencia.

El Estado tendrá a su cargo la designación de un asesor jurídico cuando así lo solicite la víctima, pero ésta podrá libremente elegir a su representante legal, quien procurará hacer efectivos cada uno de sus derechos, en especial la protección, la verdad, justicia y a la reparación integral del daño.

D). Derecho a la reparación del daño

El eje central para la definición de las medidas de reparación del daño es la víctima. Su caracterización y participación en el proceso es garantía de que la reparación consiga su objetivo.

Además, en el ámbito legal, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley General de Víctimas, las y los jueces deben realizar los esfuerzos necesarios para que las medidas de reparación integral obedezcan a un enfoque transformador; es decir: “...contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes...”

IV. Perspectiva de derechos desde la óptica de los encausados, debido proceso, seguridad jurídica, cosa juzgada y justicia plena

El procesado, destinatario del ejercicio de la acción penal, de ser ésta procedente y fundada, conlleva a que la autoridad judicial emita un acto privativo de libertad y de otros derechos en su contra, concomitantemente con otras sanciones, en cuyo caso la autoridad debe verificar que se cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento.

Por otra parte, cuando no se llama a juicio a las víctimas directas indirectas u ofendidos, se produce la afectación al derecho fundamental de seguridad jurídica de los encausados, pues esa irregularidad procesal ocasiona que las resoluciones que se dicten en el proceso penal, incluso el eventual pronunciamiento de una sentencia absolutoria, estén desamparadas por la cosa juzgada, en razón de que las víctimas, cuyo llamamiento a juicio se omitió, pueden en cualquier momento intervenir y hacer valer sus derechos, como terceros extraños a juicio, lo que genera inseguridad jurídica para los procesados y sentenciados, circunstancia que obstaculiza, en última instancia, la obtención de una justicia plena.

Consideraciones que convergen con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Casos de la Masacre de La Rochela vs. Colombia (sentencia de once de mayo de dos mil siete), y Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala (sentencia de veintidós de noviembre de dos mil cuatro), en donde consideró que una sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada cuando alcanza su definitividad a partir del total respeto a las formalidades esenciales del procedimiento.

Así al no llamar a las víctimas a juicio, se impide la completa integración de la relación jurídico procesal, que es un presupuesto para la resolución del proceso, esa omisión transgrede los derechos relacionados con el debido proceso, la seguridad jurídica y, en última instancia, el de justicia plena en perjuicio de los sujetos activos del delito, al existir una violación manifiesta al procedimiento.

V. Reivindicación de los derechos de las víctimas migrantes menores de edad

En la práctica, existe reticencia en cuanto a reconocer el carácter de parte a estos sujetos de protección especial, menores migrantes, no obstante que los tribunales en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 1, del Código Federal de Procedimientos Penales, deben llamarlos a juicio a través de sus legítimos representantes; al no hacerlo así, se incumple con las obligaciones contenidas en la Ley de Migración, el respeto a todos los derechos humanos de las personas migrantes, nacionales y extranjeras, con especial atención a los grupos en situación de vulnerabilidad; lo que se relaciona con la Ley General de Víctimas.

El no llamar a las víctimas en el delito de tráfico de personas en calidad de parte, deriva en diversos casos en la emisión de negativas de orden de aprehensión, autos de libertad, e incluso en sentencias absolutorias dictadas aparentemente, en favor de los encausados, ya que a sus declaraciones sólo se les confiere el carácter de testimonio de cargo; sin embargo, como se vio, estos grupos especiales de menores migrantes, tienen mayores prerrogativas que se deben reconocer en juicio.

Las violaciones cometidas en primera instancia; incluso, pueden repararse de oficio en la alzada, no obstante que únicamente apele el representante social, porque de conformidad con el artículo 1, del Código Federal de Procedimientos Penales, el órgano jurisdiccional puede suplir la deficiencia o aun ausencia de agravios del menor, lo que tiende a proteger a los niños y adolescentes, quienes, como se dijo, requieren de una protección más amplia.

En la averiguación previa se debe dar intervención a la víctima migrante menor de edad, a través de su representante legal; ante el juez, desde el auto de radicación, incluso también a la víctima directa u ofendido, en relación el principio de igualdad procesal, en concomitancia con los derechos a que se ha hecho referencia, el

juzgador debe darles intervención y hacer de su conocimiento que tienen derecho a contar con un asesor jurídico durante el proceso, lo cual **debe subsistir durante todo su desarrollo**.

Para lo cual debe destacarse que el derecho procesal penal es de orden público y, por ende, el juez no puede alterar o modificar sus reglas, pues son absolutas y de imperativo cumplimiento.

Sin que sea obstáculo, que el acceso a la justicia de las personas migrantes y sujetas de protección internacional, enfrente barreras, como el seguimiento a sus procedimientos legales; ya que en la mayoría de los casos no cuentan con un domicilio estable, pues son personas “de paso” que constituyen población flotante; situaciones que propician que las violaciones a sus derechos humanos, queden impunes.

Empero, esto es inaceptable porque, el estado Mexicano está comprometido a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas nacionales y extranjeras de manera igualitaria, por lo que debe dárseles su legítima intervención desde el auto de radicación; y, en el caso de no haberlo hecho el juez de primera instancia, el resolutor alzada debe ordenar su intervención.⁹

El órgano revisor puede ordenar la reposición del procedimiento, esa posibilidad tiene un presupuesto, que consiste en que se decrete a petición de parte, **debiendo expresarse los agravios** en que se apoye la petición; sin embargo, cuando en el procedimiento de segunda instancia algún menor se ve relacionado con los hechos ilícitos, como víctima, el tribunal de alzada **debe suplir la ausencia** de los razonamientos y fundamentos que conduzcan a proteger los derechos que legítimamente pueden corresponderle, como lo es la eventual condena a la reparación del daño y las anteriores a que se ha hecho referencia en favor de las víctimas migrantes menores de edad.

⁹ Protocolo de actuación para quienes imparcen justicia en casos que involucren a personas migrantes y sujetas de protección internacional, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 17.

Tampoco es obstáculo, que el recurso de apelación sólo se interponga por el Ministerio Público de la Federación; toda vez que no hay excusa ni impedimento jurídico para la intervención oficiosa y obligada del tribunal de apelación, pues la sociedad y el Estado tienen interés en que los derechos de los menores de edad, víctimas directas migrantes, queden protegidos supliendo la ausencia o deficiencia de la queja, independientemente de quienes hagan valer el recurso de apelación, incluso, sin ser parte, por su falta de notificación o llamamiento a juicio, pues en esos casos se vedó a las víctimas, el debido proceso respectivo, al no haberse enterado del inicio del procedimiento penal, demeritando su eventual participación, y que sus opiniones fueran escuchadas por el juzgador.

Ese llamamiento a juicio, debe ser **por conducto de su abogado, asesor jurídico o persona que ejerce la patria potestad –progenitor, ofendido o víctima indirecta-, la tutela o la curatela**, conforme lo establece el artículo 141, apartado A, fracción VIII, del Código Federal de Procedimientos Penales, o en el caso, el juzgador, de oficio, debe advertir el momento procesal en que el menor adquirió su mayoría de edad y en consecuencia actuar conforme a derecho ordenando su notificación en ese carácter; asimismo, proveer por cuanto ve a las víctimas indirectas u ofendidos, a fin de notificarlas personalmente del estado del proceso.

Lo anterior, con base en el principio de equilibrio procesal entre las partes, pues con la instauración del apartado C, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establecieron múltiples derechos en favor de las víctimas u ofendidos, reconociéndolas como parte procesal en las diversas etapas del procedimiento, con el objeto de asegurar su eficaz intervención, tanto en la averiguación previa como en el proceso, pues debe tenerse en cuenta que el derecho de las víctimas a obtener una sentencia justa en la que se condene al culpable y se le repare el daño, no puede estar supeditado a formalismos, sino actuar en la salvaguarda de los derechos humanos de las partes involucradas.

LA PONDERACIÓN EN LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN EL JUICIO DE AMPARO.

JORGE ALBERTO ORANTES LÓPEZ¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Generalidades sobre la ponderación. III. Motivación y ponderación en medidas cautelares. IV. La ponderación y la suspensión de plano. V. La ponderación y la suspensión provisional y definitiva del acto reclamado a la luz de criterios jurisprudenciales. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

Uno de los medios de control de la constitucionalidad o convencionalidad para la protección y tutela de derechos fundamentales más reconocido en el sistema jurídico mexicano es sin lugar a dudas el juicio de amparo, cuya estructura funcional comprende una figura jurídica fundamental para su eficacia: la suspensión del acto reclamado.

El derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad e integridad de las personas constituyen precisamente los aspectos de tutela más elementales que ante la eventual afectación exigen determinaciones expeditas y dotadas de la sensibilidad del juzgador, quien más allá de aplicar el derecho debe utilizar las herramientas a su alcance para lograr una debida salvaguarda de los citados bienes jurídicos.

Es ahí donde la ponderación juega un papel relevante, no sólo porque el análisis de la apariencia del buen derecho, el peligro en la demora y la posible afectación irreparable, constituyan de suyo una herramienta interpretativa que la propia legislación de amparo prevé para la debida eficacia de la suspensión del acto reclamado, sino porque en la práctica surgen problemas jurídicos en donde, debido a la trascendencia de los derechos en juego, no se puede

¹ Juez Tercero de Distrito en el estado de Tabasco, con residencia en Villahermosa, Tabasco.

esperar a la resolución de fondo para hacer uso de la ponderación como instrumento para evitar la colisión de principios y resolver con apego a la máxima potenciación de los derechos fundamentales.

II. Generalidades sobre la ponderación

En la actualidad es una constante que los jueces ya no solo se limitan al texto de la ley, pues se les ha conferido las herramientas interpretativas necesarias para dotar de vigencia plena al sistema de derechos fundamentales.

Un elemento trascendental para la interpretación es la ponderación como mecanismo para resolver sobre colisión entre principios a través de un ejercicio de confronta en la que según el peso de los derechos en juego, prevalecerá aquélla en la que, en términos generales, logre la mayor armonía entre los derechos fundamentales interrelacionados.

Ello, con la precisión de Carlos Bernal Pulido en cuanto a que la ponderación aplicará sobre principios, es decir, no sobre reglas específicas o normas dotadas de una estructura hipotética con un supuesto de hecho y sanción bien determinados² sino en mandatos de optimización que, a decir de Alexy, ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario³.

De manera que, existirá colisión de principios, cuando en un caso concreto resulten relevantes dos o más disposiciones jurídicas que y prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones en el caso, lo cual Carlos Bernal ilustra a través de un ejemplo, además muy recurrido por la doctrina para la fácil comprensión del tema:

Cuando los padres de una niña que profesan determinado culto religioso, y en razón del respecto a los mandamientos de esa

² Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos, Escritos Sobre la Aplicación de los derechos Fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2005, p. 96.

³ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p.95.

doctrina religiosa, se niegan llevarla al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte.

Conforme a este ejemplo la colisión existiría por un lado, entre el derecho al desarrollo de la libre personalidad, y por el otro, el derecho a la vida, a la salud y al interés superior del menor, entre otros, posición esta última que carga todo el peso por razones obvias⁴.

Cobra relevancia también lo apuntado por Marina Gascón en cuanto a que de las normas que reflejan la pluralidad de valores y concepciones de justicia presentes en la sociedad; así como se reconocen el derecho al honor, la libertad de información, también se hace lo propio con el derecho a la intimidad, el valor de la libertad, pero también su función social, la tutela al medio ambiente pero también el derecho a la vivienda o el bienestar general.

Siendo evidente que entre estas normas, según señala la autora citada, no se advierte ninguna contradicción en abstracto, pues no sería contradictorio, por ejemplo, que un mismo sistema jurídico proclame la libertad de expresión y el derecho al honor, pero podrían presentarse conflictos ya en casos concretos, como ocurre cuando con motivo de un juicio se debe ponderar entre las injurias que generaron por un lado, afectación al derecho al honor, y por otro a la libertad de expresión⁵.

Así, la ponderación como criterio metodológico es indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en tribunales constitucionales que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios⁶.

⁴ Bernal Pulido, Carlos, *Estructura y límites de la Ponderación*, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1989, p. 6-8; véase la edición electrónica en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Estructura_y_l_mites_de_la ponderaci_n.pdf

⁵ Gascón Abellán, Marina. *Argumentación Jurídica*, Editorial Tirant Lo Blanch, Ciudad de México (impreso en Ultradigital Press, S.A de C.V) 2015, p 300 y 301.

⁶ Bernal Pulido, Carlos, op. cit., p. 96 y 97.

II. Motivación y ponderación en medidas cautelares

Aplicar el juicio de ponderación como método argumentativo en la emisión de cualquier determinación –no necesariamente de fondo sino en acuerdos e interlocutorias- presupone un ejercicio que no se realiza a la ligera, pues ello exige una absoluta comprensión del problema jurídico que se plantea y los principios colisionados que serán tutela de análisis conforme al peso que mayor corresponda a cada uno de ellos.

Es sabido que la motivación forma parte inescindible de la ponderación, y que de hecho en la medida que esta se realice permitirá generar mayor claridad en la solución. Roger Zavaleta Rodríguez ha enfatizado en cuanto a este aspecto al establecer que en la práctica se debe abogar por una ponderación cuidadosa que no eluda problemas interpretativos y sobre todo que no incurra en defectos de motivación⁷.

Ello evidencia que la ponderación no es una herramienta o que el Juez deba ejercer de manera ilimitada y discrecional, pues siempre debe atenderse al peso de los principios en juego, y en la medida que mayor eficaz sea la motivación mejor será sin duda la demostración de su debida aplicabilidad.

Sin embargo, una acotación trascendental es que si bien esa motivación es inherente a la ponderación, en cualquier tipo de resolución, cuando se está en presencia de las de naturaleza incidental, y sobre todo en las de medidas cautelares, el tiempo que se tiene para ello es de suyo limitado, lo que requiere de gran experiencia y acuciosidad del operador jurídico.

Esto no implica desde luego, que se inhiba o justifique en mayor medida, como muchas veces se piensa, que exista una justificación o eximente en la elaboración de razonamientos, sino que estos deben contener mayor claridad y menos formalismos para hacer resoluciones de contenido digerible a los justiciables.

⁷ Zavaleta Rodríguez, Roger, *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*, Editorial Grijley, Colección: Derecho y Tribunales, 2014, p. 296.

Principalmente donde involucra aspectos tan elementales para el lego, como lo son la vida, la libertad personal y la dignidad del ser humano.

IV. La ponderación y la suspensión de plazo

Como en cualquier determinación judicial, los operadores jurídicos al motivarla no están exentos de que en algunos casos colisionen principios al momento de emitirlas, según el problema jurídico de que se trate, pues aun cuando pareciera que las reglas están específicamente previstas en la ley de amparo, se debe atender a las circunstancias que se presenten en cada uno de ellos.

Para el caso específico de la suspensión de plazo, el tiempo tan limitado con que se cuenta para resolver y la celeridad con la que el juez de distrito tiene para decretarla, le dotan de una característica muy peculiar si se trata de realizar un ejercicio interpretativo a guisa de ponderación.

En principio, porque, por regla general, conforme al artículo 126 de la ley de amparo⁸, basta que se actualicen los supuestos que prevé el artículo 22 constitucional⁹, esto es, que se trate de los valores jurídicos que ameritan la mayor protección para el ser humano, para que sin mayor proveído, sin pruebas o informes, incluso en el propio acuerdo de admisión de la demanda de amparo, se provea al respecto a fin de lograr el cese inmediato de cualquier acto de autoridad que atente contra cualquier derecho fundamental de esta índole.

⁸ Artículo 126. La suspensión se concederá de oficio y de plazo cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales. En este caso, la suspensión se decretará en el auto de admisión de la demanda, comunicándose sin demora a la autoridad responsable, por cualquier medio que permita lograr su inmediato cumplimiento. La suspensión también se concederá de oficio y de plazo cuando se trate de actos que tengan o puedan tener por efecto privar total o parcialmente, en forma temporal o definitiva, de la propiedad, posesión o disfrute de sus derechos agrarios a los núcleos de población ejidal o comunal.
⁹ Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

En la práctica, la suspensión de plano se realiza de forma inmediata (más de una ocasión ello ocurre en pocas horas tan pronto el órgano jurisdiccional tiene conocimiento de la demanda de amparo) y si bien suele acontecer que no requiera mayor argumentación pues el juzgador al advertirlo de la lectura integral de la demanda, de oficio o a petición de parte, proveerá lo conducente sin mayor esfuerzo ponderativo, existen casos en los que estos derechos fundamentales pudieran colisionar con otros principios y entonces tendrán que ponderarse a fin no de resolver sobre la materia de fondo sino en función de la eficacia de la medida cautelar y preservar el desarrollo del juicio, así como posibles perjuicios irreparables.

Así por ejemplo, en un centro penitenciario donde un quejoso reclama la falta de recepción de alimentos, lo cual podría interpretarse como una especie de tortura, si existiera la posibilidad de generar trastornos y hasta la muerte, la falta de ingesta alimentaria.

En condiciones ordinarias, por regla general, el juez de distrito podría conceder la suspensión de plano para que bajo apariencia del buen derecho, se realice un acto positivo consistente en la atención médica requerida a fin de lograrla y así restituir de inmediato en la vulneración grave al bien jurídico trascendental objeto de tutela.

Sin embargo, podría ocurrir que en realidad no es omisión de recibir alimentos lo que constituye el acto reclamado sino la imposibilidad de introducirlos desde el exterior y en las condiciones específicas señaladas por el quejoso, por ejemplo, que se trate del ingreso constante de alimentos a un centro penitenciario que tiene la calidad de máxima seguridad, y en la cual existen muy estrictas reglas en función precisamente, del orden social que debe prevalecer en este tipo de internamiento. De manera que, si conforme a la normatividad de ese centro penitenciario, prevalece en su normatividad, la prohibición de ingresar alimentos, sin embargo, se le otorga a los internos de manera suficiente, basta y con las calidades necesarias para satisfacer esa necesidad humana de

forma digna, lo cual además constituye una regla que se otorga por igual y se sustenta en razones de seguridad en prisiones, emerge la necesidad de ponderar esos principios, a fin de que al momento de que el juez determine lo correspondiente para salvaguardar la integridad del ser humano, y en su caso adopte las previsiones necesarias para no vulnerar o afectar el interés público.

En ese sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció un criterio novedoso al sostener que en determinados casos, la omisión de la autoridad penitenciaria de proveer ropa y zapatos en buen estado a las personas privadas de su libertad, excepcionalmente podría equipararse a un acto de tormento si por ejemplo, compromete la dignidad e integridad personales, por la exposición de un clima gélido o caluroso, o bien, cuando tiene la intención de vejar o humillar al interno¹⁰.

En estos casos, es clara la posible colisión de principios que puedan afectar la integridad personal y emocional frente al orden público y la seguridad en prisiones; sin embargo, también la precisión es importante en cuanto que ello ocurre de forma excepcional, según las particularidades del caso sujetas a ponderación.

V. La ponderación y la suspensión provisional y definitiva del acto reclamado, a la luz de criterios jurisprudenciales

En cualquier caso, aun en la provisional cuando no tienen mayores elementos que los aportados en la demanda, incluso no se cuenta ni con el informe que al respecto emita la autoridad responsable, derivado de la naturaleza de las medidas cautelares, el transcurso del tiempo es factor en contra y respecto del cual es indispensable adoptar con la celeridad necesaria las medidas necesarias para preservar la materia de amparo y simultáneamente evitar el perjuicio y daños de difícil reparación para el quejoso.

10 Tesis: 1a./J.35/2018. Gaceta del semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Rubro: SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. EXCEPCIONALMENTE, ES PROCEDENTE CONCEDERLA DE PLANO Y DE OFICIO TRATÁNDOSE DE LA OMISIÓN DE LA AUTORIDAD PENITENCIARIA DE PROVEER A LOS INTERNOS ROPA Y ZAPATOS EN BUEN ESTADO.

Como primer acercamiento a la ponderación, cabe señalar que esta forma parte inescindible de su aplicabilidad, cuando al margen de los requisitos legales, de procedencia y efectividad, como serían en principio, lo establecido en el artículo 128 de la ley de amparo¹¹, esto es, que la solicite el quejoso y no se afecte el interés general –esto ya es de suyo una ponderación real¹² ni se contravengan disposiciones de orden público, debe atenderse lo que al respecto prevé el artículo 139 del ordenamiento, en cuanto a que el juzgador adoptará las medidas necesarias si existe peligro inminente de que se ejecuten los actos con perjuicios irreparables para el quejoso.

Conviene al respecto mencionar una contradicción de criterios que derivó en la jurisprudencia:

SUSPENSIÓN DEFINITIVA. PARA SU OTORGAMIENTO EL JUZGADOR DEBE ATENDER NOSÓLO LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 128 DE LA LEY DE AMPARO, SIN O ADEMÁS PONDERAR, SIMULTÁNEAMENTE, LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO Y EL PELIGRO EN LA DEMORA QUE SE TRADUCE EN QUE EL ACTO RECLAMADO CAUSE PERJUICIO DE DIFÍCIL REPARACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 139 DE LA LEY DE AMPARO)¹³.

El problema jurídico de la contradicción consistió en determinar si para el otorgamiento de la suspensión del acto reclamado basta colmar los requisitos del artículo 128 de la ley de amparo, o si bien, tal como prevaleció, resultaba posible atender simultáneamente a la apariencia del buen derecho y peligro en la demora frente a los posibles perjuicios que pudieran generarse.

11 Artículo 128. Con excepción de los casos en que proceda de oficio, la suspensión se decretará, en todas las materias salvo las señaladas en el último párrafo de este artículo, siempre que concurran los requisitos siguientes: I. Que la solicite el quejoso; y II. Que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público.

12 Incluso el artículo 138 de la Ley de Amparo prevé expresamente que promovida la suspensión el órgano jurisdiccional deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho, la no afectación del interés social y la no contravención de disposiciones de orden público.

13 Tesis PC. III C. J/7 K (10^a), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Decima Época.

Lo anterior presupone un sin número de ponderaciones en medidas cautelares. La ponderación se encuentra así, en el propio diseño legal de la figura de la suspensión en el juicio de amparo.

En el caso del que derivó la tesis en comento, concretamente, de la reseña de antecedentes de las ejecutorias respectivas se advierte que la temática de origen versó sobre providencias precautorias del orden civil local respecto de publicaciones periodísticas que por su contenido, posiblemente rebasaban el derecho de libre expresión al afectar derechos de la personalidad como el honor, imagen y reputación del interesado.

En la resolución controvertida se concedió la suspensión para que se mantuvieran las cosas en el estado en que estaban y no se hiciera efectiva la resolución interlocutoria dictada por el juez de origen, en la cual, como providencia cautelar se había decretado la prohibición de publicar inserciones periodísticas, lo anterior, luego de que ya en la esfera de competencia del juez de amparo, bajo la apariencia del buen derecho y previa ponderación entre la prohibición a la censura, la libre expresión y la posible afectación a los derechos de la personalidad del quejoso, determinó que en el caso concreto, en realidad no existían daños de difícil reparación con la publicación en su origen prohibidas por el juez del orden civil local que las había decretado.

Conviene hacer mención, que en la línea veintiocho del cuerpo de la contradicción de criterios aludida, en referencia a los tratadistas Eduardo Ferrer Mc Gregor y Rubén Sánchez Gil, en su obra a la que denominaron “suspensión ponderativa” se transcribe lo siguiente:

“... Instaurar la ‘ponderación’ con todas sus letras reivindica la naturaleza de ‘medida cautelar’ de la suspensión, cuya indefinición ha ‘provocado abusos por parte de justiciables y algunos juzgadores’; lo que lleva a estudiarlas con el prisma de ‘los adelantos que la propia ciencia del derecho procesal ha alcanzado’. Como medida cautelar, la suspensión tiene ‘el

objeto de anticipar provisionalmente algunos de los efectos de la protección definitiva', basándose en una 'apreciación preliminar de la existencia de un derecho', para proteger al quejoso 'mientras dure el juicio constitucional', es decir hasta que en él se dicte sentencia ejecutoria; ello en atención a la tutela judicial efectiva, buscando preservar la materia sobre la que recaerá la resolución final y que ésta no sea ilusoria. Al resolverse sobre la tutela del interés del quejoso -sobre cuyo otorgamiento influirá la apariencia de su 'buen' o 'mal' derecho y el peligro en la demora- también tendrá un valor el interés público que supuestamente persiga el acto de autoridad reclamado o los derechos fundamentales de personas ajenas al quejoso. El equilibrio entre ambos extremos no se da mediante la prevalencia a priori y absoluta de uno de ellos; sólo puede lograrse observando la relación de idoneidad, necesidad y ponderación que guarden dentro de todas las circunstancias del caso particular; a determinar dicha relación se encamina la naturaleza de la actual suspensión del juicio de amparo. ...".¹⁴

Como se advierte, ya existen estudios sobre la figura de la ponderación en medidas cautelares, concretamente en la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, pues con claridad se alude a la necesidad de equilibrar y ponderar los principios que son propios e inherentes a esa figura jurídica.

