DERECHOS HUMANOS

Protección jurisdiccional y no jurisdiccional en los sistemas nacional e interamericano

Alfredo Islas Colín

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Página legal

Esta investigación, es arbitrada por pares académicos, de la Universidad París Sorbona, Cite, el Instituto Nacional de Ciencias Penales, INACIPE; Instituto Politécnico Nacional, IPN; Tecnológico de Monterrey, TEC; de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, UJAT; la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM; Universidad Autónoma de Colima; y Universidad de Oriente, Venezuela.

Primera edición, octubre de 2015

© De los autores

©
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

ISBN: 978-607-606-295-1

Libro Digital
Electronico

Al Dr. Héctor Fix Zamudio

Por sus aportaciones al Derecho Procesal Constitucional,
a los Derechos Humanos y su protección
en el Sistema Interamericano y Nacional.

DERECHOS HUMANOS

Protección jurisdiccional y no jurisdiccional en los sistemas nacional e interamericano

TABLA DE MATERIAS

PRESENTACIÓN

Comité Científico de la Obra

PRIMERA PARTE:
SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I. Gastos según criterios jurisdiccionales de la corte interamericana de derechos humanos
Alfredo Islas Colín

CAPÍTULO II. La verdad y los derechos humanos
Pablo Darío Villalba Bernié

CAPÍTULO III. Protección del acceso a la justicia en un plazo razonable en el sistema interamericano de derechos humanos
Abril Alejandra Priego Barahona

CAPÍTULO IV. El derecho a la verdad como derecho autónomo en el sistema interamericano de derechos humanos
Sonia Escalante López

CAPÍTULO V. Autonomía del derecho procesal convencional de los derechos humanos del derecho procesal constitucional
Alfonso Jaime Martínez Lazcano y Jaime Alfonso Cubides Cárdenas

CAPÍTULO VI. Órganos y mecanismos de control contra la tortura
Mtro. José Raciel Montejo Moreno

CAPÍTULO VII. Corte interamericana de derechos humanos: visión general desde su surgimiento hasta su competencia actual.
Juana Sánchez Ramos y Esperanza Rodríguez Custodio

CAPÍTULO VIII. Contenido y requisitos de las sentencias y decisiones del tribunal europeo de derechos humanos
Luis-Andrés Cucarella Galiana

CAPÍTULO IX. Composición y funcionamiento del sistema europeo de protección de derechos humanos
Alejandra Díaz Alvarado

CAPÍTULO X. Ideas simples sobre el uso de las tecnologías y los derechos humanos
Javier Rojas Wiemann

CAPÍTULO XI. Alcances de las sentencias y resoluciones de la corte interamericana
Silvia María Morales Gómez

CAPÍTULO XII. El debido proceso y el plazo razonable en el sistema interamericano
Edgar Fabián Garzón Buenaventura

CAPÍTULO XIII. Funciones y procedimiento ante los órganos del sistema interamericano
Patricia Ordoñez León

CAPÍTULO XVI. Herramientas de protección ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Adriana Esmeralda del Carmen Acosta Toraya y Williams Alejandro Abdo Arias

SEGUNDA PARTE:
MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

CAPÍTULO I. Negociación y conciliación para la solución de conflictos laborales
Egla Cornelio Landero

CAPÍTULO II. Importancia de la mediación como hilo conductor para la conservación del vínculo familiar mínimo
Viviana Castellanos Suárez

CAPÍTULO III. Mediación escolar y construcción de disciplina restaurativa
Lily Lara Romero

CAPÍTULO IV. Tipos de conflictos que pueden mediarse en el ámbito escolar.
María Asunción Alamilla García

CAPÍTULO V. Vulnerabilidad en la zona chontal de tabasco por la actividad petrolera
Oscar Pérez Baxin

CAPÍTULO VI. Mediación intercultural: como cultura de paz

Isi Verónica Lara Andrade y Jesús Antonio Piña Gutiérrez

CAPÍTULO VII. La mediación familiar un medio para la solución de conflictos
Carmen Zareth Castillo Negrin

CAPÍTULO VIII. Percepción de problemas atendibles en mediación comunitaria en dos colonias de centro, Tabasco.
Francisco Mejía López

CAPÍTULO IX. El mobbing, relaciones interpersonales y la mediación en las organizaciones
Rosa Cornelio Landero

CAPÍTULO X. Conceptos y principios de la mediación penal
Julio César Valdez Silva

CAPÍTULO XI. Aspectos previos al estudio de la mediación, el uso y ocupacional superficial en materia de hidrocarburos derivado de la reforma energética en México
Estefany Vidal Cano

CAPÍTULO XII. La figura masculina en televisión desde la mediación cognitiva
Carlos Arturo Olarte Ramos y Asbinia Suárez Ovando

TERCERA PARTE:
PROCESOS

CAPÍTULO I. La justicia constitucional en materia tributaria en México
Freddy A. Priego Álvarez

CAPÍTULO II. El paradigma de la justicia en línea
Eliseo Gordillo Alvarez

CAPÍTULO III. La prueba de ADN en el proceso penal mexicano
José Armando Flores Sánchez

CAPÍTULO IV. Ética de la policía acreditable, determinante en la integración de la carpeta de investigación en un estado de derecho, en Tabasco.
Blanca Lilia Ramos González, Carlos Alberto Rivera Virgilio y Bernardette Pamela Macías González

CAPÍTULO V. Libertad de expresión a partir de la implementación de los juicios orales
Sofía Ruiz Liévano

CAPÍTULO VI. Arbitraje y derechos humanos
James Graham

CAPÍTULO VII. El derecho procesal de las telecomunicaciones. El caso los tribunales especializados en materia de Telecomunicaciones en México

Leticia Palomeque Cruz y Jose Alonso Rodríguez Cruz

CAPÍTULO VIII. El acuerdo reparatorio en el juicio oral
Beatriz Gallegos Pérez

CAPÍTULO IX. Transferencia de datos personales en México. Estado de la cuestión
Miguel De la cruz De la cruz

CAPÍTULO X. La protección del consumidor a través del procedimiento de protección de datos personales
Joselyn Janeth López Capetillo

CUARTA PARTE:
DEMOCRACÍA, PROTECCIÓN JURISDICCIONAL Y SISTEMA PENAL

CAPÍTULO I. Derechos civiles y políticos: criterios jurisdiccionales en materia electoral con enfoque en derechos humanos
Maday Merino Damián

CAPÍTULO II. Derecho penal del enemigo, la solución final
Oscar Luis Barajas Sánchez

CAPÍTULO III. Desafíos de la justicia constitucional como garante de los derechos político-electorales
Irina Graciela Cervantes Bravo

CAPÍTULO IV. Justiciabilidad de los DESC: accesibilidad a la justicia por poblaciones vernaculares y la tutela de derechos lingüísticos
Manuel Bermúdez Tapia

CAPÍTULO V. La independencia judicial, como condición necesaria para garantizar derechos humanos, sus obstáculos y retos.
Lorena Denis Trinidad

CAPÍTULO VI. Regulación de la indemnización patrimonial por error judicial a la luz del paradigma de convencionalidad en México.
Luis Abraham Paz Medina, Marisol González Hernández y Carlos Romeo Rodríguez Mazariego

CAPÍTULO VII. La proporcionalidad tributaria como proyección del derecho al mínimo vital.
Ángel Morales Velueta

CAPÍTULO VIII. La argumentación jurídica desde la perspectiva de los derechos humanos para lograr la legitimidad en la administración de justicia
Juan Marcelino González Garcete

CAPÍTULO IX. Los jueces del siglo XXI ante la figura de la alienación parental
Rolando Castillo Santiago y Enma Estela Hernández Domínguez

QUINTA PARTE:
DERECHOS HUMANOS
CAPÍTULO I. El derecho humano al honor
Jesús Manuel Argáez de los Santos

CAPÍTULO II. Jurisdicción preventiva en materia de derechos humanos
Roxana Del Valle Foglia

CAPÍTULO III. Peligros del cloud computing : postura franco-europea
Guy Mazet

CAPÍTULO IV. Un aspecto particular de la seguridad jurídica y pública, su importancia en los derechos humanos y sus consecuencias
Roberto Sanromán A.

CAPÍTULO V. Los derechos humanos en la labor jurisprudencial del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante la décima época
Jesús Manuel Orozco Pulido

CAPÍTULO VI. Los derechos humanos ante la reforma estructural en materia energetica de México
Iván Lázaro Sánchez

CAPÍTULO VII. El derecho moral del autor como derecho humano
Yazmín Isolda Álvarez García

CAPÍTULO VIII. La democracia deliberativa y la participación ciudadana en las políticas públicas de seguridad para un estado de derechos humanos
Joaquín Ordóñez Sedeño

SEXTA PARTE:
DERECHOS HUMANOS DE SEGUNDA Y TERCERA GENERACIÓN
CAPÍTULO I. Mecanismos de adelanto por los derechos humanos de las mujeres de Tabasco
Leticia del Carmen Romero Rodríguez, Jesús Nicolás Gracida Galán y Lily Lara Romero

CAPÍTULO II. El derecho humano de protección de la salud. México y el contexto internacional
Hugo Carrasco Soulé

CAPÍTULO III. Derecho humano al agua
Francisca Silva Hernández

CAPÍTULO IV. Tutela jurídica de los derechos colectivos ambientales

Karla Elizabeth Mariscal Ureta

CAPÍTULO V. Reforma a la ley general de aguas, un análisis constitucional de sus causas y efectos sociales
Jesús Hernández del Real, Blanca Lilia Ramos González y Yuliana Valencia Cruz

CAPÍTULO VI. Derecho a la salud como derecho humano
Alma de los Angeles Rios Ruiz

CAPÍTULO VII. El medio ambiente y las acciones colectivas
Merly Martínez Hernández

CAPÍTULO VIII. La construcción de la identidad profesional de la mujer
Martha Guadalupe Calderon Castillo

CAPÍTULO IX. El agua como fuente de vida un derecho humano colectivo
Luis Arturo Ramírez Roa

CAPÍTULO X. Unión entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal.
Jesús Hernández del Real, Maricela Medina y Martínez y Alberto González Gómez

CAPÍTULO XI. Los derechos humanos y la atención médica en México en octubre de 2013
Greta de los Ángeles Serrano Pulido, Ángela Pulido De la Rosa, UJAT y Yeny Jiménez Izquierdo

CAPÍTULO XII. El derecho al matrimonio y a la familia: el problema de los denominados "matrimonios de conveniencia" en España
Alfonso Ortega Giménez

CAPÍTULO XIII. Los derechos humanos de los migrantes
Gina Jaqueline Prado Carrera

PRESENTACIÓN

La presente obra “Derechos Humanos: protección jurisdiccional y no jurisdiccional en los sistemas nacional e interamericano” es producto de seis mesas de trabajo que los investigadores de México, Europa y América latina debatieron sobre temas de actualidad de los derechos humanos y su protección en distintos sistemas de protección, en el mes de noviembre del 2015 en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Del resultado de dichas reflexiones se presenta en seis partes siguientes la obra: 1) los sistemas regionales de derechos humanos; 2) los mecanismos de solución de conflictos; 3) los procesos; 4) la democracia, protección jurisdiccional y sistema penal; 5) los derechos humanos; y 6) los derechos humanos de segunda y tercera generación.

En la primera parte se analiza los sistemas regionales de derechos humanos se expone a partir de criterios jurisdiccionales tanto de la Corte Europea de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los temas como los gastos, la verdad, el plazo razonable, el derecho procesal, la tortura, competencia, contenido de sentencias, composición, alcance de las sentencias.

En la segunda parte, los mecanismos de solución de conflictos; la mediación, negociación, conciliación y el arbitraje. Asimismo se estudian, sistemas de solución de conflictos especializados por materia, como la mediación y conciliación laboral, la mediación escolar, familiar, intercultural y comunitaria, en las organizaciones, cognitiva y en le solución de conflictos como consecuencia de la reforma energética.

En la tercera parte de la obra, denominada, de los procesos, se reflexiona sobre los procesos en la materia tributaria, la justicia en línea, las pruebas como el ADN, el arbitraje y el sistema acusatorio.

En la cuarta parte de la obra denominada, Democracia, protección jurisdiccional y sistema penal, se estudia los derechos políticos, la democracia, protección jurisdiccional, el sistema penal acusatorio, la protección de grupos vulnerables y el error judicial.

En la parte de los derechos humanos, en la quinta parte, se analizaron derechos humanos individuales, como el derecho al honor, a la verdad, el derecho a la privacidad en sistemas de información, la seguridad jurídica, los criterios recientes de la SCJN, los efectos de la reforma energética y el derecho de autor.

Por último, en el sexto capítulos, denominado, los derechos humanos de segunda y tercera generación, analizamos el derecho al agua, a la salud, los derechos ambientales, de género y familia.

Comité Científico de la Obra:

“Derechos Humanos: protección jurisdiccional y no jurisdiccional en los sistemas nacional e interamericano”

El Comité Científico de la Obra: “Derechos Humanos: protección jurisdiccional y no jurisdiccional en los sistemas nacional e interamericano”, está integrado por profesores e investigadores de Instituciones de Educación Superior de México como del extranjero, quienes dictaminaron en un total de tres reuniones - una preliminar y dos plenarias- desde enero de 2014 hasta julio de 2015, basándose en un plan de trabajo que integró etapas de recepción; selección; dictaminación; aprobación o rechazo, y que finalmente quedó asentado en una bitácora de control.

Para la selección de la obra denominada: “Derechos Humanos: protección jurisdiccional y no jurisdiccional en los sistemas nacional e interamericano”, se recibieron un total de noventa y siete capítulos de libro, de los cuales diez no cumplían con el objeto de estudio y los otros veintisiete fueron rechazados por no cumplir con el rigor técnico-científico exigido, incluso faltaban a las reglas básicas de investigación. Por lo que después de la selección de sesenta capítulos, el Comité Científico determinó que la obra “Derechos Humanos: Protección jurisdiccional y no jurisdiccional en los sistemas nacional e interamericano”, sería publicada.

El Comité Científico de la Obra: “Derechos Humanos: protección jurisdiccional y no jurisdiccional en los sistemas nacional e interamericano”, se integra por:

Jean René García,
Universidad París Sorbona, Cité.

Guy Mazet,
Universidad París Sorbona, Cité.

Susana Pedroza de la Llave,
SNI II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM).

Emira Rodríguez Ducallín,
Universidad de Oriente, Cumaná, Estado Sucre, Venezuela.

Juan González García,
SNI II, Universidad Autónoma de Colima.

Bernardino Esparza Martínez, SNI II, Instituto Nacional de Ciencias Penales, INACIPE

Eduardo Zavala, SNI I, Escuela de Gobierno y Política Pública, EGAP-ITESM EM y profesor visitante e investigador de la Universidad de Yale, EUA.

Freddy Domínguez Nárez, SNI I, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, UJAT/ investigador CRICCAL, Universidad Sorbona, París III.

Miguel Ángel Vite Pérez, SNI I, Centro de Investigaciones Económicas Administrativas y Sociales, Instituto Politécnico Nacional (CIECAS-IPN).

Dr. Mijael Altamirano Santiago. SNI I, Centro de Investigaciones Económicas Administrativas y Sociales, Instituto Politécnico Nacional (CIECAS-IPN).

PRIMERA PARTE:
SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I. GASTOS SEGÚN CRITERIOS JURISDICCIONALES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Alfredo Islas Colín ([1])

SUMARIO:

Introducción. I.- Presupuestos:1.- Convención Americana, fundamento, Artículo 63, párrafo 1º; 2.- Responsabilidad internacional; 3.- Reglamento Interno de la CoIDH, artículo 65, párrafo 1, inciso h); 4. Daño. II. Gastos: diferencias y tipos; 1.- Gastos: Gastos y costas; 2.- Tipos de Gastos. III. Víctimas: 1) Víctima directa**,** 2) Familiares; 3) Menor de edad; 4) Víctimas en el caso de desaparición forzada. IV. Pago: 1.- Tipo de Moneda; 2.- Plazo de pago; 3. Exención de impuestos; 4. Pago de salarios caídos. Conclusión.

RESUMEN:

El tema de gastos se expone en tres partes, a la luz del método del realismo jurídico mediante criterios jurisdiccionales expuestos en la sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En un primera parte, se expone la diferencia entre Gastos y las costas. Después, en la segunda parte, se presenta mediante los criterios jurisdiccionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una tipología de los tipos de gastos que podemos clasificar en los siguientes cinco grupos: 1) Gastos de traslado; 2) los Gastos médicos (los cuales comprendemos por tratamientos quirúrgicos, pruebas no desvirtuadas, pruebas, falta de sustento, en caso de desaparición forzada de persona y gastos médicos futuros); 3) los Gastos de apreciación prudente y necesarios y razonables; 4) Gastos en equidad; y 5) Gastos procesales y extrajudiciales. Una parte muy importante en el tema de Gastos, se presenta en la tercera parte, el de las víctimas, las cuales la Corte Interamericana señala, a la luz de sus criterios jurisdiccionales que son tanto directamente la víctima, sus Familiares, un crea un régimen especial tanto para el menor de edad como para el caso de las víctimas de desaparición forzada. Al final se presenta las reglas sobre el pago, existen reglas para tipo de Moneda; el plazo de pago; la exención de impuestos, y el pago de salarios caídos.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Gastos, Administración de justicia, Realismo jurídico

ABSTRACT:

The issue of expeses is given in three parts, in the light of the legal realism method by jurisdictional criteria set out in the judgments of the Inter-American Court of Human Rights. In a first part, the difference between costs and expenses exposed. Then in the second part, it is presented by the jurisdictional criteria of the Inter-American Court of Human Rights a typology of the kinds of expenses that can be classified into the following five groups: 1) Moving expenses; 2) Medical expenses (which we understand surgical treatments uncontroverted evidence, evidence, lack of support, in case of forced disappearance of people and future medical expenses); 3) Expenses prudent and necessary and reasonable discretion; 4) Expenses on equity; and 5) procedural and extrajudicial costs. A very important part the subject of costs, is presented in the third part, the victims, which the Court points out, in light of its jurisdictional criteria that are either directly the victim, his family, one creates a system special for both minor as in the case of victims of enforced disappearance. At the end the rules on the payment arises, there are rules for such currency; the payment deadline; tax exemptions and the payment of wages.

KEYWORDS: Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, expenses, Administration of Justice, Legal Realism

[1]) Investigador Nacional, nivel III (SNI-CONACYT). Profesor investigador de la UNAM y la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, UJAT.

INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano constituye el marco para la promoción y protección de los derechos humanos, y provee un medio de impugnación a los habitantes de América latina que han sufrido violación de sus derechos humanos por parte del Estado. Los pilares del sistema son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con sede en la ciudad de Washington D.C. y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), con sede en San José de Costa Rica. ([2])

El procedimiento ante la Corte es de carácter contradictorio. Termina con una Sentencia motivada, obligatoria, definitiva e inapelable. Si el fallo no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de estos tiene derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido, (*restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras).

Las Resoluciones que emite la Corte Interamericana, en materia de reparaciones e indemnizaciones, son con la finalidad de resarcir el daño económico y material que sufrió la víctima y/ o sus familiares, por los actos del Estado, Estados que tendrán que apegarse y acatar las resoluciones y medidas que estime necesarias y pertinentes el sistema interamericano en relación a la indemnización y reparación de gastos los cuales son clasificados por la Corte Interamericana, la cual fijara los montos que ha de pagar el estado a las víctimas basando sus sentencias / resoluciones, en las pruebas que se aporten durante el proceso las cuales deberán de estar relacionadas con el Caso especifico tomando en consideración las característica particulares.

El tema que expondremos es de suma importancia y relevancia ya que a lo largo de la historia y con mayor fuerza los últimos años los ***gastos***, se han vuelto un tema crucial y preponderantemente importante en materia de reparación e indemnizaciones. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece diferentes tipos de Gastos como lo son aquellos que se realizan ante el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos*;* los gastos de Equidad; Médicos; Necesarios; Razonables, de Traslados, Extrajudiciales y de Apreciación prudente, entre otros, los cuales con base tanto, en las

[2] *) Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.*

jurisprudencias emitida por la Corte Interamericana, como en los procesos de los que tiene conocimiento y resuelve, entenderemos a que se refiere cada uno de ellos, mediante los cuales autoriza y ordena el pago de gastos.

I.- Presupuestos. A continuación exponemos temas relacionados con los "Gastos" como es su fundamento en la *Convención Americana, fundamento, Artículo 63, párrafo 1o*. Ahí mismo analizamos los precedentes para su aplicación; la responsabilidad internacional y de manera específica *restitutio in integrum*; el fundamento de los "gastos" en el *Reglamento Interno de la CoIDH, artículo 65, párrafo 1, inciso h)*; y el daño patrimonial.

1.- Convención Americana. Las reparaciones **([3])** se fundan en la *Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 63, párrafo 1º*, prevé, lo siguiente:

> *Artículo 63°*
> *1º. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.*

Precedentes. La Corte interamericana tiene la facultad de valorar libremente las pruebas presentadas para la reparación y el pago de los gastos (erogaciones monetarias) que se realizaron, desde su defensa interna hasta los gastos realizados ante la Corte Interamericana, la valoración de las pruebas se realizara allegándose de casos en los cuales la corte interamericana ha sido parte y sobre las resoluciones y sentencias anteriormente emitidas, esto con la finalidad de establecer una reparación justa, equitativa y necesaria a las víctimas, familiares y los abogados que tengan relación directa en el proceso, para reparar el detrimento económico que sufrió el patrimonio durante el proceso.

2.- Responsabilidad internacional. ([4]) Como la Corte lo ha indicado ([5]), este artículo reproduce el texto de una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del actual derecho internacional de la responsabilidad de los Estados ([6]) Al

---

[3] *) CoIDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 39.*
[4] *) CoIDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 40.*
[5] *) Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos), Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 43.*
[6] *) Cfr.: Usine de Chorzów, compétence, arręt no. 8, 1927, C.P.J.I. série A, no. 9, p. 21 y Usine de Chorzów, fond, arręt no. 13, 1928, C.P.J.I. série A, no. 17, p. 29; Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 184). Así lo ha aplicado esta Corte (Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989, (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos). Serie C No. 7, párr. 25; Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21*

producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional. Con motivo de esta responsabilidad nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar.

Todo Gasto erogado tendrá sus peculiaridades por ello la Corte Interamericana deberá de resolver en base a la aportación correspondiente de pruebas y a los criterios previamente establecidos, si es procedente o no el pago de gastos y las cantidades que debe de contemplar dicha reparación. No se comprenderán entre los gastos, las erogaciones monetarias de índole banal, claramente innecesarias, así como todos aquellos gastos prohibidos por la ley, y contrarios a la ética y las buenas costumbres.

***Restitutio in integrum,* responsabilidad internacional.** Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge responsabilidad Internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación. La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (*restitutio in integrum,* indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras). La obligación de reparación establecida por los tribunales internacionales se rige, como universalmente ha sido aceptado, por el derecho internacional en todos sus aspectos: su alcance, su naturaleza, sus modalidades y la determinación de los beneficiarios, nada de lo cual puede ser modificado por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno ([7])

3.- Reglamento de la CoIDH. En el *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* se prevé que la Corte debe en las sentencias pronunciarse sobre las costas, si estas proceden, en los términos siguientes:

> *Artículo 65. Contenido de las sentencias*
> *1. La sentencia contendrá:*
> *a. el nombre de quien preside la Corte y de los demás Jueces que la hubieren dictado, del Secretario y del Secretario Adjunto;*
> *h. el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procede;*

---

de julio de 1989, (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos 1 1 Humanos). Serie C No. 8, párr. 23; Caso El Amparo, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos), Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 14); Caso Neira Alegría y otros, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos), Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 36; Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos), Sentencia 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, párr. 15). La jurisprudencia ha considerado también que la responsabilidad consagrada en esta disposición es un corolario necesario del derecho (sentencia arbitral de Max Huber del 23.X.1924 en el caso de los bienes británicos en Marruecos español, O.N.U., Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 641; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxičme phase, arręt, C.I.J. Recueil 1970, p. 33.

[7] *) CoIDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, sentencia 17 de septiembre de 1997.*

Del texto anterior, podemos observar, que se prevé su pronunciamiento sobre las costas, solamente en los casos que proceda, aunque no dice nada sobre su determinación.

Daño. Las reparaciones se requiere por el daño provocado. El Criterio sostenido por la Corte Interamericana por Daño patrimonial, es el siguiente ([8]):

> *99. La Corte considera además que, no es posible establecer un nexo causal entre el hecho y las supuestas consecuencias que sufrió el hermano German Giovanni en cuanto a su ocupación y preparación académica; no obstante, este Tribunal considera que en términos reales, existió un daño patrimonial general ocasionado al grupo familiar por lo sucedido a la víctima, por motivos imputables al Estado, lo cual generó a la familia trastornos económicos, de salud y de otra índole, que deben ser reparados en equidad.*
> *5. Que el Estado de Guatemala debe pagar, por equidad, como reintegro de los gastos y costas generados en la jurisdicción interamericana, la cantidad de US$20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) al abogado Mark Martel, representante de los familiares de las víctimas Anna Elizabeth Paniagua Morales, Oscar Vásquez y Manuel de Jesús González López; al abogado René Argueta Beltrán, representante de los familiares de Erick Leonardo Chinchilla y Pablo Corado Barrientos la cantidad de US$2.000,00 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América); y al abogado Avilio Carrillo Martínez, representante de los familiares de William Otilio González Rivera, la cantidad de US$1.000,00 (un mil dólares de los Estados Unidos de América).*

Respecto al punto de equidad en los gastos, se plantea que el juzgador al momento de realizar la partición de las costas le debe dar a cada uno lo que le corresponde como reintegro de los gastos realizados para acudir al sistema interamericano.

II. Gastos: diferencias y tipos. A continuación exponemos los "Gastos", en dos partes, primero las diferencias; y luego los cinco tipos de gastos. En la primera parte presentamos los "Gastos", su diferencia con las costas y la forma de determinación. En los tipos de gastos, exponemos los gastos de traslado, médicos, necesarios y razonables, de apreciación prudente, en equidad y los judiciales, procesales y extrajudiciales. En el caso de los gastos médicos, exponemos aquellos realizados por tratamientos quirúrgicos; el caso en el que las pruebas no fueron desvirtuadas en el juicio, así como el caso de aquellos gastos médicos que no se presentaron pruebas, los gastos médicos realizados en el caso de desaparición forzada de persona y los gastos médicos futuros.

1.- Gastos: gastos y costas

Gastos. El reclamo judicial de los gastos, presupone necesariamente el desahogo de las pruebas pertinentes y demostrativas consecutivas de causa a efecto, así como la cuantía a que ascendió, pues sin ninguna probanza de las erogaciones realizadas no es dable llegar a la

---

[8]) CoIDH, Caso Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala, sentencia del 25 de mayo de 2001, párrafo 99 y resolutivo 5.

compensación por ello es necesario el desahogo de pruebas correspondientes las que dependerán del tipo de gasto, que en su momento y oportuno tiempo la Corte Interamericana valorara con la finalidad de establecer el monto y fijar si la reparación por concepto de Gastos es fundada o no.

Gastos, determinación. Para determinar si los gastos son o no necesarios los jueces gozan de un prudente arbitro, contando para ello con las pruebas necesarias y pertinentes para que se autorice el cobro respectivo por concepto de gastos. Los gastos no pueden ir más allá de los que se origine durante el proceso y aquellos que pudieran generar erogaciones significativas posteriores al término del juicio correspondiente. De tal modo se allegaran de resoluciones anteriores para poder argumentar sus actuaciones.

Acto jurisdiccional: apreciación prudente. Corresponde entonces a la Corte Interamericana, en ejercicio de su poder jurisdiccional, apreciar prudentemente el alcance específico de los gastos sobre los que versa las sentencia, así mismo sobre las costas que en este sentido se entiende como gastos derogados ante el sistema interamericano; apreciación prudente; gastos extrajudiciales; gastos necesarios; gastos razonables; y de traslado, tomando en cuenta: a) la oportuna comprobación de las mismas, b) las circunstancias del caso concreto, c) la naturaleza de la jurisdicción de protección de los derechos humanos; d) las características del respectivo procedimiento, e) atendiendo a los rasgos específicos de los cuales revistió este proceso, tanto de carácter nacional como internacional. Por todo lo anterior es de vital importancia el pago de gastos, ya que significa la restitución monetaria del detrimento causado a las víctimas siguientes: a) familiares, b) derecho habientes y c) apoderados legales en su patrimonio, motivado por la necesidad de acceder a la protección de la Corte Interamericana cuya finalidad es resarcir en la medida de lo posible los daños económicos que sufrieron durante el proceso, de los cuales el Estado es responsable por ello el pago de gastos.

Gastos y costas. Concepto. Los gastos se relaciona en paralelo con las “Costas”, por ello se entiende como gastos el lucro que sufre en su patrimonio económico, como consecuencia directa del juicio. Todas las erogaciones monetarias que se tiene que realizar desde el momento que se inicia el juicio hasta que se terminar, los cuales han de tener una relación directa con el proceso, cuya finalidad es reparar el detrimento económico que sufrió la víctima, los beneficiarios y el pago de costas correspondientes a sus representantes legales.

Costas, tipos. Las costas son erogaciones que las partes efectúan con motivo del proceso y pueden dividirse en judiciales y procesales. El *diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2012*, define a los "gastos [como aquellos] relacionados con un proceso".

2.- Tipos de Gastos. A continuación vamos exponer los distintos tipos de gastos, como los siguientes: gastos de traslado; gastos médicos; gastos, necesarios y razonables y de apreciación prudente; y gastos judiciales, procesales y extrajudiciales.

A.- Gastos de traslado: Son las erogaciones de índole monetario correspondientes al pago de transportación ya sea aérea y terrestre, tanto de los familiares como de los Abogados.

> **129….**
> **Gastos de traslado** ([9])
> c) una suma correspondiente a los gastos de traslado de los familiares para visitar a la víctima durante su encarcelamiento. La Corte considera pertinente otorgar, en equidad, un monto de US$ 500,00 (quinientos dólares de los Estados Unidos de América) por las erogaciones relacionadas con este rubro….

De la anterior, podemos afirmar que como gastos de traslado se refiere a todas y cada una de las erogaciones de índole monetario correspondientes al pago de transportación ya sea aérea y terrestre, tanto de los familiares como de los Abogados.

B.- Gastos médicos. Se consideran gastos médicos todas aquellas erogaciones realizadas por la parte víctima o sus familiares con la finalidad de mantener en optimas condiciones de salud la cual sufre una afectación en real y notable, en casos diversos: 1) Tratamiento médico provocados por detención ilegal y flagelaciones contra la víctima; 2) en los casos cuyo fin es el de curar los padecimientos generados durante el proceso originados por el actuar negligente y arbitrario del Estado, gastos cubiertos por la víctima dado el decadente sistema médico con él las que cuenta el sistema penitenciario y/o carcelario dentro de sus instalaciones; 3) todas aquellas erogaciones realizadas por la parte lesionada a fin de curar los padecimientos generados por la impotencia ante la falta de resultados de las investigaciones de los hechos por parte de las autoridades públicas.

Los gastos médicos los vamos analizar en el orden siguiente: 1) por tratamientos quirúrgicos; 2) por gastos realizados que en el juicio las pruebas no fueron desvirtuadas; 3) por gastos realizados pero que no se tienen pruebas; 4) por gastos médicos realizados en caso de desaparición forzada de persona; 5) y por gastos médicos futuros.

---

[9] *) CoIDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, sentencia 17 de septiembre de 1997, párrafo 129, inciso c).*

1) Gastos médicos por tratamiento quirúrgico. La Corte Interamericana ordena el pago de gastos y costas sobre el rubro a nivel médico y de traslado, a favor del actor, su esposa e hija, en atención a las afectaciones que sufrieron. En el Caso que analizamos, se observa que en la parte conducente los gastos médicos surgen de la necesidad de resarcir la pérdida económica sufrida a consecuencia de un tratamiento médico quirúrgico realizado a causa de algún accidente o enfermedad, misma que como se comento, se presento a causa de la ilegal detención y flagelaciones en contra del actor.

Hecho que repercutió, en la vida cotidiana de la esposa del demandante, lo que provoco un menoscabo en su salud y en el gravamen en su discapacidad motriz, por lo que; se tuvo que atender con especialistas, así como hacerse llegar de los servicios de una (s) personas a efecto de que la apoyaran en el traslado de un lugar a otro. Por lo anterior la Corte Interamericana califica a los primeros como gastos y/o costas de tipo médicas y a las segundas de traslado. Entendiendo por las primeras, encaminadas a atender cuestiones físicas o psicológicas. Las segundas cubren el rubro de la movilidad, no solo nacional sino a nivel internacional. Derivado de lo anterior, la Comisión Interamericana resuelva a favor del actor y sus demás beneficiarios para los efectos a los que se refiere esta sentencia en su rubro de gastos y costas médicos y por traslado. ([10])

2) Pruebas no desvirtuadas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene ([11]) los tipos de gastos que hace alusión la sentencia del *caso, Loayza Tamayo Vs. Perú,* sobre reparaciones y costas, siguientes:

> *129. Teniendo presentes la información recibida, su jurisprudencia y los hechos probados, la Corte declara que la indemnización por daño material en el presente caso debe comprender los siguientes rubros:..*
>
> 1.- Gastos Médicos ([12]):
>
> **…**
>
> *b) una suma correspondiente a los gastos médicos de la víctima durante su encarcelamiento, pues la Corte considera que existe evidencia suficiente que demuestra que los respectivos padecimientos se originaron en su reclusión y este hecho no ha sido desvirtuado por el Estado. La prueba presentada para respaldar el cálculo hecho por la víctima a este respecto no es concluyente y la Corte considera pertinente otorgar, en equidad, un monto de US$ 1.000,00 (mil Dólares de los Estados Unidos de América) por las erogaciones relacionadas con este rubro.*

---

[10] *) Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.*
[11] *) CoIDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, sentencia 17 de septiembre de 1997, párrafo 129.*
[12] *) CoIDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, sentencia 17 de septiembre de 1997, párrafo 129, inciso b).*

Las reglas para fijar la reparación por gastos médicos, del Caso anterior, podemos observar como la Corte Interamericana lo determina a partir de dos elementos, diversas pruebas del padecimiento originario por la reclusión; y segundo, por la actuación del Estado, de no desvirtuar la pruebas presentadas.

3) Pruebas, falta de sustento. La Corte Interamericana determina los gastos médicos, no obstante la ausencia de suficientes elementos probatorios, en el caso siguiente:

> 3.- Gastos Médicos. ([13]).
>
> *97. María Ildefonsa Morales de Paniagua, en sus testimonios tanto en el fondo como en esta fase de reparaciones, indicó que sufrió diversas enfermedades como resultado de la muerte de su hija, las cuales requirieron de tratamientos médicos; sin embargo, no aportó elementos probatorios.*
>
> *119. Asimismo, se ha solicitado el resarcimiento de los gastos sufragados por los familiares de Julián Salomón Gómez Ayala, para su exhumación; del correspondiente traslado de sus restos a "Samayach"; los gastos por el funeral; la pérdida de efectos personales, tales como una medalla de oro, y los gastos médicos en que incurrieron los padres, como resultado de lo sucedido a la víctima. La Corte considera que, en términos reales, existió un daño patrimonial general ocasionado al grupo familiar por lo sucedido a la víctima, por motivos imputables al Estado, lo cual generó a la familia trastornos económicos y de otra índole que deben ser reparados. En el caso subjudice la Corte observa que las peticiones de la familia respecto de los gastos carece de soporte documental; sin embargo, tomando en cuenta las circunstancias del caso, parecería razonable que no exista, elementos probatorios suficientes. Por lo expuesto, el Tribunal fija, equitativamente, la cantidad de US$3.000,00 (tres mil dólares de los Estados Unidos de América).*
>
> *120. En razón de las circunstancias especiales de este caso, este Tribunal considera pertinente distribuir dicha cantidad en partes iguales entre sus padres - Petronilo Gómez Chávez y Blanca Esperanza Ayala de la Cruz- y su compañera - Bertha Violeta Flores Gómez-.*
>
> *136. Salvador González Najarro, en su testimonio en esta fase de reparaciones, indicó que, como resultado de la muerte de su hijo, su esposa María Asunción Rivera Velásquez y él han sufrido una serie de enfermedades, que requirieron de tratamientos médicos, pero, no existe un sustento probatorio sobre este punto.*

Es importante resaltar, en el criterio jurisprudencial citado, la ausencia suficiente de pruebas de gastos, por lo que respecta al pago de gastos médicos a la parte lesionada, el juzgador antes de decretar su pago, requiere que la parte en cuestión acredite la erogación reclamada, en caso contrario, deberá liberar al Estado de dicho reclamo, no obstante, por considerar el juzgador que hubo afectación patrimonial necesariamente fijo la reparación en una cantidad muy baja.

---

[13]) CoIDH, Caso Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala, sentencia del 25 de mayo de 2001, párrafos 97, 119, 12 y 136.

4) En caso de la Desaparición forzada. En el caso de los gastos médicos provocando padecimientos a las víctimas por desaparición forzada de persona, el criterio jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el siguiente:

> *Gastos Médicos. (14): 50. En lo que se refiere a la solicitud de que se ordene a Guatemala el pago de la cantidad de US$138.470,00 (ciento treinta y ocho mil cuatrocientos setenta dólares de los Estados Unidos de América) por concepto del tratamiento médico recibido y por recibir del señor Samuel Blake, la Corte considera que se ha determinado que sus padecimientos se enmarcan en la situación de la desaparición de su hermano, la incertidumbre sobre su paradero, el sufrimiento al conocer su muerte, y su frustración e impotencia ante la falta de resultados de las investigaciones de los hechos por parte de las autoridades públicas guatemaltecas y su posterior encubrimiento. En razón de lo anterior, este Tribunal estima que es pertinente otorgar al señor Samuel Blake, en equidad, una cantidad de US$15.000,00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) por ese concepto, en calidad de integrante de la parte lesionada.*
>
> *…*
>
> *ii. US$15.000,00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de gastos médicos en favor del señor Samuel Blake; y*

La Corte Interamericana considera gastos médicos todas aquellas erogaciones realizadas por la parte lesionada a fin de curar los padecimientos generados por 1) la desaparición de su hermano, 2) la incertidumbre sobre su paradero, 3) el sufrimiento al conocer su muerte, 4) su frustración e impotencia ante la falta de resultados de las investigaciones de los hechos por parte de las autoridades públicas; y 5) su posterior encubrimiento.

5) Gastos médicos futuros en equidad. El reclamo judicial de los gastos médicos, presupone necesariamente el desahogo de las pruebas pertinentes, demostrativas de las alteraciones de la salud consecutivas de causa a efecto, así como la cuantía a que ascendió el tratamiento, pues sin ninguna probanza de las erogaciones realizadas no es dable llegar a la compensación.

A continuación exponemos el criterio jurisprudencial emitido por la Corte Interamericana relativo a gastos médicos futuros:

> 129. Gastos Médicos Futuros en Equidad. ([15])
>
> **…**
>
> d) una suma correspondiente a los gastos médicos futuros de la víctima y de sus hijos, pues la Corte considera que existe evidencia suficiente que demuestra sus padecimientos se originaron en la

[14] *) CoIDH. Caso Blake Vs. Guatemala, sentencia del 22 de enero de 1999, párrafo 50 y numeral ii, del inciso a) del punto resolutivo 2.*

[15] *) CoIDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, sentencia 17 de septiembre de 1997, párrafo 106, inciso c).*

> reclusión de la primera y este hecho no ha sido desvirtuado por el Estado. La Corte considera pertinente otorgar, en equidad
> , un monto de US$ 15.000,00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) para la víctima y un monto de US$ 5.000,00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada uno de sus hijos.
> VIII. Hechos probados durante la etapa de reparaciones ([16])
> 106…
> c) la reclusión de su madre les provocó graves trastornos de salud psíquica, a raíz de los cuales requieren, en forma urgente, tratamiento médico idóneo (Cfr. dictámenes médicos emitidos por el Dr. René Flores Agreda, el 6 de octubre de 1998; declaración ante Notario de Giselle Elena Zambrano Loayza y declaración ante Notario de Paul Abelardo Zambrano Loayza).

El pago de Gastos Médicos Futuros será necesario por el daños psicológico que le causaron a los hijos de la víctima ya que la afectación sufrida por la arbitrariedad del actuar del Estado del Perú, origino una afectación significativa en el entorno social y familiar de los menores, recordemos que el Estado tiene la obligación de velar por salvaguardar y proteger el interés superior del menos por tal motivo y para que los menores se integren con libertad y seguridad a su núcleo social incluida la propia familia, necesitaran de profesionales capacitados (psicólogos y terapeutas) para que puedan alcanzar su bienestar psicológico, emocional y mental.

C. Gastos de apreciación prudente y necesarios y razonables

1) Gastos de apreciación prudente*:* La Corte Interamericana se refiere al *quantum* razonable de las costas realizadas por los familiares en erogación monetaria para que se lleve a cabo el proceso ante las instancias nacionales y del sistema interamericano teniendo en cuanta la "conexión suficiente" entre esos y el resultado obtenido, en los términos siguientes:

> Gastos: Apreciación Prudente. ([17])
> *82. Desde luego, corresponde a la Corte, en el ejercicio de sus poderes jurisdiccionales, apreciar prudentemente el alcance específico de las costas sobre las que verse la condena, tomando en cuenta tanto la comprobación de las mismas que se haga oportunamente, como las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción de protección de los derechos humanos y las características del respectivo procedimiento, que poseen rasgos propios y diferentes de los que pudieran revestir 2 0 otros procesos, tanto de carácter nacional como internacional. La Corte determinará el quantum razonable de las costas realizadas por los familiares de las víctimas y sus abogados ante la Argentina, la Comisión Interamericana y ante esta Corte sobre una base equitativa y teniendo en cuenta la "conexión suficiente" entre aquéllas y los resultados alcanzados (cfr. Eur. Court H. R., Brincat v. Italy Judgment of 26 November, 1992, Series A no. 249-A).*

2) Gastos necesarios y razonables: comprenden los diversos gastos que la víctima hace o se compromete a hacer para acceder al sistema interamericano de protección de los derechos

[16] *) CoIDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, sentencia 17 de septiembre de 1997, párrafo 129, inciso b).*
[17] *) CoIDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, sentencia del 27 de agosto de 1998, puntos resolutivos.*

humanos, entre los que figuran los honorarios que ha de cubrir, convencionalmente, a quienes le brindan asistencia jurídica. Obviamente, se trata sólo de gastos necesarios y razonables, según las particularidades del caso y efectivamente realizados o causados a cargo de la víctima o sus representantes

> Gastos Necesarios y Razonables ([18]):
> ***80.*** *En atención a las disposiciones aplicables y a la experiencia, la Corte considera que las costas a que se refiere el citado artículo 55.1 del Reglamento comprenden los diversos gastos que la víctima hace o se compromete a hacer para acceder al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, entre los que figuran los honorarios que ha de cubrir, convencionalmente, a quienes le brindan asistencia jurídica. Obviamente, se trata sólo de gastos necesarios y razonables, según las particularidades del caso y efectivamente realizados o causados a cargo de la víctima o sus representantes.*

D. Gastos en equidad. Son todos aquellos elementos para valorar las actuaciones en el proceso ante un tribunal internacional, el aporte de pruebas que tiendan a demostrar los hechos expuestos y las erogaciones monetarias que sufrió la víctima o sus derechohabientes así como sus representantes, el conocimiento acabado de la jurisprudencia internacional y, en general, todo aquello que permita evaluar la calidad y pertinencia de todo lo efectuado, se plantea que el juzgador al momento de realizar la partición de las costas le debe dar a cada uno lo que se merece.

E. Gastos procesales y extrajudiciales. A continuación exponemos las 1) costas procesales y 2) las extrajudiciales. Las costas procesales, es importante distinguirlas de las judiciales, a su vez las procesales se clasifican a su vez en las realizadas primero ante instancias internas y después ante, instancias internacionales, como ante el sistema interamericano, que comprenden ante la Comisión Interamericana y los realizados ante la Corte Interamericana.

1) Costas Procesales *s*on todas aquellas que las partes realizan y que no se encuadran en las judiciales, como el pago de los servicios prestados por los peritos y abogados, publicación de edictos, etc. Hay que distinguir entre los **gastos** y las costas. La última expresión comprende únicamente los honorarios de los abogados y la primera todas las demás erogaciones legítimas susceptibles de ser comprobadas.

Costas Judiciales son aquellas que la ley establece como contribución fiscal para el pago de los servicios prestados por el Tribunal. En muchos países como en México, de conformidad

[18] *) CoIDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 80.*

con lo dispuesto por el *artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,* el servicio de los tribunales de justica es gratuito y, por tanto, quedan prohibidas las "costas judiciales". ([19])

Gastos ante el Sistema Interamericano: Se conforman por los gastos que derivan de la actividad desplegada por la víctima, sus derechohabientes o sus representantes para obtener la resolución jurisdiccional en la que se reconozca la violación cometida y se fijen sus consecuencias jurídicas. Dicho de otra manera, la actividad desplegada por aquéllos para acceder a la justicia que la *Convención* provee implica o puede implicar erogaciones y compromisos de carácter económico que deben ser compensados a la víctima cuando se dicta sentencia condenatoria.

A continuación exponemos criterios de la Corte Interamericana respecto de gastos que inician ante las instancias internas y llegan ante el sistema interamericano, pasando por los gastos generados ante la Comisión Interamericana y llegando a los generados ante la Corte Interamericana, en el Sistema Interamericano.

> ***[Reparaciones: locus standi]****178. Es preciso observar que el* ***artículo 23 del Reglamento*** *permite a los representantes de las víctimas o de sus familiares presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma en la etapa de reparaciones ante esta Corte. Este reconocimiento del locus standi de aquellos abre la posibilidad de gastos asociados a dicha representación. En la práctica, la asistencia legal a la víctima no se inicia apenas en la etapa de reparaciones, sino que comienza ante los órganos judiciales nacionales y continúa en las sucesivas instancias del sistema interamericano de tutela de los derechos humanos, es decir, en los procedimientos que se siguen ante la Comisión y ante la Corte. Por ende, en el concepto de costas, para los fines que ahora se examinan, quedan comprendidas tanto las que corresponden a la etapa de acceso a la justicia a nivel nacional (Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones, supra 84, párr. 81), como las que se refieren a la justicia a nivel internacional ante dos instancias: la Comisión y la Corte. ([20])*
>
> ***Gastos ante instancias internas.*** *Fijar en US$ 2.000,00 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda nacional peruana, la suma que deberá pagar el Estado a los familiares de las víctimas en concepto de reintegro de costas efectuadas en el derecho interno. ([21])*
>
> *En el asunto que se estudia, se toca el tema de los gastos de equidad y desde el punto de vista interamericano, razón por la cual es pertinente acotar lo siguiente:*
>
> ***Gastos o costas ante sistema interamericano.*** *Si bien la Comisión Interamericana, condena al pago de una suma liquida a favor de los familiares del actor en atención a las vejaciones que sufrió, ésta misma Corte entra al estudio y clasificación de los gastos y costas que se generaron, no solo desde el inicio del procedimiento a nivel nacional, sino todo el camino que las mismas siguieron al dar el salto al campo internacional, es decir*

[19]) *Contreras Vaca, Francisco. Derecho Procesal Civil, Oxford, México, 2011, pág. 269.*
[20]) *CoIDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, sentencia 17 de septiembre de 1997, párrafos 174-180.*
[21]) *Caso Castillo Páez Vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998.*

durante la etapa en la Comisión Interamericana, lo cual se traduce ya no en unas costas y/o gastos como comúnmente se conciben, sino que adquieren el status de gastos o costas ante el sistema interamericano.

Gastos de equidad. *Por su parte los gastos de equidad, si bien no hay uniformidad en la doctrina y quizás, muy poca difusión de los casos únicos que se enlistan, se observa que provienen de la equivalencia entre el daño sufrido o las erogaciones que las partes aportan para el normal desarrollo del procedimiento y que por lo tanto los mismos deben ser resarcidos, sino a un tipo de cambio internacional como lo es el dólar americano, si se puede trasferir a su equivalente en la moneda nacional del lugar donde es nacional el actor, y a éstos se le conoce como, gastos o costas de equidad. ([22])*

Costas forman parte de la reparaciones: honorarios. A continuación exponemos los gastos procesales o costas que se ordena se comprendan dentro de las reparaciones que prevé la *Convención, artículo 63.1; y el Reglamento Interior de la CoIDH, artículos 55.1, inciso h) y artículo 23,* en beneficio de la víctima, sus derechohabientes o sus representantes, siguiente:

Gastos ante el Sistema Interamericano, necesarios y razonables ([23]) :

174. La Comisión solicitó que la Corte ordene el pago de los gastos en que incurrió Carolina Loayza Tamayo al asumir la defensa legal de la víctima ante los tribunales peruanos y los órganos del sistema interamericano, para lo cual se remitió a los fundamentos y cálculos de gastos presentados por la víctima en su escrito.

175. Al respecto, el Perú señaló que la Corte, en su sentencia de 17 de septiembre de 1997, resolvió que el Estado debía resarcir sólo los gastos en que efectivamente incurrieron los familiares de la víctima; que la señora Carolina Loayza Tamayo no había sido incluida como víctima por la Comisión y que no procedía ninguna solicitud a su favor. De acuerdo con el Perú, por estas razones, no serían admisibles las pretensiones de la víctima en esta etapa. Además, agregó que el fallo citado ordenó el resarcimiento de gastos ante las autoridades peruanas y no el pago de honorarios profesionales.

[Costas son parte de las reparaciones]*176. En relación con los anteriores planteamientos, la Corte estima que en el presente caso procede examinar* ***la fijación de costas****, en los términos del* ***inciso h) del artículo 55.1 de su Reglamento****.* ***Las costas deben ser incluidas dentro del concepto de reparación al que se refiere el artículo 63.1 de la Convención****, puesto que derivan naturalmente de la actividad desplegada por la víctima, sus derechohabientes o sus representantes para obtener la resolución jurisdiccional en la que se reconozca la violación cometida y se fijen sus consecuencias jurídicas. Dicho de otra manera, la actividad cumplida por aquellos para acceder a la justicia internacional implica o puede implicar erogaciones y compromisos de carácter económico que deben ser compensados a la víctima cuando se dicta sentencia condenatoria.*

[Gastos: honorarios]*177. En atención a las disposiciones aplicables, la Corte considera que las costas a que se refiere el citado* ***artículo 55.1 del Reglamento*** *comprenden los diversos gastos que la víctima hace o se compromete a hacer para acceder al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, entre los que figuran los honorarios que ha de cancelar, convencionalmente, a quienes le brindan asistencia jurídica. Obviamente, se trata sólo de gastos necesarios y razonables, según las particularidades del caso y efectivamente realizados o causados a cargo de la víctima o sus representantes (Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones, supra 84, párr. 80).*

---

[22] *) Caso Castillo Páez Vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998.*

[23] *) CoIDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, sentencia 17 de septiembre de 1997, párrafos 174-180.*

> ***180.*** *Con base en lo anterior la Corte fija las costas y honorarios en la suma de US$ 20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América), de los cuales US$ 15.000,00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) corresponden a los honorarios de la abogada Carolina Loayza Tamayo.*

La cantidad monetaria que se erogó fue para obtener el beneficio y ejercer la garantía judicial, y protección de los derechos humanos de la víctima y su justa defensa, en este caso se erogaron los gastos necesarios para su adecuada defensa en el proceso, lo que implico en su momento gastos, ante el Sistema Interamericano, los necesarios y razonables, como son gastos de representación legal, copias certificadas, envíos, diligencias etc. Es importante resaltar, que el criterio de la Corte Interamericana, que contabiliza los gastos que son originados desde las instancias nacionales hasta la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana.

La Corte Interamericana otorgara con base en la equidad y de acuerdo a las pruebas aportadas durante el proceso, y tomando en consideración casos anteriores, experiencia y jurisprudencia al respecto el monto que estime prudente y justo por gastos.

Gastos. No objeciones de gastos. ([24])

> **78.** Ni el Estado argentino ni la Comisión Interamericana opusieron objeciones a lo expuesto por los familiares de las víctimas en cuanto a gastos efectuados. Sólo un juez de la Corte preguntó durante la audiencia sobre un gasto realizado, lo que fue explicado por el abogado Varela Álvarez.

Costas procesales, reglas para fijarlas. Es importante resaltar las reglas que utiliza el juzgador para fijarla las costas y cuales no son métodos adecuados para fijarlos:

> ***[Costas: reglas para fijarlas] 179.*** *Corresponde entonces a la Corte, en ejercicio de su poder jurisdiccional, apreciar prudentemente el alcance específico de las costas sobre las que versa la condena, tomando en cuenta **[1]** la oportuna comprobación de las mismas, **[2]** las circunstancias del caso concreto, **[3]** la naturaleza de la jurisdicción de protección de los derechos humanos y **[4]** las características del respectivo procedimiento, que poseen rasgos propios y diferentes de los que pudieran revestir otros procesos, tanto de **[5]** carácter nacional como internacional. El monto razonable de las costas realizadas por la víctima o su representantes y sus abogados ante el Perú, la Comisión Interamericana y ante este Tribunal será determinado sobre **[6]** una base equitativa (Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones, supra 84, párr. 82). ([25])*

Equidad. ([26])

> **83.** La Corte **no estima adecuado que la regulación de costas deba guardar una proporción con el monto de la indemnización obtenida.** Existen otros elementos que son más importantes para valorar la actuación de los abogados en un proceso ante un tribunal internacional, como, por ejemplo, el aporte de pruebas que tiendan a demostrar los hechos expuestos en la demanda, el conocimiento acabado de la jurisprudencia internacional y, en general, **todo aquello que permita evaluar la calidad y pertinencia del trabajo efectuado.**
>
> **84.** Otra circunstancia que es preciso tomar en consideración para la regulación de honorarios de los señores Varela Alvarez y Lavado es que ellos compartieron la representación de los familiares de las

[24] *) CoIDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 78.*
[25] *) CoIDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, sentencia 17 de septiembre de 1997, párrafos 174-180.*
[26] *) CoIDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 83.*

víctimas con otros abogados durante las diferentes etapas desarrolladas, tanto en el derecho interno como ante los órganos interamericanos.

Alcance de gastos. Corresponde entonces a la Corte, en ejercicio de su poder jurisdiccional, apreciar prudentemente el alcance específico de los gastos sobre los que versa las Sentencia, así mismo sobre las costas que en este sentido se entiende como Gastos derogados ante el Sistema Interamericano, Apreciación prudente, Extrajudiciales, Necesarios, Razonables y de Traslado, tomando en cuenta la oportuna comprobación de las mismas, las circunstancias del caso concreto, la naturaleza de la jurisdicción de protección de los derechos humanos y las características del respectivo procedimiento, atendiendo a los rasgos específicos de los cuales revistió este proceso, tanto de carácter nacional como internacional. El monto razonable de las costas realizadas por la víctima o sus representantes y sus abogados ante el Estado responsable, la Comisión Interamericana y ante Tribunal Interamericano, el cual será determinado sobre una base equitativa, la cual se determino de acuerdo al caso específico; Atendiendo a las particularidades del caso las averiguaciones que se practicaron los gastos que estos erogaron para su realización, los cuales conllevan los traslados de los familiares, todos aquellos gastos extrajudiciales que se realizaron para comprobación de hechos y llevar a cabo el proceso respectivo.

En la práctica, la asistencia legal a la víctima no se inicia apenas en la etapa de reparaciones, sino que comienza ante los órganos judiciales nacionales y continúa en las sucesivas instancias del sistema interamericano de tutela de los derechos humanos, es decir, en los procedimientos que se siguen ante la Comisión y ante la Corte. Por ende, en el concepto de gastos y costas, para los fines que ahora se examinan, quedan comprendidas tanto las que corresponden a la etapa de acceso a la justicia a nivel nacional como las que se refieren a la justicia a nivel internacional ante dos instancias: la Comisión y la Corte.

Gastos ante el sistema interamericano, fijados en equidad y de reintegro. Los tipos de gastos a que hace alusión la sentencia de 22 de enero de 1999, sobre reparaciones y costas, en el caso Blake Vs. Guatemala, son fijados no obstante que los abogados actuaron de manera gratuita, los siguientes:

Gastos: apreciación prudente ([27]):

70. Corresponde a la Corte apreciar prudentemente el alcance específico de dichos gastos, pues si bien los abogados de la parte lesionada actuaron gratuitamente, el Tribunal entiende que aquella debió hacer algunos gastos para el trámite del presente caso ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en razón de lo cual considera equitativo conceder a la parte lesionada una

[27] *) CoIDH. Caso Blake Vs. Guatemala, sentencia del 22 de enero de 1999, párrafo 99.*

indemnización de US$10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) como compensación por las erogaciones realizadas en sus gestiones ante dicho sistema.

Reintegro de gastos realizados ante el sistema interamericano. ([28])

b) Además, US$10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda nacional guatemalteca, a los señores Richard Blake, Mary Blake, Richard Blake Jr. y Samuel Blake, como parte lesionada, por concepto de reintegro de los gastos efectuados en la tramitación del caso ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 70 de esta sentencia.

De lo anterior, podemos observar que el presente rubro esta referido al actuar del juzgador al momento de fijar los gastos efectuados por la parte lesionada en el tramite de un juicio, ya que al momento de establecerlos debe percibir no solamente las costas comprobadas, sino realizar una análisis de las erogaciones que rodearon su tramitación.

Gastos asociados a la representación ([29]):

81. Es preciso observar que el *artículo 23 del Reglamento de la Corte* permite a los representantes de las víctimas o de sus familiares presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma en la etapa de reparaciones ante esta Corte. Este reconocimiento de un *locus standi* de aquéllos abre la posibilidad de **gastos asociados a dicha representación**. Ahora bien, en la práctica la asistencia legal a la víctima no se inicia apenas en la etapa de reparaciones, sino comienza ante los órganos judiciales nacionales y continúa en las sucesivas instancias del sistema interamericano de tutela de los derechos humanos, es decir, en los procedimientos que se siguen ante la Comisión y ante la Corte, salvo cuando la víctima o sus familiares reciben asistencia jurídica gratuita. Por ende, en el concepto de costas, para los fines que ahora se examinan, quedan comprendidas tanto las que corresponden a la etapa de acceso a la justicia a nivel nacional (cfr. *Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, supra* 40, párr. 94; *Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones, supra* 40, párr. 47 y punto resolutivo 2; *Caso El Amparo*, *Reparaciones, supra* 40, párr. 21 y *Caso Neira Alegría y otros, Reparaciones*, *supra* 40, párr. 42), como las que se refieren a la justicia a nivel internacional, que se despliega ante dos instancias: la Comisión y la Corte.

Se consideran gastos extrajudiciales a todas aquellas erogaciones realizadas por la parte lesionada fuera de la vía judicial, por ejemplo: gastos para indagar sobre el paradero de una persona, entre otros.

2) Gastos extrajudiciales. Se consideran gastos extrajudiciales a todas aquellas erogaciones realizadas por la parte lesionada fuera de la vía judicial, por ejemplo: gastos para indagar sobre el paradero de una persona, entre otros. A continuación presentamos el Caso Blake Vs. Guatemala siguiente:

Gastos Extrajudiciales. *(30): 48. La Corte ha tenido en consideración que la parte lesionada realizó numerosos viajes, principalmente a la ciudad de Guatemala, con el fin de indagar el paradero del señor Nicholas Blake, ante el encubrimiento de lo ocurrido y la abstención de investigar los hechos por parte de las autoridades guatemaltecas, desde la desaparición de aquél hasta el descubrimiento de sus restos mortales, y que dicha situación motivó gastos por concepto de boletos aéreos, hospedaje, alimentación, pagos por concepto de llamadas telefónicas y otros.*

49. Asimismo, la Corte considera que dichos gastos son de carácter extrajudicial, pues, como se ha probado, los familiares del señor Nicholas Blake no acudieron ante los tribunales internos. En razón de

[28] *) CoIDH. Caso Blake Vs. Guatemala, sentencia del 22 de enero de 1999, inciso b) del punto resolutivo 2.*

[29] *) CoIDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 81.*

[30] *) CoIDH. Caso Blake Vs. Guatemala, sentencia del 22 de enero de 1999, párrafos 48 y 49; y numeral iii, del inciso a) del resolutivo 2.*

lo anterior, la Corte entiende que es procedente ordenar al Estado el pago de los gastos razonables en que incurrió la parte lesionada a partir del 9 de marzo de 1987 (fecha de aceptación por Guatemala de la competencia contenciosa de la Corte), los cuales se estiman, equitativamente, en la cantidad de US$16.000,00 (dieciséis mil dólares de los Estados Unidos de América), tomando en cuenta para ello que la sentencia de fondo se refiere solamente a la violación de los artículos 5 y 8 de la Convención Americana.

…

iii. US$16.000,00 (dieciséis mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de gastos de carácter extrajudicial.

Se consideran gastos extrajudiciales, todas aquellas erogaciones realizadas por la parte lesionada fuera de la vía judicial, por ejemplo: gastos para indagar sobre el paradero de una persona, los de traslado (terrestre o aéreo), hospedaje, alimentación, pagos de llamadas telefónicas, entre otros.

III. Víctimas. A continuación exponemos los sujetos jurídicos que son considerados beneficiados con las reparaciones en el caso de violación de derechos humanos, 1) a la persona que directamente sufrió la violación 2) los familiares, 3) los menores de edad, asimismo, de casos de violaciones de derechos humanos como, 4) desaparición forzada de persona; 5) caso de que los familiares no se presenten a recibir la indemnización.

1) Víctima directa, reparaciones. El señor Suárez Rosero, cuando fue detenido, laboraba para la empresa "Challenge Air Cargo", como encargado de supervisión y control de vuelos y percibía un salario mensual promedio de S/.676.853,35 (seiscientos setenta y seis mil ochocientos cincuenta y tres sucres con treinta y cinco centavos), al cual ya se le ha hecho la deducción impositiva correspondiente. Dicho monto es equivalente aproximadamente a US$ 449.40 (cuatrocientos cuarenta y nueve dólares de los Estados Unidos de América y que durante su encarcelamiento, y como consecuencia de los tratos crueles, inhumanos y degradantes a que fue sometido, sufrió daños físicos y psicológicos por lo que no ha intentado regresar al ejercicio de su profesión en seguridad aeroportuaria, para la cual se capacitó durante un año, por temor a ser acusado si se presenta algún nuevo evento de tráfico de narcóticos. El día en que fue detenido, el tipo de cambio del sucre, moneda nacional ecuatoriana, con respecto al dólar estadounidense era de S/.1.493,18 (mil cuatrocientos noventa y tres sucres con dieciocho centavos) para la compra y S/.1.519,09 (mil quinientos diecinueve sucres con nueve centavos) para la venta. ([31])

2) Víctimas, familiares. Las reparaciones que se establezcan las sentencias deben guardar relación con las violaciones reclamadas, por ello la manifestación expresa del pago de gastos

[31] *) Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.*

que derogaron familiares del la víctima al respecto, la víctima y la Comisión aducen que la Corte ha interpretado el concepto de familia de una manera flexible y amplia y que dicha jurisprudencia es compatible con la de otros órganos internacionales. En razón de lo anterior, consideraron que la Corte debe ordenar reparaciones en beneficio de la misma, por ello la resolución a favor del pago de gastos que se originaron durante y después del proceso, por ello el pago de gastos médicos futuros a los miembros de la Familia. ([32])

Reparaciones a familiares: respecto a la señora Margarita Ramadán Burbano y a la menor Micaela Suárez Ramadán: Micaela Suárez Ramadán fue concebida en la cárcel y nació el 10 de febrero de 1994, durante el encarcelamiento de su padre; y debido a su discapacidad física, la señora Ramadán Burbano se vio obligada a contratar los servicios de una empleada doméstica y un chofer durante el encarcelamiento del señor Suárez Rosero. ([33])

La Corte Interamericana resuelve en el presente caso las violaciones cometidas por el Estado de violación a la libertad e integridad personal, el derecho a la vida, le negó un recurso efectivo, por lo que esta obligado a indemnizar. Por lo que le corresponde las indemnizaciones a la victima, a sus familiares, por violación de derechos humanos y otras violaciones.

3) Menor de edad, indemnización. En el caso de la indemnización ordenada en favor de la menor Suárez Ramadán, el Estado constituirá, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de esta sentencia, un fideicomiso en una institución financiera ecuatoriana solvente y segura en las condiciones más favorables que permitan la legislación y la práctica bancarias. Los beneficios derivados de intereses incrementarán el patrimonio, el cual será entregado a Micaela Suárez Ramadán en su totalidad cuando cumpla la mayoría de edad. En caso de fallecimiento, el derecho se transmitirá a los herederos. ([34])

4) Víctimas en el caso de desaparición forzada de persona. En el presente caso, exponemos las indemnizaciones a la víctima directa, a sus familiares y respecto de otros hechos, a continuación: *1.- Indemnizaciones con respecto a la víctima:* La víctima tenía 22 años en el momento de su detención y posterior desaparición y que al momento de la desaparición, vivía con sus padres y hermana, que fue estudiante de sociología en la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre el primer semestre de 1985 y el primer semestre de 1990 que al momento de su detención era profesor de matemáticas en el Instituto de Estudios Teológicos

[32] *) CoIDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, sentencia 17 de septiembre de 1997.*
[33] *) Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.*
[34] *) Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.*

"Juan XXIII", *impartía clases durante doce horas al mes y devengaba un salario mensual de 13.200.000 intis, que en esa época equivalían a US$ 30.00* (treinta dólares de los Estados Unidos de América) aproximadamente. ([35]) **;** *2.- Indemnizaciones con respecto a los familiares de la víctima:* Que los familiares conocidos de la víctima son Cronwell Pierre Castillo Castillo, padre, Carmen Rosa Páez Warton, madre, y Mónica Inés Castillo Páez, hermana *y que dichos familiares sufrieron daños materiales y morales* por la desaparición de Ernesto Rafael Castillo Páez y que los padres de Ernesto Rafael Castillo Páez iniciaron su búsqueda en diversas dependencias policiales y realizaron las gestiones judiciales pertinentes, conforme al derecho interno para localizarlo y, posteriormente, *recurrieron al sistema interamericano,* todo lo cual generó diversos *gastos* además que en la actualidad los tres mencionados familiares de Ernesto Rafael Castillo Páez se sostienen con los recursos que les suministra el sistema de seguridad social holandesa. ([36]); *3.- Indemnizaciones con respecto a otros hechos:* Que la expectativa de vida de un varón de 22 años en el Perú en 1990, era de 71 años y que la remuneración mínima vital de los trabajadores privados en el Perú a partir del 1 de septiembre de 1997 era de 345 soles a demás que el tipo de cambio de la moneda peruana en relación con el dólar de los Estados Unidos de América el 1 de septiembre de 1997, era de S/2,65 y que en el Perú existen diversas leyes sobre gratificaciones laborales en los sectores público y privado y, entre ellas, la más favorable al trabajador es la *Ley No. 25.139, de 14 de diciembre de 1989,* que otorga dos gratificaciones anuales, equivalentes cada una a "la remuneración básica que perciba el trabajador en la oportunidad que corresponda otorgar el beneficio". En el Perú están en vigor la *Ley de amnistía No. 26.479 y la Ley No. 26.492*, interpretativa de aquélla y que en el Perú está en vigor, igualmente, la *Ley No. 26.926,* que tipifica los delitos contra la humanidad, entre ellos el genocidio, la desaparición forzada y la tortura. ([37])

Reparaciones a familiares. Fijar en US$ 245.021,80 (doscientos cuarenta y cinco mil veintiún dólares de los Estados Unidos de América con ochenta centavos) *o su equivalente en moneda nacional,* el monto que el Estado del Perú debe pagar en carácter de reparaciones a los familiares del señor Ernesto Rafael Castillo Páez. Estos pagos deberán ser hechos por el

[35]) Caso Castillo Páez Vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998
[36]) Caso Castillo Páez Vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998
[37]) Caso Castillo Páez Vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998.

Estado del Perú en la proporción y condiciones expresadas en los párrafos 75, 76, 77, 90, 114, 115, 116 y 117 de esta sentencia.

Investigar los hechos. Que el Estado del Perú debe investigar los hechos del presente caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias en su derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación.

> *Que los pagos indicados en los puntos resolutivos 1 y 5 deberán ser efectuados dentro de los seis meses a partir de la notificación de esta sentencia.*
>
> *Que todo pago ordenado en la presente sentencia está exento de cualquier impuesto o tasa existente o que llegue a existir en el futuro ([38])*

Gastos de familiares: traslados, comunicaciones, investigaciones administrativas, visitas a cárceles, hospitales e instituciones públicas, tratamientos médicos.

Igualmente, se ha pedido el resarcimiento de los gastos sufragados por los familiares de Ernesto Rafael Castillo Páez en la búsqueda de éste, lo que incluye traslados, comunicaciones, investigaciones administrativas, visitas a cárceles, hospitales e instituciones públicas, así como gastos correspondientes a tratamientos médicos para la rehabilitación en situaciones de desaparición de un hijo y hermano y erogaciones con motivo del traslado de la familia a Holanda, donde sus integrantes tienen refugio humanitario y asilo político (supra 71.b). Sin embargo, la prueba presentada para respaldar el cálculo no es suficiente ni concluyente, por lo que la Corte considera pertinente otorgar, en equidad, ([39]) la suma de US$ 25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) por los conceptos mencionados en este rubro. ([40])

5) Víctimas, familiares no se presentan a recibir indemnización. Si en el plazo de un año a contar de la notificación de la sentencia alguna de las personas indicadas, no se presentare a recibir el pago que le corresponde, el Estado depositará la cantidad debida en un fideicomiso en dólares de los Estados Unidos de América en su favor, en una institución bancaria de reconocida solvencia en Ecuador y en las condiciones más favorables, de acuerdo con la práctica bancaria. Si después de diez años de constituido el fideicomiso tales personas o sus

---

[38]) Caso Castillo Páez Vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998.

39) Los gastos por equidad se entienden en el sentido de que se debe de resarcir, a quien sufre una afectación no solo de molestia sino de privación y que al ser –en la mayoría de los casos de actos de molestia o privación- en su mayoría consumados, y en apoyo en la teoría de la equivalencia, por "equidad" equilibrar con una suma liquida el daño causado.

[40]) Caso Castillo Páez Vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998.

herederos no hubiesen reclamado los fondos, la cantidad será devuelta al Estado y se considerará cumplida esta sentencia. El Estado puede cumplir sus obligaciones mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en una cantidad equivalente en moneda ecuatoriana, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio entre ambas monedas que esté vigente en la plaza de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago. ([41])

IV. Pago. A continuación exponemos 1) el tipo de moneda utilizada para el pago de las reparaciones, 2) el plazo para su pago 3) la exención de impuestos y 4) pago de salarios caidos.

1.- Moneda "dura". La Corte adopta como práctica constante en su jurisprudencia la utilización del dólar de los Estados Unidos de América como divisa "dura" para el cálculo de la indemnización compensatoria y ha constatado que esta previsión ha asegurado el valor adquisitivo de los montos ordenados.

Pago en moneda. En cuanto a la "obligación de Pagar los gastos el Estado deberá cumplir sus obligaciones mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en una suma equivalente, en dinero efectivo, en moneda nacional peruana, utilizando el tipo de cambio de la moneda nacional peruana con respecto al dólar estadounidense en la plaza de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago, esto es con la finalidad de cumplir con las disposiciones previamente contraídas entre el Estado Parte y la *Convención*, las obligaciones que le impone la *Convención Americana*, la Corte supervisará el cumplimiento de esta sentencia, en el caso particular y dada la variabilidad que presenta la moneda de Perú el Sol; La Corte ha establecido con anterioridad que "una de las vías más accesibles y comunes para lograr ese propósito [...] es la conversión de la suma percibida a una de las llamadas divisas duras" esto quiere decir que el monto a pagar deberá ser emitido por un banco, por un valor específico, generalmente en una **moneda dura**, Sirve como medio de pago en cualquier país, atendiendo a ello la variabilidad de la Moneda de Perú, esto es con la finalidad de no ocasionar menoscabo y/o detrimento en la cuantificación de los gastos que tiene que cubrir el Estado a la víctima por su actos. La Corte ha adoptado como práctica constante en su jurisprudencia la utilización del dólar de los Estados Unidos de América como divisa "dura" para el cálculo de

[41] *) Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.*

la indemnización compensatoria y ha constatado que esta previsión ha asegurado el valor adquisitivo de los montos ordenados. ([42])

Reparaciones: moneda y mora. Tanto el señor Suárez Rosero como la Comisión indicaron que los pagos que ordenase la Corte podrían ser cuantificados en dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda ecuatoriana. Asimismo, solicitaron que la Corte ordenara al Estado pagar los intereses aplicables en caso de mora. La Comisión solicitó, además, que los pagos fueran hechos dentro de un plazo de tres meses, que estuviesen exentos de impuestos, que se continuara con las investigaciones y que la Corte supervisara el cumplimiento de la sentencia. ([43])

2.- Plazo de pago.

Antecedentes: ***1.- Plazo de pago de reparaciones.*** La Corte estima que las pretensiones del señor Suárez Rosero y la Comisión son razonables, con la excepción de aquella, hecha por la Comisión, que se refiere al plazo de pago. En su jurisprudencia constante, el Tribunal ha otorgado a los Estados un plazo de seis meses para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en las sentencias sobre reparaciones. Para dar cumplimiento a la presente sentencia, *el Estado deberá ejecutar el pago de las indemnizaciones compensatorias,* el reintegro de costas y gastos y la adopción de las otras medidas ordenadas dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de esta sentencia. El pago de las indemnizaciones compensatorias ordenadas en favor del señor Rafael Iván Suárez Rosero y de la señora Margarita Ramadán Burbano será hecho directamente a ellos. Si alguno falleciese, el pago será hecho a sus herederos. ([44])

El reintegro de costas y gastos ordenado en favor de los señores Alejandro Ponce Villacís y Richard Wilson será hecho directamente a ellos. Si alguno falleciese, el pago deberá ser hecho, en el caso del primero, a sus herederos, y en el caso del segundo, a la American University. ([45])

Pago, plazo. Para dar cumplimiento a la presente Sentencia, *el Estado deberá pagar*, en un plazo de seis meses a partir de su notificación, *las indemnizaciones establecidas en favor de los familiares de la víctima en dicho carácter, o en el de víctimas, según sea el caso*, y si alguno de ellos hubiere fallecido, *a sus herederos*. El Estado puede cumplir sus obligaciones mediante el pago en dólares estadounidenses **o en su *equivalente*** en moneda nacional peruana en dinero efectivo. Para determinar

[42] *) CoIDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, sentencia 17 de septiembre de 1997.*
[43] *) Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.*
[44] *) Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.*
[45] *) Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.*

esa equivalencia se utilizará el tipo de cambio del dólar estadounidense y de la moneda peruana en la plaza de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

Si por algún motivo no fuese posible que los beneficiarios de las indemnizaciones reciban las mismas dentro del plazo de seis meses indicado, el Estado deberá consignar dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera solvente y segura en dólares estadounidenses o en su *equivalente* en moneda nacional peruana y en las condiciones financieras más favorables según permitan la legislación y práctica bancarias. Si al cabo de diez años la indemnización no es reclamada, la suma será devuelta con los intereses devengados al Estado peruano.

Las indemnizaciones indicadas en la presente sentencia no podrán ser objeto de ningún impuesto o tasa nacional, provincial o municipal presentes o que puedan decretarse en el futuro. En caso de que el Estado incurriese en mora deberá pagar un interés sobre la suma adeudada que corresponderá al interés bancario de mora en el Perú. ([46])

3. Exención de impuestos. Los pagos ordenados estarán exentos de todo impuesto actualmente existente o que pueda decretarse en el futuro. En caso de que el Estado incurriese en mora deberá pagar, sobre la cantidad adeudada, un interés que corresponderá al interés bancario corriente en el Ecuador durante la mora. En concordancia con su práctica constante y las obligaciones que le impone la *Convención Americana*, la Corte supervisará el cumplimiento de esta sentencia. ([47])

4. Pago de salarios caídos y exención de impuestos. Ordenar al Estado del Ecuador la aplicación de las siguientes reglas a los pagos determinados en la presente sentencia: el pago de salarios caídos ordenado en el punto resolutivo segundo (apartado a), estará exento de cualquier deducción distinta a la realizada por la Corte cuando hizo el cálculo respectivo, de conformidad con el párrafo 55.A.a de la presente sentencia; y los pagos ordenados estarán exentos de cualquier gravamen o impuesto existentes o que lleguen a existir en el futuro. ([48])

Conclusiones

1. El tema de gastos tiene su fundamento en la *Convención Americana, fundamento, Artículo 63, párrafo 1o*.; la Responsabilidad internacional; el *Reglamento Interno de la CoIDH, artículo 65, párrafo 1, inciso h)*; y el Daño.

2. La Gastos son distintos a las costas.

---

[46] *) Caso Castillo Páez Vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998.*
[47] *) Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.*
[48] *) Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.*

3. Los tipos de gastos son los siguientes cinco grupos: 1) Gastos de traslado; 2) los Gastos médicos (los cuales comprendemos por tratamientos quirúrgicos, pruebas no desvirtuadas, pruebas, falta de sustento, en caso de desaparición forzada de persona y gastos médicos futuros); 3) los Gastos de apreciación prudente y necesarios y razonables; 4) Gastos en equidad; y 5) Gastos procesales y extrajudiciales.

4. Las víctimas, son, tanto directamente la víctima, sus Familiares, un régimen especial para menor de edad; y el caso de las víctimas en el caso de desaparición forzada.

5. Las reglas sobre el pago, existen reglas para tipo de Moneda; el plazo de pago; la exención de impuestos, y el pago de salarios caídos.

Bibliohemerografía

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. *Caso Blake Vs. Guatemala, sentencia del 22 de enero de 1999.*
2. *Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones, Sentencia 29 de enero de 1997.*
3. *Caso Castillo Páez Vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998.*
4. *Caso El Amparo, Reparaciones, Sentencia de 14 de septiembre de 1996.*
5. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, sentencia del 27 de agosto de 1998.*
6. *Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989.*
7. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, sentencia 17 de septiembre de 1997.*
8. *Caso Neira Alegría y otros, Reparaciones, Sentencia de 19 de septiembre de 1996.*
9. *Caso Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala, sentencia del 25 de mayo de 2001.*
10. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.*
11. *Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989*

CAPÍTULO II. LA VERDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS

Pablo Darío Villalba Bernié[49]

SUMARIO

I. Introducción. II. La verdad desde lo transnacional. III. Verdad y justicia. iv. la necesidad de conocer la verdad. V. Desarrollo de la verdad en los organismos internacionales. VI. Secuencia jurisprudencial en fallos de la corte IDH. VII. Derecho autónomo a la verdad. VIII. Las leyes de amnistía. 1. Incompatibilidad de leyes de amnistía con obligación convencional. 2. prohibición de amnistía. Conclusión.

RESUMEN: La idea central de la investigación constituye la verificación de cómo juega la obtención de la verdad en el contorno de los derechos humanos, puntualmente si dicha obtención de la verdad tiene relación con el valor axiológico justicia. Asimismo la repercusión que tiene la búsqueda de la verdad en el proceso transnacional, realizando una secuencia de asimilación para llegar a lo que pretende convertirse en una reciente doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, denominada el "Derecho Autónomo de la Verdad".

Palabras clave: Verdad, crisis del proceso, amnistía, auto amnistía, obligación convencional, verdad jurídica objetiva, cosmovisión, globalidad.

ABSTRAC: The central idea of the research is the verification of how he plays obtaining the truth in the contour of human rights, obtaining timely if the truth is related to the value axiológico justice. Also the impact that has the search for truth in the transnational process, performing a sequence of assimilation to reach what aims to become a new doctrine of the Inter-American Court of Human Rights, called the "Contract Law of Truth".

Keywords: Truth, crisis process, amnesty, amnesty, treaty obligation, legal truth objectively, worldview whole.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los ejes centrales en que se basamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo constituye la problemática que se suscita en torno a la investigación de la verdad. Abundantes tratados y doctrinas se han escrito sobre la materia desde antigua data, encontrando distintas posiciones jurídicas que sustentan el temario indicado.

[49] Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica "Nuestra Sra. de la Asunción", Sede Regional Itapúa en el año 1.989. Especialista de Derecho Procesal Civil (UCI). Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad Católica, Campus Itapúa, Encarnación. Miembro del "Consejo de la Magistratura del Paraguay" (2007/2013). Director de la Revista Jurídica "Actio", de la UCI. Autor de los libros "Proceso Civil, actualidad y futuro" (2008), "Sistema Interamericano de Derechos Humanos" (2014) y "Nuevas fronteras del proceso civil: la necesidad de una evolución" (2014). Co-autor de la obra "Código Procesal Civil del Paraguay", Comentado (5 tomos). Como también de otros libros en coautoría y de publicaciones nacionales e internacionales. Disertante nacional e internacional. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Miembro honorario de la "Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional", de la "Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional", de la "Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional" y de la "Associacao Brasileira de Direito Processual Constitucional". Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Procesal. Presidente del Instituto Itapuense de Derecho Procesal. Doctorando en la Universidad Nacional de Asunción con tesis presentada en espera de defensa. Secretario General del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Profesor honorario de la UNAM (México). Ejercicio profesional de la abogacía en actividad privada desde 1.989 hasta la fecha.

Debemos tener siempre presente que todo ordenamiento jurídico es tributario de un conjunto sistémico de principios y valores, que deben obrar en armonía como rectores de su funcionamiento, y es siguiendo este orden de ideas, que pretendemos desarrollar dentro de la jurisdicción supranacional, lo que en la actualidad se denomina "Derecho Autónomo a la Verdad", la que indefectiblemente se encuentra vinculada muy íntimamente con el propósito de justicia que impera en el contorno de la justicia transnacional.

Para la realización de la justicia es necesario llegar a la VERDAD, que es uno de los pilares fundamentales para que el valor justicia se consagre dentro del proceso. Ya en Las viejas "*Partidas"* de siglos pasados, encontramos referencias sobre la importancia de la verdad, denotándose que desde la antigüedad este fue uno de los grandes cuestionamientos de la juridicidad[50].

¿El fin y objeto del orden jurídico es la investigación de la VERDAD? Por lo menos, en principio, la respuesta sería afirmativa, ya que uno de sus objetivos es llegar a la VERDAD, como también lo sería obtener Justicia, mediante un debido proceso y una resolución justa.

La recta administración de justicia, aspira siempre al esclarecimiento de la verdad, y a ella se debe llegar mediante un sistema jurisdiccional que se encuentre inclinado decididamente al esclarecimiento de los hechos objeto de la litis.

Pero para una comprensión cabal de la problemática, es indispensable responder a la pregunta: *¿Qué es la VERDAD?* Echando mano de un diccionario de la Lengua Española[51], encontramos que la define como *"Calidad de lo que es cierto. Conformidad de lo que se dice con lo que existe. Cosa cierta. Hecho cierto"*. Dándole una connotación jurídica, la verdad tiene vinculación y es lo que más se acerca a la denominada verdad material, sustancial o verdad

---

[50] *LAS SIETE PARTIDAS*, Partida III, Tit. IV, Ley IX, sancionadas por Alfonso el Sabio, siglo XII, que establecía:"Verdad, es cofa que los judgadores deuen catar en los peytos, fobre todas las otras cofas, del mundo e porende, quado las partes contienden fobre algund pleyto, en juyzio, deuen los judgadores, fer acuciofos en puñar, de faber la verdad del por quantas maneras pudieren. Primeradamente, por conofcencia, que fagan por fi mifmos el demandador, e el demandado en juicio, o por preguntas que los juezes fagan a las partes en razón de aqllas cofas fobre que es la contienda. Otrofi por jura: en la manera que diximos enel título do fabla della. Porque quando por ninguna deftas carreras, non pudieren los judgadores faber la verdad han de recebir tesftigos, los que las partes traxeren, para prourar fus intenciones, tomando la jura, ante ellos paladinamente, ante las partes, e recibiendo defpues los dichos de cada vno por fi en poridad; e en logar apartado. E fobre todo, fi por preuillejos, o por cartas valederas, o por feñales manifiefstas, o por grandes fofpechas, non la pudieren faber, deuen fazer en la manera que moftramos en las leyes defte libro, o en los logares do fabla, en cada vna deftas razones. E quando fupieren la verdad deuen dar fu juicio, en la manera que entendieren, que lo han de fazer fegund derecho".

[51] Diccionario Larousse ilustrado, p. 1058, Ediciones Larousse, 1990.

jurídica objetiva, y que algunos autores la califican de "***Verdad Verdadera***"[52], es decir, sería la forma exacta de cómo sucedió el hecho histórico.

Es indudable que la cuestión de la verdad en el proceso y en el ámbito jurídico tiene una prolongada tradición en el púlpito de la discordia, de ahí que el eminente procesalista, Capograssi, sostenía que: "*La crisis del proceso es, en sustancia, la crisis de la verdad"*.

El proceso fue ideado y modelado en su origen, como un método que reemplazaba a la fuerza y a la justicia por mano propia, por medio del cual se diriman los conflictos mediante la obtención de la verdad. Luego, con el transcurso del tiempo, la sociedad y los juristas se percataron de los inconvenientes para obtener la verdad dentro del proceso, el proceso se convirtió en una lucha de pretensiones opuestas (sostenida por los litigantes), donde estas pretensiones adquieren mayor valor que la mismísima verdad.

Esta difusa realidad jurídica, ha llevado a la doctrina a dividirse aceptando por un lado lo que se denomina la verdad auténtica o real y en la otra vereda la bautizada verdad formal o procesal.

Antes de avistar otras consideraciones, es prudente aclarar que desde un punto de vista teórico filosófico, la verdad como ideal es un valor que tiende a lo absoluto.

Si el proceso, sea el internacional o el doméstico, permitiera obtener la verdad en todos los casos, no hablaríamos de verdad procesal, sí solamente de la VERDAD, sin necesidad de distinciones. El inconveniente radica en que la conceptualización de la verdad pierde su grado de absolutismo, desde que ingresa al ámbito jurídico y más específicamente al proceso. Al tratar el tema de la verdad en el espectro jurídico, la verdad se relativiza.

Se dirá que la verdad es una sola, y lo compartimos cuando a hechos se refiere, pero a partir del momento en que lo contemplamos en el método de litigación presenta el trastorno de su falta de materialización efectiva, al ser el proceso una ciencia reconstructiva del suceso histórico, volviéndose dificultosa la reconstrucción exacta de los hechos en el proceso.

[52] CARNELUTTI, Francesco, "*La Prueba Civil"*, Depalma, Bs. As., p. 21. Quien dice, en términos de verdad, "El resultado de la búsqueda jurídicamente limitada o regulada no es, pues, la verdad material o, como diríamos mediante una eficaz redundancia, la verdad verdadera, sino una verdad convencional que se denomina formal o judicial, porque se la busca mediante leyes jurídicas y no solo mediante leyes lógicas, y únicamente en virtud de esas leyes jurídicas reemplaza a la verdad material", también citado en KIELMANOVICH, Jorge, en "*Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*", Edit. Rubinzal-Culzoni, P. 61.

El cuestionamiento que circunda la mente de los filósofos es, ¿cómo la humanidad que ha pasado y sigue pasando por tantos y tan diferentes modos de pensar, todavía se atreve a alcanzar la verdad?, concluyendo, que la única posición sensata es la de un sano escepticismo.

No asumimos este criterio, ya que aún creemos que se puede llegar a la verdad, estando en el convencimiento que es algo asequible, que no bastan los alientos de una escuela y menos aún de un hombre para desvelarla y esclarecerla, por ser tan rica, tan valiosa y tan fecunda su obtención.

A la humanidad toda por medio de sus individuos y de las ciencias, es que le compete la noble tarea de obtener la verdad, a punto tal que en el ámbito jurídico y, específicamente, en lo procesal, solo se trata de aportar un granito de arena en la augusta fábrica de la verdad.[53] Es la obtención de la verdad necesaria para que en la justicia prime el justo móvil que representa al espíritu mismo para el que fue diseñado el rol jurisdiccional.

La verdad barre el oscurantismo e ignora la mentira. ¿O acaso debemos creer que es posible negociar con la verdad? ¿Debemos caer en el error de estimar que el sistema jurídico solo sirve para dirimir conflictos, sin considerar a la verdad de los hechos? Es como considerar que la verdad sería más peligrosa que la mentira. ¿Así se construirá el progreso jurídico o el avance del proceso? Aclamemos, pues, la verdad, busquémosla, no la temamos. Es sabido, que es mejor sufrir la verdad que renunciar a saberla.

La clave para la interpretación consiste en que el ordenamiento procesal constitucional, abarcativo del proceso supranacional, debería ser configurado, teniendo en cuenta dicha orientación, que como punto cardinal indica que en el proceso se intente por los medios posibles llegar a la verdad.

Hechas las aclaraciones previas, el objeto de esta investigación asume como argumento una serie de interrogantes fundamentales para la comprensión del fenómeno procesal, en tal sentido se analizarán: el tratamiento de la verdad desde la visión del proceso transnacional, que como fuera referenciado juego un papel preponderante como orientador del cimiento procesal interno; desarrollando además la necesidad de conocer la verdad en el ámbito de la jurisdicción supranacional; la concreción de un concepto como el denominado “Derecho

[53] VILLORO TORANZO, Miguel, *“Lecciones de Filosofía del Derecho”*, p.26, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, Año 2003.

Autónomo a la Verdad"; para finalmente concretar sobre las leyes de amnistía, con sus ejes programáticos a ser dejados de lado en el contorno latinoamericano.

II. LA VERDAD DESDE LO TRANSNACIONAL

Con la aparición de los derechos humanos y sobre todo el fortalecimiento en sus implicancias en el derecho interno de cada país, como consecuencia del accionar tesonero de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fomentó un notable crecimiento de la concepción del debido proceso, solidificando nociones como el derecho a tener jueces, a ser oído, a la obtención de la verdad dentro del proceso y a un proceso con todas las garantías.

Se supera el señorío de la voluntad de las partes, como así también se postergan las conveniencias particulares del Estado, para proteger los derechos universales de los hombres, reposicionando al ser humano como centro neurálgico del proceso.

Esto trae como consecuencia, un replanteamiento de la idea que desplaza prácticamente por completo a un Juez neutral y desinteresado, para reemplazarlo por otra caracterizada por la solidaridad que proviene del principio de publicización, con el objetivo que mediante la colaboración de las partes y del Juez surjan soluciones reales, basadas en la verdad como formas de dirimir el conflicto. Se abandona el poder monopolístico de las partes respecto de las pruebas, sosteniendo que el proceso ya no es cosa de partes, sino que la sociedad toda es la que requiere de una tutela efectiva, al Estado le interesa la suerte del proceso en el sentido que sea resuelto con justicia y con verdad.

Abandona la idea de un procesalismo formal, donde lo más importante era el formalismo, reemplazándola por otra visión que mira al debido proceso como un derecho a la obtención de justicia llevada a cabo mediante la superación de las grietas que impidieron un resultado eficaz. Pregona un Juez que supere las rigideces técnicas, evitando que las formas se conviertan en rituales que constituyan una finalidad en sí mismas.

Fundamentalmente, sostiene desde lo transnacional el denominado "derecho a la verdad", entre los que podemos destacar como uno de los precedentes más importantes, el fallo emitido por la Corte IDH en el caso *"Villagrán Morales y otros"* (Niños de la calle, sentencia del 19/11/99, serie c, Nº 63), en el que se manifiesta en el sentido del deber de investigar, que conduce al derecho a saber la verdad que tienen la víctima y sus familiares, señalándose inclusive que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.

Esta noción aplicada primeramente al ámbito penal, trasladado luego a la esfera civil mediante las interpretaciones realizadas, implicaban que por la Convención Americana de Derechos Humanos se debía lograr la plena efectividad de los derechos protegidos con un desarrollo progresivo, que significaba ir adecuando el sistema a las nociones de la obtención de la verdad, única manera de lograr un derecho a la justicia.

Este supuesto muestra con claridad que el proceso supranacional debe responder y estar enmarcado en cánones de verdad, no tratándose ya de un simple juzgamiento para dirimir conflictos sino también un método que sirva para arribar a la verdad, sin ella estamos en presencia de una ficción de justicia y no ante una justicia verdadera.

Las orientaciones desde el ámbito internacional pueden ser verificadas con un estudio profundo tanto del accionar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Las sugerencias directas de lo transnacional, enmarcan a los distintos procesos (sean procedimientos civiles o penales) en la necesidad de llegar a la verdad, a la realidad histórica de cómo sucedieron los hechos, solo así los derechos humanos y los derechos fundamentales tendrán una eficaz y decisiva protección.

III. VERDAD Y JUSTICIA

Parecería ilógico tratar de caracterizar a la verdad sin vincularla con la justicia, que es el valor central de todo el ejido jurídico. Si la justicia no buscase la verdad, ésta no sería justicia; en igual sentido, si la búsqueda de la verdad estuviese separada de la justicia, no se llegaría a la verdad jurídica objetiva; es íntima la vinculación de la verdad con la justicia, sin justicia no podríamos llegar a la verdad, y si no investigamos la verdad no podríamos hacer justicia. Es una relación de antecedente-consecuente o causa-consecuencia.

La verdad se configura como uno de los objetivos de la justicia, sin dejar de lado, que el valor principal centro del derecho, es la justicia. Esta situación fáctica condiciona la discusión sobre la verdad, teniendo en cuenta, que para posicionar a la verdad jurídica es necesario previamente establecer que situación ocupa la justicia dentro del discurso, por su íntima relación con la verdad.

Tanto la justicia como la verdad jurídica en su interrelación, se encuentran caracterizados por la subjetividad del agente que los analiza, por lo que también la justicia se registra

condicionada a la interferencia intersubjetiva y a una visión de la realidad de los intervinientes en determinado marco social-histórico.

No haríamos justicia, si no perseguimos que la verdad se conozca, pues si omitimos la búsqueda de la verdad estaríamos premiando la mala fe, o lo que es lo mismo, ninguna decisión sería justa si la advertimos fundada sobre una calificación errada de los hechos.

En la investigación o descubrimiento de la verdad, radica el principio lógico del proceso, esencia del valor justicia. Morello sostiene:

"*Damos vuelta siempre en rededor de la idea nuclear: No pueden las normas legales aplicarse de un modo justo y válido en un caso concreto sino es a contar de la verdad de los hechos que lo constituyen*"[54].

En idéntico sentido se manifestaba el maestro Couture:

"…el derecho no puede ser torcido. El proceso tiene cierta nota de necesaria, cierta inherencia de verdad, porque el proceso es la realización de la justicia y ninguna justicia se puede apoyar en la mentira"[55]

Un juez no debe limitarse a aplicar la norma, debe también, a través del derecho, hacer justicia. Por lo que se exige al juez más que aplicar la norma fría al caso concreto, la concreción del estado de justicia, de la sensación de haber hecho justicia.

Refería Dworkin:

"El mal juez desde el punto de vista minoritario, es el juez rígido y mecánico, que hace cumplir la ley para beneficio de esta, sin importarle la miseria, la injusticia o la ineficiencia que provoque. El buen juez prefiere la justicia a la ley".

La sublime misión del juzgador, descubre su máxima exponencial en una sentencia justa, ética y proba, basada en la verdad de los hechos, el juez no se limita a la mera aplicación de las leyes, sino que con ella se pretende implantar la justicia entre los litigantes.

IV. LA NECESIDAD DE CONOCER LA VERDAD

En la jurisdicción supranacional se ha instalado como una verdadera doctrina jurídica "el derecho a la verdad", de la cual hace un culto la Corte IDH desde sus orígenes.

Se la ha calificado como un derecho primordial e independiente en principio, para por estos días comenzar a resoplar con fuerza la idea de "Derecho Autónomo a la verdad". Si bien no

[54] MORELLO, Augusto M., "*Avances Procesales"*, p. 428, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
[55] COUTURE, Eduardo, "*Estudios de derecho procesal civil",* T. 3, p. 249, Depalma, Bs. As., 3ª Edición, 1998.

fue camino fácil, desde el caso *Velázquez Rodríguez vs Honduras* (1988) primer caso contencioso, se referenciaba sobre el contenido del derecho a la verdad, en especial cuando se trataba del delito de desaparición de personas.

Así, el actual juez de la Corte IDH, Eduardo Vio Grossi, reflexionaba al respecto:

> 6. En suma, el derecho a la verdad es, a la vez, fundamento a otros derechos, los que, por tanto, no serían comprendidos ni se explicarían sin él, y objetivo último de los mismos, pues sin verdad no hay justicia ni reparación. Como lo manifiesta la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la falta de verdad sustrae a la persona desaparecida de la "protección de la ley" o como lo expresa la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, tal carencia de verdad "impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".
> 7. Por todo lo afirmado, debe entenderse el derecho a la verdad, entonces, como implícitamente incluido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por ende, en su interpretación. En especial, dado que, de no ser así, no se comprendería lo prescrito en los artículos 8 y 25, los que, en último término, no persiguen otra cosa que la verdad de lo acontecido en el caso en que ellos se invoquen y apliquen o, en otras palabras, no son más que instrumentos para alcanzar aquella.[56]

Lo que posiciona en apuntalar el criterio de la Corte IDH, en el sentido de comprometerse con el hallazgo de la verdad, como una necesidad básica del soporte jurisdiccional supranacional, que a través del control de convencionalidad sirve de orientador para los órdenes domésticos, en un claro mensaje de estar en favor de repertorios legales que tiendan a la obtención de la verdad, sin vueltas ni complicaciones, e indirectamente desalentando los diseños de juzgamiento que no cumplan con dicho objetivo.

Si el mecanismo de protección de los derechos humanos no tiene una inclinación en pos de la obtención de la verdad perdería su razón de ser, en igual modo por los efectos irradiadores de convencionalidad los procedimientos del orden interno deberían apuntar en pos de idénticos objetivos.

V. DESARROLLO DE LA VERDAD EN LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

A los efectos de poner claridad referencial a la temática abordada, intentaremos reseñar algunos posicionamientos esgrimidos por organizaciones internacionales, mostrando un franco compromiso con la obtención de la verdad, lo que denota que no se trata simplemente de un orientador del sistema IDH, sino que tiene sus fuentes anclado en una visión constructivista que no puede escapar de la concepción de hacer cientificidad sobre arbotantes de verdad.

[56] Corte IDH, caso *Rodríguez Vera (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs Colombia*, Sentencia 14 de Noviembre 2014, Voto Razonado de Eduardo Vio Grossi, parrs. 6 y 7.

a) NACIONES UNIDAS (ONU): La propia ONU en pronunciamientos formulados por la Asamblea General, la Secretaria General y el Consejo de la Seguridad, ha reconocido el derecho de verdad a tal punto de reconocerle como un derecho autónomo, inalienable e independiente, al ser la verdad inherente en la concreción de la dignidad del ser humano.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Derechos Humanos, señaló:

> "El derecho a la verdad entraña tener un conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas, en particular de las violaciones perpetradas y su motivación. En los casos de desaparición forzosa, desaparición de personas, niños secuestrados o nacidos durante la cautividad de una mujer víctima de una desaparición forzosa, ejecuciones secretas y ocultación del lugar de sepultura de la víctima, el derecho a la verdad tiene también una faceta especial: el conocimiento de la suerte y el paradero de las víctimas".

b) ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA): También la Organización de los Estados Americanos (OEA) a través de su Asamblea General, ha reconocido el derecho a la verdad, otorgando la importancia de respetar y garantizar su obtención, circunstancia que se ha presentado sistemáticamente a través de múltiples resoluciones desde el año 2006 en adelante, haciendo un compromiso irrestricto con el derecho a la verdad.

VI. SECUENCIA JURISPRUDENCIAL EN FALLOS DE LA CORTE IDH

Proponemos un desarrollo secuencial jurisprudencial de admisión del derecho a la verdad en las distintas casuísticas planteadas y resueltas por la Corte IDH, con la aclaración que solo citaremos las consideradas como más superlativas y destacadas, atento a la gran abundancia de fallos que refieren al respecto.

a) Se propone partir del primer antecedente jurisprudencial de la Corte IDH, el caso *Velázquez Rodríguez vs Honduras* (1988), apreciando que ya en la primigenia casuística el Tribunal asume un decidido partido a favor del "derecho a la verdad". Si bien no la denominaba aun de esa manera:

> 181. El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.[57]

[57] Corte IDH, caso *Velázquez Rodríguez vs Honduras*, Sentencia 29 de Julio 1.988, párr. 181.

Desde el primer caso, la Corte ha manifestado a una línea jurisprudencial sobre la desaparición forzada, ratificada en más de 42 casos, estableciendo que los familiares tienen derecho a conocer cuál fue el destino de los desaparecidos y, en su caso, donde se encuentran sus restos, aduciendo que esta privación de verdad acerca del paradero de la víctima, para sus familias cercanos constituye una violación al derecho de conocer la verdad.

Luego en el caso *Castillo Páez vs Perú* (1997), por vez primera alega la violación del derecho a la verdad en forma nominativa, al decir:

> 86. Independientemente de que estos argumentos fueron invocados en sus alegatos finales y que por ello no fueron contradichos por el Estado, cabe señalar que el primero se refiere a una consecuencia accesoria de la desaparición forzada de Ernesto Rafael Castillo Páez, la cual esta Corte consideró demostrada, en violación de la Convención Americana, con todas sus consecuencias jurídicas. El segundo argumento se refiere a la formulación de un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos que produjeron las violaciones a la Convención Americana (infra, párr. 90).[58]

Puede notarse, que la Corte por aquel entonces, año 1997, a instancia de la Comisión trataba el tema de la verdad, pero en forma muy tibia aun, al extremo de considerarlo como un derecho no existente en la Convención, en pleno desarrollo doctrinal y jurisprudencial, pero no concretado totalmente.

La noción del derecho a la verdad, fue destacado con mayor ahínco en el caso *Bámaca Velázquez vs Guatemala* (2000):

> 200. Como ya se ha establecido en esta Sentencia en el presente caso se intentaron diferentes recursos judiciales para identificar el paradero de Bámaca Velásquez. Estos recursos no sólo no fueron efectivos, sino que se ejercieron a su respecto acciones directas de agentes del Estado de alto nivel tendientes a impedir que tuvieran resultados positivos. Estas obstrucciones fueron particularmente evidentes en lo relativo a las múltiples diligencias de exhumación que se intentaron, las que a la fecha no han permitido identificar los restos de Efraín Bámaca Velásquez. Es incuestionable que la situación reseñada impidió a Jennifer Harbury y a los familiares de la víctima conocer la verdad acerca de la suerte corrida por ésta.
>
> 201. De todos modos, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares 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 que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.[59]

[58] Corte IDH, caso *Castillo Páez vs Perú,* Sentencia de 3 de noviembre de 1997, párr. 86.
[59] Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs Guatemala,* Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrs. 200 y 201.

Posteriormente, en el caso *Blanco Romero vs Venezuela* (2005), incluyó al derecho a la verdad dentro de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, por tanto con un carácter no autónomo:

> 62. La Corte no estima que el derecho a la verdad sea un derecho autónomo consagrado en los artículos 8, 13, 25 y 1.1 de la Convención, como fuera alegado por los representantes, y por lo tanto no homologa el reconocimiento de responsabilidad del Estado en este punto. El derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares 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.[60]

También en el asunto *Masacre Pueblo Bello vs Colombia* (2006), amplia el criterio esbozado en el tópico anterior.

> 219. En cuanto al llamado derecho a la verdad, este Tribunal lo ha entendido como parte del derecho de acceso a la justicia, como una justa expectativa que el Estado debe satisfacer a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a sus familiares y como una forma de reparación. Por ende, en su jurisprudencia la Corte ha analizado el derecho a la verdad dentro de los artículos 8 y 25 de la Convención, así como en el capítulo relativo a otras formas de reparación. Según fue recientemente señalado en el caso Blanco Romero vs. Venezuela, la Corte no estima que el derecho a la verdad sea un derecho autónomo consagrado en los artículos 8, 13, 25 y 1.1 de la Convención, como fuera alegado por los representantes. El derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares 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.[61]

Prosiguiendo con la evolución, en el año 2007, mediante la sentencia proferida en el caso *Zambrano Vélez y otros vs Ecuador*, reconocía la complementariedad entre la verdad extrajudicial y la verdad judicial.

> 128. La Corte estima que el establecimiento de una comisión de la verdad, según el objeto, procedimiento, estructura y fin de su mandato, puede contribuir a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad. Las verdades históricas que a través de ese mecanismo se logren, no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes, ni con la determinación de responsabilidad internacional que corresponda a este Tribunal. Se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues tienen todas un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen. En efecto, la Corte ha otorgado especial valor a los informes de Comisiones de la Verdad o de Esclarecimiento Histórico

[60] Corte IDH, *Caso Blanco Romero y otros vs Venezuela*, Sentencia de 28 de noviembre de 2005, párr. 62.
[61] Corte IDH, caso *de la Masacre de Pueblo Bello vs Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 219.

> como pruebas relevantes en la determinación de los hechos y de la responsabilidad internacional de los Estados en diversos casos que han sido sometidos a su jurisdicción.[62]

En el caso *Anzualdo Castro vs Perú* (2009) se avanza un poco más, al declarar tibiamente como un derecho autónomo a la verdad, aunque más bien versa sobre un pedido de la Comisión y los representantes, reiterando que el derecho de verdad se desliza comprendido en el derecho de acceso a la justicia como una obligación de investigar y reparar.

> 119. El Tribunal considera que el derecho a conocer la verdad tiene como efecto necesario que en una sociedad democrática se conozca la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos. Esta es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos. Esto exige del Estado la determinación procesal de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. Además, en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar el derecho a conocer la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad.
>
> 168. En el presente caso, han transcurrido más de 15 años desde la desaparición forzada del señor Anzualdo Castro, sin que se conozca aún toda la verdad sobre los hechos, ni su paradero. Desde el momento de su desaparición, agentes estatales han adoptado medidas para ocultar la verdad de lo sucedido: además del uso del centro clandestino de detención en los sótanos de la SIE, se ha verificado la falta de diligencia en las investigaciones, en particular por el archivo inicial de la investigación penal, el rechazo infundado del recurso de hábeas corpus y la falta de enjuiciamiento de todos los autores y partícipes de los hechos. El Tribunal encuentra que los procesos internos en el ámbito penal no han constituido recursos efectivos para determinar la suerte o localizar el paradero de la víctima, ni para garantizar los derechos de acceso a la justicia y de conocer la verdad, mediante la investigación y eventual sanción de los responsables y la reparación integral de las consecuencias de las violaciones. El marco normativo existente en la época posterior a la desaparición del señor Anzualdo Castro no ha favorecido la efectiva investigación de los hechos.[63]

En el año 2010, en el caso *Gómez Lund y otros (Guerilha do Araguaia) vs Brasil* constituir un avance más significativo, haciendo una apuesta sobre la declaración del derecho a la verdad considerada de forma autónoma.

---

[62] Corte IDH, caso *Zambrano Vélez y otros vs Ecuador,* Sentencia de 4 de julio de 2007, párr. 128.
[63] Corte IDH, caso *Anzualdo Castro vs Perú,* Sentencia de 22 de Septiembre de 2009, párrs. 119 y 168.

> 200. Asimismo, este Tribunal ha determinado que toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas, y la sociedad, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. De igual manera, el derecho a conocer la verdad también ha sido reconocido en diversos instrumentos de Naciones Unidas y por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.
>
> 201. Por su parte, la Corte Interamericana ha considerado el contenido del derecho a conocer la verdad en su jurisprudencia, en particular en casos de desaparición forzada. Desde el Caso Velásquez Rodríguez el Tribunal afirmó la existencia de un "derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos". La Corte ha reconocido que el derecho de los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos a conocer la verdad se enmarca en el derecho de acceso a la justicia. Asimismo, el Tribunal ha considerado la obligación de investigar como una forma de reparación, ante la necesidad de remediar la violación del derecho a conocer la verdad en el caso concreto. De igual modo, en el presente caso, el derecho a conocer la verdad se relaciona con la Acción Ordinaria interpuesta por los familiares, que se vincula con el acceso a la justicia y con el derecho a buscar y recibir información consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana.[64]

Nuevamente en el caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs Guatemala* (2012), la Comisión alegó sobre el derecho autónomo a la verdad, declarando la Corte que toda la sociedad tiene derecho a conocer la verdad.

> 295. Al respecto, la Corte observa que algunas de las alegadas violaciones del derecho a conocer la verdad se enmarcan en el proceso de transición que siguió a la firma de los Acuerdos de Paz para poner término al conflicto armado interno. En particular, uno de los hechos alegados por las representantes se refiere al ocultamiento de información sobre graves violaciones de derechos humanos a la Comisión para el Esclarecimiento Histórico. En los Acuerdos de Paz, se "reconoció el derecho (…) de toda sociedad a conocer la verdad", para lo cual se estableció la CEH, con el fin de "esclarecer (…) las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca", vinculados al enfrentamiento armado (…).
>
> 298. Teniendo en cuenta que los hechos propios de este caso se desarrollaron dentro de un conflicto armado no internacional, el esclarecimiento de la verdad de lo sucedido adquiere una relevancia particular. La Corte considera pertinente reiterar, como lo ha hecho en otros casos, que los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad. Aún cuando estas comisiones no sustituyan la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales, la Corte ha establecido que se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues cada una tiene un sentido y alcance

[64] Corte IDH, caso *Gómez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil*, Sentencia del 24 de Noviembre 2010, párrs. 200 y 201.

propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen.

301. La Corte ha considerado que los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y la sociedad tienen el derecho a conocer la verdad, por lo que deben ser informados de lo sucedido. (…) La Corte ha indicado que la privación de la verdad acerca del paradero de una víctima de desaparición forzada acarrea una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos, por lo cual dicha violación del derecho a la integridad personal puede estar vinculada a una violación de su derecho a conocer la verdad.[65]

Finalmente resulta relevante el caso *Rodríguez Vera vs Colombia* (2014), donde se refiere a la obligatoriedad de conocer el derecho a la verdad en los siguientes términos.

510. En el presente caso, transcurridos 29 años de los hechos aún no se conoce toda la verdad sobre lo ocurrido a las víctimas del presente caso o su paradero. Asimismo, la Corte resalta que desde que sucedieron los hechos se han evidenciado una serie de conductas que han facilitado el ocultamiento de lo ocurrido o impedido y dilatado su esclarecimiento por parte de las autoridades judiciales y de la Fiscalía. Por otra parte, a pesar de la creación de una Comisión de la Verdad en 2005, como parte de los esfuerzos desarrollados por el Poder Judicial para establecer la verdad de lo ocurrido, sus conclusiones no han sido aceptadas por los distintos órganos del Estado a quienes correspondería la ejecución de sus recomendaciones. En este sentido, este Tribunal recuerda que el Estado alegó ante esta Corte que dicha Comisión no era oficial y que su informe no representaba la verdad de lo ocurrido. De esta forma, la posición del Estado ha impedido a las víctimas y familiares ver satisfecho su derecho al establecimiento de la verdad por vía de dicha comisión extrajudicial. Para la Corte un informe como el de la Comisión de la Verdad es importante, aunque complementario, y no sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales. En este sentido, resalta que aún no existe una versión oficial de lo ocurrido a la mayoría de las víctimas del caso.

511. Al respecto, la Corte reitera que toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene, de acuerdo con los artículos 1.1, 8.1, 25, así como en determinadas circunstancias el artículo 13 de la Convención, el derecho a conocer la verdad. No obstante, considera que en el presente caso el derecho a conocer la verdad se encuentra subsumido fundamentalmente en el derecho de las víctimas o sus familiares 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 que provienen de los artículos 8 y 25 de la Convención, lo cual constituye además una forma de reparación. En consecuencia, en este caso este Tribunal no hará un pronunciamiento adicional respecto de la violación del derecho a la verdad formulada por los representantes.[66]

[65] Corte IDH, caso *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs Guatemala,* Sentencia de 20 de noviembre de 2012, párrs. 295, 296 y 301.

[66] Corte IDH, caso *Rodríguez Vera (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs Colombia*, Sentencia 14 de Noviembre 2014, parrs. 510 y 511.

VII. DERECHO AUTONOMO A LA VERDAD

En los últimos tiempos vienen imponiéndose la necesidad de reconocer el derecho a la verdad como derecho autónomo en el Sistema IDH, situación tuvo un comienzo tenue con el caso *Anzuardo Castro vs Perú* (2009), se prolongó con el caso *Gómez Lund vs Brasil* (2010), prosigue con *Gudiel Alvares vs Guatemala* (2012) y se afinca definitivamente con el caso *Rodríguez Vera vs Colombia* (2014), donde parece consolidarse como nueva doctrina jurisprudencial. Aunque aun en una visión minoritaria, sostenida por 3 magistrados de la Corte IDH, Eduardo Ferrer Mac Gregor, Eduardo Vio Giossi y Manuel Ventura Robles.

Atrevemos a pronosticar que en poco tiempo más se estará discutiendo sobre el "Derecho Autónomo a la Verdad" como una cosmovisión doctrinaria ya reconocida y aceptada por la mayoría del pleno de la Corte IDH.

La idea que contiene este "Derecho Autónomo a la Verdad", que consiste en una evolución del simple "Derecho a la verdad" o "Derecho a conocer la verdad", es que mediante esta tesis se la reconoce como un derecho autónomo como una medida de reparación individual que puede ser perseguida de manera independiente, sin ligamen con otra violación. En el fallo citado *Rodríguez Vera vs Colombia* (2014), en el voto razonado de Ferrer Mac Gregor, reflexionaba:

> 3. Aquel primer pronunciamiento (se refiere a Velázquez Rodriguez vs Honduras) sirvió de base para lo que hoy se denomina "el derecho a la verdad" o "el derecho a conocer la verdad" y desde entonces el Tribunal Interamericano ha venido reconociendo de manera progresiva su existencia, así como su contenido y sus dos dimensiones (individual y colectiva).
> 4. (…) En la jurisprudencia de la Corte Interamericana el derecho a conocer la verdad se ha considerado tanto un derecho que corresponde a los Estados de respetar y garantizar, como una medida de reparación que tienen la obligación de satisfacer.[67]

Proseguía analizando, que si bien es cierto constituye un derecho no reconocido de forma expresa, se desprende que es el camino a seguir:

> 23. Del avance jurisprudencial de este Tribunal Interamericano y del desarrollo de los órganos e instrumentos internacionales y ordenamientos jurídicos internos, se desprende con claridad que el derecho a la verdad actualmente es reconocido como un derecho autónomo e independiente. Si bien el referido derecho no se encuentra contenido de forma expresa en la Convención Americana, ello no impide que la Corte Interamericana pueda examinar una alegada violación al respecto y declarar su violación. De conformidad con el artículo 29.c. del Pacto de San José, ninguna

[67] Corte IDH, caso *Rodríguez Vera (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs Colombia*, Sentencia 14 de Noviembre 2014, Voto Razonado de Eduardo Ferrer Mac Gragor, parrs. 3 y 4.

> disposición de la Convención debe ser interpretada en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno". Al respecto, se resalta que conforme fue expuesto en el párrafo anterior, el derecho a la verdad ha sido reconocido en el derecho colombiano y es considerado parte del derecho a la reparación, a la verdad y a la justicia, como corolario necesario para lograr la paz. [68]

También se reconoció, que el derecho a la verdad puede abarcar y afectar distintos derechos consagrados en la Convención Americana:

> 24. (…) Además, aun cuando el derecho a la verdad se enmarca fundamentalmente en el derecho de acceso a la justicia, dependiendo del contexto y circunstancias particulares del caso, el derecho a la verdad puede afectar distintos derechos consagrados en la Convención Americana, como lo reconoció la Corte en el caso Gomes Lund y otros (Guerrilla de Araguaia) vs Brasil respecto del derecho de acceso a la información (artículo 13 de la Convención) y en el caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs Guatemala respecto del derecho a la integridad personal (artículo 5 de la Convención).[69]

Finalmente concluye, que el derecho a la verdad es un derecho autónomo e independiente.

> 29. Por consiguiente, quien suscribe el presente voto es de la opinión que en esta Sentencia la Corte pudo haber declarado la violación autónoma del derecho a conocer la verdad -como lo había realizado anteriormente en el caso Gomes Lund y otros (Guerilha do Araguaia) vs Brasil-. Estimo que la violación a este derecho puede válidamente realizarse de manera autónoma y no pretender subsumirlo en las demás violaciones declaradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. El derecho a conocer la verdad es actualmente un derecho autónomo reconocido por diversos órganos e instrumentos internacionales y en ordenamientos nacionales, lo que puede llevar en el futuro a esta Corte Interamericana a considerar su violación de manera independiente, lo que abonaría a clarificar su propio contenido y alcances.[70]

Siguiendo idéntico lineamiento, Eduardo Vio Grossi, exponía:

> 6. En suma, el derecho a la verdad es, a la vez, fundamento a otros derechos, los que, por tanto, no serían comprendidos ni se explicarían sin él, y objetivo último de los mismos, pues sin verdad no hay justicia ni reparación. Como lo manifiesta la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la falta de verdad sustrae a la persona desaparecida de la "protección de la ley" o como lo expresa la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, tal carencia de verdad "impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".
>
> 7. Por todo lo afirmado, debe entenderse el derecho a la verdad, entonces, como implícitamente incluido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por ende, en su interpretación. En especial, dado que, de no ser así, no se comprendería lo prescrito en los artículos 8 y 25, los que, en último término, no persiguen otra cosa que

[68] *Idem* anterior, parr. 23.
[69] *Idem* anterior, parr. 24.
[70] *Idem* anterior, parr. 29.

> la verdad de lo acontecido en el caso en que ellos se invoquen y apliquen o, en otras palabras, no son más que instrumentos para alcanzar aquella.[71]

En idéntico sentido, Manuel Ventura Robles, significaba:

> 2. El voto concurrente del Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot me permite decir por primera vez por escrito que la gran mayoría de los 180 casos que ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "este Tribunal") a partir del año 1987, en que inicia el ejercicio de su función jurisdiccional, no se han podido cerrar y dar por cumplido las responsabilidades estatales, principalmente, por no haberle señalado a los Estados que habían violado el derecho a la verdad y que éste, naturalmente, está ligado a la obligación de investigar los hechos de los casos.
>
> 11. A la luz de estas consideraciones se puede comprender mejor la sentencia de la Corte y, sobretodo, la necesidad de que ésta empiece a declarar violaciones autónomas del derecho a conocer la verdad, con los fundamentos jurídicos que han señalado los Jueces Ferrer Mac-Gregor Poisot y Vio Grossi. Esto, sin duda alguna, lo pongo de nuevo de relieve, permitiría combatir la impunidad en nuestro continente.[72]

Puede notarse con extrema claridad, el grado de compromiso que asumieron los siguientes magistrados referenciados en la tesis sobre el *derecho autónomo a la verdad*, como una forma de adecuar la doctrina supranacional haciéndola avanzar hacia mejores condiciones de custodia.

Por nuestra parte compartimos esta visión de un "derecho autónomo a la verdad", augurando que en poco tiempo más se esté ante un posicionamiento doctrinario sustentado por el pleno de la Corte IDH, con ello ampliar horizontes para una más eficaz tutela de los Derechos Humanos.

VIII. LAS LEYES DE AMNISTIA

Papel preponderante en la obtención de la verdad, han jugado las leyes de amnistía, suscriptas en la mayoría de los países latinoamericanos luego de las largas y cruentas dictaduras militares que les ha tocado vivir. En tal sentido, la Corte IDH ha ejercido un papel fundamental en un compromiso con el Derecho a la Verdad, instando a la derogación de estas normativas que atentaban conocer lo que ocurrió en los pueblos latinoamericanos durante la época de dura represión militar.

Se reconoció que las leyes de amnistía, también llamados de "obediencia debida" o "leyes de punto final", atentaban contra el *ius cogens*, no correspondiendo se siga avalando el grado de impunidad de todos aquellos que cometieron delitos de *lesa* humanidad.

---

[71] *Idem* anterior, Voto Razonado de Eduardo Vio Grossi, párrs. 6 y 7.
[72] *Idem* anterior, Voto Razonado de Manuel Ventura Robles, párrs. 2 y 11.

El juez Antonio Cançado Trindade en el fallo *La Cantuta vs Perú* (2006), reflexionaba en el sentido de explicitar en concreto los motivos por el que debían ser dejados de lado las leyes de amnistía. Por su alto voltaje doctrinario, como mensaje premonitorio de la derogación de las Leyes de amnistía en la mayoría de los países latinoamericanos que atentaban contra el derecho a la verdad, se transcribe *in extenso* la parte sustancial de los argumentos (compendiaba los argumentos que fueron vertidos en otros fallos como el caso *Barrios Altos vs Perú* -2001- y *Almonacid Arellano vs Chile* -2006-):

> 28. (…) Las llamadas **autoamnistías** son, en suma, una afrenta inadmisible al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia). Son ellas manifiestamente incompatibles con las obligaciones generales -indisociables- de los Estados Partes en la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos por ella protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos (en los términos del artículo 1(1) de la Convención), así como de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección (en los términos del artículo 2 de la Convención). Además, afectan los derechos protegidos por la Convención, en particular los derechos a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25).
>
> Hay que tener presente, en relación con las leyes de autoamnistía, que su legalidad en el plano del derecho interno, al conllevar a la impunidad y la injusticia, encuéntrese en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acarreando violaciones de jure de los derechos de la persona humana. El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...).
>
> No hay que olvidarse jamás que el Estado fue originalmente concebido para la realización del bien común. El Estado existe para el ser humano, y no vice versa. Ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos. (...) Hay que decirlo y repetirlo con firmeza, cuantas veces sea necesario: en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas "leyes" de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisible a la conciencia jurídica de la humanidad".
>
> 31. (…) Las autoamnistías no son verdaderas leyes, por cuanto desprovistas del necesario carácter genérico de éstas, de la idea del Derecho que las inspira (esencial inclusive para la seguridad jurídica), y de su búsqueda del bien común. Ni siquiera buscan la organización o reglamentación de las relaciones sociales para la realización del bien común. Todo lo que pretenden es substraer de la justicia determinados hechos, encubrir violaciones graves de derechos, y asegurar la impunidad de algunos. No

> satisfacen los mínimos requisitos de leyes, todo lo contrario, son aberraciones antijurídicas. (...)
> (...) Las autoamnistías son, a mi modo de ver, la propia negación del Derecho. Violan abiertamente principios generales del derecho, como el acceso a la justicia (que en mi concepción pertenece al dominio del jus cogens), la igualdad ante la ley, el derecho al juez natural, entre otros. En algunos casos, han encubierto inclusive crímenes contra la humanidad y actos de genocidio. En la medida en que impiden la realización de la justicia por crímenes de tamaña gravedad, las autoamnistías son violatorias del jus cogens. (...)
> En última instancia, las autoamnistías violan los derechos a la verdad y a la justicia, desconocen cruelmente el terrible sufrimiento de las víctimas, obstaculizan el derecho a reparaciones adecuadas. Sus efectos perversos, a mi modo de ver, permean todo el cuerpo social, con la consecuente pérdida de fe en la justicia humana y en los verdaderos valores, y una perversa distorsión de los fines del Estado. Originalmente creado para la realización del bien común, el Estado pasa a ser un ente que extermina miembros de segmentos de su propia población (el más precioso elemento constitutivo del propio Estado, su substratum humano) ante la más completa impunidad. De un ente creado para la realización del bien común, se transforma en un ente responsable por prácticas verdaderamente criminales, por innegables crímenes de Estado". [73]

Se concretó que las leyes de amnistía o figuras análogas, han sido un obstáculo para investigar y sancionar a los responsables de los crímenes cometidos, siendo leyes incompatibles con las graves violaciones de derechos humanos. Ratificando el criterio en el caso *Gómez Lund (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil* (2010):

> 147. Las amnistías o figuras análogas han sido uno de los obstáculos alegados por algunos Estados para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos. Este Tribunal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos se han pronunciado sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados.[74]

1. Incompatibilidad de leyes de amnistía con obligación convencional

Fueron reiterados los fallos de la Corte IDH, declarando la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones convencionales de los Estados, cuando se trata de grave violación a los derechos humanos.

En el caso *Gómez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil* (2010), decía:

[73] Corte IDH, caso *La Cantuta vs Perú,* Sentencia 29 de Noviembre 2006, Voto Razonado de Antonio Cançado Trindade, parrs. 28 y 31.
[74] Corte IDH, caso *Gómez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil*, Sentencia del 24 de Noviembre 2010, párr. 147.

> 149. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual Brasil forma parte por decisión soberana, son reiterados los pronunciamientos sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones convencionales de los Estados cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos. Además de las decisiones antes mencionadas de este Tribunal, la Comisión Interamericana ha concluido, en el presente caso y en otros relativos a Argentina, Chile, El Salvador, Haití, Perú y Uruguay su contrariedad con el derecho internacional. Asimismo, la Comisión ha recordado que:
> Se ha pronunciado en un número de casos claves en los cuales ha tenido la oportunidad de expresar su punto de vista y cristalizar su doctrina en materia de aplicación de leyes de amnistía, estableciendo que dichas leyes violan diversas disposiciones tanto de la Declaración Americana como de la Convención. Estas decisiones, coincidentes con el criterio de otros órganos internacionales de derechos humanos respecto a las amnistías, han declarado en forma uniforme que tanto las leyes de amnistía como las medidas legislativas comparables que impiden o dan por terminada la investigación y juzgamiento de agentes de un Estado que puedan ser responsables de serias violaciones de la Convención o la Declaración Americana, violan múltiples disposiciones de estos instrumentos.[75]

Posición que se ratifica en el fallo *Masacre del Mazote y Lugares aledaños vs El Salvador* (2012):

> 283. Ya ha sido expuesto y desarrollado ampliamente en los casos Gomes Lund vs. Brasil y Gelman vs. Uruguay resueltos por esta Corte en el ámbito de su competencia jurisdiccional, como este Tribunal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los órganos de las Naciones Unidas; otros organismos regionales de protección de los derechos humanos; y otros tribunales del ámbito del derecho penal internacional se han pronunciado sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados. Esto debido a que las amnistías o figuras análogas han sido uno de los obstáculos invocados por algunos Estados para no cumplir con su obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. Igualmente, diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados, observando de buena fe sus obligaciones internacionales. De tal modo, a efectos del presente caso, el Tribunal reitera que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".[76]

2. Prohibición de amnistía

[75] *Idem* anterior, párr. 149.
[76] Corte IDH, caso *Masacre de el Mazote y Lugares aledaños vs El Salvador,* Sentencia 25 de Octubre 2012, párr. 283.

Pero la cuestión fue más allá, declarando una prohibición de dictar leyes de amnistía en el futuro, por ser violatorios de derechos humanos y avalados por declaraciones en el ámbito universal, con un claro mensaje a futuro que esto no puede volver a ocurrir, en una lúcida apuesta a favor de la obtención de la verdad.

> 156. También en el ámbito universal, los órganos de protección de derechos humanos establecidos por tratados han mantenido el mismo criterio sobre la prohibición de amnistías que impidan la investigación y sanción de quienes cometan graves violaciones a los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 31, manifestó que los Estados deben asegurar que los culpables de infracciones reconocidas como delitos en el derecho internacional o en la legislación nacional, entre ellos la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, las privaciones de vida sumarias y arbitrarias y las desapariciones forzosas, comparezcan ante la justicia y no traten de eximir a los autores de su responsabilidad jurídica, como ha ocurrido con ciertas amnistías.
>
> 161. En el Sistema Europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que es de la mayor importancia, para efectos de un recurso efectivo, que los procesos penales referentes a crímenes como la tortura, que impliquen violaciones graves a los derechos humanos no sean prescriptibles y que no se deben permitir amnistías o perdones al respecto.
>
> 177. (…) El Tribunal estima oportuno recordar que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda). Como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, incumplir obligaciones internacionales. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (effet utile) en el plano de su derecho interno.[77]

CONCLUSIÓN

A modo conclusivo, a la luz de las líneas doctrinales expuestas avaladas en fallos jurisprudenciales de la Corte IDH puede afirmarse sobre la existencia de un compromiso ineludible de la jurisdicción supranacional con la obtención de la verdad. En el Sistema interamericano no se siguen las discusiones banales que se producen en el orden procesal interno sobre si la verdad es o no asequible por medio del método de juzgamiento, evidenciando una visión superada, donde la apuesta consiste que en el fenómeno de litigación

[77] Corte IDH, caso *Gómez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil*, Sentencia del 24 de Noviembre 2010, párrs. 156, 161 y 177.

debe encontrarse la verdad de los hechos. Lo contrario sería seguir avalando posturas retardatorias que apuntan a la violación de las garantías fundamentales de ser humano.

Sin verdad no hay justicia, de modo que si los modelos procesales domésticos no surgen orientados en pos de la obtención de la verdad, sencillamente deberán ser reformados o transformados al no resistir los embates de la nueva doctrina.

Esto trae como consecuencia, un replanteamiento de la idea que desplaza prácticamente por completo a un Juez neutral y desinteresado, para reemplazarlo por otra caracterizada por la solidaridad que proviene del principio de publicización, con el objetivo que mediante la colaboración de las partes y del Juez surjan soluciones reales, basadas en la verdad como formas de dirimir el conflicto. Se abandona el poder monopolístico de las partes respecto de las pruebas, sosteniéndose que el proceso ya no es cosa de partes, sino que la sociedad toda es la que requiere de una tutela efectiva, al estado le interesa la suerte del proceso en el sentido que se resolverá con justicia.

Abandona la idea de un procesalismo formal, donde lo más importante era el formalismo, reemplazándola con otra visión que mira al debido proceso como un derecho a la obtención de justicia llevada a cabo mediante la superación de las grietas que impidieron un resultado eficaz. Pregona un Juez que supere las rigideces técnicas, evitando que las formas se conviertan en rituales que constituyan una finalidad en sí mismas.

Este supuesto muestra con claridad que el proceso debe responder y estar enmarcado en cánones de verdad, no tratándose ya el proceso de un simple medio para dirimir conflictos sino también un método que sirva para arribar a la verdad, sin ella estamos en presencia de una ficción de justicia y no ante una justicia verdadera.

Dar soluciones jurídicas a los problemas reales, muchas veces imponen aceptar reglas preestablecidas dirigidas a proveer un marco regulatorio a la convivencia social, criterios que muchas veces nos alejan de los valores de justicia y de verdad, pero que son normas jurídicas en la que se da preeminencia a otros valores importantes para la sociedad, tales como la seguridad, la solidaridad, el orden y la paz social.

El ámbito jurídico debe estar invariablemente encaminado a buscar la verdad para así consagrar el valor justicia, que es el valor central del ejido jurídico, éste es el mandato concreto del sistema interamericano, la idea de convivir sobre cánones de verdad. Cualquier

idea solapada que no busque el contenido de verdad, será como una visión trasnochada que se ahoga en sacramentalismos e ideas superadas.

Se proponen como tesis, las siguientes conclusiones:

a) La verdad y la justicia son valores inseparables, como las dos caras de la misma moneda, ya no llegaríamos a la justicia si no esclarecemos la verdad, y un sistema jurídico que no busquen la verdad difícilmente sería justo.
b) Desde el orden transnacional, emana una directiva clara, en el sentido que las órdenes internos deben tener un compromiso con la justicia y con la búsqueda de la verdad, pregonando la humanización del litigio.
c) Deberá concretarse en un futuro próximo un derecho autónomo a la verdad, incorporándole primero como precedente vinculante jurisprudencial y luego como contenido normativo en la Convención, para garantizar su vigencia irrestricta.
d) Los delitos de *lesa* humanidad no pueden ser dejados de investigar, por ninguna ley cualquiera sea su denominación, ni con ningún argumento que propicio impunidad.

BIBLIOGRAFÍA

Carnelutti, Francesco, "La Prueba Civil", Depalma, Bs. As., p. 21.

Couture*, Eduardo, "Estudios de derecho procesal civil", T. 3, p. 249, Depalma, Bs. As., 3ª Edición, 1998.*

Diccionario Larousse ilustrado, p. 1058, Ediciones Larousse, 1990.

Kielmanovich, Jorge, en "Teoría de la Prueba y Medios Probatorios", Edit. Rubinzal-Culzoni, P. 61.

Morello, Augusto M., "*Avances Procesales"*, p. 428, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

Villoro Toranzo, Miguel, *"Lecciones de Filosofía del Derecho"*, p.26, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, Año 2003.

CASOS CORTE IDH:

Corte IDH, caso *Anzualdo Castro vs Perú,* Sentencia de 22 de Septiembre de 2009, párrs. 119 y 168.

Corte IDH, caso Bámaca Velásquez vs Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrs. 200 y 201.

Corte IDH, Caso Blanco Romero y otros vs Venezuela, Sentencia de 28 de noviembre de 2005, párr. 62.

Corte IDH, caso *Castillo Páez vs Perú,* Sentencia de 3 de noviembre de 1997, párr. 86

Corte IDH, caso *de la Masacre de Pueblo Bello vs Colombia,* Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 219.

Corte IDH, caso *Gómez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil*, Sentencia del 24 de Noviembre 2010, párrs. 200 y 201.

Corte IDH, caso *Gómez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil*, Sentencia del 24 de Noviembre 2010, párr. 147.

Corte IDH, caso *Gómez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil*, Sentencia del 24 de Noviembre 2010, párrs. 156, 161 y 177.

Corte IDH, caso *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs Guatemala,* Sentencia de 20 de noviembre de 2012, párrs. 295, 296 y 301.

Corte IDH, caso *La Cantuta vs Perú,* Sentencia 29 de Noviembre 2006, Voto Razonado de Antonio Cançado Trindade, parrs. 28 y 31.

Corte IDH, caso *Masacre de el Mazote y Lugares aledaños vs El Salvador*, Sentencia 25 de Octubre 2012, párr. 283.