Para el caso de la suspensión definitiva muchas ocasiones la necesidad de ponderar se aminora en la medida en que ordinariamente ya se cuentan con mayores elementos para resolver, por ejemplo, con los informes previos que al efecto rindió la autoridad responsable.¹⁵

14 Transcripción obtenida del contenido de la ejecutoria de la cual emana la tesis referida en la cita anterior (Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época Página 2620, Tomo IV. Libro 26, Enero de 2016).

15 Artículo 140. En el informe previo la autoridad responsable se concretará a expresar si son o no ciertos los actos reclamados que se le atribuyan, podrá expresar las razones que estime pertinentes sobre la procedencia o improcedencia de la suspensión y deberá proporcionar los datos que tenga a su alcance que permitan al órgano jurisdiccional establecer el monto de las garantías

Por ejemplo, cuando se solicita la suspensión del acto reclamado respecto de un procedimiento internacional de menores, sea que la pida el padre o madre sustractor, o bien quien lo ha tenido bajo su custodia antes de la restitución, para el efecto de que en uno u otro caso permanezca con el menor, en tanto se resuelve el procedimiento respectivo.

En los procedimientos de sustracción internacional de menores, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis del rubro "SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL SISTEMA PREVISTO POR EL CONVENIO DE LA HAYA BUSCA PROTEGER AL MENOR DE LOS EFECTOS PERJUDICIALES QUE GENERA ESTE TIPO DE CONDUCTAS" ha establecido que con el Convenio de La Haya sobre los aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores se busca disuadir que las personas que cometen esa acción de trasladar o retener ilícitamente a un menor, busquen que su acción sea legalizada por el Estado donde se refugian.¹⁶

Conforme a dicho criterio, el juez de distrito, previa ponderación de la apariencia del buen derecho, el orden público y el interés superior del menor, para efectos de la suspensión provisional, deberá adoptar las medidas necesarias para salvaguardar los referidos principios.

Así tenemos que atender en determinado caso, que si el ambiente más benéfico para el menor es el que tenía antes de la sustracción, desde el punto de vista emocional, sicológico e incluso físico, en virtud de ser donde se desenvuelve de forma cotidiana, esto debe de tomarse en consideración al emitir la determinación respectiva.

Sin embargo, para efectos de la suspensión definitiva, una vez que se tienen mayores elementos para resolver, ello puede cambiar si por ejemplo existen indicios de que retornar al menor a su ambiente cotidiano con el padre o madre no sustractor, generaría correspondientes. Las partes podrán objetar su contenido en la audiencia.

16 Tesis 1^a. LXX/2015. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Página 1417. Décima Época.

mayor afectación a su estado psíquico y físico, ante la posibilidad de agresiones de quien eventualmente ha tenido la guarda y custodia.

En estos casos, el criterio establece que debe atenderse incluso a la individualidad de los quejoso para decidir por separado la situación jurídica de cada uno de ellos a fin de privilegiar el interés superior del menor que supone, por una parte, que todo niño, niña o adolescente sea protegido contra toda forma de sufrimiento, abuso o descuido físico, psicológico, mental y emocional y, por otra, la posibilidad de crecer en un ambiente armonioso y con un nivel de vida adecuado.¹⁷

Así también ocurrió en un asunto en el que para resolver sobre la medida cautelar se ponderó entre el derecho al libre tránsito frente al derecho humano a la protección integral de la salud.

Lo anterior, con motivo de la presentación de un juicio de amparo en donde la parte quejosa como parte del sector empresarial consideró agraviado su derecho al libre tránsito con motivo de normas reglamentarias de tránsito que establecía limitaciones en función de las dimensiones y características de vehículos en determinadas partes de la ciudad. De la resolución respectiva, derivó la jurisprudencia del rubro:

TRANSITO DE VEHÍCULOS. EL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO DEL SECTOR EMPRESARIAL NO ESTÁ POR ENCIMA DEL DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA SALUD QUE PROTEGEN LOS REGLAMENTOS HOMOLOGADOS DE TRÁNSITO Y VIALIDAD DE LOS MUNICIPIOS DE LA ZONA METROPOLITANA DE MONTERREY AL EVITAR ACCIDENTES VIALES; POR TANTO, CONSTITUYEN NORMAS DE ORDEN PÚBLICO RESPECTO DE LAS

¹⁷ Tesis I.3o. C. 306 C. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Pagina 2284. Decima Época. RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. SI LA RESOLUCIÓN QUE LA ORDENÓ AL LUGAR DE RESIDENCIA HABITUAL, SE CONOCE COMO ACTO JURÍDICO SUPERVENIENTE, DEBE ATENDERSE A LA INDIVIDUALIDAD DE LOS QUEJOSOS (PADRE Y MENOR) PARA DECIDIR POR SEPARADO LA SITUACIÓN JURÍDICA DE CADA UNO DE ELLOS Y PRIVILEGIAR EL INTERÉS SUPERIOR DE ESTE.

CUALES PROCEDEN NEGAR LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA¹⁸.

En dicho criterio se sostuvo que en función de la teoría de ponderación de principios, cuando dos derechos fundamentales entran en colisión se debe resolver el problema atendiendo a las características y naturaleza del caso concreto.

De ahí que si la suspensión se solicita contra normas generales de tránsito y vialidad por la posible afectación del derecho humano al libre tránsito, así como la de tipo económica que adujo la parte promovente con motivo de esa restricción, lo que procede es negar la medida cautelar, al no estar por encima del derecho humano a la protección integral de la salud, que protegen las reglas de tránsito al establecer condiciones de seguridad vial y evitar accidentes viales que incluso podrían concluir con la pérdida de vidas humanas.

De manera que si sólo se pretende privilegiar el interés particular del sector empresarial, en su derecho al libre tránsito, el principio que debía prevalecer, conforme al criterio referido, es el que otorga mayor protección a las personas.

Lo anterior, únicamente es enunciativo respecto de la infinidad de casos que se pueden presentar y sin que al realizar pronunciamientos en las medidas cautelares implique una resolución de fondo, aunque en muchos casos en esta última también se pueda o no realizar otro ejercicio de ponderación para la solución del problema jurídico de que se trate.

¹⁸ Tesis IV.1o.A. J/30. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Pagina 1905. Décima Época. TRÁNSITO DE VEHÍCULOS. EL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO DEL SECTOR EMPRESARIAL NO ESTÁ POR ENCIMA DEL DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA SALUD QUE PROTEGEN LOS REGLAMENTOS HOMOLOGADOS DE TRÁNSITO Y VIALIDAD DE LOS MUNICIPIOS DE LA ZONA METROPOLITANA DE MONTERREY AL EVITAR ACCIDENTES VIALES; POR TANTO, CONSTITUYEN NORMAS DE ORDEN PÚBLICO RESPECTO DE LAS CUALES PROCEDA NEGAR LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA.

VI. Conclusiones

La ponderación como mecanismo para resolver sobre colisión entre principios se encuentra inmersa en el propio diseño legal de la suspensión del acto reclamado, si partimos de la premisa de que en cada caso concreto, habrá que analizar con base en la apariencia del buen derecho, el orden público e interés social, y la posible afectación y perjuicios irreparables al quejoso, habrá que adoptarse la determinación que al respecto corresponda, a fin de generar una restitución aunque de carácter provisional, a los derechos fundamentales del quejoso.

En muchas ocasiones, el análisis que se realiza para ese restablecimiento provisional de los derechos fundamentales constituye un auténtico ejercicio de ponderación, en virtud de los distintos principios que puedan colisionar al momento de emitir la medida cautelar.

No obstante la celeridad con la que cuenta el juzgador para dictar la resolución correspondiente, ello no lo exime de motivar debidamente sus resoluciones, actuación que bien puede agilizarse si se realiza de forma contundente y precisando los efectos que en concreto se persiguen para obtener su eficacia.

Sin embargo, cada caso concreto exige de la más estricta sensibilidad del juzgador para salvaguardar los derechos fundamentales y lograr el equilibrio entre los principios que pudieran colisionar; muchas veces esa confronta se armoniza a través del establecimiento de condiciones o candados para que no se generen perjuicios irreparables para ninguna de las partes.

VII. Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de principios, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Bernal Pulido, Carlos, El derecho, op. Cit.

- Bernal Pulido, Carlos, El derecho de los Derechos, Escritos Sobre la Aplicación de los derechos Fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2005.
- Gascón Abellan, Marina. Argumentación Jurídica, Editorial Tirant Lo Blanch, Ciudad de México (impreso en Ultradigital Press, S.A de C.V) 2015.
- Zavaleta Rodriguez, Roger, La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica, Editorial Grijley, Colección: Derecho y Tribunales, 2014.

Referencia electrónica

- Bernal Pulido, Carlos, Estructura y límites de la Ponderación, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1989, véase la edición electrónica: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Estructura_y_límites_de_la_ponderación.pdf

Referencias normativas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Referencia Jurisprudencial

- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Decima Época.

ANÁLISIS DEL PELIGRO DE SUSTRACCIÓN DEL IMPUTADO EN EL PROCESO A LA LUZ DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

RICARDO PAREDES CALDERÓN¹

Resumen: En este ensayo me ocuparé de analizar la forma en la que los jueces deben establecer la procedencia la prisión preventiva como medida cautelar. En específico, cuando se alega que por el monto de la pena que habrá de imponerse a la persona imputada, en caso de sentencia condenatoria, existe un alto riesgo de que se sustraiga de la acción de la justicia. Todo lo anterior, a la luz de lo dispuesto por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Palabras clave: peligro de sustracción; pena; monto; presunción de inocencia; medida cautelar.

Sumario: I. Introducción. II. Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. III. Peligro de sustracción del imputado. IV. El peligro de fuga de acuerdo a la Comisión Interamericana. V. Criterios de la Corte Interamericana. VI. Conclusiones.

Introducción

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos² en su artículo 19, párrafo segundo, así como el Código Nacional de Procedimientos Penales³, en su artículo 153, primer párrafo, establecen el fundamento con base en el cual se determina la procedencia en la imposición de medidas cautelares dentro del procedimiento penal.

Dichos artículos son coincidentes en señalar que las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para: asegurar la presencia del imputado en

¹ Magistrado de Circuito, Titular del Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito.

² En adelante "Constitución Federal".

³ En adelante "Código Nacional".

el procedimiento; garantizar la seguridad de la víctima, ofendido o del testigo; o para evitar la obstaculización del procedimiento.

Esto es, de acuerdo con la disposición constitucional y legal antes señaladas, el juez de control únicamente podrá imponer alguna de las medidas cautelares previstas en el artículo 155 del Código Nacional, cuando la parte solicitante –Ministerio Público, víctima u ofendido (por sí o por conducto de su asesor jurídico)– establezca que solo a través de ello, se evitará la actualización de algún riesgo o peligro procesal de los antes señalados.

Respecto de la presencia del imputado en el procedimiento, el artículo 168 del Código Nacional establece un listado de circunstancias que pueden ser tomadas en cuenta por el juez de control para establecer qué tan alto es el nivel de riesgo o inminencia que justifique no solo la imposición de una medida cautelar, sino también el tipo de medida a través de la cual se atenuará el riesgo identificado.

Entre dichos supuestos, encontramos el previsto en la fracción II del artículo en comento que establece: “...II. *El máximo de la pena que en su caso pudiera llegar a imponerse de acuerdo al delito de que se trate y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante éste;...*”

Sobre el elemento señalado, la práctica judicial nos indica que la forma en la que, de acuerdo al mismo, debe establecerse la procedencia de una medida cautelar, ha generado muchas interrogantes y posturas divergentes en los operadores jurídicos.

Es así, pues hay quienes señalan que si a la persona imputada se le atribuye la comisión de un delito cuya pena máxima sobrepasa de la necesaria para, en su caso, acceder a un beneficio sustitutivo de la pena de prisión o de condena condicional, el imputado tiene altos incentivos para no acudir al proceso, de ahí que el peligro de sustracción sea alto; entonces –de acuerdo a dicha postura– no solo sea procedente la imposición de una medida cautelar, sino

que la idónea para asegurar la presencia del imputado es la prisión preventiva justificada.

Una postura contraria afirma que la disposición en comento, debe sujetarse a un ejercicio de interpretación para, con base en el principio *pro persona*, establecer que la única forma que se respete la presunción de inocencia del imputado, es que la locución “máximo de la pena” se entienda en realidad como “mínimo de la pena”.

No obstante, hay delitos que su pena mínima rebasa de la necesaria para acceder a un sustitutivo de la pena de prisión o de condena condicional; de ahí que, en esos casos, aun adoptándose la postura recién señalada, subsiste la aparente vulneración al principio de presunción de inocencia que con ella se busca evitar.

Así, un análisis de la realidad jurisdiccional nos indica que el monto de la pena que amerita el delito que se atribuye a la persona imputada, ha sido el factor determinante para imponer prisión preventiva justificada, que vale la pena señalar, se trata de la más gravosa de las medidas cautelares y cuyo uso, de acuerdo a los principios que rigen el sistema de justicia penal acusatorio, debe constituirse como la última ratio.

Cierto es que la divergencia de criterios se justifica, en cierta medida, dado lo novedoso que es para el sistema de justicia penal mexicano no solo realizar un escrutinio judicial para efecto de imponer una medida cautelar, sino también para llegar a dicha determinación con base en el análisis de un riesgo de sustracción.

Máxime que, hasta el momento en el que se escriben estas líneas, no existe un criterio –ni aislado ni jurisprudencial– por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de Tribunales Colegiados de Circuito que den respuesta a la problemática apuntada.

A pesar de lo anterior, el riesgo de sustracción como factor para determinar la procedencia de la imposición de la prisión preventiva, puede ser determinado a la luz de la Declaración Americana de los

Derechos y Deberes del Hombre, así como de los criterios que respecto al derecho a la no detención arbitraria –reconocido en dicho instrumento– han emitido tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴ como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵

En el presente ensayo nos ocuparemos de analizar los criterios que sobre el tema han emitido los órganos señalados para, efecto de dar respuesta a la siguiente interrogante:

Cuando se alegue un alto peligro de sustracción del imputado en virtud del monto de la pena de prisión que contempla el delito que se le atribuye ¿de qué forma deben los jueces atender dicho factor de acuerdo al sistema interamericano de derechos humanos?

Para un mejor desarrollo de lo anterior, en un primer momento nos ocuparemos de abundar sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (II); después, sobre el peligro de sustracción del imputado (III); después, la forma en la que la Comisión Interamericana ha entendido que el monto de la pena influye en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia (IV); posteriormente, haremos el anterior análisis de acuerdo a lo establecido por la Corte Interamericana (V); para finalmente, a manera de conclusión, establecer la forma en la que los jueces deben analizar el peligro de sustracción como factor para imponer una medida cautelar (VI).

II. Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Previo a dar contestación a la interrogante planteada con antelación, es importante realizar algunas precisiones respecto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Al respecto, tenemos que entre sus principales instrumentos encontramos a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶ y la Convención Americana de Derechos Humanos.⁷

⁴ En adelante “Comisión Interamericana” o “Comisión”.

⁵ En adelante “Corte Interamericana” o “Corte”.

⁶ En adelante “Declaración”.

⁷ En adelante “Convención”.

Sobre la relación que entre ambos existe, Thomas Buergenthal⁸ señala que mientras la Declaración incluye una lista o catálogo de derechos, la Convención (por su naturaleza de tratado) transforma esos derechos en obligaciones legales y los define con mayor precisión jurídica.

Agrega el citado expresidente de la Corte Interamericana, que el propósito de la Declaración es el de servir de principal fuente normativa en la interpretación e implementación de la Convención y que se puede recurrir a aquella para llenar las lagunas normativas de ésta.

Así, tanto la Declaración como la Convención (sumados a la Carta de la Organización de los Estados Americanos) forman parte de un mismo cuerpo de leyes del derecho interamericano de los derechos humanos; es decir, conforman una unidad o un todo.

Para el tema que nos ocupa, tenemos que tanto la Declaración (artículo XXV primer párrafo⁹) como la Convención (artículo 7.3¹⁰) reconocen el derecho de las personas a no ser detenidos de manera arbitraria.

De ahí que las normas establecidas en los instrumentos internacionales señalados constituirán el parámetro de regularidad a la luz del cual analizaremos el peligro de sustracción del imputado en el proceso.

III. Del peligro en la sustracción del imputado

El evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia es uno de los objetivos más importantes al considerar la imposición de las medidas cautelares, en la medida que de no contarse con el imputado, el proceso no puede ser llevado a cabo.

⁸ Buergenthal, Thomas, “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06857-5.pdf>

⁹ “Artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes...”

¹⁰ “3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”

De hecho, el artículo 331 del Código Nacional contempla como uno de los supuestos para suspender el procedimiento penal “*la sustracción del imputado de la acción de la justicia*”; de ahí que se ponga en evidencia la trascendencia de la presencia del imputado durante el desarrollo del proceso.

Este elemento hace referencia a lo que en la doctrina se ha denominado peligro de fuga. Este criterio permite dotar de herramientas al órgano judicial con el objetivo de decidir si está o no garantizada la comparecencia del imputado en el procedimiento que se finca en su contra.

Con base en lo desarrollado por el profesor Juan Carlos Marín¹¹, se debe tomar en consideración que en la imposición de una medida cautelar, de carácter penal, no se hace referencia a un *periculum in mora* característico de estas figuras en la legislación civil.

Por el contrario, en el ámbito penal la necesidad de cautela es “*completamente ajena a la idea de peligro de retardo*.” Siguiendo con lo afirmado, el procesalista antes mencionado indica que la imposición de una medida cautelar es necesaria para contrarrestar “*la amenaza de que durante el proceso, el imputado intente su fuga...*”

En ese sentido, la necesidad de cautela, en este rubro, considera las situaciones que imposibiliten o dificulten la prueba de los hechos que son materia de la imputación, o bien, la ejecución de la eventual sentencia que, comúnmente, acaban en la imposición de una pena privativa de libertad.

En el mismo sentido y en términos precisos, Hassemer¹² afirmó que los intereses del aseguramiento buscan posibilitar un procedimiento en presencia del imputado con oportunidad de

averiguar la verdad y la imposición de las consecuencias penales. Esto justifica los fundamentos de la imposición de las medidas cautelares basados en la fuga, peligro de fuga y el peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad.

IV. El peligro de fuga de acuerdo a la Comisión Interamericana

En el informe 2/97 la Comisión Interamericana¹³ señaló que, ciertamente, la seriedad del delito y la eventual seriedad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia.

No obstante, dicha posibilidad debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo la ocupación de la persona, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, a pesar de una posible sentencia prolongada.

Posteriormente, la Comisión Interamericana en el caso *Peirano Basso vs. Uruguay*¹⁴ estableció que, al realizar el pronóstico de pena para evaluar el peligro procesal, siempre se debe considerar el mínimo de la escala penal o el tipo de pena más leve prevista.

De lo contrario, se vulneraría el principio de inocencia porque, como la medida cautelar se dispone con el único fin de asegurar el proceso, no puede referir a una eventual pena en concreto que suponga consideraciones que hacen a la atribución del hecho imputado.

Agregó la Comisión, que la estimación del mínimo de la pena a imponer, obedece a que cualquier pronóstico de pena que se realice en una etapa anterior a la valoración de pruebas y sentencia, que supere ese mínimo, conciliaría el derecho de defensa en juicio y la garantía de juez imparcial.

11 Marín González, Juan Carlos, *Las medidas cautelares procesales en el nuevo código procesal penal chileno*, ITAM, Ed. Serie de cuadernos de trabajo No. 26, México, junio de 2002.

12 Hassemer, Winfried, *Los presupuestos de la prisión preventiva. Crítica al Derecho penal de hoy*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

13 CIDH. Informe No. 2/97, Argentina, Fondo, 11 de marzo de 1997, párrs. 28, 29 y 30.

14 CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 89, 90, 91 y 111.

En el caso *Díaz Peña vs. Venezuela*¹⁵, la Comisión Interamericana se refirió a la presunción legal del riesgo de fuga en casos de delitos con penas privativas de libertad de diez años o más.

Al respecto, señaló que la práctica de las autoridades judiciales venezolanas, al momento de los hechos, indicaba que la prisión preventiva constituía la regla general y no la excepción, siempre que existiera una presunción razonable de peligro de fuga, la cual operaba automáticamente para casos de hechos punibles con penas privativas de libertad cuyo término máximo sea igual o superior a diez años.¹⁶

La Comisión reiteró sus precedentes en el sentido de que si la privación de la libertad durante el proceso solo podía tener fines cautelares y no retributivos, la severidad de una eventual condena, no necesariamente podrá justificar la imposición de la prisión preventiva. Además, la aplicación en forma general, sin consideración individualizada, de dicha medida cautelar, no resultaba compatible con las exigencias del artículo 7 de la Convención (XXV de la Declaración).¹⁷

Asimismo, en el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*¹⁸, también relativo al riesgo de fuga como causal de procedencia de la prisión preventiva, la Comisión hizo énfasis en que corresponde al tribunal acreditar la existencia de los elementos constitutivos de esta causal mediante argumentos razonables; no pudiendo limitarse a invocarla o a mencionar las normas en que dicha causal está establecida.

La expectativa de una sentencia prolongada y el peso de la evidencia pueden ser relevantes pero no son decisivos en sí

15 CIDH. Informe No. 84/10, Caso 12.703, Fondo, Raúl José Díaz Peña, Venezuela, 13 de julio de 2010, párrs. 150, 152, 153 y 172.

16 Sobre este punto estimo conveniente preguntarnos, la práctica judicial venezolana al imponer prisión preventiva tomando como base el monto de la pena ¿es muy diferente de la que llevan a cabo los jueces mexicanos?

17 En adelante “Convención Americana”.

18 CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela, derivada del informe de fondo 24/08. Caso 12.554. Francisco Usón Ramírez, 25 de julio de 2008.

mismos; de ahí que, en ausencia de otros elementos, el eventual riesgo puede ser mitigado por medio de otras garantías.

De igual forma, en el *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*¹⁹, la Comisión citó el diverso denominado *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada*, de la Fundación para el Debido Proceso.

De dicho documento, se tomó nota que en algunos países de la región el clima social generado por los distintos actores que intervienen en el debate público en torno al tema de la seguridad ciudadana, no solo ha abierto paso a cambio de legislación, sino también a criterios de interpretación judicial sobre la procedencia de la prisión preventiva.

Criterios de los cuales el más simple y usual consiste en reducir la decisión sobre la aplicación de esta medida a la gravedad de la pena, que en la legislación es usualmente listado como uno de varios elementos necesariamente concurrente.

Lo que genera, que en muchos casos la audiencia en la que se debata la procedencia de la prisión preventiva, se torne en un “juicio anticipado”, al evaluar el riesgo de fuga en función de la pena estimada, con lo cual se estaría prejuzgando acerca de la responsabilidad del imputado.

V. Criterios de la Corte Interamericana

Sobre este tema, tenemos que la Corte Interamericana en el caso *López Álvarez vs. Honduras*²⁰ señaló que el artículo 7.3 de la Convención (como también lo vimos XXV de la Declaración), prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables o carentes de proporcionalidad.

Recordó la Corte, que desde los casos *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, Palamara Iribarne vs. Chile y Acosta Calderón vs.*

19 CIDH. OEA/Ser.L/V/II.Doc.46/13, 30 de diciembre de 2013.

20 Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C. No. 141.

Ecuador ha señalado que la prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

Lo anterior, pues se trata de la medida más severa que se puede imponer al imputado y, por ello, debe aplicarse excepcionalmente; siendo que la regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.