Corte IDH, caso *Rodríguez Vera (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs Colombia,* Sentencia 14 de Noviembre 2014, Voto Razonado de Eduardo Vio Grossi, parrs. 6 y 7

Corte IDH, caso *Rodríguez Vera (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs Colombia,* Sentencia 14 de Noviembre 2014, parrs. 510 y 511.

Corte IDH, caso *Rodríguez Vera (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs Colombia,* Sentencia 14 de Noviembre 2014, Voto Razonado de Eduardo Ferrer Mac Gragor, parrs. 3 y 4.

Corte IDH, caso *Velázquez Rodríguez vs Honduras*, Sentencia 29 de Julio 1.988, párr. 181.

Corte IDH, caso *Zambrano Vélez y otros vs Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007, párr. 128.

CAPÍTULO III. PROTECCIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN UN PLAZO RAZONABLE EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Abril Alejandra Priego Barahona[78]

Sumario:

A. Concepto del plazo razonable – B. Teoría del no plazo a partir de los Criterios de la Corte Interamericana – 1. Complejidad del caso – 2. Conducta del recurrente – 3. Actuación de los órganos judiciales – 4. La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Resumen:

El derecho al plazo razonable se da por añadidura cuando se ejerce el derecho al debido proceso; sin embargo, cuando su cumplimiento no se procura, representa uno de los mayores problemas al que se enfrenta el derecho procesal actualmente[79]. Este trabajo es un estudio acerca del concepto de esta garantía fundamental y sus primeras expresiones a lo largo de la historia, desde la perspectiva del Estado de derecho, en él se desarrollarán los elementos a través de los cuáles los sistemas de gobierno conceden el cumplimiento de sus derechos y ejecutan los procedimientos legales para que éstos sean efectivos.

Palabras Clave: Plazo razonable, Derechos Humanos, Acceso a la Justicia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Debido Proceso.

Abstract:

The right to be given reasonable time to boot when the right to due process is exercised; however, when no enforcement is sought, it is one of the biggest problems facing the procedural right now. This work is a study about the concept of this fundamental right and their first expressions throughout history, from the perspective of the rule of law, it will develop the elements through which government attach systems compliance execute their rights and legal procedures so that they are effective.

Keywords: Reasonable time, Human Rights, Access to Justice, Inter-American Court of Human Rights, Due Process

INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia en un plazo razonable es una garantía judicial que se encuentra contemplada en la Convención Americana de Derechos Humanos así como en otros instrumentos de carácter internacional y de derecho interno de cada país, que constituye una responsabilidad de parte de los Estados y un derecho para sus gobernados que establece la base del debido proceso. Se pretende hacer un recorrido por estos elementos e identificar las cuestiones que influyen y las consecuencias de sus violaciones, partiendo de un análisis que aspira a demostrar la aplicación del derecho internacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como la efectividad del cumplimiento de las garantías judiciales entre

[78] Licenciada en Derecho Corporativo por la Universidad Olmeca y actualmente becaria de Conacyt y estudiante del 4to. semestre de la maestría en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos perteneciente al Programa Nacional de Posgrados de Calidad de impartida en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

[79] *Vid.* Moreno Cruz, Rodolfo, "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales", *Boletín mexicano de derecho comparado,* México, nueva serie, año XL, número 120, septiembre – diciembre, 2007, pp. 825 – 852.

los paradigmas de la legalidad y la realidad jurídica a partir de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH.

A. Concepto del plazo razonable

Al hablar acerca de la definición del plazo razonable en materia jurídica, no podemos excluir al debido proceso puesto que de él emana, bien dicho es que el primero no existe sin que el segundo se lleve a cabo, sin embargo es necesario describir la importancia del plazo razonable para que el proceso pueda ser exitoso, puesto que aun si el proceso se encuentra apegado a derecho en todos los razonamientos, de haber una dilación indebida nos hallamos frente a una obstrucción en el acceso a la justicia.

En primera instancia debemos tener claro que el proceso se debe de llevar a cabo en un lapso y este debe ser determinado de acuerdo a las necesidades del mismo. Todas las acciones que los seres humanos realicen como manifestación de los poderes políticos sólo pueden existir por un determinado tiempo, no obstante se tiene que reconocer que a pesar de esto, por más dilatado que se muestre un acto por sí mismo no es elemento suficiente para calificar de ilegítima la duración de un proceso, sabemos que la actividad estatal está motivada por el derecho positivo contenido en la Constitución de cada país, sin embargo únicamente la diligencia que se realice oportunamente será útil para la sociedad, puesto que las acciones en exceso prolongadas sin motivo que lo justifique o la denegación de la impartición de justicia generan en sí una negación del derecho[80]. De esto surge la problemática que abordamos como tema principal de esta investigación, la impartición de justicia en un plazo razonable en el debido proceso.

Para definir al plazo razonable primero necesitamos un acercamiento al concepto de proceso, este se entiende como el "conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del juez competente"[81]. Se deduce que el proceso debe realizarse en un periodo definitivo, aquí la cuestión es determinar cuánto tiempo será necesario para que este se realice con todas las acciones requeridas y que por una parte el Estado tenga la posibilidad de perseguir la responsabilidad del individuo en caso de que exista y por la otra, que el ciudadano ejerza su derecho a una legítima defensa, por

[80] Para complementar, *vid.* Salinas Mendoza, Diego, "*El plazo razonable del proceso en la jurisprudencia contemporánea",* Perú, Palestra, 2012, p. 61.

[81] *Vid.* Salazar Abaroa, Enrique, *Derecho Parlamentario. La contaduría mayor de Hacienda hacia un Tribunal mayor de Hacienda,* México, Coordinación de Publicaciones y Difusión, 1989, p. 19.

lo que no puede extenderse o abreviarse más de lo necesario, con esto se pretende decir que el plazo razonable se mide en virtud de las necesidades que se susciten a lo largo del proceso.

Cuando hablamos de plazo razonable nos referimos al plazo de duración del juicio en su totalidad, que observa el principio de razonabilidad y proporcionalidad que emanan del debido proceso,[82] este derecho se configura en el hecho de que se lleve a cabo dentro de los tiempos establecidos jurídicamente. Es también oportuno aclarar que cuando hablamos de dilación en la impartición de justicia, nos estamos refiriendo a la prolongación del proceso más allá de lo razonable, este retardo puede presentarse en cualquier parte del mismo[83]. La definición de plazo razonable es aplicable a la solución de un conflicto de la forma jurisdiccional, esto quiere decir que esta razonabilidad debe aplicarse al trámite y la conclusión de diversas etapas del proceso que tienen como finalidad llegar a la sentencia definitiva, así como también a la diligencia en la ejecución de la misma, pues son el final del procedimiento[84].

En párrafos anteriores se ha catalogado el derecho al plazo razonable como contenido implícito en el debido proceso; empero, esto trae como consecuencia que pueda configurarse como un derecho autónomo[85], el retraso en la impartición de justicia es una circunstancia que quebranta todos los demás derechos fundamentales pues "*justicia retardada, es justicia denegada*", sin embargo la dilación excesiva no es el único problema al que nos enfrentamos con respecto a la duración en el juicio, pues también un procedimiento de extrema rapidez presume de ser violatorio de derechos fundamentales al no respetar los plazos correspondientes[86]. Este concepto se aplica a la solución de judicial de una controversia, por ende se entiende que debe haber razonabilidad en el trámite y que las etapas que este conlleve se hayan concluido para poder llegar a la sentencia definitiva; como a la diligencia en la ejecución de los fallos judiciales, pues esto también es parte del proceso[87].

No obstante lo antepuesto, la normatividad de cada Estado marca los términos de cada actuación procesal y la dilación en algunos de ellos no estrictamente genera una demora

---

[82] *Vid.* Angulo García, Dorennys, *Tesis Doctoral: La duración excesiva del juicio, ¿un problema común en Latinoamérica?*, Pásara Pazos, Luis (director), Universidad de Salamanca, 2011.

[83] *Idem.*

[84] García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana,* México, UNAM, 2002, p. 135.

[85] *Vid.* Viteri Custodio, Daniela Damaris, "El derecho al plazo razonable en el proceso penal: el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional peruano", consulta: http://www2.congreso.gob.pe

[86] *Vid*. Angulo García, Dorennys, *op. Cit.*

[87] García, Ramírez, Sergio, *op. Cit.*

indebida al plazo razonable de los mismos, pues al ser este un concepto indeterminado y constantemente cambiante por las características que posee en cada caso concreto debe ser dotado de sus especificidades adecuadas[88]. Por lo tanto derivado de esto podemos entender que la exigencia que las causas judiciales definan dentro de un plazo razonable no satisface a un asunto cuantitativo sino más bien cualitativo, pues este derecho se define en el sentido común de apreciación a cada asunto determinado[89].

Invariablemente las partes involucradas en el proceso se ven afectadas cuando no se imparte la justicia en un plazo razonable, la demora en el proceso obliga a la víctima a enfrentarse a una serie de impedimentos que la revisten de impotencia y minan sus derechos, además de reducir las posibilidades de llegar a buen fin en el proceso en cuanto a la investigación y sanción de los responsables, elude la responsabilidad del sistema y erosiona su credibilidad, pues siempre hay dudas sobre la competencia de los encargados del mismo[90].

B. Teoría del no plazo a partir de los Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claro que para que se facilite el cumplimiento del derecho subjetivo al plazo razonable es necesario seguir una serie de criterios que influenciada directamente por el Tribunal Europeo ha tenido a bien denominar la teoría del no plazo, esta habla de que los tribunales deben remitirse a tres datos relevantes para determinar la razonabilidad del plazo[91] y los mencionamos en párrafos anteriores: complejidad del asunto sujeto a juicio, actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales, esto se refiere a algún elemento que sea concerniente al carácter de los hechos del proceso. La Corte Interamericana de Derechos Humanos no suele aportar determinaciones conformes a esos fundamentos concluyentes para aprobar la razonabilidad del plazo observado. Sin embargo aunado a estos 3 elementos que han coexistido desde la creación de esta teoría, actualmente se les unió un cuarto: "la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso" es en la sentencia del caso Valle Jaramillo Vs.

[88] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concedido a este concepto una serie de características que ameritan el análisis de cada caso concreto para determinar la duración de los actos del proceso en el que se desarrollen.

[89] *Vid.* Gómez Reyes, José Alfredo, "El plazo razonable en la impartición de justicia", consulta: *www.pjeveracruz.gob.mx/centro_informacion/publicaciones/pdf/*

[90] *Vid.* García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana,* México, UNAM, 2002, p. 134.

[91] Voto concurrente del juez García Ramírez, Sergio, a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el caso V*alle Jaramillo y otros* del 27 de noviembre de 2008.

Colombia[92] donde se introduce dando una nuevo parámetro de análisis a la teoría que en esta ocasión nos ocupa.

La impartición de justicia no puede establecerse de manera específica, pues obedece a las particularidades que caractericen el caso con respecto a los elementos antes mencionados, esta es entonces la razón por la que es imposible trasladar dicho concepto en un número específico para determinar el tiempo en el que se lleve a cabo el procedimiento judicial. Pero ello implica dejar esta decisión a quienes operan el derecho y la autoridad de la dilatación en el tiempo del proceso, pudiendo variar libremente, en un caso en concreto entre unos y otros, la evaluación de razonabilidad de los plazos de duración del proceso[93].

Es por la razón antes descrita que se piensa que esta doctrina ha sostenido en reiteradas ocasiones que contrario a como su nombre lo indica, el plazo razonable no es en sí un plazo, puesto que no es posible medirlo en horas, días, meses o años, o fijarlo de forma a priori por la ley, es así que el plazo razonable de duración de la prisión preventiva[94] o del proceso en sí se determina específicamente por caso, con base a los criterios de razonabilidad. La razonabilidad del plazo al que se refiere el mandato se debe tomar en consideración con la base de la duración total del proceso, y el tiempo del mismo comienza a contar desde el primer acto procesal, esto fue fundamentado en el caso Yvon Neptune vs Haití[95] pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que la razón es que la persona está sujeta a imputación y en estado de incertidumbre, por lo cual su situación jurídica debe ser resuelta y sustanciada en el menor tiempo posible, con la finalidad de no prolongar de forma indefinida las consecuencias de un proceso penal pues mientras este se lleve a cabo puede estar sujeto a prisión preventiva. Aunado a esto existe una necesidad de hacer efectiva la responsabilidad

[92] Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros *Vs*. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párrafo 155.

[93] Voto concurrente del juez García Ramírez, Sergio, a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el caso V*alle Jaramillo y otros* del 27 de noviembre de 2008.

[94] La Comisión Interamericana entiende por "prisión o detención preventiva": todo el periodo de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previa a una sentencia firme. En Comisión Americana de Derechos Humanos Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas 2013, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13 30 diciembre 2013 Original: Español, consultado en: *http://www.cidh.org*

[95] Para ampliar, *vid.* Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párrafo 81.

penal en caso de que resulte como consecuencia de la investigación, puesto que es necesario proteger y garantizar los derechos de las víctimas[96].

1. **Complejidad del caso**

Para determinar la complejidad del caso, es necesario que se determinen las circunstancias de jure[97] y de facto[98] del caso concreto, que a su vez pueden estar compuestas por: "a) el establecimiento y esclarecimiento de los hechos, los cuales pueden ser simples o complejos; b) el análisis jurídico de los hechos por los cuales se inicia el proceso penal; c) la prueba de los hechos, la cual puede ser difícil, necesariamente prolongada o de complicada actuación; y, d) la pluralidad de agraviados o inculpados, con sus respectivas defensa, entre otros elementos"[99].

En cuanto a este punto es necesario que se verifique la compatibilidad entre la conducta del Estado y lo que dispone la Convención, esto quiere decir que el órgano que debe practicar el principio de control de convencionalidad es aquél que debe explorar las circunstancias de iure y de facto del caso. Ante esta circunstancia se pueden generar dos tipos de supuestos, el primero se refiere a hechos complejos más pruebas difíciles y costosas que se lleven mucho tiempo en recaudarlas y el segundo es hechos claros más problemas de apreciación y/o clasificación de hechos, además de una jurisprudencia cambiante y una legislación incierta ante la circunstancia que se enfrentan[100]. Ante el surgimiento de algunas complejidades en el caso nos iremos encontrando con diversas variables en el mismo, por ejemplo si existe complejidad en la prueba, pluralidad en los sujetos procesales, o contexto en el que se genera

---

[96] *Vid.* Cortázar, María Graciela, "Las Garantías Judiciales. Estándares a partir de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Prolegómenos*, Colombia, volumen XV, número 30, julio – diciembre, 2012, pp. 65 – 79.

[97] *De jure (iure):* Adv. De derecho, conforme a derecho, por virtud o por ministerio de derecho, o de la ley. En el plano de las normas jurídicas. Con efector jurídicos. Legalmente. De acuerdo a las leyes. La mayoría de edad de iure se alcanza a los 18 años. Lo contrario de "*de facto". Cfr. "de facto". Vid.* Bustamante Bustamante, Noé, *Locuciones Latinas en Materia Jurídica*, México, Palibrio, 2012, p. 104.

[98] *De facto:* De hecho, opuesto a "de derecho". Por los hechos consumados. En el plano de la realidad. Resultado de los hechos. Algo que es automáticamente aceptado por la Corte. Por la fuerza de las circunstancias. Según evidencian los acontecimientos. En muchos países, el gobierno de facto lo ostentan los militares o las grandes corporaciones comerciales. Se usa con frecuencia para denotar aquella forma de gobierno en que un grupo de personas o determinada institución se apodera por la fuerza del poder, sustituyendo a los poderes de "jure", y a las legítimas autoridades. *Cfr. de jure*, de derecho, para los carlistas, Isabell II era monarca *de facto* y Don Carlos el *de jure. Vid.* Bustamante Bustamante, Noé, *Op. Cit.*

[99] Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, 10 de agosto de 2010, EXP. N.° 05350-2009-PHC/TC, consultada en *www.tc.gob.pe*.

[100] Zuñiga, Marcela, "Estándares Internacionales Relativos al Plazo Razonable desde una perspectiva práctica, (Implicaciones y casos)", *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, El Salvador, 2014, consultado en: *www.cejamericas.org*

el caso encontraremos variables como masacres, conflictos internos armados y desapariciones forzadas, por mencionar algunos[101].

En el voto concurrente del caso López Álvarez vs. Honduras el entonces juez García Ramírez expresó que para que un proceso se considere complejo debe cumplir con ciertas características: que los hechos se hallen sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, azarosa o tardía recaudación; que acudan a la controversia múltiples relaciones difíciles de desentrañar, así como el número de participantes y sus intereses llevados a juicio, y a las condiciones en las que se analiza la causa[102]. Al llegar a este punto lo que se debe analizar son diversos elementos que determinen la complejidad, estos son: la gravedad y naturaleza del delito, el número de los cargos imputados, la naturaleza de la que emanan las investigaciones, la cantidad de personas involucradas, el número de testigos, las condiciones de orden público, la autonomía de las autoridades, entre otros[103].

Hablando por ejemplo de casos en materia penal, en la complejidad del asunto la violación de la garantía judicial del plazo razonable puede estar directamente conectada con la violación de otro derecho o garantía contenida en el proceso, que por su relación resulte también afectada, pues no se puede omitir que quien acude al Estado buscando administración de justicia espera una pronta resolución judicial, puesto que la irrazonabilidad del plazo se predica en tanto no sea excesivamente largo o viceversa[104]. Es importante rescatar que la complejidad del caso se determina por el caso concreto y no solo por la cantidad de personas involucradas en él, esto es que se toma en cuenta las particularidades del mismo y sus implicaciones sociales, humanas, dificultades de investigación, desarrollo de la actividad probatoria, así como criminalística, etcétera[105].

2. **Conducta del recurrente**

La conducta procesal de quien recurre a juicio puede ser determinante en la razonabilidad del plazo según criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues refiriéndonos a la actividad en el procedimiento y considerando su conducta activa u omisiva, puede influir en el

---

[101] *Idem.*

[102] Voto concurrente del juez García Ramírez, Sergio, a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el caso V*alle Jaramillo y otros d*el 27 de noviembre de 2008.

[103] Rodríguez Bejarano, Carolina, "El plazo razonable en el marco de las garantías Judiciales en Colombia", *Memorando de Derecho,* Consultado en : *dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851181.pdf*

[104] *Idem.*

[105] *Vid.* Cano López, Miluska Giovanna, "El derecho al plazo razonable en los instrumentos internacionales y en el fallo del Tribunal Constitucional", consultado en: *www.teleley.com/articulos/art_180708-2.pdf*

caso. Aunado a esto existe la posibilidad de que la persona haga uso de cuanto recurso tenga a su alcance que aleje la llegada de la resolución de fondo[106].

Los juzgadores determinaron que con este criterio se perteneciera al análisis de la conducta o la actividad a lo largo del proceso de quien recurre o de la contraparte y se estableciera si esta es incompatible con la legislación establecida, o si ha habido algún tipo de gestión que haya realizado con la finalidad de obstruir, dificultar o dilatar el proceso de la administración de justicia. Es así como algunas conductas que podrían evidenciar los puntos antes mencionados podrían ser las relacionadas con la colaboración del procesado al momento de investigar los hechos, el presentar documentación apócrifa, o premeditadas mentiras que desvíen el curso de la averiguación de los hechos acontecidos, así como entorpecer la actividad en la que se desahoguen las pruebas, comprar o manipular a las personas que fungen como testigos y la interposición de recursos por el simple hecho de que pase el tiempo mientras se resuelven pero que de antemano se tiene conocimiento de que serán desestimados, entre otras[107]. La actividad procesal del interesado debe ser diligente, proactiva y que en ella no existan actividades dilatorias que entorpezcan el proceso, realizando todos los actos procesales necesarios para estar en solidaridad con el Tribunal[108].

Cabe destacar que la conducta del procesado puede ser determinante para la resolución en tiempo y forma o para que se genere una dilación excesiva en la impartición de justicia en el caso en el que demuestre que con su comportamiento que está obstruyendo el trabajo de las autoridades. Es por esta razón que resulta necesario que se determine si la conducta procesal del imputado ha sido perentoria o si ha influido en la resolución del juicio, para esto hay que analizar escuetamente si ha hecho un uso excesivo o innecesario de los elementos que las leyes ponen a su disposición en forma de alguna figura jurídica de la que pueda beneficiarse[109]. Asimismo, la Corte también hace mención acerca de la defensa obstruccionista que refiere a lo expresado en el párrafo que antecede, pues entonces se presume de la mala fe del procesado y como consecuencia la demora puede ser imputable en él[110].

---

[106] *Vid.* Voto recurrente García Ramírez, Sergio, op. Cit.
[107] *Vid.* Viteri Custodio, Daniela Damaris, *op. Cit.*
[108] *Vid.* Martínez Álvarez, Eduardo M., "La garantía del debido proceso y el plazo razonable de su sustanciación", *Revista Imes Dereito*, Brasil, año IV, número 7, julho – dezembro 2003, pp. 70 – 74.
[109] Para más información, *vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, 10 de agosto de 2010, EXP. N.° 05350-2009-PHC/TC, consultada en www.tc.gob.pe.
[110] *Vid.* Convención Interamericana de Derechos Humanos, Informe número 64/99, *Garcés Valladares Vs. Ecuador*, 13 de abril de 1999.

Cuando hablamos acerca de la valoración de la actividad y conducta de quien se encuentra bajo proceso nos referimos a uno de los efectos más importantes para determinar la razonabilidad del plazo, puesto que si bien la ley prevé que existan medios procesales para su defensa, es preciso que exista una regulación y no una falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del interesado, que no sería más que la muestra del uso ilegítimo de los derechos que el Estado nos otorga, con la denominada "defensa obstruccionista"[111].

3. **Actuación de los órganos judiciales**

Para hablar de la actuación de los órganos judiciales habrá que deslindar la actividad ejercida con reflexión y cautela justificable de la que se realiza con parsimonia y exasperante lentitud. El criterio de la Corte es el cuestionamiento acerca del rendimiento de los tribunales cuando distraen su energía mientras los individuos aguardan por sus razonamientos que se hacen esperar cada vez más. Existe una dilación indebida que se atribuya a la autoridad cuando sus actos de demora no estén justificados por una determinada cuestión, puesto que el simple incumplimiento de los plazos procesales no es constitutivo por sí mismo de violación del derecho a un proceso sin demoras injustificadas[112].

Es necesario analizar con respecto a la conducta de las autoridades competentes que se encargan de la administración de justicia, que este elemento establecido por la Corte IDH está interesado en evaluar el nivel de apresuramiento con el que se ha tramitado el proceso, puesto que si la parsimonia en la resolución de un asunto es responsabilidad del Estado, existe un compromiso de parte de éste por falta de protección a sus ciudadanos que descansan en el amparo que del mismo emana para con la sociedad, y facilita la determinación de la responsabilidad del incumplimiento del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, máxime cuando la causa obedece a determinar la culpabilidad de una persona que mientras esto sucede se encuentra privada de su libertad.

Podemos analizar de lo anterior que algunos actos que es posible censurar pueden ser la dilación indebida e injustificada por parte de las autoridades encargadas de dictar la resolución de los recursos en contra de las decisiones antes tomadas por otra autoridad correspondiente, así como las indebidas e injustificadas acumulaciones, los repetidos cambios de jueces encargados de resolver para finalizar el proceso y la tardanza en la realización de las

[111] *Vid.* Cano López, Miluska Giovanna, *op. Cit.*
[112] *Vid.* Gómez Reyes, José Alfredo, *op. Cit.*

actividades que les correspondan, tales como la presentación de un peritaje y la investigación del caso que los ocupa, así como de diligencias en general[113].

Se debe agregar que en este criterio es de especial atención mencionar que el exceso de trabajo no puede justificar la dilación en la impartición de justicia y por ende la obstrucción al acceso de la misma, puesto que no queda establecido como algo lógico que esto sea una justificación, ya que la ecuación a la que se somete este criterio con respecto a la teoría que la Corte IDH ocupa, no es acerca del volumen de trabajo al que se exponen los tribunales y el número de litigios que en ellos existe sino por el contrario es una ecuación individual aplicable a cada caso concreto. Y podemos observar que existen muchas carencias que podrán traducirse en obstáculos para la impartición de justicia, sin embargo, "¿dejará de ser violatoria de derechos la imposibilidad de acceder a la justicia porque los tribunales se hallan saturados de asuntos o menudean los asuetos judiciales?"[114]

4. La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso

Por último la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido un cuarto elemento para determinar la razonabilidad del plazo, mismo que vio la luz en la sentencia de Valle Jaramillo Vs. Colombia, al cual denominaron "la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso", en el caso que antes mencionado se acusa al Estado Colombiano por el asesinato de Valle Jaramillo, hecho que ocurrió en febrero de 1998 a causa de los disparos de dos hombres armados que arremetieron contra él en su oficina amarrando e hiriendo a 2 de sus familiares los cuales fueron testigos de los acontecimientos, se presume que su muerte fue el resultado de la insistencia de los delincuentes por hacerlo desistir de las denuncias que hacía como defensor de los derechos humanos, ante esta situación la Corte IDH analizó si su proceso penal el cual había durado más de 10 años, había cumplido los supuestos del acceso a la justicia en un plazo razonable.

Continuando en la misma tesitura, la Corte Interamericana se pronunció al respecto agregando además en la teoría del no plazo lo siguiente:

"El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación actual generada por la duración del procedimiento en la

[113] Para continuar en este sentido, *vid.* Amado Rivadeneyra, Alex, "El derecho al plazo razonable como contenido implícito del derecho al debido proceso: desarrollo jurisprudencial a nivel internacional y nacional", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Número 27, año 2001, pp. 43 – 59.

[114] *Vid.* Gómez Reyes, José Alfredo, *op. Cit.*

situación de la persona jurídica involucrada en el mismo, considerando, entre otros factores, la materia objeto de la controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve"[115].

Esto con la finalidad de que se detenga el daño causado a la víctima y se restablezca su esfera de derecho en el menor tiempo posible. Sin embargo, es necesario agregar que este cuarto elemento no se analizó en la sentencia y el parámetro mediante el cual de determinó la irrazonabilidad del plazo se manifestó con el análisis de los 3 criterios que hasta entonces habían servido para que la Corte IDH llegara a esta conclusión en otros casos, considerando que existió un retardo judicial injustificado en las investigaciones destinadas a identificar a otros posibles autores de los hechos delictivos existentes en el caso que nos ocupa[116].

Subsiguientemente, en la jurisprudencia posterior al caso Valle Jaramillo Vs. Colombia, ha sido en el caso Kawas Fernández Vs. Honduras en el que Sergio García Ramírez en su voto razonado menciona con respecto a este cuarto criterio, que en ocasiones el tiempo que transcurre para la ponderación del daño es irrelevante, sin embargo en otras es muy lesivo para la víctima del delito. Por esta razón los otros elementos de la razonabilidad del plazo (complejidad del asunto y conducta del recurrente) deben ponerse bajo la lupa de este nuevo criterio, para determinar el prejuicio que con esto se le causa al demandante[117]. "El tiempo no corre igual para todos, ni los elementos considerados tradicionalmente para fijar la razonabilidad del plazo afectan a todos igualmente". Si bien es cierto que puede haber dos características débiles en su argumento, él sostiene que incluir este nuevo elemento dotará de precisión y ayudará a perfilar mejor el concepto de plazo razonable[118].

---

[115] *Vid.* Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 201, párrafo 155.

[116] *Vid.* Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de noviembre de 2008, Serien C No. 201, párrafo 158.

[117] *Cfr*. Corte IDH, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de abril de 2009. Serie C, No. 196, párrafo 17: "Claro está que en algunos supuestos no será necesario internarse en el análisis de este cuarto dato, como en otros no lo ha sido y no lo es emprender el estudio de cada uno de los tres restantes. Los asuntos sometidos a juicio se plantean y resuelven conforme a sus propias características. Serán éstas las que sugieran al tribunal el mayor o menor examen de cada uno de los puntos de referencia aportados por la jurisprudencia europea, así como del recientemente incorporado por la interamericana".

[118] Corte IDH, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de abril de 2009. Serie C, No. 196, párrafo 23.

Asimismo, en el caso Anzulado Castro Vs. Perú, menciona este criterio pero no de manera concluyente para determinar la irrazonabilidad del plazo, pues a pesar de que el proceso lleva más de 15 años sin ser resuelto, la Corte IDH no examinó a profundidad ningún elemento de la teoría del no plazo[119]. A su vez en el caso Garibaldi Vs. Brasil consideró que no era necesario analizar este cuarto elemento por la naturaleza del caso, puesto que determinó la irrazonabilidad del plazo a raíz de la muerte del señor Garibaldi[120]. Por otra parte es en el caso Comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay donde la Corte consideró que el Estado violó el derecho al plazo razonable al dilatarse 17 años en dictar la resolución en el proceso de reivindicación de tierras, determinando que "la demora en la obtención de una solución definitiva al problema de la tierra de los miembros de la Comunidad ha incidido directamente en su estado de vida"[121]. Llegando a esta conclusión a partir del análisis del cuarto criterio de la teoría del no plazo.

Este cuarto elemento se preocupa por analizar el efecto que la dilación en el proceso penal influye en la situación del demandante, para obtener como resultado que exista más premura al momento de realizar las diligencias debidas en el proceso y este se resuelva en un lapso más corto si es que se determina que su influencia incide en la situación jurídica de la víctima, causando algún tipo de daño, por ejemplo psicológico o económico[122].

Para aplicar este criterio existen diversas situaciones que a modo de ejemplo se podrían utilizar y que podría el interesado ver afectada su situación jurídica a razón de la excesiva duración del plazo razonable, estas pueden ser: cuando el carácter de la decisión sobre el objeto del juicio es irreversible, cuando se trata de personas de avanzada edad o que sufren graves enfermedades, etcétera[123]. Sin embargo no es determinante a la hora de resolver casos, puesto que se toma como un elemento más de análisis que tiene precisos objetivos pero resultados poco concluyentes.

CONCLUSIONES

[119] *Vid.* Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párrafos 156 y 157.
[120] *Vid.* Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párrafo 139
[121] *Vid.* Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 136.
[122] *Vid.* Rodríguez Bejarano, Carolina, *Op, Cit.*
[123] *Vid.* Viteri Custodio, Daniela Damaris, *op. Cit.*

Finalmente, habría que decir con esto, que el derecho al plazo razonable en la duración del proceso no es un plazo que deba ser previsto por la legislación de los países, sino es un modelo sujeto a interpretación para estimar si la duración de un proceso ha sido o no razonable, tomando en cuenta las características que ha fijado la Corte Interamericana de Derechos Humanos[124] por influencia del Tribunal Europeo, la finalidad del principio del plazo razonable, es impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente[125].

Podemos llegar a la conclusión de que cada violación de derechos humanos tiene su propio agotamiento de los recursos, lo cual quiere decir que el plazo que se determine para que se agote cada uno de los mismos deberá obtener su lapso en la naturaleza de la que provenga bajo la teoría del no plazo, asimismo, a pesar de que los conceptos que abarca la teoría del no plazo tratan de ser precisos, se necesita de un examen minucioso en cada uno de los mismos para determinar las circunstancias de cada caso en particular[126].

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede decir también que es necesario observar la insuficiencia de los tribunales, ya que el proceso tan complejo al que se someten los conflictos es proporcional a la carga de trabajo de quienes son encargados de impartir justicia, conociendo estos datos es posible de determinar si el tribunal a cargo ha caído este supuesto, sin embargo es necesario reiterar que el exceso de trabajo no puede justificar la inobservancia del plazo razonable, el cual se debe adaptar siempre a lo que se requiere en cada proceso de juicio, pues las carencias que existan siempre serán obstáculos en el acceso a la justicia[127].

Bibliografía

ANGULO GARCÍA, Dorennys, *Tesis Doctoral: La duración excesiva del juicio, ¿un problema común en Latinoamérica?*, Pásara Pazos, Luis (director), Universidad de Salamanca, 2011.

BECCARIA, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, España, Carlos III Universidad de Madrid, 2005.

BUSTAMANTE BUSTAMANTE, Noé, *Locuciones Latinas en Materia Jurídica*, México, Palibrio, 2012.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2002.

LÓPEZ, Gregorio, *Las siete partidas del sabio rey don Alonso el nono. Glosadas.* Madrid, Oficina de Benito Cano, t. III, 1789.

[124] Para ampliar, *vid.* Pastor Daniel, *op. Cit.*

[125] *Vid.* Voto concurrente del juez García Ramírez, Sergio, a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sobre el caso Valle Jaramillo y otros del 27 de noviembre de 2008.

[126] Para profundizar en el tema, *vid.* Rodríguez Bejarano, Carolina, *op. Cit.*

[127] *Vid.* Voto concurrente, García Ramírez, Sergio, *op. Cit.*

SALAZAR ABAROA, Enrique, *Derecho Parlamentario. La contaduría mayor de Hacienda hacia un Tribunal mayor de Hacienda,* México, Coordinación de Publicaciones y Difusión, 1989.
SALINAS MENDOZA, Diego, "*El plazo razonable del proceso en la jurisprudencia contemporánea",* Perú, Palestra, 2012.
SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis., *Sobre el origen de las Declaraciones de Derechos Humanos,* México, UNAM, 2009.

Hemerografía

AMADO RIVADENEYRA, Alex, "El derecho al plazo razonable como contenido implícito del derecho al debido proceso: desarrollo jurisprudencial a nivel internacional y nacional", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Número 27, año 2001, pp. 43 – 59.
CORTÁZAR, María Graciela, "Las Garantías Judiciales. Estándares a partir de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Prolegómenos,* Colombia, volumen XV, número 30, julio – diciembre, 2012, pp. 65 – 79.
MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Eduardo M., "La garantía del debido proceso y el plazo razonable de su sustanciación", *Revista Imes Dereito*, Brasil, año IV, número 7, julho – dezembro 2003, pp. 70 – 74.
MORENO CRUZ, Rodolfo, "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales", *Boletín mexicano de derecho comparado,* México, nueva serie, año XL, número 120, septiembre – diciembre, 2007, pp. 825 – 852.
PASTOR, Daniel, "Acerca del derecho fundamental al plazo razonable sobre la duración del derecho penal", *Revista de estudios de justicia*, número 4, 2004, pp. 51 – 76.

Páginas consultadas de internet

CANO LÓPEZ, Miluska Giovanna, "El derecho al plazo razonable en los instrumentos internacionales y en el fallo del Tribunal Constitucional", consultado en: *www.teleley.com/articulos/art_180708-2.pdf*
GÓMEZ REYES, José Alfredo, "El plazo razonable en la impartición de justicia", consulta: www.pjeveracruz.gob.mx/centro_informacion/publicaciones/pdf/
RODRÍGUEZ BEJARANO, Carolina, "El plazo razonable en el marco de las garantías Judiciales en Colombia", *Memorando de Derecho,* Consultado en: *dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851181.pdf*
VITERI CUSTODIO, Daniela Damaris, "El derecho al plazo razonable en el proceso penal: el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional peruano", consulta: www2.congreso.gob.pe
ZUÑIGA, Marcela, "Estándares Internacionales Relativos al Plazo Razonable desde una perspectiva práctica, (Implicaciones y casos)", *Centro de Estudios de Justicia de las Américas,* El Salvador, 2014, consultado en: www.cejamericas.org
Comisión Interamericana de Derechos Humanos //www.cidh.org
Constitución de los Estados Unidos de América, consultado en: www.archives.gov/espanol/constitucion.html
Convención Americana sobre Derechos Humanos, consultado en: *www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm*
Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, consultado en: *www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx*
Convención sobre los Derechos del Niño, consultado en: *www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx*
Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, consultado en: *www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf*
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, consultada en: *www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp*
Declaración de los Derechos hecha por los Representantes del Pueblo de Virginia, 1776, consultada en: Universidad de Navarra, *www.unav.edu/departamento/constitucional/*
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,. *www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf*
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consultado en: *www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx*
Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, 10 de agosto de 2010, EXP. N.° 05350-2009-PHC/TC, consultada en www.tc.gob.pe.
Universidad de Navarra, www.unav.edu/departamento/constitucional

Legislación

Constitución de los Estados Unidos de América.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
Convención sobre los Derechos del Niño.
Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
Declaración de los Derechos hecha por los Representantes del Pueblo de Virginia, 1776.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
La Magna Carta
Las siete partidas del sabio rey don Alonso el nono.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Casos Contenciosos

Convención Interamericana de Derechos Humanos, Informe número 64/99, *Garcés Valladares vs. Ecuador,* 13 de abril de 1999.
Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202.
Corte IDH, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de abril de 2009. Serie C, No. 196.
Corte IDH, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de abril de 2009. Serie C, No. 196.
Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de noviembre de 2008, Serien C No. 201.
Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.
Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, 10 de agosto de 2010, EXP. N.° 05350-2009-PHC/TC, consultada en *www.tc.gob.pe.*
Voto concurrente del juez García Ramírez, Sergio, a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sobre el caso Valle Jaramillo y otros del 27 de noviembre de 2008.

CAPÍTULO IV. EL DERECHO A LA VERDAD COMO DERECHO AUTÓNOMO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Sonia Escalante López[128]

SUMARIO

I. Introducción. II. El contenido de las desapariciones forzadas masivas durante la llamada "guerra sucia". III. Violación de derechos humanos, con las desapariciones forzadas y la omisión del legislador. a) Artículo 6 b) Artículo 23. IV. Reforma constitucional sobre desaparición forzada. V. Protocolo homologado para la búsqueda de personas desaparecidas y la investigación del delito de desaparición forzada. VI. Necesidad de reconocer el derecho a la verdad como un derecho autónomo en el sistema interamericano de derechos humanos. Conclusión.

RESUMEN:

El estudio versa en relación al análisis sobre las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a los asuntos de Desaparición Forzada, considerando que los familiares de la víctimas tienen el derecho de conocer el derecho humano a la verdad, es decir, saber en dónde están sus familiares, la violación que prevalece de los derechos humanos en el caso de una desaparición forzada de personas, pero además es importante conocer si está tipificado el delito en los Códigos de las Entidades Federativas, si existen leyes especiales sobre la Desaparición Forzada de Personas, y si el legislador ha sido omiso en la creación y reformas de leyes tanto a nivel federal y estatal, los Protocolos Homologados para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y la Investigación del delito de Desaparición Forzada, asimismo considerar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe de retomar su postura al considerar que el Derecho Humano a la Verdad es un derecho humano autónomo de los demás derechos humanos.

Palabras clave: Desaparición Forzada, derechos humanos, violaciones, Sistema Interamericano.

ABSTRAC:

The study deals with respect to the analysis of the resolutions of the inter-american court of human rights in relation to cases of enforced disappearance, considering that relatives of the victims have the right to know the human right to the truth, that is, to know where are your family, the prevailing violation of human rights in the case of a forced disappearance, but it is also important to know if the offense is punishable under the code of federal entities, if there are special laws on forced disappearance of persons, and if the legislator has been ignored in the creation and reform of laws at both the federal and state levels, approved protocols for the search for disappeared persons and research of the crime of forced disappearance, also consider that the inter-american court of human rights must regain its position considering that the human right to truth is an independent human rights of other rights humans.

Keywords: Forced Disappearance, human rights, rape, American System.

I. INTRODUCCIÓN

[128] Doctora en Derecho, Presidenta del Instituto Sinaloense de Profesores de Derecho Procesal Dr Gonzalo M Armienta Calderón,A.C., Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores CONACyT, Investigadora y Capacitadora en el Instituto de Investigaciones Parlamentarias del Congreso del Estado, y docente en el INECIPE.

Desde hace algunos años muchas familias en México lloran la ausencia de sus seres queridos, con la esperanza de que un día puedan conocer la verdad histórica de cada hecho tan lamentable que trasgrede lo más sagrado del ser humano, la dignidad humana. El presente trabajo versa en relación a la Desaparición Forzada que se vive en nuestro país a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, enfocado al derecho a la verdad como un derecho humano autónomo de los demás derechos humanos, fundamental para garantizar la justicia y la aplicación del derecho, se retomar el voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, en el caso de RODRÍGUEZ VERA Y OTROS *(DESAPARECIDOS DEL PALACIO DE JUSTICIA)* VS. COLOMBIA.

Es así que: El Estatuto de Roma, señala que la desaparición forzada de personas es un delito de lesa humanidad, y lo define de la siguiente manera:

" i) Por desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa de asumir tal privación de la libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas".

II. EL CONTENIDO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS MASIVAS DURANTE LA LLAMADA "GUERRA SUCIA"

En la llamada "guerra sucia" en la segunda mitad del siglo XX, México fue escenario de diversas manifestaciones sociales así como del despliegue de políticas de Estado de alto impacto coercitivo. Durante los sexenios de Gustavo Díaz Ordaz (1964-1970), Luis Echeverría Álvarez (1970-1976) y José López Portillo (1976-1982) se desplegó una intensa actividad contrainsurgente en varios Estados de la República, tales como Sonora, Chihuahua, Sinaloa, Nuevo León, Jalisco, Guerrero, Oaxaca, Chiapas, el Estado de México y el Distrito Federal.

Es a partir de la década de los 90 México vuelve a vivir el asunto de las [desapariciones forzadas]", con la aparición de los movimiento sociales armados como el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (1994) y el Ejército Popular Revolucionario (1996). En el año 2000, con el cambio de partido gobernante, la cifra sobre desapariciones forzadas vuelve a decrecer hasta 2006, cuando, bajo el contexto de la llamada"guerra contra la delincuencia organizada"

sostenida por el Gobierno Federal, la cifra de desapariciones forzadas nuevamente se incrementa de manera alarmante.[129]

Es así, que en nuestro país ha vivido el dolor de muchas madres que hasta el día de hoy no conocen donde quedaron sus hijos, uno de los casos más lamentables de los últimos años ha sido la desaparición forzada de 43 estudiantes de la Escuela Normal Rural de Ayotzinapa en el Estado de Guerrero, el 26 de septiembre de 2014 por agentes de la policía municipal que actuaban en complicidad con la delincuencia organizada, asunto que llamó la atención internacional hacia la crisis constante de desapariciones e impunidad en México.

La respuesta del Estado Mexicano en relación a este caso, ha sido muy pasiva y con infinidades de errores y omisiones en la investigación

III. VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS, CON LAS DESAPARICIONES FORZADAS Y LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR

No existe una cifra real de los mexicano y mexicanas que se encuentran hasta el día de hoy desaparecidos, sin embargo, algunos estudios señalan que estriba tal vez de acuerdo con el Registro Nacional de Personas Desaparecidas de la Comisión Nacional de Atención a Víctimas, se contabiliza a 25,821 personas no localizadas [130] no se puede expresar con exactitud, ya que no existe una base de datos que sea confiable para saber exactamente el total de los desaparecidos, en el mes de Febrero del año 2015 el Comité sobre la desaparición forzada de la ONU emitió su informe respecto al Estado Mexicano, donde se advierte que en México estas acciones siguen castigando la dignidad humana de los mexicanos, que la efectividad de los derechos humanos se encuentra más lejos que nunca.

En el informe presentado por el Comité, señalan enérgicamente al Estado Mexicano lo siguiente:

Qué México reconozca la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones individuales e interestatales con miras a reforzar el régimen de protección contra las desapariciones forzadas previsto en la misma.

Qué México adopte las medidas necesarias para asegurar que, tanto a nivel federal como estatal, la legislación y la práctica se ajusten plenamente a las obligaciones consagradas en la

[129] Informe sobre la desaparición forzada en México 2011,Presentado por las organizaciones integrantes de la Campaña Nacional contra la Desaparición Forzada ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Organización de las Naciones Unidas p. 17

[130] http://eleconomista.com.mx/sociedad/2015/06/17/ya-constitucional-reforma-contra-desaparicion-forzada

Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, así como tanto en la legislación federal como en la estatal, se prevea específicamente la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos en los términos establecidos en el artículo 6, párrafo 1(b), de la Convención, también lo que refiere a la milicia a fin de asegurar que las desapariciones forzadas cometidas por un militar en contra de otro militar queden expresamente excluidas de la jurisdicción militar y solamente puedan ser investigadas y juzgadas por las autoridades civiles competentes.

a) Artículo 6

1. Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos:

> *a*) A toda persona que cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma;
> *b)* Al superior que:
> i) Haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente;
> ii) Haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación; y
> iii) No haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento;
> *c)* El inciso b*) supra* se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional más estrictas en materia de responsabilidad exigibles a un jefe militar o al que actúe efectivamente como jefe militar.[131]

Que México adopte las medidas necesarias a fin de contar con un registro único de personas desaparecidas a nivel nacional que permita establecer estadísticas confiables con miras a desarrollar políticas públicas integrales y coordinadas encaminadas a prevenir, investigar, sancionar y erradicar este delito aberrante.

Que México adopte las medidas legislativas necesarias a fin de asegurar que a la mayor brevedad posible la desaparición forzada sea tipificada, a nivel federal y estatal, como delito autónomo que se ajuste a la definición contenida en el artículo 4 de la Convención y que prevea penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad.

---

[131] ***Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzada***

Que México considere establecer en el ámbito de la Procuraduría General de la República, unidad fiscal especializada en la investigación de las desapariciones forzadas que cuente con recursos adecuados, en particular personal específicamente capacitado en la materia;

Que México adopte las medidas necesarias para asegurar que, todo el personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley, el personal médico, los funcionarios y otras personas que puedan intervenir en la custodia o el tratamiento de personas privadas de libertad, incluyendo los jueces, los fiscales y otros funcionarios encargados de la impartición de justicia, reciban formación adecuada y regular acerca de las disposiciones de la Convención, de conformidad con el artículo 23 de la misma.

b) Artículo 23

1. Cada Estado Parte velará por que la formación del personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley, del personal médico, de los funcionarios y de otras personas que puedan intervenir en la custodia o tratamiento de las personas privadas de libertad, incluya la enseñanza y la información necesarias sobre las disposiciones pertinentes de la presente Convención, a fin de:

a) Prevenir la participación de esos agentes en desapariciones forzadas;

b) Resaltar la importancia de la prevención y de las investigaciones en materia de desapariciones forzadas;

c) Velar por que se reconozca la urgencia de la resolución de los casos de desaparición forzada. Cada Estado Parte garantizará que la persona que rehúse obedecer una orden de esta naturaleza no sea sancionada.

3. Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que, cuando las personas a las que se refiere el párrafo 1 del presente artículo tengan razones para creer que se ha producido o está a punto de producirse una desaparición forzada, informen a sus superiores y, cuando sea necesario, a las autoridades u órganos de control o de revisión competentes

Ahora, de lo vertido se observa en la recomendación que en México existe una comisión legislativa en diferentes entidades federativas, solo 20 códigos penales lo tipifican:

- Código Penal para el Estado de Aguascalientes. Artículo 136.
- Código Penal para el Estado de Baja California. Artículo 167 BIS.
- Código Penal para el Estado de Campeche. Artículo 181.
- Código Penal para el Estado de Colima. Artículo 202 BIS.

- Código de Penal del Estado de Chihuahua. Artículo 165.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango. Artículo 364 (en procedimientos iniciados antes del 14/12/2009).
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango. Artículo 158 (para el Nuevo Sistema Penal Acusatorio aplica a partir del 14/12/2009).
- Código Penal del Estado de Guanajuato. Artículo 262-a.
- Código Penal del Estado de Jalisco. Artículo 154-A.
- Código Penal del Estado de Hidalgo. Artículo 322 Ter.
- Código Penal del Estado de Michoacán. Artículo 230.
- Código Penal del Estado de Nuevo León. Artículo 432.
- Código Penal del Estado de Oaxaca. Artículo 348 bis.
- Código Penal del Estado de Puebla. Artículo 304 bis.

- Código Penal del Estado de San Luis Potosí. Artículo 157.
- Código Penal del Estado de Sinaloa. Artículo 172 bis.
- Código Penal del Estado de Sonora. Artículo 181 bis.
- Código Penal del Estado de Tamaulipas. Artículo 391.
- Código Penal del Estado de Tlaxcala. Artículo 246.
- Código Penal del Estado de Jalisco. Artículo 154-A.
- Código Penal del Estado de Hidalgo. Artículo 322 Ter.
- Código Penal del Estado de Michoacán. Artículo 230.
- Código Penal del Estado de Nuevo León. Artículo 432.
- Código Penal del Estado de Oaxaca. Artículo 348 bis.
- Código Penal del Estado de Puebla. Artículo 304 bis.
- Código Penal del Estado de San Luis Potosí. Artículo 157.
- Código Penal del Estado de Sinaloa. Artículo 172 bis.
- Código Penal del Estado de Sonora. Artículo 181 bis.
- Código Penal del Estado de Tamaulipas. Artículo 391.
- Código Penal del Estado de Tlaxcala. Artículo 246.
- Código Penal para el Estado de Zacatecas. Artículo 195 QUATER

- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango. Artículo 364 (en procedimientos iniciados antes del 14/12/2009).
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango. Artículo 158 (para el Nuevo Sistema Penal Acusatorio aplica a partir del 14/12/2009).

Las entidades que han incluido en sus códigos penales este delito, lo elevaron a categoría de grave y se sanciona en promedio entre 10 y 50 años de cárcel, y los Estados que construyeron leyes especiales son cinco.

- Ley para la Prevención y Sanción para la Desaparición Forzada en el Estado de Chiapas.
- Ley para la Declaración de Ausencia por Desaparición de Personas del Estado de Coahuila de Zaragoza.
- Ley para Prevenir, Eliminar y Sancionar la Desaparición Forzada y Desaparición por Particulares (Distrito Federal).
- Ley para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas en el Estado de Guerrero.
- Iniciativa de Ley para Prevenir, Investigar, Sancionar y Reparar la Desaparición Forzada en el Estado de Querétaro.

La ley para desaparición forzada de Guerrero data del 14 de octubre de 2005, la penalidad más agravante es de treinta a cincuenta años de prisión, además en guerrero está tipificado el delito de tortura, En Chiapas la ley de desaparición forzada fue promulgada desde 2009, y su penalidad es de veinte a cuarenta años de prisión, sobre la Ley para prevenir, eliminar y sancionar la desaparición forzaba y la desaparición por particulares del día 20 de febrero que aprobó la Asamblea del Distrito Federal, observo que esta ley habla de la prevención, y de la desaparición por particulares, lo cual es fundamental.

En el mes de diciembre se presentó iniciativa en el Senado sobre reforma a los artículos del Código Penal Federal 215 A y 215 B en relación a la desaparición forzada, y es en el párrafo segundo del artículo 215 B que se menciona sobre la desaparición de que en el caso de que la víctima fuere periodista se agravará la pena has en una tercera parte de la establecida. [10 a 40 años de prisión].

Tipificar el delito y crear una Ley sobre desaparición forzada obliga a las autoridades a la capacitación de los servidores públicos, pero además otorga certeza jurídica a los familiares

del delito de desaparición, garantizando "el derecho a la verdad" en todo momento, también establece procesos civiles más ágiles y expeditos en la declaración de ausencia de las víctimas del delito de desaparición forzada y desaparición por particulares.

Por consiguiente, es evidente que en México es de relevancia que las legislaturas en los Estados y la federación promulguen leyes, de prevención y sanción de desaparición forzada como lo ordena la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, y el mismo Comité de Desapariciones Forzadas de la ONU, en el estado mexicano no debe de persistir con ese "vacío legislativo".

Ahora bien, los parlamentos están obligados a crear leyes con base en el Manual para parlamentarios de derechos humanos de la ONU, que describe: el parlamento es sin lugar a dudas el guardián de los derechos humanos.

El parlamento debe ser consciente de este papel en todo momento ya que la paz, la armonía social y el desarrollo sostenido del país dependen en gran parte de la medida en que los derechos humanos impregnen toda la actividad parlamentaria. Para que los parlamentos desempeñen efectivamente su papel de guardianes de los derechos humanos deben cumplirse criterios específicos y establecerse determinadas salvaguardias, consecuentemente que las leyes sean efectiva, porque de lo contrario seguirá reinando la impunidad, pues la desaparición forzada son acciones que flagelan la dignidad humana de las personas y en determinadas circunstancias definidas por el derecho internacional, como un crimen de lesa humanidad.

El tres de Mayo del 2015 del Municipio de Choix, Sinaloa, salieron[132] 11 pescadores con destino a Sonora, y hasta el momento no se sabe que sucedió en el trayecto, las autoridades de Sinaloa, han pronunciado que a tres meses de su desaparición, se les ha apoyado con una despensa cada 15 días a esas familias, con la intención ayudarlas sobre todo por los hijos que están desamparados, sin embargo, la Ley General de Victimas establece lo siguiente:

El artículo 34 de la Ley General de Victimas señala:

> Artículo 34. En materia de asistencia y atención médica, psicológica, psiquiátrica y odontológica, la víctima tendrá todos los derechos establecidos por la Ley General de Salud para los Usuarios de los Servicios de Salud, y tendrá los siguientes derechos adicionales:
> **I.** A que se proporcione gratuitamente atención médica y psicológica permanente de calidad en cualquiera de los hospitales públicos federales, estatales, del Distrito Federal y municipales, de acuerdo a su competencia, cuando se trate de lesiones, enfermedades

[132] Periódico Noroeste, página principal, 4/09/2015.

y traumas emocionales provenientes del delito o de la violación a los derechos humanos sufridos por ella. Estos servicios se brindarán de manera permanente, cuando así se requiera, y no serán negados, aunque la víctima haya recibido las medidas de ayuda que se establecen en la presente Ley, las cuales, si así lo determina el médico, se continuarán brindando hasta el final del tratamiento;

II. Los Gobiernos federal, estatales y del Distrito Federal, a través de sus organismos, dependencias y entidades de salud pública, así como aquellos municipios que cuenten con la infraestructura y la capacidad de prestación de servicios, en el marco de sus competencias deberán otorgar citas médicas en un periodo no mayor a ocho días, a las víctimas que así lo soliciten, salvo que sean casos de atención de emergencia en salud, en cuyo caso la atención será inmediata;

III. Una vez realizada la valoración médica general o especializada, según sea el caso, y la correspondiente entrega de la formula médica, se hará la entrega inmediata de los medicamentos a los cuales la víctima tenga derecho y se le canalizará a los especialistas necesarios para el tratamiento integral, si así hubiese lugar;

IV. Se le proporcionará material médico quirúrgico, incluida prótesis y demás instrumentos o aparatos que requiera para su movilidad conforme al dictamen dado por el médico especialista en la materia así como los servicios de análisis médicos, laboratorios e imágenes diagnósticas y los servicios odontológicos reconstructivos que requiera por los daños causados como consecuencia del hecho punible o la violación a sus derechos humanos;

V. Se le proporcionará atención permanente en salud mental en los casos en que, como consecuencia del hecho victimizante, quede gravemente afectada psicológica y/o psiquiátricamente, y

VI. La atención materno-infantil permanente cuando sea el caso incluyendo programas de nutrición[133].

El artículo 36 de la Ley de Atención y Protección a Víctimas del Estado de Sinaloa, ordena lo siguiente:

Artículo 36. Para los efectos de la presente Ley, la reparación integral comprenderá:

I. La restitución busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación de sus Derechos Humanos;

II. La rehabilitación busca facilitar a la víctima hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho punible o de las violaciones de Derechos Humanos;

III. La compensación ha de otorgarse a la víctima de forma apropiada y proporcional a la gravedad del hecho que la Ley señala como delito o de la violación de Derechos Humanos sufrida y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Ésta se otorgará por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia del delito o de la violación de Derechos Humanos;

IV. La satisfacción busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas;

[133] Ley General de Víctimas, artículo 34.

V. Las medidas de no repetición buscan que el hecho delictuoso o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir; y

VI. Para los efectos de la presente Ley, la reparación colectiva se entenderá como un derecho del que son titulares los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hayan sido afectadas por la violación de los derechos individuales de los miembros de los colectivos, o cuando el daño comporte un impacto colectivo. La restitución de los derechos afectados estará orientada a la reconstrucción del tejido social y cultural colectivo que reconozca la afectación en la capacidad institucional de garantizar el goce, la protección y la promoción de los derechos en las comunidades, grupos y pueblos afectados[134].

Las medidas colectivas que deberán implementarse tenderán al reconocimiento y dignificación de los sujetos colectivos victimizados; la reconstrucción del proyecto de vida colectivo, y el tejido social y cultural; la recuperación psicosocial de las poblaciones y grupos afectados y la promoción de la reconciliación y la cultura la protección y promoción de los Derechos Humanos en las comunidades colectivos afectados.

Sin lugar a dudas, con el actuar de las autoridades, existe repetición en la violación de los derechos humanos de las víctimas, parece que lo que menos les preocupa es el dolor" de los familiares que se encuentran en esta situación, quizás tal vez han olvidado que una de su principal función como funcionarios públicos es el servicio a la comunidad, y con su proceder violentan la Ley y aquél servidor público que viola la ley es un delincuente, y como servidores públicos tiene consecuencias jurídicas, administrativas y penales, como por ejemplo lo que ordena el:

Como es el caso del artículo 225 del Código Penal Federal fracción VII, VIII.

Artículo 225.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes

VII.- Ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebida;

VIII.- Retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia[135].

En México es de relevancia que se *haga* efectiva la ley, funcionario que no cumpla con su responsabilidad tiene que ser acreedor a las sanciones que describen la leyes, si estamos cambiando de paradigma y pugnamos porque en nuestro país las Leyes se cumplan, aquél que violente una ley debe de ser castigado, creo que el artículo 215 A y 215 B, merece una

[134] Ley de Atención y Protección a Victimas del Estado de Sinaloa, artículo 36.
[135] Código Penal Federal, Artículo 225, fracción VII y VIII.

reforma, que describa que aquél servidor público que se omiso en la búsqueda del derecho a la verdad será considerado cómplice del Delito de Desaparición Forzada.

IV. REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA

El 30 de abril la Cámara de Diputados aprobó la reforma a la fracción XII del artículo 73 de la Constitución Federal, lo que faculta al Poder Legislativo para que se aprueben leyes en materia de Desaparición Forzada y Tortura, y así, armonizar la legislación secundaria a los estándares internacionales de los Derechos Humanos, posterior en el mes de junio dicho decreto, fue avalado por 19 de los congresos locales de Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, México, Michoacán, Nayarit, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Veracruz y Yucatán.

Sin duda, el Estado Mexicano estará cumpliendo con alguna de las recomendacionesde organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) para expedir una Ley General contra la Desaparición Forzada y la Prevención y Sanción de la Tortura.

De ahí que, el último de los informe del Comité sobre la Desaparición Forzada de la ONU recomendó a México como uno de los puntos principales adoptar las medidas legislativas necesarias a fin de asegurar que a la mayor brevedad posible la desaparición forzada sea tipificada, en nuestro país como delito autónomo que se ajuste a la definición contenida en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos y que prevea penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad.

Hemos manifestado que la desaparición forzada en México, es un crimen de lesa humanidad, que las familias de miles de mexicanos, tienen el derecho humano de conocer la verdad y que a los responsables se les aplique la ley.

La Corte interamericana de Derechos Humanos, en sus resoluciones ha considerado que la desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos humanos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como por ejemplo:

a) Se produce una privación arbitraria de la libertad

b) Se pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido

c) La víctima se encuentra en un estado de completa indefensión

El Artículo 1° de la Constitución Federal en su párrafo III ordena que todas las autoridades en el ámbito de su competencia, promoverán, respetarán y garantizarán los derechos humanos de las personas, con la Reforma a la Constitución queda pendiente en la agenda del Estado Mexicano la creación de la Ley General de Desaparición Forzada, en el transitorio II describe que El Congreso de la Unión deberá expedir la legislación en las materias que se adicionan por virtud del presente Decreto de reforma al artículo 73,fracción XXI. inciso a), dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigor del mismo, entonces, es de preeminencia el *corpus iuris sobre* derechos humanos, sin embargo, México, tiene pendiente el tema de la Desaparición Forzada y la Tortura. [136]

V. PROTOCOLO HOMOLOGADO PARA LA BÚSQUEDA DE PERSONAS DESAPARECIDAS Y LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA

A partir del 19 de agosto de este año, entró en vigor en todas las instancias de Procuración de Justicia del País el Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y la Investigación del delito de Desaparición Forzada, así se acordó en la Asamblea plenaria de la confederación Nacional de Procuración de Justicia.

Considerado un instrumento de relevancia para garantizar el derecho humano a la verdad, colaboraron en su construcción autoridades y organizaciones defensoras de derechos humanos. El objetivo principal del protocolo es, "Definir los principios y procedimientos generales de actuación homologada y obligatoria para agentes del Ministerio Público, personal de servicios periciales y Policías, responsables de la investigación del delito de desaparición forzada, para una búsqueda e investigaciones eficaces, que permitan localizar a las víctimas, sancionar a los responsables y garantizar la no repetición de hechos similares". Con el protocolo se comienza a otorgar a las familias de la víctima una esperanza de poder encontrar a su familiar desaparecido, y a unificar criterios en las investigaciones del delito de Desaparición Forzada.

A veces parece ser que en México todo está bien, sin embargo, en agosto de 2015 se construye el Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y la Investigación del delito de Desaparición Forzada y el 6 de Septiembre de 2015, El informe del grupo Interdisciplinario de expertos designados por la Comisión Interamericana de Derechos

[136] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Humanos, sobre la desaparición forzada de los 43 Normalistas" caso iguala, cimbra de nueva cuenta al país, al exponer que:

Los 43 normalistas [no fueron] quemados en el basurero de Cocula**,** como lo señaló la Procuraduría General de la República, lo que pone de manifiesto las omisiones, y la obstrucción de la justicia de los servidores públicos involucrados, de los policías Federales, Estatales, Municipales, y del ejército, los argumentos versan en que para quemarlos se debieron utilizar 30 mil 100 kilos de madera, 13 mil 300 kilos de neumáticos durante 60 horas. El informe expone que las fuerzas de seguridad pública, esa noche del 26 de Septiembre del 2014, estuvieron coordinadas, y no protegieron a los normalistas, además de retardar la atención de los heridos, dentro de las peticiones que hace al Estado Mexicano el grupo interdisciplinario es:

a) Restructuración de la Investigación
b) La garantía de no repetición
c) Protocolos de búsqueda de más fosas clandestinas.
d) Investigar la existencia y uso de hornos de cremación
e) Registro único de personas desaparecidas
f) Se requiere la participación de los familiares
g) Crear programas de inhumaciones aplicar el protocolo de Minnesota (protocolo científico internacional para la investigación de muertes.)
h) Detención del Ex secretario de Seguridad Pública.

La pregunta es en ¿dónde están los 43 normalistas?

VI. NECESIDAD DE RECONOCER EL DERECHO A LA VERDAD COMO UN DERECHO AUTÓNOMO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Se comienza a hablar sobre el derecho humano a la verdad en el año de 2006 cuando el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, elaboró un estudio sobre el derecho a la verdad en el cual concluyó que es un derecho autónomo e inalienable, estrechamente relacionado con el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos.

En el voto concurrente aso rodríguez vera y otros *(desaparecidos del palacio de justicia)* vs. Colombia del Juez Eduardo Ferrer Mac-gregor Poistot, describe que la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su primer caso contencioso, afirmó que la Desaparición Forzada

de personas, es un derecho de los familiares de la victima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en donde se encuentran sus restos.[137]

Señala que el primer caso contencioso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre desaparición forzada se llevó a cabo en 1988, de Manfredo Velásquez Rodríguez en Honduras, además ha conocido de 42 casos relativos a esta figura de los 182 que ha resuelto hasta el 2014.

El Juez Eduardo Ferrer, señala que la Corte puede avanzar en el futuro en su jurisprudencia para afianzar el pleno reconocimiento del *derecho a conocer la verdad,* reconociendo la autonomía de este derecho y estableciendo con mayor claridad su contenido, dimensiones y significación. Y divide su voto en los siguientes apartados:

A) desarrollo del *derecho a la verdad* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

B) desarrollo por otros órganos e instrumentos internacionales y ordenamientos jurídicos internos.

La comisión interamericana por primera vez en 1997 en el caso *Castillo Páez vs. Perú* por primera vez alega ante la Corte la presunta violación del derecho a la verdad. Ahí señala que se refería a la formulación de un derecho no existente en la Convención Americana, sin embargo podría corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

Es en el caso *Bámaca Vélasquez vs. Guatemala, en el año 2000* la Corte reconoció que las acciones del Estado impidieron que los familiares de la víctima conocieran "la verdad acerca de la suerte corrida por [la víctima]". Sin embargo, la Corte aclaró que "el derecho a la verdad se encontraba subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares 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 que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.[138]

Es en el año 2001 en el caso Barrios Altos vs Perú, el Estado reconoció la violación del derecho a la verdad y la Comisión vincula el derecho a la verdad no solamente a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sino también al artículo 13, en lo relativo al derecho a

[137] Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-gregor Poisot Caso rodríguez vera y otros *(desaparecidos del palacio de justicia)* vs. Colombia

[138] Ibídem, párrafo 7.

buscar y recibir información[139]. "La Corte consideró que se impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos en Barrios Altos, pero recordó que este derecho está subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares 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 que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención "[140]

Es en el año 2010 que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund y otro (Guerrilla de Araguaia) vs. Brasil,* señala que "toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad"[141]. Considerando la violación al derecho humano a la verdad autónomo y que este derecho se relaciona con el derecho al acceso a la justicia y a buscar y recibir información ordenados en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También, es oportuno señalar que diferentes organismos internacionales se han pronunciado en reconocimiento a la verdad, como la ONU, OEA, la Comité Internacional de la Cruz Roja, también en el voto concurrente se habla del reconocimiento del derecho a la verdad descrito en el Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad.

"2. El derecho inalienable a la verdad Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones"[142]

En el voto Concurrente, el Juez Eduardo Ferrer, describe que de acuerdo al avance jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de las opiniones de otros

---

[139] *Cfr. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo.* Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 45.

[140] Voto ferrer

[141] *Cfr. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párrs. 200 y 201. Véase *supra* nota 11 del presente voto.

[142] Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad, Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

órganos e instrumentos internacionales y el *corpus iuris* relacionado a los derechos humanos, se desprende que el Derecho a la verdad es reconocido como un derecho autónomo e independiente, aunque sea un derecho que no está contemplado en forma expresa en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y que en la sentencia la Corte podía haber declarado la violación autónoma del derecho a conocer la verdad, en el caso CASO RODRÍGUEZ VERA Y OTROS *(DESAPARECIDOS DEL PALACIO DE JUSTICIA)* VS. COLOMBIA, como lo había realizado en el caso Gomes Lund y otros (Guerrilla de Araguaiana) vs Brasil, máximo que este derecho a la verdad ha sido reconocido en el derecho colombiano y es considerado parte del *derecho a la reparación, a la verdad y a la justicia*, como consecuencia necesaria para lograr la paz. Es así que, la violación a ese derecho puede realizarse de manera autónoma y no subsumirlo en las demás violaciones declaradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

CONCLUSIÓN

La Desaparición Forzada de Personas, hemos descrito que constituye un Crimen de Lesa Humanidad, y que en lo que refiere a México, en este tema se encuentra en un proceso de la búsqueda de protocolos y leyes que tipifiquen el Delito y que prevengan la repetición de las violaciones de los derechos humanos de las victimas u ofendidos.