De ahí que el derecho a no ser detenido arbitraria, se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél, entre otras cosas, no eludirá la acción de la justicia.

Lo que, señaló la Corte Interamericana, no puede determinarse –y, por ende, tampoco justificar la prisión preventiva– de acuerdo a la gravedad del delito que se le imputa.

En la misma línea argumentativa, la Corte se pronunció al resolver el caso *J. vs Perú*,²¹ pues estableció que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva, de acuerdo a la naturaleza cautelar y no punitiva de las mismas, el peligro procesal no puede presumirse, sino que debe realizarse la verificación del mismo de acuerdo a circunstancias objetivas y ciertas de cada caso en concreto.

Razón por la cual, la evaluación de la necesidad de la detención centrada única y exclusivamente sobre la base del criterio de la gravedad del delito, expresado en la pena en abstracto contemplada en la legislación, desnaturaliza la finalidad eminentemente procesal de la prisión preventiva y la convierte en una pena anticipada.

Lo que contraviene principios generales del derecho, ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción

de inocencia, convirtiendo a la restricción de la libertad –teniendo como base dicho fundamento– en arbitraria y, por tanto, violatoria del artículo 7.3 de la Convención y XXV de la Declaración.

V. Conclusiones

Cierto es que, tomando en consideración un argumento basado en el comportamiento del individuo, desde el punto de vista probabilístico, se generarán más incentivos de sustracción de la acción de la justicia entre más alto sea el rango de punibilidad que pueda ser impuesto como resultado de un procedimiento.

No obstante, ante dichas alegaciones las autoridades judiciales deben aplicar los estándares que el sistema interamericano de derechos humanos, a través de la Comisión Interamericana y Corte Interamericana, han establecido sobre dicho tema.

Entonces, volviendo a la interrogante que detonó el presente estudio, cuando de acuerdo al artículo 168, fracción II, del Código Nacional, se alegue un alto peligro de sustracción del imputado en virtud del monto de la pena de prisión que contempla el delito que se le atribuye ¿de qué forma deben los jueces atender dicho factor de acuerdo al sistema interamericano de derechos humanos?

Lo anterior se estima que será a través de tomar en consideración lo siguiente:

1. Que la regulación, necesidad o aplicación de la prisión preventiva, debe partir de la consideración al derecho a la presunción de inocencia, a la naturaleza excepcional de esta medida y sus fines legítimos (previstos en el artículo 153 del Código Nacional).
2. La expresión “máximo de la pena” a que alude el artículo 168, fracción II, del Código Nacional, debe interpretarse como la referida a los parámetros mínimos que en su caso pudieran imponerse, dado que el panorama más desfavorable hasta este momento procesal, sería una sentencia condenatoria en contra del imputado.

²¹ Corte IDH, Caso *J. vs. Perú*. (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C. No. 275.

Es así pues los elementos a considerar en una primera etapa no son para nada concluyentes ni definitivos, de ahí que no existan elementos suficientes para estimar que la sanción ha imponer será la máxima del rango punitivo.

Máxime que, para aumentar este parámetro, deberá atenderse a las circunstancias particulares del caso en concreto; además, un aumento del rango punitivo deberá ser solicitado y justificado por el Ministerio Público quien, a su vez, analizará si dichas circunstancias son suficientes para aumentar la punición que será impuesta –todo ello en etapas posteriores a en la que se impone la prisión preventiva–.

De ahí que, el juzgador atendiendo al principio de presunción de inocencia, tiene la obligación de presumir que al eventual sentenciado se le impondrá un rango mínimo de punición.

3. La expectativa de la pena, en caso de una eventual condena, no debe ser una circunstancia preponderante o única para estimar el peligro de la sustracción del imputado y la aplicación automática de la prisión preventiva.

En razón de que la imposición de la prisión preventiva tomando en cuenta únicamente la pena fijada para el delito imputado, ignora el principio de necesidad, consistente en la justificación de la prisión preventiva en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurren en éste.

De lo contrario, se desnaturalizaría el propósito cautelar de la prisión preventiva y se le convertiría en una anticipación de la pena.

4. Lo anterior, no implica que el monto de la eventual pena no pueda tomarse en cuenta, pero se reitera, no debe analizarse de forma aislada, sino con relación a otros aspectos como la actitud que voluntariamente adopta el

imputado ante éste; entre otras; para estimar fundado o no ese peligro de sustracción.

De esta manera se concluye que, aun cuando el artículo 168, fracción II, del Código Nacional contempla al monto de la pena como un factor para estimar acreditado el riesgo de fuga del imputado, lo cierto es que si los jueces de control, ante el planteamiento de imponer prisión preventiva con base en dicho artículo, siguen los lineamientos recién establecidos y aun así justifican que la imposición de la prisión preventiva es la única forma de garantizar los riegos procesales que se presentan en el caso, se podrá estimar que dicha determinación no es violatoria de lo dispuesto por el artículo XXV de la Declaración y 7.3 de la Convención.

Por el contrario, si se aplica en su literalidad lo dispuesto por el artículo del Código Nacional antes invocado y con base en ello de manera automática se impone la prisión preventiva, nos encontraremos ante una detención arbitraria por ser abiertamente contraria al régimen establecido por la Declaración y Convención Americanas.

Fuentes consultadas

- Buergenthal, Thomas, “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06857-5.pdf>
- CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela, derivada del informe de fondo 24/08. Caso 12.554. Francisco Usón Ramírez, 25 de julio de 2008.
- CIDH. Informe No. 2/97, Argentina, Fondo, 11 de marzo de 1997, párrs. 28, 29 y 30.

- CIDH. Informe No. 84/10, Caso 12.703, Fondo, Raúl José Díaz Peña, Venezuela, 13 de julio de 2010, párrs. 150, 152, 153 y 172.
- CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 89, 90, 91 y 111.
- CIDH. OEA/Ser.L/V/II.Doc.46/13, 30 de diciembre de 2013.
- Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C. No. 141.
- Corte IDH, *Caso J. vs. Perú*. (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C. No. 275.
- Marín González, Juan Carlos, *Las medidas cautelares procesales en el nuevo código procesal penal chileno*, ITAM, Ed. Serie de cuadernos de trabajo No. 26, México, junio de 2002.
- Hassemer, Winfried, *Los presupuestos de la prisión preventiva. Crítica al Derecho penal de hoy*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

CAPÍTULO IV DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

**“EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS
POR PARTICULARES EN EL CONTEXTO DE LOS USOS
Y COSTUMBRES DE LA ASAMBLEA COMUNITARIA EN
OAXACA”**

ELIZABETH FRANCO CERVANTES¹

Sumario: I. Introducción. II. Las Autoridades Comunitarias y los Usos y Costumbres. III. Jurisdicción Indígena y los Derechos Humanos. IV. El Delito de Desaparición Forzada de Personas. V. Conclusiones.

I. Introducción

En su informe sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en México en 2017, la Relatora Especial de Naciones Unidas, efectuó diversas recomendaciones como la existencia de medidas para la armonización de los sistemas de justicia e instituciones indígenas con la estructura institucional general del país y el sistema de justicia ordinaria, ello con la inherente finalidad de asegurar un real acceso a la justicia sin discriminación, al tomar en cuenta sus costumbres, tradiciones, normas, sus sistemas jurídicos en consonancia con las normas internacionales de derechos humanos; enfatizó en establecer medidas urgentes para la protección de sus derechos, en particular de la vida y la seguridad, cuando ejercen o defienden sus derechos, a fin de terminar con la impunidad de los delitos cometidos contra los pueblos indígenas.² Lo que advierte un imperativo de todos los países desplegar esfuerzos más enérgicos y efectivos para la implementación de todos los derechos humanos de los integrantes de las comunidades indígenas, para construir una sociedad civil que esté suficientemente empoderada para exigir la debida protección que debe asumir el Estado dentro del ámbito de

1 Juez Primero de Distrito en el Estado de Oaxaca del Décimo Tercer Circuito.

2 Informe sobre la situación de los Derechos de los Pueblos en México, Visita oficial a México del 8 al 17 de noviembre de la relatora especial de naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. p. 257 y 258, www.prodesc.org.mx/images/pdfs/informe-sobre-lo-derechos-de-los-pueblos-oindigenas-en-Mxico-COMPLETO-FINAL-2PM.pdf.

su responsabilidad³. Desde septiembre de 2007 cuando se adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUPI), como destaca Rodolfo Stavenhagen, se visibilizó una forma de resarcir las violaciones que históricamente han sufrido los derechos de los pueblos indígenas, por lo que se considera que debe ser entendida como un mapa de acción para las políticas que deben adoptar enérgicamente los gobiernos, la sociedad civil y los propios pueblos indígenas a fin de que sus derechos sean protegidos o promovidos⁴.

No obstante, a pesar del estándar desarrollado para impedir la violación sistemática de los derechos humanos de las comunidades indígenas, resulta necesario advertir que los integrantes de las comunidades indígenas, se ven impedidos de gozar de éstas conquistas históricas a su favor, ante las prácticas no de funcionarios estatales, sino de sus propias autoridades comunitarias, quienes a través de los usos y costumbres validan cualquier práctica aunque sea contraria a los derechos mínimos de una persona. La problemática de los linchamientos o “justicia por mano propia”, la confiscación de bienes, expropiación de terrenos, detenciones arbitrarias, destierro por practicar una religión distinta a la católica, las sanciones a quienes se rehúsen a cumplir tequio de manera continua, son temas comunes en las regiones indígenas de Oaxaca que los juzgados federales conocen al instar los miembros de dichas comunidades juicio de amparo contra violaciones graves cometidas principalmente por la Asamblea comunitaria, que representa el mejor ejemplo de tensión al reconocimiento de la jurisdicción indígena, tradiciones y derechos humanos.⁵ En este contexto, la comisión del delito de desaparición forzada de personas, visto como un ejemplo extremo, se ejerce

³ López Bárcenas, Francisco, “Autonomías y Derechos Indígenas en México”, editorial mc editores, primera edición: Conaculta, México, 2002, p.21.

⁴ Rodolfo Stavenhagen, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas: Desafíos y Problemas”. Revista IIDH, volumen 48, 2008, p. 257 y 258.

⁵ Cónodor Chuquiruna, Eddie; “Introducción y Explicación Previa”, Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina, p. 16, http://www.prodesc.org.mx/images/pdfs/Informe-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-en-Mxico_COMPLETO_FINAL-2PM.pdf.

bajo la tolerancia de los usos y costumbres de las autoridades comunitarias, con aquiescencia en la mayoría de las ocasiones de las autoridades estatales, en un ambiente de total impunidad, al reconocerse como una práctica constante en estas poblaciones, al margen de todo estándar desarrollado en el sistema interamericano del que eventualmente son también titulares y que coloca a los integrantes de estas comunidades en una situación mayor de vulnerabilidad.

II. Las Autoridades Comunitarias y los Usos y Costumbres

Oaxaca es la entidad con mayor diversidad étnica y lingüística de México, conviven 18 grupos étnicos de los 65 que hay en el país: mixtecos, zapotecos, triquis, mixes, chatinos, chinantecos, huaves, mazatecos, amuzgos, nahuas, zoques, chontales de Oaxaca, cuicatecos, ixcatecos, chocholtecos, tacuates, afromestizos de la costa chica y en menor medida tzotziles⁶; la Constitución Federal y la de Oaxaca, reconocen la existencia de sistemas normativos internos que no son otros que los “usos y costumbres”, los cuales resultan esenciales para definir la organización política, económica, jurídica, social y cultural de las comunidades indígenas, pero también para la solución de sus conflictos internos y para la elección de sus propias autoridades, lo que debe ser respetado por las instituciones públicas, siempre y cuando no contravengan los derechos humanos. Esto en atención a su composición multiétnica⁷, multilingüe y pluricultural, sustentada en la presencia y diversidad de los pueblos y comunidades que lo integran y les reconoce sus formas de organización social, política y de gobierno, sus sistemas normativos internos que configuran su identidad así como jurisdicción a las autoridades comunitarias. La Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, señala en su artículo 3, fracciones II, III, VIII, IX y X, que los pueblos indígenas son aquellas colectividades humanas que por haber dado continuidad histórica a las instituciones políticas,

⁶ http://www.cdi.gob.mx/atlas2015/?page_id=247.

⁷ Artículo 16 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca.

económicas, sociales y culturales que poseían sus ancestros antes de la creación del Estado, poseen formas propias de organización económica, social, política y cultural, y afirman libremente su pertenencia a cualquiera de los pueblos originales, a los cuales el Estado reconoce el carácter jurídico de personas morales de derecho público.⁸ Entendiendo a los sistemas normativos internos, como normas jurídicas de carácter consuetudinario que los pueblos y comunidades indígenas reconocen como válidas y utilizan para regular sus actos públicos y sus autoridades aplican para la resolución de sus conflictos. Su artículo 28 destaca que éstos están basados en sus tradiciones ancestrales y se han transmitido por generaciones, enriqueciéndose y adaptándose con el paso del tiempo a diversas circunstancias, por lo que el Estado los considera vigentes en uso⁹. Su artículo 34, expresa que las decisiones tomadas por las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas con base en sus sistemas normativos internos y dentro de sus ámbitos jurisdiccionales, serán compatibilizadas y convalidadas por las autoridades estatales, siempre y cuando no contravengan los derechos humanos.

En esa tesitura las autoridades comunitarias son consideradas como tales precisamente por su poder de imperio, al emitir actos unilaterales con los que se puede crear, modificar o extinguir por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera legal de los gobernados, sin necesidad de acudir a los órganos judiciales ni precisar del consenso de la voluntad del afectado, como es el caso

8 Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca.

9 Los jueces están obligados a establecer si el detenido pertenece a una comunidad indígena y al margen de otorgar asistencia de un intérprete que conozca su lengua y sus cultura, a investigar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula que han podido influir en el desarrollo de los hechos materia de la imputación, la materialización de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, los aspectos de los que depende la culpabilidad del acusado; Con anterioridad a la reforma constitucional, las violaciones más elementales que sufrían los indígenas sujetos a la jurisdicción estatal eran que se les juzgaba en una lengua que no dominaban, sobre delitos que no contemplaban sus propias normas y bajo la imposición de largas condenas, con ausencia de una defensa justa, por lo que en ocasiones ante la falta de conocimiento de las normas indígenas, las defensas alegaban algún tipo de incapacidad en vez de establecer el contexto en el que se produjo la comisión del delito y los motivos culturales involucrados. *Vid. Sierra Camacho, Teresa, "Del derecho Consuetudinario a la Justiciabilidad de los derechos indígenas. El legado de Rodolfo Stavenhagen a la antropología jurídica"*, en desacatos.ciesas.edu.mx., p. 160.

de la asamblea de ciudadanos, cuyo reconocimiento establece el artículo 24, apartado A, fracción II, párrafo cuarto, de la Constitución oaxaqueña al señalar que reconoce la voluntad expresada en las asambleas comunitarias en los términos establecidos en sus sistemas normativos; no obstante, el artículo 2, apartado A, fracción II, de la Constitución Federal, si bien, reconoce el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a aplicar sus propios sistemas normativos, este derecho no es absoluto sino que está supeditado a que su ejercicio efectivo no violenten derechos humanos previstos en el orden constitucional, sin que se pueda argumentar como justificación la aplicación de usos y costumbres, ya que este sistema interno no se encuentra al margen del bloque de constitucionalidad.

III. Jurisdicción Indígena y Derechos Humanos

La cosmovisión y el sentido de pertenencia definen la personalidad de las comunidades indígenas, las autoridades comunitarias vinculan al grupo al que pertenecen y hacia el cual impone determinados deberes y obligaciones, como lo confirma la figura del “tequito”, que la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca en su artículo 43¹⁰ reconoce al señalar que las autoridades de los municipios y comunidades lo preservarán como expresión de solidaridad según los usos de cada pueblo y comunidad indígenas; los tequitos están encaminados a la realización de obras de beneficio común, derivados de los acuerdos de las asambleas, de las autoridades municipales y de las comunitarias de cada pueblo y comunidad indígena, podrán ser considerados como pago de contribuciones municipales; lo que advierte el fuerte sentido de pertenencia hacia la comunidad por sus integrantes; si bien, el pluralismo no es exclusivamente jurídico, sino también cultural, social, político, económico y lingüístico, es innegable que el Estado Constitucional de Derecho descansa en el reconocimiento de éste como pilar de su configuración, esto es, la aceptación de que existen diversos órdenes jurídicos en un mismo espacio territorial, tanto el

10 *Ibidem*.

oficial como el sistema de jurisdicción indígena, los cuales deben coordinarse para implementar la competencia de las poblaciones indígenas a dirimir sus controversias bajo sus usos y costumbres como un derecho fundamental; como destaca Farit Rojas, implica variedad de sistemas dentro de una nueva forma de percibir el poder del Estado que se desplaza hacia un contexto más complejo de administración de justicia.¹¹

Considerar la desigualdad estructural que padecen los pueblos indígenas, implica comprender la existencia de factores que constituyen obstáculos para que sus integrantes tengan un efectivo acceso a la justicia, por pertenecer a grupos históricamente sometidos y marginados.¹² En este contexto, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece en su artículo 8, apartados 2 y 3 que los pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los internacionalmente reconocidos. Deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. El Convenio en sus artículos 9 y 10 apartados 1 y 2, señala que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos, debiéndose dar preferencia a tipos de sanciones distintos del encarcelamiento.¹³ El reconocimiento de la jurisdicción indígena, sin duda es una conquista del Estado de Derecho, pero su articulación con el derecho estatal, requiere

11 Rojas Tudela, Farit. "Del Monismo al Pluralismo Jurídico: Interculturalidad en el Estado Constitucional", en Eddie Connor Chuquiruna (coord.), *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*. p. 22, http://www.prodesc.org.mx/images/pdfs/Informe-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-en-Mxico_COMPLETO_FINAL-2PM.pdf.

12 Vid. "Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas", Suprema Corte de Justicia de la Nación, segunda edición, México, 2014.

13 Convenio (No. 169) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

incorporar un análisis crítico que permita visibilizar situaciones de hecho que generan no solo desigualdades sino violaciones graves de derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional y perpetrados en contra de los integrantes de las comunidades indígenas desde sus propias autoridades comunitarias.

La Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, reconoce la existencia vigente y el uso de sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas con características propias y específicas en cada comunidad, así como que las decisiones tomadas por las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas con base en sus sistemas normativos internos y dentro de sus ámbitos jurisdiccionales, serán compatibilizadas y convalidadas por las autoridades estatales, siempre y cuando no contravengan la Constitución Federal.

Para lo cual, las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas, procurarán y administrarán justicia aplicando sus sistemas normativos internos, en los siguientes casos: a) Tratándose de controversias en las cuales ambas partes sean indígenas, ya sea que pertenezcan a un mismo pueblo o a pueblos diferentes. Cuando el conflicto de que se trate involucre como partes a indígenas y no indígenas, el infractor, tratándose de asunto penal, o el demandante si el asunto es de materia diversa a la penal, podrá elegir a la autoridad a la que someterá la controversia; b) La materia de las controversias verse sobre: delitos que estén sancionados en el Código Penal del Estado de Oaxaca, con pena económica o corporal que no exceda de dos años de prisión, en éstos casos las autoridades comunitarias actuarán, a través de sus órganos competentes, como auxiliares del Ministerio Público o del Poder Judicial.

Asimismo, observarán formalidades esenciales del procedimiento: a) Las audiencias serán públicas; d) Todas las formas de incomunicación y de tortura del presunto infractor

quedan prohibidas; e) La resolución principal se asentará por escrito, y contendrá las razones motivo de la misma; y f) Las sanciones que se impongan en ningún caso atentarán contra los derechos humanos establecidas en la Constitución Federal.¹⁴ Lo que advierte que la jurisdicción indígena tiene perfectamente delimitada su competencia al señalarse que los delitos requieren tener pena pecuniaria o de prisión que no exceda de dos años acorde a la legislación punitiva estatal y que esta no se aplicará cuando contravenga los derechos humanos los cuales constituyen el límite de la jurisdicción indígena.

No obstante, el panorama al interior de las comunidades indígenas es otro muy distinto al planteado por el legislador, porque la violación de los derechos humanos de los integrantes de las comunidades indígenas, al menos en el Estado de Oaxaca, no proviene de una autoridad estatal regularmente sino de autoridades elegidas por los mismos integrantes de esas poblaciones bajo el respeto a sus usos y costumbres, los cuales al ostentar poder político, legitiman prácticas constantes de discriminación y violaciones sistemáticas de derechos humanos con argumentos basados en el respeto a sus tradiciones, como el tequio, que se utiliza para justificar la subordinación de los integrantes de dichas comunidades a estas autoridades, que ejercen verdaderas dictaduras al interior de esas poblaciones, actuando al margen de la Constitución Federal y de cualquier instrumento internacional que prevea un mínimo de derechos para garantizar la dignidad humana. Esta es realmente la tarea que atañe a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, sumar esfuerzos para que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas que han sufrido una discriminación estructural primero por las autoridades del Estado, ahora no continúen siendo violentados por sus autoridades comunitarias bajo el pretexto de los usos y costumbres¹⁵; lo que es más grave

si se advierte que las personas se encuentran en situación de indefensión respecto de la decisión de la comunidad, puesto no existe mecanismo judicial de defensa contra sus determinaciones, por lo tanto, ahí debe de actuar con rapidez la tutela judicial efectiva y la capacitación en todos sus niveles.

Si bien habría que tomar en consideración como destaca Horst Schönbohm¹⁶ que el desconocimiento sobre las competencias de la justicia indígena, ha tenido como consecuencia la persecución penal de autoridades de dichos pueblos al ejercer su derecho a tener su propio sistema normativo, reconocido así en instrumentos normativos nacionales e internacionales, también lo es que si la privación de la libertad, se sustenta en un ejercicio abusivo de la propia jurisdicción indígena, estamos en un escenario donde el artículo 2 constitucional no puede estimarse violentado por contravenir precisamente otros derechos humanos igualmente regulados en la Constitución Federal y en los Tratados internacionales que constituyen el bloque de constitucionalidad. Así lo ha reconocido la corte colombiana, al señalar que la Constitución reconoce funciones jurisdiccionales a los pueblos indígenas que habitan en su territorio, pero ha establecido cuatro mínimos jurídicos: Derecho a la vida, prohibición de la tortura, prohibición de la esclavitud y el principio de legalidad entendido desde un principio intercultural. (Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia como T-254/94 y T-349/96).¹⁷

en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos. *Vid.* Solano González, Edgar, “La Jurisdicción Especial Indígena ante la Corte Constitucional Colombiana” en La Construcción del Estado Nacional: Democracia, Justicia, Paz y Estado de derecho: XII Jornadas Lascasianas / México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 162

16 Horst Schönbohm: “El Pluralismo Jurídico-Una Comparación a Nivel de América Latina”, en Eddie Connor Chuquiruna (coord.), *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*, p. 35. http://www.prodesc.org.mx/images/pdfs/Informe-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-en-Mxico_COMPLETO_FINAL-2PM.pdf.

17 *Ibidem*, p. 37 y 38.

14 Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca.

15 Al respecto la Corte Constitucional de Colombia, ha señalado que la plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido por el plano del derecho internacional, particularmente

IV. El Delito de Desaparición Forzada de Personas

Cuando las autoridades indígenas o comunales ejercen funciones jurisdiccionales, los tribunales ordinarios deben en primera instancia inhibirse de intervenir, ya que tendría que probarse que se trata de hechos que están fuera de su competencia; en cuyo caso cuentan con la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones de ser necesario, lo que comprende acciones que pueden consistir en detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, sin que ello implique usurpación de funciones de la jurisdicción ordinaria, o configuren los delitos de privación ilegal de la libertad, despojo, abuso de autoridad o cualquier otro análogo, cuyas sanciones van desde el trabajo comunitario, la prisión, el embargo, el impedimento de salida que sufren las personas por orden legítima de la jurisdicción ordinaria. Se trata, como señala Raquel Yrigoyen Fajardo, del derecho de los pueblos y las comunidades de ejercer funciones jurisdiccionales, cuyo ejercicio de un derecho no puede constituir por tanto la comisión de un delito pues lejos de estar prohibido, su ejercicio está legitimado y protegido.¹⁸ No obstante, la jurisdicción indígena encuentra como límite precisamente a los derechos humanos, los cuales se ven gravemente lesionados cuando se actualiza el delito de desaparición forzada de personas perpetrado por las autoridades comunitarias para ejercer coacción sobre sus integrantes o respecto de poblaciones o comunidades cercanas con quienes mantengan problemas por las tierras, los recursos naturales o hasta por cargos de elección popular.