Con las posturas de los Organismos Internacionales, y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en este caso el Voto del Juez Eduardo Ferrer, de considerar la Desaparición Forzada de Personas, como un derecho autónomo de los demás derechos humanos, enfocándolo al acceso a la justicia, coincido rotundamente con su voto, máxime de los precedentes que existen de la propia ONU y la OEA.

Creo que también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene que ser cautelosa el resolver este tipo de casos en donde se inmiscuye la Desaparición Forzada de Personas y retomar sus posturas de considerarla como un Derecho Autónomo, toda vez que orienta a que los familiares tienen el derecho humano a conocer la verdad histórica y en cual fue el destino de sus familias.

BIBLIOGRAFÍA

Convención Americana sobre Derechos Humanos
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Ley general de víctimas
Ley de Atención y Protección a Víctimas del Estado de Sinaloa.

Informe sobre la desaparición forzada en México 2011, Presentado por las organizaciones integrantes de la Campaña Nacional contra la Desaparición Forzada ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Organización de las Naciones Unidas.

El informe del grupo Interdisciplinario de expertos designados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzada.

Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-gregor Poisot Caso rodríguez vera y otros *(desaparecidos del palacio de justicia)* vs. Colombia.

Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad, Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y la Investigación del delito de Desaparición Forzada.

Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997.

Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

Periódico Noroeste.

PÁGINA DE INTERNET:

http://eleconomista.com.mx/sociedad/2015/06/17/ya-constitucional-reforma-contra-desaparicion-forzada.

CAPÍTULO V. AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL[143]

Alfonso Jaime Martínez Lazcano[144] y Jaime Alfonso Cubides Cárdenas[145]

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. 1. Crisis de la supremacía constitucional.2. Derecho procesal constitucional. 3. Integración. 3.1. Gobernantes vs. Gobernados.3.1.1. Federal. 3.1.2. Juicio de amparo. 3.2. Local. 3.2.2. Gobernantes vs. Gobernantes. 3.2.2.1. Federal. 3.2.2.2. Controversias constitucionales. 3.2.2.3. Acciones de inconstitucionalidad. 3.2.3. Local. 3.2.3.1. Chiapas. 3.2.3.2. Controversia Constitucional. 3.2.3.4. Acción por omisión legislativa. 3.2.3.5. Cuestiones de inconstitucionalidad 3.3. Otras clasificaciones del contendido del derecho procesal constitucional. IV. DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL. 1 Concepto. 1.1. Derecho procesal convencional de los derechos humanos. 2. Naturaleza especial. 3. Jerarquía de derecho internacional convencional del derecho nacional constitucional. 4. Objetivos. 5. Fuentes. 5.1. Corpus Iuris Latinoamericano. 5.2. Jurisprudencia. 6. Estados partes de la Convención ADH. 7. Órganos competentes. 7.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 7.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 7.3. Los jueces de los Estados parte. 7.3.1. Control difuso de convencionalidad. 7.4 Impacto sistemas nacionales. 8. Consideraciones finales

RESUMEN:

Contiene una primera reflexión con la finalidad de "separar" el estudio del derecho procesal convencional del derecho procesal constitucional como una rama autónoma que cuenta con normas, principios, procedimientos, procesos, órganos e historia propios. Sin dejar de precisar que es el derecho convencional es factible dividirlo en procesal y sustantivo, siendo este último el que se ha "incrustado" en los textos para conformar el bloque de constitucionalidad.

Se distinguen los medios de control constitucional federal y local (Estado de Chiapas) regulados en México de los del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), con la intención de diferenciar las instituciones, en cuanto a sus a las fuentes, objetivos y organismos.

Si bien es cierto el impacto del SIDH en los regímenes internos de los Estados Parte no ha sido en forma uniforme, consecuencia "normal" en la vida del derecho, en cada país se reflexiona sobre el alcance del derecho convencional en el ámbito interno, que en esencia es una implantación sana y urgente a la cultura del derecho creada en el devenir de los pueblos y aceptada por los órganos tradicionales internos legitimados a través del voto

---

[143] Este artículo contiene resultados del proyecto de investigación: " Recepción de estándares internacionales de protección aplicables a un proceso penal que investigue la comisión de graves crímenes internacionales, por parte del ordenamiento jurídico colombiano." que hace parte de la línea de investigación: "Fundamentos e implementación de los Derechos Humanos" del Grupo de Investigación: "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia" vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Investigación con participación de la Universidad Autónoma de Chiapas.

[144] Doctor en Derecho Público, profesor de la Universidad Autónoma de Chiapas, Universidad del Sur y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Director de la Revista Jurídica Primera Instancia. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; de la Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional; de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, y de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Abogado. Correo electrónico: lazcanoalf14@hotmail.com

[145] Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista en Derecho Público de la misma casa de estudios, especialista y Magister en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Maestrante en Derecho Administrativo de la misma Universidad, estudiante de Doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Docente Investigador y Líder del Grupo de Investigación: "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia" de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co.

directo, pero además el derecho convencional sustantivo de derechos humanos más que ser complementario es invasivo, al exigir adecuarse la interpretación a los parámetros de protección internacional.
Palabras claves: Derechos humanos, Corte Interamericana, derecho convencional, derecho constitucional, México, Convención Americana.

ABSTRAC:

Contains a first reflection in order to "separate" the study of conventional procedural law constitutional procedural law as an autonomous branch that has rules, principles, procedures, processes, bodies and own history. While specifying that treaty law is feasible to divide it into procedural and substantive, the latter which has been "embedded" in the texts to form the constitutional law.
Media federal and local judicial review (Chiapas) in Mexico regulated the Inter-American System of Human Rights (ISHR), intended to differentiate the institutions regarding their sources, goals and organisms are distinguished. While the impact of the ISHR in the internal regimes of the States Parties was not in uniform, "normal" consequence in the life of rights in each country reflects on the scope of treaty law at the domestic level, which in essence it is a healthy and urgent created the right culture in the future of the people and accepted by traditional internal organs legitimized through direct vote implantation, but also the substantive human rights treaty law to be complementary is more invasive, by requiring interpretation fit the parameters of international protection.
Keywords: Human Rights, Inter-treaty law, constitutional law, Mexico, American Convention.

I. INTRODUCCIÓN

Es importante la promoción y defensa jurídica de los derechos humanos para la propia subsistencia con dignidad de la humanidad, su enseñanza, investigación y documentación de sus reglas normativas e instituciones desde dos ámbitos de competencia: la interna y la externa, para ello es necesario sistematizar su estudio.

En el nacional los derechos humanos forman parte del derecho constitucional dividido en los subcategorías: la sustantiva y la adjetiva; en el perímetro espacial de validez internacional se encuentra el derecho convencional, el cual a su vez cuenta con dos subcategorías: la sustantiva e instrumental. A esta última es factible denominarla derecho procesal convencional o garantías convencionales de los derechos humanos como una disciplina autónoma.

Derecho convencional	Derecho Constitucional
Sustantivo	Sustantivo
Adjetivo	Adjetivo

II. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La supremacía constitucional es un principio básico y elemental de todos los medios de control constitucional nacionales. Todo proceso de esta naturaleza tendrá en su contenido determinar el acatamiento del acto impugnado a lo ordenado por la carta magna: una litis de carácter constitucional.

Todo acto de autoridad que sea contrario a la constitución debe ser combatido, corregirse y abolirse.

Para que puedan operar las controversias constitucionales, en sentido amplio, es necesario establecer la supremacía de la constitución sobre cualquier otro acto público o privado, además, por cuestión esencial de orden, primero es ineludible crear las normas y principios fundamentales a las que deban ceñirse las demás disposiciones secundarias. Establecer una jerarquía, una serie de categorías, donde unas sucedan a las otras, para evitar, en lo posible, el incumplimiento a las de mayor rango o contradicciones mediante mecanismos de corrección cuando esto ocurra. Sin este orden cualquier sistema jurídico estaría condenado al fracaso.

La constitución es el documento político fundamental que se encuentra en la cúspide del sistema jurídico, a ésta deben sujetarse todos los actos de los gobernantes, quienes están obligados al cumplimiento cabal de sus postulados básicos.

La constitución es ley primaria de un Estado soberano, en ésta se establecen los límites y define las relaciones entre los gobernados y gobernantes, así como la estructura y competencias de quienes detentan el poder. En la constitución se fijan las bases para gobernar.

La norma fundamental requiere de instrumentos de defensa para lograr su supremacía frente a cualquier acto o ley secundaria, que límite o restrinja sus postulados y directrices.

La Constitución no puede convertirse en un documento lleno de buenas intenciones y estériles disposiciones. De ahí que es vital la defensa de su acatamiento mediante una serie de instrumentos de control de los actos de las autoridades.

Este análisis se ve reflejado en el contenido del derecho sustantivo. Los aa. 40 y 133 de la CPEUM establecen la jerarquía del orden jurídico nacional.

Así el Dr. Elisur ARTEAGA NAVA dice al respecto:

> "En la constitución mexicana el principio que establece su supremacía, el que determina su jerarquía superior respecto de todo el orden normativo que existe en el país, el que le da tributo de ser fundamental y que asigna a todo lo que no sea ésta el carácter de derivado, el que le atribuye su calidad de superior se ha consignado con fines netamente pragmáticos… El principio se consigna de manera general de dos formas: una explícita, en el art. 40, el que dispone que es una ley fundamental… la otra, implícita, que se desprende del término que se utiliza para denominarla: constitución; lo es porque constituye, faculta y limita". [146]

[146] Arteaga Nava, Elisur, Tratado de Derecho Constitucional, v.1, Oxford University press, México, 2003, p. 13.

1. Crisis de la supremacía constitucional

Hoy la supremacía absoluta constitucional está en duda frente al derecho sustantivo convencional de los derechos humanos, máxime que con la nueva corriente de argumentación, surgida en forma similar a la expansión universal y regional de los derechos humanos, lo cual implica revisar y confrontar contenidos normativos, y no sólo en el respaldo basado en argumento de autoridad, de que por estar plasmado en la Constitución es correcto o está bien, sin cuestionar su contenido.

2. Derecho procesal constitucional

En Latinoamérica a finales del siglo XX y principios del siglo XXI se ha presentado un auge del estudio del derecho procesal constitucional al crearse diversos procesos y procedimientos cuya esencia común es la eficacia de la supremacía de las normas y principios constitucionales frente a las demás normas y actos u omisiones de los órganos del poder público.

3. Integración

Cada país de Latinoamérica ha creado de acuerdo a la cultura local, diversos medios de control constitucional y formas de acceso a los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de los conflictos de constitucionalidad.

A continuación se enuncian en forma por demás sencilla el caso mexicano con la característica esencial de ser un país federal.

Es factible dividir en tres áreas el estudio al derecho procesal constitucional en base a su ámbito de competencia y quienes son las partes en litigio.

3.1. Gobernantes vs. Gobernados

Los gobernantes pueden vulnerar con sus actos u omisiones los derechos humanos de los particulares, situación que por desgracia es común. Ante ello, es de vital importancia corregir esas desviaciones del poder, que los gobernados cuenten con una serie de mecanismos de impugnación para inconformarse ante esta situación. Éstos pueden ser recursos que se hagan valer ante la propia autoridad para que reconsidere o ante su superior, o por medios extraordinarios que se planteen ante un órgano independiente e imparcial.

3.1.1. Federal

México es un país federal integrado por 31 Estados libres y soberanos en sus regímenes internos, así cada entidad cuenta con su propia Constitución y una general de carácter federal

3.1.2. Juicio de amparo

Dentro de los medios de impugnación encontramos al juicio de amparo, como un mecanismo jurisdiccional exclusivo, como se dijo anteriormente, para los gobernados cuya parte actora siempre es un particular, y en contraste la demandada invariablemente deberá ser una autoridad.

A partir de la nueva Ley de Amparo (2013) en algunos supuestos es factible promover el juicio de protección de derechos humanos contra actos u omisiones de particulares:

> ACTOS DE PARTICULARES EQUIPARABLES A LOS DE AUTORIDAD. SUS CARACTERÍSTICAS PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN SU CONTRA. De conformidad con el artículo 5o., fracción II, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, vigente a partir del 3 de abril de 2013 y el proceso legislativo que le dio origen, en específico, los dictámenes de las Cámaras de Senadores y Diputados, para determinar si un particular realiza actos equiparables a los de autoridad para efectos de la procedencia del juicio de amparo en su contra, debe verificarse si: 1. El acto que se le atribuye lo realizó unilateral y obligatoriamente, esto es, si su dictado, orden o ejecución se llevó a cabo sin la intervención del quejoso y lo constriñó a su observancia o, en su caso, omitió realizar un acto que estaba obligado a efectuar, y si con dicho acto u omisión se crearon, modificaron o extinguieron situaciones jurídicas, en un plano de supra a subordinación; 2. Ese acto se realizó (u omitió realizarse) con base en funciones determinadas por una norma general; y 3. En su contra no existe un medio de defensa ordinario que permita al gobernado defender el derecho afectado. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 301/2014. Manuel Flores Macías. 9 de febrero de 2015. Unanimidad de votos, con voto concurrente del Magistrado Jaime Raúl Oropeza García. Ponente: Manuel Rojas Fonseca. Secretario: Manuel Poblete Ríos. Amparo en revisión 280/2014. Marcos Pérez Lino. 9 de febrero de 2015. Mayoría de votos. Disidente y Ponente: Jaime Raúl Oropeza García. Secretario: Alejandro Ramos García[147].

Le corresponde conocer este tipo de proceso a los juzgados de distrito (JD), a los Tribunales Unitarios de Circuito (TUC), Tribunales Colegiados de Circuito (TCC), a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y en algunos casos al superior jerárquico de la autoridad responsable.

[147] Época: Décima Época. Registro: 2009613. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 20, Julio de 2015, Tomo II. Materia(s): Común. Tesis: VI.3o.A.6 K (10a.). Página: 1624.

3.2. Local

Otro segmento de estudio lo conformarían los medios de control y restablecimiento de la supremacía de las constituciones locales.[148] México al estar constituido como federación implica la unidad de elementos comunes, las entidades federativas, que son "libres" para regular su régimen interno y crear sus propias normas supremas locales.

En los estados de Veracruz y Chihuahua hay una especie de procedimiento protector de los derechos establecidos en las constituciones locales. En el a. 56 de la Constitución del Estado de Veracruz se prevé "El Poder Judicial del Estado tendrá las siguientes atribuciones: … II. Proteger y salvaguardar los derechos humanos que el pueblo de Veracruz se reserve, mediante el juicio de protección correspondiente." En el a. 200 de la Constitución del Estado Chihuahua ordena: "*Cualquier persona, en cuyo perjuicio se viole alguno de los derechos expresados en los aa. 6, 7 y 8 de esta Constitución, podrá ocurrir en queja contra la autoridad infractora los particulares ante el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, el que hará cesar el agravio e impondrá a la autoridad responsable la pena correspondiente. La ley reglamentará el ejercicio de este derecho*".

En Tlaxcala las personas residentes en la entidad pueden promover la acción por omisión legislativa imputable al congreso.

3.2.2. Gobernantes vs. Gobernantes

Se presenta cuando órganos del poder se encuentran en pugna.

3.2.2.1. Federal

Como una forma jurisdiccional de resolver los litigios entre los diversos entes de poder se han creado mecanismos para encuadrar los actos de autoridad a lo ordenado por la constitución.

3.2.2.2. Controversias constitucionales

La controversia constitucional es el proceso cuyo objeto es determinar si hay o no contradicción entre un acto u omisión de un ente de poder y la CPEUM, generalmente respecto de su competencia.

---

[148] En el mes de junio de 2004, Congreso local del Estado de México aprobó la creación de la Sala Constitucional con el fin de resolver las controversias que se susciten entre un municipio y otro, así como entre municipios y Estado y evitar que los municipios interpongan controversias sobre la interpretación de la Constitución del Estado de México ante la SCJN. En forma similar, anteriormente se había constituido en otras entidades del país: Chiapas (Sala Constitucional antes Sala Superior) y Veracruz (Sala Constitucional). En Coahuila, Tlaxcala y Chihuahua cuentan con diversos medios de defensa de sus respectivas constituciones locales, pero con un área especializada del Poder Judicial que dirima esta clase de litigios.

3.2.2.3. Acciones de inconstitucionalidad

Acciones de inconstitucionalidad es el juicio (en abstracto) que tiene la finalidad de resolver la validez de una norma de carácter general en relación a su apego o no a la constitución.

Fuente**:** a. 105, fracciones I y II de la CPEUM.

Le corresponde conocer exclusivamente este tipo de procesos a la SCJN.

3.2.3. Local

En México no todas las entidades federativas cuentan con este tipo de procesos e instancias. En los estados de Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Tlaxcala, Veracruz y Estado de México se ha legislado diversos mecanismos de control constitucional, sin que entre las entidades exista identidad entre lo legislado. Por lo que me referiré esencialmente al caso del estado de Chiapas.

3.2.3.1. Chiapas

En el estado de Chiapas a partir de la reforma a su Constitución de 2002 se constituyeron tres medios de control para impugnar los actos que se consideren contrarios a lo previsto en la propia constitucional local, y son: las controversias constitucionales; las acciones de inconstitucionalidad y la acción por omisión legislativa; así como un procedimiento de consulta judicial (cuestiones de inconstitucionalidad).

Fuente: a. 56 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas.

3.2.3.2. Controversia Constitucional

Es el proceso cuyo objeto es determinar si determinado acto u omisión de un ente de poder y es conforme con la constitución de la entidad.

3.2.3.3 Acciones de inconstitucionalidad

Tienen por sustancia plantear la confrontación entre una norma de carácter general y la constitución estatal para determinar la validez del acto legislativo secundario.

3.2.3.4. Acción por omisión legislativa

Procede cuando el congreso no resuelve una iniciativa de ley o decreto en los términos que establezca la ley respectiva, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de lo previsto en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas.

Es una especie de excitativa que pretende que el legislativo entre al estudio del proyecto que le fue presentado como iniciativa. El congreso, en caso de ser procedente la pretensión, sólo

deberá resolver: si se aprueba o modifica o no el proyecto, pero no obliga a éste a aprobar la iniciativa (es similar al derecho de petición).

Sin embargo, en forma posterior, aunque no ha tenido ningún fin practica se precisa que el Tribunal Constitucional de Chiapas dictará la norma correspondiente provisionalmente en caso el legislador no cumpla la sentencia cuando se declara que ha habido omisión legislativa.

3.2.3.5. Cuestiones de inconstitucionalidad

Es la posibilidad de consulta que tienen los jueces y magistrados de plantear a la Sala Constitucional de la Magistratura Superior del Estado (antes el pleno de la Sala Superior del Supremo Tribunal de Justicia), cuando éstos tengan dudas sobre la constitucionalidad de una ley local a aplicar ante un caso concreto.

3.3. Otras clasificaciones del contendido del derecho procesal constitucional

El Dr. Eduardo FERRER MAC-GREGOR divide en cuatro segmentos el estudio del derecho procesal constitucional, sin dejar de mencionar que al igual que Mauro CAPPELLETTI agrega la jurisdicción supranacional, que para este primer esbozo se presenta como un modelo autónomo, con sus propias fuentes e instituciones:

> "A) Derecho procesal constitucional de las libertades, que comprende el estudio de aquellos instrumentos consagrados en los textos fundamentales para la protección de los derechos humanos, es decir, para salvaguardar la parte dogmática de la Constitución;
> "B) Derecho procesal constitucional orgánico, que se encarga del análisis de los procesos y procedimientos para proteger las atribuciones y competencias constitucionales de los órganos y poderes del estado;
> "C) Derecho procesal constitucional transnacional, comprende el análisis de la protección de ciertos instrumentos internacionales que previamente han sido reconocidos y aceptados por los estados, y el reconocimiento por parte de éstos de auténticas jurisdicciones para la protección de los derechos humanos, previstos en los tratados y convenciones internacionales. En esta dirección se dirigen las Cortes Europea, Interamericana y Africana de Derechos Humanos; y
> "D) Derecho procesal constitucional local, que ha tenido cierto desarrollo en los países de régimen federal o provincial, de tal suerte que comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger las constituciones, ordenamientos o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas".[149]

El maestro Héctor FIX-ZAMUDIO no incluye el…

> "derecho procesal constitucional trasnacional" en clasificación del contendido del derecho procesal constitucional en México: "A) El juicio político de los altos funcionarios (artículo 110); B) Las controversias constitucionales (artículo 105,

[149] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), Derecho Procesal Constitucional, op., cit., Voz Dr. Héctor Fix Zamudio, 4ª ed., Porrúa, México, 2003, p 350.

fracción I); C) La acción abstracta de inconstitucionalidad (artículo 105, fracción II); D) El Procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 97, párrafo II y III)[150]; E) El juicio de amparo (artículos 103 y 107); F) El Juicio para la protección de los derechos político-electorales (artículo 99, fracción V); G) El Juicio de revisión constitucional electoral (artículo 99, fracción IV); y H) Los organismos autónomos no jurisdiccionales protectores de los derecho humanos, inspirados en el modelo escandinavo del Ombudsman (artículo 102, apartado B). Todos estos preceptos correspondientes a la Constitución Federal".[151]

IV. DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL

Es obvio que el derecho procesal constitucional tiene como fin garantizar el acatamiento del derecho sustantivo de las normas y principios plasmado en la Constitución y que si bien es cierto con el llamado bloque de constitucionalidad, la carta magna se nutre en su parte dogmática al incluir como fragmento de la misma a los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales, también lo es que la observancia a la Constitución es supervisadas exclusivamente por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Porque en el ámbito internacional existen otro tipo de procesos y procedimientos e instituciones diferentes a las nacionales, que tienen como función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, la interpretación y aplicación del derecho convencional sustantivo, con facultades de fiscalizar a todo el derecho interno, así como los actos u omisiones de los agente de los Estados parte, incluyendo al contenido de la propia Constitución.

En consecuencia el derecho procesal convencional o jurisdicción supranacional no debe incluirse en su aspecto procedimental como parte del derecho procesal constitucional, menos hablarse de la existencia del derecho procesal constitucional transnacional, porque lo constitucional sólo tiene como ámbito espacial de validez el propio territorio del Estado que la promulgado y que en el contenido de las mismas no corresponde regular, repito en el aspecto adjetivo, procesos trasnacionales.

IV. DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL

Es menester distinguir entre el género y sus especies, de esta forma se puede definir un derecho procesal general convencional y específicamente a sus distintos aspectos de comercio, derechos humanos, del medio ambiente, cuestiones de seguridad, etcétera.

---

[150] Esta facultad fue derogada a la SCJN y atribuida a la Comisión Nacional de Derechos Humanos en la reforma a la Constitución de 10 de junio de 2011.

[151] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), Derecho Procesal Constitucional, op., cit., Voz Dr. Héctor Fix Zamudio, 4ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 299.

1. Concepto

Es una rama del derecho convencional cuyo objetivo es supervisar y sancionar a través de procesos y procedimientos el cumplimiento de normas y principios que nacen y se desarrollan mediante acuerdo internacionales.

1.1. Derecho procesal convencional de los derechos humanos

Es la disciplina del derecho procesal convencional que tiene promover la observancia y defensa de los derechos humanos, la interpretación y aplicación del derecho convencional sustantivo, mediante diversos mecanismos de supervisión.

La designación de derecho procesal convencional de los derechos humanos obedece esencialmente a determinar con la más claridad y sencillez esta área del derecho para su estudio y comprensión. Algunos autores la designan a este campo jurídico como derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo, es más adecuada la primera nominación por su uso y la precisión de su origen y amplitud de sus fuentes.

Es común encontrar en la doctrina las siguientes frases cuando se estudia esta disciplina: regulación convencional de derecho, control de convencionalidad, jurisprudencia convencional, derecho convencional, régimen convencional de responsabilidad, interpretación convencional, bloque de convencionalidad, parámetro convencional, inconvencional, corpus iuris convencional, normativa convencional, principios convencionales[152], entre otras.

> La Corte IDH ha utilizado como normas convencionales de derechos internacional:
> El Tribunal también ha señalado que la obligación de investigar no sólo se desprende de las como normas convencionales de Derechos Internacional imperativas para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna que haga referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas, y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas para participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos[153].

También es factible el uso del concepto en la práctica judicial mexicana:

> DERECHOS HUMANOS. PARA HACERLOS EFECTIVOS, ENTRE OTRAS MEDIDAS, LOS TRIBUNALES MEXICANOS DEBEN ADECUAR LAS NORMAS DE DERECHO INTERNO MEDIANTE SU INTERPRETACIÓN RESPECTO DEL DERECHO CONVENCIONAL. Conforme al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a las Observaciones Generales número 31 (80) del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas -aprobadas el 29 de marzo de 2004-, los

[152] Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano, IIJ-UNAM, México, 2013.
[153] Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, Párrafo 77.

> tribunales mexicanos tienen la obligación de adoptar las medidas que garanticen la aplicación efectiva de los derechos humanos, sin que sea válido invocar las disposiciones de derecho interno para su inobservancia; toda vez que la construcción de un orden de convencionalidad constituye no sólo una garantía de los derechos y libertades del ser humano, sino también una oportunidad para que los tribunales los desarrollen en un ambiente de eficacia y de esa manera el Estado Mexicano cumpla con sus deberes internacionales. Consecuentemente, esa construcción del orden de convencionalidad se hará midiendo las normas del derecho legislado interno con la medida jurídica del derecho convencional para enjuiciar aquellas normas a través de las previstas por los tratados y resolver su contrariedad o no para efectos de su expulsión del orden judicial nacional. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 353/2011. José Luis Domínguez Robles. 29 de septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Víctorino Rojas Rivera. Secretario: Edgar Martín Gasca de la Peña. Amparo directo 826/2011. Alma Mayeli Trujillo Vázquez y otros. 8 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Juan García Orozco. Secretaria: Libertad Rodríguez Verduzco[154]

Para fijar la amplitud del derecho convencional como término genérico basta reproducir la definición que da la Organización de la Naciones Unidas (ONU) de convención:

> a) Convención como término genérico: en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se hace referencia a las "convenciones internacionales, sean generales o particulares" como fuente de derecho, además de la costumbre internacional y los principios generales del derecho internacional, y —como fuente secundaria— las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia. El uso genérico del término "convención" abarca todos los acuerdos internacionales, de la misma forma que el término genérico "tratado". El derecho positivo también se suele denominar "derecho convencional", para distinguirlo de otras fuentes de derecho internacional, como el derecho consuetudinario o los principios generales de derecho internacional. Por consiguiente, el término genérico "convención" es sinónimo del término genérico "tratados"[155].

Además, en sentido especifico la misma ONU precisa:

> *b*) Convención como término específico: mientras que en el siglo pasado el término "convención" se empleaba habitualmente para los acuerdos bilaterales, actualmente se utiliza en general para los tratados multilaterales formales con un gran número de partes. Normalmente cualquier miembro de la comunidad internacional, o un gran número de Estados, pueden ser parte de una convención. Los instrumentos negociados bajo los auspicios de una organización internacional suelen denominarse convenciones o convenios (por ejemplo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 o la, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969). Lo mismo ocurre con los instrumentos aprobados por un órgano de una organización internacional (por

[154] Época: Décima Época. Registro: 159970. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3. Materia(s): Constitucional. Tesis: XI.1o.A.T.54 K (9a.). Página: 1724.

[155] http://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html (Consulta 3 de octubre de 2015)

ejemplo, el Convenio de 1951 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo, o la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas)[156].

2. Naturaleza especial

El derecho procesal convencional de los derechos humanos es de la naturaleza jurídica de los tratados internacionales que es la fuente esencial del derecho internacional la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[157] establece en su artículo segundo que:

Artículo 2. a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

3. Jerarquía de derecho internacional convencional del derecho nacional constitucional

La Constitución en primera instancia, en los artículos: 1º, primer párrafo y 133 prevé una igualdad formal de jerárquica entre derecho internacional convencional sustantivo de los derechos humanos y el derecho nacional constitucional la prever:

> Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece(…)[158]
>
> Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión (…)[159]

La Constitución en el artículo: 1º, segundo párrafo y 133 prevé jerárquica en base a contenidos al privilegiar el principio *pro homine* al caso concreto: 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.*

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido jurisprudencia violando la propia Constitución y la CADH, al restringir los derechos humanos de ámbito convencional a

[156] Ídem.
[157] Publicada en el Diario Oficial de la Federal el 14 de febrero de 1975.
[158] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1°.
[159] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 133.

pesar de la exigencia *en todo tiempo a las personas la protección más amplia* sin importar si ésta se encuentra en el catálogo constitucional o en el convencional al determinar:

> PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL. Si bien la reforma al artículo 1o. de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional -principio pro persona o pro homine-, ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de ejercer sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica analizada, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que, al ejercer tal función jurisdiccional, dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, o las restricciones que prevé la norma fundamental, ya que de hacerlo, se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función[160].

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en el Artículo 2 establece el deber de Adoptar disposiciones de derecho interno:

> Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades[161].

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en la Parte III, Sección Primera, [de la] Observancia de los tratados en los artículos 26 y 27 prevé una jerarquía formal genérica:

> 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.
> 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46[162].

4. Objetivos

En el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos se dispone:

---

[160] Época: Décima Época. Registro: 2006485. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 6, Mayo de 2014, Tomo II. Materia(s): Constitucional. Tesis: 2a./J. 56/2014 (10a.). Página: 772.
[161] Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 2.
[162] Publicada en el Diario Oficial de la Federal el 14 de febrero de 1975.

> Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;
> Reconociendo 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, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;
> Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;
> Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y
> Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia…" [163]

5. Fuentes

Las normas convencionales en su conjunto podemos denominarlas como *Corpus Iuris Latinoamericano.*

5.1. *Corpus Iuris Latinoamericano.*

Es el conjunto de reglas, principios y directrices jurídicos que sustentan el SIDH.

El artículo (a.) 23 del Reglamento (R) de la CIDH dispone que las quejas o denuncias deben fundarse en los derechos previstos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"(C), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención

[163] Convención Americana sobre Derechos Humanos, preámbulo.

de Belém do Pará", conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la CIDH y su Reglamento".

La Corte IDH ha difundido como instrumentos del SIDH[164]:

- *Convención sobre la nacionalidad de la mujer (1933);*
- *Convención sobre asilo político (1935);*
- *Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (1948);*
- *Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (1948);*
- *Convención sobre asilo territorial (1954);*
- *Convención sobre asilo diplomático (1954);*
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969);*
- *Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional (1971);*
- *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1979);*
- *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979);*
- *Convenio de Sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1981);*
- *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987);*
- *Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (1988);*
- *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990);*
- *Carta de la Organización de los Estados Americanos (1993);*
- *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994);*
- *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1994);*
- *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para" (1995);*

[164] http://www.corteidh.or.cr (Consultado 9 de abril de 2014)

- *Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias ámbito de aplicación (1996);*
- *Convención Interamericana contra la Corrupción (1997);*
- *Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (1997);*
- *Reglamento de la Comisión Interamericana de mujeres (1998);*
- *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1999);*
- *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999);*
- *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (2000);*
- *Carta Democrática Interamericana (2001);*
- *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008);*
- *Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres (2008);*
- *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009); y*
- *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010).*

5.2. Jurisprudencia

También es fuente vinculante para los Estados la jurisprudencia (sentencias), opiniones consultivas, medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia que emite la Corte IDH.

Cada sentencia de la Corte IDH es una jurisprudencia, no como por ejemplo en México que para que tenga ese estatus (obligatoria) un criterio judicial debe reiterarse en varios casos el mismo sentido, además de la existencia de otros medios de creación.

"El primer nivel jurisprudencial está constituido por las sentencias o fallos de las Cortes, Tribunales, Salas Constitucionales o Cortes Supremas que se encuentran en el mismo plano o posición horizontal y las decisiones de los Tribunales Internacionales jerárquicamente superiores constituye un sistema vertical frente a las primeras y son los encargados de integrar

la interpretación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos"[165] .

5.3. SIDH es abierto y dinámico

El SIDH es abierto y dinámico porque no sólo está conformado con las normas, principios y directrices plasmados en los tratados internacionales, sino su alcance se va nutriéndolo con la interpretación y aplicación que hacen las instituciones de supervisión, esencialmente la Corte IDH.

Así la incorporación de los nuevos criterios al *Corpus Iure Latinoamericano* vía jurisprudencia (sentencias), opiniones consultivas, medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia, hace dinámico al SIDH.

La creación de jurisprudencia es un acto materialmente legislativo de ámbito internacional aunque formal jurisdiccional.

De esta manera "el sistema, que se encuentra en constante evolución, debe ser interpretado de acuerdo al contexto dado al momento en que se requiere la interpretación del instrumento en cuestión, siguiendo de esa forma la tesis sobre la interpretación de los documentos internacionales formulada por la Corte Internacional de Justicia. Por consiguiente, la fuerza legal de la Declaración Americana no puede ser determinada a la luz de lo que los Estados firmantes consideraron en 1948, sino que debe para ello tenerse en consideración la evolución general del sistema. De esta manera, enfatiza la idea de que la interpretación en este campo debe ser una interpretación dinámica"[166].

6. Estados partes de la Convención ADH

No todos los miembros de la OEA han ratificado la Convención ADH, y no todos los reconocen la jurisdicción de la Corte IDH, son veinticuatro los países que la admiten como fuente del derecho nacional a la Convención ADH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Lo que representa el 68% del total de los países de América.

---

[165] Moreno Alfonso, Rene. El valor de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en el derecho local publicado en Temas Selectos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Director Científico, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez p. 337.

[166] Margaroli, Josefina y Maculan, Sergio L. "Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Ediciones Cathedra Jurídica. Buenos Aires, 2011, pp. 59-60.

Trinidad y Tobago denunciaron la Convención ADH el 26 de mayo de 1998[167], y recientemente Venezuela el 10 de septiembre de 2013.

7. Órganos competentes

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención IDH:

7.1. la Comisión IDH;

7.2. la Corte IDH, y,

7.3. los jueces de los Estados parte.

7.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Es un órgano colegiado facultado para investigar las quejas que versen sobre posibles violaciones a los derechos humanos en los países que son parte de la OEA y decidir, en su caso, cuando éstas sean fundadas las medidas que tiendan a reparar la trasgresión, mediante el sistema de petición individual; el examen de la situación de los derechos humanos y la atención a temas que se relaciones con su finalidad.

"La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal… Fue creada por la OEA en 1959"[168].

La CIDH sesiona por primera vez en 1960, y al año siguiente comienza a "...realizar visitas *in loco* para observar la situación general de los derechos humanos en un país, o para investigar una situación particular. Desde entonces ha realizado 92 visitas a 23 países miembros. Con respecto a sus observaciones de tipo general sobre la situación en un país, la CIDH publica informes especiales…desde 1965 la CIDH fue autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos. Hasta diciembre de 2011, ha recibido varias decenas de miles de peticiones, que se han concretado en 19.423 casos procesados o en procesamiento. Los informes finales publicados en relación con estos casos pueden encontrarse en los informes anuales de la Comisión o por país"[169].

7.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

[167] http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh (Consultada 6 de mayo de 2014)
[168] http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp (Consultada 6 de mayo de 2014).
[169] Ídem.

El Estatuto de "*La Corte Interamericana de Derechos Humanos [dispone que ésta] es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatut*o". (a.1)

La Corte Interamericana [IDH] quedó integrada el 22 de mayo de 1979, al término de tres décadas de esfuerzos y proyectos, la Asamblea General de la OEA eligió, durante su Séptimo Período Extraordinario de Sesiones, a los primeros jueces que la compondrían: tres centroamericanos, dos suramericanos, un caribeño y un estadounidense [170].

La instalación del tribunal interamericano se hizo el 3 de septiembre de 1979, en solemne ceremonia desarrollada en el Teatro de la República, de San José, Costa Rica, sede de la propia Corte Interamericana, bajo convenio entre Costa Rica y la Corte Interamericana, suscrito el 10 de septiembre de 1981[171].

7.3. Los jueces de los Estados parte

Los jueces de los Estados parte del SIDH deben considerarse como el segmento más amplio de éste por el deber de ejercer el control difuso de convencionalidad.

7.3.1. Control difuso de convencionalidad

Es la pieza más importante del SIDH porque transforma a los jueces nacionales en jueces internacionales y permite ampliar la cobertura de protección a todos los rincones de los países que integran el SIDH.

"La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional"[172].

Las normas convencionales provocan que "la norma constitucional se amplía con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en lo relacionado con la carta de derechos y con un órgano jurisdiccional que garantiza su cumplimiento: la Corte

[170] García Ramírez, Sergio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Porrúa, México, 2011, p. 107.
[171] Ídem.
[172] Martínez Lazcano, Alfonso Jaime. El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional, publicado en "Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Director Científico, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013, p. 54.

Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como órgano principal de la jurisdicción constitucional transnacional"[173].

7.4 Impacto sistemas nacionales

El primer impacto es en el ámbito normativo, al incrustarse el *Corpus Iuris Latinoamericano* en el derecho positivo nacional para formar un todo, pero no es una simple amalgama, el ingreso es a la zona exclusiva (V.I.P.) por su jerarquía.

En segundo término obliga a los jueces de todos los niveles a prepararse, conocer y operar el *Corpus Iuris Latinoamericano;* tercero, a aplicar el *Corpus Iuris Latinoamericano* de oficio; cuarto, como consecuencia, dejar de aplicar normas nacionales que sean contrarios al *Corpus Iuris Latinoamericano,* de esta forma el control difuso de convencionalidad realiza una tarea de depuración de normas inconvencional[174], y quinto, el núcleo del esencial y prudencial del SIDH lo determina por el principio *pro persona*.

8. Consideraciones finales

La designación de derecho procesal convencional de los derechos humanos obedece esencialmente a determinar con más claridad y sencillez esta área del derecho para su estudio y mayor comprensión. Algunos autores la designan a este campo jurídico como derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo, es más adecuada la primera nominación por su uso y la precisión de su origen y amplitud de sus fuentes.

El derecho procesal convencional debe ser estudiado en forma autónoma del derecho procesal constitucional como una rama independiente, que cuenta con sus propias normas, principios, procedimientos, procesos, órganos e historia.

Es el derecho convencional sustantivo el que se ha incrustado en los textos constitucionales y es éste esencialmente, el que de oficio deben aplicar todos los jueces de los Estados parte de oficio al ejercer el control difuso de convencionalidad.

Hoy la supremacía absoluta constitucional está en duda frente al derecho sustantivo convencional de los derechos humanos, aunado a la nueva corriente neoconstitucionalista de la argumentación, surgida en forma similar a la expansión universal y regional de protección

[173] Ibidem. Velandia Canosa, Eduardo Andrés. Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión, p. 198.

[174] Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o *de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*. (a. 2 de la Convención IDH).

supranacional, lo cual implica revisar y confrontar los contenidos normativos de las cartas constitucionales, ya no sólo con el respaldo basado en argumento de autoridad, sino en determinar si lo plasmado en la Constitución cumple con los parámetros convencionales, lo cual es campo, como garantía complementaria del derecho procesal convencional de los derechos humanos.

Bibliografía

García Ramírez, Sergio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Porrúa, México, 2011.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), Derecho Procesal Constitucional, op., cit., Voz Dr. Héctor Fix Zamudio, 4ª ed., Porrúa, México, 2003.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano, IIJ-UNAM, México, 2013.

Margaroli, Josefina y Maculan, Sergio L. "Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Ediciones Cathedra Jurídica. Buenos Aires, 2011.

Martínez Lazcano, Alfonso Jaime (Director científico) Jaime, Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013.

Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, Derecho Procesal Convencional, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2015.

Publicaciones oficiales

Diario Oficial de la Federal (14 de febrero de 1975)

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Época: Décima Época.)

Internet

http://www.corteidh.or.cr (Consultado 9 de abril de 2014)

http://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html (Consulta 3 de octubre de 2015)

http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh (Consultada 6 de mayo de 2014)

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp (Consultada 6 de mayo de 2014).

CAPÍTULO VI. ÓRGANOS Y MECANISMOS DE CONTROL CONTRA LA TORTURA

Mtro. José Raciel Montejo Moreno[175]

SUMARIO:

I. Introducción, II.- Órganos y mecanismos de control y ordenamientos internacionales de denuncia y supervisión, a) El Comité de Derechos Humanos, b) El comité contra la tortura de las Naciones Unidas, c) Órganos regionales. III.- Otros dispositivos e instrumentos de control, a) Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la cuestión de la tortura, b) Cortes y Tribunales Penales Internacionales, c) El Comité Internacional de la Cruz Roja. IV.- Tratados Internacionales, a) Instrumentos internacionales. Conclusiones.

RESUMEN

La tortura a lo largo de la historia ha sido una de las practicas más comunes y que se ha ido generalizando con el paso del tiempo, hasta convertirse en un sistema de interrogatorio en diversos ámbitos, que van desde la captura de los enemigos para proporcionar información detallada, así como para culpar de cualquier situación que ponga en peligro un sistema social o de poder, sin embargo dentro de las propias instituciones gubernamentales y de orden legal, es una práctica aún se continúan ejerciendo de forma continua y reiterada, por ello la importancia de los órganos y mecanismos de control internacionales y convenciones que dan toda una serie de ordenamientos de protección y que muchos países no respetan y existe una flagrante violación a los Derechos Humanos y que se revisara puntualmente.

PALABRA CLAVES: Tortura, malos tratos, muerte, órganos de control, órganos regionales, tratados, convenciones, derechos humanos.

ABSTRACT

Along history, torture has been one of the most common practices and it has become more widespread as the time goes, to become in an interrogatory sistema in different ambits, rangin from capturing enemies to provide detailed information, as well as for blaming from any situation that endangers a social system or power, however, within the goverment's own institutions and legal order, is a practice that stills exerting continuously and repeated over and over again, therefore the importance of bodies and international control mechanisms and conventions that give a range of protection systems that many countries do not respect, and exists a flagrant Human Rights violation that we are going to revise puntually.

KEY WORDS: Torture, abuse, death, supervisory bodies, regional bodies, treaties, conventions, human rights.

I.- INTRODUCCIÓN

Dentro de los principios universales y en lo relacionado con con los tratados internacionales de derechos humanos no sólo regulan la conducta de los Estados y establecen límites para el ejercicio de su poder, sino que también exigen a los Estados que actúen para impedir que se cometan abusos contra los derechos humanos. El derecho internacional obliga a los Estados a tomar medidas firmes para prohibir y prevenir la tortura, así como para responder a los casos de tortura, con independencia del lugar donde ésta se cometa y de si el torturador es un agente

[175] MTRO. en Psicología Jurídica y Criminología, Docente de la Escuela de Psicología de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Psicólogo del Sistema Estatal de Desarrollo Integral de la Familia de Tabasco. Alumno del Doctorado Métodos de solución de conflictos y Derechos Humanos. DACyH-UJAT.PNPC-CONACYT. Correo electrónico:joseracielmom@hotmail.com

del Estado o un ciudadano particular[176], de tal forma que se debe tratar de identificar todos y cada uno de estos rasgos y elementos que están debidamente contenidos en cada tratado o convención y de manera específica en cada uno de sus artículos, en lo que respecta al País que ha suscrito y aceptado mediante la firma de compromisos es aun impostergable dicha aplicación de cada una de las normas jurídicas que en ella se encuentran, la Convención de la ONU contra la Tortura establece que el Estado es responsable de los actos de tortura cometidos «por un funcionario público [...], a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia», a partir de aquí nos permitirá una clara visualización de la importancia de dichos principios y establecer una correlación directa en el presente ponencia.

Un asunto de un país, pero es un asunto de todos.

Es un hecho que la comunidad internacional ha generado una serie de estándares internacionales que protegen a las personas contra la tortura y que se utilizan a todos los ordenamientos jurídicos del mundo. Estos estándares tienen en cuenta la diversidad de los ordenamientos jurídicos existentes e instauran las garantías mínimas que cada sistema deberá ofrecer. Los agentes que imparten justicia así como a los jueces y los fiscales deben garantizar el cumplimiento de estos estándares, dentro del marco de su propio ordenamiento jurídico[177]. Una recomendación que siempre estará presente para aquel o aquellos países que no ha ratificado una determinada convención sobre la prohibición de la tortura, queda igualmente obligado a prohibirla, en virtud del derecho general internacional[178] dada la importancia de esta prohibición.

II.- Órganos y mecanismos de control y ordenamientos internacionales de denuncia y supervisión.-

a) El Comité de Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos es el órgano de expertos independientes que observa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por sus Estados Partes.

---

[176] Amnistía Internacional, *Cuerpos Rotos, Mentes destrozadas*, TORTURA Y MALOS TRATOS A MUJERES, Editorial AMNISTÍA INTERNACIONAL (EDAI), Valderribas, Madrid, España, 2001, p. 11

[177] Lucha contra la tortura. Manual para Jueces y Fiscales. Human Rights Center, Universidad Essex, Reino Unido. 2003. Pag.8

[178] El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia distingue las siguientes fuentes del derecho internacional: los tratados internacionales que establecen normas, la costumbre internacional que se evidencia en una práctica generalmente aceptada como derecho, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, las decisiones judiciales y la doctrina más recibida. El derecho internacional general (derecho internacional consuetudinario) consiste en normas procedentes de distintas combinaciones de estas fuentes.

Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente los Estados deben presentar un informe un año después de su adhesión al Pacto y luego siempre que el Comité lo solicite (por lo general cada cuatro años). El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales"[179]. Además del medio de presentación de informes, el artículo 41 del Pacto establece que el Comité debe examinar las denuncias entre los Estados. Además, el *Primer Protocolo Facultativo del Pacto* otorga al Comité competencia para examinar las denuncias de los particulares en relación con supuestas violaciones del Pacto cometidas por los Estados Partes en el Protocolo, de aquí la importancia de dicho instrumento.

b) El Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas

El Comité contra la Tortura ("**CAT**" por sus siglas en inglés) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (**CCT**) por sus Estados Parte. El CAT es un órgano formado por diez expertos independientes establecido en virtud de la Convención contra la Tortura. Estudia los informes remitidos por los Estados Partes sobre la implementación de las cláusulas de la Convención y publica observaciones finales. Puede estudiar comunicaciones de particulares, si el Estado pertinente ha reconocido la competencia del Comité para este procedimiento, mediante una declaración en virtud del artículo 22 de la Convención. Existe también un procedimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 20, mediante el cual el Comité puede iniciar una investigación si considera que existen 'indicaciones fundadas de que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado Parte'[180].

Así mismo se creó un nuevo Protocolo Facultativo que fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2002. En él se establece un sistema complementario, dual, de visitas regulares a lugares de detención, con el fin de prevenir torturas y malos tratos. El primero consiste en un órgano de visitas de carácter internacional, el 'Subcomité´, formado por diez expertos independientes que realizarán visitas periódicas a lugares de detención. El segundo implica la obligación de los Estados Partes, de designar o mantener uno o varios

[179] Comité de Derechos Humanos. http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/. 10 de Febrero de 2015

[180] Lucha contra la tortura. Manual para Jueces y Fiscales. Human Rights Center, Universidad Essex, Reino Unido. 2003. Pag.14

órganos de visita de carácter nacional, que puedan realizar visitas con mayor regularidad. Los órganos nacionales e internacionales harán recomendaciones a las autoridades pertinentes, con el fin de mejorar el trato a las personas privadas de su libertad y las condiciones de detención[181].

c) Órganos regionales

Se han desarrollado conjuntamente una serie de tratados de derechos humanos regionales dentro del Consejo de Europa (**CoE**), la Organización de Estados Americanos (**OEA**) y la Unión Africana (**UA**)[182].

Los derechos protegidos por estos tratados proceden de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o son similares a los incluidos en ese apartado, sin embargo cada tratado ha desarrollado mecanismos propios para su ejecución. Los principales instrumentos aquí citados (muy breve) son:

- el Convenio Europeo de Derechos Humanos
- el Convenio Europeo para Prevenir la Tortura y Penas o Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes
- la Convención Americana sobre Derechos Humanos
- la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
- la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

La Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y la **Corte Africana de Derechos Humanos (de próxima creación)**, son los responsables de supervisar el cumplimiento estatal de sus respectivos tratados. Estos órganos examinan denuncias de tortura, al mismo nivel que otras presuntas violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, el Consejo de Europa también ha creado un órgano específico para la prevención de la tortura en sus Estados miembros.

El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) fue creado en el marco del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos y Degradantes de 1987 del Consejo de Europa. Está formado por un número de miembros

[181] Ibíd. Párrafo 2
[182] Antiguamente denominada Organización de la Unidad Africana.

independientes e imparciales, equivalente al número de Estados Partes adscritos al Convenio y puede recibir ayuda de expertos *ad hoc*. Actualmente, todos los Estados miembros del Consejo de Europa han ratificado también el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura. El CPT realiza visitas periódicas y *ad hoc* a cualquier lugar bajo la jurisdicción de un Estado firmante, en los que haya personas detenidas por una autoridad pública. Los Estados Partes tienen la obligación de facilitar al CPT el acceso a su territorio y permitir que viaje sin restricciones; ofrecer información completa sobre los lugares en los que se encuentran las personas detenidas; acceso ilimitado a cualquier lugar en el que se encuentran personas privadas de su libertad, incluido el derecho a desplazarse dentro de esos lugares sin restricción alguna; y proporcionar cualesquiera otra información necesaria, para que pueda realizar su cometido[183].

III.- Otros dispositivos e instrumentos de control

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha desarrollado también otros mecanismos (temáticos y específicos) de control para casos específicos de violación de los derechos humanos en todo el mundo, donde se incluyen representantes y expertos independientes, relatores especiales y/o grupos de trabajos especializados en un área determinada.

Han sido creados por resolución, en respuesta a situaciones consideradas de suficiente importancia como para estudiarlas a fondo. Estos mecanismos presentan informes anuales y públicos a la Comisión de Derechos Humanos de los procedimientos y algunos también informan a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Los principales órganos temáticos de relevancia para este manual son: el Relator Especial sobre la Tortura, el Relator Especial sobre la Violencia contra la Mujer, el Relator Especial sobre la Independencia de Jueces y Abogados, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, y el Grupo de trabajo sobre Detenciones Arbitrarias. Existen además otros varios mecanismos temáticos. El trabajo de estos órganos no es mutuamente excluyente y pueden intervenir de forma conjunta, o por separado en casos relacionados con la misma denuncia[184].

[183] Artículo 8 del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (n° 126 del Consejo de Europa), elaborado en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987.

[184] Lucha contra la tortura. Manual para Jueces y Fiscales. Human Rights Center, Universidad Essex, Reino Unido. 2003. Pag.16

a) Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la cuestión de la tortura.

La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas instituyó este mandato en 1985. No está basado en tratado alguno, se trata de un órgano 'basado en la Carta de Naciones Unidas', cuyo cometido es examinar la práctica internacional en materia de tortura en cualquier Estado, con independencia de los tratados a los que éste pueda estar legalmente vinculado. Basándose en la información que recibe, el/la Relator/a Especial puede ponerse en comunicación con los gobiernos y solicitar sus comentarios sobre los casos examinados. También puede aplicar el procedimiento de 'acción urgente', solicitando al gobierno que garantice el trato humano a una determinada persona, o grupo de personas. Asimismo, el/la Relator/a Especial puede realizar visitas, previa invitación o permiso, por el Estado correspondiente. Generalmente, los informes de estas misiones se publican como anexos al informe principal del Relator Especial a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas[185].

El Relator Especial informa pública y anualmente a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y a la Asamblea General de Naciones Unidas. Los informes a la Comisión, incluyen resúmenes de toda la correspondencia enviada a los gobiernos por el/la Relator/a Especial y de la recibida de los distintos gobiernos. Los informes también pueden incluir observaciones generales sobre el problema de la tortura en determinados países, pero no contienen conclusiones sobre denuncias individuales de tortura. Los informes pueden abordar asuntos o sucesos específicos, que influyen sobre, o propician la tortura en el mundo, ofreciendo conclusiones y recomendaciones generales[186].

b) Cortes y Tribunales Penales internacionales

Es injerencia y responsabilidad directa de los tribunales penales en el ámbito nacional de la investigación y del procesamiento de actos de tortura y de otras formas delictivas de maltrato. Es importante señalar que en los últimos años, se han creado algunos tribunales penales internacionales *ad hoc*, incluido el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (**TPIY**) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (**TPIR**). Los crímenes de tortura como crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, se incluyen en el Estatuto del TPIY[187],

[185] Ibid. Pag. 16. Párrafo 1
[186] Ibid. Pag. 16. Párrafo 2
[187] Artículo 5, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.

del TPIR[188] y en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)[189]. El Estatuto de la CPI se acordó en 1998 y obtuvo las 60 ratificaciones necesarias para su entrada en vigor en el 2002. La CPI podrá en el futuro, procesar determinados delitos de tortura cuando las jurisdicciones nacionales no son capaces, o no quiera ocuparse de ellos.

c) El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)

El Comité Internacional de la Cruz Roja es un órgano de carácter humanitario, imparcial e independiente, con un mandato específico atribuido bajo el derecho humanitario internacional y, en especial, por los cuatro Convenios de Ginebra. Proporciona muchas formas de protección y asistencia a víctimas de conflictos armados, así como en situaciones de conflictos internos. En casos de conflictos armados internacionales entre Estados Partes en los Convenios de Ginebra, el Comité Internacional de la Cruz Roja, tiene permiso para desplazarse a cualquier lugar de confinamiento, encarcelamiento y trabajo forzado, en los que haya prisioneros de guerra o presos civiles. En los casos de conflictos armados no internacionales, o situaciones de conflicto y tensión interna, puede ofrecer sus servicios a las partes en conflicto y, con el consentimiento de éstas, acceder a los lugares de detención. Los delegados visitan a los detenidos con el propósito de evaluar y, si es preciso mejorar, **las condiciones materiales y psicológicas de detención y prevenir torturas y malos tratos**. Los procedimientos de visita exigen el acceso a todos los detenidos y lugares de detención, sin restricción alguna en la duración y frecuencia de las mismas, y la posibilidad de los delegados de hablar libremente y sin testigos con cualquier detenido.

Un seguimiento individual del paradero de los detenidos, también forma parte de los procedimientos estándares de visita del Comité Internacional de la Cruz Roja. Las visitas y los informes emitidos sobre éstas son confidenciales, aunque el Comité Internacional de la Cruz Roja puede publicar sus propios comentarios si el Estado hace una referencia pública a ese informe, o a esa visita[190].

IV.- Tratados Internacionales

En este apartado se enmarca de qué modo los sistemas jurídicos y el Derecho Internacional pretende lograr la erradicación de la tortura, su prevención y represión eficaz. Sin embargo

[188] Artículo 3, Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
[189] Artículos 7 y 8, Corte Penal Internacional
[190] Lucha contra la tortura. Manual para Jueces y Fiscales. Human Rights Center, Universidad Essex, Reino Unido. 2003. Pag.17

aun así, la prohibición de torturar, impuesta en la actualidad a los Estados *erga omnes parte* de una norma internacional de carácter universal, absoluta e inderogable –*de ius cogens*-[191] es evidente que se contiene en una pluralidad de instrumentos internacionales, universales y regionales, entre los que se destaca de manera inconmensurable la **Convención contra la Tortura de Naciones Unidas,** concluida en 1984. Así mismo la importancia que los tratados y convenciones tienen como principal factor (indicador) para poder eliminar e impedir la tortura a través de cada uno de los artículos que se precisan en cada uno de ellos, por lo tanto el acceso a la justicia no es solamente un derecho humano, sino también una forma de hacer efectivos los derechos. Se trata de una garantía fundamental dentro de un Estado social de derecho.

Los derechos humanos establecidos en los Tratados Internacionales de derechos humanos y en otras fuentes de cumplimiento obligatoria del derecho internacional de los derechos humanos, deben ser cumplidos por el Estado a nivel interno y externo, el que no solo debe prevenir violaciones a los mismos, sino además debe establecerse mecanismos de reclamo frente a las violaciones, procurando la reparación de los daños causados y la sanción de los responsables.

Uno de los grandes problemas que han existido es que los mecanismos especializados en la protección de los derechos humanos, en particular sobre el control de constitucionalidad, el recurso de hábeas corpus, el recurso de amparo de garantías constitucionales, proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos humanos y el hábeas data , no han funcionado adecuadamente como protectores de los derechos, debido a que persiste una tendencia a consideraciones formalistas, que hacen que no se llegue a conocer el asunto por el fondo y con ello que se llegue a una tutela efectiva de los derechos. Por ello la importancia de todos y cada uno de estos tratados e instrumentos internacionales y que se retoma en una breve descripción del artículo del Dr. Islas[192] y que a continuación se hace énfasis.

El fundamento jurídico de los derechos humanos se identifican, seleccionan y clasifican en el siguiente orden: la norma constitucional (revisados en el apartado A); los principales

[191] La importancia del ius cogens o derecho imperativo internacional se deriva de su contenido. Sus normas protegen valores esenciales compartidos por la comunidad internacional. Se puede decir que el ius cogens es la encarnación jurídica de la conciencia moral de la sociedad internacional.

[192] Islas Colín, Dr. Alfredo. *Criterios Jurisprudenciales en materia de Derechos Humanos".* En Derecho Procesal Constitucional, Tomo II, Porrúa, México, 3ra. Edición, 2002; en la revista IURIS TANTUM, Año XVII, núm. 13, 2002; en la revista LEX, 3era. Época, año VI, mayo 2001, No. 71; y en la Revista ELIAIA, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 2, No. 4, Monterrey, México, (2002).

instrumentos internacionales (las declaraciones internacionales; los pactos, tratados y convenciones internacionales; y otros instrumentos internacionales); los criterios jurisprudenciales de la SCJN y TCC; los de la CIDH; y los de la CEDH; [193] y la legislación nacional (códigos, leyes, reglamentos y finalmente otras disposiciones secundarias), aquí se enunciaran solamente los segundos.

a) Instrumentos Internacionales

Este puede mostrase de una manera muy gráfica e interesante en el cuadro siguiente que nos permite visualizarlo de manera integral estos instrumentos internacionales

• Declaraciones Internacionales; • Pactos, • Tratados • Convenciones Internacionales; y • Otros Instrumentos Internacionales	**D.H.**	Doctrina y Derecho Comparado

El derecho internacional de los derechos humanos precisa los límites del poder del Estado sobre los individuos e impone obligaciones positivas a los Estados respecto de ellos. Los Estados firman y ratifican voluntariamente tratados que reconocen y aseguran los derechos de cada persona y se someten al control de organismos judiciales o cuasi judiciales que reciben denuncias individuales. La favorable posición en que nos hallamos hoy en pleno siglo XXI, y con pocos Estados que admiten abiertamente la existencia de abusos a los derechos humanos es tal vez es difícil imaginar la naturaleza revolucionaria de los primeros tratados sobre el tema; por primera vez, el derecho internacional no sólo gobernaba las relaciones entre los Estados sino también entre éstos y los individuos. Es innegable que los Estados ya no podrán discutir, en relación de determinados actos, ya que la soberanía sobre su propio territorio

[193] La traducción se realizó, a partir del texto siguiente: *Jurisprudence de la Cour Européen des Droits de l'Homme,* 5 edit. SIREY. Vicent BERGER, DALLOZ, Paris 1996 y de la página de Internet de la Corte Europea de Derechos Humanos.

prohibía toda intervención. El comportamiento del Estado a nivel local se verá ahora sujeto al control externo, de manera categórica legal y jurídicamente sistematizada.

La prohibición contra la tortura en el derecho internacional es, como la prohibición contra la esclavitud o el genocidio, absoluta. Por ello la tortura es inaceptable bajo *cualquier* circunstancia, incluso la guerra, la emergencia pública o una amenaza terrorista[194] . Esta prohibición es tan fuerte y aceptada universalmente que se ha convertido en un principio fundamental del derecho internacional consuetudinario. Esto representa que incluso aquellos Estados que no han ratificado ninguno de los tratados internacionales que prohíben **manifiestamente la tortura** tienen prohibido aplicarla a cualquier persona, en cualquier lugar, espacio o tiempo. Sin embargo, no existe un foro a nivel internacional ante el cual un individuo pueda realizar una denuncia con base únicamente en una violación al derecho internacional consuetudinario, por lo que a menudo dichas violaciones acarrean consecuencias sólo cuando existe la voluntad política en otros Estados de hacerse responsables unos a otros.[195]

De esta forma se enumeran cada uno de estos instrumentos internacionales y que hacen mención a cada uno de sus artículos dentro de su propio sistema de regulación, y que se detallan inmediatamente.

Así tenemos de entrada dos artículos que nos pueden permitir un primer acercamiento al problema de la conceptualización de la tortura, el primero es el que enuncia **La Convención de la ONU contra la tortura**: Artículo 1: «A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores 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 o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los

[194] La tortura en el derecho internacional, guía de jurisprudencia Publicado conjuntamente en 2008 por la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).
[195] Cuando un Estado presenta una denuncia, la Corte Internacional de Justicia tiene competencia para declarar si efectivamente ha ocurrido una violación del derecho internacional consuetudinario (Artículo 38(1)(b), Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, adjunto a la Carta de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945, T.S. 993, vigente desde el 24 de octubre de 1945 e incorporado allí por el Artículo 92).

dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.»; en segundo lugar el Articulo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos invoca, en relación a la *Tortura*: *"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"*[196]. Una extensa mayoría manifiesta que este artículo evidentemente es la fina expresión del derecho internacional consuetudinario, por lo tanto y así se precisa dentro del marco de la Naciones Unidas, esto queda enmarcado, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes están claramente prohibidos en un sin número de tratados internacionales, que son jurídicamente vinculantes[197] para los Estados que los han ratificado[198]. Se citan los instrumentos internacionales que prohíben explícitamente la práctica de la tortura en cualquiera de sus modalidades se realizara una breve descripción de cada uno de ellos en sus diferentes modalidades jurídicas.

Conclusiones

Como puede leerse todo y cada uno de los Convenios, Tratados, Protocolos y Declaraciones, tiene como referencia directa la prohibición y erradicación de la Tortura en cualquiera de sus manifestaciones y actuaciones directas ya que es una práctica que a todas luces se sigue practicando en muchos países e incluso en aquellos donde existe la firma de compromisos de hacer respetar esta condición que parece ser una actividad común y reiterada en muchos casos, que inclusive no se encuentra denunciados, ni documentados, al amparo de la impunidad y corrupción que se vive en muchos países del mundo[199]. Puesto que es una práctica generalizada que se sigue realizando al amparo de las recomendaciones y de sus connotaciones jurídicas, por ello se deberá tener mayor observación a cada una de estas

[196] Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución de la A.G. 217A (III), U.N. Doc A/810, p. 71 (1948).
[197] Leah Levin. DERECHOS HUMANOS Preguntas y respuestas. México, Correo de la UNESCO, 1999, p.105
[198] La tortura y otras formas de malos tratos están prohibidos, entre otros, por: el Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución de la AG 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (N° 16), p. 52, UN Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, vigente desde el 23 de marzo de 1976; la Convención contra la Tortura y otras Penas y Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (UNCAT), Resolución de la AG 39/46, anexo, 39 UN GAOR Supp. (N° 51) página 197, U.N. Doc. A/39/51 (1984), vigente desde el 26 de junio de 1987; entro otras.
[199] Díaz, Gloria Leticia, "DERECHOS HUMANOS", Revista Proceso, Semanario de información y análisis, México, núm. 2005, 5 de abril de 2015, p. 31, El relator especial de la ONU Juan Méndez, quien ha recibido numerosos muestras de solidaridad ante las descalificaciones personales del gobierno de Peña nieto, dice a proceso que no se equivocó al hablar de tortura generalizada en México.

acciones y actos que se esté ejecutando contradictorias a los Principios Universales del Hombre y de todos y cada uno los órganos e instrumentos de control para erradicar la Tortura en el mundo. Es un tema que deberá ser puesto siempre a la mesa de debate sin objeciones ni mayor reticencia, se pugna por una verdadera libertad de los Derechos Humanos.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

Álvarez Ledesma, Mario, *"Memoria del foro sobre la tortura en México"*, CNDH. 2002,

Álvaro Castro, Miguel Y Cillero Mera, Jorge, Derechos fundamentales de los privados de libertad, Guía práctica con los estándares internacionales en la materia. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Diego Portales. 2010.

Amnistía Internacional, *Cuerpos rotos, mentes destrozadas*: tortura y malos tratos a mujeres, Editorial Amnistía Internacional, (EDAI), Valderribas, Madrid, España, 2001.

Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 39/46 del 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987.

Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra. Estos tratados, universalmente aceptados, protegen a los combatientes heridos y enfermos, los náufragos, los prisioneros de guerra y las personas civiles en poder del enemigo. Protegen asimismo a la misión médica, los hospitales, el personal, el material y los transportes sanitarios. Sin embargo, en los Convenios hay lagunas en importantes ámbitos, como el del comportamiento de los combatientes y el de la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades. Para subsanarlas, se aprobaron, en 1977, dos Protocolos, y un tercero en 2005, que completan, pero no reemplazan, los Convenios de Ginebra de 1949: En 2005, se aprobó el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional de 2005 (Protocolo III), para reconocer el emblema del cristal rojo.

Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (CONVENIO IV), *Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.*

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), 15° período ordinario de sesiones, Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985. Entrada en vigor: 28 de febrero de 1987.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Para", los Estados del Continente Americano sumaron esfuerzos para crearla, el 9 de junio de 1994, en el Pleno de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (n° 126 del Consejo de Europa), elaborado en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Aprobada en la fecha: 26 de noviembre de 1968. Lugar: Nueva York, EUA. Por: Asamblea General. Resolución: 2391 (XXIII). Entrada en vigor general: 11/XI/1970, de conformidad con el Art. VIII.

Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y en particular la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la Resolución 1992/32 de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. E/CN.4/1995/34 del 12 de enero de 1995, 50° período de sesiones.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948). La IX Conferencia Internacional Americana.

Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 3452, del 9 de diciembre de 1975.

Declaración de Tokio de la Asociación Médica Mundial. Normas Directivas para Médicos con respecto a la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes impuestos sobre Personas Detenidas o Encarceladas, adoptada por la 29a Asamblea Médica Mundial realizada en Tokio, Japón, en octubre de 1975, y revisada en su redacción por la 170a Sesión del Consejo, Divonne-les-Bains, Francia, en mayo de 2005, y por la 173a Sesión del Consejo, Divonne-les-Bains, en mayo de 2006.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

Díaz, Gloria Leticia, “DERECHOS HUMANOS”, Revista Proceso, Semanario de información y análisis, México, núm. 2005, 5 de abril de 2015.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

Hernández Forcada, Ricardo y Lugo Garfias, María Elena. 2004, *Algunas notas sobre la tortura en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la cuestión de la tortura, sr. Theo Van Boven, 23 de diciembre de 2003, 60° período de sesiones, E/CN.4/2004/56.

Ley federal para prevenir y sancionar la tortura, articulo 3 , Reforma de 1994.

Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, D.O.F.,27_12_91.Agenda Penal Ediciones Fiscales ISEF, S.A. 2002

Luchar contra la tortura. Manual para Jueces y Fiscales, Primera edición. Reino Unido. Human Rights Centre de la Universidad de Essex. 2003.