La Corte Interamericana ha señalado que el fenómeno de la desaparición forzada de personas requiere de un análisis sistemático y comprensivo.¹⁹ Su fundamento jurídico se sustenta en la necesidad de una perspectiva integral de la desaparición forzada en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un

único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, bienes jurídicos protegidos por la Convención.²⁰ La Corte ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente y autónomo de este delito. El acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se conozca con certeza su identidad.²¹ El fenómeno con sus múltiples elementos complejamente interconectados y violaciones conexas, se desprende no solo de la propia definición del artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, su preámbulo y normativa,²² sino también de otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales, que señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada²³

De conformidad con todo lo anterior, la desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado²⁴;

20 *Íbidem*, párr. 59.

21 *Cfr. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie No. 232, párr. 82. http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf

22 *Cfr. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*.

23 El artículo 2, de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que señala que: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”.

24 *Cfrs. Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*. Fondo. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C. No 209, párr. 139.

18 Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo Jurídico, Derecho Indígena y Jurisdicción Especial en los Países Andinos*, revista el otro derecho, número 30, junio 2004, ILSA, Bogota D.C., Colombia, p. 176 y 177, www.cejamericas.org/Documentos/documentosIDRC/12belotdr030-06.pdf.

19 *Cfr. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, Punto Resolutivo quinto, párr. 57 <http://www.corteidh.or.cr/>

el Estado debe investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido atento a los derechos involucrados: la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y al reconocimiento de la personalidad jurídica, por ello su caracterización pluriofensiva y continuada o permanente. Para lo cual la Ley General en Materia de Desaparición Forzada²⁵ publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de noviembre de 2017, establece en su artículo 5 que todas las diligencias que se realicen para la búsqueda de la Persona Desaparecida o No Localizada se harán de manera inmediata, oportuna, transparente, con base en información útil y científica, encaminadas a la localización y, en su caso, identificación, atendiendo a todas las posibles líneas de investigación; con la debida diligencia, ya que todas las autoridades deben utilizar los medios necesarios para realizar con prontitud aquellas actuaciones esenciales y oportunas dentro de un plazo razonable para lograr el objetivo encontrar a la persona y cumplir con proporcionar la ayuda, atención, asistencia, derecho a la verdad, justicia y reparación integral a fin de que la víctima sea tratada y considerada como titular de derechos.

Asimismo, la CIDH²⁶ ha considerado en numerosos casos que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas²⁷. La violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa, precisamente, de ese fenómeno que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido; el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares

25 Ley General en Materia de Desaparición Forzada

26 Comisión Interamericana de Derechos Humanos

27 Cfr. Caso Castillo Pérez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, Punto Resolutivo cuarto; Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, supra nota 40, párr. 128, y Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, supra nota 44, párr. 105. <http://www.corteidh.or.cr>

a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento; ya que uno de los objetivos de la desaparición forzada es impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes, cuando una persona ha sido sometida a secuestro, retención o cualquier forma de privación de la libertad con el objetivo de ocasionar su desaparición forzada, si la víctima misma no puede acceder a los recursos disponibles, resulta fundamental que los familiares u otras personas allegadas puedan acceder a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces como medio para determinar su paradero o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva; su ejecución puede conllevar la vulneración específica del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, esto porque más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos, los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no únicamente una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado.²⁸ Ambiente propicio el de los integrantes de las comunidades indígenas que se mantienen en aislamiento social y que son presa fácil de este tipo de violaciones graves de derechos humanos por parte de los miembros de sus asambleas comunitarias bajo la justificación de ser la máxima autoridad.

V. Conclusiones

Es innegable la necesidad de armonizar la estructura institucional del país y el sistema de justicia ordinaria con los sistemas de justicia

28 Cfrs. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C. No. 202 Fcras onto. Párr. 64,90; y Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos. Fondo. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C. No 209, párr. 157.

e instituciones indígenas, así como la aplicación efectiva de los estándares internacionales de derechos humanos; no obstante el paradigma ya no se centra exclusivamente en reconocimiento de la interculturalidad y la diversidad de sistemas jurídicos, sino en incorporar armónicamente los derechos indígenas al ámbito social, institucional y jurídico de los países, ahí donde puede haber violaciones graves de derechos humanos por el ejercicio abusivo de los usos y costumbres. A pesar de que el Estado mexicano tiene expresamente reconocido la existencia del pluralismo jurídico, y el Congreso de Oaxaca tenga desarrollado los límites de la justicia indígena, aun se requiere de capacitación por parte de las autoridades estatales, municipales y comunitarias en cuanto al límite que representa la protección de los derechos individuales como los que tutela el delito de desaparición forzada, ya que el mandato del legislador es letra muerta ahí donde las prácticas constantes de violaciones graves de derechos humanos son algo visto con normalidad. El delito de desaparición forzada por particulares sigue constituyendo de facto una práctica constante de los integrantes de las asambleas comunitarias que aplican el poder de representación de la comunidad para cometer toda clase de vejaciones sobre sus habitantes, bajo la justificación de los usos y costumbres, creando un contexto de impunidad que permite mantener en el aislamiento social a los integrantes de estas poblaciones que no solamente se alejan del ejercicio de sus derechos fundamentales por prácticas discriminatorias del Estado, sino por el ejercicio abusivo de estas prerrogativas originales de las comunidades indígenas de regirse por su propio sistema normativo que utilizan ciertos integrantes que conforman las asambleas comunitarias y que incluso manipulan la actuación de las autoridades municipales y estatales al pretextsar que carecen de capacidad para atender problemas de las comunidades por la violencia que se puede desatar; obviando que las leyes estatales prevalecen sobre los usos y costumbres siempre que protejan un valor constitucional de grado superior al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, como lo ha dicho la Corte Colombiana,

en el caso concreto la vida, la integridad física y mental, la seguridad y personalidad jurídicas del desaparecido.²⁹

La desaparición forzada pone a la persona fuera de la protección de la ley, esta violación pluriofensiva se agrava entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de un delito³⁰, pero el derecho a conocer la verdad es un derecho no solo de los familiares de las víctimas, sino de una sociedad entera de conocer el destino de los desaparecidos y el contexto en el que se generaron las violaciones. Práctica que incluye con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y procurar la impunidad de quienes lo cometieron, implica mantener la detención en la clandestinidad, al dejar a las víctimas incomunicadas y aisladas, con total indefensión al desconocerseles toda forma de protección o tutela de sus derechos, y la consecuente incertidumbre atroz sobre sus seres queridos respecto a que si están vivos y dónde se les mantiene detenidos; todo ello con la tolerancia de las autoridades, obviando que el Estado en todos sus niveles tiene como imperativo moral tutelar los derechos humanos sobre los cuales descansa el concepto de dignidad humana, la vida, la libertad, la integridad física y la seguridad jurídica, todos los cuales se encuentran violentados en el delito de desaparición forzada, lo que implica erradicar esta práctica propia de sociedades en decadencia; por eso ha sido considerada por la CIDH como craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano.³¹ Finalmente, la administración de justicia

29 Solano González, Edgar, "La Jurisdicción Especial Indígena ante la Corte Constitucional Colombiana", en José Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes (coord.), *La Construcción del Estado Nacional: Democracia, Justicia, Paz y Estado de Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. P. 162

30 Cfr. Caso *HuilcaTecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 106. <http://www.corteidh.or.cr/>

31 Cfr. Caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 7, párr. 158. <http://www.corteidh.or.cr/>

indígena no puede desconocer, independientemente de su cultura, sus usos y costumbres el derecho a la vida (no linchamientos); el derecho a la integridad física (no a la tortura); el derecho a la libertad (no al secuestro o desaparición forzada) y el derecho a un debido proceso (de acuerdo con las propias reglas establecidas en la comunidad), que al final sustentan la dignidad personal de cualquier ser humano; sin que sea dable permitir a la asamblea comunitaria o a cualquier otra comunidad indígena que sustraigan del ámbito jurídico a una persona como si no existiera, alegando el ejercicio de sus tradiciones. No se trata de minimizar la legitimidad de la justicia indígena a simples usos y costumbres para imponer el orden jurídico estatal³², al expresar subordinación y rechazo de las instituciones indígenas, sino defender el mínimo básico de los derechos que tenemos como personas; de esos derechos que deben ser comunes a todo ser humano con independencia de su edad, color de piel, sexo ciudadanía o nivel social, derechos a los que nadie con rostro humano puede renunciar ni ignorar mucho menos retirar³³.

Bibliografía

- Lafer Celso, *La reconstrucción de los derechos Humanos. Un dialogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, traducc. Stella Mastrangelo, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- López Bárcenas, Francisco, *Autonomías y Derechos Indígenas en México*, colección de Derechos Indígenas, mc editores, México, 2009.
- Escalante Betancourt, Yuri, *El Racismo Judicial en México: Análisis de sentencias y Representación de la Diversidad*. Juan Pablos Editor, México, 2015.

³² Vid. Escalante Betancourt, Yuri, "El Racismo Judicial en México: Análisis de sentencias y Representación de la Diversidad. Juan Pablo Editor / México, 2015, p. 40

³³ Vid. Lafer Celso, *La reconstrucción de los derechos Humanos. Un dialogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, traducc. Stella Mastrangelo, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

Hemerográficas

- Sierra Camacho, Teresa, "Del derecho Consuetudinario a la Justiciabilidad de los derechos indígenas. El legado de Rodolfo Stavenhagen a la antropología jurídica", en *desacatos.ciesas.edu.mx*.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo Jurídico, derecho Indígena y Jurisdicción Especial en los Países Andinos*, revista el otro derecho, número 30, junio 2004, ILSA, Bogota D.C., Colombia, www.cejamerica.org/Documentos/documentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf.

Electrónicas

- Cóndor Chuquiruna, Eddie; "Introducción y Explicación Previa", *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*, p. 16, disponible en: http://www.prodesc.org.mx/images/pdfs/Informe-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-en-Mxico_COMPLETO_FINAL-2PM.pdf.
- Rojas Tudela, Farit "Del Monismo al Pluralismo Jurídico": *interculturalidad en el Estado Constitucional*, en *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*, disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_29169-1522-4-30.pdf?111020232645.
- Schönbohm, Horst; "El Pluralismo Jurídico-Una nueva comparación a nivel de América Latina", en *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*, disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_29169-1522-4-30.pdf?1110202326452.-
http://www.cdi.gob.mx/atlas2015/?page_id=247.
- <http://www.corteidh.or.cr/> Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Informe sobre la situación de los Derechos de los Pueblos en México*, Visita oficial a México del 8 al 17 de noviembre de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, disponible en: www.prodesc.org.mx/images/pdfs/informe-sobre-lo-derechos-de-los-pueblos-oindigenas-en-Mxico-COMPLETO-FINAL-2PM.pdf.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/desaparicion.asp>
- *Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca*, <http://www.diputados.gob.mx/comisiones/asunindi/oaxregla>.

Normativas

- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca https://www.finanzasoaxaca.gob.mx/pdf/asistencia/leyes_fiscales/VIGENTES/pdf/CONSTITUCION_POLITICA_DEL_ESTADO_LIBRE_Y_SOBERANO_DE_OAXACA%202017.pdf
- Convenio (No. 169) Sobre *Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*.
- La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Convenio_169_PI.pdf
- *Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca*, artículo 38, <http://www.diputados.gob.mx/comisiones/asunindi/oaxregla>,
- “*Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, segunda edición, México, 2014.
- Ley General en Materia de Desaparición Forzada
<http://www.diputados.gob.mx>
- Convención Internacional para la Protección de todas las Personas. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionCED.aspx>

TRABAJO DOMÉSTICO Y SEGURIDAD SOCIAL

DR. MIGUEL MENDOZA MONTES¹

“En 1897, por ejemplo, Francisca Sánchez doméstica de 46 años, que trabajaba en la casa de la señora Elena García, recibía tres pesos de salario mensual más 25 centavos de jabón. El salario podía cubrir el gasto de productos básicos... En 1902 Petra recibía dos pesos mensuales más cinco centavos diarios y seis centavos cada ocho días para jabón. La paga era mucho menor en el caso de las menores de edad... María Dionisa, de 10 años que recibía cinco reales...”² Bailón Vázquez Fabiola

Sumario: I. El juicio de amparo directo 400/2017 y el voto minoritario II. Antecedentes del trabajo doméstico III. El trabajo doméstico en México y su normatividad en la Ley Federal del Trabajo IV. La situación del trabajo doméstico en el enfoque internacional V. El trabajo doméstico y la seguridad social VI. Perspectiva de género y violación al derecho a la igualdad. VII. Conclusiones. VIII. Fuentes de consulta.

I. El juicio de amparo directo 400/2017 y el voto minoritario

Explotó la olla de presión en la cocina; la tapa salió volando y golpeó el ojo de Meche,³ quien laboraba como empleada doméstica desde mil novecientos ochenta y cuatro. Su patrona la llevó con un médico pero la cirugía resultaba costosa. Su visión, se fue deteriorando, pidió a su patrona que la inscribiera en el Seguro Social.

Sin embargo, fue despedida y como Meche consideró injusto su despido, en el año dos mil doce (después de 28 años de trabajo)

¹ Magistrado de Circuito del Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Sexto Circuito.

² Bailón Vásquez, Fabiola, *Mujeres en el servicio doméstico y en la prostitución, Sobrevivencia, control y vida cotidiana en la Oaxaca Porfiriana*, Ed. El colegio de México, reimp. 2016 pp. 64-65

³ Se emplea un nombre falso para proteger los derechos de quien planteó el juicio de amparo.

demandó a su patrona: la reinstalación y la inscripción al Seguro Social; también demandó al Instituto Mexicano del Seguro Social el reconocimiento de un riesgo de trabajo y una pensión jubilatoria.

Su laudo en principio, fue desfavorable pero con motivo de una sentencia de amparo directo obtuvo la protección constitucional exclusivamente para que fuera reinstalada; por las demás prestaciones, en una decisión mayoritaria, los magistrados consideraron que no prosperaría el riesgo de trabajo, ni la pensión debido a que la ley no obligaba a la patrona a inscribir a su trabajadora, para que pudiera gozar de los derechos de seguridad social.

El magistrado disidente expresó en un voto concurrente, que se debió conceder la protección constitucional para que la trabajadora gozara del derecho a que se le reconocieran el riesgo de trabajo y el pago de una pensión, pues varias disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social y de su Reglamento en Materia de Afiliación contravienen los derechos humanos de igualdad y no discriminación, salud y trabajo, al fijar restricciones para el acceso de los trabajadores domésticos a la seguridad social, sin alguna justificación objetiva y razonable.⁴

Esa inconstitucionalidad (señala el voto) podría fundarse además en la violación a los artículos 1º y 4º Constitucionales, 1º y 7º de la Declaración Universal de Derechos Civiles y Políticos; 2.1, 3º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1º y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 1 del Convenio 111 sobre discriminación (empleo y ocupación).

Todo ello, principalmente porque la Ley Federal del Trabajo, tiene disposiciones muy limitadas sobre enfermedades debido a

⁴ La idea elaborar este artículo emana del trabajo jurisdiccional, del voto concurrente del Juicio de Amparo Directo 400/2017 del Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Sexto Circuito al que puede accederse en versión pública, para más información disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ssai/Archivos/DocGuia/guiadeacceso.pdf>

que la Ley del Seguro Social y las normas que emanen de este ordenamiento, clasifican a los trabajadores domésticos en un régimen voluntario y no en el obligatorio, lo que lleva a que quede a la voluntad de los patrones quedar inscritos o no.

Además, aún en el supuesto de que la trabajadora hubiera sido inscrita en el régimen voluntario, no tendrían derecho a gozar de seguro para guarderías y prestaciones sociales, como sí se contempla para el régimen obligatorio.

Finalmente, el magistrado de la minoría acentuó la necesidad de juzgar con perspectiva de género, ya que la falta de una justificación objetiva y razonable para dar un trato distinto a los trabajadores domésticos al ubicarse en el régimen voluntario y no en el obligatorio, incidía o tenía impacto en el hecho de que esos trabajos son realizados principalmente por mujeres, por lo que ello hacía indispensable que decidiera por eliminar las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de género.

II. Antecedentes del trabajo doméstico

Durante la sociedad virreinal del siglo XVII, se tiene noticia sobre los criados y esclavos. Un rasgo distintivo de la nobleza era contar con un buen número de criados y esclavos; los primeros, formaban parte de la familia y existían algunas normas para cuidar de ellos; así: se les debía adoctrinar en la religión; hacerlos virtuosos; pagarles sus salarios y proporcionarles lo necesario para su sustento. No obstante, en la vida práctica de aquella época, persiste la interrogante sobre si se cumplían realmente esas reglas, ya que se sabe que los criados servían a sus amos sin la percepción de algún salario.⁵

Los esclavos por su parte, se consideraban incluidos con los inventarios y los amos tenían derecho sobre sus vidas, lo

⁵ Vid. Sanchiz, Javier, et. al. En *Historia de la vida cotidiana en México: tomo II: La ciudad barroca /Antonio Rubial García, coordinador.- México Ed. Colegio de México y Fondo de Cultura Económica 2005, pp. 362-363*

que implica que carecían derechos por ser considerados como cosas.⁶

Pese a que la esclavitud perdió validez, junto con la encomienda y el repartimiento de trabajo, se desarrolló una forma sutil de esclavitud bajo la llamada reclutación de trabajadores, quienes resultaban obligados por deudas.⁷

Los casos que se ventilaron ante el Juzgado General de los Indios, que funcionó durante más de dos siglos de 1592 a su abolición en 1820, son ilustrativos de los conflictos laborales que se vivieron durante la colonia, desde su situación temprana, en donde la mano de obra era aportada principalmente por indios, hasta el empleo de mestizos, pardos y blancos pobres.⁸

Las quejas de esos juzgados provenían principalmente de trabajadores de las haciendas; el Juzgado General de Indios servía como mediador y aplicador de la ley y de la costumbre. Los trabajadores no eran esclavizados y se les protegía de abusos pero sus deudas eran la justificación para mantenerlos trabajando inhumanamente.

El 8 de abril de 1633, en la ciudad de México, José de Celi, en nombre de Juan Miguel y su esposa, indios del barrio de Santa Ana de Puebla, planteó un juicio por los malos tratos que daba Alonso Moreno quien los obligaba a trabajar de día y de noche, sin recibir alimentos, con maltratos de palabra y obra y sin permitirles salir. El virrey ordenó al “*justicia mayor*” de Puebla que liberaran a

⁶ Vid. Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, ed. Epoca, México 1977, pp 78-80. La esclavitud, tiene antecedentes que pueden remontarse a la antigüedad, en el Derecho Romano se hacía una diferencia entre las personas y los esclavos. Las personas eran sujetos de derechos y obligaciones. En cambio, en el caso de los esclavos, el dueño tenía poder de vida sobre ellos, por ello podían castigarle, venderlo o abandonarlo; pese a esta circunstancia la Ley Pretoriana bajo Augusto o Nerón reguló de algún modo la relación entre el esclavo y el amo, ello para atenuar el poder del amo a quien se le prohibía vender esclavos para que combatieran con bestias feroces. También hay otras medidas tomadas por Claudio, Adriano y Antonio, con las que se podía ordenar la venta de los esclavos cuando fueran víctimas de tratos crueles o abusivos.

⁷ Borah, Woodrow *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*, Ed. Fondo de Cultura Económica. Reimp. 1996 p 187

⁸ Idem.

los indios y que no se permitiera su encierro bajo ningún pretexto.⁹

En 1887 la población en México era de 9,000,000 (nueve millones) de habitantes; para 1895 era de 13,000,000 (trece millones) y en 1910 había 15,000,000 (quince millones). Esta población estaba distribuida mayormente en las zonas rurales en haciendas, pequeñas poblaciones, pueblos y ranchos.¹⁰

En esos años, los hacendados estaban en la cima de la organización social, y en la parte más baja se encontraban los campesinos; los trabajadores de las haciendas que se situaban en la parte intermedia, eran rancheros, pequeños propietarios, comerciantes artesanos y algunos empleados de las haciendas.

Los censos de la ciudad de Oaxaca de los años 1895 y 1900 reportan que se registraron entre 1750 a 1700 criadas o sirvientas en aquella ciudad.¹¹

En la investigación histórica de Fabiola Bailón Vásquez, se proporcionan más datos sobre el trabajo doméstico en la época Porfiriana en la ciudad de Oaxaca; precisa que en algunas casas suntuosas en donde había habitaciones para costura, reuniones familiares, comida, oficina, dormitorios, biblioteca, entre otras, eran limpiadas y ordenadas por un buen número de empleadas, por lo menos 6, a diferencia de lo que ocurría en la ciudad de México, en donde las casas más grandes tenían hasta 12 empleadas domésticas. Se destaca la casa de Fernando Pérez ubicada en la cuarta de Hidalgo número 22, en donde había 5 trabajadoras domésticas y un varón sirviendo a 3 personas.¹²

La misma investigadora explica que la falta de luz, gas, agua y tecnología hacía difícil el trabajo doméstico ya que se tenía que encender braseros, acarrear agua, moler en el metate. También era complicado en otros espacios, como iglesias, hospitales, escuelas,

⁹ Ibid p. 190

¹⁰ Speckman Guerra, Elisa, *El Porfiriato*, en *Nueva Historia Mínima de México*, / Pablo Escalante Gonzalbo... (et. al) -1^a ed.-Ed. Colegio de México, México 2004, pp. 213-220.

¹¹ Op. Cit. Bailón Vásquez, Fabiola, p. 56

¹² Ibid. Cfr. pp. 62-63

cárceles, tiendas o mesones; los sueldos eran muy bajos, 3 pesos al mes y 25 centavos de jabón y además se utilizaban menores de edad.¹³

III. El trabajo doméstico en México y su normatividad en la Ley Federal del Trabajo

Las estadísticas informan que en 2015, 2.33 millones de personas se dedican al trabajo doméstico, de las cuales el 95% son mujeres.¹⁴

Según la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, para el primer trimestre de 2017, existen 2,480,466 personas ocupadas en trabajo doméstico remunerado, cifra que representa el 4.8% del total de personas ocupadas; además, de cada 100 personas que se dedican al empleo doméstico, 90 son mujeres.¹⁵

El régimen de los trabajadores domésticos ha tenido una regulación muy limitada.

El Código Civil de 1870 no contenía reglamentación sobre el servicio doméstico; pero el de 1884 disponía que el contrato de servicio doméstico se regiría por la voluntad de las partes; que a falta de convenio sobre el salario, se observaría la costumbre; que el sirviente está obligado a todo aquello compatible con el servicio prestado, según su salud, estado, fuerzas, aptitud y condición y para aquellos sirvientes que no hubieran sido contratados por tiempo fijo, se les podría despedir a voluntad del que recibe el servicio.¹⁶

La Ley del Trabajo de Veracruz de 14 de enero de 1918 inició a reglamentar el trabajo doméstico y siguieron otras leyes de otros Estados, hasta que se promulgó la Ley Federal del Trabajo de 1931.¹⁷

13 Idem p. 64

14 Disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/03/28/1154472>

15 "ESTADÍSTICAS A PROPÓSITO DEL DÍA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DOMÉSTICO. Disponible en: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2017/domestico2017_Nal.pdf

16 DE LA CUEVA, Mario *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo* Ed. Porrúa, Tomo I. México, 1987, p 573.

17 Idem.

Ley Federal del Trabajo, antes de su reforma de 30 de noviembre de 2012, regulaba el trabajo doméstico en los artículos, 331 a 343.

La Ley Federal del Trabajo vigente conserva los mismos artículos en su capítulo XIII, con algunas reformas.

En el artículo 333, se señala que para aquellos trabajadores que habiten en el lugar en donde prestan sus servicios se estableció un descanso nocturno de nueve horas y tres horas intermedias entre las actividades matutinas y vespertinas. En el salario se considerará que la habitación y los alimentos corresponden al 50% de lo que reciban en efectivo.

En el artículo 336 ahora se indica que el descanso semanal será de un día y medio ininterrumpido, preferentemente el sábado y domingo, que podrá acumularse en los medios días pero cada semana será obligatorio que un día sea completo de descanso.

En el artículo 337 fracción II se precisa que los patrones tienen obligaciones especiales de proporcionar habitación cómoda e higiénica, alimentación sana y suficiente y condiciones de trabajo que aseguren la vida y la salud.

Pese a que esta norma fija de manera general que los patrones deben proporcionar condiciones que aseguren la vida y la salud, en realidad esas obligaciones están acotadas en términos de unas cuantas disposiciones, pues como se señala en el artículo 338 de la Ley Federal del Trabajo, solo en caso de enfermedad, el patrón debe pagar el salario que corresponda hasta por un mes y siempre que la enfermedad no sea crónica, pues si es de esta naturaleza debe proporcionar asistencia al trabajador, hasta que logre su curación o algún servicio asistencial lo pueda apoyar. Si la enfermedad es crónica y el trabajador ha prestado sus servicios durante seis meses por lo menos, se le debe proporcionar asistencia hasta por tres meses. Lo que quiere decir que no alcanzan este derecho los trabajadores que tengan menos de seis meses.

IV. La situación del trabajo doméstico en el enfoque internacional

El Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre trabajadores domésticos, celebrado en Ginebra, Suiza el 1º de junio del año 2011 (no ratificado por México) define y aporta una serie de principios, relacionados con el trabajo doméstico.

Los países que han firmado ese convenio se han comprometido a respetar y proteger los derechos fundamentales de esos trabajadores a partir de diversas prerrogativas enfocadas a los derechos de igualdad, de asociación, libertad sindical, de abolición del trabajo forzoso, del trabajo infantil, eliminación de la discriminación, así como a crear condiciones de empleo equitativas, decentes, que consideren la compensación del tiempo extraordinario, el respeto a la privacidad de aquellos trabajadores que residan en los hogares en que presten sus servicios; que se garantice el pago de un salario mínimo, días de descanso diarios y semanales, y que se garanticen condiciones de trabajo seguro y saludable.¹⁸

Desafortunadamente, hoy en día, los trabajadores domésticos en varias partes del mundo, están distantes de disfrutar los derechos de igualdad, libertad y dignidad del trabajo; las normas de seguridad social, no alcanzan a garantizar sus derechos mínimos a la salud y seguridad social y en medio de esos problemas existen otros, derivados del fenómeno de la migración, como en el Líbano en donde el servicio doméstico se ha convertido en un sector vulnerable, con historias de abusos sexuales y esclavitud;¹⁹ trabajar en la privacidad de un hogar, es una oportunidad para el abuso y la explotación, incluso en países como el Reino Unido a donde llegan trabajadoras de Albania, Vietnam, Nigeria, Rumania y Polonia.²⁰

¹⁸ Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:2551460

¹⁹ Disponible en: <https://www.theguardian.com/global-development/2018/aug/01/secret-networks-rescuing-lebanon-migrant-maids-from-abuse>

²⁰ Disponible en: <https://www.antislavery.org/slavery-today/domestic-work-and-slavery/>

En América Latina este tema tiene aflicciones semejantes en países como Guatemala, Honduras, México, Costa Rica y Paraguay, ya que el acceso a los beneficios de seguridad social, por diversas razones, está restringido.²¹

En México, para poder acceder a esos servicios, ese sector de trabajadores, lo tiene que hacer en el régimen voluntario, a merced de la buena voluntad del patrón.

Esta es una cara de la opresión²² que no está en los textos; en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o en los discursos que, feministas, radicales o moderadas, alzan en banderas a favor de los derechos de igualdad y no discriminación; de trabajo; de libertad o de salud.

En palabras distintas, el problema social es el de una desigualdad sustantiva o de hecho que amerita remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos vulnerables gozar y ejercer tales derechos.²³

La opresión está en lo cotidiano; en los millones de empleados domésticos que viven sin las condiciones mínimas de un trabajo digno derivado de una tradición histórica o cultural, con la que se debe terminar.

La jornada para esas trabajadoras es impredecible, algunas laboran de planta y están disponibles a las órdenes del patrón en cualquier momento; otras sufren maltratos,

²¹ Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_249019.pdf

²² Disponible en: Marion Young, Iris, <http://educacionyjusticiasocial.blogspot.com/2015/12/las-cinco-caras-de-la-opresion-de-im.html> En este sentido estructural amplio, la opresión se refiere a las grandes y profundas injusticias que sufren algunos grupos como consecuencias de presupuestos y reacciones a menudo inconscientes de gente que en las interacciones corrientes tiene buenas intenciones, y como consecuencia también de los estereotipos difundidos por los medios de comunicación, de los estereotipos culturales y de los aspectos estructurales de las jerarquías burocráticas y los mecanismos de mercado; en síntesis, como consecuencia de los procesos normales de la vida cotidiana.

²³ Se puede consultar la jurisprudencia 1a/J. 126/2017 (10a.) publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo I, página: 119, de rubro: **DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES.**

vejaciones o distintas formas de violencia física o moral: otras son abusadas sexualmente, carecen de servicio médico y desde luego, de la posibilidad de obtener alguna pensión derivada de un riesgo de trabajo, invalidez o cesantía por edad avanzada.

En un esfuerzo por remediar la situación de los trabajadores domésticos, las naciones de distintos países han suscrito convenios como el que aquí se indica (189 OIT). Sin embargo, es lamentable que México no se encuentre adherido a esas disposiciones porque la Ley Federal del Trabajo y la del Instituto Mexicano del Seguro Social y demás reglamentos no brindan garantías a ese sector, que es doblemente discriminado, no solo por razón de que la mayoría de las personas que realizan esa actividad son mujeres, sino porque esas mujeres son menores de edad o pertenecen a algún comunidad indígena.

Pese a que México no suscribió el Convenio 189 de la OIT, sí se tiene el **Convenio 102 Sobre la Seguridad Social**²⁴, específicamente de sus artículos 13, 19, 25, 31, 39, 46, 53, y 59 contienen normas protectoras en los rubros de: asistencia médica, prestaciones monetarias, enfermedad, desempleo, vejez, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares y maternidad, invalidez y sobrevivientes.

México, según se decía, es parte contratante de ese convenio, por tanto, cuenta con la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en tal pacto aunque paradójicamente no haya suscrito el convenio 189 de la OIT sobre trabajo doméstico.

V. El trabajo doméstico y la seguridad social

El derecho a la seguridad social, tiene antecedentes remotos. Se puede partir de la Revolución Francesa y la Declaración

Universal de los Derechos del Hombre de 1789; desde luego la Revolución Mexicana de 1910 y la Revolución Rusa de 1917, que llevaron al reconocimiento de diversos derechos laborales, como la huelga, la jornada, el salario o vacaciones.

La Ley del Seguro Social vigente a partir del primero de julio de 1997 contiene un régimen obligatorio y uno voluntario; en el artículo 13 se establece que podrán ser sujetos de aseguramiento voluntario, entre otros, los trabajadores domésticos.

Complementariamente, el artículo 76 del Reglamento de la Ley del Seguro Social en Materia de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización, regula la incorporación de los trabajadores domésticos al régimen obligatorio de seguridad social y, determina que su inscripción deberá realizarse por el patrón.

Situación que pone de manifiesto que la seguridad social con que cuentan los trabajadores domésticos, se supedita a la voluntad de la parte patronal, lo cual se contrapone al derecho de seguridad social que tiene cualquier trabajador, pues éste no puede ser objeto de consentimiento por ninguna de las partes, al ser un derecho humano reconocido en la Constitución.

Bajo esa óptica, los artículos 76 del Reglamento de la Ley del Seguro Social en Materia de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización, 13, fracción II, 222 a 233 de la Ley del Seguro Social vigente, determinan los requisitos para incorporarse al régimen obligatorio y las prerrogativas derivadas de esa inscripción, a saber, que a los trabajadores domésticos solo les corresponderá las prestaciones en especie de los seguros de riesgos de trabajo; de enfermedades y maternidad: de invalidez y vida; así como de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, en los términos de los capítulos respectivos.

²⁴ Convenio 102 Sobre la Seguridad Social, emitido por la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102

VI. Perspectiva de género y violación al derecho a la igualdad

El juzgador, según las obligaciones impuestas por la Constitución tiene la misión de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Esta obligación se complementa con el artículo 133 de la misma norma suprema y con los artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ordena a los Estados Partes a que respeten los derechos y libertades contenidos en la Convención y a que adopten las medidas legislativas y de otro carácter para hacer efectivos tales derechos y libertades.²⁵

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha fijado los criterios para determinar si el legislador respeta el principio de igualdad a partir de un escrutinio en el que se explore si la distinción hecha por el legislador cumple con un fin objetivo y constitucionalmente válido; si la distinción es un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar y si la afectación derivada de la distinción es proporcional a los beneficios resultantes.²⁶

Los trabajadores que deben ser inscritos forzosamente por el patrón en el régimen obligatorio, gozan de los seguros de riesgos de trabajo; enfermedades y maternidad; invalidez y vida; retiro y cesantía en edad avanzada y vejez; seguro de guarderías y prestaciones sociales.

Los trabajadores domésticos, pertenecen al régimen voluntario de acuerdo con los artículos 13, fracción II, 222 y 223

25 Se pueden consultar la jurisprudencia 2^a/J.69/2914 (10^a) publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, de rubro: **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. CONDICIONES PARA SU EJERCICIO OFICIOSO POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES FEDERALES**. También la tesis P.LXIX/2011 (10^a) publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011, p. 552 cuyo rubro dice: **PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**.

26 Tesis P.J.9./2016 (10^a), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 34, Septiembre 2016, Tomo I, p 112. El rubro dice: **IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL**.

de la Ley del Seguro Social y 76 del Reglamento de la Ley del Seguro Social en Materia de Afiliación y su inscripción depende de que los patrones a través de un convenio, los inscriban de manera voluntaria. Si quedan inscritos gozarán de los mismos seguros excepto por el seguro de guarderías y prestaciones sociales.

El trato diferenciado para ubicar a los trabajadores domésticos en el régimen voluntario y no en el obligatorio, no parece satisfacer ningún fin u objetivo constitucionalmente válido; mucho menos se advierte que se puedan satisfacer los subsecuentes requisitos del escrutinio de igualdad. Por consiguiente el trato distintivo se convierte en discriminatorio.

Ahora de acuerdo con los protocolos de actuación, juzgar con perspectiva de género, es un método que busca detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género. Esta obligación emana de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como de la Recomendación General 22 de su Comité Sobre Acceso de las Mujeres a la Justicia.²⁷

Según las estadísticas mencionadas se ha precisado que de cada 100 personas dedicadas al trabajo doméstico, 90 son mujeres. Históricamente, de acuerdo a lo expuesto, el trabajo doméstico ha ido generando un estereotipo en el que se ha identificado a las labores del hogar asociadas con las mujeres; por eso las estadísticas indican esas proporciones y dentro de esas mujeres hay otros grupos generalmente vulnerables, pues hay menores de edad, personas de edad avanzada, o pertenecientes a alguna comunidad indígena.

En suma, el trabajo doméstico es un ejemplo representativo de la opresión en este momento presente.

27 V.d. Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1º edición, julio 2013.

VII. Conclusiones

PRIMERA. El juicio de amparo directo 400/2017 es uno, de muchos casos que reflejan los problemas de desigualdad y ausencia de garantías para hacer efectivos los derechos de seguridad social de los trabajadores domésticos del país.

SEGUNDA. Trabajan por varios años para un mismo patrón y cuando surge la necesidad de afrontar un riesgo de trabajo o el pago de una pensión jubilatoria es difícil lograrlo, ya que todo dependerá de la buena voluntad del patrón debido a que conforme al artículo 338 de la Ley Federal del Trabajo, tiene algunas obligaciones limitadas para los casos de que surja alguna enfermedad, y conforme al artículo 13, fracción II de la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social dichos trabajadores están en el régimen voluntario, lo que significa que el patrón no tiene obligación de inscribir a sus empleados domésticos.

TERCERA. No toda distinción es violatoria del derecho de igualdad, solo aquellas que no descansen en una justificación razonable y objetiva. En este sentido para valorar la diferencia de trato que tienen los trabajadores domésticos que pertenecen al régimen voluntario, respecto de otros trabajadores que se encuentran en el régimen obligatorio, habrá que analizar si esa diferencia cumple con un objetivo constitucionalmente válido. También habrá que explorar si la distinción es el medio idóneo para cumplir con ese fin constitucional y finalmente si la afectación causada por la distinción es proporcional a los beneficios generados por aquella.

CUARTA. La diferencia de trato que tienen los trabajadores domésticos para ser catalogados en el régimen voluntario y no en el obligatorio como muchos otros trabajadores, no cumple con ningún fin constitucionalmente válido porque no se ve la razón que haya llevado al legislador a considerar que debe quedar en poder del patrón la efectividad de derechos tan importantes como la salud y todos los que se relacionan de manera interdependiente; sólo si el patrón quiere e inscribe a sus trabajadores en el régimen voluntario,

éstos pueden contar con los seguros de riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad, invalidez y vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.

QUINTA. En el primer trimestre de 2017 había 2,480, 466 personas ocupadas en trabajo doméstico; de cada 100 personas, 90 son mujeres. Esta circunstancia hace patente que la desigualdad apuntada es discriminatoria e incide en un problema de género, en una desigualdad sustantiva. La medida legislativa, en otras palabras, es producto del atraso cultural, es un retrato de la opresión, máxime si se tiene en cuenta que algunas de esas trabajadoras pueden pertenecer a otras categorías vulnerables, como menores de edad, ancianos, o personas de algunas comunidades indígenas.

SEXTA. El régimen voluntario del seguro social para trabajadores domésticos atenta contra los derechos fundamentales tutelados por los artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1º y 7º de la Declaración Universal de Derechos Civiles y Políticos; 2.1. 3º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1º del Convenio 111 sobre discriminación (empleo y ocupación), así como el artículo 2 del Convenio sobre igualdad de trato 1962 de la OIT, ratificado por México.

VIII. Fuentes de consulta

Fuentes bibliográficas

- Bailón Vásquez, Fabiola, *Mujeres en el servicio doméstico y en la prostitución, Sobrevivencia, control y vida cotidiana en la Oaxaca Porfiriana*, Ed. El colegio de México, reimp. 2016.
- Borah, Woodrow. *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*, Ed. Fondo de Cultura Económica. Reimp. 1996.

- De la Cueva, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Ed. Porrúa, Tomo I. México 1987,
- Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, ed. Época, México 1977.
- *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1º edición, julio 2013.
- Sanchiz, Javier, et. al. En *Historia de la vida cotidiana en México*: tomo II: La ciudad barroca /Antonio Rubial García, coordinador.- México Ed. Colegio de México y Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Speckman Guerra, Elisa, *El Porfiriato, en Nueva Historia Mínima de México*, / Pablo Escalante Gonzalbo (et. al) –1ª ed- -Ed. Colegio de México. México, 2004.

Fuentes electrónicas

- <http://www2.scjn.gob.mx/ssai/Archivos/DocGuia/guiaadeacceso.pdf>
- <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/03/28/1154472>
- http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2017/domestico2017_Nal.pdf
- https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:1210:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:2551460
- <https://www.theguardian.com/global-development/2018/aug/01/secret-networks-rescuing-lebanon-migrant-maids-from-abuse>
- <https://www.antislavery.org/slavery-today/domestic-work-and-slavery/>
- https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_249019.pdf

- <http://educacionyjusticiasocial.blogspot.com/2015/12/las-cinco-caras-de-la-opresion-de-im.html>
- http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102

Fuentes jurisprudenciales

- Tesis 2ª./J.69/2914 (10ª) publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, de rubro: **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. CONDICIONES PARA SU EJERCICIO OFICIOSO POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES FEDERALES.**
- Tesis P.LXIX/2011 (10ª) publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011, p. 552 cuyo rubro dice: **PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.**
- Tesis P.J.9./2016 (10ª), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 34, Septiembre 2016, Tomo I, p 112. El rubro dice: **IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR.**
- Tesis 1a./J. 126/2017 (10a.) publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo I, página: 119, de rubro: **DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES.**

LA VULNERABILIDAD Y LA BIOÉTICA. SU INTERRELACIÓN CON INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL Y EL AMPARO

SERGIO JAVIER MOLINA MARTÍNEZ¹

SUMARIO: Presentación. **I.** La vulnerabilidad en la bioética. **II.** Referencias temáticas en la jurisprudencia mexicana. **III.** La condición de vulnerabilidad para pacientes en condición de salud grave y adultas (caso real). **IV.** Conclusiones.

Presentación

El presente trabajo atiende a la necesidad de vincular los conocimientos de una rama novedosa de la ciencia jurídica, con un caso real que materializó la protección de derechos fundamentales. Para su elaboración, se tomó como base la condición de vulnerabilidad atribuida a una persona y la relación que esa cualidad mantiene dentro de la sistematización de la bioética.

En primer término, se realizará un acercamiento conceptual a la bioética, así como a algunas ideas doctrinarias relacionadas con la vulnerabilidad y la forma en que se desarrolla en la Declaración Universal Sobre Bioética y Derechos Humanos, así como el derecho de acceso a la justicia, según la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Luego, se realiza un breve recorrido por el desarrollo jurisprudencial que, sobre el aspecto de vulnerabilidad, ha expuesto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), tanto en su concepción constitucional, como en su particularización por grupos específicos.

Posteriormente, en un tercer apartado, se muestra el tratamiento judicial que, en un caso real, se realizó por dicha

¹ Magistrado de Circuito. Titular de la Unidad de Implementación de la Reforma en materia de Justicia Laboral del Consejo de la Judicatura Federal.

condición de vulnerabilidad, a propósito de una afección grave en la salud de la accionante del juicio de amparo, así como la edad que tenía al momento de ese planteamiento.²

Finalmente, se exponen, a modo de conclusión, los resultados que arrojó el presente ejercicio.

I. La vulnerabilidad en la bioética

Existen problemas éticos que surgen por las investigaciones y avances médicos, de manera destacada en la genética, que han permitido tanto la conservación, como la superación en problemas de salud, pero también ha puesto en juicio lo relacionado con la libre decisión para terminar con la vida (eutanasia) en estados de padecimientos de salud graves. De todo ello se ocupa la bioética.³

Así, es claro que para esta disciplina el objeto de estudio o análisis, son todas las contrariedades respecto de lo bueno y lo malo desde su aspecto filosófico y moral, en relación con la intervención y aplicación de la ciencia en los procesos biológicos, ya sea para extender la vida, reproducirla asistidamente, o abonar al *morir dignamente*, solo por citar algunos ejemplos.⁴

Además, toda investigación con seres humanos debe regirse por principios éticos básicos tendentes al respeto por las personas y son: *autonomía, beneficencia y justicia*. Por *autonomía* se entiende el trato que debe darse a cada persona desde su individualidad, es

2 Los aspectos prácticos en la enseñanza del derecho a partir de casos prácticos coinciden con la tendencia actual, *Vid.*, Araujo, Ulises F. y Sastre Genoveva (coordinadores), *El aprendizaje basado en problemas: una nueva perspectiva de la enseñanza en la universidad*, Gedisa, Barcelona, 2008, pp.17 y ss.

3 *Vid.* En el análisis de los avances tecnológicos que inciden en la vida, la bioética, en tanto disciplina, se rige por los principios de justicia, autonomía, no maleficencia y beneficencia, los cuales son convergentes y complementarios, en los que no existe dependencia de orden jerárquico *Vid.* Calderón Legarda, Germán Alberto, *Bioética, derechos y capacidades humanas*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2012, pp. 25-39; Por otra parte, los avances tecnológicos se consideran *derechos de solidaridad* y la bioética analiza dicho fenómeno a la luz de principios morales *Vid.* Díaz Müller, Luis T., *Bioética, Salud y Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2001, pp. 119 y 120.

4 *Vid.*, Sánchez Barroso, José Antonio, "Los principios en la bioética y en la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 1, núm. 1, México, 2005, pp. 192 a 194.

decir, los seres humanos son capaces de elegir sus propios estados y actuar con base en dichas elecciones. El principio de *beneficencia* se refiere a hacer el bien, no hacer daño y potencializar el mayor beneficio, minimizando los perjuicios posibles. Y, finalmente el de *justicia*, entendida de manera específica, como el trato equitativo sobre la asignación y distribución de recursos de salud entre los grupos de personas.⁵

Por otra parte, existen referencias en la doctrina que muestran la importancia que mantiene la *condición de vulnerabilidad* en la bioética.⁶ Se asegura que ese aspecto es un tema esencial de la bioética europea en la medida que es un *principio anterior y prioritario a los otros principios*, entre los que se encuentran la integridad, la dignidad y la autonomía.⁷

La vulnerabilidad refiere, desde su concepción hermenéutica, un estado de disminución, de riesgo, de fragilidad, proclividad al desmoronamiento debido a cambios y que incide en diversos ámbitos: cultural, social, familiar, *biológico*, espiritual y medioambiental de los seres humanos.⁸

Así, al advertir la condición de vulnerabilidad, la actividad ética condiciona a la comunidad humana, en tanto que se debe responder frente al otro, al crearse un vínculo de atención, cuidado y protección del vulnerable, pues debe realizarse esa actividad más allá de estereotipos, normativismos, paternalismos y voluntarismos.

Existe quienes pretenden reconocer la distinción semántica que existe entre los términos vulnerabilidad (condición antropológica

5 Hooft, Pedro F., *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*, 2^a ed., Depalma, Buenos Aires, 2004, pp.11-16.

6 *Vid.*, De la Torre Díaz, Francisco Javier. *Vulnerabilidad. La Profundidad de un Principio de la Bioética*, en *Revista Perspectiva Teológica*, No. 1, 2017, en el sitio electrónico: <http://faje.edu.br/periodicos/index.php/perspectiva/article/view/3695/3782>, (consultado el 13 de diciembre de 2017). En el mismo sentido, Kottow, Miguel. *Vulnerabilidad entre Derechos Humanos y Bioética. Relaciones Tormentosas y Conflictos Insolutos*, en *Revista Derecho Pucp*, No. 69, 2012, en el sitio electrónico: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/4261>, (consultado el 13 de diciembre de 2017).

7 *Vid.*, De la Torre Díaz, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 156.

8 Ídem, pp. 161-163.

general) y vulnerable (alteración a la salud o daño corpóreo).⁹ Con esa diferencia establecida, se afirma que *para la bioética, serán titulares de derechos todos quienes se encuentren en un estado de vulnerabilidad por daños a su integridad corpórea, que les impida acceder a las instituciones de atención médica e integrarse activamente a la prevención de enfermedades*,¹⁰ principio y presupuesto de la bioética para la actuación de los profesionales de la salud.

En íntima relación con lo anterior, la Declaración Universal Sobre Bioética y Derechos Humanos reconoce la necesidad de regular la vinculación entre la ciencia y la tecnología, así como sus problemas éticos.¹¹ Esto con la finalidad de preservar la dignidad de la persona humana, el respeto universal, la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Así, destaca el artículo 8 que exige el respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal. En forma particular, reclama a los Estados que en la aplicación y el fomento del conocimiento científico, la práctica médica, y las tecnologías conexas, se tome en cuenta la vulnerabilidad humana, con el fin de que sean protegidos y se respete la integridad personal.

Como se observa, existe una inseparable correlación entre los objetos de estudio de la bioética –entendida como la ética aplicada a la reflexión sobre intervenciones humanas en procesos vitales–, con la vulnerabilidad de la condición humana y la correlativa necesidad de establecer políticas públicas que contribuyan a la realización de los mínimos básicos.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*,¹² Ximenes López

9 Vid., Kottow, Miguel, *op. cit.*, pp. 25-30.

10 Idem, p. 42.

11 Estos datos se desprenden del portal de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en el sitio electrónico: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, (consultado el 13 de diciembre de 2017).

12 Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 292, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (consultado al 30 de agosto de 2018).

*Vs. Brasil*¹³ y *Furlan y Familiares Vs. Argentina*,¹⁴ ha determinado que las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, son titulares de una *protección especial*, y al respecto el Estado tiene obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos, sin que baste la no violación de aquéllos; además, es imperativa la adopción de *medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección* de cada persona en esta situación.