Meneses, Armando, 2013, *Prohibición de la tortura*. Derechos humanos en la Constitución : Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, México, Tomo I, Primera edición

Ortiz Ahlf, Loretta, *Integración de las normas internacionales de derechos humanos en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/3/art/art10.htm. 28 Marzo de 2015.

Prohibición de la Tortura u Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, adoptada en el 44° período de sesiones, 1992.

CAPÍTULO VII. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: VISIÓN GENERAL DESDE SU SURGIMIENTO HASTA SU COMPETENCIA ACTUAL.

Juana Sánchez Ramos[200] y Esperanza Rodríguez Custodio[201]

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Surgimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3. Integración. 4. Funcionamiento. 5. Competencia. 6. Conclusión. 7. Fuentes de información.

RESUMEN

La Corte Interamericana es una institución judicial autónoma cuya creación fue decretada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y su entrada en vigor se produjo el 18 de julio de 1978. Su objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tiene dos tipos de funciones: jurisdiccional y consultiva, diferenciándose en ésta última de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuya función es exclusivamente contenciosa.

PALABRAS CLAVES: Corte Interamericana, Convención Americana, Jueces, Estados partes, Función jurisdiccional.

ABSTRACT

American Court is an autonomous judicial institution whose establishment was decreed by the American Convention on Human Rights of 1969 and came into force on 18 July 1978. Its objective is the application and interpretation of the American Convention on Human Rights. It has two types of functions: jurisdictional and consultative, differing in the latter of the Inter-American Commission on Human Rights whose function is exclusively contentious.

KEYWORDS: Inter-American Court, American Convention, Judges, States parties, Jurisdictional function.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo abordaremos el surgimiento, la integración, el funcionamiento, así como algunos alcances de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la búsqueda de proteger los derechos humanos en el continente americano.

Como principal aspecto de esta institución, resalta su labor jurídica apegada rigorosamente a derecho, misma que se ve reflejada en la emisión de sentencias cuyo valor es inmenso, dado que permite a los Estados Partes obtener una visión más amplia del derecho internacional de los derechos humanos, por los diversos temas de derechos y libertades que aborda. Con lo cual

[200] Licenciada en Ciencia Política y Administración Pública por la Universidad Popular de la Chontalpa y Estudiante de la Maestría en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

[201] Licenciada en Derecho por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco y actualmente estudiante de la Maestría en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos por la misma Universidad.

su jurisprudencia se convierte en un referente observado por todos los Estados Partes, para no cometer las mismas violaciones que fueron sancionadas por el Tribunal Interamericano.

Otra de las consideraciones que se destaca es que sus opciones consultivas son de gran peso para la interpretación de la Convención o de los tratados americanos porque beneficia al derecho interno de los Estados miembros para la creación y adecuación de ordenamientos normativos.

2. SURGIMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano integrante, al igual que la Comisión Interamericana, del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Para poder hablar de su surgimiento, es necesario retomar los antecedentes de dicho Sistema, para de allí establecer el momento y las condiciones en que se gestó su creación.

Por Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se entiende el conjunto de mecanismos y procedimientos previstos en la Carta de la Organización de Estados Americanos y en otros instrumentos jurídicos conexos a ésta, como los contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual es producto del desarrollo y fortalecimiento de este sistema regional.[202]

Este Sistema al igual que el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, estableció dos órganos similares destinados a vigilar su cumplimiento: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los instrumentos internacionales con que cuenta, además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus dos Protocolos adoptados, son: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en 1985; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, adoptada en 1994; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), adoptada en 1994 y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en 1999; así como los Reglamentos y Estatutos de sus órganos.

[202] *Cfr*. Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 27.

2.1 La Organización de los Estados Americanos

La Organización de los Estados Americanos (OEA), es una organización internacional creada por los Estados del continente americano con la finalidad de lograr un orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad, defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia.[203] Los 21 miembros originales de dicha Organización fueron: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba,[204] Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras,[205] México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Posteriormente se anexaron: en 1967 Barbados y Trinidad y Tobago, en 1969 Jamaica, en 1975 Granada, en 1977 Suriname, en 1979 Dominica (Commonwealth de) y Santa Lucía, en 1981 Antigua y Barbuda, San Vicente y las Granadinas, en 1982 Bahamas (Commonwealth de las), en 1984 San Kitts y Nevis, en 1990 Canadá y en 1991 Belice y Guyana.[206] Actualmente los 35 países de las Américas han ratificado la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y por tanto pertenecen a la organización.

Desde su creación la Organización de los Estados Americanos, ha adoptado una serie de instrumentos internacionales que al reconocer los derechos de las personas, establecer obligaciones destinadas a su promoción y protección, y crear órganos que velan por su observancia, logran convertirse en la base normativa del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos.[207]

---

[203] *Cfr.* Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículo 1, en el que se establece "Los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional".

[204] En 1962, Cuba es expulsada de la OEA. Esta decisión fue tomada mediante la Resolución VI del 31 de enero de 1962. El 3 de junio de 2009, en la XIX Asamblea General se logra un acuerdo entre los cancilleres de los países integrantes de la Organización, para la reinclusión de Cuba en la entidad. Este acuerdo no integra a Cuba automáticamente a la OEA, sino que deroga en su primer artículo la resolución de 1962 que determinó su suspensión y establece en su segundo artículo la vía para la participación de Cuba. *Cfr.* Resolución AG/RES.2438 (XXXIX-O/09) de la OEA.

[205] El 4 de julio de 2009, Honduras es suspendido como miembro del organismo, luego de que el Golpe de Estado de 2009, enviase al exilio al presidente Manuel Zelaya y de que el nuevo presidente interino rechazase el ultimátum de la OEA para restituir a Zelaya en su puesto presidencial. *Cfr.* Resolución AG/RES.1 (XXXVII-E/09) de la OEA.

El 1 de junio del 2011 Honduras se reincorporó a la Organización al aprobarse una resolución, volviendo al organismo continental cuatro días después de que Zelaya regresó del exilio en República Dominicana. *Cfr.* Resolución CP/RES. 986 (1806/11) de la OEA.

[206] *Cfr. http://www.oas.org/es/acerca/estados_miembros.asp* [consulta 25 de febrero de 2015].

[207] *Cfr. http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp* [consulta 23 de febrero de 2015].

Sí bien, los instrumentos jurídicos con los que cuenta este Sistema para realizar su labor son diversos, sólo dos fueron los que tuvieron repercusión directa en su surgimiento y evolución: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida también como Pacto de San José de Costa Rica.

2.2 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se originó de manera formal con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que fue "aprobada en la ciudad de Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948, por los Estados asistentes a la Novena Conferencia Internacional Americana, la que días antes también suscribió la Carta de la Organización de los Estados Americanos".[208]

Dicha Declaración fue el primer instrumento internacional de derechos humanos de carácter general, inclusive antes que la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por la Organización de las Naciones Unidas, la cual sucedió el 10 de diciembre de 1948, es decir, siete meses después.

En sus primeros años fue considerada como "un documento de simple pronunciamiento sobre los derechos esenciales de la persona humana que deberían consagrarse en este continente, pero con el tiempo adquirió fuerza vinculatoria."[209] Esto se comprueba en que a pesar de no haber sido adoptada como una declaración ni con la fuerza de un tratado, actualmente constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados que forman parte de la Organización de los Estados Americanos.

2.3 La Convención Americana sobre los Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, es un instrumento internacional que determina los derechos y libertades que tienen que ser respetados por los Estados Partes. Sus antecedentes pueden ubicarse en "la Conferencia Interamericana sobre problemas de la guerra y de la paz, celebrada en Ciudad de México, del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945, en la cual se le encomendó al Comité Jurídico Interamericano que preparara un proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes

[208] Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999, p. 16.
[209] *Idem.*

Internacionales del Hombre".[210] Por motivos diversos, entre ellos el inicio de la Guerra Fría, el Comité Jurídico Interamericano no pudo cumplir tal encomienda.

En agosto de 1959, se efectuó en Santiago de Chile la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Asuntos Exteriores, en la cual se tomó la decisión de elaborar dos convenciones de derechos humanos: una referida a la parte substantiva, y otra dirigida a la creación de una corte o tribunal encargado de aplicar ese Derecho.[211] Otra aportación de esta Quinta Reunión fue la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El primer proyecto de la Convención fue elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y estuvo sometido al Consejo de la Organización de los Estados Americanos y de igual manera a comentarios por parte de los Estados y de la Comisión Interamericana. En 1967 la Comisión interamericana presentó un nuevo proyecto de Convención.

Para realizar el análisis de estos diferentes proyectos, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos fueron convocados del 7 al 22 de noviembre de 1969, a una Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos programada para efectuarse en San José, Costa Rica.[212] Aprobándose la Convención Americana el 22 de noviembre de ese mismo año.

A pesar de su aprobación en 1969, la entrada en vigor de la Convención Americana no sucedió de manera inmediata, sino que se hubo de esperar nueve años para su aplicación.[213] Dicho instrumento "entró en vigor el 18 de julio de 1978, y se le han adicionado dos protocolos: en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en la ciudad de San Salvador, el 17 de noviembre de 1988 […]. El segundo protocolo es el relativo a la abolición de la pena de muerte. Fue suscrito en la ciudad de Asunción, Paraguay, el 8 de junio de1990, y entró en vigor el 28 de agosto de 1991."[214]

En su primera parte, dicha Convención establece los deberes de los Estados y los derechos protegidos por su reglamentación. En su segunda parte, la Convención Americana establece como medios de protección a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los cuales declara como órganos competentes para

---

[210] Faúndez Ledesma, *Héctor, op. cit.*, p. 53.
[211] *Cfr. Ibidem*, pp. 53-54.
[212] *Cfr. http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp* [consulta 25 de febrero de 2015].
[213] Esto se debió a que hasta esta fecha fue depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Tal como lo estipula el artículo 74.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
[214] Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 16.

conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención.[215]

Los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana en sus artículos tres al catorce son: derecho al Reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a la vida; derecho a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y la servidumbre; derecho a la libertad personal; garantías judiciales; principio de legalidad y retroactividad; derecho a la indemnización; protección de la honra y de la dignidad; libertad de conciencia y de religión; libertad de pensamiento y de expresión y derecho de rectificación o respuesta.

Continuamente en sus artículos quince al veintiséis se regulan los que se enuncian a continuación: derecho de reunión; libertad de asociación; protección a la familia; derecho al nombre; derechos del niño; derecho a la nacionalidad; derecho a la propiedad privada; derecho de circulación y residencia; derechos políticos; igualdad ante la ley; protección judicial y desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

Con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se logró incrementar la efectividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en una acertada decisión se instauró la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los países que han ratificado o adherido a la Convención Americana, son los siguientes: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.[216] Cabe mencionar que Trinidad y Tobago el 26 de mayo de 1998 y Venezuela el 10 de septiembre de 2012, procedieron a denunciar la Convención,[217] por lo que actualmente ya no forman parte de este instrumento y que Estados Unidos a pesar de haberla firmado el 7 de enero de 1977, hasta la fecha no la ratificado.

---

[215] *Cfr. http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp* [consulta 25 de febrero de 2015].

[216] *Cfr. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm* [consulta 26 de febrero de 2015].

[217] El artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes. Este artículo agrega además que dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en la Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

2.4 El establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos humanos fue constituida diecinueve años después de la instauración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Como órgano jurisdiccional, además de la Corte Europea como precursora inmediata, la Corte Interamericana tiene un precedente anterior de mucha relevancia. La aceptación de la personalidad jurídica de las personas individuales ante los organismos internacionales es posterior a la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, a inicios de este siglo se permitió el acceso de personas individuales ante un tribunal denominado Corte Centroamericana, lo cual fue el primer precedente mundial sobre el acceso de particulares ante un tribunal internacional. Dicha Corte fue creada por la Convención suscrita en Washington D.C., Estados Unidos, el 20 de diciembre de 1907. Los países que la suscribieron fueron: Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador, y su carácter fue predominantemente jurisdiccional. Este tribunal se estableció en la ciudad de Cartago, Costa Rica, pero debido a que su sede fue destruida por el terremoto que afectó esta ciudad posteriormente se trasladó la ciudad de San José donde estuvo en funciones hasta 1918, año en el finalizó la vigencia de la Convención de Washington, la cual ya no fue renovada.[218]

Al entrar en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos pudo entrar en funcionamiento. Para tal efecto, el 1 de julio de 1978, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, propuso aprobar el ofrecimiento del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte se estableciera en este país. La proposición fue aprobada y ratificada por los Estados Partes en la Convención en noviembre de 1978, durante la celebración del Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

En mayo de 1979, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, los Estados partes en la Convención Americana eligieron a los primeros sietes jurisconsultos que integrarían este tribunal. La primera reunión de la Corte fue llevada a cabo en la sede de la Organización de los Estados Americanos en la ciudad de Washington, D.C., Estados Unidos, los días 29 y 30 de junio de 1979.

[218] *Cfr*. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.,* p. 18.

El 3 de septiembre de 1979 fue realizada la ceremonia de instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la ciudad de San José, Costa Rica. Su estatuto fue aprobado en octubre de 1979, durante el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en la Paz, Bolivia, por medio de la Resolución No. 448 y en agosto de 1980, la Corte aprobó su Reglamento interno.

El 10 de septiembre de 1981 el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos signaron un Convenio de Sede, aprobado mediante la ley No. 6889, del 9 de septiembre de 1983, el cual incluyó el régimen de inmunidades y privilegios de la Corte, de los jueces, del personal y de las personas que comparezcan ante ella. Una década después, en 1993, como parte del compromiso contraído el Gobierno de Costa Rica, le dona a la Corte la casa que hoy ocupa la sede del Tribunal.[219]

Durante el LXXXV Período Ordinario de Sesiones, llevado a cabo del 16 al 28 de noviembre del 2009, la Corte aprobó la entrada en vigor de un nuevo Reglamento, el cual se aplica a todos los casos que se tramitan actualmente ante este tribunal.[220]Los Estados que actualmente reconocen la competencia contenciosa de la Corte Interamericana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay.

3. INTEGRACIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se integra por siete Jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, elegidos entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos y que deben además reunir los requisitos requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.[221] En la integración del tribunal no puede haber dos jueces de una misma nacionalidad.

---

[219] *Cfr*. *http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh* [consulta el 4 de febrero del 2015].

[220] *Cfr*. CIDH. Comunicado de prensa No. 84/09, "CIDH publica su nuevo reglamento", de 10 de diciembre de 2009.

[221] *Cfr*. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 4 en Corte IDH. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, San José, Corte IDH, 2012, p. 182.

El período para el cual son elegidos es de seis años, pudiendo ser reelectos una vez. Los mandatos de los jueces se contabilizan a partir del primero de enero del año siguiente al de su elección y se extienden hasta el 31 de diciembre del año en que se cumpla el período que les fue asignado.[222]

El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Dichos jueces se determinan por sorteo en la Asamblea General, de manera inmediata después de la elección. Los Jueces que terminan su mandato siguen participando en los casos de los cuales tuvieron conocimiento antes de que expirara su período y que se encuentran en estado de sentencia. Para estos efectos no pueden ser sustituidos por los nuevos jueces. [223]

Para organizar de una mejor manera sus actividades, la Corte dentro de los siete jueces que la integran, designa un presidente, un vicepresidente y constituye una comisión permanente compuesta por la presidencia, la vicepresidencia y otros jueces que el presidente considere necesarios para cumplir con la labor del tribunal. El objetivo de ésta comisión es asistir a la presidencia en el ejercicio de sus funciones. Se pueden designar otras comisiones para tratar asuntos específicos. En caso de urgencia, si la Corte no estuviere reunida, dichas comisiones podrán ser nombradas por el presidente.[224]

3.1 Elección

El nombramiento se realiza en la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, a través de votación secreta y, de manera democrática, por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención Americana. Esta elección, de ser posible, debe de efectuarse durante el período de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos inmediatamente anterior a la expiración del mandato de los jueces salientes.

La lista de candidatos es propuesta por los Estados Partes y cada uno de estos pueden proponer máximo tres candidatos, mismos que pueden ser nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. En caso de proponerse una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.[225]

---

[222] *Cfr.* Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 5.
[223] *Cfr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 54.
[224] *Cfr.* Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 6.
[225] *Cfr.* Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 7.

Para seleccionar los postulantes al cargo de juez, seis meses antes de la celebración del período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, previa a la terminación de la encomienda para el cual fueron elegidos los jueces de la Corte, el secretario general de la Organización, solicitará por escrito a cada uno de los Estados partes en la Convención, que presenten sus candidatos en un plazo no mayor de noventa días.[226]

Posterior a ello, el secretario general de la Organización, preparará una lista en orden alfabético de los candidatos presentados, que comunicará a los Estados partes, de ser posible, por lo menos treinta días antes del próximo período de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Cuando se trate de vacantes en la Corte, fallecimiento o incapacidad permanente de un candidato, los plazos se reducirán prudencialmente, a juicio del secretario general de la Organización. De los candidatos que obtengan la mayoría absoluta, se tendrán por electos los que logren recibir mayor número de votos. Si fuera necesario realizar varias votaciones, se eliminarán sucesivamente los candidatos que obtengan menor votación, conforme lo determinen los Estados partes.[227]

Una vez conformados los siete jueces, la Corte elige entre sus miembros, a quienes fungirán como su presidente y vicepresidente, por un período de dos años, pudiendo ser reelectos. Las elecciones se efectuarán por medio del voto secreto de los Jueces titulares presentes y se proclamarán elegidos a quienes obtengan cuatro o más votos. De no alcanzarse esos votos, se procederá a una nueva votación para decidir por mayoría entre los dos Jueces que hayan obtenido más votos. En caso de empate, éste se resolverá en favor del Juez que tenga mayor precedencia.[228]

3.2 Precedencia

De acuerdo al artículo 13 del estatuto de la Corte, los jueces titulares tendrán precedencia después del presidente y del vicepresidente, de acuerdo con su antigüedad en el cargo. En caso de que dos o más jueces tengan igual antigüedad, la precedencia será determinada por la mayor edad.

---

[226] *Cfr*. *Ibidem*, artículo 8.
[227] *Cfr*. *Ibidem*, artículos 8 y 9.
[228] *Cfr.* Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 3.

Los jueces ad hoc e interinos tendrán precedencia después de los titulares, en orden de edad. Sin embargo, si un juez ad hoc o interino hubiera servido previamente como juez titular, tendrá precedencia sobre los otros jueces ad hoc o interinos.[229]

3.3 Composición actual

La composición actual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por orden de precedencia, se muestra en la siguiente tabla:

CARGO	NOMBRE	ESTADO DE ORIGEN	FECHA DE INGRESO
Juez/Presidente	Humberto Antonio Sierra Porto	Colombia	1 de enero de 2013
Juez/Vicepresidente	Roberto F. Caldas	Brasil	1 de enero de 2013
Juez	Manuel E. Ventura Robles	Costa Rica	1 de enero de 2004
Juez	Diego García-Sayán	Perú	1 de enero de2004
Juez	Alberto Pérez Pérez	Uruguay	1 de enero de 2010
Juez	Eduardo Vio Grossi	Chile	1 de enero de 2010
Juez	Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot	México	1 de enero de 2013

Tabla No. 1. Elaborada por los autores.

La función del presidente es dirigir el trabajo de la Corte, representarla, ordenar el trámite de los asuntos que se sometan a consideración del tribunal y presidir las sesiones. Por su parte, el vicepresidente tiene la obligación de sustituir al presidente en sus ausencias temporales y ocupar su lugar en caso de vacante.

En el último caso, la Corte elegirá un vicepresidente que reemplazará al anterior por el resto de su mandato. De presentarse la ausencia del presidente y del vicepresidente, sus funciones serán desempeñadas por los otros jueces en orden de precedencia [230]

4. FUNCIONAMIENTO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como hemos mencionado anteriormente, tiene su sede en la ciudad de San José, Costa Rica, pero esto no obliga a que las sesiones del tribunal tengan que efectuarse en este lugar. La Corte podrá efectuar reuniones en cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos, siempre y cuando así lo consideren conveniente la mayoría de sus integrantes y previa aquiescencia del Estado

[229] *Cfr.* Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 13.
[230] *Cfr. Ibidem*, artículo 12.

pertinente. De igual manera la sede del tribunal puede ser cambiada, en la Asamblea General de la Organización, si así lo deciden mediante voto las dos terceras partes de los Estados suscritos a la Convención Americana.[231]

La toma de decisiones de la Corte se toma por mayoría de votos de los jueces presentes y en caso de empate, el voto del presidente es quien decide. El quórum para que pueda sesionar la Corte es de cinco jueces.[232] Para preservar el quórum de la Corte, los Estados partes en la Convención, en una sesión del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, y siempre a solicitud del Presidente de la Corte, nombrarán uno o más jueces interinos, que servirán hasta tanto no sean reemplazados por los elegidos.[233] El voto al que se hace referencia debe de ser afirmativo o negativo, impidiéndose en todo momento las abstenciones.

A pesar de que la constitución del tribunal no es permanente, el artículo 16 del estatuto de la Corte dispone que los jueces deben de estar a disposición de la Corte, cuantas veces y el tiempo que sean necesarios, debiéndose trasladar a la sede o al lugar indicado para realizar las sesiones. El presidente, a diferencia de los otros jueces, si presta de manera permanente sus servicios.

En la ejecución de sus funciones, la Corte Interamericana podrá contar con las figuras de jueces interinos y jueces ad hoc. Los interinos son nombrados para preservar el quórum de la Corte. En este caso los Estados partes en la Convención, en sesión del consejo permanente de la Organización de los Estados Americanos, nombrarán, a solicitud del presidente de la Corte, uno o más jueces interinos, que fungirán en el cargo hasta tanto no sean reemplazados por los elegidos.[234]

Otra situación en la que pueden ser nombrados jueces interinos y que está contemplada en el artículo 19.4 del estatuto de la Corte, sucede cuando uno o más jueces son inhabilitados. De suceder así, el presidente de la Corte puede solicitar a los Estados partes en la Convención Americana, que en una sesión del consejo permanente de la Organización de los Estados Americanos designen dichos jueces para reemplazarlos.

---

[231] *Cfr. Ibidem*, artículo 3.
[232] *Cfr. Ibidem*, artículo 23.
[233] *Cfr. Ibidem*, artículo 6.
[234] *Cfr. Ibidem*, artículo 6.3.

Los jueces ad hoc son designados, según el artículo 55 de la Convención Americana, cuando uno de los jueces llamados a conocer un caso sea nacional de uno de los Estados partes involucrados, siendo así, el otro Estado parte en el asunto puede designar a una persona de su elección, para que integre la Corte en calidad de juez ad hoc.

Por otra parte, si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados partes implicados, cada uno de éstos podrá elegir un juez ad hoc.[235] Dichos jueces deben de reunir las cualidades exigidas para los demás integrantes del tribunal. El estatuto de la Corte en su artículo 10.4 determina que si el Estado con derecho a designar un juez ad hoc no lo hiciere dentro de los treinta días siguientes a la invitación escrita del presidente de la Corte, se considerará que tal Estado renuncia al ejercicio de este derecho.

Con la finalidad de optimizar sus funciones el Tribunal Interamericano contara con una secretaría la cual será establecida por la Corte y funcionará bajo la dirección del secretario de la Corte, de acuerdo con las normas administrativas de la secretaría general de la Organización de los Estados Americanos en todo lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte. Los funcionarios serán nombrados por el secretario general de la Organización, en consulta con el secretario de la Corte.[236]

El secretario de la Corte Interamericana, será designado por la Corte y tendrá su oficina en la sede del Tribunal, debiendo asistir de igual manera a las reuniones que se celebren fuera de la sede. Podrá contar con un secretario adjunto el cual lo auxiliará en sus funciones y lo sustituirá en sus ausencias temporales.[237] El secretario debe poseer los conocimientos jurídicos requeridos para el cargo, conocer los idiomas de trabajo de la Corte y tener la experiencia necesaria para el desempeño de sus funciones.[238]

4.1 Impedimento, excusas e inhabilitación

Para evitar situaciones que vulneren la imparcialidad del tribunal, los jueces están impedidos de participar en asuntos en los cuales, ellos o sus familiares tengan interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros, abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte.

---

[235] *Cfr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 55.
[236] *Cfr*. *Ibidem*, artículo 59.
[237] *Cfr*. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 14.
[238] *Cfr.* Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 7.

Si alguno de los jueces está impedido de conocer, o por motivo calificado considera que no debe participar en determinado caso, debe presentar su excusa ante el presidente. Si éste no la aceptare, la Corte decidirá. Por otra parte, si es el presidente quien considera que alguno de los jueces, por algún motivo calificado, no debe participar en determinado asunto, así se lo hará saber. Si el juez en cuestión estuviere en desacuerdo, la Corte será quien decida.[239]

4.2 Sesiones, audiencias, deliberaciones y decisiones

La Corte puede realizar sesiones ordinarias y extraordinarias. Se celebrarán los períodos ordinarios de sesiones que sean necesarios para el cabal ejercicio de las funciones del tribunal, las fechas para llevarlas a cabo se determinan en la sesión ordinaria inmediata anterior. La Presidencia, en consulta con los demás Jueces de la Corte, puede modificar las fechas de estos períodos cuando así lo impongan circunstancias excepcionales. En lo que respecta a las sesiones extraordinarias, estas deben ser convocadas a iniciativa propia del presidente o a solicitud de la mayoría de los jueces.[240]

De estimarlo pertinente, este órgano celebrará audiencias públicas, excepto que el tribunal considere conveniente que estas sean privadas. Las deliberaciones de la Corte se realizan en privado y permanecen en secreto. Además de los jueces, también pueden estar presentes el secretario y el secretario adjunto, así como el personal de secretaría que sea necesario. Nadie más puede ser admitido, a no ser por decisión especial de la Corte y previo juramento o declaración solemne. Toda cuestión sometida a votación se formula en uno de los idiomas de trabajo. Posteriormente el texto se traduce por la secretaría a los otros idiomas de trabajo y se distribuye antes de la votación, a petición de cualquiera de los jueces.[241]

Respecto a las decisiones, juicios y opiniones del tribunal, se ha determinado que estas deben ser comunicadas en sesiones públicas y notificadas por escrito a las partes. De igual manera, se debe realizar su publicación conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere conveniente.[242]

Con relación a la continuación de los jueces en sus funciones se estipula que los jueces cuyo mandato haya terminado seguirán conociendo de los casos, en los cuales haya intervenido y que se encuentren en estado de sentencia. Sin embargo, en caso de fallecimiento, renuncia,

[239] *Cfr.* Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 19.
[240] *Cfr.* Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículos 11 y 12.
[241] *Cfr. Ibidem*, artículo 15.
[242] *Cfr.* Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 24.

impedimento, excusa o inhabilitación, se procederá a la sustitución del juez de que se trate por el magistrado que haya sido elegido en su lugar, si fuere éste el caso, o por el juez que tenga precedencia entre los jueces elegidos.[243]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene la responsabilidad de someter a la consideración de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. En dicho informe el tribunal debe señalar, con las recomendaciones pertinentes, los casos en que un Estado no haya acatado sus fallos.[244]

5. COMPETENCIA

En cuanto a su competencia, la Corte Interamericana posee dos atribuciones principales:

[…] la primera de naturaleza consultiva sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana, así como de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos. La segunda de carácter jurisdiccional o contencioso, para resolver las controversias que se le sometan respecto a la interpretación o aplicación de la propia Convención Americana.[245]

La función jurisdiccional está regida por lo establecido en los artículos sesenta y uno al sesenta y tres de la Convención Americana y la función consultiva se rige por lo que determina el artículo sesenta y cuatro del mismo instrumento.

5.1 Función jurisdiccional

Se puede afirmar que está función es limitada, en razón de que sólo los Estados partes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tienen derecho a presentar un caso ante la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que para que la Corte pueda conocer de él, se deberá agotar primero el procedimiento previsto para la Comisión Interamericana.[246] La Corte puede conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana que le sea sometido, siempre que

[243] *Cfr.* Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 17.
[244] *Cfr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 65.
[245] Fix-Zamudio, Héctor, "El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho,* México, año 1, núm. 1, enero-junio 2004, pp. 141-180.
[246] *Cfr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 61.

los Estados partes en el caso hayan reconocido su competencia, ya sea por declaración especial o por convención especial.[247]

De acuerdo con el artículo sesenta y tres de la Convención Americana, cuando se establezca que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad vulnerados. Además, si fuera procedente, dispondrá que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión Interamericana.

5.2 Función consultiva

Con relación a la función consultiva, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. También podrán consultarla, de acuerdo al ámbito de su competencia, los órganos que se enumeran en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

De igual forma, la Corte Interamericana a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. [248]

A pesar, de la notable labor que realiza la Corte en función de la defensa de los derechos humanos de la región, no debe perderse de vista que esta es sólo complementaria a la función que debe cumplir el derecho interno de los Estados, pues "La responsabilidad primaria y fundamental de protección de los derechos de la persona humana corresponde a los Estados conforme a sus Constituciones políticas y sus leyes, y al artículo 1 de la Convención respecto a los Estados partes en ella."[249]

---

[247] *Cfr. Ibidem*, artículo 62.
[248] *Cfr. Ibidem*, artículo 64.
[249] Abreu Burelli, Alirio, "Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año 13, t. II, 2007, p. 639-651.

De ambas funciones, la función jurisdiccional es la que toma mayor relevancia, pues es por medio de esta que surgen las sentencias de la Corte Interamericana, las cuales constituyen un elemento primordial para el desarrollo de temas diversos sobre la protección internacional de los derechos humanos.

5.3 Relevancia de la función jurisdiccional

Antônio Augusto Cançado Trindade y Manuel E. Ventura Robles, señalan que una de las diferencias entre una y otra competencia estriba en que la función jurisdiccional está abierta exclusivamente para aquellos Estados que ratificando o adhiriéndose a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han aceptado, además, la competencia contenciosa de la Corte para poder ser demandados ante el Tribunal. Mientras que la función consultiva está disponible para todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos y para los órganos principales de la misma, tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión Interamericana de Mujeres.[250] Independientemente de que hayan ratificado o no la Convención Americana.

Otra distinción entre ambas funciones, la constituye el hecho de que en el ejercicio de su competencia jurisdiccional, "la Corte declara la verdad de los hechos en un caso concreto que es exigible al Estado Parte responsable, mientras que la función consultiva responde a preguntas hipotéticas cuyas respuestas no pueden ser ejecutadas, pese a que son obligatorias por constituir una interpretación de la Convención, hecha por el órgano jurisdiccional que dispone la propia Convención."[251]

En los primeros años de actividad de la Corte fue su competencia consultiva la que más se ejerció,[252] muestra de ello son las opiniones consultivas emitidas en esas fechas, pero actualmente la función jurisdiccional ha tenido avances y ha logrado gran relevancia en la actuación del tribunal interamericano.

Es innegable que la competencia jurisdiccional influye de manera eficaz la vida social y jurídica de los Estados. Cançado Trindade, establece que:

---

[250] *Cfr*. Cançado Trindade, Antônio Augusto y Ventura Robles, Manuel E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3ª ed., San José, ACNUR/CORTE IDH, 2005, pp. 123-124.
[251] *Ibidem*, pp. 124-125.
[252] *Cfr*. Cançado Trindade, Antônio Augusto, "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2002)", en Gómez Isa, Felipe (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, pp. 549-591.

[…] aleja el imperio de la fuerza en la solución de los conflictos y aporta la vía jurídica que encauza éstos, de manera pacífica y justa, a través del proceso. Por el imperio que se atribuye a la sentencia de última o única instancia, la solución que el tribunal proporciona cierra la disputa y ordena, para lo sucesivo, el comportamiento de las partes; fija sus derechos y sus deberes en el caso concreto.[253]

De igual manera, la función contenciosa ha influido, en algunos casos, en el derecho interno de los Estados partes y como resultado de ella, se ha generado una jurisprudencia de gran valía. Dicha jurisprudencia en ejercicio de su competencia contenciosa se expresa a través de sentencias, las cuales versan sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones, costas y, de ser solicitada por algún Estado, sobre interpretación de la sentencia.

Entre los hechos que han influido en el derecho interno de algunos Estados se puede citar, la reforma que hizo Chile en su legislación acerca de la libertad de expresión, como resultado de la sentencia emitida en el caso de la última tentación de Cristo. Otro ejemplo lo constituye el caso Barrios Altos, en el cual, como consecuencia de una decisión de la Corte, el Estado de Perú tuvo que declarar nulas las leyes de amnistía que eximían de responsabilidad a los autores de las violaciones de derechos humanos en este proceso.

De manera generalizada, la doctrina de la Corte Interamericana, principalmente la presentada a manera de sentencias, en materias de libertad de expresión, debido proceso, acceso a la información, garantías judiciales, derechos políticos, derecho a la vida, entre otras, se ha reiterado en la jurisprudencia emitida por los tribunales internos de los Estados partes.

Respecto a las sentencias que emite el tribunal interamericano, los registros muestran que en sus primeros siete años de funcionamiento, es decir, del período que abarca de 1979 a 1986, la Corte no emitió ninguna sentencia contenciosa. Los primeros tres dictámenes emitidos por la Corte se efectuaron el 26 de junio de1987, siendo estos los casos de Velásquez Rodríguez**;** Godínez Cruz y Fairén Garbi y Solís Corrales, todos ellos contra el Estado de Honduras.

Para octubre de 2015, la totalidad de sentencias emitidas por la Corte Interamericana asciende a 299. La emisión de sentencias por décadas, de acuerdo al funcionamiento de la Corte, se detalla en la siguiente tabla:

[253] Abreu Burelli, Alirio, "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 87- 149.

PERÍODO	NÚMERO DE SENTENCIAS EMITIDAS
1979-1989	**8**
1990-1999	**55**
2000-2009	**148**
2010-2015	**88**
TOTAL	**299**

Tabla No. 2. Elaborada por los autores.

El análisis de los datos de la tabla anterior, permite determinar que la Corte ha incrementado su labor de manera progresiva, así como también que la mayor cantidad de sentencias han sido emitidas durante los últimos quince años.

CONCLUSIÓN

A pesar de no ser un tribunal permanente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado una tarea loable, la cantidad de sentencias emitidas es una muestra infalible del compromiso de los jueces que integran esta institución judicial. Son cada vez más quienes recurren a la competencia contenciosa de la Corte por violaciones de derechos humanos, los cuales deben ser atendidos adecuadamente cumpliendo con las exigencias del debido proceso.

Se agrega a esta labor, la consultas que hacen los Estados partes sobre la interpretación de la Convención de Derechos Humanos o concernientes a los tratados de protección de los Derechos Humanos, así como las relativas a la compatibilidad de sus leyes internas con los tratados internacionales mencionados, entre otras actividades, lo cuales requieren del tiempo y personal necesario para ser atendidos.

Es por ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Órgano Judicial de la Organización de Estados Americanos, se ha convertido en un Tribunal necesario e indispensable para la defensa e irrestricto respeto de los derechos humanos. Sin embargo, esto requiere de una mayor participación financiera de los Estados partes para lograr su función permanente como órgano jurisdiccional, pues no resultan suficientes los esfuerzos de la OEA y de la Unión Europea para la consolidación de la Corte, es decir, se requieren mayores recursos con la finalidad de cumpla con las exigencias actuales.

Bibliografía

Abreu Burelli, Alirio, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004,* San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

Cançado Trindade, Antônio Augusto y Ventura Robles, Manuel E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* 3ª ed., San José, ACNUR/CORTE IDH, 2005.

Cançado Trindade, Antônio Augusto, "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2002)", en Gómez Isa, Felipe (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.

Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa, 2009.

Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loaiza Rafael (comps.), *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, serie Estudios de Derechos Humanos, t. I.

Corte IDH. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, San José, Corte IDH, 2012.

Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, 2ª. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2001.

Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999.

Gómez Isa, Felipe (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.

Abreu Burelli, Alirio, "Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año 13, t. II, 2007.

Fix-Zamudio, Héctor, "El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, año 1, núm. 1, enero-junio 2004.

Carta de la Organización de Estados Americanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CIDH. Comunicado de prensa No. 84/09, "CIDH publica su nuevo reglamento", de 10 de diciembre de 2009.

Resolución AG/RES.1 (XXXVII-E/09) de la Organización de los Estados Americanos.

Resolución AG/RES.2438 (XXXIX-O/09) de la Organización de los Estados Americanos.

Resolución CP/RES. 986 (1806/11) de la Organización de los Estados Americanos.

http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh.

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Dere chos_Humanos_firmas.htm.

http://www.oas.org/es/acerca/estados_miembros.asp.

http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf.

http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.

CAPÍTULO VIII. CONTENIDO Y REQUISITOS DE LAS SENTENCIAS Y DECISIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Luis-Andrés Cucarella Galiana[254]

SUMARIO:

I. SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO. III. MODOS ANORMALES DE TERMINACIÓN DEL PROCESO. 1. Aclaración conceptual. 2. Supuestos en que se cancela la demanda y que implican emisión de sentencia. 3. Terminación por transacción y emisión de decisión. IV. REQUISITOS FORMALES Y DE CONTENIDO DE LAS DECISIONES EN EL CASO DE ARREGLO AMISTOSO. V.- Terminación normal del proceso y emisión de sentencia.1. Sentencias de fondo o procesales. 2. Sentencias condenatorias o absolutorias. 3. Sentencias definitivas o no definitivas. VI. REQUISITOS DE LAS SENTENCIAS. 1. Formales. 2. Contenido.

RESUMEN:

En la presente ponencia se analizan resoluciones que puede dictar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, poniendo fin al procedimiento que tramita. Así, se concretan los momentos en que pueden dictarse esas resoluciones, y cuáles son los requisitos y contenido que deben tener. Para ello, en primer lugar, se establecen los supuestos en que el proceso termina de manera normal o anormal, identificando el tipo de resolución que debe dictarse en ese momento. Al respecto, hay que indicar que las resoluciones que pueden dictarse son sentencias o decisiones. Nuestro primer objetivo fijar con claridad en qué casos se dictan unas u otras. Después, se concreta el contenido y los requisitos que debe cumplir cada una de esas resoluciones.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; sentencias; decisiones; terminación del proceso; derechos humanos.

ABSTRACT:

This paper analyses the judgments issued by the European Court of Human Rights in order to end the proceeding. Thus, it can be specified the stage in the legal process, the requirements and the content of these judgments. For this purpose, firstly, the assumptions where the proceeding ends both normally and abnormally by identifying the type of the resolution must be issued. In this regard, it should be pointed out that the resolutions delivered can be judgments or decisions. Our first objective is to identify in which instances the Court reaches a judgment or a decision. Secondly, the content and requirements of each resolution will be determined.

KEY WORDS: European Court of Human Rights; judgments; resolutions; completion of the court proceedings; Human Rights.

I. SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Al término de la II guerra mundial, los diferentes Estados europeos entraron en un proceso de reflexión y revisión de sus ordenamientos jurídicos con el objeto de garantizar una efectiva

[254] Profesor Titular de Universidad. Acr. Catedrático de Universidad.Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia (Italia) y Valencia (España).Área de Derecho Procesal. Universitat de València (Estudi General). España. luis.a.cucarella@uv.es

protección de los derechos fundamentales[255]. Muchas habían sido las violaciones que se habían producido y que condujeron al estallido de la II guerra mundial. Al término de la misma, se adquirió la conciencia de que debían articularse los mecanismos necesarios para que esas violaciones no se repitieran, o en el caso en que tuvieran lugar, que hubiera instrumentos efectivos para la protección y tutela de los derechos de la persona[256]. Son dos, básicamente, los frentes que se abrieron para conseguir ese objetivo: el interno y el supranacional[257].

Es cierto que de acuerdo con la concepción liberal burguesa que había inspirado la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, los jueces estaban llamados a tener muy poca incidencia en el juego político[258]. De acuerdo con esta concepción, los jueces debían quedar limitados a resolver los conflictos de derecho privado, y a imponer las penas correspondientes en los casos de realización de conductas delictivas. Quedaba fuera del ámbito de actuación jurisdiccional, por ejemplo, el control de legalidad de los actos de la Administración pública, o el control de constitucionalidad de las normas. Con el tiempo, el papel de la Jurisdicción se dignificó y se equiparó al de los otros dos poderes del Estado en lo que a incidencia en el juego político se refiere[259]. Pues bien, una vez que se consiguen asentar esas ideas, surge inmediatamente a continuación la reflexión de cuál es el papel o la función de la Jurisdicción en un Estado democrático y de Derecho. Y en este sentido, no cabe ninguna duda de que el rol de los jueces es juzgar, entendida esa labor como la de aplicar el Derecho al caso concreto, de manera irrevocable[260], y por vía de heterotutela[261]. Ahora bien, hay una serie de materias que

[255] Véase sobre estas consideraciones, Rodríguez, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas. Madrid, 2001; Ripol Carulla, Santiago, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*. Atelier, Barcelona, 2007, pp. 17-20.

[256] Como indica Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas*. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 29, en la que pone de manifiesto la necesidad de limitar el poder de los Estados frente a los diferentes tipos de abusos y violaciones de los derechos que se habían producido.

[257] Véase sobre estas consideraciones, Cucarella Galiana, Luis-Andrés, *La dignidad de la persona, los derechos fundamentales, el nuevo paradigma interno y supranacional y las bases del Derecho Procesal Constitucional y el Convencional*. Bogotá, Colombia, Doctrina y Ley, 2015, Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, pp. XIX-XXXVI.

[258] Véase sobre estas consideraciones, Cucarella Galiana, Luis-Andrés, *Constitución, Jurisdicción y derechos fundamentales*, *ibídem*, pp. 5-12.

[259] Cucarella Galiana, Luis-Andrés, *ibídem*, cit. p. 6.

[260] Cucarella Galiana, Luis-Andrés, *ibídem*, cit. p. 8.

[261] Cucarella Galiana, Luis-Andrés, *ibídem*, cit. pp. 8-9.

pertenecen al núcleo duro e irreductible de lo que es labor jurisdiccional, y esa materia está representada, principalmente, por la protección de los derechos fundamentales[262].

Ésta es la razón que lleva a los diferentes textos constitucionales a llevar a cabo una proclamación de los derechos fundamentales[263], surgiendo la necesidad de buscar mecanismos procesales adecuados para la protección de dichos derechos. En ese caso, está claro que la Jurisdicción está llamada a proteger los derechos fundamentales en caso de violación. Sin embargo, encontramos en los ordenamientos jurídicos internos europeos, un doble tratamiento. Por un lado, hay ordenamientos en los que se reforzó el papel de la Jurisdicción ordinaria en la protección de estos derechos, pero sin establecer un mecanismo adicional de protección. Sin embargo, hay otros ordenamientos jurídicos en los que además de implicar a la Jurisdicción ordinaria, se atribuye a la Jurisdicción constitucional la función de conocer de las demandas de amparo o tutela de los derechos fundamentales en caso de violación[264]. Nos encontramos, de esta manera, con un sistema reforzado de protección de estos derechos. No obstante, debemos subrayar que el recurso a la Jurisdicción constitucional solamente es posible cuando se han agotado todos los procesos o recursos ante la ordinaria[265].

Si prestamos atención al ámbito supranacional, los diferentes Estados de Europa adquirieron conciencia de la necesidad de articular mecanismos realmente efectivos de protección de los derechos fundamentales en el ámbito internacional. De este modo, se concibe la idea de crear una organización supranacional, el Consejo de Europa, en el marco de la cual, se acabó creando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[266]. Éste es un tribunal permanente, de carácter supranacional, llamado a proteger los derechos y libertades reconocidos en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950[267] y en sus Protocolos adicionales.

II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

[262] Ortells Ramos, Manuel, *et. al.*, *Introducción al Derecho Procesal*. Cizur Menor, 4ª edición, 2014, pp. 133-134.

[263] En este sentido, Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *op. cit.*, nota 2, p. 31, habla del "compromiso de las Constituciones con los derechos fundamentales".

[264] Véase el estudio más completo en Cucarella Galiana, Luis-Andrés, *Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo*, (Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, coord.). México 2014, Sistemas regionales de protección de derechos humanos, pp. 23-44.

[265] Sobre el sistema europeo de Justicia Constitucional, Cucarella Galiana, Luis-Andrés, Recursos ante los tribunales constitucionales europeos: desafíos históricos (Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, dir. Científico; Carrasco Soulé, Hugo, coord.). México 2013, Reflexiones y desafíos de la Justicia constitucional, pp. 173-196.

[266] A partir de ahora TEDH.

[267] A partir de ahora CEDH.

Son muchos los aspectos que pueden ser objeto de estudio relacionados con el sistema europeo de protección de los derechos humanos. Por ejemplo, es interesante analizar cómo se estructura el proceso seguido ante el TEDH, o cuáles son los principios sobre la base de los cuales intervienen las partes en el proceso[268]. De igual modo, presenta interés concretar los medios de medios de impugnación que proceden contra las sentencias dictadas por este Tribunal[269]. O también, es interesante, concretar cuáles son los principales desafíos que presenta el sistema europeo de protección de los derechos, sobre todo, en lo referente a la ejecución de las sentencias dictadas por el TEDH[270].

Sin embargo, en esta ponencia vamos a centrarnos en otro aspecto que es igualmente relevante. Nuestro objetivo es analizar las distintas resoluciones que puede dictar el TEDH para poner fin al procedimiento que esté tramitando, concretando los momentos en que pueden dictarse, y a su vez, indicando cuáles son los requisitos y contenido que deben tener.

Para ello, en primer lugar, vamos a establecer los supuestos en que el proceso termina de manera normal o anormal, identificando el tipo de resolución que debe dictarse en ese momento. Al respecto, hay que indicar que las resoluciones que pueden dictarse o bien son sentencias o bien son decisiones. Nuestro primer objetivo fijar con claridad en qué casos se dictan unas u otras.

Después, concretaremos el contenido y los requisitos que debe cumplir cada una de esas resoluciones.

III. MODOS ANORMALES DE TERMINACIÓN DEL PROCESO

1. Aclaración conceptual

A efectos meramente aclaratorios, entendemos como modos anormales de terminación del proceso, los supuestos en los que el TEDH pone fin al proceso que está tramitando, sin entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Es decir, el procedimiento no sigue el curso normal contemplado en el CEDH y en el Reglamento del Tribunal[271].

---

[268] Cucarella Galiana, Luis Andrés, *Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, *Derecho Procesal Constitucional*, (Velandia Canosa, Eduardo Andrés, dir. Científico). Legis. Bogotá, 2015, *Derecho Procesal Constitucional*, pp. 181-203.

[269] Cucarella Galiana, Luis-Andrés, *Recursos y medios de impugnación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, *op. cit.* nota 3, pp. 123-153.

[270] Cucarella Galiana, Luis-Andrés, *Los desafíos del sistema europeo de protección de derechos humanos*, *op. cit.*, nota 3, pp. 27-58.

[271] A partir de ahora RTEDH.

Los casos de terminación anormal se engloban en dos categorías diferenciadas. Por un lado, los casos de "cancelación de la demanda" contemplados en el artículo 37 CEDH. Por el otro, el supuesto de terminación del proceso con arreglo o transacción, regulado en el artículo 39 CEDH.

A pesar de que en ambos casos se debe poner fin al procedimiento de modo anticipado, en los supuestos de terminación por cancelación de la demanda, la resolución que debe dictarse es una sentencia. Sin embargo, en el caso de terminación por transacción, la resolución a dictar, debe ser una decisión. Vamos a analizar a continuación cada uno de los supuestos, concretando el fundamento normativo para poder identificar el tipo de resolución que debe dictarse.

2. Supuestos en que se cancela la demanda y que implican emisión de sentencia

Los supuestos de cancelación de la demanda, como ya hemos indicado, se contemplan en el artículo 37 CEDH[272]. Dicha regulación se completa con el artículo 43 RTEDH.

En concreto, en cualquier momento del procedimiento, el TEDH puede decidir archivar una demanda admitida, en los tres casos que se contemplan: cuando el demandante no esté dispuesto a mantenerla; cuando el litigio haya sido ya resuelto; cuando ya no esté justificada la prosecución de la demanda. En los tres casos, como vamos a poner de manifiesto, se pone fin al procedimiento con la emisión de una sentencia. Vamos a estudiar cada supuesto por separado.

A) Por falta de mantenimiento de la demanda: el desistimiento

Este supuesto se prevé en el artículo 37.1 *a*) CEDH. En concreto, "en cualquier momento del procedimiento el Tribunal podrá decidir cancelar una demanda del registro de entrada cuando las circunstancias permitan comprobar (…) que el demandante ya no está dispuesto a mantenerla".

Que el demandante no esté dispuesto a mantener la demanda, se trata, desde nuestro punto de vista, de un supuesto de desistimiento[273]. En este caso, el procedimiento termina de manera

[272] Sobre el mismo, Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 109-110. En la p. 109, nota 128, recoge la decisión de la Gran Sala Association SOS attentats contra Francia, de 4 de octubre de 2006, en la que se decidió el archivo.

anticipada, con la emisión de una sentencia en la que no habría pronunciamiento sobre el fondo del asunto. La necesidad de emisión de la sentencia se desprende del artículo 43.3 RTEDH que prevé, para este supuesto –de igual modo que para los demás de cancelación de la demanda del artículo 37 CEDH- que la resolución que se dicte sea una sentencia.

De normal, en un proceso, el desistimiento, al dejar imprejuzgada la cuestión litigiosa, permite que el demandante pueda volver a presentar la demanda en un futuro. Nosotros creemos que esta situación podría darse también en el proceso seguido ante el TEDH, si existieran circunstancias excepcionales que lo justificaran. De hecho, el artículo 43.5 RTEDH establece que el TEDH puede decidir la reinscripción en el registro de una demanda archivada si considera que existen circunstancias excepcionales que lo justifican. Por lo tanto, creemos que el demandante, si quiere que la demanda sea reinscrita, debe poner de manifiesto la concurrencia de dichas circunstancias excepcionales. Entendemos que dado el contenido de la disposición a la que nos hemos referido, la reinscripción tiene claramente un carácter restrictivo.

B) Por resolución del litigo

Este supuesto de cancelación se contempla en el artículo 37.1 *b*) CEDH. En concreto, "en cualquier momento del procedimiento el Tribunal podrá decidir cancelar una demanda del registro de entrada cuando las circunstancias permitan comprobar (…) que el litigio ha sido ya resuelto".

La doctrina concluye que este supuesto concurre en los casos en que el TEDH detecte la existencia de cosa juzgada[274]. Por la misma razón, debería reconducirse a este supuesto, la existencia de litispendencia. Sin embargo, cuando nos acercamos a la jurisprudencia del TEDH, detectamos que a este supuesto se reconducen los casos en que el proceso pierde su objeto. Es decir, cuando fuera del proceso, por actuaciones llevadas a cabo por el Estado demandado, el demandante obtiene lo que pretendía obtenerse a través del proceso.

Así puede apreciarse en la STEDH (Gran Sala), de 24 de octubre de 2002, *caso Pisano contra Italia*[275], párr. 42:

---

[273] Así lo entiende también Morenilla Allard, Pablo, *et. al*, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Colex, Madrid, 2007, p. 882.

[274] Morenilla Allard, Pablo, Ibídem, p. 882.

[275] Base de datos Aranzadi Westlaw (a partir de ahora BDAW) TEDH 2002\59.

"Para concluir que el litigio ha sido resuelto en el sentido del artículo 37.1 b) y que el mantenimiento de la demanda por el recurrente ya no se justifica objetivamente, el Tribunal considera que es necesario examinar, por un lado, la cuestión de si los hechos de los que el demandante se queja directamente persisten o no y, por otro, si las consecuencias que pueden resultar de una eventual violación del Convenio debido a estos hechos han sido también eliminadas. Este enfoque refleja la estructura del mecanismo de control del Convenio que prevé a la vez una decisión, o una sentencia motivada, sobre si los hechos impugnados son conformes a las exigencias del Convenio (artículo 45) y, si tal fuese el caso, la concesión de una indemnización justa (artículo 41)".

En este caso, se decidió cancelar la demanda, en la medida en que el Estado demandado había procedido a la revisión del proceso, a la cancelación de la condena, previa audiencia del testigo de descargo al que no se interrogó en su día y tras la concesión de una indemnización al demandante.

Otro supuesto de resolución del litigio que conduce a la cancelación de la demanda por estar ya resuelto el litigio *ex* artículo 37.1 *b*) CEDH, tiene lugar cuando una determinada conducta estuviera impedida por una disposición normativa, y la misma es derogada y modificada en el sentido de permitir lo que hasta ese momento no era posible realizar[276].

En todos los supuestos que se engloben en el ámbito del artículo 37.1 *b*) CEDH, el proceso debe terminar con la emisión de sentencia (art. 43.3 RTEDH).

C) Cuando por cualquier otro motivo ya no esté justificada la prosecución del examen de la demanda

a) Carácter residual o de cierre de esta causa de cancelación

El supuesto de que ya no esté justificada la prosecución del examen de la demanda, se contempla como causa de cancelación, en el artículo 37.1 *c*) CEDH). En concreto, "en cualquier momento del procedimiento el Tribunal podrá decidir cancelar una demanda del registro de entrada cuando las circunstancias permitan comprobar (…) que, por cualquier otro

[276] Así puede apreciarse en la STEDH (Sección 4ª), de 24 de abril de 2003, *caso Víctor Manuel de Saboya contra Italia* (BDAW JUR 2003\252979). Durante la pendencia del proceso, el Estado demandado derogó la disposición normativa que impedía la entrada de dicha persona en Italia. Este hecho, sumado al dato de que el demandante ya había entrado en Italia, llevan al TEDH a cancelar la demanda. Así afirma que "dado que los párrafos 1 y 2 de la XIII disposición han quedado sin efecto en derecho interno, que el Gobierno ha retirado su exigencia y que el demandante puede de ahora en adelante entrar en Italia – y que por otro lado ya lo ha hecho – el Tribunal considera que ya no se justifica la prosecución del examen de la demanda [Artículo 37.1 c) del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) ".

motivo verificado por el Tribunal, ya no está justificada la prosecución del examen de la demanda".

Tal y como está redactado este supuesto, consideramos que tiene carácter residual o de cierre. Es decir, se debe cancelar la demanda por cualquier otro motivo distinto a los dos anteriores, que ponga de manifiesto que no tiene sentido o justificación continuar con el proceso.

Esta causa de cancelación, según la doctrina, engloba los supuestos en los que la conducta del demandante evidencie esa falta de interés, o el fallecimiento de la víctima, por ejemplo[277]. Sin embargo, nosotros consideramos que la falta de interés del demandante debe reconducirse al ámbito del artículo 37.1 *a*) CEDH, puesto que el demandante no está dispuesto a mantener la demanda.

En todo caso, el TEDH puede decidir que prosiga el examen de la demanda si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos (art. 37.2 CEDH). Esta disposición evidencia que el TEDH no se encuentra vinculado a la petición de cancelación de la demanda y que puede llevar a cabo una valoración de si interesa continuar con la tramitación de la misma. Así, por ejemplo, en el caso de fallecimiento del demandante sin herederos, podemos encontrar supuestos en los que el TEDH no cancela la demanda si considera que en ese asunto se plantea una cuestión de interés general para todos los Estados miembros[278].

En el supuesto en que decida cancelar la demanda, el TEDH debe dictar sentencia poniendo fin al procedimiento. Así se contempla en el artículo 43.3 RTEDH, al disponer que en "los casos previstos por el artículo 37 del Convenio, la decisión de archivar una demanda declarada admisible adopta la forma de sentencia. Cuando esta sentencia se convierte en definitiva, el presidente de la Sala informa de ello al Comité de Ministros para que, en virtud del artículo 46.2 del Convenio, pueda supervisar el cumplimiento de los requisitos a los que esté supeditada la renuncia o la solución del litigio".

b) El supuesto especial de cancelación por declaración unilateral del Estado demandado

[277] Morenilla Allard, Pablo, *op. cit.*, nota 19, pág. 882.

[278] Así puede verse en la STEDH (Sección 1ª), de 24 de julio de 2003, *caso Karner contra Austria* (BDAW TEDH 2003\50), en la que aprecia una discriminación legislativa en el la subrogación en los arrendamientos urbanos, por motivos de orientación sexual.
Sin embargo, en la STEDH (Sección 3ª), de 18 de septiembre de 2001, *caso S. G. contra Francia* (BDAW TEDH 2001\537), acuerda la cancelación de la demanda por fallecimiento de la parte actora. Considera que a la persona jurídica a la que nombró legataria, no tenía el interés jurídico necesario que justificar la continuación del procedimiento.

Si seguimos prestando atención a la jurisprudencia del TEDH, podemos detectar un supuesto que el Tribunal reconduce al ámbito del artículo 37.1 *c*) CEDH. Nos referimos al supuesto de terminación del proceso por declaración unilateral del Estado demandado[279].

Para que pueda entenderse este supuesto de cancelación, debemos hacer referencia al artículo 39 CEDH que estudiamos más adelante. Esta disposición permite que el TEDH pueda ponerse a disposición de las partes para conseguir una transacción sobre el asunto. Pues bien, en concreto, la situación que contemplamos es la de que el TEDH ha intentado un arreglo por transacción y dicho acuerdo no se logra.

En este caso, en principio, en la medida en que el acuerdo no se ha alcanzado, y sigue subsistiendo la controversia, el proceso debería seguir para que el TEDH valorara si se ha producido o no la violación denunciada por el demandante.

Sin embargo, no debemos pasar por alto la existencia de una jurisprudencia consolidada del TEDH en la que, en ocasiones, a pesar de que todas las partes no logran el acuerdo, el TEDH acaba homologando la propuesta de arreglo amistoso realizada por el Estado demandado. Nos estamos refiriendo a los supuestos en que el acuerdo no se alcanza, pero el Estado demandado envía al TEDH una declaración unilateral en la que reconoce la violación, anuncia medidas para evitar que nuevas violaciones se produzcan en el futuro y hace una propuesta de compensación económica.

Es decir, se ha intentado el arreglo amistoso, pero por desacuerdo del demandante, por ejemplo, en el monto de la indemnización, no se logra el acuerdo. A pesar de ello, si se dan los

[279] Puede verse en este sentido, STEDH de 6 de mayo de 2003 (Gran Sala), *caso Tashin Acar contra Turquía* (BDAW TEDH 2003\21), en la que decide no cancelar la demanda a pesar de la petición formulada por el Estado demandado. Al respecto, en el párr. 84 afirma que "el Tribunal admite que no se puede considerar una condición «sine qua non» para estar dispuesto a cancelar una demanda del registro de entrada sobre la base de una declaración unilateral de un gobierno demandado, que éste reconozca plenamente su responsabilidad respecto a las acusaciones que un demandante formula en el marco del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572). Sin embargo, en los casos de personas desaparecidas o que han sido asesinadas por personas desconocidas y cuando figuran en el sumario iniciaciones de prueba apoyando las alegaciones según las cuales la investigación llevada a cabo en el plano interno ha sido inferior a lo que exige el Convenio, una declaración unilateral debe al menos contener una concesión en ese sentido, así como el compromiso, por parte del Gobierno demandado, de emprender, bajo la vigilancia del Comité de Ministros en el marco de las obligaciones que le confiere el artículo 46.2 del Convenio, una investigación que sea plenamente conforme a las exigencias del Convenio, tal y como las ha definido el Tribunal en casos anteriores similares (ver, por ejemplo, Sentencia Kurt contra Turquía de 25 mayo 1998 [TEDH 1998, 76], Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-III; Çakici contra Turquía [TEDH 1999, 91] [GS], núm. 23657/1994, TEDH 1999-IV; Ertak contra Turquía [TEDH 2000, 234] núm. 20764/1992, TEDH 2000-V; Timurtas contra Turquía [TEDH 2000, 251], núm. 23531/1994, TEDH 2000-VI, y Tas contra Turquía [TEDH 2000, 585] , núm. 24396/1994, TEDH 2000-XI".

presupuestos que hemos apuntado, el TEDH puede entrar a valorar si se debe proseguir con la demanda[280].

En jurisprudencia, puede verse la Decisión del TEDH de 16 de septiembre de 2014 (Sección 5ª), *caso Igor Suberviola Zumalde y Jon Salaberria Sansinenea contra Francia*[281]. En la misma, se pone de manifiesto que los demandantes no habían aceptado una indemnización por una duración excesiva de la medida cautelar de prisión preventiva. Sin embargo, el TEDH acepta dicha cuantía propuesta por el Estado demandado y decide poner fin al proceso. Así, afirma:

"Tras el fracaso de la tentativa de un arreglo amistoso, el Gobierno, por cartas de 4 de septiembre de 2014, hizo llegar al Tribunal declaraciones unilaterales con el fin de resolver la cuestión planteada por las demandas. Así mismo, invitó al Tribunal a que las cancelara del registro de entrada en aplicación del artículo 37 del Convenio.

Por estas declaraciones, el Gobierno reconoció que la duración de la prisión preventiva sufrida por los demandantes habría sido excesiva teniendo en cuenta las exigencias del plazo razonable planteadas por el artículo 5.3 del Convenio. El Gobierno propuso abonar a cada demandante la cuantía de 5.400 euros (cinco mil cuatrocientos euros). Para el resto, las declaraciones recogían lo siguiente:

«Esta cuantía no será sometida a ningún impuesto y será abonada en la cuenta bancaria indicada por el demandante dentro de los tres meses a partir de la fecha de la sentencia de cancelación dictada por el Tribunal de acuerdo con el artículo 37.1 c) del Convenio. El pago será el arreglo definitivo de la causa.»

Por una carta de 29 de septiembre de 2014, los demandantes indicaron que no se habían satisfecho los términos de las declaraciones unilaterales y que no aceptaban la cuantía de la compensación propuesta. Insistieron en que sus demandas fueras examinadas por el Tribunal, siendo la queja planteada del artículo 5.3 el reflejo de un problema estructural en Francia".

Como hemos señalado más arriba, los casos de declaración unilateral del Estado demandado, el TEDH los reconduce al ámbito del artículo 37.1 *c*) CEDH. Por lo tanto, permite al Tribunal

[280] Casadevall, Josep, *op. cit.*, nota18, p. 109 afirma que "se han presentado situaciones en las cuales, constatada la imposibilidad de pactar un arreglo amistoso (por oposición de una de las partes, bien sea por discrepancias en la redacción del texto transaccional, bien por el *quantum* de la indemnización propuesta o solicitada), el Gobierno ha enviado al TEDH una declaración unilateral en virtud de la cual reconoce la violación alegada por el demandante, anuncia –si procede- las medidas que entiende adoptar a fin de evitar nuevas violaciones, propone una satisfacción económica y solicita la homologación de la declaración y el archivo del expediente".

[281] BDAW TEDH 2015\14.

valorar si existe causa que justifique que prosiga el examen de la demanda. Obviamente, en los términos previstos en el artículo 37.1 párr. 2 CEDH, el TEDH no está vinculado a la petición del Estado demandado y puede ordenar la continuación en el examen de la demanda si así lo exige el respeto a los derechos humanos reconocidos en el CEDH y en sus Protocolos.

De entrada, si el proceso termina por declaración unilateral del Estado demandado, en la medida en que el TEDH reconduce ese supuesto al ámbito del artículo 37.1 *c*) CEDH, a la vista de lo previsto en el artículo 43.3 RTEDH, la resolución a dictar sería una sentencia. Sin embargo, de manera contradictoria con su planteamiento, podemos encontrar pronunciamientos en los que el TEDH dicta una decisión en los términos previstos en el artículo 39.3 CEDH. Es decir, limitándose a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada.

3. Terminación por transacción y emisión de decisión

El artículo 39 CEDH contempla la posibilidad de que las partes puedan llegar a un arreglo amistoso que acabe provocando el fin anticipado del proceso[282]. En concreto, en cualquier fase del procedimiento, el TEDH puede ponerse a disposición de las partes interesadas para conseguir una transacción sobre el asunto inspirándose en el respeto a los derechos humanos tal como se reconocen en el CEDH y en los Protocolos adicionales (art. 39.1 CEDH).

En la práctica, esta previsión normativa se traduce en que declarada admisible la demanda, se abre la fase de negociación con la que pueda lograrse el acuerdo amistoso[283]. Esta función de intentar un arreglo amistoso es desempeñada por la Secretaría de la Sala, la cual asume una función mediadora[284]. Nótese, por lo tanto, que no es la misma Sala la que desempeña esta función. Si así ocurriera, quedaría gravemente comprometida su imparcialidad, pues en el procedimiento de negociación habría llevado a cabo propuestas de solución de la controversia que supondrían un anticipo del eventual fallo que pudiera dictarse si la negociación no tuviera éxito.

---

[282] Sobre este modo de terminación, Morenilla Allard, Pablo, *op. cit.*, nota 19, pp. 108-109.

[283] En este sentido, Casadevall, Josep, *op. cit.*, nota 18, pp. 107-108, afirma que "si la demanda es declarada admisible, se abre la vía de negociación para intentar un arreglo amistoso (…). En defecto de un arreglo, la Sala –o bien la Gran Sala- se pronuncia sobre el fondo mediante una sentencia. antes, decide sobre la oportunidad de celebrar una audiencia y, en cualquier caso, invita las partes a presentar eventuales elementos probatorios, observaciones escritas complementarias, así como su posición respecto a la satisfacción equitativa del artículo 41".

[284] *Ibídem*, p. 108 afirma que "a tal fin, la Secretaría de la Sala se pone a disposición de las partes y asume una función mediadora en orden al arreglo".

Por lo tanto, la Secretaría asume el papel de tercero objetivo e imparcial que ayuda a las partes a llegar a un acuerdo. No debemos perder de vista que estamos hablando de una fórmula autocompositiva, por lo tanto, son las partes las que en pie de igualdad deciden solucionar sus diferencias. Nada impide, desde nuestro punto de vista, que la Secretaría pueda asumir un papel activo en el que no se limite solamente a aproximar las posiciones de las partes enfrentadas, sino incluso, que pueda hacer propuestas. Obviamente, dichas propuestas pueden aceptarse o rechazarse libremente por las partes.

Las disposiciones normativas a las que hay que atender en la regulación de este arreglo, son los artículos 38 y 39 del CEDH y el 62 del RTEDH. Si atendemos a esta última disposición, debemos tener en cuenta que una vez admitida la demanda, el secretario de la Sala, por indicación de la misma Sala o de su presidente, contacta con las partes con el fin de intentar lograr dicho acuerdo (art. 62.1 RTEDH).

El carácter confidencial de las negociaciones se constata de nuevo en el artículo 62.2 RTEDH. En concreto, se dispone que "de conformidad con el artículo 39.2 del Convenio, las negociaciones establecidas para alcanzar un acuerdo amistoso son confidenciales, sin perjuicio de las observaciones presentadas por las partes. A lo largo del procedimiento contencioso no puede alegarse ni mencionarse ninguna comunicación oral o escrita ni ninguna oferta no concesión acontecida en el transcurso de dichas negociaciones".

El intento de arreglo amistoso puede terminar de dos maneras: con acuerdo o sin acuerdo. En el caso de que termine sin acuerdo, siempre cabe la posibilidad que ya hemos analizado, de que el Estado demandado haga una propuesta unilateral al Tribunal, que pueda provocar la cancelación de la demanda.

La otra posibilidad es que se logre el acuerdo. Normalmente ese acuerdo se logra desde un punto de vista económico, comprometiéndose el Estado demandado a compensar al particular demandante. No obstante, el acuerdo puede incluir la asunción de otro tipo de obligaciones por parte del Estado. Como indica la doctrina, dichas obligaciones pueden ser la de adoptar "el compromiso de otorgar al demandante cierta autorización o bien anular una determinada orden, sanción o prohibición[285]".

[285] Ibídem, p. 108, nota 123.
En esta misma página, en el cuerpo de la misma afirma que "el procedimiento de amigable composición (…) consiste esencialmente en una propuesta de compensación económica por los pretendidos perjuicios sufridos por

En jurisprudencia, pueden verse diferentes sentencias de homologación de arreglos amistosos. Así, por ejemplo, la STEDH de 21 de enero de 1999, caso *Tsavachidis contra Grecia*[286].

También es interesante la STEDH de 27 de marzo de 2001 (Gran Sala), caso *Sutherland contra Reino Unido*[287]. En ella se pronuncia sobre la demanda de un ciudadano británico contra el Reino Unido presentada ante la Comisión el 15-9-1997, por discriminación en la fijación legal de la edad mínima para el consentimiento en las relaciones homosexuales masculinas respecto de las femeninas. El demandante denuncia que el hecho de establecer en dieciocho años la edad mínima para las relaciones sexuales entre hombres, contra la de dieciséis para las mujeres, vulneraba su derecho al respeto de su vida privada garantizado por el artículo 8 del Convenio y era discriminatorio con respecto a dicho artículo en relación con el artículo 14.

El contenido del arreglo amistoso que se alcanza, además de carácter indemnizatorio, fue el de modificar la legislación interna para equiparar la edad mínima para el consentimiento en las relaciones homosexuales.

También resulta interesante la sentencia de 9 de abril de 2015, *caso GVA contra España*[288]. En ella, se homologa un acuerdo de solución amistosa en la que el Estado demandado, España, se comprometía a anular la orden de expulsión del extranjero que había presentado la demanda, así como a abonar una indemnización. En concreto, en la decisión se afirma:

"Tras varias negociaciones infructuosas con el fin de llegar a un arreglo amistoso, por carta de 27 de noviembre de 2014, el Gobierno informó al Tribunal que proponía formular una declaración relativa a la resolución de las cuestiones planteadas en la demanda.

El Gobierno reconoció la violación de los derechos de la demandante de acuerdo con los artículos 8 y 13 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572). El Gobierno se comprometió a «dejar sin efecto el acto jurídico administrativo por el que [se había] decidido la expulsión de la demandante del territorio nacional» y a abonar a la demandante la cuantía de 19.104,73 euros (diecinueve mil ciento cuatro euros con setenta y tres céntimos) «en concepto de indemnización equitativa». Se abonaría dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la notificación de la decisión del Tribunal. En ausencia de acuerdo dentro de este plazo, el

---

el demandante, sin excluir otras posibilidades que puedan poner remedio a la situación litigiosa objeto de la demanda".

[286] BDAW TEDH 1999\78.

[287] BDAW TEDH 2001\234.

[288] DDAW TEDH 2015\12.

Gobierno se comprometía a abonar, a contar desde el vencimiento del antedicho plazo hasta el pago efectivo de la cuantía en cuestión, un interés simple a un tipo equivalente al de la facilidad de préstamo del Banco central europeo aplicable durante este período, incrementado en tres puntos. El Gobierno afirma que, «en el futuro, la interpretación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000, 72, 209) , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social se haría en relación con los criterios recogidos en el artículo 57.5 b) de esta misma Ley Orgánica, conforme al artículo 8 del Convenio bajo la vigilancia efectiva de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Constitucional que así lo ordenó en su Sentencia 186/2013, de 4 noviembre (RTC 2013, 186) , dictada por recurso de amparo concerniente a este caso». Por otro lado, el Gobierno solicitó al Tribunal que cancelara la demanda del registro de entrada".

En el caso de homologación de un acuerdo bilateral, el TEDH elimina el asunto del registro mediante una resolución en la que se limita a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada (art. 39.3 CEDH). Para tomar esas decisiones, el Tribunal debe valorar si el acuerdo o la propuesta de acuerdo respetan los derechos humanos tal y como los reconocen el CEDH y sus Protocolos. Si es así, como hemos señalado, se archiva la demanda.

En estos casos de archivo de la demanda por acuerdo amistoso, se dicta una decisión. Así se desprende del artículo 43.3 RTEDH en el que se dispone que "en caso de acuerdo amistoso, el archivo de una demanda adopta la forma de una decisión".

Dicha decisión es transmitida al Comité de Ministros, que supervisará la ejecución de los términos del acuerdo amistoso (art. 39.4 CEDH en relación con el art. 43.3 RTEDH).

IV. REQUISITOS FORMALES Y DE CONTENIDO DE LAS DECISIONES EN EL CASO DE ARREGLO AMISTOSO

Para la concreción de este tipo de requisitos, debemos atender principalmente a dos preceptos del RTEDH y a un artículo del CEDH. Los artículos 56 y 57 RTEDH, que regulan las decisiones con carácter general, y el artículo 39.3 CEDH, sobre el contenido de la decisión de archivo tras aprobar una arreglo amistoso.

Atendiendo a las disposiciones de carácter general, el artículo 56 dispone que las decisiones que adopte el Tribunal, deban indicar si ha sido adoptada por unanimidad o por mayoría. De igual modo, debe ser siempre motivada. (art. 56.1 RTEDH).

Como esta decisión se toma una vez que el Estado se ha personado en el proceso, y en su caso, puede haber tenido lugar la intervención de terceros, la decisión de archivo por arreglo amistoso debe comunicarse a las partes y a los terceros que eventualmente puedan haber intervenido en el proceso (art. 56.2 RTEDH).

Todas las decisiones deben estar redactadas en francés o en inglés, salvo que el Tribunal decida redactar una decisión en ambos idiomas (art. 57.1 RTEDH). No obstante, las decisiones contenidas en la recopilación oficial del TEDH, deben publicarse en sus dos idiomas (art. 57.2 RTEDH).

En lo concerniente a la decisión de archivo por arreglo amistoso, el artículo 39.3 CEDH dispone que "en caso de alcanzarse una transacción, el Tribunal eliminará el asunto del registro mediante una resolución que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada".

V.- Terminación normal del proceso y emisión de sentencia

La manera normal de terminación del proceso seguido ante el TEDH tiene lugar cuando el Tribunal se pronuncia sobre la adecuación de la pretensión interpuesta, al CEDH y a sus protocolos adicionales[289]. Es decir, cuando el TEDH se pronuncia sobre el fondo del asunto. Para ello, la resolución que debe dictar es una sentencia.

En este apartado pretendemos estudiar las clases de sentencias que pueden dictarse. Al respecto, podemos manejar diferentes criterios de clasificación de las sentencias que emite el TEDH.

1. Sentencias de fondo o procesales

Así, en primer lugar, hemos dicho que cuando el TEDH se pronuncia sobre el fondo del asunto, debe dictarse una sentencia. Así, el pronunciamiento sobre el fondo del asunto en sentencia, lo encontramos en los artículos 28.1 *b*) CEDH para el caso de los Comités de tres magistrados; 29.1 CEDH, para el caso de las sentencias dictadas por las Salas; y 31 CEDH, para las sentencias dictadas por la Gran Sala.

Sin embargo, no sería correcto decir que todas las sentencias que dicta el Tribunal son de fondo. Nos podemos encontrar con sentencias de carácter meramente procesal. Al respecto, debemos recordar que el pronunciamiento relativo al archivo de una demanda admitida en los

[289] Al respecto, hay que tener presente que ésa es la tutela que puede solicitarse y la que condiciona que pueda desarrollarse el proceso ante este Tribunal. De hecho, el artículo 35.3 *a*) CEDH contempla como causa de inadmisión de una demanda que sea "incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos".

casos del artículo 37 CEDH, debe revestir la forma de sentencia[290] (art. 43.3 RTEDH). Solamente el caso de archivo de la demanda por declaración unilateral del Estado demandado, reviste la forma de decisión y no de sentencia (art. 43.3 RTEDH).

2. Sentencias condenatorias o absolutorias

Un segundo criterio de clasificación es el que atiende al tipo de pretensión que haya interpuesto, y en función de la misma, la sentencia será de una clase u otra. Sin embargo, este criterio de clasificación solamente nos permite hablar de la existencia de sentencias de carácter condenatorio o absolutorio. En este sentido, debe tenerse presente el contenido del artículo 34 CEDH que regula el ejercicio de las acciones individuales.

Nosotros no compartimos las posiciones doctrinales que sostienen que las sentencias del TEDH no sean de carácter condenatorio. Se apoyan en su argumentación diciendo que el Tribunal carece de poder coercitivo. Sin embargo, nosotros creemos que se están confundiendo dos cosas distintas. Por un lado, el Tribunal puede condenar si considera que se ha producido la violación del CEDH o de los Protocolos. Es decir, el TEDH "declara", en la sentencia dictada al final del proceso, que se ha producido la violación de un derecho del CEDH o de sus Protocolos, pero "condena" al Estado demandado a restituir al demandante en el goce pacífico de su derecho. Es verdad, como luego veremos, que el Tribunal no suele concretar las medidas para restituir al afectado. De igual modo, es cierto que dicho Tribunal no puede ejecutar lo que ha juzgado. Ahora bien, la ausencia de concreción de las medidas y del poder coercitivo, no desnaturaliza el carácter condenatorio del pronunciamiento. Existe un deber de prestación que se impone al Estado cuyo incumplimiento puede llevar aparejada una serie de consecuencias.

Dicha sentencia condenatoria se impone como cosa juzgada al Estado que ha sido condenado[291]. Como indica la doctrina, debe entenderse Estado en sentido amplio, es decir, la condena "se impone a todas las autoridades nacionales con independencia de la separación de poderes[292]".

---

[290] Nos referimos a los casos en que el demandante no esté dispuesto a mantener la sentencia (art. 37.1 *a*) CEDH); que el litigio haya sido ya resuelto (art. 37.1 CEDH); o que por cualquier otro motivo verificado por el TEDH, ya no esté justificada la prosecución del examen de la demanda (art. 37.1 *c*) CEDH).

[291] Casadevall, Josep, *op. cit.*, nota 18 p. 110, en la que afirma que "la sentencia del TEDH es declarativa y se impone como cosa juzgada al Estado que ha sido parte en el caso concreto".

[292] Ibídem, p. 110, nota 135.

Ahora bien, si directamente el Estado condenado es el que resulta afectado, indirectamente, todos los Estados parte del CE también deben tener en cuenta el contenido de dicha sentencia, aunque con carácter relativo. Al

3. Sentencias definitivas o no definitivas

Como tercer criterio a tener en cuenta, hay que atender al régimen de impugnación de la sentencia. Así, si la misma no es impugnable, viene a denominarse, sentencia definitiva. Al respecto, son definitivas o firmes las sentencias que dictan los Comités de tres magistrados aplicando jurisprudencia bien establecida del Tribunal (art. 28.1 y 28.2 CEDH). Contra dichas sentencias no procede medio de impugnación alguno.

También son definitivas las sentencias dictadas por la Salas integradas por siete magistrados en los siguientes casos[293] (art. 42 en relación con el art. 44.2 CEDH):

1º) Cuando las partes hayan declarado que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala (art. 44.2 *a*) CEDH).

2º) Cuando no haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala tres meses después de la emisión de la sentencia (art. 44.2 *b*) en relación con los arts. 31 *c*) y 43 CEDH).

3º) Cuando el colegio de cinco magistrados de la Gran Sala rechace la remisión del asunto (art. 44.2 c) CEDH). Al respecto, hay que subrayar que remitido el asunto a la Gran Sala en el plazo de tres meses desde que se dictó la sentencia, un colegio de cinco jueces de la Gran Sala debe pronunciarse sobre la aceptación de la demanda a trámite. Para ello, se tiene en cuenta que el asunto platee una "cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o una cuestión grave de carácter general" (art. 43.2 CEDH).

La doctrina ha calificado a este colegio de cinco jueces, como "un órgano de filtraje[294]", que debe valorar "la excepcionalidad de los casos y decidir si el asunto, ya juzgado antes por una Sala, plantea una cuestión importante sobre la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o incluso una cuestión seria de carácter general que justifique el reenvío, un segundo examen y el pronunciamiento de una nueva sentencia[295]".

Por último, también es definitiva la sentencia que dicte la Gran Sala a partir de su pronunciamiento[296] (art. 44.1 CEDH).

VI. REQUISITOS DE LAS SENTENCIAS

1. Formales

---

respecto, debe tenerse presente que con dicha sentencia se están interpretando y delimitando el contenido de los derechos reconocidos en el CEDH y en su protocolos. En este sentido, Ibídem, p. 110.

[293] Véase al respecto, Ibídem, p. 110.

[294] Ibídem, p. 83.

[295] Ibídem, p. 83.

[296] Véase en este sentido, Ibídem, p. 110.

No encontramos en el CEDH una referencia explícita a los requisitos formales que desde un punto de vista general, deban cumplir las sentencias dictadas por el TEDH. No obstante, el artículo 45.2 CEDH recoge que si hubiera votos u opiniones disidentes de algún magistrado, éstas deberán recogerse por separado en la sentencia. En concreto, el artículo citado indica que "si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los Jueces, cualquier Juez tendrá derecho a unir a ella su opinión por separado[297]".

Es más completa la regulación de los requisitos formales en el artículo 74.1 RTEDH. Al respecto, en cualquier sentencia, ya sea dictada por el Comité de tres magistrados, por la Sala o por la Gran Sala, deben figurar:

a) El nombre del presidente y del resto de jueces que componen la Sala o el Comité, así como el nombre del secretario o del secretario adjunto.

b) La fecha en que se adopta la sentencia y la fecha en que se hace pública.

c) La indicación de las partes.

d) El nombre de los agentes, los abogados y los asesores de las partes.

e) Una exposición del procedimiento.

f) Los hechos que han originado la demanda.

g) Un resumen de las conclusiones de las partes.

h) Los fundamentos de Derecho.

i) La parte dispositiva.

j) Si procede, la decisión adoptada en relación con las costas y los gastos.

k) La indicación del número de jueces que han constituido la mayoría.

l) Si procede, indicación del texto fehaciente.

Dicha sentencia es dictada en inglés o en francés, salvo que el Tribunal decida dictar la sentencias en ambos idiomas (art. 76.1 RTEDH). No obstante, la sentencias incluidas en la recopilación oficial del Tribunal, se publican en los dos idiomas oficiales[298] (art. 76.2 RTEDH).

---

[297] El art. 74.2 RTEDH dispone que "los jueces que hayan participado en el examen del asunto por parte de una Sala o de la Gran Sala pueden adjuntar al texto de la sentencia la exposición de su opinión separada, concordante o disidente, o una simple declaración de disentimiento".

[298] Al respecto, el art. 78 RTEDH dispone que "de conformidad con el artículo 44.3 del Convenio, las sentencias definitivas del Tribunal son publicadas en la forma que convenga, bajo la autoridad del secretario, que es asimismo responsable de la publicación de la recopilación oficial que contiene una selección de sentencias y decisiones, así como cualquier otro documento que el presidente del Tribunal decida publicar".

Esta sentencia debe ser firmada por el presidente de la Sala o del Comité, y por el secretario (art. 77.1 RTEDH).

Las sentencias pueden ser leídas en audiencia pública por el presidente de la Sala o por el magistrado en que aquél haya delegado. Para ello, los representantes de las partes deben ser debidamente informados de la fecha de la audiencia. En el caso en que no se lea en audiencia pública, o se trate de una sentencia dictada por el Comité de tres jueces, la sentencia debe notificarse a las partes por escrito (art. 77.2 RTEDH). Para ello, el secretario debe transmitir una copia de la sentencia a la partes, al Secretario General del Consejo de Europa, a los terceros que hayan intervenido en el proceso, y al Comisario de Derechos Humanos y a cualquier otra persona directamente implicada. De igual modo debe notificarse al Comité de Ministros (art. 77.3 RTEDH).

El ejemplar original, debidamente firmado y sellado, debe depositarse en los archivos del Tribunal (art. 77.3 *in fine* RTEDH).

2. Contenido

Presenta gran interés el análisis de los requisitos de contenido de la sentencia, pues nos va a permitir poner de manifiesto, desde nuestro punto de vista, uno de los puntos débiles del sistema europeo de protección de los derechos.

Como hemos señalado más arriba, si la sentencia del TEDH fuera estimatoria, se declara la existencia de la violación, pero además, se impone al Estado condenado "la obligación de poner fin a la situación constitutiva de la violación y seguidamente la de reparar las consecuencias del hecho ilícito y adoptar las medidas pertinentes para evitar la reproducción[299]". Obviamente, el fallo que se dicte debe ser siempre motivado (art. 45.1 CEDH).

Sin embargo, es importante destacar que el TEDH sostiene que el CEDH no le faculta para dar dictar instrucciones o directrices al Estado condenado para que cumpla la sentencia que ha dictado[300]. Es por ello por lo que el Estado parte dispone de una "libertad de elección de medios[301]" para cumplir con la condena impuesta. En definitiva, se deja en manos del Estado condenado, la decisión de cuáles son las medidas que debe adoptar para cumplir con la

[299] Casadevall, Josep; *op. cit.*, nota 18, p. 111.
[300] En este sentido, Ibídem, p. 111 afirma que "el Tribunal recuerda que el Convenio no le confiere competencia para dictar instrucciones o directrices a las Partes contratantes".
[301] Ídem.

condena impuesta[302]. Es ese Estado el que decide adoptar unas medidas u otras de carácter individual o general[303].

Entre las medidas de carácter individual que suelen adoptarse, se encuentra la posibilidad de que en el ámbito del Estado que ha sido condenado, se proceda a revisar o reabrir el procedimiento judicial en el que se produjo la violación[304]. No obstante, debemos señalar que esta medida no está generalizada en todos los ordenamientos jurídicos, si bien, bastantes Estados miembros del Consejo de Europa contemplan la posibilidad de hacer uso de este medio extraordinario de impugnación, para dar cumplimiento a la sentencia del TEDH[305].

Si atendemos a las prácticas seguidas, y siguiendo las aportaciones doctrinales, como medidas de carácter individual que se han adoptado se encuentran "el hecho de no ejecutar una determinada decisión, sea sancionadora o prohibitiva, la anulación de una decisión judicial o administrativa o bien la reducción de una pena o de una sanción, (…), otorgar una licencia o permiso anteriormente denegado, autorizar una inscripción en un registro, reintegrar a un funcionario en su puesto de trabajo y aun conceder un permiso de residencia a un extranjero y evitar así su expulsión[306]".

En relación con las medias de carácter general, a pesar de que las mismas no son decididas ni impuestas por el TEDH, podemos encontrar varios efectos indirectos que han tenido las sentencias condenatorias del TEDH. Así, entre las medidas de carácter general que la doctrina subraya que se han producido en ocasiones, se encuentran la de llevar a cabo "reformas o modificaciones legislativas, particularmente en el campo de las garantías procesales, del derecho penal, del régimen penitenciario, del derecho civil, incluidas enmiendas de rango constitucional. Pueden consistir también en la adopción de reglamentaciones, instrucciones o disposiciones de carácter disciplinario, para evitar prácticas o corruptelas administrativas

[302] Al respecto, *Ídem*, p. 111 afirma que "la jurisprudencia del TEDH reitera que el Estado demandado, declarado responsable de una violación, debe adoptar las disposiciones pertinentes en su orden jurídico interno, sean generales o individuales, que permitan poner fin a la violación constatada y borrar sus consecuencias en la mayor medida posible. El Gobierno, bajo el control del Comité de Ministros, tiene la libertad de elegir los medios que considere más adecuados para cumplir con su obligación derivada del artículo 46 del Convenio, siempre que tales medios sean compatibles con las conclusiones contenidas en la sentencia".

[303] *Ídem*.

[304] Ídem.

[305] Al respecto, Ibídem, p. 112, afirma que "la posibilidad de reapertura o revisión del procedimiento nacional, sea con una base legal o simplemente jurisprudencial, está prevista en unos veinte de los Estados miembros del Consejo de Europa, sobre todo, en materia penal, y se pueden citar algunos precedentes de reapertura que han comportado la absolución de la persona interesada, la reducción de la pena impuesta, la cancelación de antecedentes penales o simplemente la confirmación de la condena y de la pena anterior en todos sus aspectos".

[306] Ibídem, pp. 112-113.

contrarias a la legalidad interna o a las garantías convencionales, o en el mero hecho de dotar económicamente de más y mejores medios –sean materiales o humanos, a determinados servicios públicos[307]".

Otra sentencia que indirectamente provocó una reforma de procesal penal, fue la STEDH de 24 de abril de 1990, *caso Kruslin contra Francia*[308], en la que se concedió el amparo solicitado. En concreto, el amparo se concede frente a unas escuchas telefónicas acordadas en una investigación criminal. El TEDH considera que el ordenamiento jurídico francés no regulaba de manera clara y precisa esta limitación del secreto de las comunicaciones. En los párrs. 35 y 36, el TEDH afirma:

"35. Sobre todo, el sistema no proporciona hasta el momento la protección adecuada contra los posibles abusos. Por ejemplo, no define a quiénes se puede someter a una intervención telefónica ni la naturaleza de los delitos que la justifiquen; el Juez no tiene obligación de fijar un límite a la duración de la medida; no se puntualizan las condiciones para levantar las actas en que se recojan las conversaciones interceptadas, ni las precauciones exigibles para comunicar, intactos y completos, los correspondientes registros para su posible control por el Juez -que difícilmente podrá comprobar sobre el terreno el número y la duración de las cintas originales- y por la defensa, ni las circunstancias en que se pueda o se deba borrar o destruir dichas cintas, en particular cuando se retira la acusación o se absuelve al acusado. Las informaciones facilitadas por el Gobierno sobre estos extremos demuestran, en el mejor de los casos, la existencia de una práctica no obligatoria por falta de regulación legal o de jurisprudencia.

36. En resumen, el Derecho francés, escrito o no escrito, no establece con suficiente claridad el alcance y los procedimientos de ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades públicas en esta materia . Esto era aún más grave cuando ocurrieron los hechos de autos, de forma que el señor Kruslin no disfrutó del mínimo de protección que exige la preeminencia del Derecho en una sociedad democrática (Sentencia Malone, ya citada antes, serie A, núm. 82, pg. 36, ap. 79). Por consiguiente, se ha violado el artículo 8 del Convenio".

[307] Ibídem, pp. 114-115.
[308] BDAW TEDH 1990\1.

Esta sentencia, acabó provocando la reforma del sistema procesal penal francés la incorporara al Código de procedimiento penal francés, disposiciones reguladoras de las escuchas telefónicas[309].

De las reformas legislativas a las que nos hemos referido, queremos detenernos en el análisis de una sentencia que provocó una reforma de índole constitucional. En este sentido, es interesante la STEDH de 27 de agosto de 1991, *caso Demicoli contra Malta*[310].

En concreto, Demicoli era el redactor jefe una revista política satírica de Malta. En su día, publicó un artículo satírico contra unos diputados. El artículo 34 de la Constitución de Malta permitía que el Parlamento pudiera juzgar e imponer penas de reclusión y multas a quien ultrajara al Parlamento.

Demicoli fue juzgado ante el Parlamento y se le impuso una pena de multa. El TEDH entendió que se había vulnerado el artículo 6.1 CEDH, al no haber sido juzgado y condenado por un tribunal independiente e imparcial. En este sentido, afirma:

"En este caso, la Cámara de Representantes ejerció sin duda una función jurisdiccional resolviendo sobre la culpabilidad del demandante. La clave consiste en saber si se cumplió con la exigencia de imparcialidad. A efectos del artículo 6.1, ésta se aprecia subjetivamente, basándose en la convicción o el interés personales de un juez concreto en una situación concreta, y objetivamente determinando si ofrece las garantías suficientes para excluir a este respecto toda duda legítima. En la propia materia las apariencias pueden ser importantes, sobre todo en lo penal (ver, entre otras, la Sentencia Hauschildt de 24 mayo 1989 [TEDH 1989, 8], serie A núm. 154, pg. 21, ap. 46-48).

Los dos diputados cuyo comportamiento en el Parlamento criticaba el artículo enjuiciado, y que denunciaron a la Cámara un atentado contra los privilegios (apartado 11 supra), participaron en el procedimiento dirigido contra el acusado, incluida la constatación de culpabilidad y –salvo uno de ellos, que falleció en el intervalo– la fijación de la pena.

Por este motivo, la imparcialidad del órgano de decisión está sujeta a caución y se justifican en la materia los temores del señor Demicoli (Sentencia Hauschildt, previamente citada, serie A núm. 154, pg. 23, ap. 52".

[309] Véase al respecto, Casadevall, Josep, *op. cit.*, nota 18, p. 115, nota 146. En dicha nota se recogen otras sentencias que han provocado estos efectos indirectos.
[310] BDAW TEDH 1991\3.

Entre otros aspectos, el demandante solicitó que el TEDH se pronunciara sobre la necesidad de reformar la Constitución maltesa en relación con los privilegios o prerrogativas del Parlamento. El TEDH, en la línea que hemos señalado más arriba, sostuvo que el CEDH no le permitía realizar dicha condena. Así en el párr. 45 afirma:

"El demandante solicita al Tribunal que obtenga, con ayuda del Gobierno, el voto en el Parlamento de una resolución revocando las que le declararon culpable y condenaron a una multa, la derogación del artículo 11.1k por vía de enmienda a la ordenanza y la supresión, en la Constitución maltesa, de toda referencia a las diligencias por atentado a los privilegios. El Gobierno se opone a ello.

El Tribunal señala que el Convenio no le habilita a admitir esta solicitud. Recuerda que es al Estado a quien corresponde escoger los medios a utilizar en su orden jurídico interno para reparar una situación que ha llevado consigo una violación (ver, mutatis mutandis, la Sentencia Zanghi de 19 febrero 1991 [TEDH 1991, 21], serie A núm. 194-C, pg. 48, ap. 26)".

No obstante, la sentencia, de manera indirecta, acabó provocando una reforma constitucional[311].

BIBLIOGRAFÍA

Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Cucarella Galiana, Luis-Andrés, Recursos ante los tribunales constitucionales europeos: desafíos históricos (Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, dir. Científico; Carrasco Soulé, Hugo, coord.). México 2013, Reflexiones y desafíos de la Justicia constitucional.

Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo, (Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, coord.). México 2014, Sistemas regionales de protección de derechos humanos. *La dignidad de la persona, los derechos fundamentales, el nuevo paradigma interno y supranacional y las bases del Derecho Procesal Constitucional y el Convencional*. Bogotá, Colombia, Doctrina y Ley, 2015, Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional.

[311] Véase en este sentido, Casadevall, Josep, *op. cit.*, nota 18, p. 115, nota 147.
Consideraciones semejantes podemos hacer si prestamos atención a la sentencia de 28 de octubre de 1998, *caso Çiraklar contra Turquía* (BDAW TEDH 1998\100). Esta sentencia acabó provocando, también de manera indirecta, la reforma de la constitución de Turquía en relación con la composición de los Tribunales de Seguridad del Estado. Se concedió el amparo porque un juez militar juzgó a un civil por haber participado en una manifestación en la vía pública no autorizada previamente y haber hecho uso de la violencia contra las fuerzas del orden.
En doctrina, *Ídem*., p. 115, nota 147.

Recursos y medios de impugnación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Bogotá, Colombia, Doctrina y Ley, 2015, Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional.

Los desafíos del sistema europeo de protección de derechos humanos. Bogotá, Colombia, Doctrina y Ley, 2015, Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional.

Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Derecho Procesal Constitucional*, (Velandia Canosa, Eduardo Andrés, dir. Científico). Legis. Bogotá, 2015, *Derecho Procesal Constitucional*.

Ortells Ramos, Manuel, *et. al.*, *Introducción al Derecho Procesal*. Cizur Menor, 4ª edición, 2014.

Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas*. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2006.

Morenilla Allard, Pablo, *et. al*, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Colex, Madrid, 2007.

Ripol Carulla, Santiago, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*. Atelier, Barcelona, 2007.

Rodríguez, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas. Madrid, 2001.

CAPÍTULO IX. COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Alejandra Díaz Alvarado[312]

SUMARIO:

Introducción.- 1. Sistema Europeo de protección de Derechos Humanos.- A. Instrumentos Internacionales Fundamentales.- 1. Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades.- 2. Carta Social Europea.- 3. Carta de los Derechos Fundamentales.- B. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- 1. Organización y composición.- 2. Funcionamiento.- 3. Procedimiento.- 4. Decisiones y sentencias.

RESUMEN:

El presente trabajo analiza la composición y funcionamiento del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos; los principales instrumentos internacionales que lo fundamentan y las instituciones de las cuales han surgido; finalizando con el estudio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde su organización, funcionamiento, procedimiento y sentencias.

Palabras Claves: Derechos Humanos, Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, Consejo de Europa, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRAC:

This paper analyzes the composition and functioning of the European System of Human Rights Protection; the main international instruments which it is based and the institutions which have emerged; ending with the study of the European Court of Human Rights, since its organization, operation, procedures and decisions.

Keywords: Human Rights, European System of Protection of Human Rights, Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Freedoms, European Court of Human Rights.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto describir y analizar al Sistema Europeo de protección de Derechos Humanos, el cual es el mas antiguo en su tipo; asimismo esbozar de manera genérica a las instituciones que surgieron a partir del término de la Segunda Guerra Mundial y que estan encargadas de sustentar este sistema y consagrar la protección de derechos humanos en una gran cantidad de declaraciones, convenciones, pactos y tratados internacionales. Del mismo modo pretende estudiar y analizar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde su surgimiento, organización, funcionamiento, procedimiento y cual es la forma en que se toman las decisiones y pronuncian las sentencias.

[312] Licenciada en Derecho por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, actualmente estudiante de la Maestría en Métodos Alternos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos, perteneciente al Padrón Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC) impartida por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Correo electrónico: alejandradiaz_10@hotmail.com.

1. SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

A. Instrumentos Internacionales que fundamentan al Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos

Europa es el continente pionero en la protección supranacional de Derechos Humanos lo que se demuestra con la aparición a lo largo del siglo XX de instituciones encargadas de garantizar a los ciudadanos el respeto a sus derechos. El Consejo de Europa nace poco después de finalizar la Segunda Guerra Mundial como una organización política de Europa en cuyo seno se crean los instrumentos internacionales que fundamentan y organizan al Sistema Europeo de protección de Derechos Humanos.[313]

1. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades.

El Consejo de Europa es la Organización Internacional de la cual emana el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades, mejor conocido como "Convenio Europeo de Derechos Humanos". Por lo que es necesario analizar primero a este ente, a fin de comprender el origen del instrumento mencionado.

La Segunda Guerra Mundial trajo consigo un cambio absoluto en la esfera de los derechos humanos lo que se vio reflejado en la creación del Consejo de Europa, el cual nace como una Organización Internacional constituida el 5 de Mayo de 1949, después de la firma de su carta fundacional también conocida como Tratado de Londres, firmada inicialmente por lo países de Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido. Posteriormente se adhirieron Irlanda, Italia, Dinamarca, Noruega y Suecia.[314] Esta organización tiene como objetivo principal la promoción, defensa y protección del Estado de Derecho, la democracia, los derechos humanos y el desarrollo social, así como los derechos civiles y políticos recogidos en la Carta Social Europea[315]. Su propósito se encuentra en el artículo 1° del Estatuto del Consejo de Europa el cual señala lo siguiente:

---

[313] *Vid*. MONTERO COTO, Marisol, *El juez ad hoc y la protección internacional de los Derechos Humanos: la posición de la víctima frente a la composición de la Corte Interamericana,* Saarbrucken, Editorial Académica Española, 2012, pp. 59.

[314] *Vid*. QUINTANA ROLDAN, Carlos y Sabido Peniche, Norma, *Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2006, pp. 195.

[315] Carta Social Europea.

La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y mover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social.[316]

Además como lo recoge el artículo 3 de dicho Estatuto, cada uno de los Estados Miembros del Consejo de Europea debe reconocer el principio de preeminencia del Derecho y el principio en virtud del cual toda persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos y de las libertades fundamentales. Esta jurisdicción se compone actualmente por 47 miembros[317] y los Estados que deseen incorporarse deben adherirse también al Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que dicho instrumento impone a sus miembros la obligación jurídica vinculante de garantizar los derechos humanos de las personas.

Ahora bien el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales es un tratado internacional multilateral abierto a firma en la ciudad de Roma el 4 de noviembre de 1950, únicamente para Estados que conforman el Consejo de Europa y entró en vigor el 3 de septiembre del año 1953.[318] Es estimado como el primer instrumento internacional que llevó a la práctica algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.[319] Por lo tanto enlista una serie de derechos y garantías que los Estados partes se comprometen a asegurar y brindar a las personas, teniendo un carácter preceptivo. Lo anterior se encuentra marcado en el Preámbulo de la Convención, el cual a la letra dice:

Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal. [320]

---

[316] Estatuto del Consejo de Europa.

[317] Se encuentra Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, República de Moldavia, Mónaco, Montenegro, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Federación de Rusia, San Marino, Serbia, República Eslovaca, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, La Antigua República Yugoslava de Macedonia, Pavo, Ucrania, Reino Unido.

[318] *Vid*. NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los Derechos Humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, Ed. Civitas, 1987, pp. 153.

[319] Vid. CARPIZO, Jorge, *Derechos Humanos y Ombudsman*, 2a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 189.

[320]Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

La Convención tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universal y efectiva de los derechos enunciados en la misma. Dentro de los derechos y libertades que la Convención garantiza se puede mencionar el derecho a la vida, el derecho a un juicio justo, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, de conciencia y religión y el derecho a la propiedad. Así mismo señala prohibiciones a los Estados partes como son: la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, la esclavitud y el trabajo forzoso.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos creó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año de 1959 con sede en Estrasburgo, Francia. El cual es un órgano judicial internacional, facultado para conocer de reclamaciones interpuestas por personas individuales o colectivas, examinar supuestas violaciones y hacer cumplir los compromisos asumidos por los Estados miembros. Desde su aprobación en la década de los años 50´s, la Convención Europea a través de sus Protocolos, ha presentado modificaciones y adiciones importantes. El Protocolo No. 8 instituía, en el seno de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, los Comités de tres miembros y las salas para el examen de las demandas, lo que permitía un funcionamiento más rápido y eficaz para este órgano.[321]

Al entrar en vigor el Protocolo No. 9 se permitió que cuando se agotara la fase de examen por parte de la Comisión y se manifestara sobre el fondo del asunto a través de un informe en el cual se establecerían los hechos y se pronunciaría sobre la existencia o inexistencia de violaciones al Convenio Europeo el individuo tendría la facultad de solicitar la remisión del caso al Tribunal Europeo para que dictara sentencia y dicha solicitud solo podría ser realizada por los Estados y por la propia Comisión.[322]

En lo que respecta al procedimiento, en mayo de 1994 el Protocolo No. 11 hizo un cambio radical al desaparecer la Comisión Europea de Derechos Humanos y convertir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un órgano permanente, con funcionamiento de tiempo completo; aquí se encuentra una de las diferencias entre el Sistema Europeo e Interamericano, ya que en el último se encuentra vigente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Gracias al Protocolo No.11 antes mencionado, es que se permite que el proceso judicial de

---

[321] *Vid.* ISLAS COLÍN, Alfredo, "Corte Europea de los Derechos Humanos", *Amicus Curiae*, México, 2009, núm. 4, pp. 5. *http://www.journals.unam.mx/index.php/amicus.*

[322]*Vid.* MORTE-GOMEZ, Carmen, *"El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: crisis del sistema e intentos de solución"*, en Pérez Tremps, Pablo y Abad Yupanqui, Samuel (comp.), *La Reforma del Proceso de Amparo: la experiencia comparada*, Palestra edit., 2009, p. 362-363.

protección de los derechos humanos en el ámbito europeo sea expedito; ya que la víctima tiene un acceso directo a la Corte Europea, sin necesidad de pasar por la instancia anterior.

Derivado de este cambio, se presentó un aumento masivo de demandas individuales que hizo que la eficacia del sistema se viera en serios problemas, ya que resultaba imposible atender tantas peticiones, en abril de 2011 había más de 140,000 demandas pendientes. En este sentido Carmen Morte-Gomez señala:

En diez años, el número de demandas pendientes se vio multiplicado por 10. Sin embargo, más de un 80% de las demandas se presentan contra una docena de Estados de los 47 Estados parte y más del 50% de las mismas, contra cuatro Estados en concreto: Rusia, Rumanía, Turquía y Ucrania. Sólo frente a Rusia se presentan casi el 25% del total de las demandas que recibe el Tribunal.[323]

Derivado de este incremento, el 13 de mayo de 2004 se abrió a firma el Protocolo No. 14 que introduce cambios en la organización de la Corte Europea, creando así la figura del Juez Único, el cual tiene la facultad de declarar inadmisibles o archivar los casos. Y los Comités de tres jueces los cuales pueden declarar por unanimidad y de manera definitiva la inadmisibilidad de la demanda y su archivo mediante sentencia con carácter definitivo en los casos en los que exista jurisprudencia consolidada del Tribunal. Por último establece que la Corte podrá declarar inadmisibles las demandas en las que el demandante no haya sufrido un perjuicio importante y no requiere que el Tribunal lo examine a fondo y que el demandante haya dispuesto un remedio eficaz para someter dicha queja ante la instancia judicial nacional.[324]

Queda claro que el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ha evolucionado a lo largo del tiempo, esto de acuerdo al cambio constante de las sociedades y la participación activa de los individuos, lo que amplía la protección de los

[323]MORTE-GOMEZ, Carmen, "Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Modificaciones en el procedimiento y requisitos de admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo n° 14", *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, revisada el 2 de Octubre de 2014, *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31139.pdf.*

[324] *Vid.* LÓPEZ GARRIDO, Diego, "La protección estatal e internacional de los Derechos Humanos", en LÓPEZ GARRIDO, Diego y MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco (comp.), *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, España, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 196.

derechos en toda Europa y va quedando plasmado en el surgimiento de los protocolos al Convenio.[325]

2. Carta Social Europea

El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos cuenta con la Carta Social Europea[326] la cual fue adoptada el 18 de octubre de 1961 como complemento socio-económico del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el seno del Consejo de Europa y entró en vigor a partir del 26 de febrero de 1965.

El principal objetivo de este instrumento es el facilitar el progreso económico y social de sus Estados miembros por lo que es considerada históricamente el primer Tratado Internacional específicamente destinado a regular derechos económicos y sociales. Posteriormente se elaboró el Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966,[327] por lo que puede decirse que la Carta Social fue la pionera en la protección de los derechos sociales. El antecedente inmediato desde el punto de vista de su contenido en el orden jurídico internacional, es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la cual se encuentran dentro de los artículos 22, 23, 24 y 25, el derecho al trabajo, a la seguridad social, al salario, a la licencia de paga, el derecho a un nivel de vida

[325]Los protocolos presentados a la fecha son: Protocolo N º 2 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que confiere a la Tribunal Europeo de Derechos Humanos la competencia para emitir opiniones consultivas; Protocolo N º 3 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se modifican los artículos 29, 30 y 34 de la Convención; Protocolo N º 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo en su forma enmendada por el Protocolo N º 11; Protocolo N º 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se modifican los artículos 22 y 40 de la Convención; Protocolo número 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en su forma enmendada por el Protocolo N º 11; Protocolo N º 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Protocolo N º 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Protocolo N º 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Protocolo N º 10 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Protocolo N º 11 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, establecido por la reestructuración del mecanismo de control; Protocolo N º 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Protocolo N º 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias; Protocolo N º 14 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que modifica el sistema de control de la Convención y el Protocolo No. 14 bis del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

[326]Carta Social Europea.

[327]*Vid.* PEIRANO BASSO, Jorge, "La Carta Social Europea", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 6, 1987, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/6/dtr/dtr3.pdf

adecuado para el individuo y su familia, salud, alimentación, vestido, asistencia médica, servicios sociales y demás derechos sociales.[328]

En el año de 1966 se produce una revisión exhaustiva y a fondo de la Carta Social firmada en 1961, originando lo que hoy se conoce como Carta Social Europea Revisada.[329] La fecha de aprobación de este documento es el 3 de Mayo de 1996 en Estrasburgo, quedando abierta a la firma y ratificación de los Estados miembros del Consejo de Europa. De los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa que hemos mencionado anteriormente, cuarenta y dos son parte en la Carta Social Europea. Los últimos países en ratificar la Carta revisada han sido Hungría, Rusia, Serbia y Eslovaquia en 2009, Montenegro en 2010, Austria en 2011, la antigua República Yugoslava de Macedonia en enero de 2012 y Letonia en febrero de 2013.

A partir de la década de 1980, el Consejo de Europa emprendió una serie de iniciativas con la finalidad de inyectarle vida a la Carta Social, todo esto a través de Protocolos, por ejemplo el No. 1 garantizaba nuevos derechos; en octubre de 1991 se adoptó el Protocolo Enmendatura No. 2, en el cual se revisaba el sistema de supervisión y en noviembre de 1995 el Protocolo No. 3 que establecía un sistema de quejas colectivas.

La Carta Social Europea Revisada, consolida las diecinueve disposiciones de la Carta de 1961 y las cuatro adicionales del Protocolo de 1988, así como amplía el catálogo de derechos con otras ocho disposiciones formando un conjunto de treinta y un artículos, incluyendo un artículo de no discriminación y una clausula especial de aceptación del procedimiento en reclamaciones colectivas. Entre los derechos sociales protegidos actualmente se encuentran: el derecho al trabajo, el derecho a la organización, a la negociación colectiva, el derecho de los niños y adolescentes a la protección, el derecho a la seguridad social, a la asistencia médica y social, el derecho de la familia a la protección social, derecho a la protección en caso de finalización de empleo, el derecho a la dignidad laboral, el derecho a la protección contra la pobreza y la marginación y el derecho a la vivienda por mencionar algunos.

3. Carta de los Derechos Fundamentales

Este instrumento internacional de Europa reconoce el derecho personal, civil, político, económico y social de los ciudadanos y de las personas residentes de la Unión Europea

[328]Declaración Universal de los Derechos Humanos

consagrándolo en una legislación comunitaria.[330] Esta Carta se concibió en el año de 1999 con las aspiraciones de los Jefes de Estado y de Gobierno de recoger los principios generales enunciados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y de las tradiciones constitucionales de los países que conforman la Unión. De igual manera se incluyeron los derechos económicos y sociales recogidos en la Carta Social Europea, así como la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Carta de los Derechos Fundamentales fue elaborada por una Convención que incluía un representante de cada Estado miembro de la Unión y de la Comisión Europea y fue proclamada en el Consejo de Europa en diciembre del año 2000 en Niza.[331] Con la firma del Tratado de Lisboa en 2009, la Carta modificó su naturaleza jurídica y adquirió el carácter vinculante, lo cual obliga a las Instituciones y a los Estados miembros de la Unión Europea, los últimos únicamente al aplicar la legislación de la Unión.[332]

La carta reúne los derechos que se encuentran en diversos instrumentos legislativos tanto nacionales y comunitarios, así como los Convenios Internacionales del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Se encuentran en su interior cincuenta y cuatro artículos, separados en siete capítulos denominados: dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía, justicia y disposiciones generales. El capítulo de dignidad por mencionar algunos, protege el derecho a la vida, a la integridad de la persona, la prohibición de la tortura y de las personas o los tratos inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado.

En lo que respecta a su ámbito de aplicación, esta Carta es aplicable a las instituciones europeas en cumplimiento del principio de subsidiariedad[333]y no puede exceder las

---

[330] *Vid.* GUERRERO MAYORGA, Orlando, El derecho comunitario: concepto, naturaleza y caracteres, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano,* México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2005, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.2/pr/pr19.pdf.
Vid. VILLARINO PINTO, Eduardo, *La construcción de la Unión Europea*, Arco/Libros, Madrid, 1996, p.62.

[331]*Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, "Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones relativas al texto completo de la Carta", Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Diciembre 2010, *http://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/norm/Carta_DerechosFunUE.pdf.*

[332] *Vid.* AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, "Manual de legislación europea contra la discriminación", Consejo de Europa, 2010, *http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discri_law_SPA.pdf.*

[333] *Vid.* DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, *El principio de subsidiaridad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano,* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2496/7.pdf.*

competencias que los Tratados y protocolos le confieren. Si algunos de los derechos enunciados en la Carta de igual manera se encuentran en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el significado y ámbito de aplicación será el mismo que establezca el Convenio.

B. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos es el fundamento a través del cual se constituyó en 1959 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una Corte Internacional con competencia para conocer de demandas individuales y estatales que se encuentren fundamentadas en violaciones a derechos contenidos en el Convenio Europeo. Se encuentra situado en el Palacio de los Derechos Humanos en la ciudad de Estrasburgo, Francia.[334]La competencia del Tribunal Europeo y por lo tanto el juicio de admisión ha de responder a cuatro criterios: *ratione personae, ratione temporis, ratione loci* y *ratione materiae*.

Con la entrada en vigor del Protocolo No. 11 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control, desde 1998 el Tribunal opera de forma permanente y los particulares pueden dirigirse a él directamente. A 55 años de su existencia, el Tribunal había dictado más de 17,000 sentencias[335] las cuales son obligatorias para los Estados Miembros que han ratificado su competencia y han modificado su legislación interna para su adopción. Por lo tanto la jurisprudencia que emana del Tribunal es un instrumento dinámico y poderoso en aras de consolidar en Europa la democracia, el Estado de Derecho y sobre todo la protección y respeto de los Derechos Humanos de más de 800 millones de europeos de los 47 estados miembros del Consejo de Europa.

1. Organización y Composición

El Tribunal Europeo se compone del mismo número de jueces que los Estados Parte del Convenio, por lo cual actualmente son cuarenta y siete jueces y son elegidos por la Asamblea Parlamentario al interior del Consejo de Europa a partir de una terna propuesta por cada

---

Vid. CHÍCHARO LÁZARO, Alicia, El principio de subsidiariedad en la Unión Europea, España, Aranzadi, 2001, p.35.

[334]*Vid.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, "El Tribunal en breve", Unidad de Relaciones Públicas, http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_SPA.pdf.

[335]*Vid.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, "Overwiew 1959-2013 ECHR", Unidad de Relaciones Públicas, Febrero 2014, http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592013_ENG.pdf.

Estado. Son elegidos por un mandato no renovable de nueve años. Ahora bien, en lo que respecta a la independencia y autonomía en la toma de sus decisiones, la Corte señala que si bien son elegidos a título de un Estado, ellos forman parte del Tribunal a título personal y no representan a su Estado. Son totalmente independientes y no pueden ejercer ninguna actividad incompatible con su deber de independencia e imparcialidad.[336]Esto le brinda a los jueces la total libertad de poder decidir de acuerdo a su libre albedrío y procurar en todo momento el reconocimiento al principio *pro persona*, también llamado *pro homine*, el cual tiene como fin acudir a la norma más protectora y a preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al garantizar el ejercicio de un derecho fundamental.[337] Este principio tiene su origen en el derecho internacional de los derechos humanos y tiene como base los derechos inherentes a la persona, reconocidos por la conciencia jurídica universal, los cuales deben ser protegidos frente al accionar u omitir ilegítimos del Estado.[338]

Es importante señalar que el juez nacional no puede actuar como juez único en los asuntos contra el Estado a título del cual ha sido elegido, como una excepción puede ser invitado a participar en el Comité. Pero siempre formara parte del Tribunal cuando esté sesione en la Gran Sala o en Sala.

2. Funcionamiento

En lo referente a la composición del Tribunal dependiendo del asunto que se trate, éste puede ser de cuatro maneras diferentes:

1. Un juez único decide sobre las demandas manifestantes inadmisibles;
2. Un comité de tres jueces puede pronunciarse por unanimidad sobre la admisibilidad y el fondo de un asunto sobre el que ya exista jurisprudencia consolidada;
3. Sala de siete jueces que se pronuncia por mayoría, la mayor parte de las veces sobre la admisibilidad y el fondo del asunto y;

[336]*Vid.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, "El TEDH en 50 preguntas", Unidad de Relaciones Públicas, Julio 2012, http://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_SPA.pdf.
[337]*Vid.* CASTILA, Karlos, "El principio pro persona en la administración de justicia", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* México, núm. 20, enero-junio de 2009, *http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/ard/ard2.htm.*
[338]*Vid.* HENDERSON, Humberto, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José Costa Rica, núm. 39, p. 90.

4. La Gran Sala de diecisiete jueces puede ser convocada a pronunciarse sobre un asunto, esto solo sucede cuando una Sala se inhibe a su favor o cuando una solicitud de reenvío es aceptada. [339]

Para entender más a fondo el funcionamiento de la Corte, es necesario desglosar a las unidades que la conforman; iniciando por la sección la cual es una entidad administrativa que se compone por un Presidente, un Vicepresidente y varios jueces. El Tribunal se integra por cinco Secciones dentro de las cuales se constituyen las Salas. Por su parte la Sala se compone del Presidente de la Sección a la que el asunto ha sido atribuido; del juez nacional, que es el juez elegido a título del Estado contra el que se ha presentado la demanda y de otros cinco jueces designados por el Presidente de la Sección, gracias a un sistema de rotación.

La Gran Sala se forma con el Presidente del Tribunal, de los Vicepresidentes, de los Presidentes de las Secciones, del juez nacional y de jueces elegidos por sorteo. Los jueces que hayan formado parte de una Sala que haya dictado una sentencia no pueden formar parte de la Gran Sala que decida sobre el asunto reenviado.

Es importante remarcar el hecho que la Gran Sala solo puede decidir en dos supuestos: como consecuencia de un reenvío y consecuencia de la inhibición de una Sala. Lo primero se explica cuando una Sala dicta una sentencia y las partes en el caso pueden solicitar el reenvío del asunto ante la Gran Sala, dicha solicitud será admitida en algunas ocasiones solamente. Es el colegio de la Gran Sala quien decidirá si se aceptará o no el reenvío para un nuevo análisis.

Lo segundo se puede presentar en caso de que la Gran Sala deba decidir, ya que la Sala que llevaba el asunto tuvo que inhibirse de conocerlo por ser considerado una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos o si pudiera existir el riesgo de contradicción con una sentencia previamente dictada por el Tribunal.

Así como una sala puede inhibirse de conocer de un caso, también un Juez puede y debe abstenerse de un asunto cuando hubiera conocido de él, en alguna etapa previa al procedimiento, por lo que debe ser reemplazado por otro juez o un *juez ad hoc*[340] si se trata del juez nacional. De forma concreta la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es decidir sobre las alegaciones de violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos a

[339] *Ídem.*

[340] Es aquel juez nombrado por el Gobierno demandado para decidir en los asuntos en los que el juez nacional no puede hacerlo por incapacidad, inhibición o dispensa.

partir de las demandas individuales o interestatales, las cuales cabe señalar no puede decidir la Corte de oficio.

3. Procedimiento

El procedimiento de demanda ante el Tribunal Europeo tiene ciertas características que son necesarias conocer a fin de llevar a cabo en forma correcta la presentación del caso; iniciando con las dos diferentes demandas que se pueden interponer, la individual[341] y la interestatal.[342] Dichas demandas deben presentarse contra uno o más Estados Parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos; quedando claro que una demanda contra un tercer Estado o en contra de un particular no será admitida.

La demanda puede interponerse de manera directa por el particular agraviado sin necesidad de un abogado tan solo llenando el formulario de demanda correctamente y anexando los documentos que se requieran. El Tribunal tiene la obligación de registrar la demanda, sin importar si al avanzar el procedimiento sea admitida o no. Es necesario señalar que al progresar el caso se vuelve necesaria la asistencia de un abogado, el cual presentará las observaciones pertinentes y brindará una mayor seguridad a la persona afectada.

Las etapas del procedimiento ante el Tribunal son dos: la de admisibilidad y la de decisión sobre el fondo del asunto. Se puede declarar la inadmisibilidad de la demanda[343] desde el principio, si el juez único así lo considera. Los Comités son los encargados de dictar sentencia definitiva en aquellos asuntos en los que ya exista jurisprudencia del mismo Tribunal ya consolidada.

---

[341]Demanda presentada por un individuo, un grupo de individuos o una organización no gubernamental que estima que sus derechos han sido violados.

[342] Demanda interpuesta por un Estado parte contra otro Estado Parte del Consejo de Europa, por una presunta violación de derechos.

[343] Los requisitos de admisibilidad son: 1. Antes de acudir al Tribunal, el demandante debe haber agotado todos los recursos internos de su país, esto significará llegar a la última instancia competente y permitirle al Estado reparar el daño por sí mismo; 2. Invocar uno o más derechos enunciados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; 3. El Tribunal debe recibir la demanda en un plazo de seis meses desde el pronunciamiento de la última sentencia interna; 4. El demandante debe ser víctima personal y directa de una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos; 5. La demanda debe ser interpuesta contra alguno de los Estados Parte del Convenio y no contra otros Estados o contra un particular.
Vid. GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *El problema del previo agotamiento de los recursos internos en el derecho internacional*, Derecho Internacional temas selectos, 5ª ed., México, UNAM, 2008, p. 263.

Las Salas comunican el asunto al Gobierno demandado para que esté presente observaciones, por lo que se lleva a efecto el intercambio de observaciones entre el demandante y el Estado demandando. Entonces le corresponde a la Corte decidir si se da vista a la demanda; para finalizar en la Sala que dictará una sentencia que será definitiva solamente cuando transcurra el plazo de tres meses, durante el cual el demandante o el Estado demandado pueden solicitar el reenvío a la Gran Sala, cuyas sentencias son definitivas.

Existen varios Estados Parte que se han reusado a cooperar con el Tribunal como se ha comentado anteriormente[344], en este caso, el Tribunal a través de la Gran Sala puede condenar a ese Estado por violación del artículo 38 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual estipula la obligación de proporcionar las facilidades necesarias para el examen del asunto.

4. Decisiones y Sentencias

La protección de los Derechos Humanos en el ámbito europeo no solo recae en la Institución que los protege y el procedimiento que lleva a cabo para esto; como figura protagónica se encuentran las decisiones y sentencias que emite. Las decisiones son generalmente dictadas por un Juez único, un Comité o una Sala y versan únicamente sobre la admisibilidad de la demanda. Por su parte las Salas también llevan un estudio de la admisibilidad y del fondo, lo que resulta en las sentencias. Pero cuando la Corte ha dictado una sentencia surge uno de los principales problemas que tienen los Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos,[345] la obligatoriedad de la sentencia.

El artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos señala: *"las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sea parte"* aludiendo directamente la obligatoriedad sin esclarecer el alcance concreto del compromiso. Por esto el Convenio de Roma, contiene cláusulas relativas a la obligatoriedad en la ejecución de las sentencias en el derecho interno de los Estados y estipula al órgano

[344]*Vid.* MORTE-GOMEZ, Carmen, *"El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: crisis del sistema e intentos de solución"*, en Pérez Tremps, Pablo y Abad Yupanqui, Samuel (comp.), *La Reforma del Proceso de Amparo: la experiencia comparada*, Palestra edit., 2009.

[345]*Vid.* Sistemas regionales de derechos humanos, *Guía para el uso del derecho internacional de los derechos humanos y de los mecanismos para defender los derechos humanos de las mujeres*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2000. *http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/3_d_h_mujeres/14/4.pdf.*

europeo encargado de vigilar esta ejecución. De acuerdo con el Tribunal Europeo existen Estados Parte como la Federación de Rusia, que constantemente presenta problemas al acatar las sentencias

En este contexto el Comité de Ministros del Consejo de Europa es el órgano de supervisión del cumplimiento de dichas sentencias,[346] el cual pone especial atención a la *satisfacción equitativa*[347]del demandante y establece la manera de ejecutar la sentencia y de prevenir cualquier violación similar al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Al contar con la sentencia emitida por el Tribunal Europeo, cualquiera de las partes del caso, pueden solicitar a la Secretaría que se interpreté la sentencia, solamente en el transcurso del año siguiente a que se haya dictado y será facultad de la Sala que conoció originalmente de la demanda decidir si rechaza la solicitud por considerar que no existe motivo para estudiarla. En caso de que la Sala decida aceptar la solicitud, la Secretaría solicitará a las partes que presenten sus observaciones por escrito y el Presidente de la Sala fijará una fecha para que se lleve a efecto la audiencia; y nuevamente ésta se pronunciará a través de una sentencia.

Otra situación que puede presentarse y a la que tienen derecho las partes, es a la revisión de su sentencia, la cual se solicita igualmente a la Secretaría solamente en el caso de descubrirse un hecho desconocido por el Tribunal, en el momento en que la sentencia fue dictada y de la cual la parte no tenía conocimiento. Dicha solicitud debe realizarse en los seis meses siguientes al momento en que la parte tuvo conocimiento del hecho. Si la Sala no rechaza la solicitud, el Presidente de la misma, fijará una fecha para celebrar la audiencia, una vez que la Secretaría notifique a las partes para que presenten por escrito sus comentarios y observaciones; nuevamente la Sala se manifestará con una sentencia.

De igual manera se puede presentar el caso ya sea por iniciativa del Tribunal Europeo o por solicitud de una de las partes de rectificar errores cometidos en las sentencias, esto en el lapso de un mes contado a partir de la fecha de la decisión o sentencia. Un ejemplo claro se encuentra en el caso *Lautsy Vs. Italia*[348], mejor conocido como el "caso de los crucifijos" en el cual el Tribunal emitió su sentencia el 3 de Noviembre de 2009 y con quince votos a favor y

---

[346] *Vid*. CANÇADO TRINDADE, Antônio, "El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos"; mayo 2015, pp.491, *http://vlex.com/vid/condiciones-oacute-interamericano-56951716.*

[347] Cuando el Tribunal condena a un Estado y constata que el demandante ha sufrido un perjuicio, se concede una satisfacción equitativa, esto es, una suma de dinero a título de compensación por los daños y perjuicios sufridos.

[348]TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Asunto Lautsi y Otros c. Italia*, 18 de Marzo de 2011, *http://www.echr.coe.int/echr/resources/hudoc/lautsi_and_others_v__italy.pdf.*

dos en contra la Gran Sala decidió rectificar la sentencia el 18 de Marzo del año 2011 señalando que el Estado Italiano no infringe el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Si alguna de las partes en este caso o en cualquier otro caso presentado requiriera una opinión consultiva[349] es responsabilidad del Tribunal analizarla, por lo que el Presidente de la Corte decidirá la fecha para celebrar la audiencia, durante las cuales las partes exponen sus comentarios. Si la Corte rechaza la solicitud, por considerar que no se encuentra dentro de su competencia consultiva, deberá dar el razonamiento de su decisión.

Conclusión

El Sistema Europeo de Derechos Humanos es una gran maquinaria de instrumentos internacionales que protegen a los más de 800 millones de ciudadanos residentes de los Estados Parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dentro de este sistema se encuentran protegidos ampliamente toda clase de derechos humanos, los cuales conforme se va transformando el mundo y la sociedad se van adaptando los instrumentos a las necesidades que se presentan, y claro esta se amplían en su contenido y cantidad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el encargado de promover y procurar la aplicación de los derechos humanos, así como investigar y sancionar sus posibles violaciones. Para lo anterior, como se explicó existe un mecanismo de funcionamiento al interior de esta institución, siempre buscando la atención oportuna a las demandas y la eficacia en sus sentencias.

Bibliografía

Carpizo, Jorge, *Derechos Humanos y Ombudsman*, 2a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 189. Chícharo Lázaro, Alicia, El principio de subsidiariedad en la Unión Europea, España, Aranzadi, 2001, p.35.

Del toro huerta, Mauricio Iván, *El principio de subsidiaridad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2496/7.pdf.*

Gómez-robledo verduzco, Alonso, *El problema del previo agotamiento de los recursos internos en el derecho internacional*, Derecho Internacional temas selectos, 5ª ed., México, UNAM, 2008, p. 263.

López Garrido, Diego, "La protección estatal e internacional de los Derechos Humanos", en López Garrido, Diego y Massó Garrote, Marcos Francisco (comp.), *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, España, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 196.

Montero Coto, Marisol, *El juez ad hoc y la protección internacional de los Derechos Humanos: la posición de la víctima frente a la composición de la Corte Interamericana*, Saarbrucken, Editorial Académica Española, 2012, pp. 59.

[349] Las opiniones consultivas se emiten mediante voto mayoritario de la Gran Sala, mencionando el número de jueces que constituyen mayoría. Están se leen durante una audiencia pública, previa notificación al Comité de Ministros y a la partes. La Secretaría envía a las partes, a la Secretaría General del Consejo de Europa y a dicho Comité una copia de las opiniones emitidas.

Morte-gomez, Carmen, *"El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: crisis del sistema e intentos de solución"*, en Pérez Tremps, Pablo y Abad Yupanqui, Samuel (comp.), *La Reforma del Proceso de Amparo: la experiencia comparada*, Palestra edit., 2009, p. 362-363.

Nikken, Pedro, *La protección internacional de los Derechos Humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, Ed. Civitas, 1987, pp. 153.

Quintana Roldan, Carlos y Sabido Peniche, Norma, *Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2006, pp. 195.

Villarino pinto, Eduardo, *La construcción de la Unión Europea*, Arco/Libros, Madrid, 1996, p.62.

Artículos

Cançado Trindade, Antônio, "El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos"; mayo 2015, pp.491, *http://vlex.com/vid/condiciones-oacute-interamericano-56951716.*

Castila, Karlos, "El principio pro persona en la administración de justicia", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 20, enero-junio de 2009, *http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/ard/ard2.htm.*

Guerrero mayorga, Orlando, El derecho comunitario: concepto, naturaleza y caracteres, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2005, *http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.2/pr/pr19.pdf.*

Henderson, Humberto, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José Costa Rica, núm. 39, p. 90.

Islas Colín, Alfredo, "Corte Europea de los Derechos Humanos", *Amicus Curiae*, México, 2009, núm. 4, pp. 5. *http://www.journals.unam.mx/index.php/amicus.*

Peirano basso, Jorge, "La Carta Social Europea", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 6, 1987, *http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/6/dtr/dtr3.pdf*

Fuentes de Información

Agencia de los derechos fundamentales de la unión europea, "Manual de legislación europea contra la discriminación", Consejo de Europa, 2010, *http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discri_law_SPA.pdf.*

Consejo de la unión europea, "Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones relativas al texto completo de la Carta", Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Diciembre 2010, *http://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/norm/Carta_DerechosFunUE.pdf.*

Morte-gomez, Carmen, "Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Modificaciones en el procedimiento y requisitos de admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo n° 14", *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, revisada el 2 de Octubre de 2014, *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31139.pdf.*

Tribunal europeo de derechos humanos, "El Tribunal en breve", Unidad de Relaciones Públicas, *http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_SPA.pdf.*

Tribunal europeo de derechos humanos, "Overwiew 1959-2013 ECHR", Unidad de Relaciones Públicas, Febrero 2014, *http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592013_ENG.pdf.*

Tribunal europeo de derechos humanos, "El TEDH en 50 preguntas", Unidad de Relaciones Públicas, Julio 2012, *http://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_SPA.pdf.*

CAPÍTULO X. IDEAS SIMPLES SOBRE EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

Javier Rojas Wiemann*

SUMARIO:

I. Introducción. II. La sociedad de la información y del conocimiento. III. La intimidad de las personas versus la informatización. IV. La libertad de expresión y la democracia en internet. V. el tráfico de los datos personales y la autodeterminación informativa. Conclusiones.

RESUMEN:

Definitivamente las tecnologías para el ser humano desde siempre representaron una alternativa de vida más cómoda y digna, pero significativamente en este último siglo las mismas acapararon gran parte de la rutina diaria de las personas, al punto que no son pocos los que miran perplejos estos avances. Coincidentemente o no, la lucha por los derechos humanos también ha importado adelantos extraordinarios en poco más de cuatro o cinco décadas, si bien queda mucho camino por recorrer.

Ahora, este trabajo aborda estas dos cuestiones y desde nuestra perspectiva las mismas se encuentran muy entrelazadas al punto que el uso de las tecnologías actualmente vulnera derechos humanos como la intimidad de las personas, la libertad de expresión y el tratamiento de datos privados. Arribamos en líneas generales a la conclusión que existe una marca injerencia de esos avances sobre los derechos de las personas y ni bien descubiertas e individualizadas las mismas, son requeridas prontamente las soluciones correspondientes.

PALABRAS CLAVES: tecnologías, derechos humanos, intimidad, libertad de expresión, tratamiento de datos.

ABSTRACT:

Definitely technologies for human beings has always represented an alternative to more comfortable and dignified life, but significantly in the last century the same monopolized much of the daily routine of the people, to the point that there are few who look puzzled these advances . Coincidentally or not, the struggle for human rights has also imported extraordinary progress in just over four or five decades, although much remains to be done. Now, this work addresses these two issues and from our perspective the inventories are too intertwined to the point that the use of the technologies currently violates human rights such as individual privacy, freedom of expression and the treatment of private data. Generally arrive at the conclusion that there is an interference of these developments mark on the rights of people and not well individualized discovered them, they are quickly required the corresponding solutions.

KEYWORDS: technology, human rights, privacy, freedom of expression, data processing.

I. INTRODUCCIÓN

Nuevamente mi agradecimiento al Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano, denodado jurista a quien lo recordamos con mucho aprecio en nuestro país y particularmente en mi ciudad, Encarnación. También corresponde toda gratitud a los organizadores de la XVI Jornada

* Abogado litigante. Egresado de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Campus Itapúa. Miembro del Instituto Itapuense de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Asociación de Abogados de Itapúa, de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Autor de varias publicaciones. Correo electrónico: jrw@sanagustin.com.py. Twitter: @JavierRojasWiem

Internacional de Derecho Procesal, de la III Jornada Internacional de Derechos Humanos y de la 4ª Olimpiada Estudiantil de Derechos Humanos, que se celebra en Tabasco, México.

El presente es un relato a grandes rasgos de las actuales injerencias de las tecnologías en el ámbito de los derechos humanos, en particular afectando la *intimidad* de las personas, la *libertad de expresión,* el *tratamiento de la información,* entre otras, siendo las citadas las que abordaremos.

Sin dudas que los avances e impactos en las ciencias, las tecnologías y la informática han derribado por tierra cualquier posibilidad que tenía el ser humano de mantener incólume su *privacidad,* por lo que los resguardos jurídicos a ese efecto deben hacerse sentir de inmediato, a fin de establecer contrapesos prominentes contra tales abusos derivados de políticas de estado en algunos casos, y en otros, de intereses sectarios de particulares.