Esto último, desde luego amerita el empleo de mecanismos judiciales y procesales que contribuyan a establecer condiciones de ejercicio de derechos fundamentales (salud, vivienda o no discriminación), con motivo de la minusvalía resentida por grupos o personas en condición o estado de vulnerabilidad. Lo que encuentra fundamento en lo establecido en los artículos XI, XVI y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH).

Las disposiciones referidas en este instrumento internacional, establecen como principios: *el derecho a que la salud [de las personas], sea preservada* por medidas sanitarias y sociales, que en la parte que interesa para este artículo, se refiere a que los Estados se encuentran obligados a proporcionar asistencia médica;¹⁵ *el derecho a la seguridad social* que las proteja, contra las consecuencias de la incapacidad, proveniente de una causa ajena a su voluntad (enfermedad), que las imposibilite física y mentalmente para obtener los medios para su subsistencia;¹⁶ y, *el derecho de acceso a la justicia*, pues los dos derechos anteriores son oponibles frente al Estado; con ello se garantiza que el proceso sea sencillo y breve, a la vez que se dirija a la restitución del derecho fundamental que ha sido violado.¹⁷

13 Sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 103, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf (consultado al 30 de agosto de 2018).

14 Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 134, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf (consultado al 30 de agosto de 2018)

15 Artículo XI de la DADDH.

16 Artículo XVI de la DADDH.

17 Artículo XVIII de la DADDH.

II. Referencias temáticas en la jurisprudencia mexicana

La jurisprudencia emitida por la SCJN ha establecido diversos precedentes sobre el tema de la vulnerabilidad. En su mayoría, solamente como el reconocimiento de estatus de ciertos grupos sociales, pero en ningún caso relacionado con el punto de vista ético en las intervenciones humanas en asuntos vitales.

Efectivamente, en algún asunto ha realizado una asociación de la desigualdad social como condicionante de ciertos grados de vulnerabilidad. Así, reconoció que la Constitución General mantiene diversas protecciones a esa condición, como el que se materializa a través del principio de igualdad. Se asegura que con ese derecho fundamental se remueven y disminuyen los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquiera otra índole que impiden a ciertas personas o grupos sociales gozar o ejercer de manera real y efectiva sus derechos humanos en condiciones de paridad con otro conjunto de personas o grupo social. Dicho criterio está contenido en la jurisprudencia de rubro: *DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. RECONOCIMIENTO DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO*.¹⁸

De manera específica, el Máximo Tribunal del país ha vinculado la vulnerabilidad con la definición contenida en una legislación secundaria (Ley General de Desarrollo Social). Al efecto, indica que la vulnerabilidad se entiende como una condición multifactorial que se refiere a situaciones de riesgo o discriminación que impiden alcanzar mejores niveles de vida y lograr bienestar. Así se advierte de la tesis que en su rubro indica lo siguiente: *POBREZA, MARGINACIÓN Y VULNERABILIDAD. CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL NO CONSTITUYEN SINÓNIMOS*.¹⁹

18 Vid., Primera Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, pendiente de publicarse, diciembre de 2017, tesis 1a./J. 125/2017 (10a.).

19 Vid., Pleno de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXX, agosto de 2009, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 85/2009, página: 1072.

Sobre grupos particularmente inmersos en grados de vulnerabilidad, se ha indicado que los adultos mayores y aquellos menores con Trastornos de Déficit de Atención con Hiperactividad (TDAH), merecen una especial atención y protección reforzada por parte de las autoridades u órganos del Estado.

Respecto del primer sector, consideró que por su avanzada edad los coloca con frecuencia en una situación de dependencia familiar, discriminación e incluso abandono. Por lo que respecta a los menores citados, los clasifica como vulnerables porque el trastorno que mantienen se asocia a limitaciones que afectan directamente el entorno social del niño, imponiéndole dificultades de aprendizaje y para relacionarse; ambos aspectos que comúnmente ponen en riesgo el desempeño académico y la adaptación social en sus centros de estudio.

Esos criterios están contenidos en las tesis aisladas de voces: *ADULTOS MAYORES. AL CONSTITUIR UN GRUPO VULNERABLE MERECEN UNA ESPECIAL PROTECCIÓN POR PARTE DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO*.²⁰ y *BULLYING ESCOLAR. LOS MENORES CON TRASTORNOS DE DÉFICIT DE ATENCIÓN CON HIPERACTIVIDAD SE ENCUENTRAN EN UNA SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD QUE EXIGE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN REFORZADAS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES ESCOLARES*.²¹

Como se desprende, la SCJN ha sentado las bases mínimas del reconocimiento de la condición de vulnerabilidad. Referidas, todas ellas a la situación de la persona como parte de ciertos grupos que están impedidos o imposibilitados para acceder a un pleno goce de sus derechos fundamentales. Correlativamente, se han delineado y otorgado vigencia a los instrumentos constitucionales y legales que permiten crear las condiciones para que esas diferencias sean superadas.

20 Vid., Primera Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 19, junio de 2015, tomo I, tesis 1a. CCXXIV/2015 (10a.), p. 573.

21 Vid., Primera Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 23, octubre de 2015, tomo II, tesis 1a. CCCV/2015 (10a.), p. 1640.

Entre esos instrumentos se contemplan algunos supuestos procesales, como la suplencia de la queja, contenida en la Ley de Amparo. Ésta implica la posibilidad de que el órgano de control constitucional subsane las deficiencias en el planteamiento de los argumentos dirigidos a evidenciar la inconstitucionalidad de los actos reclamados, inclusive en ausencia de esos razonamientos.

Sin embargo, no se ha juzgado alguna postura ética que debió o debe asumirse por el juzgador en una actividad específica, donde los órganos del Estado o los propios particulares hayan intervenido en casos vitales, esto es, dentro del marco de actuación de la bioética.

III. La condición de vulnerabilidad para pacientes adultos en condición de salud grave (caso real)

Como se analizó en el punto anterior, la SCJN ha establecido las bases mínimas o criterios fundamentales en relación con las personas *en estado de vulnerabilidad o vulnerables*. No obstante, del análisis de dichos criterios, se deduce que, en su generalidad, han comprendido únicamente a la niñez, a las personas adultas mayores (en casos determinados), a personas con discapacidad, a núcleos agrarios, pueblos y comunidades indígenas, entre otros, pero no existe algún pronunciamiento concreto en los casos de personas adultas (consideradas *no mayores*), que padecen enfermedades graves.

El caso que originó la reflexión de este trabajo, tiene como particularidades el haber sido promovido por una mujer de 58 años, quien en la demanda de amparo indirecto combatió la omisión de diversas autoridades del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, de otorgarle tratamiento médico integral por especialistas, para erradicar un tumor cerebral, así como la negativa de proporcionarle servicio médico urgente por especialistas, poniendo en riesgo su salud e, incluso, su vida.

El Juez de Distrito resolvió sobreseer en el juicio por cesación de los efectos del acto reclamado. Al efecto consideró que las

autoridades cumplieron la obligación constitucional de proteger y garantizar el derecho humano a la salud, al haberla sometido a una intervención quirúrgica y emitir el alta médica correspondiente, por presentar mejoría postoperatoria; acciones que, según su reflexión, la restituyeron en el goce del derecho humano violado, sin dejar huella en su esfera jurídica.

No obstante, atendiendo a circunstancias de hecho e inconformes con dicha resolución, la quejosa y la defensora pública de oficio, interpusieron recurso de revisión.

En esa etapa recursal, el análisis de las afecciones físicas de la solicitante de la acción de amparo, llevaron a la reflexión del Tribunal Colegiado de Circuito (TCC) a determinar, por una parte, la manera en que debía juzgarse la actuación de las autoridades médicas de seguridad social y, por la otra, si debían existir o no análisis especial respecto de los planteamientos formulados por aquella.

En forma detallada, como se indicó, la accionante del amparo contaba con 58 años de edad y mantenía una afectación grave a su salud, con motivo de un tumor supratentorial en lóbulo parietal posterior izquierdo, que le provocó disfasia motora y síndrome piramidal hemicorporal derecho de predominio braquial, traducido en la pérdida de la movilidad en la parte derecha del cuerpo.

Los problemas jurídicos que debían resolverse versaron, en primer término, en determinar la visión procesal conforme a la cual debían ser analizados los planteamientos constitucionales de la quejosa. En segundo lugar, la actuación constitucional y legal de los entes de salud pública en la detección, tratamiento y sanación de la condición de salud que aquella mantenía.

Por cuanto al primer problema mencionado, debido a la edad y la condición médica demostrada por la quejosa, se dedujo que se encontraba en situación de vulnerabilidad. Esto es, se consideró que existía una afectación por daños a su integridad corpórea que le impedía acceder plenamente a los instrumentos de jurisdicción

constitucional para la revisión de la actuación médica, precisamente relacionada con la afectación en la salud que mantenía.

Al respecto, era necesario que, con base en el principio de vulnerabilidad desarrollado por la bioética, así como lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se realizará algún pronunciamiento que considerara las circunstancias particulares de la solicitante del amparo –su condición médica–, con la finalidad de determinar acciones positivas para salvaguardar su derecho de acceder a los servicios médicos de preservación de la salud, así como de impartición de justicia.

Fue precisamente ese contexto que llevó a los integrantes de ese TCC a eliminar cualquier deficiencia en su planteamiento de inconstitucionalidad, al dirigirse a la obtención o recuperación de las capacidades básicas que le condicionaban tal afección en su salud.

A partir de las interpretaciones jurisprudenciales de la SCJN, relacionadas con la condición de vulnerabilidad, entre otros, de grupos de adultos mayores, se consideró oportuno ubicar por analogía a la quejosa en el supuesto establecido en el artículo 79, fracción VII, de la Ley de Amparo, al considerarse que por esas condiciones se encontraba en clara desventaja para su defensa en el juicio. Desventaja que se consideró al analizar el caso concreto desde la óptica que la bioética mantiene, esto es, implementar acciones positivas a favor de las personas vulnerables, que incidan en el mejoramiento de su calidad de vida en diversidad de ámbitos, en el caso, el derecho de acceso a la justicia, para hacer efectivo y resarcir, en la mayor medida de lo posible y de manera progresiva, su derecho fundamental a la preservación de la salud.

En otro aspecto, se estimó que la actividad de los órganos del Estado relacionados con la seguridad social y prestaciones médicas, no habían procurado desplegar su actividad de forma plena y total para la preservación, tratamiento y mejoramiento de la atención médica y, por tanto, de la preservación de la salud de la

solicitante del amparo, a los derechos fundamentales reconocidos en el marco jurídico internacional, específicamente en el artículo 25, apartado 1, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; numeral 12, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo XI, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los diversos 9 y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). De manera específica, contrario a lo indicado por el juzgador de distrito, se estimó que era insuficiente la mera intervención quirúrgica recibida por la solicitante del amparo, ya que las obligaciones del Estado para la preservación de la salud, ameritan la realización de acciones constantes, continuadas, reiteradas, oportunas, específicas y diligentes, hasta la total recuperación de la salud, o bien, hasta que cesara la necesidad de obtener atención médica y medicamentos para el tratamiento de su enfermedad.

Por ello, se determinó conceder la protección constitucional para que continuara la prestación de los servicios médicos necesarios hasta la completa recuperación de su salud, vinculada con la afección médica advertida y todas sus consecuencias. Todo lo indicado, a fin de que se tomaran cada una de las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano a su salud.

IV. Conclusiones

Primera. La bioética mantiene como uno de sus objetos de estudio los modernos procesos de ingeniería médica y atención de enfermedades, desde la óptica del ejercicio responsable respecto de la intervención de la técnica en la vida, considerada como el puente entre los vertiginosos avances científicos y el respeto a la dignidad humana.

Segunda. La bioética descansa en principios, el principal es la vulnerabilidad, que tiende a la protección de las personas

en condiciones de disminución, riesgo o fragilidad, lo cual exige al Estado acciones positivas que procuren compensar las desventajas de su condición específica.

Tercera. Las acciones afirmativas pueden ser de diversos tipos: legales, administrativas o de hecho. En el caso del acceso a la justicia, a través de la promoción del juicio de amparo es posible emplear herramientas procesales que ayuden a eliminar obstáculos judiciales, que contribuyan a un mayor análisis de las pretensiones formuladas por personas vulnerables, considerando su situación particular, independientemente de que la sociedad, el Estado, el gobierno o la academia, les hubiere reconocido previamente la condición de fragilidad.

Cuarta. Corresponde al Estado, a través de los juzgadores, el análisis de las circunstancias particulares de los casos concretos, con la finalidad de determinar si las personas que promueven las acciones judiciales mantienen un estado de vulnerabilidad, a fin de atender sus pretensiones de una manera más favorable y asumir criterios que han sido ampliamente desarrollados por instrumentos y jurisdicción de tipo internacional, como lo es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Fuentes de consulta

- Araujo, Ulises F. y Sastre Genoveva (coordinadores), *El aprendizaje basado en problemas: una nueva perspectiva de la enseñanza en la universidad*, Gedisa, Barcelona, 2008.
- Calderón Legarda, Germán Alberto, *Bioética, derechos y capacidades humanas*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2012.
- De la Torre Díaz, Francisco Javier. *Vulnerabilidad. La Profundidad de un Principio de la Bioética*, en *Revista Perspectiva Teológica*, No. 1, 2017, en: <http://faje.edu.br/periodicos/index.php/perspectiva/article/view/3695/3782>.

- Díaz Müller, Luis T., *Bioética, Salud y Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2001.
- Hooft, Pedro F., *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*, 2^a. ed., Depalma, Buenos Aires, 2004.
- <http://portal.unesco.org>
- http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Kottow, Miguel. *Vulnerabilidad entre Derechos Humanos y Bioética. Relaciones Tormentosas y Conflictos Insolutos*, en *Revista Derecho Pucp*, No. 69, 2012, en el sitio electrónico: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/4261>
- Sánchez Barroso, José Antonio, “Los principios en la bioética y en la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 1, núm. 1, México, 2005.

CAPÍTULO
V
DERECHOS CIVILES
Y POLÍTICOS

LA PROPIEDAD COMO DERECHO HUMANO

LEOPOLDO BURRUEL HUERTA¹

Ahora crean el derecho y fundan la propiedad, establecen los llamados principios de la civilización, las bases sociales y los cimientos del Estado. -¿Cómo es posible? - preguntó el anciano Mael. -Amojonan los campos. Este es el origen de toda organización social. Vuestros pingüinos, venerable maestro, realizan augustas funciones. Su obra será consagrada por los legisladores, protegida y confirmada por los magistrados a través de los siglos. Mientras el monje Bulloch pronunciaba estas palabras, un robusto pingüino de piel blanca y pelo rojo atravesaba el valle cargado con una enorme maza. Acercóse a un humilde pingüino que regaba sus lechugas abrasado por el sol, y le gritó: ¡Tu campo es mío! Después de pronunciar estas palabras dominadoras, **golpeó con la maza la cabeza del hortelano**, el cual se desplomó sobre la tierra cultivada por sus afanes. Anatole France en la Isla de los Pingüinos.

Así platica el premio nobel el origen de la propiedad. Mojones y fuerza. ¡Tu campo es mío! Y un golpe. Fue suficiente para establecerla. No es solamente lo tengo. Sino es mío.

Si. La propiedad implica el permiso para usar la fuerza en su defensa. Si no existe ese permiso no hay propiedad. Pero no existe la forma para transmitirla por medio de la fuerza, entre personas.

Los derechos reales como la propiedad, tienen un origen primitivo de la fuerza. Esto es mío como dijo el pingüino, pero lo será hasta que ya no pueda yo golpear con la maza. El origen así es la violencia. De alguna manera es parte de los derechos reales, pues cuando se dice en la definición que un derecho real es “oponible a todas las personas” erga homines, significa que el

¹ Vocal Jurídico del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles del Consejo de la Judicatura Federal.

derecho es la fuerza que compele a los demás a no acercarse a desprenderme del derecho real.

Podría decirse que la propiedad es tan vieja como lo es el ser humano consciente de sí mismo. Pero no es así. La primera conciencia y el primer derecho lo fue la posesión. El hecho al que algunos le niegan su naturaleza dentro del derecho, derecho real.

La propiedad no es un derecho personal, sino un derecho real, hemos estudiado en el derecho.

El Código Civil Federal mexicano dice: "Artículo 830.- El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella." Recuerdo a mi profesor que este verbo de disponer existe por un prurito de puridad del legislador mexicano. El verbo de la definición correcta es el derecho a abusar de la cosa, pero no le agradó al señor legislador pues sonaba a violencia. Así que lo correcto para definir la propiedad es el derecho a usar, gozar y abusar de la cosa.

Los romanos son los descubridores del derecho moderno y de la propiedad. Creadores dirán otros. Pero es difícil encontrar entre su derecho definiciones. Pero en el Digesto Libro XXIX Título V se indica que "Compréndase bajo la denominación de señor, el que tiene la propiedad, aunque sea de otro el usufructo." Así que se define al Señorío dentro de la Propiedad, pero la propiedad era algo tan evidente que no resultaba necesario explicarla.

Y así, en la historia ha surgido una constante aparición del derecho de la propiedad. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dice en su artículo 2 que la propiedad es un derecho natural e imprescriptible del hombre:

Artículo 2. La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Pero hubo un freno repentino a la concepción de que la propiedad era un derecho humano natural, inalienable e imprescriptible. Esto fue causado por el pensamiento de Hegel y su expositor Karl Marx en el siglo XIX. Y verdaderamente es sorprendente leer a Karl Marx. En el análisis del desempeño de un obrero en el capitalismo expresa que el propio trabajador se vuelve capital para el patrón y genera con su trabajo réditos. Para poder crear un estado funcional, la propiedad privada es abolida, pues enajena al ser humano.

El comunismo como superación positiva de la propiedad privada en cuanto enajenación humana de sí mismo, y por tanto como apropiación real del ser humano por y para el hombre; por tanto el hombre se reencuentra completa y conscientemente consigo como un hombre social, es decir humano, que condensa el sí toda la riqueza del desarrollo precedente.⁶⁷ Este comunismo por ser naturalismo consumado y naturalismo solución en la pugna entre el hombre y la naturaleza⁶⁸ y con el hombre, la verdadera solución de la discordia entre existencia (de hecho) y esencia (potencial), entre objetivación y afirmación de sí mismo, entre libertad y necesidad, entre individuo y especie. Él es la solución del enigma de la historia y lo sabe.²

Y adelante continúa diciendo (lo cito por lo fabuloso de la lectura):

El comunismo, por último, es la expresión positiva de la superación de la propiedad privada, primero como propiedad privada general. Al tomar esa relación (social) en su generalidad, el comunismo

I) Comienza no siendo más que su generalización y plenitud y, como tal, se presenta en doble forma. Por de pronto se halla enfrentado a una propiedad material tan poderosa, que su deseo es aniquilar todo lo que como propiedad privada

² KARL MARX. Textos de Filosofía, Política y Economía. Ed. Gredos, Madrid 2014 pp. 246 y 247

no pueda ser posesión de todos y abstraer violentamente del talento, etc. La posesión física, inmediata le parece el único objetivo de la vida y de la existencia, la condición del obrero no es superada sino extendida a todos los hombres; la relación (social) de la propiedad privada se continúa en la que mantiene la comunidad con el mundo material. El dinamismo con que la propiedad privada general se opone a la propiedad privada, llega a expresar por último en la forma bestial de que, al contrario del matrimonio, las mujeres deban ser tenidas en común, y aunque el matrimonio ciertamente era una forma de propiedad privada exclusiva, la mujer queda convertida en propiedad en común se desvela el secreto de este comunismo aún tan tosco e inconsciente. Lo mismo que era la mujer para del matrimonio a la prostitución universal, así el mundo entero de la riqueza, es decir la componente objetiva del hombre, pasa de la situación de matrimonio exclusivo con el propietario a la prostitución universal con la comunidad.

II) La propiedad privada no es sino la expresión de que el hombre se convierte en objeto de sí mismo, más aún en un objeto extraño e inhumano, de que la proyección exterior de su vida es la extrañación de ésta, de que la realización de sí mismo es irrealización, de una realidad ajena. Del mismo modo la superación positiva de la propiedad privada – es decir la apropiación sensible del ser y de la vida humanos, del hombre objetivo, de las obras humanas para y por el hombre –no sólo debe ser comprendida como un disfrute inmediato y nada más, como mero poseer, tener. El hombre se apropia de su ser universal universalmente, o sea como un hombre total. Cada una de sus relaciones humanas con el mundo – ver, oír, oler, gustar, sentir, pensar, percibir, sentir, querer, actuar, amar, en una palabra; todos los órganos de su individualidad, así como los que por su forma son comunitarios - //VII/ se apropian el objeto en sus

comportamientos objetuales, o sea en su conducta frete al objeto. En esa apropiación de la realidad humana, en el comportamiento de esos órganos frente al objeto se pone por obra la realidad humana; ésta (es tanto tan variada como lo son los aspectos y actividades de la naturaleza humana y) consiste a la vez en hacer y padecer; pues también es el sufrimiento, entendido humanamente, el hombre disfruta de sí mismo.

III) La propiedad privada nos ha vuelto tan estúpidos y unilaterales, que un objeto no es nuestro hasta que lo que tenemos, es decir hasta que o bien existe para nosotros como capital o usamos directamente de él poseyéndolo, comiéndolo, bebiéndolo, llevándolo puesto, habitándolo, etc. (Verdad es también que la propiedad privada no se ve en estas realizaciones inmediatas de la posesión sino medios de subsistencia, y a quien sirven de medios es a la vida de la propiedad privada (como) trabajo y capitalización.)

IV) Todos los sentidos físicos y mentales han sido pues sustituimos por su simple y llana enajenación, el sentido de tener. El ser humano tenía que ser reducido a esta absoluta pobreza, para que pudiera dar a luz su propia riqueza interior (sobre la categoría del tener, vid. Hess en los "21 folios").³

Así que la propiedad privada nos hace "estúpidos". Verdaderamente uno se queda pasmado con estas ideas. Porque especialmente se trata de pensamientos impecables; pero de un alcance utópico solamente digno de aspiración. Pero no olvidemos que cambió al mundo.

El pensamiento no quedó en una simple idea. La Constitución de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1918, la Constitución de Lenin, señaló la abolición de la propiedad privada:

³ Op. Cit. P. Pág. 253

Capítulo II.

3. Proponiéndose como objeto esencial la abolición de toda explotación del hombre por su prójimo, el aniquilamiento total de la división de la sociedad en clases, el aplastamiento sin piedad de los explotadores, el establecimiento de la organización socialista de la sociedad y el triunfo del socialismo en todos los Estados, el III Congreso de los Soviets de Diputados, obreros, soldados y campesinos de Rusia, decreta lo siguiente:

a) Con el fin de realizar la socialización de la tierra, queda anulada la propiedad individual sobre la tierra y todas las propiedades rústicas son declaradas del dominio público y transferidas sin indemnización a las masas trabajadoras, sobre la base de igualdad en el usufructo de la tierra.

Y además de prohibir la propiedad privada, se aseguró de expropiar todos los bienes y la Constitución en el capítulo del Derecho Presupuestario dijo:

El DERECHO PRESUPUESTARIO

Capítulo XVI.

79. La política financiera de la RSFSR, en el momento actual de dictadura de los trabajadores, contribuirá al objeto esencial de la expropiación de la burguesía y la preparación de condiciones de igualdad general de los ciudadanos de la República en materia de producción y reparto de bienes. Para estos fines se establece la tarea de asegurar al poder soviético el derecho a disponer de todos los medios necesarios para la satisfacción de las necesidades locales y generales de la República soviética por encima del derecho a la propiedad privada.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el mundo trató de reinventarse y se polarizó precisamente por esta idea de la propiedad

privada. Del bando comunista y del bando capitalista fue clara su separación. De tal manera que la propiedad privada se convirtió en una ideología. Ya no es un derecho tan natural e imprescriptible del Hombre, como sostuvo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia en 1789.

Uno de los Bandos buscó al otro para crear las Naciones Unidas. Pronto en 1948 redactaron el primero de los documentos que redacta jurídicamente a los Derechos Humanos Fundamentales y suscribe el siguiente documento:

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 17.

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Lo que es verdaderamente interesante, pues declara a la propiedad como derecho humano fundamental, cuando había países que lo negaban. Incluso el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ni siquiera menciona la palabra 'propiedad'. Pero la Organización de los Estados Americanos se envalentonó y dijo que sí. Que la propiedad si es un derecho y ese derecho es humano. Fue el 22 de noviembre de 1969 cuando se firmó lo siguiente:

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

En la redacción los delegados tuvieron el mismo prurito de que abusar es violento; pero fueron más allá y no incluyeron la disposición de los bienes. El motivo solo lo puedo encontrar en el cuidado exceso, pues la disposición de bienes es algo complejo.

De lo escrito no me queda más que exponer que la propiedad privada está contaminada de ideología. Quien la afirma está en un bando y quien la abole está del otro.

De ahí que en el gran libro *Liber Amicorum* de la Corte Interamericana de Derecho Humanos que contiene la exposición de “La Crisis del Concepto Político de Constitución en el Estado Social” de Pedro de Vega García establece:

Considerar la propiedad como una institución de derecho natural tenía que resultar simple y llanamente una mistificación. A quien conoce mínimamente el pensamiento iusnaturalista, no se le oculta que los iusnaturalistas entendieron acertadamente que en el estado de naturaleza la propiedad como derecho se hace impensable, ya que en el originario status naturae todo es de todos. El derecho de propiedad comienza realmente a existir cuando esa totalidad de la naturaleza que, en principio, pertenece a todos se parcela, otorgando a cada uno de los individuos fracciones de la misma. Operación que sólo puede producirse, garantizarse y explicarse como una creación de derecho civil y no de derecho natural.⁴

Y en el mismo *Liber Amicorum* tenemos a Alonso Gómez-Robledo V. en su artículo: Naturaleza de los Derechos Humanos y su Validez, cuando se plantea si es que existe una “naturaleza” de los derechos humanos, dice:

Todo nos deja indicar que los derechos humanos no son susceptibles de analizarse más que mediante la descripción de su naturaleza y su contenido, fuera de toda interpretación teórica e incluso filosófica.

Es por ello, como dice el profesor de Toulouse, Jacques Mourgeon, que se puede “excluir” el derecho de propiedad del ámbito de los derechos humanos, ya que, a pesar de afirmaciones contrarias, no está probado, ni demostrado, que la propiedad privada sea consustancial a la persona, o esencial a su existencia.

Lo que nos deja detenidos y a mi empavorecido. Pues no es tan elemental, fundamental, ni esencial la propiedad. Y todo del resultado de un simple pensamiento: Se puede vivir sin propiedad.

Una alumna del Doctorado del Instituto de Investigaciones Jurídicas, al escuchar la idea me dijo: que no veía mucha libertad sin la propiedad. Y tiene razón. Ciertamente que eso es lo que siempre le hemos condenado a los regímenes comunistas. Pero las eminentes citadas no podemos evadirlas. Ciertamente no es un derecho humano inalienable, esencial o de primera generación. Pero bien puede ser un derecho añadido por igualdad. Un derecho humano de segunda generación como es la democracia. cargado de ideología capitalista.

O simplemente un derecho humano convencional como se dice en México, indebidamente. Pero, se puede vivir sin propiedad.

⁴ Pedro de Vega García. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, cuando fue Presidente del Instituto de Investigaciones Legislativas en *Liber Amicorum*, CIDH, Pp. 600 y 601.

RACIONALIZACIÓN DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN LOS DELITOS POLÍTICOS: UNA PROPUESTA DESDE LA JUDICATURA.

MAURICIO BARAJAS VILLA*

I. Introducción

México no solo ha integrado a su ordenamiento jurídico positivo, convenciones, declaraciones y tratados que contemplan la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno o doméstico.

Como resultado de la constitucionalización de esa importante rama del derecho internacional, puede advertirse un cada vez más acentuado papel de la judicatura federal en la emisión de precedentes que definen el contenido y alcance de esos derechos fundamentales y las obligaciones que estos generan para las diferentes autoridades del Estado Mexicano.

De esta manera, el enfoque desde el cual son sopesados los casos de que conocen los juzgadores con facultades en materia de control de constitucionalidad ha venido cambiando de tal manera que hoy se tornan visibles contextos que antes, si bien eran correctamente atendidos desde un parámetro constitucional relacionado con la protección de garantías, hoy se extienden para dar una más amplia cobertura de protección.

Sobre todo porque junto con el parámetro de regularidad constitucional en el que se encuentran integrados diversos instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), son tomados en consideración opiniones y precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La CADH como instrumento vinculante para los Estados parte, es una fuente de derecho internacional público, que debe su existencia y contenido a instrumentos predecesores, entre los que, para este ensayo conviene destacar la Declaración Americana de

los Derechos y Deberes del *ser humano*, como documento que ha servido de agenda y guía interpretativa para la creación normativa en materia de derechos humanos en la región.

Esta Declaración, si bien no es vinculante, ha tenido un papel preponderante como instrumento pionero para catalogar los derechos de las personas en América Latina, pero en su contenido destaca también la inclusión de deberes humanos.

Así, desde su creación y con el posterior arranque del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos el énfasis ha venido haciéndose preponderantemente en los derechos, pues su labor se ha centrado, en contender contra los graves abusos en perjuicio de la población, no solo por regímenes dictatoriales, sino también en democracias azotadas por conflictos sociales, algunos armados, de los que México no es ajeno.

Así, para mantener contextos democráticos en donde impere el respeto a las libertades públicas eventualmente exige que las judicaturas domésticas asuman su papel como garantes de ese estado democrático de derecho, donde junto con la protección de los derechos, se comprenda la necesaria presencia y cumplimiento de las obligaciones y deberes, no solo de las autoridades sino de las personas en general.

En esas condiciones el papel del Poder Judicial de la Federación es sumamente importante, para operar como palanca de cambio cultural mediante la protección no solamente de los derechos humanos, sino contribuyendo a delinear los contornos mínimos de las obligaciones y deberes que por contrapartida se requieren para la convivencia social y comunitaria en armonía.

Así, además de mantener y fortalecer la exigencia de respeto, protección, promoción y garantía de derechos humanos al Estado, el cumplimiento de deberes sociales implica que las personas dejemos de asumir como normales contextos de violencia o seamos indiferentes hacia la afectación de los derechos de las personas.

En el presente ensayo me permite dar cuenta de un caso concreto en el que la aplicación de los principios que sustentan la propia Declaración Americana de los Derechos y Deberes del *ser humano* para proteger derechos en contextos de tensión entre particulares con las autoridades del Estado, destaca la relevancia del cumplimiento de deberes a cargo de las personas particulares como coadyuvantes en la óptima canalización de las inquietudes y exigencias sociales.

En esta tesitura, destaca el ejercicio de las libertades públicas, como la de expresión, reunión, petición e incluso protesta pacífica, en que el Estado debe mostrar una especial sensibilidad y cuidado, principalmente cuando se trata de la contención de excesos en que pudieran incurrir las personas que las ejercen, sin incurrir en acciones desproporcionadas que militen contra los valores democracia.

II. Amparo en Revisión Penal 133/2017

El cinco de enero de dos mil diecisiete Juan¹¹ indígena ñhañhú dedicado al transporte público, se encontraba en el exterior de la Delegación perteneciente a la comunidad de San Ildefonso, Tultepec, en el Municipio de Amealco de Bonfil, Querétaro, reunido con aproximadamente ochenta personas más, protestando en contra del llamado *gasolinazo*.

Se acercó al delegado municipal para solicitarle una patrulla con la cual vocear que el día siguiente se llevaría a cabo una reunión en las inmediaciones de la presidencia municipal; al ver que cerca de ellos se encontraba un elemento de policía sobre una, acudió a solicitársela, por lo que el elemento bajó y Juan tomó la unidad; sin embargo, tras avanzar en ella se percató que el altavoz de la misma no funcionaba y que, además, tenía muy poca gasolina, por lo que la estacionó y bajó de ella.

El mismo día la Fiscalía de Acusación de ese municipio solicitó audiencia privada ante la Juez de control, para solicitar una forma de

¹¹*El nombre ha sido cambiado en atención a la protección de datos personales.

conducción al proceso penal de Juan, por la comisión del delito de sedición en agravio del Estado, la cual se desahogó por la noche de ese mismo día y se emitió orden de aprehensión en contra de aquel.

La orden de aprehensión se cumplió el seis de enero durante la madrugada y a las cuatro horas con cincuenta minutos se informó de ello al juez de control, solicitándole fijar fecha para la audiencia inicial por la comisión del hecho que la ley señala como delito de robo de vehículo sin violencia.

A las once con tres minutos del mismo día se celebró la audiencia inicial, pero ya no por robo sino por la probable comisión del hecho que la ley señala como delito de sedición en agravio del Estado, en la que se dictó auto de vinculación a proceso a Juan y la medida cautelar de prisión preventiva, sin que la jueza analizara el peligro de sustracción del imputado y el de obstaculización del proceso. Además dio vista a la Fiscalía del Estado para que investigara la existencia de actos de tortura durante la detención del imputado, la cual se realizó sin orden de cateo en su domicilio, conforme a lo alegado por él en audiencia.

Juan promovió juicio de amparo indirecto en contra del auto de vinculación a proceso y la medida cautelar dictadas en su contra. El veintiocho de febrero se negó el amparo al quejoso.

En contra de dicha sentencia el quejoso interpuso recurso de revisión. Durante el trámite del recurso, se informó que en audiencia de dos de marzo se modificó la medida cautelar y el quejoso recuperó su libertad personal, por lo que se dio vista al quejoso acerca de la posible actualización de la causal de improcedencia por cesación de efectos.

La sentencia dictada en el recurso de revisión analizó tres temas: 1. La insuficiente identificación y precisión de los actos en la sentencia de amparo; 2. La actualización de una causal de improcedencia sobrevenida durante el trámite y 3. La inexacta aplicación del parámetro de regularidad constitucional en el análisis de fondo de los actos reclamados.

Este trabajo centra la atención en el tercero de ellos, sin embargo, es conveniente indicar lo decidido en los dos primeros a fin de establecer con claridad los presupuestos que llevaron al análisis del fondo a la luz de los estándares interamericanos y luego identificar los aportes de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del ser humano.

En primer término, la sentencia hizo notar que en la demanda de amparo se incluyeron argumentos que permiten tener como acto reclamado el relativo al control de la detención, pues la jueza de control responsable rechazó someter a contradicción la insistente queja de Juan en el sentido de que su detención había sido arbitraria, lo que a su vez fue descartado por el juez de Distrito, limitando su motivación a sostener que, cuando se trata de la ejecución de una orden de aprehensión, realizar dicho control no es un requisito necesario para dictar el auto de vinculación a proceso.

La ejecutoria señala que no es dable respaldar tal argumentación pues entraña la indeseada posibilidad de incurrir en la irregular validación de detenciones arbitrarias, malos tratos y tortura, prohibidos desde el parámetro de regularidad constitucional.

En un segundo aspecto, se tuvo por actualizada la causal de improcedencia consistente en la cesación de los efectos del acto reclamado relativo a la prisión preventiva, pues la jueza de control la dejó sin efecto y la sustituyó por otras que garantizaran la presencia del imputado por lo que se sobreseyó en el juicio respecto de dicho acto reclamado. De esta suerte finalmente se concedió el amparo respecto del control de la detención y en relación con el auto de vinculación a proceso.

II.I Control de la detención en la ejecución de órdenes de aprehensión

El artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que este control debe realizarse cuando la detención se haya ejecutado en comisión flagrante del delito o cuando se trate del llamado caso urgente.

Pero en el caso, “A” denunció ante la juez de control que se le detuvo con arbitrariedad y violencia excesiva, además de que ello ocurrió al interior de su domicilio sin una orden de cateo y, como ya se dijo, ni esta ni el juez de Distrito ahondaron en este aspecto, apoyándose formalmente en que este supuesto no se encuentra previsto en el citado precepto.

El argumento de ambas autoridades jurisdiccionales para no abordar en ninguna medida el planteamiento de Juan fue descartado en la ejecutoria del Tribunal Colegiado, pues se apoya en una indebida interpretación restrictiva del artículo en cuestión, en tanto que al considerar suficiente razón para omitirlo el hecho de inexiste obligación legal alguna, como si al mencionarse el control de detenciones en flagrancia y por caso urgente estuviese descartado el control en la ejecución de mandatos jurídicos de captura, se vulnera en perjuicio de Juan su derecho constitucional a no ser sujeto de malos tratos o uso desproporcionado de la fuerza durante su detención.

Lo anterior pues el Tribunal Colegiado estimó que, atendiendo a los principios constitucionales de interpretación conforme y propersona, este artículo contiene un catálogo enunciativo y no limitativo de supuestos en los que la legalidad de la detención debe estudiarse por las autoridades judiciales.

Así, cabe destacar dos circunstancias que debieron ser tomadas en consideración por la juez de control para calificar la legalidad de la detención, aun cuando no se trate de supuestos expresamente previstos en el artículo mencionado.

El primero de ellos es la ausencia de una orden de cateo, pues si bien el artículo 16 constitucional permite que las autoridades, a efecto de poder cumplir con sus funciones, se introduzcan en el domicilio de los particulares, con la finalidad de ejecutar un mandamiento judicial de captura; también lo es que esa acción debe estar precedida de una orden que autorice la intromisión o allanamiento al domicilio y que además cumpla con los requisitos

formales y de fondo previstos en dicho precepto, a saber: a) que conste por escrito, b) se exprese el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, c) se precise la materia de la inspección y, d) se levante una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

El segundo, el uso excesivo de la fuerza que el imputado denuncia ocurrió al ejecutarse la detención, pues aunque la emisión de una orden de aprehensión por autoridad competente legitima su ejecución, ello no implica *per se* que, siempre y en todo caso, la misma se ejecute cumpliendo con las exigencias constitucionales de respeto a los derechos fundamentales, el cual no fue analizado por la juez de control, lo que fundó la alegación de la defensa acerca de parcialidad en su decisión.

La relevancia de dichos aspectos en el caso se manifiesta en el hecho de que la juez de control no sólo no las tomó en consideración para dictar el auto de vinculación a proceso, sino que tampoco permitió el debate sobre ellos durante la audiencia inicial, una actitud que lejos de coadyuvar con la protección de los derechos humanos incrementó en el riesgo de legitimar actuaciones arbitrarias por parte de la autoridades policiacas responsables de la ejecución de la aprehensión.

Lo anterior muestra la necesidad de que la legalidad de la detención derivada de la ejecución de una orden de aprehensión también sea controlada, pues presumir este aspecto no es suficiente para garantizar los derechos de las personas; con mayor razón cuando exista un alegato expreso y verosímil y corroborado con datos aportados por el propio imputado al respecto.

II.II Incumplimiento de los requisitos para el dictado del auto de vinculación a proceso

Bajo la óptica y aplicación del actual y renovado parámetro de regularidad constitucional en materia de derechos humanos, que

impone la necesidad de apreciar que en esta clase de delitos conocidos por la doctrina como políticos, la o el operador jurídico debe actuar con especial escrúpulo y mesura, con sujeción al principio de mínima intervención penal, pues estos tipos fueron diseñados para contender con fenómenos sociales de protesta o resistencia civil que por su especial connotación beligerante se desbordan al punto de poner en grave riesgo la estabilidad y la acción de las autoridades del Estado.

Esto necesariamente involucra la ponderación no solo de la conducta de la persona a quien se imputa ese proceder delictivo, sino su necesario contraste con la acción del sujeto pasivo de dicha conducta: el Estado.

El delito de sedición contempla dos posibilidades, la resistencia y el ataque a la autoridad, para arribar a un objetivo, impedir a ella o a sus agentes el libre ejercicio de sus funciones. En el caso, el auto de vinculación a proceso se dictó por la probable actualización de la primera, la resistencia.

Esta hipótesis implica el choque de fuerzas entre particulares y Estado, y su análisis no debe agotarse en revisar los hechos motivo de imputación, porque es relevante ponderar la legitimidad de los motivos que impulsan la conducta de cada parte, la intensidad de las acciones de resistencia y la racionalidad de los medios usados por el Estado para contenerlas o reconducirlas, ya que podría imputarse el delito a alguien que se ubique en una causa de exclusión del mismo, como el ejercicio de un derecho o la figura internacionalmente reconocida de resistencia civil pacífica.

Ello, incluso atendiendo a que el estándar probatorio exigido para el dictado del auto de vinculación a proceso es más bajo que el asumido en el sistema tradicional y tiende a evitar formalizar pruebas o exponer razonamientos sobre su valoración.

Tomando en cuenta el principio de mínima intervención penal o de última ratio, para este tipo de escenarios complejos

sería menester apreciar, sobre el margen de ponderación, si hubo o no esfuerzo y disposición seria de las partes para entablar un diálogo en aras de que la autoridad comprenda y atienda la naturaleza y contenido de los reclamos y, en su caso, dé una respuesta o los reconduzca por los cauces institucionales competentes.

En este sentido, de probarse de forma objetiva tal esfuerzo, se contribuiría a evidenciar la sinrazón o irracionalidad de aquella resistencia, la cual no se puede presumir en ningún caso, pues antes de optar por la vía punitiva, la autoridad debe tomar como parte de su cometido democrático recuperar la paz y seguridad social por los medios más adecuados.

Ahora bien, cuando al someterse a consideración de autoridad judicial los hechos con que se pretenda acreditar la comisión de este delito sólo se exalten aquellos que muestren discurso airado o que a juicio de la autoridad parezca beligerante y no tomen en consideración el sustento de las protestas y, en adición, existan violaciones a los derechos procesales del imputado, se deberá proteger a este ante la posible violación a sus derechos sustantivos o el riesgo de convalidación de actos que no encuentran respaldo constitucional.

En el caso la jueza no pormenorizó las circunstancias en que estimó actualizado, al menos indiciariamente, el delito en cuestión, pues no analizó el contenido del discurso de protesta ni tampoco ponderó debidamente en qué se hizo consistir específicamente la acción de autoridad a la que –se dice– se resistió, materializada presuntamente en impedir la actuación del elemento de policía.

En el caso se presentaron las circunstancias señaladas y además la jueza de control rechazó debatir respecto de las condiciones de la detención y las violaciones que alegó el imputado, lo que lleva a la necesidad de concederle el amparo.

II.III. Constitucionalidad, convencionalidad del delito de sedición en la hipótesis de resistencia

Los artículos 6 a 9 constitucionales prevén las libertades de expresión, difusión de información, petición, reunión y asociación. Todas ellas son derechos civiles y políticos contemplados en instrumentos internacionales especializados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Como se sabe, estos y otros instrumentos configuran el parámetro de control de constitucionalidad y convencionalidad, por lo que realizar un examen del ajuste del tipo penal de sedición a este parámetro es relevante para los órganos que ejercen control de convencionalidad ex officio, para verificar si su presunción de apego subsiste, incluso al observar los principios de interpretación conforme y propersona, o si es necesaria su inaplicación por no resistir este examen.

Como el resto de los derechos, los relacionados con la protesta o manifestación admiten ciertos límites o restricciones razonables, lo que justifica la existencia de tipos penales que sancionen los excesos en que puedan incurrir las personas en su ejercicio.

La sentencia sostiene que el tipo penal por sí mismo no es inconveniente a la luz de las exigencias internacionales y atendiendo al concepto de margen nacional de apreciación o libre configuración normativa, pero que su aplicación debe ceñirse a los principios de interpretación conforme y propersona, que imponen un estándar fáctico y normativo más elevado y exigente que el asumido ordinariamente para establecer que se actualiza y que determinada persona probablemente lo ha cometido.

Esto implica el análisis de cada caso bajo un parámetro de razonabilidad y de la menor intervención posible, de manera que sólo

ante contextos de manifiesta y patente obstaculización o afectación a las instituciones o autoridades del Estado se amerite su aplicación.

En una parte importante del proyecto se destacó, que desde la interpretación de la Convención Americana resulta por demás relevante en dicha ponderación, prestar atención al origen y contenido íntegro del discurso de protesta airada o aparentemente subversivo, pues más allá de los exabruptos estridentes, gritería y las palabras soeces, incíviles, altisonantes u obscenas incluso, no sería razonable reprimir penalmente bajo la citada figura de sedición a quien o quienes plantearan reclamos legítimos a las autoridades por el real o aparente incumplimiento de demandas o compromisos sociales, o sobre la base de afectaciones, insatisfacciones o visiones económicas o políticas disidentes.

Entonces a la luz de un precedente de la Quinta Época, se dijo que el alboroto, las expresiones ruidosas, ásperas o groseras, en tanto que no alcancen la magnitud y gravedad de destruir el orden público y provoquen commociones sociales o alteren la tranquilidad de la conciencia social, deben ser miradas con tolerancia, y respetados los manifestantes, pues de otro modo, cualquier reunión pública, por lo general ruidosa y ardiente, podría ser tomada como sedición, en detrimento de las libertades ciudadanas².

2 De rubro y texto: "SEDICIÓN. Para la existencia de esta infracción penal se requiere que un grupo de individuos reunidos en forma tumultuosa, pero sin armas, resistan a la autoridad o la ataquen, para impedirle el libre ejercicio de sus funciones, con el propósito de reformar la Constitución Política de la República, o las instituciones que de ella emanen, o bien, separar de sus cargos a altos funcionarios de la Federación; y para que quede comprobado el referido delito, es preciso que se hayan reunido todos los elementos que lo integran, y como la confesión de los inculpados sólo hace prueba plena, cuando ha sido comprobada la existencia del delito de que se trata, es preciso descartar, para la comprobación de dicha infracción penal, la confesión de los indiciados. Una manifestación de carácter político o sectario, que produzca alboroto o confusión, que traiga como consecuencia agitación o perturbación en la sociedad, debe ser considerada como una reunión tumultuosa, pero, en lo general, las reuniones públicas de personas, por numerosas que sean, y con objeto de manifestar ideas sociales o políticas o para protestar contra actos del gobierno o reprobar determinada gestión administrativa o contrariar la política social o económica del poder público, no son delictuosas, mientras sean pacíficas y no se profieran injurias contra las autoridades atacadas por los manifestantes o se hagan actos de violencia, o amenazas en contra de las propias autoridades; pues no existe el elemento de "reunión tumultuosa" en el sentido que jurídicamente debe tener, para no ahogar las libertades públicas. Las injurias, violencias y amenazas, deben entenderse, para el efecto de la aplicación de la ley penal, que sean de una gran magnitud, que amaguen de destrucción el orden público establecido y provoquen commociones sociales que, por su persistencia

En contraposición, si el discurso de protesta contuviese planteamientos extremistas o radicalmente violentos concitando a la discriminación o la ejecución de actos prohibidos por la Constitución aunado a acciones extremas de resistencia o ataque a las autoridades, bien podría estimarse actualizada la citada conducta penal.

Lo anterior incluye, por ejemplo, la prohibición, mediante norma de rango legal, de toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal contra cualquier persona o grupo de personas, con propósitos discriminatorios.

En adición, con base en la obra de Carrara se sostuvo que es particularmente importante que el operador jurisdiccional comprenda que se trata de una definición criminal diseñada originalmente para contender contra la rebeldía y la disidencia en regímenes autocráticos como las monarquías, que inicialmente prohibían y sancionaban a quien se atreviera a hablar en contra o criticar públicamente al gobernante en turno, a pesar de que los dichos fueran ciertos o veraces, por lo que en su origen se trata de un delito de *lesa majestad*.

Por ello, quien aplica la norma ha de interpretar el tipo penal en el contexto de sistemas democráticos y a la luz de las disposiciones y mediante los cuidados que se han señalado.

II.IV. Enfoque diferencial

El joso se autoadscribió a la comunidad indígena otomí ñhañhú, aunque manifestó hablar y comprender el idioma español,

y gravedad, alteren la tranquilidad de la conciencia social, pero el alboroto, las expresiones ruidosas, ásperas o groseras, en tanto que no alcancen la magnitud y gravedad referidas, deben ser miradas con tolerancia y respetados los manifestantes, porque, de otro modo, cualquiera reunión pública, casi siempre ruidosa y ardiente, podría ser tomada como sedición, con detrimento de las libertades ciudadanas, en que se finca la democracia, y se inspira la natural evolución de las sociedades.” Publicada en el Apéndice 2000 del Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo II, Penal, P.R. SCJN, Materia(s): Penal, número de registro 907891, página: 1374.

lo que debió tomar en cuenta la juez de control, quien pudo haber ponderado la necesidad de adoptar una postura de ajuste razonable que atienda a la construcción de entornos pacíficos en esas comunidades, dejando como última ratio el empleo de la fuerza a través de la facultad punitiva del Estado.

Con ello se reitera la necesidad de anteponer el diálogo a otras medidas como el empleo de figuras delictivas cuando se trata de manifestaciones públicas.

Destaca también el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que los derechos humanos que en favor de las personas indígenas prevé el artículo 2 constitucional pueden exigirse en cualquier tipo de juicio o momento procesal, lo que implica que deben considerarse sus costumbres y especificidades culturales, incluyendo ello que quien les asiste en su defensa también tenga conocimiento de su cultura.

En esa tesis, sostener una interpretación diversa sería contrario a lo previsto por el principio propersona, y la jueza de control debió haber tomado en consideración esta característica específica del imputado al dictar el auto de vinculación a proceso y la medida cautelar.

III. Conclusión

El caso con el que se ha dado cuenta en este breve ensayo dio lugar a la publicación de cinco precedentes aislados³ y ha sido materia

3 Todas, tesis publicadas en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 51, Febrero de 2018, Tomo III, páginas 1403, 1409, 1552, 1553 y 1554; de rubro, clave de identificación y número de registro siguientes:

“CONTROL DE LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN. COMPRENDE LA DERIVADA DE LA EJECUCIÓN DE ÓRDENES DE APREHENSIÓN, EN ARAS DE PREVENIR SU REALIZACIÓN ARBITRARIA, CON TORTURA Y/O MALOS TRATOS (SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO).”, XXII.P.A.11 P (10a.), 2016232;

“DELITOS POLÍTICOS O CONTRA EL ESTADO. EL ESTÁNDAR PARA EL DICTADO DEL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO, EXIGE NATURALMENTE LA PONDERACIÓN INTEGRAL Y CUIDADOSA DE LAS EXCLUYENTES DEL DELITO O CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.”, XXII.P.A.12 P (10a.), 2016235;

“SEDICIÓN EN SU HIPÓTESIS DE RESISTENCIA. DADO QUE ESTE DELITO SUPONE EL CHOQUE DE FUERZAS, LA DE LOS PARTICULARES CONTRA LA DE LAS AUTORIDADES DEL ESTADO, SU CONFIGURACIÓN EN UN RÉGIMEN DEMOCRÁTICO SUPONE PONDERAR LA

de reflexión y discusión en diversos foros académicos nacionales e internacionales.

En el marco del Estado de Derecho en sociedades democráticas la actuación del Estado para controlar el desarrollo de protestas o manifestaciones públicas de la ciudadanía debe llevarse a cabo con especial cuidado para no resultar intrusiva del ejercicio de libertades y derechos fundamentales de tal manera que imputación de delitos contra el Estado debe ser el último recurso para combatir los excesos que en dichos ejercicios puedan presentarse.

En este sentido, el diálogo es el elemento a privilegiar, para atender demandas o reconducirlas por los mejores cauces institucionales, sin embargo, cuando en el contexto democrático y deliberativo se alcanza el nivel de desarrollo necesario para el diálogo, se controla el autoritarismo y se respetan las libertades públicas, es prudente exigir a la ciudadanía el cumplimiento de los deberes previstos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, pues a través de este se fortalece el ejercicio de tales libertades y se protege el libre intercambio de razones respecto de las exigencias ciudadanas.

Es decir, si tanto Estado como ciudadanía adoptan una actitud dialógica y de respeto recíproco, sin incurrir en excesos, la atención se centrará en los argumentos que una y otra parte puedan proponer y se aspira a una mejor solución de las controversias sociales.

Por lo tanto, es razonable exigir al Estado el respeto y protección de los derechos fundamentales, pero también lo es exigir

a las personas particulares el cumplimiento de los deberes exigibles en sociedades democráticas, dentro del Estado de Derecho, a fin de contribuir a la protección de tales derechos y al mejoramiento de las condiciones de vida en comunidad.

RACIONALIDAD E INTENSIDAD DE CADA UNA, A FIN DE NO CRIMINALIZAR EL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUERÉTARO).”, XXII.P.A.14 P (10a.), 2016269;

“SEDICIÓN. SU CONFIGURACIÓN CON BASE EN EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN, EXIGE DEMOSTRAR LA PREVIA DISPOSICIÓN AL DIÁLOGO A SEMEJANZA DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.”, XXII.P.A.15 P (10a.), 2016270;

“SEDICIÓN Y DELITOS CONTRA EL ESTADO. SU CONFIGURACIÓN COMO HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO, EXIGE DEL OPERADOR JURÍDICO COMPRENDER SU ORIGEN HISTÓRICO Y SU ACTUAL PROYECCIÓN PROGRESIVA Y FUNCIONAL EN UN RÉGIMEN DEMOCRÁTICO.”, XXII.P.A.13 P (10a.), 2016271.

**DEBER DEL CIUDADANO MEXICANO DE SERVIR A LA
COMUNIDAD Y A LA NACIÓN, EN RELACIÓN CON EL
ARTÍCULO XXXIV DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE
LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.**

*JUAN MARCOS DÁVILA RANGEL*¹

I. Introducción

Setenta años han pasado desde que fue presentado y aprobado el proyecto de Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Ciudad de Bogotá, Colombia, la cual fue concebida a manera de que pudiese ser eventualmente adoptada como convención, siendo pilar fundamental de posteriores instrumentos internacionales enfocados a la protección de los derechos y libertades fundamentales de mujeres y hombres en el continente americano.

Actualmente, los esfuerzos realizados en torno a los derechos humanos a nivel internacional han sido contundentes, de igual manera en México se ha visto robustecido a partir de la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, vigente a partir del día siguiente de su publicación, por medio del cual se establecieron diversas obligaciones a las autoridades, entre ellas, que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán conforme a la Constitución y a los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, es decir, se reconoció expresamente que los derechos humanos son los reconocidos por la Ley Fundamental y los tratados internacionales suscritos por México, y que la interpretación de aquélla y de las disposiciones de derechos humanos contenidas en instrumentos internacionales y en las leyes, siempre debe ser en las mejores condiciones para las personas.

¹ Juez Primero de Distrito de Amparo y Juicios Federales en el Estado de Chiapas, con residencia en Tuxtla Gutiérrez.

Sin embargo, en comparación son pocos los aportes doctrinales e instrumentos internacionales de derechos humanos que contemplan no sólo derechos que les corresponden a las personas, sino también identifican a éstas como sujetos de deberes; es el caso de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y también de la Declaración Americana, la cual posee todo un capítulo alusivo a los deberes que se dirigen a contemplar obligaciones de las personas respecto de la sociedad; para con los hijos y los padres; de instrucción; de sufragio; de obediencia a la ley; de servir a la comunidad y a la nación; de asistencia y seguridad sociales; de pagar impuestos; de trabajar; y de abstenerse de actividades políticas en país extranjero.

En este sentido, es válido decir que no solo es poco lo que se ha progresado en este tema a nivel doctrinal sino también en el ámbito legislativo y jurisprudencial; son pocos los Estados cuyas constituciones imponen obligaciones a sus ciudadanos, por ejemplo: Venezuela, República Dominicana, Paraguay, Honduras, Guatemala, Ecuador, Colombia y México, entre otros; coincidiendo en todas ellas la obligación de prestar servicios civiles y militares.

El presente ensayo es un breve reflejo de los influjos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en México, en lo atinente a los tópicos previstos en el artículo XXXIV de dicho instrumento internacional.

II. Antecedentes

Como primeros antecedentes tenemos las resoluciones adoptadas por la Octava Conferencia Internacional Americana, celebrada en Lima en 1938: la Libre Asociación y Libertad de Expresión de los Obreros, la Declaración de Lima en favor de los Derechos de la Mujer, la Declaración en Defensa de los Derechos Humanos.

Cabe citar como antecedente próximo la celebración en la Ciudad de México en febrero y marzo de 1945 de la “Conferencia Interamericana sobre los problemas de la Guerra y de la Paz” o

“Conferencia de Chapultepec”; esto en vista de la devastación causada por la Segunda Guerra Mundial.

El ultimo aunque no menos importante antecedente se encuentra en el preámbulo del “Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca” (TIAR), celebrado en Rio de Janeiro, Brasil en 1947.

Dicho proyecto fue preparado por el Comité Jurídico Interamericano, presentado y aprobado en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en la Ciudad de Bogotá en 1948; convirtiéndose ésta en el primer instrumento internacional de su tipo, ya que fue adoptada con antelación a la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el seno de las Naciones Unidas.

La Declaración Americana estableció “el sistema inicial de protección que los estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias”². En otra cláusula introductoria, la Declaración indica que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. Por lo tanto, los Estados americanos reconocen que cuando se legisla en esta materia, no se crean o se conceden derechos sino que se reconocen derechos que existían antes de la formación del mismo; es decir, tales derechos tienen su origen en la naturaleza misma de la persona humana.

A pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un Tratado, en la actualidad la Declaración Americana constituye el mínimo común denominador para la protección de los derechos humanos para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos [OEA].

La Declaración está integrada por un preámbulo y 38 artículos comprendidos en dos capítulos, el primero, define tanto

² DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales; el segundo, precisa los deberes correlativos.

III. Qué se entiende por deber constitucional

Para el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz de la Corte Constitucional de la República de Colombia, los deberes constitucionales son aquellas conductas o comportamientos de carácter público, exigibles por la ley a la persona o al ciudadano, que imponen prestaciones físicas o económicas y que afectan en consecuencia, la esfera de su libertad personal³.

En otros términos, son obligaciones que la Constitución impone a los poderes públicos y a los particulares y que derivan de la sujeción impuesta a los mismos con el fin de tutelar intereses de la colectividad.

Tales deberes comprenden una habilitación al legislador para desarrollar y concretar la sanción por el incumplimiento de los parámetros básicos de conducta social fijados por el Constituyente. La exigibilidad de los deberes constitucionales, sin embargo, depende, en principio, de la voluntad legislativa de actualizar, mediante el establecimiento de sanciones legales, su potencialidad jurídica.

La imposición de un deber, en consecuencia, presupone necesariamente de una ley previa, quedando descartada su aplicación retroactiva.

Es importante destacar que los deberes no solo tienen una dimensión negativa, sino que también pueden derivar en hacer, respetar o actuar (dimensión positiva); los deberes constitucionales se clasifican en tres tipos:

1. Los deberes de personalidad, que son aquellos que se derivan de la condición de ciudadano o miembro de la comunidad.
2. Los deberes de función, que son los establecidos para quienes asumen determinados cargos.

³ Sentencia T-125/94 de la Corte Constitucional de la República de Colombia, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-125-94.htm>

3. Los deberes de prestación, entre los que se encuentran los generales (que son válidos para todos los ciudadanos, como el servicio militar o el pago de tributos) y los especiales (que existen respecto a algunos de ellos como el caso de los vinculados a los funcionarios públicos).

IV. La Constitucionalización de los deberes

Como ya se adelantó, escribir sobre los derechos y libertades que deben gozar todas las personas, en la actualidad es excesivamente frecuente en contraste con la escasísima divulgación doctrinal y jurisprudencial que se da a los deberes que tenemos como miembros de la sociedad política, y que constan en la Constitución, como normas de conducta obligatoria y exigible.

Debido a esto se incorporaron a diversas Constituciones Políticas los denominados “deberes recíprocos”, entendiendo por tales deberes, lo que tiene el ciudadano para con el Estado (el amor a la patria, el servicio y la defensa del orden republicano, la participación en los cargos públicos, y el deber de votar, el trabajo y la obediencia de las normas) y de éste respecto a aquellos (de protección al ciudadano, en su persona, su religión, su propiedad y su trabajo).

En el constitucionalismo más contemporáneo, se incluyen otros deberes para los ciudadanos a los que se denominan como “fundamentales” o “substanciales”, especialmente los que se refieren al sostentimiento de las cargas públicas (deber de pagar los impuestos) y a la defensa de la nación (deber de prestación del servicio militar).

Es común que los deberes sean percibidos con una connotación negativa; es decir, como una restricción de las garantías que les asisten a las personas y a los ciudadanos; sin embargo, contrario a lo anterior, los deberes son una contribución para la obtención de los fines esenciales del Estado, a través de los cuales se les imponen ciertas conductas, comportamiento o prestaciones con fundamento en la Constitución y en la ley.

La presencia de los deberes responde a la idea de que el ciudadano debe participar en la comunidad, debe hacer algo a favor de la misma, que los beneficios de la ciudadanía no son gratuitos y que por tanto, las personas tienen el deber ético y político de colaborar en beneficio de esa comunidad.

Los deberes constitucionales son incorporados a las constituciones por una exigencia de solidaridad para la satisfacción de los intereses generales y comunes, muchas veces hecha efectiva mediante prestaciones, con los que el Estado pretende el consentimiento de todos, en régimen de igualdad, en la consecución de los objetivos estatales.

Desde esta perspectiva, los deberes tienen una dimensión obligacional que viene exigida por el propio concepto de Estado social y democrático de derecho.

V. Deber de servir a la comunidad y a la nación

De conformidad con el artículo XXXIV, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la patria requiera para su defensa y conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz.

Asimismo tiene el deber de desempeñar los cargos de elección popular que le correspondan en el Estado de que sea nacional.

Al respecto, el artículo 5o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos precisa que los mexicanos estamos obligados a presentar los siguientes servicios públicos: El de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquéllas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes.

Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.

Por su parte, las fracciones II y III del numeral 31 de la Carta Magna, establecen que los mexicanos tenemos la obligación de asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residamos, para recibir instrucción cívica y militar que nos mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar; y, alistarnos y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como la tranquilidad y el orden interior.

En el artículo 36 de la Constitución Federal se determinan las obligaciones de los ciudadanos de la república entre las que encontramos: Alistarse en la Guardia Nacional, votar en las elecciones y en las consultas populares, en los términos que señale la ley, desempeñar los cargos de elección popular de la federación o de las entidades federativas, que en ningún caso serán gratuitos, y desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado.

De los artículos citados se advierte que tanto los mexicanos como los ciudadanos de la república están obligados, entre otras cosas, a asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como la tranquilidad y el orden interior, ya sea, prestando el servicio de las armas o militar, o bien, por servir en la Guardia Nacional.

Asimismo, en materia político electoral, votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley; desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos, y desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado; en concordancia con lo anterior, se advierte que el artículo

50. prescribe que en materia de servicios públicos, solo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. En el mismo sentido, dicho numeral estipula que las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio.

En lo que respecta a la Guardia Nacional, cabe subrayar que ésta sólo tiene existencia teórica; podemos definirla como la fuerza armada local, integrada por ciudadanos e instruida por las autoridades estatales correspondientes, para defender y conservar la soberanía de país; así como la paz y el orden internos; la alusión que se hace de ella en las leyes es para hacerla depender del ejército regular. El Congreso de la Unión no ha emitido la ley que levante y organice la Guardia Nacional; en teoría, ante la omisión del congreso, los estados, en uso de facultades concurrentes, lo pueden hacer mientras tanto la federación no lo hace.

VI. Servicio Militar

Se define como la instrucción militar obligatoria que todo mexicano debe conocer para cumplir con su papel de ciudadano, esto es, defender el país contra los enemigos, externos e internos, actuales o futuros; proteger las fronteras, la soberanía e integridad del país, así como sus intereses en la comunidad internacional.

Dicha obligación militar inicia el segundo semestre del año en que cumplan los individuos 18 años de edad, comenzando su servicio militar el 10. de enero del año siguiente; concluyendo el 31 de diciembre del año en que cumplan los 45 años de edad.

Hasta el año de 2003 esta obligación era exclusiva para los hombres; sin embargo, después de ese año se permite de manera opcional para las mujeres que quieran realizar el servicio.

La idea de establecer el Servicio Militar estuvo latente durante todo el siglo XIX y durante las primeras décadas del XX, pero fue hasta la segunda Guerra Mundial y ante la posibilidad de

que México ingresara a esta, que el presidente de la República, general Lázaro Cárdenas promulgó, el 19 de agosto de 1940, la Ley de Servicio Militar Nacional Obligatorio.

En su artículo 1o, la Ley actual establece que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se declara obligatorio y de orden público, el servicio de las armas para todos los mexicanos por nacimiento o naturalización, quienes lo prestarán en el Ejercito o en la Armada, como soldados, clases u oficiales, de acuerdo con sus capacidades y aptitudes.

Dicha ley se encuentra estructurada en 64 artículos muchos de los cuales ya se encuentran rebasados por las nuevas realidades que envuelven a nuestra sociedad. La participación de la mujer en este servicio es ahora mismo una constante, necesaria, e imposible de borrar en el contexto nacional.

Pareciera una consigna reiterada, pero servir en la defensa de la patria es uno de los más grandes deberes para cualquier ciudadano.

Defender a la patria es un deber fundamental para con ella misma, y no es un deber exclusivo de un soldado; es deber de todo ciudadano y como tal podemos defender a la patria hablando bien de ella; resaltando sus valores; consumiendo los productos nacionales; conduciéndonos con honestidad y solidaridad frente a los otros, así como cuidando sus recursos, sus monumentos y a su gente. Cada ciudadano debemos erguirnos como un defensor de la patria en cualquier lugar que nos encontremos.

VII. Deberes Político Electorales

Es importante entender que todo ciudadano tiene el deber de conocer tantos sus derechos y prerrogativas para estar en aptitud de ejercerlas, como sus obligaciones para cumplirlas dentro del marco de la ley. Para tales efectos y con la finalidad de otorgar un panorama

general del presente ensayo, señalaré en términos generales que se entiende por un derecho y que es una obligación desde el punto de vista político electoral.

Por derechos políticos podemos entender el conjunto de determinaciones o condiciones de carácter jurídico que posibilitan al ciudadano participar y decidir en la vida política, constituyendo la relación entre el ciudadano y el Estado, entre gobernantes y gobernados.

Los derechos políticos se caracterizan por representar instrumentos que tiene el ciudadano a su alcance, por el hecho de serlo, para obtener y participar en los asuntos públicos del país, un estado o un municipio, así como en la designación de los órganos representativos, incluyendo el derecho al voto, a postularse como candidato y a ser electo; también se consideran dentro de estos derechos la libertad de expresión, de movimiento y de asociación, entre otros.

Las obligaciones en este rubro son las exigencias, deberes o condiciones establecidos por la ley y que consisten en hacer o no hacer una cosa. En otras palabras, las obligaciones constituyen el vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa, cuyo cumplimiento es exigible legalmente.

Entre las obligaciones de orden político electoral tenemos las de votar en las elecciones populares: federales, estatales y municipales, las de desempeñar los cargos de elección popular para los que sean electos, las funciones electorales, etc.

En materia político electoral, los derechos y obligaciones de los ciudadanos se establecen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Constitución Particular del Estado y en el Código Electoral del Estado, por lo que todo ciudadano tiene el deber legal y cívico de saber o conocer en qué consisten unos y otros para su correspondiente ejercicio y observancia, y la autoridad de difundirlos ampliamente.

VIII. Cargo de elección popular

Se refiere al derecho y obligación ciudadana para desempeñar un puesto en alguno de los poderes de los tres órdenes de gobierno del Estado, con derecho a retribución monetaria, siempre que se tengan las calidades que establezca la ley y no se ejerzan a la vez dos cargos federales de elección popular ni uno de la Federación y otro de una entidad federativa que sean también de elección.

Es deber de los ciudadanos electos para un cargo de elección popular el ejercerlo por el tiempo y las condiciones previstas en la ley respectiva, y solamente puede dejar de hacerlo por causa que lo justifique.

Los cargos en el ámbito de la administración pública en México son: regidores, síndicos y presidente municipal, gobernador o presidente de la República. En el ámbito legislativo son: diputados locales y federales, así como senadores de la República.

Es importante destacar que los cargos de elección popular son temporales, en principio, a fin de evitar que las personas detenten indefinidamente un puesto público y, por otro lado, para posibilitar el acceso de los ciudadanos al poder público. Asimismo, presupone que sea obtenido por mayoría de sufragios emitidos o por criterio de representación proporcional, en el caso de una parte de los diputados federales y/o locales y senadores, y siempre que se cumplan los requisitos legales para participar en elecciones generales.

En este sentido, es factible decir que al desempeñar honorablemente un cargo de elección popular se cumple con la obligación impuesta por las disposiciones nacionales, así como por las internacionales, de servir a la comunidad y a la nación; sin embargo, para servir a la patria no se requiere de un resultado electoral, de un partido político o una corriente ideológica. Para servir a la patria hay que sentir el compromiso de dar sin recibir y sin esperar nada a cambio, que no sea cumplir con el deber ciudadano

de defender los intereses nacionales de soberanía que no está supeditada a una delimitación fronteriza, sino al empoderamiento de exigir el respeto a la dignidad de un pueblo expresada en su cultura y autodeterminación.

IX. Reflexiones finales

Como hemos visto, la conceptualización actual de los deberes del hombre está muy por debajo de la que se tiene de los derechos, al menos desde la perspectiva estrictamente nacional, se advierte que el Estado mexicano no ha generado ni fomentado avances importantes al respecto; por el contrario, el esfuerzo legislativo y jurisprudencial se ha enfocado en el reconocimiento de los derechos humanos, reformando la Constitución en ese sentido y, por ende, diversos textos normativos.

Esta situación de parálisis justifica el presente ensayo, ya que consideramos un pretexto perfecto para darnos cuenta que si bien, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ha sido el instrumento base de las obligaciones en materia de derechos humanos para los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos aportando elementos históricos y jurídicos que han ido edificando el concepto actual de derechos humanos. Ciento es también, que sirve para revitalizar la discusión teórica dirigida a la falta de promoción y generación de deberes correlativos a los derechos que nos cobijan; es decir, los que tenemos las personas para con nuestra comunidad y nación, abonando a la idea de efectividad pragmática de los deberes humanos, en virtud de la solidificación histórica de esa noción.

Nuestra Carta Magna prevé los deberes contemplados en la Declaración Americana y, respecto al deber señalado en su artículo XXXIV relativo a servir a la comunidad y a la nación, instruye que tanto los mexicanos como los ciudadanos de la República están obligados, entre otras cosas, a asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como

la tranquilidad y el orden interior, ya sea, prestando el servicio de las armas o militar, ya, por servir en la Guardia Nacional.

Asimismo, en materia político electoral, votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley; desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos, y desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado; en concordancia con lo anterior, se advierte que el artículo 50 prescribe que en materia de servicios públicos, solo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. En el mismo sentido, dicho numeral estipula que las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio.

Es deber de los ciudadanos electos para un cargo de elección popular el ejercerlo por el tiempo y las condiciones previstas en la ley respectiva, y solamente puede dejar de hacerlo por causa que lo justifique.

Los deberes de los ciudadanos del continente americano forman un cúmulo de oportunidades para que las ciencias sociales -fundamentalmente la ciencia jurídica-, produzca nuevos insumos para que las autoridades ejecutivas, legislativas y judiciales profundicemos en la visión de que los derechos humanos no lo son todo en los sistemas constitucionales de la región, sino que nuestros países avanzaran a estadios de igualdad económica, social y cultural, cuando los deberes de la Declaración Americana transciendan a nuestras vidas cotidianas en plenitud.

X. Referencias

Bibliográficas

- Asis Roig, Rafael de, *Deberes y Obligaciones en la Constitución*, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

- Camara Villar, Gregorio, *La objeción de conciencia al Servicio Militar*, Madrid, Civitas Ediciones, 1991.

Electrónicas

- Organización de los Estados Americanos Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*”, febrero 2012, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/documentos-basicos-12-spa.pdf>
- Goig Martínez, Juan Manuel, “*La constitucionalización de deberes*”, Revista de Derecho UNED, NUM 9, 2011, disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/11071/10599>
- Canto Castillo, Luis Alfredo, “*La obligación de ejercer los cargos de elección popular*”, disponible en: http://www.teqroo.com.mx/sitio2007/teqroo/activos/pdf/publicaciones/libros/analisis_derecho_electoral/luis_alfredo_canto_castillo.pdf

El diseño y la formación de este volumen estuvieron a cargo de la Dirección General de Comunicación Social del Consejo de la Judicatura Federal.

Normativas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Ley del Servicio Militar Nacional.