Si lo referido primeramente tiende a un factor negativo de las modernas tecnologías, lo segundo compensa, haciendo mía la frase de una de cal y una de arena. La *libertad de expresión* ha encontrado su mejor perfil en uno de los mayores medios de interconexión e interacción existentes en la actualidad, que es justamente Internet. La libertad, hasta descontrolada en algunos casos, y en otros inexistentes o por lo menos supeditada al visto bueno del gobierno, del uso de los servicios brindados por la red de redes, ha mostrado un pintoresco respaldo por el respeto del derecho de cada persona de expresarse, si bien la sombra seguida a esa apertura también mostró desajustes que en muchos casos fueron perjudiciales, en especial en cuanto al anonimato en las redes de comunicaciones.

Por último, en esta ocasión nos adentraremos en el *tratamiento de datos* y la *autodeterminación informativa,* conceptos muy modernos que surgieron justamente por la automatización de la información, su recolección y almacenamiento, y el uso que ciertas corporaciones las han dado con diferentes fines.

No desconoceremos que los tiempos han variado considerablemente y las rutinas del hombre fueron adecuándose a los cambios presentados, intentando el mismo sobrevivir a los constantes ataques que de uno u otro lado sufre a menudo, todo ello con el objetivo de coartar su libertad o de lograr determinado control sobre la voluntad, acaso lograda con las sugerencias digitadas en las redes de compra y venta de productos, direccionamientos específicos en cuanto al conocimiento que forma el sistema del perfil de cada usuario, y en fin, la lista es bastante larga. La sociedad industrial pasó a un nuevo nivel.

II. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DEL CONOCIMIENTO

Los juristas refieren del tránsito de la era industrial a la de la información en esta sociedad contemporánea, agregando que nuestra economía se ha convertido en una economía de la información[350]. Sostienen que de la etapa del capitalismo financiero se ha pasado al capitalismo informacional y digital, también llamado "capitalismo del conocimiento", ya que su sistema de producción, circulación y acumulación de conocimiento tiene un carácter digital y concluyen que las nuevas materias primas no son sólo los datos, sino que se trata de una nueva economía de conocimientos.

En el género, recuérdese que la mayoría de las grandes economías y consecuentemente las principales urbes, vivía el auge de la sociedad industrial, que a partir de los años sesenta comienza con un planteamiento distinto y un interés marcado en descifrar ese motor que ganaba espacio a través del intercambio de información.

Ubicado así en el tapete una visión novedosa pos industrial, perspectiva no aceptada unánimemente, las investigaciones siguieron, los planes advertían las variantes próximas y se apostaba hacia un resurgimiento de la sociedad o su continuidad. La complejidad de los avances y las ciencias permitieron recalcar que en paralelo no es solamente preocupante la simple creación o manipulación de la información, sino el tratamiento que de ella se realiza.

Para nosotros[351] a la sociedad de la información hay que entenderla primeramente desde el ser humano, punto cardinal y a partir de allí, seguir el progreso que el mismo desarrolla. La estructura requiere necesariamente la conectividad o interconexión del ser individual con otro y otros, pues de esa interrelación resulta el meollo de toda esta cuestión.

Recién en la interacción es cuando se produce un efecto que se llama el tratamiento de la información. Las maneras, los modos y las clasificaciones de ese sistema se irán determinando a medida que la interrelación sea mayor y más sofisticada si se quiere. El ser individual, el usuario se conecta con otros (no interesando el modo pero no puede negarse que las tecnologías han permitido la conectividad real y sin limitaciones) y estos otros a la vez con cientos, y los cientos con miles y millones.

---

[350] ALTMARK, D. R., & MOLINA QUIROGA, E. (2012). *Tratado de Derecho Informático.* Buenos Aires: La Ley, p. 1.

[351] ROJAS WIEMANN, J. (2012). *El derecho fundamental de la protección de los datos de carácter privado.* Encarnación: Fondo Editorial San Agustín, p. 204.

La sociedad de la información es la interrelación del ser individual y esto se debe a su naturaleza social. Podrá notarse así que la diferenciación que se procuró remarcar a través de los distintos estudios sobre el tema es lo atinente a lo que trasmite cada usuario: información. WIENER le otorga un valor a la misma, como una materia prima, mientras que KAPLAN recuerda cómo éstas se mueven instantáneamente y el impacto que con ello generan a distintos niveles y espacios. En la sociedad de la información la interacción es instantánea.

III. LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS VERSUS LA INFORMATIZACIÓN

De pronto el ser humano encuentra en el ciberespacio una inmensidad de herramientas, plataformas y aplicaciones que anteriormente no estaban al alcance de la mano y hoy, sin embargo, son incluso comercializadas al mejor postor. Estas modernas funcionalidades ejercidas por presión de infinidades de códigos y sistemas, absorben gran cantidad de información asentables como textos, datos, imágenes, sonidos, videos, entre otros.

Es decir, es ilusorio el pensamiento de aquel que se imagina ermitaño en la *sociedad de la información*, dado que la misma lo envuelve de distintos modos y poco a poco acapara toda su actividad rutinaria, como también a sus próximos, generando un polo interconectado en forma metódica, para extenderse a un nivel social mayoritario y total.

Ese panorama definitivamente dibujado en el marco sistemático que ofrece el ciberespacio, más su sistematización social de interrelación e interconexión, nos colocan frente a la problemática –pues ahora es considerado como una contrariedad- de la *intimidad.*

Digamos, sin la rigurosidad aplicada de la noción jurídica del término *intimidad*, que es el derecho fundamental de la persona que conjuga la construcción de una esfera, espacio privativo o reducto inderogable de libertad individual, el cual no debe ser invadido por terceros[352], y por lo mismo, debe ser ampliamente protegido. La *libertad* con lleva un fuero o recelo del ser humano por su *privacidad.*[353]

Dibujemos solo algunos esquemas más significativos de los modos invasivos a la *intimidad* como ejemplos prácticos. El primero en nuestra lista es el caso del *paparazzi* o fotógrafo de profesión o adicción, que buscando tomas fotográficas de personalidades hace hasta lo imposible, a peligrando muchas veces no solo su propia vida sino de la de otros. Este mismo

[352] EKMEKDJIAN, M. Á. & PIZZOLO, C. (1996). *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática.* Buenos Aires: Depalma, p. 7.
[353] ROJAS WIEMANN, J., (2012), p. 204.

carácter no solo hoy lo aplicamos al mundo público, sino también se ha instalado en el ámbito común, en las escuelas, entre amigos, en el trabajo, centros sociales, etcétera.

Ayudado por las modernas tecnologías, las cámaras fotográficas logran excelentes capturas aún a una gran distancia del objetivo. Acosados por la obsesión del artista, no es posible escapar, vulnerándose de ese modo el *derecho a la intimidad.* Aclaremos que de acuerdo al perfil social y el efecto viral que determinadas imágenes toman en las redes sociales, cualquier persona puede ser objeto de estos actos indebidos, por lo que el peligro fue desplazado de las personalidades públicas a cualquier ser humano.

Otro modo de invasión a la intimidad de las personas es –y aunque no parezca real, pero sin duda acontece-, la pesquisa o husmeo de los basureros tecnológicos. De allí son extraídos grandes cantidades de informaciones que los utilizan para determinados fines, en especial el fraude o el timo. Las facturas digitales, correos electrónicos, redes sociales, formularios comunes autocompletados, son las fuentes más variadas y siempre contienen un cúmulo explícito de datos. Esta violación al fuero personal es para fines perseguibles en el ámbito criminal.

De antigua data son las escuchas telefónicas, también conocidas como *pinchazos,* que a raíz de los actuales avances mejoraron también ostensiblemente sus funciones y herramientas. Las cámaras de vigilancia han dado motivo para que los doctrinarios expongan docenas de páginas de argumentación constitucional y de las vulneraciones a los aspectos privados de las personas con estos medios. Las modernas grabadoras tienen mejores rendimientos, y la nanotecnología ayudó a que dispositivos que anteriormente eran de por si pequeños, hoy día sean por poco microscópicos.

Las redes sociales ofrecen otra modalidad de irrupción, algunas de ellas de tinte criminal. Separemos así dos hipótesis. Una, enfrascada en una mera intrusión o infiltración para extraer taxativos datos de un usuario, con fines meramente comerciales o publicitarios. Estos datos tienen valor de venta incalculable. La otra, la intromisión deliberada para forzar la voluntad del usuario o coaccionarlo. Esto ocurrió en varias oportunidades ante publicaciones de fotografías indecorosas en las redes sociales que fueron atrapadas por los beligerantes abusadores en forma ocasional o en otros casos, obtenidos deliberadamente ante la ingenuidad del usuario. Los más afectados son niños, jóvenes y ancianos, quienes ante la inexperiencia en

el uso de las tecnologías modernas, caen por curiosidad o ingenuidad ante las artimañas trazadas por estafadores, embaucadores o criminales con graves problemas sicológicos.

LÓPEZ y CIUFFOLI[354] explicaron que:

La cuestión de la privacidad vs. expansión de la red está lejos de ser resuelta puesto que el camino que conduce hacia la web personalizada y social que propone Facebook se encuentra estructuralmente en tensión con el resguardo de la privacidad de los datos de los usuarios y las publicaciones que realizan.

El Open Graph es tan potente como controversial, y de algún modo está forzando nuevamente los límites de la privacidad de la información y las conexiones de los perfiles. La alarma es que le proporciona a Facebook una gran cantidad de nuevos datos sobre los usuarios, que pueden ser aprovechados para vender y personalizar a las audiencias de terceros y del propio Facebook.

Siguiendo con la lista de modalidades de vulneración, otra bastante conocida es aquella generada por una supuesta red abierta de conexión a Internet y que sirve solamente para abrir todas las puertas del dispositivo del usuario a estafadores o criminales.

El acceso a la totalidad de los datos guardados en los dispositivos es entre otros, números telefónicos y correos electrónicos de contactos, fotografías propias, de familiares, amigos, y en algunos casos –según los denunciados últimamente en la Argentina-, imágenes y videos íntimos. La sugerencia en ese sentido es evitar conectarse a redes abiertas de Internet, inseguras y de dudosas procedencias.

Normalmente las personas que viajan procuran encontrar en las terminales de ómnibus o aeropuertos alguna conexión con certificación Wi-Fi. Por ello, los malintencionados aprovechan esto y habilitan en esos centros conexiones falsas o exclusivamente para la treta, pescando cuanto usuario ingenuo e inesperado se aparezca. Al momento, con una aplicación, absorben –literalmente- toda la información del dispositivo que se conecta por ese medio.

Las conexiones a Wi-Fi abiertas son muy peligrosas por ese motivo y la recomendación ronda a buscar sitios conocidos.

Está también por demás sobreentendido que un dispositivo móvil prácticamente es al mismo tiempo línea de comunicación (telefónica y por redes), base de datos de fotografías y videos,

[354] LÓPEZ, G. y CIUFFOLI, C. (2012), *Facebook es el mensaje. Oralidad, escritura y después.* Buenos Aires: La Crujía ediciones, p. 43.

navegador de Internet y con ello con acceso a diferentes sitios certificados, que si bien requieren contraseñas, los dispositivos los tienen habilitados, entre otra gran lista de informaciones privadas. Es por ello que la seguridad en el uso de estos modernos dispositivos es relevante para la privacidad de la persona.

También por citar, otra modalidad es la descarga de aplicaciones. Tanto en el computador como en los dispositivos móviles, bajar indiscriminadamente software, entre otras cosas (imágenes, videos, mp3, etcétera), trae aparejado espías, troyanos o *malware,* que su única función es rastrear las actividades del usuario.

Con el auge de filmación, grabación, fotografías, mensajes y otros ficheros que se almacenan tanto en los dispositivos móviles como en las computadoras personales, el descuido y posterior problema, remató de un modo casi impensado. Así, las ventas o trueques entre usuarios de teléfonos y otros dispositivos sin formatear o reconfigurar la memoria o ante la simple entrega a un técnico para reparaciones u otras cuestiones, hace pasible que los malintencionados extraigan la totalidad de esos ficheros, sin dificultad, aun cuando los mismos supuestamente fueron borrados de la unidad. Como se sabe, simplemente eliminar un fichero no significa que el mismo desaparezca, y con una aplicación de restauración, el archivo recupera su estatus anterior.

Lo mismo ocurre con los computadores que definitivamente almacenan muchísima información del usuario y peligran cuando son manipuladas por técnicos maliciosos. Con el tiempo recurriremos, por un problema de salud ante el médico de la familia, por un conflicto legal ante el abogado de confidencia y por dificultades con la computadora, pues ante el técnico de nuestra confianza, debido a la cantidad de información de carácter privado que en ellas se almacena sin ningún tipo de encriptación.

Por último, en esta oportunidad, citemos los casos en que la vulneración opera a través de una invitación y el usuario, también en forma inconsciente, accede a la requisitoria, brindando sus datos privados. Los ejemplos se suelen dar con los correos electrónicos y con las cuentas bancarias.

En cuanto a los correos electrónicos, en el buzón de entrada llega un correo de una persona que se identifica e indica que por una u otra razón (enfermedad o bondad), decide donar parte de su fortuna y el destinatario ha resultado el beneficiario de ese encargo, con la única

condición que le envié algunos datos personales como el número de su tarjeta de crédito o débito u otros. El timo se verificó en varias oportunidades.

En lo que se refiere a las cuentas bancarias, de pronto llegan al buzón de entrada correos que emulan a un banco de plaza con la información detallada de los ajustes que la supuesta institución realiza y que por tanto, a fin de verificar su cuenta corriente, debe facilitar dichos datos. El timo, de ese modo, también se verificó –lamentablemente- en muchas ocasiones.

En el trajín diario, los usuarios que reciben y envían cientos de correos a la semana, en momentos dejan de examinar la fuente del requerimiento, respondiendo al pedido sin más.

IV. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA DEMOCRACIA EN INTERNET

Sin lugar a dudas que una de las mayores libertades del ser humano es la de expresarse y hasta ante de la existencia de estos modernos medios, pues estaba supeditado al capricho propio de los canales existentes, a saber un tabloide, la radiodifusión o la televisión.

En la *sociedad* donde las redes de intercomunicación acapararon todos los medios citados y a la vez constituye una maquinaria eficiente de interrelación, interactividad y transmisión masiva de datos, la *libertad de expresión* encontró como nunca antes, verdaderamente un conducto infranqueable.

Internet ofrece muchas aplicaciones para el efecto, desde servicios básicos y comunes como lo son las páginas o sitios Web, blogs, foros, chat, correo electrónico, y otros, hasta algunos muchos más técnicos y complejos, como lo son los canales de transmisión en determinados sitios, las videoconferencias, las interconexiones satelitales para difusión de contenidos, el social media, entre otras.

Fueron instalados varios sitios públicos en la Web, con servicios gratuitos de recolección de firmas, o de peticiones, también para la organización de propuestas, manifestaciones e incluso, las mismas redes sociales sirven para los mismos fines.

Las personas encuentran en estos servicios mecanismos sencillos para expresarse, de diferentes modos y en tal sentido, Internet como un servicio insubordinado, ha sido controlado en pocos países.

Dos problemáticas hemos hallado a la pasada a este respecto. Una de ellas en el descontrol, dado que también muchos excesos fueron cometidos con estas herramientas y de tal modo los derechos de muchas personas fueron vulnerados. La otra, es el anonimato.

Respecto a lo primero, hasta ahora lo que conocemos por la difusión de los organismos respectivos, es que tanto particulares como aquellas personalidades públicas han instado la persecución de lo que consideraron agravios contra su imagen, honor o reputación, y así recayeron varias resoluciones judiciales imputando la difamación, calumnia o injuria. Un caso en concreto afectó a dos postulantes a la intendencia de un municipio de nuestro país en el que la candidata perdidosa escribió en las redes sociales una serie de acusaciones contra la reputación de su contrincante electoral, a lo que el mismo la denunció ante el Ministerio Público y obtuvo luego de un proceso judicial la condena contra la denunciada.

La segunda problemática tiene más bien que ver con la actuación maliciosa de quienes conociendo las funciones de estos sistemas de difusión masivos de informaciones, como por ejemplo el caso de las redes sociales, crean perfiles falsos al solo efecto de agredir a ciertas personas o extraerles datos.

En el ámbito del acoso estudiantil por estos medios, el flagelo se ha convertido en una epidemia con tristes resultados, produciendo hasta incluso el suicidio de jóvenes, víctimas de estos libertinajes incontrolables.

Debe tomarse en cuenta que la macro difusión a través de estos medios de ciertos datos, como por ejemplo imágenes, es de tal talante que no tiene parangón. De allí, en el caso concreto de la imagen privada de una persona, o videos, o cualquier otro tipo de multimedia que contenga información íntima y personal, que llegue al alcance de un usuario que publique o divulgue la misma, automáticamente la distribución es expansiva, y el esparcimiento del dato es inquietante. Anteriormente, cuando la *difamación* ocurría en un medio de prensa como el periódico, pues en parte basta que en el mismo medio sea publicada la rectificación respectiva, pero hoy día, con la transmisión de multimedios por los diferentes tipos de dispositivos móviles y las redes sociales, ello causa un daño irremediable, pues no existe manera de evitar la franca propagación.

Pero lejos de esos cuestionables usos que en cada comunidad son infelizmente consumadas, el perfil fastuoso de la concreción de este derecho vislumbra grandes conquistas como ya mencionamos.

El Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas el 29 de junio del año 2012, según A/HRC/20/L.13, afirmó que los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, en particular la libertad de expresión, que es aplicable sin

consideración de fronteras y por cualquier procedimiento que se elija, de conformidad con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

V. EL TRÁFICO DE LOS DATOS PERSONALES Y LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

El tratamiento de datos consiste en la recolección, almacenamiento y posterior difusión de la información de las personas, circunspecto ello a cualquier área o ámbito de la rutina diaria del ser humano o de los entes de existencia ideal. En ese tren, existe un amplio banco de datos de los hospitales clínicos sobre la salud de aquellos que son atendidos en dichas dependencias, con datos que hacen referencia desde su fecha de nacimiento, intolerancias o alergias, hasta el último medicamento recetado, diagnósticos médicos o la atención recibida.

O en el fuero comercial, donde la información crediticia tiene diferentes métodos de emulación, como las centrales de riesgo, el informe financiero, la situación patrimonial o de adeudamiento, la lista de demandas judiciales, o de actividades en situación de mora, entre otras.

Vale decir, una gran cantidad de información de las personas al servicio del que tiene por un lado la destreza y capacidad para el tratamiento, como también por el otro, la infraestructura para ajustarse a rendimientos básicos de efectividad para sus propios fines.

Ante este devorador de los derechos fundamentales de las personas, como el de la *intimidad* y la *privacidad*, no existen hasta hoy día sistemas eficientes de control y por el contrario, a estas alturas el leviatán tiene innumerables cabezas.

Al inicio de estas notas hemos explicado la razón de esto. El *"dato"* es la materia prima de tratamiento en esta era de la revolución técnica y de la Sociedad de la Información, por lo que a partir de allí es comprensible el interés que las grandes corporaciones muestran sobre el mismo.

Los *datos personales y sensibles* de las personas, son otra faceta de la *privacidad* y la *intimidad*, rol que refleja en cuanto a su protección el resguardo ante cualquier intromisión indebida o ilegítima. El ser humano, en la *aldea global*, no debe ser aplastado por el enorme monstruo de las comunicaciones alimentada por la informática. La protección jurídica lucha a fin de soportar las diversas embestidas, salvaguardo esos derechos de las personas.

La Corte Suprema de Justicia[355] expresó que el objeto de la protección jurídica no se circunscribe exclusivamente a los *datos íntimos,* sino a cualquier dato personal, pudiendo extenderse hasta a los datos de carácter público, emanando el derecho fundamental para hacer efectiva el control de sus datos, evitar el tráfico, poder disponer de los mismos o conocer la finalidad del tratamiento.

Surge así la autodeterminación informativa, respondiendo a las interrogantes de lo que quiero que se publique de mi persona, cuándo, dónde, en qué entorno, y con qué finalidad. La fuente de esto lo encontramos en el conocido fallo del Tribunal Constitucional Alemán, del 15 de diciembre de 1983, que declaró inconstitucionales algunos artículos de la Ley del Censo de la República Federal Alemana, y que en líneas generales expuso:

> …las limitaciones de este derecho a la "autodeterminación informativa" sólo son admisibles en el marco de un interés general superior y necesitan un fundamento legal basado en la Constitución, que debe corresponder al imperativo de claridad normativa inherente al Estado de Derecho
> ...en la clave de bóveda del ordenamiento de la Ley Fundamental se encuentra el valor y la dignidad de la persona, que actúa con libre autodeterminación como miembro de una sociedad libre [...] El derecho general de la personalidad [...] abarca [...] la facultad del individuo, derivada de la autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida [...]: la libre eclosión de la personalidad presupone en las condiciones modernas de la elaboración de datos de protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos concernientes a la persona.
> El derecho fundamental garantiza, en efecto, la facultad del individuo de decidir básicamente por sí solo sobre la difusión y utilización de sus datos personales.
> […] la elaboración automática de datos [...] ha [...] ensanchado en una medida hasta ahora desconocida las posibilidades de indagación e influencia susceptibles de incidir sobre la conducta del individuo, siquiera sea por la presión psicológica que supone el interés del público en aquélla [...] La autodeterminación del individuo presupone [...] que se conceda al individuo la libertad de decisión sobre las acciones que vayan a realizar o, en su caso, a omitir [....] El que no pueda percibir con seguridad suficiente que informaciones relativas a él son conocidas en determinados sectores de su entorno social y quien de alguna manera no sea capaz de aquilatar lo que puedan saber de él sus posibles comunicantes puede verse sustancialmente cohibido en su libertad de planificar o decidir por autodeterminación [...] Quien sepa de antemano que su participación, por ejemplo, en una reunión o iniciativa cívica va a ser registrada por las autoridades y que podrán derivarse riesgos para él por este motivo renunciará

[355] Corte Suprema de Justicia (2010). *Protección de datos personales.* Asunción: División de Investigación, Legislación y Publicaciones, p. XII.

> presumiblemente a lo que supone un ejercicio de los correspondientes derechos fundamentales...[356]

De este modo un dato carente en sí mismo de interés puede cobrar un nuevo valor de referencia y, en esta medida, ya no existe, bajo la elaboración automática de datos, ninguno "sin interés".

En particular lo que hasta hoy día ha generado mucho escozor es el tratamiento de datos y su difusión por parte de empresas dedicadas a asistir a entidades financieras y bancarias, ya sea a través de informes de la situación patrimonial, solvencia o insolvencia, demandas o reclamos, inhabilitaciones, entre otras, que desde cierto ángulos legales son permitidos. También aquellos banco de datos de los pacientes

Sin embargo, cuando no están muy claras las diferenciaciones entre datos privados personales de contenido patrimonial y los datos sensibles, o aún si existe la distinción pero no es respetada por los encargados del tratamiento, pues emergen las vulneraciones a los derechos de las personas.

CONCLUSIONES

Una de las redes sociales más conocidas y aceptadas por los usuarios desde hace varios años viene introduciendo dentro de sus fórmulas de funcionalidad un microsistema capaz de recolectar distintos aspectos de los usuarios.

Así, con esa aplicación el sistema eleva constantemente un informe detallado de las preferencias de los usuarios y la recolección comprende en líneas generales el tratamiento de todo ese caudal de confidencias para bifurcarlos en sectores, estadísticas, ubicación, rangos de ofertas de productos o de preferencias, entre otras muchas alternativas.

Esto es gracias a lo señalado en los últimos dos párrafos, el rédito final que es el resultado de la comercialización desbordada comprende la función de implantar –por ejemplo- en venta un producto determinado en un lugar definido precisamente y a quienes realmente son candidatos potables para que de ese modo la publicidad esté eficientemente dirigida a los usuarios elegidos. El éxito del servicio no tiene parangón, pues ni la radiodifusión ni mucho menos la televisión ha podido igualar una concreción tan particularizada como la explicada precedentemente.

Ahora, el cuestionamiento que surge a raíz de estas injerencias es si no estarían de ese modo afectando derechos fundamentales de las personas, y un poco más lejos en ese razonamiento,

[356] Ley del Censo de la República Federal Alemana

sí a qué más debemos atenernos en cuanto a la manipulación de las tecnologías contra la *intimidad*, la *libertad de expresión* y la *autodeterminación informativa.* Qué es lo que aparte de todo esto saltará de la inventiva de los genios informáticos que procurando mejores servicios, más cómodos y con mayor experiencia, en realidad abren –quizás a veces sin saberlo- más que puertas, debilitan paredes enteras que deterioran antiquísimos derechos protegidos.

Las herramientas propias que esos mismos sistemas contienen de resguardo no son conocidas por todos. Además, su funcionalidad nunca es totalmente aprobada, y prueba de ello es que a diario escuchamos las vulneraciones a sistemas y banco de datos de grandes compañías y empresas, donde la materia predilecta de valor por los *hackers* son los datos privados de las personas.

Es por ello que la preocupación surge en estos foros, siendo conscientes que a las ciencias jurídicas corresponderá establecer las normativas adecuadas a fin de asegurar y evitar vulneraciones indebidas.

Tampoco es nuestro interés teatralizar estas hipótesis para llegar al extremo del desatino ante estas herramientas que bien utilizadas brindan grandes servicios a toda la comunidad.

El conocido autor PÉREZ LUÑO[357] hace mención a ese respecto del *síndrome de la pecera* haciendo alusión a la psicosis que aqueja a los ciudadanos de vivir en una casa de cristal en las que todas las acciones pueden ser contraladas y agrega:

Internet implica, por tanto, el riesgo de un efecto multiplicador de los atentados contra derechos, bienes e intereses jurídicos. Su potencialidad en la difusión ilimitada de imágenes e informaciones la hace un vehículo especialmente poderoso para perpetrar atentados criminales contra bienes jurídicos básicos como la intimidad, la imagen, la dignidad y el honor de las personas, la libertad sexual, la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores, la seguridad nacional y el orden público. Internet ha abierto nuevas y preocupantes posibilidades operativas a los sistemas de control social y político.

Las tutelas únicamente emanarán del simposio jurídico, primeramente con la promulgación de las leyes de protección que en gran medida cuentan sus fuentes principales en las Normas Fundamentales de nuestros países. En el caso particular del Paraguay, la Constitución es relativamente nueva y sumó a su carta de derechos fundamentales no solamente la protección

[357] PÉREZ LUÑO, A. (2003). *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?* Barcelona: Gedisa, p. 96.

de la privacidad e intimidad de las personas, sino también otros más, como la *libertad de expresión* y *de prensa*, y considerando el tiempo en que la misma vio la luz, en el año 1992, recogió la *garantía constitucional* del *habeas data*, proceso que hoy día cumple una función primordial para la *autodeterminación informativa.*

Reiteremos que los tiempos de forjamiento y evolución de la informática y sus efectos en pro y en contra de los derechos de las personas, dista mucho de lo que requiere el Poder Legislativo para su estudio, análisis y dictado de una legislación ajustada a las exigencias en esos trastos, e incluso podríamos afirmar que una vez sancionada dicha normativa, es posible que la misma en ese transcurso pierda vigencia, dada la excesiva dinámica de los avances modernos.

Entonces sopesan grandes desafíos para los operadores jurídicos en este ámbito, que aguardamos con ansias debatirlos conforme a las diferentes transformaciones que sucedan y en tal hipótesis que la inserción de las modernas tecnologías de la información y la comunicación nos sorprendan de modo alguno.

Mi pequeña contribución está dada.

BIBLIOGRAFÍA

Altmark, D. R., & Molina Quiroga, E. (2012). *Tratado de Derecho Informático*. Buenos Aires: La Ley.

Ekmekdjian, M. Á. & Pizzolo, C. (1996). *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática.* Buenos Aires: Depalma.

López, G. y CiuffolI, C. (2012), *Facebook es el mensaje. Oralidad, escritura y después.* Buenos Aires: La Crujía ediciones.

Pérez Luño, A. (2003). *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?* Barcelona: Gedisa.

Rojas Wiemann, J. (2012). *El derecho fundamental de la protección de los datos de carácter privado.* Encarnación: Fondo Editorial San Agustín, p. 204.

Corte Suprema de Justicia (2010). *Protección de datos personales.* Asunción: División de Investigación, Legislación y Publicaciones.

CAPÍTULO XI. ALCANCES DE LAS SENTENCIAS Y RESOLUCIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA

Silvia María Morales *Gómez*[358]

SUMARIO:

Introducción. I. Tipos de Competencia, 1.-Competencia Contenciosa, 2.-Competencia Precautoria, 3.-Competencia Consultiva. II. Alcances de las sentencias y resoluciones de la Corte IDH.- 1.- Competencia Contenciosa, 2.- Competencia Precautoria, 3.- Competencia Consultiva. Conclusión.

RESUMEN:

Es propósito de esta reflexión desarrollar las respuestas a las interrogantes, *¿De dónde nace la competencia de la Corte para conocer de los compromisos que contraen los Estados? ¿Cuáles son los alcances de las sentencias y resoluciones que emite la Corte IDH?* lo que permitirá determinar la importancia y el valor jurídico de las Sentencias y Resoluciones de la Corte IDH a partir de la competencia jurisdiccional que le otorga la Convención Americana sobre derechos humanos y de la influencia en la protección de los derechos humanos que éstas determinaciones puedan tener respecto de los Estados que han reconocido como obligatoria de pleno derecho su competencia.

PALABRAS CLAVE: Competencia Contenciosa, Competencia Consultiva, Competencia Precautoria, Sentencias, Resoluciones.

ABSTRACT

It is the intention of this article to answer the following questions: Where does the jurisdiction of the Inter-American Court begin to meet the commitments of the States Parties contracts? What is the scope of the judgments and rulings issued by the Inter-American Court? This will allow us to determine the importance and legal value of the judgments and rulings of the IDH Court on the basis of the jurisdiction conferred upon it by the American Convention on human rights, and the influence on the protection of human rights that these determinations may have with respect to the States that have recognized its jurisdiction as binding.

KEYWORDS: Contentious Jurisdiction, Advisory Jurisdiction, Precautionary Jurisdiction, Judgments, decisions.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad existen distintos modelos y métodos para la protección de los derechos humanos, en el derecho doméstico, en el ámbito interamericano, así como en el campo internacional; la insuficiencia en la protección a éstos derechos en el ámbito doméstico ha derivado que las personas acudan con mayor frecuencia a instancias internacionales de protección, una vez que agotaron las instancias legales establecida por el Estado, el mecanismo jurisdiccional internacional es considerado una de las vías

[358] Profesora Investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Doctorante en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos por la UJAT y PNPC del CONACYT. M. en D.P. por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Miembro del Padrón Estatal de Investigadores de Tabasco.

más efectivas para prevenir y sancionar las violaciones, corresponde al presente análisis abordar la competencia jurisdiccional que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano coadyuvante o complementario del derecho interno de los estados americanos creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cuando el Tribunal decide que hubo una violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, debe disponer, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención, "que se garantice el lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado. Dispondrá , asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada". Dicho organismo emite sentencias o fallos cuyas características son su definitividad y que no son apelables.

Es a través de su jurisprudencia que los tribunales forjan su propio desarrollo y es la eficacia jurídica de la misma la que permite que un tribunal alcance prestigio y credibilidad. Con mayor razón, al ser la corte interamericana un tribunal internacional de única instancia, se requiere que su jurisprudencia sea objetiva y suficientemente clara para que sus efectos sean respetados por los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención o "la Convención Americana". [359]

Las sentencias en materia de reparaciones ponen a prueba el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Parte, y determinan que no son simples fallos que impliquen una condena moral, sino por el contrario la jurisprudencia se ha desarrollado sobre la base del principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional implica reparar de forma adecuada.

No es óbice mencionar que existen excepciones al cumplimiento, ejemplo de ello es Venezuela quien ha incumplido las decisiones de la Corte, el caso más reciente Apitz Barbera y Otros, en el mismo, la Corte ordenó en su sentencia dictada en el 2008, la reincorporación de tres jueces al sistema judicial debido a las violaciones al debido proceso que constato en su remoción, ante tal determinación el Tribunal Venezolano además de negarse a hacer efectiva la decisión de la Corte IDH, declaró inejecutable la sentencia y recomendó al poder ejecutivo denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ésta denuncia se concretó el 6 de septiembre de 2012.

I.- Tipos de Competencias. El artículo 33 inciso b) de la Convención Americana[360] le atribuye competencia a la Corte IDH para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los

[359] Rodríguez Rescia, Víctor M. *"Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos"* Revista IIDH, s. l. i. Vol. 23, 1996, pp. 129-150, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/23/pr/pr9.pdf

[360] PARTE II. MEDIOS DE LA PROTECCIÓN CAPÍTULO VI. DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES Artículo 33 Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

compromisos contraídos por los Estados partes, que hayan formulado una declaración unilateral de reconocimiento de su jurisdicción, ya sea de tipo general o para el caso concreto. La Corte es un órgano que ejerce una función jurisdiccional internacional, ésta función se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención; sólo posee competencia para conocer de los asuntos de países del continente que han firmado y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que expresamente han aceptado su competencia contenciosa, para que ésta pueda conocer, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de la Convención.

Es conveniente reiterar que los particulares por ahora no tienen legitimación activa para llegar a la Corte, ya que únicamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Estados Parte tienen derecho a someter un caso.

La declaración de la competencia sobre todos los casos relacionados con la interpretación o aplicación de la Convención, hecha por el Estado, está prevista en el artículo 62. 1. De la Convención Americana, que señala: *Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.* Esta competencia en favor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la ejerce de las formas siguientes:

1.- Competencia Contenciosa. La función esencial de la Corte IDH es la de conocer casos contenciosos de violaciones concretas a derechos humanos; este proceso internacional tiene como objetivo determinar si existe violación de un derecho o libertad consagrados en la Convención Americana o en otro instrumento que confiere competencia contenciosa material a la Corte IDH, en ese sentido deberá pronunciarse. La competencia Contenciosa se manifiesta en las sentencias y resoluciones que se muestran en la Tabla 1.

---

llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

SENTENCIA O RESOLUCIÓN	FUNDAMENTO	TIPO DE OBLIGACIONES
1. Sentencia de excepciones preliminares	66 a 69 de la Convención ADH, 24 del Estatuto de la Corte IDH y 42.5, 42.6 y 65 del Reglamento de la Corte IDH	Definitivas e inapelables y deben ser cumplidas por los Estados en todo caso en que sean partes.
2. Sentencia de fondo	66 a 69 de la Convención ADH, 24 del Estatuto de la Corte IDH y 42.5, 42.6 y 65 del Reglamento de la Corte IDH	Definitivas e inapelables y deben ser cumplidas por los Estados en todo caso en que sean partes.
3. Sentencia de reparaciones y costas	63.1, 66 a 69 de la Convención ADH, 24 del Estatuto de la Corte IDH y 42.6, 65 y 66 del Reglamento de la Corte IDH	Definitivas e inapelables y deben ser cumplidas por los Estados en todo caso en que sean partes. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.
4. Sentencia de interpretación de sentencia	67 y 68 de la Convención ADH, 25 del Estatuto de la Corte IDH y 68 del Reglamento de la Corte IDH	Definitivas e inapelables y deben ser cumplidas por los Estados en todo caso en que sean partes.
5. Resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia	69 del Reglamento de la Corte IDH, en relación con el 25 del Estatuto de la Corte IDH.	No son obligatorias para los Estados, lo obligatorio es el cumplimiento de todas las decisiones judiciales. Estas resoluciones sirven para monitorear el cumplimiento de las sentencias de excepciones, fondo y reparaciones y costas.
6. Resoluciones de recursos innominados contra autos o resoluciones de mero trámite dictadas por el Presidente o las comisiones de la Corte ID	25.2 del Estatuto de la Corte IDH y 31.2 del Reglamento de la Corte IDH	Definitivas e inapelables y deben ser cumplidas por los Estados en todo caso en que sean partes. Esta resoluciones se refieren a aspectos de mero trámite, sus alcances son de tipo procesal en para el trámite de los casos en la jurisdicción de la Corte IDH

Karlos Castilla, realiza un interesante estudio sobre las características de la jurisprudencia de la Corte interamericana, respecto de las sentencias de excepciones preliminares menciona que la Corte IDH no se ha pronunciado de manera específica respecto a la fuerza jurídica de estas sentencias, pues es claro el valor que le da la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En todo caso, la Corte Interamericana se ha referido a este tipo de decisiones al estar incluidas dentro de las que hablan los artículos 66 a 69 de la CADH. [361]

En cuanto a las sentencia de fondo, considera no representan problema alguno para determinar su fuerza jurídica, pues de conformidad con la CADH y las interpretaciones que ha hecho la Corte IDH las sentencia de fondo son obligatorias para el Estado en los Casos que sea parte.

Quizás la parte mas delicada del sistema de protección de derechos humanos sea la referida a las reparaciones y su cumplimiento por tener relación intrínseca con la eficacia de las sentencias de un tribunal y evitar que los fallos la Corte se queden en una sanción de tipo moral.[362] En ese sentido la Convención prevé en el artículo 68.2. *La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.* La fuerza conminatoria de los fallos de la Corte nace del compromiso que establece el numeral 68.1. de la Convención, *Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.* Sin que dicha disposición impida que el Estado parte, adopte disposiciones de derecho interno para garantizar e ejercicio de los derechos y libertades que no estuvieran garantizados por esas legislaciones.

[361] Castilla Juárez, Karlos A. *Sobre la fuerza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Jueces para la Democracia, n. 78 noviembre 2013, 2013, pp. 132-151, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/23/pr/pr9.pdf
[362] Rodríguez Rescia, Víctor M. *Op. Cit.* p. 34

La reparación en general en general puede adoptar diversas formas en ese sentido los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones[363] establecen: la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

> 22. La restitución, que, en la medida de lo posible debería devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, comprende el restablecimiento de la libertad, los derechos, la situación social, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima; el retorno a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades.
>
> 23. Debería indemnizarse todo perjuicio evaluable económicamente que fuera consecuencia de una violación de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, tal como:
>
> a) El daño físico o mental, incluido el dolor, el sufrimiento y la angustia;
>
> b) La pérdida de oportunidades, incluidas las de educación;
>
> c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
>
> d) El daño a la reputación o a la dignidad; y
>
> e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicinas y servicios médicos, psicológicos y sociales.
>
> 24. La rehabilitación debería incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.
>
> 25. La satisfacción y garantías de no repetición deberían incluir, cuando fuere necesario:
>
> a) La cesación de las violaciones continuadas;
>
> b) La verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad en la medida en que no provoque más daños innecesarios a la víctima, los testigos u otras personas ni sea un peligro para su seguridad;
>
> c) La búsqueda de los cadáveres de las personas muertas o desaparecidas y la ayuda para identificarlos y volverlos a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias;
>
> d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos de la víctima y de las personas más vinculadas con ella;
>
> e) Una disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades;

[363] Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones E/CN.4/2000/62, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 18 de enero de 2000, p.10 http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a95951591da189ab802568a200647ece/$FILE/G0010239.pdf

f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;

g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;

h) La inclusión en los manuales de enseñanza de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en los libros de texto de todos los niveles de una relación fidedigna de las violaciones cometidas contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario;

i) La prevención de nuevas violaciones:

i) asegurando un control efectivo de las fuerzas armadas y de seguridad por la autoridad civil;

ii) limitando exclusivamente la competencia de los tribunales militares a los delitos específicamente militares cometidos por personal militar;

iii) fortaleciendo la independencia del poder judicial;

iv) protegiendo a los profesionales del derecho, de la información y de otros sectores conexos, y a los defensores de los derechos humanos;

v) impartiendo y fortaleciendo de modo prioritario y continuo capacitación en materia de derechos humanos a todos los sectores de la sociedad, y en particular a las fuerzas armadas y de seguridad y a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley;

vi) fomentando el cumplimiento de los códigos de conducta y las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, incluido el personal de policía, prisiones, información, salud, servicios de psicología y sociales y fuerzas armadas, además del personal de empresas; y

vii) creando mecanismos para vigilar la resolución de conflictos y la intervención preventiva.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha fijado estándares a nivel internacional en materia de desapariciones forzadas, amnistías, masacres, tortura, ejecuciones extrajudiciales, inamovilidad de jueces, libertad de expresión, derechos de los niños, combate a la violencia en contra de la mujer, entre muchos otros temas. [364] Las decisiones de la Corte tienen un impacto que va más allá de los límites específicos de cada caso en concreto, ya que la jurisprudencia que se va formando a través de sucesivas interpretaciones influye en los países de la región a través de reformas legales o jurisprudencia local que incorporan los estándares fijados por la Corte IDH al derecho interno.

[364] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, et al (Coords.), t. II: *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 2014, p. 1183

En México, la ejecución interna de una resolución de la Corte Interamericana, derive ésta de una solicitud de medidas provisionales o de una sentencia sobre el fondo de un caso, no sólo sigue dependiendo de que las víctimas activamente demanden su papel central en el diseño y la ejecución de las medidas reparatorias, sino que incluso supone que estas, por medio de sus representantes, generen propuestas para guiar la adopción de esas medidas. De lo contrario, la dubitativa y negligente aproximación de los representantes del Estado al cumplimiento de las obligaciones surgidas de la Corte Interamericana puede desembocar en proceso que no sólo no reparen los daños causados a las víctimas o no disminuyan los riesgos, sino que los aumenten.[365] Para ello es esencial colocar a la víctima y necesidades como centro de las acciones, cuidando los aspectos que incidan en la restauración de la confianza.

2.- Competencia Precautoria. La Corte IDH ejerce la competencia precautoria cuando examina un asunto relacionado con la solicitud de medidas provisionales, el artículo 63.2 dispone que *en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que este conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.* La resolución que emite y sus alcances se sustentan en la Tabla 2.

El artículo 27 del Reglamento de la Corte, retoma los requisitos de extrema gravedad y urgencia y la prevención de daños irreparables consagrados en la Convención y faculta a la Corte en tales circunstancias a ordenar de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que considere pertinentes. De igual manera dispone que tratándose de casos que ya se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas, sus familiares o sus representantes, podrán solicitar directamente ante el Tribunal el otorgamiento de medidas provisionales.

Cuando el Tribunal no estuviera reunido, el Presidente de la Corte, en consulta con la Comisión Permanente y con los demás jueces, de ser posible, podrá dictar las medidas urgentes que fueren necesarias para asegurar la eficacia de las medidas provisionales que pudiera tomar la Corte posteriormente, en su próximo periodo de sesiones, de acuerdo a lo previsto en el artículo 27.5 del Reglamento de la Corte IDH.

[365] Corzo Sosa, Edgar., Carmona Tinoco, Jorge U, *et al (Coords.) Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 157*

SENTENCIA O RESOLUCIÓN	FUNDAMENTO	TIPO DE OBLIGACIONES
Resolución de medidas provisionales	63.2 de la Convención ADH Y 27 del Reglamento de la Corte IDH	Contra ellas no procede ningún medio de impugnación. Obligatorias para el Estado que se ordene implementarlas. Implica un deber esencial de protección de los beneficiarios de las medidas, mientras se encuentren vigentes y su incumplimiento pueda generar responsabilidad internacional del Estado.

TABLA 2

3.- Competencia Consultiva. La Corte IDH ejerce su facultad para emitir opinión consultiva de acuerdo al artículo 64 de la Convención, esta facultad no se limita a los Estados parte de la misma, sino que todo Estado miembro de la OEA tiene capacidad de solicitarla, aun si no ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. El artículo 64 de la Convención confiere a la Corte la más amplia función consultiva que se haya confianza a un tribunal internacional alguno hasta el presente. Sus alcances se identifican en la Tabla 3.

> La Corte ha establecido que su función consultiva no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte. [366]

[366] Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1

SENTENCIA O RESOLUCIÒN	FUNDAMENTO	TIPO DE OBLIGACIONES
Decisiones de opinión consultiva	64 de la Convención ADH, 24.3 del Y 27 del Reglamento de la Corte IDH	No tiene la fuerza jurídica obligatoria que tienen las sentencias dictadas en el ejercicio de la competencia contenciosa. No tienen el mismo efecto vinculante de una sentencia contenciosa, no obstante tiene efectos jurídicos, derivados de la función asesora para determinar los alcances de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos interamericanos o de otros sistemas de protección, así como de leyes internas de los Estados

TABLA 3

La lógica del sistema y de las propias aspiraciones de la Corte Interamericana, como elemento de éste, reside en la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el derecho interno, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos.[367]

II. Alcances de las sentencias y resoluciones de la Corte IDH

1.- Competencia Contenciosa. El artículo 63.1. de la Convención, menciona que cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención dispondrá:

I. Se garantice al lesionado en el goce de su derecho libertad conculcados
II. Se reparen las consecuencias de la medida o situación que se ha configurado la vulneración de esos derechos.
III. El Pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Esta disposición ha permitido que la Corte determine reparaciones, que han generado conceptos como “justa indemnización” “plena restitución”, así también criterios y directrices cuando se trate de daños materiales resarcibles como “mayor beneficio”.

La jurisprudencia de la Corte ha referido que *la expresión "justa indemnización" que utiliza el artículo 63.1 de la Convención, por referirse a una parte de la reparación y dirigirse a la "parte lesionada", es compensatoria y no sancionatoria. Aunque algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos,*

[367] Herrerías Cuevas, Ignacio F., *Control de Convencionalidad y efectos de las sentencias*, México, UBIJUS, 2012, p. 70.

este principio no es aplicable en el estado actual del Derecho internacional.[368]

También consideró que *la justa indemnización, que la sentencia sobre el fondo de 29 de julio de 1988 calificó como "compensatoria", comprende la reparación a los familiares de la víctima de los daños y perjuicios materiales y morales que sufrieron con motivo de la desaparición forzada de Manfredo Velásquez.*[369]

En los casos de reparación del daño ocasionado por la infracción de la obligación internacional la Corte señaló que *requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en numerosos casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron.*[370]así como *el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.*[371]

De igual modo ha manifestado que *El Estado obligado no puede invocar disposiciones de derecho interno para modificar o incumplir la obligación de reparar. Ésta queda sujeta en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) al derecho internacional[115].*[372]

2.- Competencia precautoria. Loreta Vázquez[373] menciona el avance significativo de las medidas provisionales, en cuatro ámbitos diferentes: de acuerdo al derecho protegido, conforme a los sujetos legitimados para solicitar su adopción, en relación a los beneficiarios de las medidas provisionales y finalmente en el ámbito relativo a los supuestos en que la Corte puede adoptar las medidas provisionales de protección.

En la gran mayoría de los casos las medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana han estado encaminadas esencialmente a la protección del derecho a la vida y el derecho a la integridad personal (física, psíquica y moral), al estar interrelacionados todos los derechos humanos y al ser éstos indivisibles, no existe impedimento alguno para la protección de otros derechos humanos a través de

---

[368] Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8, Párrafo 36

[369] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, Párrafo 39

[370] *Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, Párrafo 157*

[371] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, Párrafo 26

[372] Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, Párrafo 210

[373] Vázquez Ortiz, Loreta, *Las medidas provisionales de la Corte Interamericana de derechos humanos*, México, Porrúa, 2010, p. 173.

las medidas provisionales,[374] lo anterior sólo estará sujeto a reunir los requisitos de extrema gravedad y urgencia y de prevención de daños irreparables que señala la Convención Americana.

Al respecto el voto concurrente emitido por el Juez Antonio Cancado Trindade en el caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana vs. República Dominicana, nos permite vislumbrar que la progresividad de los derechos humanos, se ven reflejados de igual forma en su protección, y en ese sentido el Juez menciona:

> 18. Con su transposición del ámbito del contencioso tradicional interestatal al del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las medidas provisionales empezaron a ir más allá en materia de protección, revelando un alcance sin precedentes, al pasar a proteger los propios *derechos sustantivos* de los seres humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a la persona humana como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El ser humano es tomado como tal, independientemente de la colectividad a la cual pertenece. Esta gradual evolución en materia de medidas provisionales de protección encuéntrase hoy consolidada, y para ella la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguramente contribuido más que cualquier otro tribunal internacional contemporáneo.[375]

Dicha resolución se originó por una solicitud de medidas provisionales a favor de personas haitianas y dominicanas de origen haitiano que se encuentran sujetas a la jurisdicción de la República Dominicana que corrían el riesgo de ser "expulsadas" o "deportadas" colectivamente. Estas expulsiones se realizaban mediante redadas colectivas sin procedimiento legal que permitiera identificar adecuadamente la nacionalidad de los expulsados, la selección de las personas a ser deportadas se realizaban por el color de la piel, se menciona que las autoridades empleaban inclusive la fuerza excesiva para asegurar que las presuntas víctimas obedezcan sus órdenes, incluyendo abuso sexual de mujeres; los niños sufren daño psicológico, el temor los impide salir de sus casas; las mujeres de los que son "deportados" tienen que sobrevivir sin nada; entre otros, es así que la Comisión solicitó a la Corte la adopción de medidas provisionales en el siguiente sentido:

> [...] adopte las medidas provisionales para que el Estado... suspenda las expulsiones-deportaciones masivas de que están siendo objeto los haitianos y dominicanos de origen haitiano por parte de las autoridades dominicanas, toda vez que éstas ponen en riesgo la vida y la integridad física de los deportados, así como de los familiares que son separados, especialmente los menores de edad que quedan abandonados[;]

---

[374] Ídem.

[375] Voto concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade, Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana vs. República Dominicana, resolución del 18 de agosto de 2000, párrafo 18

[...] adopte las medidas provisionales para que el Estado establezca procedimientos que permitan verificar los casos en donde no procede la deportación, de aquellos casos en que sí procede. En caso de proceder a la expulsión o deportación de personas que se encuentran en territorio dominicano, éstas deberán satisfacer plenamente los requisitos del debido proceso, incluyendo plazo mínimo de notificación, acceso a miembros de la familia, audiencias adecuadas y decisiones adoptadas legalmente por las autoridades competentes. En todos los casos, las deportaciones deberán realizarse de manera individual y no en forma masiva.

En los argumentos del voto concurrente del Juez Candado Trindade, señala que *es ésta la primera vez en su historia que la Corte procede de ese modo, a mi modo de ver correctamente, consciente de la necesidad de desarrollar, por su jurisprudencia evolutiva, nuevas vías de protección inspiradas en la realidad de la intensidad del propio sufrimiento humano*, esto en razón de la resolución emitida por la Corte el 18 de agosto de 2000.

RESUELVE:

1. Requerir al Estado de la República Dominicana que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de Benito Tide Méndez, Antonio Sension, Andrea Alezy, Janty Fils-Aime y William Medina Ferreras.
2. Requerir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con carácter de urgencia, que informe detalladamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 31 de agosto de 2000, acerca de la situación actual de Rafaelito Pérez Charles y Berson Gelim en relación con las afirmaciones divergentes de las partes sobre estas dos personas.
3. Requerir al Estado de la República Dominicana que se abstenga de deportar o expulsar de su territorio a Benito Tide Méndez y Antonio Sension.
4. Requerir al Estado de la República Dominicana que permita el retorno inmediato a su territorio de Janty Fils-Aime y William Medina Ferreras.
5. Requerir al Estado de la República Dominicana que permita, a la mayor brevedad, la reunificación familiar de Antonio Sension y Andrea Alezy con sus hijos menores en la República Dominicana.
6. Requerir al Estado de la República Dominicana que colabore con Antonio Sension para obtener información sobre el paradero de sus familiares en Haití o en la República Dominicana.
7. Requerir al Estado de la República Dominicana que, en el marco de los convenios de cooperación pertinentes entre la República Dominicana y Haití, investigue la situación de Janty Fils-Aime y William Medina Ferreras bajo la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para agilizar los resultados de dichas investigaciones.
8. Requerir al Estado de la República Dominicana que continúe dando seguimiento a las investigaciones ya iniciadas por sus autoridades competentes en relación a Benito Tide Méndez, Rafaelito Pérez Charles, Antonio Sension, Andrea Alezy y Berson Gelim.
9. Requerir al Estado de la República Dominicana que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para proteger la vida e integridad personal del Padre Pedro Ruquoy y de la señora Solange Pierre, testigos en la audiencia pública de 8 de agosto de 2000.
10. Requerir al Estado de la República Dominicana y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que suministren a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

información detallada sobre la situación de los miembros de las comunidades o "bateyes" fronterizos que puedan estar sujetos a repatriaciones forzadas, deportaciones o expulsiones.

3.- Competencia Consultiva. Al no estar en los supuestos previstos en los artículos 66 a 69 del Convención Americana de Derechos Humanos, no tienen la fuerza jurídica obligatoria que tienen las sentencias dictadas en el ejercicio de la competencia contenciosa.

Karlos Castilla menciona que a las decisiones de opiniones consultiva no se les puede reconocer la misma fuerza jurídica que a las sentencias y resoluciones de casos contenciosos, ni de resoluciones de medida provisionales, sino que cumplen con una función asesora para determinar los alcances de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos interamericanos o de otros sistemas de protección, así como de leyes internas de los Estados y tienen efectos jurídicos innegables, dependientes de las dos características anteriores.

CONCLUSIONES

El objetivo esencial del proceso Internacional busca establecer si hubo violación de algún derecho consagrado en la Convención Americana o en otro instrumentos que confiere competencia contenciosa material a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido la Corte hace un pronunciamiento sobre la existencia de la violación invocada.

De existir la violación de un derecho protegido, la Corte emite un fallo o sentencia condenatorio cuyo sustento jurídico es la declaración adoptada, cuyas características es el pronunciamiento de fondo (declarativa) y de reparaciones (condenatoria).

Las reparaciones tienen tal relevancia en el enjuiciamiento sobre derechos humanos, y en la cual hemos advertido un gran desarrollo jurisprudencial, cuyo sustento se encuentra establecido en el artículo 63.1 de la Convención.

La intervención de la Corte en reparaciones, son un atributo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que fija el origen de las reparaciones, las categorías, los sujetos legitimados para reclamarlas y para recibirlas y los términos en que deban ser cumplidas.

Las medidas de reparación tradicionales y mejor conocidas son aquellas que se concretan en indemnizaciones por concepto de daño material o daño moral, noción, esta última superada por la jurisprudencia actual de la Corte a favor del "daño inmaterial", que abarca extremo adicionales al sabido daño moral. [376]

Bibliohemerografía

[376] García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, p. 157

1. CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. *Sobre la fuerza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Jueces para la Democracia, n. 78 noviembre 2013, 2013, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/23/pr/pr9.pdf
2. Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1
3. Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, Párrafo 210
4. *Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, Párrafo 157*
5. Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8, Párrafo 36
6. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, Párrafo 39
7. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, Párrafo 26
8. CORZO SOSA, Edgar., Carmona Tinoco, Jorge U, *et al (Coords.) Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tirant Lo Blanch, 2013.*
9. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, et al (Coords.), t. II: *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 2014.
10. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006.
11. HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio F., *Control de Convencionalidad y efectos de las sentencias*, México, UBIJUS, 2012.
12. Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones E/CN.4/2000/62, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 18 de enero de 2000, http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a95951591da189ab802568a200647ece/$FILE/G0010239.pdf
13. RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor M. *"Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos"* Revista IIDH, s. l. i. Vol. 23, 1996, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/23/pr/pr9.pdf
14. VÁZQUEZ ORTIZ, Loreta, *Las medidas provisionales de la Corte Interamericana de derechos humanos*, México, Porrúa, 2010,.
15. Voto concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade, Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana vs. República Dominicana, resolución del 18 de agosto de 2000, párrafo 18

CAPÍTULO XII. EL DEBIDO PROCESO Y EL PLAZO RAZONABLE EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Edgar Fabián Garzón Buenaventura[377]

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. METODOLOGIA. III. EL DEBIDO PROCESO. 1. La razonabilidad como concepto subsidiario de la estricta racionalidad. 2. La razonabilidad como intermediación de la arbitrariedad.3. La razonabilidad como parte del principio de la proporcionalidad. IV. DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. V. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO EXIGIBLE ANTE CUALQUIER ORGANO O AUTORIDAD ESTATAL. VI. DEBIDO PROCESO Y PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. VII. DERECHO A LA IGUALDAD, DEBIDO PROCESO Y UNA REVISION A LA SOBERANIA. VIII. PLAZO RAZONABLE. IX. DEBIDO PROCESO Y ACCESO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. X. DEBIDO PROCESO COMO TRIBUNAL COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL. XI. JUZGADOR. XII. SUJETOS PROCESALES. XIII. CONSOLIDACIÓN Y FIJACIÓN EN LA JUSTICIA LOCAL COLOMBIANA. XIV. LA PROBLEMÁTICA DE LA VANIDAD DE LAS ALTAS CORTES DE CIERRES COMO DENEGACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y ACCESO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

RESUMEN:

Es necesario acotar que el debido proceso no solamente es un derecho fundamental sino se da la aplicabilidad en todas las instancias normativas durante la ejecución en una etapa pre-judicial como en sede judicial. Desde su creación la Corte interamericana de Derechos humanos analizó el debido proceso como enunciado de contenido fundamental que debe ser respetado por toda autoridad pública, y exigible por el mismo ciudadano. Para adentrarnos el señalamiento de debido proceso tenemos que denominar que se entiende por la garantía judicial dentro de la convención.

PALABRAS CLAVE: Debido proceso, razonabilidad, derecho internacional, igualdad, administración de justicia.

ABSTRACT:

Ir mus be noted that due process is not only a fundamental right but the applicability is given in all policy-makers during execution in a pre-trial stage and in court. Since its inception the Inter-American Court of Human Rights examined the due process as a statement of fundamental content that must be respected by every public authority and enforceable by the same citizen. To delve pointing due process we have to call it is understood by the judicial guarantee within the convention.

KEYWORDS: due process, fairness, international law, equality, justice.

I. INTRODUCCIÓN

[377]Maestría en Garantías Judiciales en el Sistema Interamericano por la Universidad Nacional Lomas De Zamora, pregrado/universitario en Perspectivas del Abogado para el siglo XXI por la Universidad Libre de Bogotá, pregrado/universitario en Ética de los mejorados y no mejorados: bioética por la Universidad Libre de Bogotá, Huésped de Honor en el Consejo de David Chiriqui, Miembro Senior de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, destacada Participación en el XIII Jornada Internacional de Derecho Procesal "Sistema Interamericano de Derechos Humanos" en la Universidad Autónoma de Chiapas, Miembro senior de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Miembro Honorífico de la Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional, Huésped de honor por la Universidad Pontifivia Católica Del Ecuador, beca de doctorado en derecho resolución 384 de 2013 en la Universidad Cooperativa De Colombia Sede Medellín - U.C.C. y maestro de la Universidad Cooperativa De Colombia.

En el estrecho marco del reflejo de los derechos humanos, se parte de la discusión clásica de su protección y enunciación de ¿Cuáles son los derechos Fundamentales? Y ¿Cuál es el organismo encargado de protegerlo?, para resolver estas preguntas, no basta teorizarlas sino ubicarlas en el cuadro panorámico del sistema regional iberoamericano.

De acuerdo a lo anterior debe agregarse que gracias a los paradigmas del derecho internacional y del iuscogens, nacen nuevos escenarios para la permisividad del acceso de la administración de justicia, dentro del reclamo de los derechos humanos por parte de los ciudadanos, siendo tópicos fundantes en la problemática del derecho nacional vs organismos internacionales, evocando dos polos debido proceso y plazo razonable.

Debe agregarse que gracias a esto se desarrolló la declaración americana de derechos humanos y la convención americana, en lo denominado control de convencionalidad sumergiéndose las garantías del sistema. *"Artículo 8: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las DEBIDAS GARANTÍAS Y DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE, POR UN JUEZ O TRIBUNAL COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL, ESTABLECIDO CON ANTERIORIDAD POR LA LEY, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*.

De esta se desprende dos conceptos que exhortan a desarrollar en el nivel pretoriano del sistema interamericano, los D.I.D.H los dos vórtices en el espectro de esta ponencia, indagando en la convención americana ¿Que es Debido Proceso? , ¿Que es plazo Razonable?

A parte de la comprensión y alcance del Debido proceso y Plazo razonable en el sistema interamericano en pro de la defensa de los derechos humanos, es necesario indagar como objetivo específico: analizar la relación y aplicación de las garantías del sistema interamericano dentro de la justicia local colombiana, como paradigma de la descongestión judicial.

II. METODOLOGIA

El cimiento de este trabajo se reflejó una metodología cualitativa analítica- hermenéutica, sirviendo como soporte la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos, indagando la reconstrucción del debido proceso y plazo razonable en la consolidación de la justicia Colombiana.

III. EL DEBIDO PROCESO

Es necesario acotar que el debido proceso no solamente es un derecho fundamental sino se da la aplicabilidad en todas en las instancias normativas durante la ejecución en una etapa pre-judicial como en sede judicial; pero para una explicación formal indaguemos que dentro del cauce histórico se sumerge en tres etapas.

- Debido proceso legal
- Debido proceso constitucional
- Debido proceso Sustantivo

Del primero señalemos que corresponde del capítulo 39 de la Carta magna inglesa de 1215, donde los barones ingleses normandos se hicieron frente al Rey "Juan sin tierra" con el fin de no sufrir arresto, ni despojados de sus propiedades sin un juicio legal.

"Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación".

"La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo oriento a los jueces hacia un juicio justo y honesto"[378].

De esto podemos enunciar que el debido proceso nace de la necesidad de los burgos-maestres, en la precariedad de regular un derecho justo más que regular una acción constitucional, en contra del despotismo del monarca una concesión de vestir una sentencia fundada en la ley, siendo el vértice del origen de futura constituciones modernas como declaración de independencia de Estados Unidos de 1776 y Constitución Francesa de 1792.

En cambio el Debido proceso constitucional dio un giro copernicano, percatándose del vacío que solo se da la legalidad del derecho; mas no la reglamentación de acciones constitucionales en satisfacción de las garantías individuales, este tópico permitió sintetizar los principios y garantías de la dignidad humana en la aplicación de la ley por parte del juzgador para coadyuvar al ciudadano a la defensa de las arbitrariedades del legislador, *"que no es mas a todo el sistema de las garantías todavía procesales o instrumentales– implicadas. Este es el*

[378]GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires-Argentina. Pág. 19

concepto específico de la garantía constitucional del debido proceso en su sentido procesal actual".[379]

"Con el tiempo, el debido proceso fue llevado al plano de ley e inclusive sin tener mención expresa, se consagró en las constituciones de los Estados. No hubo indicaciones sobre contenidos o funciones de un proceso tipo o modelo, sino precisiones sobre la defensa, específicamente referidas a los casos de atención en procesos penales.

Nace así el llamado *debido proceso constitucional,* que fue más importante por las implicaciones supuestas por las declaraciones realizadas".[380]

En la última etapa el debido proceso sustantivo hace parte de la Jurisprudencia Anglosajona que de acuerdo a nuestro sistema normativo se enmarca dentro la razonabilidad, "En el derecho púbico Español, el criterio de razonabilidad se utiliza por los jueces- señaladamente por el tribunal Constitucional – para fundamentar sus decisiones y se emplea por la comunidad jurídica y política para valorar la corrección de las decisiones jurisprudenciales".[381]

Para indagar la razonabilidad se da en dos grandes conceptos.

El primero:

a) La razonabilidad como concepto subsidiario de la estricta racionalidad.
b) La razonabilidad como intermediación de la arbitrariedad.

El segundo

a) Significado de la razonabilidad como parte del principio de la proporcionalidad.

1. La razonabilidad como concepto subsidiario de la estricta racionalidad

Para que una decisión sea razonable debe ser racional esto significa que debe cumplir con unos procedimientos y razonamientos que conduzcan a decisiones jurisprudenciales y limitantes del poder; " una decisión es estrictamente racional, I Si respeta las reglas de la lógica deductiva II Si se respeta los principios de la racionalidad practica (consistencia, coherencia, generalidad, y honestidad)III Si encuentra fundamento en una fuente jurídica IV Si

[379]GARCÍA LEAL,Laura. El debido proceso y la protección judicial efectiva. Tomado en: http://es.scribd.com/doc/19377128/DEBIDO-PROCESO. Tomado en fecha 20 de Junio de 2011
[380]Ibídem. Supra Nota 1.
[381]NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Editorial Ariel. Barcelona- España 2001. Pág. 336

no está fundada en criterios éticos o políticos no previstos por el ordenamiento jurídico" [382] Pero este esquema puede entrar en conflicto cuando una decisión aparentemente racional no aporta una sentencia, siendo el ejemplo en los casos difíciles, este criterio conducirá a una decisión inadmisible, o dos más decisiones contradictorias o no conducirá a ninguna decisión por tanto debe adoptarse una decisión razonable. "Una decisión razonable: I Si representa el punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas que debe tenerse en cuenta en el caso concreto. Y II Si ella es admisible por la comunidad, entendida como un auditorio ideal. Estos dos criterios se implican recíprocamente, porque una decisión será tanto más compartida por la comunidad cuanto sea el mejor equilibrio de las exigencias contrapuestas en el caso concreto. Si no se encuentran estos argumentos generalmente aceptables, no puede adoptarse ninguna decisión aceptable y deberá concluirse entonces que el caso sub judice es un caso trágico"[383].

2. La razonabilidad como intermediación de la arbitrariedad

Este concepto lingüístico se basa una en una razón jurídica legítima expresada por el operador jurídico o el legislador. "Este principio prohíbe los ejercicios del poder público que sean abiertamente irrazonables, es decir, ejercicios, de poder que no tengan ninguna motivación y que no tenga consideración los individuos afectados por el mismo. En este sentido, un acto del Estado era irrazonable cuando carezca de fundamento, cuando no tienda a realizar ningún objetivo jurídicamente relevante"[384].

3. La razonabilidad como parte del principio de la proporcionalidad

La proporcionalidad desde sus inicios se encuentra cimentada en tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima. Estos son idoneidad (adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Así la razonabilidad se encuentra en el trecho de la idoneidad, que significa que para contribuir a alcanzar un objetivo jurídicamente tutelado, debe como requisito necesario que el objetivo exista y que el acto sea considerado como una razón que lo justifica.

IV. DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

[382]ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de "razonable". Doxa No 4, 1987 Pág. 193

[383]ATIENZA, Manuel.Sobre lo razonable en Derecho", Revista Española de Derecho Constitucional, No 7, 1989 Pág. 93

[384]FERNÁNDEZ, Thomas Ramón. De la Arbitrariedad del Legislador. Una crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Editorial Civitas 1998. Pág. 30

Para entablar una visión holística Deductiva, ahora vamos interrelacionar el Debido Proceso adscrito al ámbito del derecho internacional, se puede distinguir que la Convención americana del pacto de San José de Costa Rica de 1969, ratificada por la república de Colombia mediante la ley 16 de 1972, se dibuja un aspecto macro en el desarrollo del Debido proceso en el artículo 7 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano que fundamenta el principio de la legalidad, el artículo 4 de la convención americana de los derechos del Hombre prohíbe la pena de muerte. Esta misma convención suscribe en su artículo 8.

"Artículo 8: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las DEBIDAS GARANTÍAS Y DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

Para adentrarnos el señalamiento de debido proceso tenemos que denominar que se entiende por la garantía judicial dentro de la convención, para abrir un panorama la Corte Interamericana nos expresa "hace referencia a los mecanismos judiciales que permiten proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho"[385]. Así la Corte dentro del artículo 8 de la Convención contiene "el Conjunto de requisitos que deben observarse en instancias procesales acto cualquier tipo emanado del Estado que puedan afectar sus derechos"[386]; por tal motivo podemos encontrar que dentro del desarrollo jurisprudencial de la Corte interamericana ha adscrito el debido proceso en varios subtemas.

- EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO EXIGIBLE ANTE CUALQUIER ORGANO O AUTORIDAD ESTATAL
- DEBIDO PROCESO, PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Y REVISIÓN A LA SOBERANIA.
- DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE LA IGUALDAD
- ACCESO DE LA JUSTICIA Y EL DEBIDO PROCESO
- DEBIDO PROCESO COMO TRIBUNAL COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL

[385] Opinión Consultiva OC- 8/87, del 30 de Enero de 1987, El habeas corpus bajo suspensión de garantías, párrafo 25

[386] Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de Octubre de 1987, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, párrafo 27.

- DERECHO A UN DEBIDO PROCESO Y A UN PLAZO RAZONABLE

V. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO EXIGIBLE ANTE CUALQUIER ORGANO O AUTORIDAD ESTATAL

Desde su creación la Corte interamericana de Derechos humanos analizó el debido proceso como enunciado de contenido fundamental que debe ser respetado por toda autoridad pública, y exigible por el mismo ciudadano:

> "Es por ello que se exige que cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopte tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. Así, el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Adicionalmente, la Corte ha interpretado que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda"[387]

De este hecho cabe anunciar el debido proceso tiene varios contenidos esenciales *nula poema sine lege, non bis in ídem*, derecho ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial; estos principios son reguladores del contenido adjetivo y sustancial que comprometen a los Estados a respetar dentro de un marco constitucional democrático e igualmente a los estándares del derecho internacional, con la plena de armonización de la convención, con el resultado del art. 8 y 25 de las garantías judiciales.

> " La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite

[387] Caso Vélez Loor y otros contra Panamá supra nota 142, Sentencia 23 de Noviembre de 2010.

> infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad" , que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial".[388]

Igualmente en el núcleo del Debido proceso aunque no son garantías son derechos conexos, como: en la convención americana de derechos humanos en el artículo 4 establece la prohibición de la pena de muerte, el artículo 5 se refiere al principio de la restricción de las penas con fundamento en la integridad personal, los principios relativos a la finalidad de las penas y al mandato de separación relativos a la finalidad de las penas y el mandato de separación entre condenados y sindicados y niños y adultos detenidos, en el artículo 7 derecho a la libertad personal. Así la convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y el protocolo de Nueva York de 1967 en el artículo 32 la legalidad como condicionante para expulsar a los refugiados, el principio del juez natural, el derecho de defensa, de representación judicial y de contradicción. La convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes**, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 esta convención reconoce dentro de su artículo 6 el principio de legalidad al establecer en "todo Estado Parte" en el proceso extradición, deberá ejercer la detención delincuentes, de conformidad con la ley interna, en el artículo 7 institucionaliza el principio del de juez natural, al prescribir que el supuesto delincuente debe someterse a las autoridades competentes su enjuiciamiento y a las garantías procesales de " trato justo" durante todo el procedimiento.**

VI. DEBIDO PROCESO Y PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Se desprende de dos contenidos por una parte la acción y el recurso, desde la concepción del derecho romano se entiende la acción como la exigencia de acudir al pretor la entrega del derecho de una cosa o un crédito, tenemos una definición más próxima que da cuenta "Poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma como correspondiente a su derecho vulnerado*".* [389]

[388] Caso Gelman y otros contra Uruguay supra nota 239, Sentencia 24 de Febrero de 2011.
[389] Revista electrónica, tomado en fecha 4 de Julio en línea http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/accpro.pdf

El recurso hace referencia dentro del artículo 25 de la convención americana reconoce el a la protección judicial de los derechos fundamentales, dispone que toda persona tiene derecho a contar "con un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente convención". Para la Corte, la relación entre el articulo 8 (debido proceso) y 25 protección judicial "implica la consagración del derecho de las víctimas a obtener protección de conformidad con el debido proceso legal".[390]

De acuerdo a lo anterior la protección de las garantías es conexa no solo a la convención sino dentro del orbe del sistema americana de los derechos humanos, como implicación de la dignidad humana "los derechos humanos se traducen para los ciudadanos en la garantía de la vida y la libertad privada en tanto condiciones de posibilidad para su autorrealización vital. Desde esto dos puntos de vista son como el derecho positivo tiene legitimada la flexibilidad de sus cambios. Ellos siempre, y en todo cambio, deben asegurar tanto la autonomía individual como así también, la condición de ciudadanos en su ámbito privado. La teoría política da prueba de esta doble tensión entre derechos humanos y soberanía política" [391]

De la anterior enunciación señalamos que sea una esfera neta privada, en donde se solicita al Estado que reclame el derecho humano (derecho a la salud, debido proceso) esto pasa a convertirse en un ámbito netamente público, para que la multitud reclame por el carácter reflexivo, dentro de su propio sistema, el concepto de "globalización" los derechos humanos los intereses sociales o difusos apelando a reconocer las causas de los males sociales y políticos contemporáneos; con él se consagra el principio de interpretación y explicación para reconocer los nuevos aspectos y sentidos con los que se ha reconfigurado nuestra vida, nuestra cotidianeidad económica en el mercado mundial que impere a un derecho humano en la teoría creacionista de los derechos humanos, tómese como ejemplo las manifestaciones "Las protestas antigubernamentales comenzaron en Siria a mediados del pasado mes de marzo después de que fuera arrestado en Dura un grupo de escolares por escribir consignas antigubernamentales en las fachadas de edificios. Residentes locales se echaron a las calles para exigir su liberación.

[390] Caso Tribunal Constitucional, sentencia 31 de Enero de 2001 supra nota 131.

[391] Rodriguez A Raul, Una aproximaciòn al planteo de Jurgen Habermas. Referencia http://www.robertexto.com/archivo8/legitimacion.htm, en fecha 19 de abril de 2011.

Posteriormente las manifestaciones se propagaron a otras regiones del país, en particular a las ciudades de OMS, Hana, Latania, Banidas y algunas localidades del extrarradio de Damasco[392]

De lo deducido se desarrolla en la consola del mundo nacen los derechos humanos a través de la teoría creacionista.

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) contiene un breve párrafo en el que, por primera vez, un poder, en este caso constituyente, asume las obligaciones que supone el reconocimiento de los derechos del ciudadano: "Consideramos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales, que han sido dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los que se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad".

A su turno la Declaración de los Derechos Fundamentales del Hombre y del Ciudadano es el punto de partida de la proclamación, defensa y vigencia de los derechos humanos, promulgada por la Asamblea Francesa el 26 de agosto de 1789. En ella se reconocía solemnemente que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos. Dos siglos después de esas primeras Declaraciones, los derechos individuales se vuelven materia de otras convenciones y cuerpos legales que constituyen, hoy por hoy, un sistema jurídico general y universal de protección de los seres humanos en sus derechos básicos.

Por otra parte con la Convención de la Haya celebrada en 1907, con el fin de regular las normas que deben observar los beligerantes: estos no deben tener alternativas ilimitadas en el modo de infligir daño al enemigo pues se deben preservar la vida, la dignidad y la salud de las víctimas, derechos estos que están por encima del manejo de la guerra.

Con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, a partir de la Segunda Guerra Mundial, las Declaraciones de Derechos se convierten en exposiciones programáticas suscritas por la mayoría de países del mundo. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, encontró el respaldo institucional de los Estados del Consejo de Europa, que en 1950 suscribieron la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales. En

[392] Revista Virtual, en referencia http://sp.rian.ru/international/20110429/148831838.html tomado en fecha 1 de mayo de 2011.

tiempos más próximos, las Declaraciones han servido para canalizar todo tipo de reivindicaciones - derechos de la mujer, del niño, de los jóvenes, de los pueblos indios, etc.- sin conseguir, en la mayoría de casos, el necesario apoyo estatal. Hoy, los derechos individuales, aunque ignorados en demasiadas ocasiones, ocupan, en cambio, más espacio que nunca en las Constituciones y leyes de todos nuestros países y cuanto menores son las expectativas más se acrecientan las esperanzas de que sus postulados se realicen.

VII. DERECHO A LA IGUALDAD, DEBIDO PROCESO Y UNA REVISION A LA SOBERANIA

En este subtitulo se trabajara uno de los apéndices de gran transcendencia en el marco del debido proceso , que se prolija en todos las constituciones americanas el derecho la igualdad aunque es un concepto ambiguo, que parte de diferente proposiciones como: igualdad de facto = justicia conmutativa, igualdad política liberal, o igualad ante la ley pero en este trabajo se asumirá la igualdad ante la ley que es el que se armoniza con irretroactividad de la ley, principio *pro homine* y el debido proceso.

> "Hay quien recuenta las siete acepciones diversas en la historia de este principio. La acepción originaria (aunque siempre incumplida) sería la diferenciación legal entre personas (el no hacer distinciones entre ellas), mientras que la más novedosa será la relativa a la prohibición de la diferenciación arbitraria o injustificada de las personas (discriminación) atendiendo a determinados criterios de clasificación (la raza, sexo, religión etc.). Entre ambas estarían otras acepciones como irretroactividad de la ley, el debido proceso, el acceso a la justicia independientemente de la disponibilidad económica para pagarla, el que nadie puede situarse por encima de la ley".[393]

Esto no solamente se agotan en la justicia nacional de cada Estado, sino se encuentran descritas en el derecho internacional para tomar un ejemplo, señalemos que en el marco de la convención Americana el derecho a la igualdad están entrecruzado bajo la arista del principio de no discriminación que en su artículo 1.1 " garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo , idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económicas, nacimiento otra condición social" e igualmente en el artículo 24 "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". De esto La Corte interamericana ha expresado como precedente judicial que el derecho a la igualdad es semejante al principio de no

[393] Unzueta Barrera, Angeles. Igualdad y Discriminación Positiva. Universidad del País Vasco. Referencia en línea tomado en fecha 1 Julio de 2011 l http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf Pág. 9.

discriminación siendo estas únicas e indivisibles, que todo Estado debe hacer en su medida para no interponer reglas que indiquen un trato discriminatorio a sus ciudadanos o sus extranjeros.

"La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (*supra* párr. 71), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que "[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio.

El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias".[394]

Cabe añadir que la Corte interamericana ha sido enfática en varias opiniones consultivas en evocar el derecho a la igualdad y la discriminación como fuente generadora de derechos recíprocos de los Estados firmantes, para la protección de conexidad de la garantía del articulo 8 y 25 en pro de la defensa de los derechos humanos, como acto distinto de la soberanía nacional.

Para seguir el hilo conductor surge la siguiente duda en torno al derecho igualdad, y soberanía nacional, en pro del debido proceso y los derechos humanos.

De este enunciado pasa a perderse la vieja data discusión ¿Cómo se pierde la soberanía nacional? ¿Es posible la intromisión de un Corte Supranacional cuando los países que vulneran un derecho humano siendo que sus Cortes Constitucionales son permisivas a vulnerar el paradigma social?

Para desarrollar el concepto de soberanía es necesario recordar, dentro de la teoría clásica del estado, a quienes primeramente comenzaron a desarrollar este tema dando origen al constitucionalismo moderno, es por ello que Hobbes, Rousseau, Locke, con su teoría

[394] Opinion Consultiva OC 18/03 Condición Jurídica de los Inmigrantes Indocumentados del Estado Mexicano párrafo 83-88.

contractualita hablaban que el estado y la soberanía se derivaban de un contrato en el cual el pueblo cedía sus derechos al soberano para que este le gobernara y recibiera a cambio seguridad y una convivencia pacífica.

Jon Locke uno de los principales contractualitas clásicos, nos dice que esto sucede cuando consecuentemente cada vía que un determinado número de individuos se une en una comunidad, despojándose cada uno de ellos del poder para poder ejercitar la Ley natural, claudicándolo a la sociedad en ese momento, y únicamente en ese instante, se conforma una sociedad política o civil. Esta situación se origina siempre que cierta cantidad de personas que vivían en el estado de la naturaleza se agrupan para constituir un pueblo, un organismo político, subordinado a un gobierno supremo.

Es a través del pacto hecho con otros hombres de unirse y contribuir en una comunidad designada a proporcionarles una vida grata, firme y pacífica de unos con otros, en el disfrute tranquilo de sus propias posesiones y una protección mayor contra cualquiera que no conforme esa comunidad. El pacto es el germen, el origen de la comunidad política. Ese pacto es fruto del consenso y del consentimiento de los que asisten a celebrarlo.

Pero, ¿qué sucede si el soberano no cumple con el pacto y se vuelve un tirano con su propio pueblo violando las garantías constitucionales plasmadas?

En el estado absolutista el soberano era el rey quien recibía su poder del mismo Dios y por lo tanto su mandato era potestad y podía legar su trono a su descendencia eternamente.

"El rey no puede tener un poder absoluto, que el mismo debe ser limitado y controlado, dando origen a la teoría de los tres poderes, el ejecutivo, el legislativo y el judicial, los cuales deben ser autónomos y controlarse entre sí".[395]

Esto genera que, haciendo parte de la naturaleza del mismo hombre, nadie quiera ser subordinado de otro, y se comienza a hablar de las monarquías constitucionales donde el rey cede parte de su autoridad al legislativo a través de la cámara de los Lord, pero se sigue reservando el poder de juzgar, en una falsa división de poderes donde no eran tres los poderes sino dos, el ejecutivo y judicial en manos del rey y el legislativo quien representaba al pueblo, donde ya se comienza a desvirtuar que el soberano era el rey, sino que la misma emanaba del legislativo al representar y ser la expresión de la voluntad general.

[395]De Secondat, Charles-Louis baron de Montesquieu. Espíritu sobre las Leyes. Tomado en línea http://www.libroos.es/libros-de-filosofia/varios/4360-montesquieu-el-espiritu-de-las-leyes-pdf.html

De él se desprende que la supremacía está en la ley por ser la expresión de la voluntad general, lo que fue utilizado por el totalitarismo y el fascismo para utilizarlo en contra del mismo pueblo, en el exterminio de judíos, gitanos y rusos, con el argumento de que lo que está en la Ley es expresión de la voluntad general y es permitido.

De esta premisa se dirige la ley que debía tener un control para evitar los desmanes del ejecutivo y el legislativo, pero en el estado absolutista esto era imposible porque se negaban a renunciar a sus derecho.

Emanuel Sienes ya hablaba del poder originario o primario y el poder derivado, en el entendido que el primero era del pueblo quien debía hacer sus propias leyes que le gobernaran y el segundo solo era para que se le reformara, dando origen a lo que es el constitucionalismo moderno.

Esto cimento que en la Constitución de los Estados unidos de 1787 donde se sienta el primer precedente por escrito, al quedar redactado en el artículo VI, sección 2 el principio de la supremacía constitucional, es decir, ya la Ley no era la primera y única fuente del derecho, sino que ahora estaba subordinada a la Constitución, que revindica el Debido proceso, legal.

El desarrollo del constitucionalismo moderno ha sido producto de la lucha ardua de los jueces por liberarse del yugo al que ha sido sometido por el poder ejecutivo y el legislativo e imponer controles a los mismos y por la necesidad de impartir justicia en pro del más débil, pero esa lucha tiene sus orígenes mucho antes de la constitución de Estados Unidos de 1787 o de la revolución Francesa de 1789.

En1610 en el emblemático caso del Dr. Thomas Bonham, resuelto por el Juez Eduard Coke, presidente de la Court of Common Pleas (tribunal de agravios civiles o comunes) en el cual se inaplicó una ley que contravenía los principios del Common Law, es decir los principios superiores que se crean por la fuerza del precedente de los tribunales, estableciéndolos por encima de los actos del parlamento, demanda que tuvo su origen por el arresto y multa por parte del Real Colegio de Médicos de Londres, al Dr. Bonham a quien le habían prohibido ejercer su profesión de médico en esa ciudad, donde realmente tiene su origen el control de la supremacía constitucional.

"Nos atrevemos a decir que los diferentes estados constitucionales no existen más para sí, sino, que de entrada constituyen una comunidad universal abierta"[396]

Para un primer aproximación, es el respeto interno de los derechos de la persona y paz entre las naciones, es preciso que las naciones tuvieran una "Constitución Republicana", o sea, una Constitución que respetara la dignidad, la igualdad y el debido proceso de las personas y la justificación que daba consistía en que el gobernante no podría recurrir a la guerra porque estaría sometido al control democrático de la opinión pública.

De esta forma, ya la soberanía no está en el mandatario, tampoco en el legislativo y se discute si es realmente el pueblo es el soberano o es la propia constitución que está en mano de los jueces, quienes la interpretan y la aplican, hablándose hoy en día del gobierno de los jueces o la soberanía de los jueces, o por si el contrario, es hasta ahora cuando los jueces han encontrado su real sitio y existe la teoría de los pesos y contrapesos donde realmente se establece la división poderes y más aún cuando en el discurso entendemos garantías y derechos humanos.

> " Es el juez prodigioso que tiene cierto parentesco con el anterior sostenedor del Ronal Dworkin, propone un modelo ideal de juez como el Juez Hércules, que es aquel que hipotéticamente conocería todas las circunstancias de los hechos que en juicia, todas las normas aplicables, todas las normas de la moral social, todas las circunstancias sociales, políticas y etcétera, y con todo ese perfecto conocimiento sería capaz de hallar la única decisión por definición correcta, la única respuesta para el caso"[397]

De acuerdo a lo anterior encontramos que el respeto a las garantías del debido proceso, y el derecho a la igualdad se fijan, en los antecedentes de la segunda post guerra donde se desarrolla el constitucionalismo moderno que dan cuenta que es la Constitución, y que alcance tiene coligiendose como suprema norma que relega a la ley a un segundo plano, la que provee de mecanismos constitucionales a los ciudadanos para que ejerzan el control a las tres ramas del poder público y lo hagan partícipe directo de los cambios sociales que esta debe tomar; pero este concepto dentro del paradigma del siglo XXI parece a desplazarse por los sistemas supranacionales ya sea por la pérdida de la legitimidad dentro cada Estado o el sistema de mercado, subyace la idea de unirse en un sistema ya sea iberoamericano único , en crear un

[396] Ferrer Mac Gregor, El Control Difuso de Convencionalidad. Artículo en línea tomado 20 de Junio de 2011 http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2873/9.pdf.

[397] Gozaíni, Alfredo Osvaldo. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires-Argentina. Pág. 335.

pacto para la defensa de la de los derechos humanos del ciudadano, originando una convención, que se repliega en Europa en su simil bajo el convenio y sus catorce protocolos.

Pasa escindirse que la soberanía clásica, pierde su peso por dar paso a un Sistema convencional donde pondera el resultado de las garantías a sus ciudadanos, ya no el marco de la data discusión del Estado y sociedad civil, sino a contrario sensu Multitud contra el Imperio.[398]

Teniendo claro que la soberanía pasa a desplazarse, la pregunta sobre el eje temático es ¿Qué hacer con aquellos Estados que violan los derechos humanos y no han firmado los convenios y vulneran las garantías?

Después de la segunda guerra mundial que se caracterizó por crímenes de lesa humanidad como torturas, genocidios, desapariciones etc., los Estados entraron en afán por crear organismos supranacionales para comprometer a sus miembros al respeto por los derechos humanos, al respeto por la soberanía entre los mismos para evitar futuras guerras y a fortalecer un desarrollo sostenido que garantice el progreso de los pueblos y el mejoramiento de la calidad de vida de sus ciudadanos, es así que aparecen organismos de carácter universal y regional como la ONU, la OTAN, entre otros y se crean sistemas de protección de Derechos Humanos, como el Sistema Europeo, que crea la Comisión de Derechos Humanos, el tribunal Europeo de Derechos humanos y el Comité de Ministros, con sede en Estrasburgo – Francia; El Sistema interamericano, con la Comisión Interamericana de Derechos humanos con sede en Washington y la Corte Interamericana de Derechos humanos con sede en San José de Costa Rica; y el Sistema Africano que crea la Corte Africana de Derechos humanos y de los pueblos o carta de Banjul, la cual fue firmada en 1981 y entró en vigencia en 1989, con la diferencia a las anteriores que en este sistema se tienen en cuenta conjuntamente los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales.

Pero entre los mismos tratados, protocolos y convenciones existen dos principios: el principio de la no intervención y el principio de la libre autodeterminación de los pueblos. ¿Cómo y en qué momento su puede intervenir respetando estos principios y más aún cómo actuar ante los Estados que no ratifican estos acuerdos?

[398] Negri, Antonio, Hardt Michel. Imperio y Multitud. Editorial Planeta. Reivindica que al encontrase dentro del imperio, la Multitud re sus derechos no como Sociedad Civil, sino como Multitud, el Estado no existe.

Estamos ante un mundo globalizado en todos los aspectos, lo económico, social, cultural, jurídico y ante las continuas violaciones a los derechos humanos es necesario preguntarnos: ¿Acaso hay límites soberanos que respetar ante un Estado que viola los derechos humanos básicos de sus propios habitantes, o al menos no lo impide?.

Algo que no es nuevo porque desde las mismas teorías contractualistas se habla que el súbdito cede sus derechos naturales al soberano, pero este se compromete a respetárselos de la misma forma y a garantizarle una convivencia pacífica, de lo contrario ese pacto se rompe y el súbdito no está en la obligación de respetar el mandato del soberano.

Hoy se habla de la teoría de la responsabilidad de proteger, nombre tomado del informe preparado en 2001 por la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados donde se ratifica que la función principal del estado es proteger y garantizarles todos los derechos a sus ciudadanos.

Entonces deberíamos preguntarnos, ¿Es necesario firmar un convenio para que el Estado no viole nuestros derechos o para que la comunidad internacional acuda en nuestra ayuda?.

Si los hay o los debe haber, ¿cuáles deberían ser esos límites a la soberanía y hasta dónde deberían valer cuando un Estado falla manifiestamente en la tarea de garantizar los Derechos Humanos de su población, al no evitar que grupos organizados de distinta índole o sus propias estructuras cometan, induzcan o permitan crímenes atroces y en masa?.

Los convenios son firmados por los delegatarios de los Estados, actuando en representación de su pueblo, al tiempo son los mismos que se encargan de violar los derechos humanos, pero, ¿son ellos los soberanos?, ¿acaso cuando un Estado no firma un acuerdo, no está predispuesto a violar los derechos humanos o ya los está violando? De acuerdo en lo que hemos tratado, ya la soberanía no reside en el ejecutivo y menos si está atenta contra su propio pueblo; Al hacerlo él ha roto con el contrato social y el pueblo puede alzarse y deponerlo, pero ahí el nuevo interrogante: ¿Cómo deponer a quien tiene el poder y las armas para mantenerse en el trono?

Es allí donde debe actuar la comunidad internacional en ayuda del pueblo que libremente se está auto determinando, pero que está en condiciones inferiores de fuerza para hacer valer sus derechos. El tirano debe caer porque el tirano no es el soberano, sino el pueblo y es este quien libremente se auto determina.

El debate avanzó, maduró y alumbró por fin un nuevo concepto en la Cumbre Mundial de 2005: La mirada sobre el problema pasó a concentrarse en las víctimas de violaciones de derechos humanos. Y, lo más interesante, sin desterrar el concepto de soberanía.

En 2009, el actual secretario general Ban Ki-moon tradujo el nuevo enfoque con sencillez y alcance positivo: la soberanía, antes que como potestad, se debe asumir como una gran responsabilidad ante la Humanidad. Si la soberanía reside en los pueblos y los Estados la ejercen en su nombre, no pueden hacerlo bien sin respetar los derechos humanos de esas mismas personas a las que se deben.

Soberanía como responsabilidad de los Estados para garantizar los derechos humanos de sus habitantes. Ya no para limitárselos por dudosas razones de seguridad. Ya no como máscara de hierro de masacres y represiones, sino todo lo contrario. Responsabilidad compartida por todos los Estados para prevenir violaciones, reaccionar en conjunto y actuar pensando en las potenciales víctimas: más de 200 millones de seres humanos murieron en guerras, matanzas y genocidios en el Siglo XX. Y nueve de cada diez eran civiles.

La Responsabilidad de Proteger se pretende diferente de la conocida "intervención humanitaria", pensada como "derecho" de los Estados para actuar coercitivamente sobre otros con la intención de impedir atrocidades contra la población. La R de P no contempla lo que un Estado puede arrogarse sobre otro, sino más bien parte de una carga, de una responsabilidad de proteger cada uno a su propia población y al resto de asistirlo para lograrlo, de tal modo que la coerción sólo es posible en circunstancias excepcionales de gravísimas violaciones de los derechos humanos. Pero, ¿cuáles?

La doctrina de la Responsabilidad de Proteger se sustenta en tres "pilares", y el primero de ellos es, justamente, la responsabilidad primaria que le cabe a cada Estado de proteger a sus habitantes de: genocidios, crímenes de guerra, limpiezas étnicas y crímenes de lesa humanidad. Éstas -y no cualquier otra- son las cuatro causales bien identificadas para llegar a condicionar el ejercicio de soberanía de un miembro de la comunidad internacional.

El segundo pilar ya traspasa las fronteras nacionales y supone el compromiso de toda la comunidad internacional, para asistir a los Estados en la prevención de esas violaciones, e impedirlas cuando sea necesario. Esa asistencia puede adquirir formas ya conocidas, como la económica, la legal para ejecutar reformas institucionales, hasta mediaciones en el Estado en cuestión cuando hay partes en disputa que las acepten como salida.

Pero la Responsabilidad de Proteger tiene en su tercer pilar doctrinario, probablemente, el más debatido: la responsabilidad de la comunidad internacional de reaccionar -además de prevenir y asistir- “colectivamente” tomando "decisivas y oportunas acciones" en un Estado si se considera que hay pruebas evidentes de genocidio, limpieza étnica, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad (los “cuatro crímenes” enunciados).

Se establecen requisitos para esa intervención: causa justa, último recurso y medios proporcionales, entre otros. Pero no es tan sencillo. Aunque el concepto de soberanía deje de verse simplemente como la lisa y llana capacidad de tener el control dentro de unos límites fronterizos, y se aborde como indivisible de la garantía de los derechos humanos, la puesta en práctica implica aún, como mínimo, varios desafíos.

Pero la comunidad internacional, al pasar a los hechos, afrontará probablemente necesidades. Una, contar institucionalmente -desde la ONU y organismos regionales- con herramientas eficientes de alertas tempranas de violaciones graves de los derechos humanos. Otra, tener listos instrumentos prácticos previamente acordados sobre cómo asistir a los Estados y las poblaciones que lo necesiten.

VIII. PLAZO RAZONABLE

La corte aplica la interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos y otros tratados referentes al tema. La corte tiene la facultad de conocer cualquier caso relativo a vulneración de derechos humanos siempre que los Estado partes reconozcan la competencia de esta, conoce de aquellos casos en que se ha vulnerado un derecho o libertad protegido por la convención, siendo necesario que se hayan agotado los procedimientos, tales como el agotamiento de los recursos internos.

No en todos los casos es necesario agotar los recursos internos se puede obviar esto cuando se presente:

- Cuando no exista una legislación interna para la protección del derecho.
- Cuando no se haya permitido a la víctima tener acceso a los recursos internos.
- Cuando haya retardo injustificado en la decisión de los recursos internos
- Cuando exista un temor generalizado en el Estado demandado para plantear casos de derechos humanos.
- Violación del plazo razonable

Como se ha desarrollado la corte tiene funciones dualistas cuyo ejercicio depende de si el Estado ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos o si no lo ha hecho.

Para saber que procedimiento se debe llevar se deben tener en cuenta:

- El instrumento normativo
- Procedimiento
- Posibilidad de someter el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el pacto de San José de Costa Rica no solo se fungió el debido proceso dio paso a una nueva figura en el sistema iberoamericano que se denomina dentro de la convención el plazo razonable, siendo el tema que se marca como novedoso, pese a que no requiere al agotamiento de las medidas del derecho interno, esto quiere decir que el ciudadano no tiene la necesidad de recurrir al estado y poner en funcionamiento el aparato estatal para poder ir al sistema interamericano, sino ir recurrir directamente cuando el Estado da trabas para dar una solución justa al ciudadano, pero esto ha sido abanderado por la Corte Europea de Derechos humanos.

"Este tribunal valorará el carácter razonable de la duración de la causa a la luz de las circunstancias de la causa, las cuales prescriben, en el caso presente, una evaluación global, y teniendo en consideración los criterios consagrados por su doctrina legal, en particular la complejidad de la causa, el comportamiento del demandante y el de las autoridades competentes".[399]

Este concepto genérico no se encuentra delimitado en una temporalidad espacial, sino está determinado entre la duración razonable y la prolongación indebida de un proceso, que brinda unos criterios a ser evaluados por la judicatura si afecta o no el derecho al plazo razonable.

Pablo Grillo Ciocchini *"el proceso debe tener una duración que como mínimo -para resultar razonable- debe permitir su desarrollo a los principios de igualdad y bilateralidad en un grado acorde con las cuestiones en disputa"*[400].

[399]Véase Sentencias Pélissier et Sassi vs Franciade 25 de Marzo de 1999, Recueeldessarréts el decisions 1999-IV p 333.Corte Europea de Derechos Humanos.

[400]CANO LOPEZ, Miluska Giovanna. El Derecho al Plazo Razonable. Articulo Tomado en: http://www.teleley.com/articulos/art_150708-4m.pdf

De este enunciado la Corte Interamericana manifiesta que se desarrolla en dos ámbitos a) las garantías mínimas del debido proceso legal b) el derecho de acceso a la justicia, añadiendo que el Estado no debe colocar trabas irrazonables a sus ciudadanos para obtener la dinámica de la justicia, así de este enunciado surge la primera duda ¿Cuál es el un plazo razonable para tener una sentencia en un proceso judicial?

"La CIDH ha señalado, en algunas oportunidades, que la razonabilidad del plazo al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del Procedimiento desarrollado, desde su primer acto hasta la última resolución por la cual se agote la jurisdicción, incluidas todas las instancias de revisión judicial10. En otras, ha dicho que esa apreciación debe hacerse en relación al tiempo transcurrido en el proceso hasta que se dictó la sentencia definitiva, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse"[401]

Así mismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó varios criterios como lo sintetizo la Dra. Adelina Loiano en su exposición:

- ✓La complejidad del asunto
- ✓La conducta Procesal del Justificable interesado
- ✓La Conducta de las autoridades Judiciales
- ✓Las Consecuencias que provoca la demora en la Situación Jurídica de la persona involucrad.

De estas características toca analizar el Caso Valle- Jaramillo y otros Colombia de fecha 27 de noviembre de 2008.Donde el señor Jesús Mario Valle fue cruelmente asesinado, y secuestrados Carlos Fernando Jaramillo y Nelly Valle, donde por la inactividad del estado en proceso penal se tenía incertidumbre de los perpetradores de los delitos, violando el plazo razonable.

"El Tribunal considera que si bien se han llevado a cabo investigaciones penales, como consecuencia de lo cual en algunas de ellas han sido condenados algunos particulares, subsiste una impunidad parcial en el presente caso, tal y como lo ha reconocido el Estado, en la medida en que no ha sido determinada toda la verdad de los hechos ni la totalidad de las responsabilidades por los mismos. Además, la impunidad se refleja en el juicio y condena en

[401]MIDON, Gladis. La Garantía en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana y la Realidad Argentina. Tomado en: http://www.pensamientopenal.com.ar/16032010/procesal12.pdf, Pág.5

ausencia de paramilitares que se han visto beneficiados con la inefectividad de la sanción por no haberse hecho efectivas las órdenes de captura libradas en su contra"[402]

De acuerdo a lo anterior las consecuencias de la violación del plazo razonable dan origen violaciones de los derechos humanos e impunidad, toda vez la duración de un proceso tiene especial interés en el caso de establecer la responsabilidad y las sanciones correspondientes por violaciones de los derechos. La demora en el juzgamiento de los procesos de estos actos trae el resultado de la Impunidad.

"La Falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de responsables de las violaciones de derechos protegidos por la convención americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición única crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares" [403].

Para quedarse en un estudio meramente formal, La Corte Interamericana estudió el plazo razonable bajo las acciones constitucionales, tutela y habeas corpus señalando como premisa que de acuerdo al artículo 25 de la Convención que reconoce que el derecho a toda persona a contar con un recurso efectivo para la protección de sus derechos fundamentales.

"De conformidad con el procedimiento establecida para los recursos de amparo en la Ley de Habeas Corpus y Amparo No 23.506 en el Perú, este debe ser sumario y expedito, pues fija plazos perentorios y máximos de 20 días para que los tribunales correspondientes emitan resoluciones judiciales en cada una de las instancias (del poder judicial) que conocen de la materia. En el presente caso, las tres supuestas víctimas interpusieron sus recursos de amparo los días 25 de Julio y 1 de Agosto de 1997 y ambas fueron denegadas (segunda instancia) el 9 de Febrero de 1998, es decir, más de seis meses después de interposición. Por otra parte, según el artículo 41de la ley orgánica un recurso extraordinario ante el tribunal constitucional contra las resoluciones del poder judicial denegatorias de las acciones de amparo) y este debe ser resulto dentro de un plazo máximo de 20 días. En razón de lo anterior, los magistrados destituidos interpusieron los correspondientes recursos extraordinarios (ante el tribunal), en cuya decisión se confirmó las resoluciones anteriores el 10 y 16 julio de 1998".

[402]CORTE IDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de Noviembre de 2008. Serie C No 192.

[403] Caso Paniagua Morales y otros, sentencia de 8 de Marzo de 1998, supra 173.

¿Es posible establecer una sanción indemnizatoria por violación al plazo razonable a los países que hacen parte del sistema interamericano por la congestión judicial dentro de la justicia local?

IX. DEBIDO PROCESO Y ACCESO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Dentro de las constituciones americanas la garantía de reclamar ante los jueces su derecho subjetivo, es de vital importancia ya que no se resume en la obtención de una sentencia judicial sino la dar la solución al conflicto pronunciado por un organismo jurisdiccional con fundamento de los derechos humanos y el derecho internacional, aunque el Estados se cobijen en validez formal de su ordenamiento jurídico o constitución.

"La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana[404]. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial "[405]

Así desde la construcción de la convención en sus artículos 8.1 que es el prisma del contenido de las garantías se enfatiza "toda persona tiene derecho a ser oída para la resolución de sus controversias, con las garantías debidas y ante un tribunal competente, independiente e imparcial"

Este enunciado desprende dos formas de debido proceso que reafirma el acceso a la justicia, de acuerdo a dos principios eficacia y celeridad.

---

[404]*CFR.* ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, Resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) de 11 de septiembre de 2001.

[405]*Cfr. Caso Gelman Vs Uruguay supra nota 193, párrafo 239, Sentencia de Fondo y Reparaciones fecha 24 de Febrero de 2011.*

"Esta disposición de la Convención consagra el derecho a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que impongan costos o dificulte de cualquier otro manera el acceso a los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de Justicia debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención".[406]

El acceso de la justicia en el principio de la eficacia no solo se agota en el recurso de alzada, ni ser oído, sino que a medida que se dota de la resolución por parte del juzgador se finiquite la *litis* sin dilación alguna que no lleve a vulnerar el contenido esencial del debido proceso; así mismo que la medida escogida por el juzgador para proteger el derecho de la convención debe ser idónea, para la situación jurídica infringida. Así en relación a la eficacia la Corte interamericana considera "deber ser capaz de producir el resultado para él ha sido concebido".[407]

Si no cumple estos requisitos se torna desproporcionados e ineficaces llevando no solo vulnerar el derecho sino la Convención, sino haciendo responsable el Estado infractor " cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el poder judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure u cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial".[408]

Cabe mencionar un último aspecto el acceso de la justicia en el principio de la eficacia, es decir no solo la garantía es individual es igualmente colectiva, en cuanto a la obtención de la protección, este quiere decir que esta lleva a obtenerse no solo a la víctima quien sufrió el daño esta se extiende a los familiares quienes por los acontecimientos y circunstancias debe desprenderse un interés homogéneo

Del acceso de la justicia en cuanta celeridad, es un tema que se encuentra inmerso en el segundo subtema de este capítulo, pero vale resaltar que:

---

[406] Caso Cantos, sentencia del 28 de noviembre de 2002, supra 50
[407] Caso Velásquez Rodriguez, sentencia del 29 de Julio de 1988, supra 66
[408]Opinion consultiva OC- 9/87, del 6 de Diciembre de 1987. Garantias Judiciales en estados de Emergencia, supra 24.

"En suma, la primera conclusión que surge del derecho procesal transnacional, adoptado como temperamento común para idealizar un mecanismo, ágil y expedito, en los procesos judiciales, determina la creación de un nuevo derecho subjetivo de quienes acuden por necesidad ante los jueces requiriendo la solución de sus conflictos. El derecho a obtener sentencia en un plazo razonable es la novedad que tiene un proceso con todas las garantías"[409].

Así el derecho subjetivo de tener una pronta justicia, es el enunciado que cumple una justicia material, ya que al cercenar la posibilidad de obtener un derecho y este cumplan con los requisitos por parte del órgano jurisdiccional local se den, pero tardíamente cuando ya han cesado los efectos o cuando la víctima fenece o la resolución perezca. No es la verdadera protección del derecho llevando a la impunidad o iniquidad de la medida.

"La falta en su de investigación, persecución captura, enjuiciamiento y cadena de responsables de los violaciones de los derechos protegidos por la convención americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir la situación por todas los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares"[410]

La celeridad en la justicia, no solo es la herramienta de la obtención de una sentencia, sino coadyuvar subsanar los efectos del Estado en contra de sus conciudadanos, " Por eso, cuando el proceso judicial, tiene demoras imputables al Estado y no concreta la eficacia ni la justicia requerida, se refuerza la tesis de la Responsabilidad, porque la vigencia de las normas incorporadas sería absolutamente debilitada si el particular afectado no tuviera medios o mecanismos para denunciar la alteración y reclamar el resarcimiento prometido".[411]

X. DEBIDO PROCESO COMO TRIBUNAL COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL

Desde la constitución de un sistema judicial en la carta magna de 1215, un tópico argumentativo es la decisión por parte de ¿Quién la toma? , ¿Cómo la toma?, ¿Bajo qué parámetros la toma?, ¿Es justa la decisión que toma?

---

[409]GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires-Argentina. Pág. 526

[410] Caso Paniagua Morales y otros, sentencia 28 de Marzo de 1998, supra 173

[411]GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires-Argentina. Pág 588

Se desliga de este articulado que un tribunal competente es aquel que previamente está determinado por reglas previamente establecidas (territorio, materia), dando una solución a la controversia que se propone mediante la sentencia judicial. En el nivel de cada Estado previamente la competencia está regulada de acuerdo a la funcionalidad.

En cuanto al nivel independiente, es el grado de no injerencia que tiene el juzgador al tomar una decisión y que sea respetada por los poderes públicos e igualmente por su superiores jerárquicos siempre cuando la decisión este tomada bajo en un sustento razonable (véase nota)[412], "la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas"[413]

Cabe resaltar que la independencia no es formal de pronunciar una sentencia, sino desarrollarla de acuerdo al sano criterio de buscar solo verdad real de la discusión jurídica, que el juzgador más allá del criterio legal, se identifique con la imparcialidad.

La imparcialidad a grandes rasgos es aquella que el órgano judicial que resuelve la naturaleza del asunto asegure a las personas que la controversia será decidida por un ente que no tiene ningún interés o relación personal con el problema, y que mantendrá una posición objetiva al momento de resolverlo.

En la imparcialidad toca discutir, en cuanto a la complejidad de la decisión y las partes que participan.

Complejidad a la decisión: toda sentencia, que se pronuncie debe estar considerada desde el apego a la ley, este quiere decir que desde sistema positivista jurídico Kelseniano, la ley es la fuente manifestación soberana y la abstracción general para dar la solución del caso inter partes a la litis, pero pese a cumplirse este requisito no más que una formulación de un silogismo categórico del sistema Aristotélico, por tanto más aun en un problema de Filosofía del derecho entre los vacíos que se pretende en la ley como: en los casos difíciles , es la necesidad de fijar un alcance de la complejidad de la decisión para no tomar medidas desproporcionadas. Como en la precisión judicial seria test de razonabilidad (véase nota).[414]

---

[412] Como razonable categoría tomada de Jhon Rawls , donde no escogida por la mayoría pero tiene un sustento ético, jurídico y poltico.

[413] Caso Tribunal Constitucional, sentencia 31 de Enero del 2001, supra 73.

[414] Cortes Silvestre, Jose Luis. El test de proporcionalidad. Articulo tomado en línea fecha 8 de Julio de 2011 http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/principio_proporcionalidad.pdf

Las partes que participan: Es de analizar dos cuestiones importantes, desde el ámbito del juzgador y los sujetos procesales.

XI. JUZGADOR

En principio toda decisión judicial, está tomada bajo una carga valorativa, ya sea por la concepción jurídica que se tenga o por la complejidad del asunto que se debate, así la imparcialidad parece desplomarse en el cauce de la subjetividad por tanto esto estriba en tener referente que permita guiar la objetividad del juzgador, siendo su herramienta hoy los derechos humanos o en el sistema iberoamericano las decisiones por la Corte interamericana.

El Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana advierte claramente una "internacionalización del Derecho Constitucional", particularmente al trasladar las "garantías constitucionales" como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la "supremacía constitucional", a las "garantías convencionales" como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una "supremacía convencional".[415]

XII. SUJETOS PROCESALES

Cabe decir que más allá de la Jurisdicción, la acción y la sentencia, se encuentran los sujetos procesales, los interesados por vía activa de la solución del conflicto, pero vale recordar en el derecho procesal constitucional hablamos de garantías en pro de la defensa de los derechos humanos, así el tercero interviniente como acción popular o de grupo en los derechos difusos tiene un interés legítimo, por tanto la imparcialidad no solo esta cimentada en la decisión por de juzgador sino qué papel juegan, que medida buscan los terceros, su razón al oponerse es legítima o solo obedecen a un mandato de capitalización del sistema.

[415] Ferer Mac-Gregor, Eduardo. Voto Razonado con la sentencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Supra 13 -21

Más de ubicar en el marco de los impedimentos y recusaciones del juez, es encontrar cual es la fuente de su participación (véase nota).[416]

XIII. CONSOLIDACIÓN Y FIJACIÓN EN LA JUSTICIA LOCAL COLOMBIANA

Parece que en su línea jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional de Colombia ha sido prolija en aceptar que el debido proceso en el sistema interamericano es de amplia gama siendo extensiva a cualquier actuación judicial dentro de los procedimientos administrativos o civiles.

> "Los sistemas universal e interamericano de protección de los derechos humanos, han establecido una multiplicidad de preceptos normativos, ampliamente desarrollados en la jurisprudencia de los órganos internacionales, los cuales, si bien han estado orientados principalmente a proteger todas las garantías inherentes al debido proceso en los juicios penales, se han hecho extensivos a los procedimientos civiles y administrativos. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado una jurisprudencia , según la cual, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2º del artículo 8º de la Convención se aplican también a los procedimientos de carácter civil y administrativo y, por ende, en éstos, los individuos tienen derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal. Ha señalado así el Tribunal Interamericano: Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas." [417]

Pero de acuerdo a un giro del Tribunal Constitucional Colombiano "*La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad*, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado".[418]

XIV. LA PROBLEMÁTICA DE LA VANIDAD DE LAS ALTAS CORTES DE CIERRES COMO DENEGACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y ACCESO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Dentro este aparte vale a consolidar ejemplos clásicos de violación del debido proceso y de la administración de justicia dentro de la justicia local colombiana, en lo que se denomina acción de tutela providencias judiciales y termino mal referido choque de trenes.

---

[416] Dentro del ordenamiento colombiano se incentiva económicamente a la personas que interpusieran bajo la ley 472 de 1998, pero algunos por su afán interesados por ganar empréstitos no importaban la defensa de la garantía, asi bajo la ley 1425 de 2010 elimino el incentivo arrojando un bajo el nivel de demandas.

[417]COLOMBIA: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Control de Constitucionalidad 1189 – 2005. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto,La posición reflejada en esta sentencia es seguida posteriormente por la sentencia T-786 de 2003, T-558 de 2003, y C-671 de 2002.

[418]"Convención Americana de Derechos Humanos se integra al bloque de constitucionalidad pero ello no significa que adquiera el rango de norma supra-constitucional". La cita corresponde al original del texto.

Encontramos una primera aproximación en el caso Sergio Emilio Cadena Antolinez Informe No 44/08 de la Comisión interamericana de Derechos Humanos.

Los hechos que conoció el organismo internacional ,se presentaron por el señor Sergio Emilio Cadena Antolinez, este se encontraba como empleado de la República entre el periodo el 20 de Febrero de 1980 hasta el 13 de Enero de 1997 cuando fue despido sin justa causa, al momento de los hechos el señor Cadena Antolinez se encontraba amparado por el articulo 8 numeral 3 de la convención colectiva que obligaba, Trabajo que contemplaba la obligación del Banco de la República de pensionar a los trabajadores despedidos sin justa causa que contaran con una antigüedad superior a los diez años de servicio.

La carta de despido emitida por el Banco reconocía su calidad de deudor pero condicionaba su obligación a que el señor Cadena Antolinez cumpliera la edad establecida "de conformidad con la ley" para beneficiarse de la pensión por lo que éste último alegó que la aplicación de la convención colectiva de trabajo no se encontraba supeditada a la edad del beneficiario.

El administrado agota la vía gubernativa reclamando su derecho; por este motivopresentó una demanda ante el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el cual, en primera instancia, condenó al Banco de la República a abonar la pensión al señor Cadena Antolinez. Alegan que esta sentencia fue apelada por ambas partes y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual modificó el valor de la mesada en favor del señor Cadena Antolinez.

Seguidamente, el Banco de la República presentó recurso extraordinario ante la Sala de Casación Laboral de la Suprema Corte de Justicia. La Corte Suprema resolvió a favor del Banco de la República mediante providencia de fecha 11 de febrero de 2000, absolviendo al banco de todas las pretensiones.

El señor Cadena Antolinez presento acción de tutela que fue conocida por el Consejo Superior Seccional sala disciplinaria quien denegó su derecho y confirmada por el Consejo Superior de la Judicatura, así en sede de revisión de la Corte Constitucional bajo la sentencia SU-1185/2001 ordeno revocar el fallo del Consejo Superior de la Jurisdiccional, ordenando el restablecimiento del debido proceso, y el derecho a la igualdad declarando sin ningún valor y efecto la providencia proferida por la Sala de Casación Laboral. A los efectos del restablecimiento de los derechos afectados, la decisión de la Corte Constitucional ordenó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que en el plazo de 30 días "proceda

a proferir nuevamente la sentencia sin la violación de los derechos y garantías constitucionales consagradas en la Carta Política.

Pese al derecho concedido, la Corte Suprema de Justicia la Sala Laboral decidió confirmar la Sentencia originalmente dictada.

El señor cadena Antolinez presenta incidente de desacato ante el Consejo Superior de la Judicatura, solicitando que se diera cumplimento de sus derechos en la SU-1185 de 2001.

El Consejo Superior de la Judicatura se declara incompetente, para conocer el incidente de desacato y decidió remitirlo a la comisión de investigación y acusación de la Cámara de Representantes.

En consecuencia de lo anterior el señor Cadena Antolinez recurre en el sistema interamericano en busca de la protección de sus derechos.

Pese a que fueron solucionados por parte a la presión internacional y la solución amistosa del Banco de la Republica.

La comisión en su escrito señala:

> "El presente caso refleja que el efecto del llamado "choque de trenes" es el de generar y perpetuar una situación de indefinición de los derechos ya sea reconocidos o negados por los tribunales de instancia superior: la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. El conflicto entre estas instancias judiciales superiores deja a los usuarios del sistema judicial en la incertidumbre sobre el curso de acción a seguir en los casos en los que las sentencias judiciales violan derechos protegidos por la Convención Americana.
>
> La Comisión observa que en el presente caso el conflicto entre las altas cortes, generado por el llamado "choque de trenes", causó incertidumbre sobre la materialización de los derechos del señor Cadena Antolinez, por causa de incumplimientos y trámites adicionales. Esta incertidumbre se prolongó por un lapso que resulta incompatible con la obligación de los Estados partes de proporcionar acceso a recursos sencillos, rápidos y efectivos, tales como la tutela en Colombia".[419]

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, Manuel, Para una razonable definición de "razonable", Doxa No 4, 1987 Pág. 193.

Atienza, Manuel, Sobre lo razonable en Derecho, Revista Española de Derecho Constitucional, No 7, 1989 Pág. 93.

Fernández, Thomas Ramón, De la Arbitrariedad del Legislador, Una crítica a la Jurisprudencia Constitucional, editorial Civitas 1998. Pág. 30.

Gozaíni, Alfredo Osvaldo, Derecho Procesal Constitucional, editorial Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires- Argentina, págs. 19, 335, 526 y 588.

[419]COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.Informe No. 44/08Caso 12.448 Fondo Sergio Emilio Cadena Antolinez Colombia

Nieto, Alejandro, El arbitrio judicial, Editorial Ariel, Barcelona- España 2001. Pág. 336.
CASOS:
Caso Cantos, sentencia del 28 de noviembre de 2002, supra 50.
Caso Gelman y otros contra Uruguay supra nota 239, Sentencia 24 de Febrero de 2011.
Caso Paniagua Morales y otros, sentencia 28 de Marzo de 1998, supra 173.
Caso Tribunal Constitucional, sentencia 31 de Enero de 2001 supra nota 131.
Caso Tribunal Constitucional, sentencia 31 de Enero del 2001, supra 73.
Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de Noviembre de 2008, Serie C No 192.
Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de Julio de 1988, supra 66.
Caso Vélez Loor y otros contra Panamá supra nota 142, Sentencia 23 de Noviembre de 2010.
Comisión Interamericana De Derechos Humanos, informe No. 44/08Caso 12.448 Fondo Sergio Emilio Cadena Antolinez Colombia.
OPINIÓN CONSULTIVA:
Opinión Consultiva OC 18/03 Condición Jurídica de los Inmigrantes Indocumentados del Estado Mexicano párrafo 83-88.
Opinión Consultiva OC- 8/87, del 30 de Enero de 1987, El habeas corpus bajo suspensión de garantías, párrafo 25.
Opinión consultiva OC- 9/87, del 6 de Diciembre de 1987. Garantías Judiciales en estados de Emergencia, supra 24.
Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de Octubre de 1987, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, párrafo 27.
PÁGINAS DE INTERNET:

Cano López, Miluska Giovanna, El Derecho al Plazo Razonable, Artículo tomado en: http://www.teleley.com/articulos/art_150708-4m.pdf.

De Secondat, Charles-Louis baron de Montesquieu, Espíritu sobre las Leyes, tomado en línea: http://www.libroos.es/libros-de-filosofia/varios/4360-montesquieu-el-espiritu-de-las-leyes-pdf.html.

Ferrer Mac Gregor, El Control Difuso de Convencionalidad, Artículo en línea tomado en: http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2873/9.pdf.
García Leal, Laura, El debido proceso y la protección judicial efectiva, tomado en: http://es.scribd.com/doc/19377128/DEBIDO-PROCESO.

http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/accpro.pdf

http://sp.rian.ru/international/20110429/148831838.html

http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/principio_proporcionalidad.pdf

http://www.robertexto.com/archivo8/legitimacion.htm

Midon, Gladis, La Garantía en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana y la Realidad Argentina, tomado en: http://www.pensamientopenal.com.ar/16032010/procesal12.pdf.

Unzueta Barrera, Ángeles, Igualdad y Discriminación Positiva, Universidad del País Vasco, referencia en línea: http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf. Pág. 9.

SENTENCIAS:

Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) de 11 de septiembre de 2001.

Colombia: Corte Constitucional, Sentencia de Control de Constitucionalidad 1189 – 2005, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, la posición reflejada en esta sentencia es seguida posteriormente por la sentencia T-786 de 2003, T-558 de 2003, y C-671 de 2002.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, voto razonado con la sentencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Supra 13 - 21.

Sentencias Pélissier et Sassi vs Franciade 25 de Marzo de 1999, Recueeldessarréts el decisions 1999- IV p 333 Corte Europea de Derechos Humanos.

CAPÍTULO XIII. FUNCIONES Y PROCEDIMIENTO ANTE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Patricia Ordoñez León[420]

RESUMEN:

La historia del sistema interamericano de derechos humanos data de décadas atrás, sin embargo la relación de México con dicho sistema es mucho más reciente debido a su reticencia a la completa inclusión al sistema de protección a los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, derecho internacional, Corte Interamericana

ABSTRACT:

The history of the inter-American human rights dating back decades, but the relationship between Mexico and the system is much more recent due to their reluctance to full inclusion in the system of protection of human rights.

KEYWORDS: Human rights, international law

INTRODUCCION

Las violaciones de derechos humanos han sido una constante en la historia de la humanidad que con el paso de los años se ha aminorado gracias a la intervención de organizaciones destinadas a ello como la Organización de las Naciones Unidas o la Organización de los Estados Americanos. Entre las múltiples violaciones de derechos humanos existen algunas que afectan sistemáticamente diversos derechos y que las consecuencias de los mismos impactan a la sociedad en general por lo severo de la afectación.

Dentro del marco de la protección de los derechos humanos es necesario hacer mención al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos (SIDH) que pertenece al conjunto de sistemas regionales de protección a los derechos fundamentales.

[420] Doctora en derecho por el Instituto Universitario de Puebla; profesora investigadora en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades; correo: pattyord@gmail.com; línea de investigación derechos humanos en el ámbito nacional e internacional.

En la actualidad el SIDH se encuentra conformado por la Convención Americana de Derechos Humanos, así como sus Protocolos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)[421], el relativo a la pena de muerte[422] y las cuatro convenciones interamericanas sectoriales sobre la prevención y sanción de la tortura[423], desaparición forzada de las personas[424], prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer[425] y eliminación de la discriminación contra las personas con discapacidad[426].

A diferencia de la Organización de las Naciones Unidas que representa un sistema internacional de protección logrando agrupar países de todos los continentes, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en cambio, se encuentra ubicado entre los sistemas regionales esto quiere decir que reúne países de una determinada ubicación geográfica, de los que también es parte el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos y el Sistema Africano de Protección de los Derechos Humanos, cuya creación data de años distintos al Interamericano pero cuya función en esencia es la misma.

El Sistema Interamericano no es el sistema regional con mayor antigüedad con relación a los otros, puesto que el sistema regional europeo lleva delantera en dicho ámbito.

El SIDH se encuentra compuesto por dos órganos que cumplen funciones en la materia y con atribuciones distintas, asimismo los procedimientos que en ellos se lleva a cabo son distintos entre sí a pesar de guardar íntima relación.

---

421 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador". Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el décimo octavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

422 Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Aprobado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el vigésimo período ordinario de la Asamblea General de la OEA. En vigor desde el 28 de agosto de 1991.

423 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. En vigor desde el 28 de febrero de 1987.

424 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Adoptada en *Belém do Pará*, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de la Asamblea General de la OEA. En vigor desde el 29 de marzo de 1996.

425 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de *Belém do Pará*." Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. En vigor desde el 5 de marzo de 1995.

426 Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Adoptada durante la Primera Sesión Plenaria de la Asamblea General de la OEA, el 7 de junio de 1999.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión IDH fue establecida formalmente en 1959, reuniéndose por primera vez en 1960.[427] Ya en 1961 la Comisión IDH comenzó a realizar visitas *in loco* para observar la situación general de los derechos humanos en un país, o para investigar una situación particular.

La Comisión se encuentra integrada por siete miembros (comisionados) de la nacionalidad de algunos de los Estados miembros de la OEA, elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal. Como la comisión es un órgano de promoción y protección pero no de carácter judicial sino cuasi judicial, no se requiere ser jurista para ser designado miembro a diferencia de la Corte Interamericana donde ello sí representa un requisito necesario. La Comisión no es un órgano permanente, sino que se reúne varias veces al año, dependiendo del presupuesto anual que le haya asignado la OEA, razón por la cual, el peso administrativo y logístico recae en su Secretaría y el personal profesional**,** quienes se mantienen trabajando regularmente. Sin embargo, debido a la carga de trabajo que abarca alrededor de 1**,**000 peticiones individuales, visitas que deben hacer a los países para la emisión de informes específicos, etc. sus recursos financieros y humanos no son los idóneos para brindar un adecuado servicio cuya competencia abarca 35 países de la región incluyendo a Cuba.[428]

La Comisión IDH realiza su trabajo con base en tres pilares**:**

- El Sistema de Petición Individual;
- El monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados Miembros; y
- La atención a líneas temáticas prioritarias.[429]

A través de este andamiaje, la Comisión considera que en el contexto de la protección de los derechos de toda persona bajo la jurisdicción de los Estados americanos, es fundamental dar atención a las poblaciones, comunidades y grupos históricamente sometidos a discriminación. En forma complementaria, otros conceptos informan su trabajo: el principio *pro homine* –según el cual la interpretación de una norma debe hacerse de la manera más favorable al ser humano-, la necesidad de acceso a la justicia, y la incorporación de la perspectiva de género a todas sus actividades.

[427] Ídem.
[428] Ídem.
[429] Ídem

En este orden de ideas, es importante señalar cuáles son las funciones de la Comisión para poder apreciar la diferencia que existe entre ésta y la Corte IDH.

La Comisión IDH, respecto a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), tiene las siguientes atribuciones:

- Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- Preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- Solicitar de los gobiernos de los Estados miembros, que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son partes;
- Practicar observaciones *in loco* en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo, y
- Presentar al Secretario General el programa - presupuesto de la Comisión IDH para que éste lo someta a la Asamblea General de la OEA.

En relación con los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión IDH tiene las siguientes atribuciones:

- Diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención;
- Comparecer ante la Corte IDH en los casos previstos en la Convención;
- Solicitar a la Corte IDH que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas;
- Consultar a la Corte IDH acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos;

- Someter a la consideración de la Asamblea General de la OEA proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y
- Someter a la Asamblea General de la OEA, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[430]

La Comisión IDH, al igual que la Corte IDH, tiene amplia competencia para interpretar *"otros Tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos*".[431] De igual forma, en su opinión consultiva OC-1/82, la Corte Interamericana interpretó la frase 'otros tratados' como: la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral.[432]

En la actualidad las funciones y competencia de la Comisión IDH son las más amplias que pueda tener un órgano de promoción y protección a los derechos humanos, no sólo por el trámite de casos concretos sino además porque puede promover desde muchos otros aspectos los derechos humanos, hacer recomendaciones, promover reformas al derecho interno de los Estados miembros en relación con los derechos humanos, funge como órgano consultor de la OEA en materia de derechos humanos y, promueve las políticas públicas en esta materia en los Estados miembros.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte IDH se encuentra compuesta por siete jueces de la nacionalidad de los Estados miembros de la OEA elegidos a título personal y por mayoría absoluta de votos de los Estados partes de la Convención de una lista de candidatos propuestos por los mismos estados. Una vez elegidos ejercen su cargo durante seis años y pueden ser reelegidos una vez para ejercer funciones durante seis años más.

---

[430] Ídem
[431] Ejemplo de ello podemos encontrarlo en el caso *Campo Algodonero vs México,* donde además de aplicar la Convención es también motivo de controversia lo acordado en la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* o *Convención Belem Do Pará.*
[432] Rodríguez Rescia Víctor, *op. cit.,* nota 21

La Corte IDH, al igual que la Comisión IDH, no es un órgano permanente, dejando, al igual que esta última el trabajo administrativo y logístico a su Secretaría. A diferencia de la Comisión, la Corte IDH ejerce competencia contenciosa (resolución de casos concretos mediante sentencias) y consultiva (emisión de opiniones sobre temas de derechos humanos a interpretar). Estas funciones se distinguen en la materia analizada y las reglas que rigen los respectivos procesos. Al ejercitar su competencia contenciosa, la Corte IDH analiza una demanda específica, establece la veracidad de los hechos denunciados y decide si éstos constituyen una violación a la Convención Americana. El ejercicio de la competencia consultiva es distinto en su contenido y alcances. Primero, al analizar una petición de opinión consultiva, el Tribunal interpreta el derecho internacional, no hechos específicos. Como consecuencia, no existen hechos por demostrar.[433]

En cuanto a su ámbito contencioso se debe hacer hincapié en cuanto al carácter jurídico de las decisiones emitidas por el Tribunal, ya que emiten sentencias y resoluciones en las que determinan o no la violación al derecho internacional que se denunció y que son vinculantes, tanto para el demandante como para el demandado en el proceso, previa la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte respecto del país implicado en el proceso. En cuanto a la competencia consultiva, si bien no está provista de una sentencia ejecutable directamente a nivel interno, las opiniones consultivas sí cumplen un papel importante dentro del proceso interpretativo de la Convención Americana.

Podría decirse que, mientras el acudir a la competencia contenciosa del Tribunal representa un medio para la resolución de conflictos de derechos humanos, el acudir a su competencia consultiva constituye un medio para prevenir conflictos entre los miembros y órganos del sistema interamericano y para perfeccionar los instrumentos por medio de los cuales se cumplen sus acuerdos.[434]

RESULTADOS

[433] La distinción entre la competencia contenciosa y la consultiva de la Corte Interamericana fue señalada por dicho tribunal desde la emisión de su primera opinión consultiva. Corte IDH. "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 1. Párr., 23, 24, 25, 51.

[434] Rodríguez Rescia Víctor, *op. cit.,* nota 21

La cultura del respeto de los derechos humanos tiene una base sólida en el argot internacional, existen instrumentos, organizaciones e instituciones encargadas de su promoción y protección siendo el ejemplo clásico la Organización de las Naciones Unidas a la que pertenecen a la fecha 193 países de todo el mundo, asimismo existen otros sistemas de ámbito regional como el Americano, el Africano y el Europeo, a su vez dichos sistemas están compuestos por órganos, secretarías, relatorías, etcétera, todos creados por una única razón: la de promover y salvaguardar el conjunto que conocemos como derechos humanos y que se encuentran contenidos en convenios y tratados.

Está de más mencionar a estas alturas la importancia de los mismos, la doctrina internacional ha hecho entrever, que los derechos humanos son prioridad en todo sistema de gobierno pues es de esta manera en la que el gobierno se legitima.

La cantidad de derechos reconocidos por los tratados internacionales ya sean bilaterales o multilaterales es enorme e intentar mencionarlos todos en un solo documento es una tarea campal, y ya que de igual forma no es el objetivo de este trabajo reseñarlos todos, nos limitaremos a mencionar que estos cubren todos los aspectos de la vida cotidiana y se encuentran relacionados los unos con los otros, la finalidad de los mismos es que los seres humanos se desenvuelvan en un ambiente óptimo para desarrollar todas sus capacidades accediendo con ello a una vida digna.

CAPÍTULO XVI. HERRAMIENTAS DE PROTECCION ANTE LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Adriana Esmeralda del Carmen Acosta Toraya[435] y Williams Alejandro Abdo Arias[436]

RESUMEN

La concreción de la personalidad y la plena capacidad jurídicas internacionales del ser humano constituye el medular avance de la ciencia jurídica del siglo XX. Estamos frente a un proceso de humanización del Derecho Internacional, y, encontramos como pilares básicos de los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos las que disponen sobre el derecho de petición individual y la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales.

INTRODUCCION

Las herramientas de protección internacional de derechos humanos son sumamente importantes ya que sin ellas los tratados internacionales de derechos humanos serian simplemente letras.

"en las audiencias públicas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en distintos casos, - sobre todo las audiencias relativas a reparaciones,- nos ha llamado particularmente la atención el señalamiento, cada vez más frecuente, por parte de las víctimas o de sus familiares, en el sentido de

[435] adrianaesmeralda@hotmail.com

[436] abogabdo@hotmail.com

que, si no fuese por el acceso a la instancia internacional, jamás se hubiera hecho justicia en sus casos concretos."[437]

El principio de efectividad *"ut res magis valeat quam pereat/effet utile*" abarca normas tanto sustantivas como procesales de los tratados de derechos humanos, y el carácter objetivo de las obligaciones de protección y la noción de garantía colectiva subyacente a tales tratados tiene primacía sobre restricciones adicionales emanada del Estado Individual.

DESARROLLO METODOLOGICO

La misma Convención también establece en su artículo 2 la obligación de adoptar medidas de derecho interno si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1[438] no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, comprometiéndose los Estados a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

[437] Cançado Trindade Antônio Augusto. Las Clausulas Pétreas de la Proteccion Internacional. http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/4.pdf. Consultado el 20 de mayo de 2015.

[438] Artículo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: . Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

La Convención Americana establece en lo referente a medios de protección, que son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención Americana[439]:

a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y

b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

En lo referente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como puntos relevantes resalto:

1. La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos[440].
2. Funciones [441]: La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

    a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;

    b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

[439] Artículo 33, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
[440] Artículo 35, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
[441] Artículo 41, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;

d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;

e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;

f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención, y

g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

3. Competencia[442]: Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

4. Comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos[443]: Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención. Dichas comunicaciones sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que

[442] Artículo 44, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
[443] Articulo 45 de la Convencion Americana sobre Derechos Humanos

haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.

5. Admisión[444]: Para que una petición o comunicación presentada conforme a los puntos 3 y 4 precedente, (que representan un breve análisis de los artículos 44 y 45 de la Convención Americana) sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; principio de Definitivita.

b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;

c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional. Litispendencia .

d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

6. Excepciones a los Requisitos de Admisión[445]: Las disposiciones de los incisos a. y .b. del punto 5 precedente no se aplicarán cuando:

a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

[444] Artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
[445] Artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

7. Inadmisión: La Comisión declarará inadmisible toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los puntos 3 y 4 precedente, (que representan un breve análisis de los artículos 44 y 45 de la Convención Americana) cuando:

a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46 (analizado en el punto 5 precedente);

b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención;

c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y

d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

Mediante la Resolución XXXI, propuesta por Brasil, en la Novena Conferencia en Bogotá (1948) se encarga al Comité Jurídico Interamericano el preparar un proyecto de Estatuto de una Corte Interamericana de Salvaguarda de los Derechos Humanos. Esto no desemboco en ningún proyecto, ya que el Comité considero como prematuro el emprender una tarea de tal envergadura, en ausencia, según el comité de un derecho positivo en la materia, y que además, ello implicaría, una transformación radical de los sistemas constitucionales en vigor en los Estados americanos.[446]

[446] Véase "Informe del Relator de la Comisión Sexta en Actas", Actas y Documentos de la Novena Conferencia Internacional Americana, Vol. V. pp. 510-516. en esta importante conferencia de Bogotá de 1948 se adoptaría la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, pero sin vincularla con la recientemente adoptada Carta de la OEA (Resolución XXX del 2 de mayo de 1948). Citado por Alonso Gómez-Robledo Verdusco. *Derechos Humanos en el sistema Interamericano.* Porrúa. UNAM. México, 2000. p. 1

La creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se logró hasta el año de 1959 durante la Quinta Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores (Resolución VIII).

El Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establece en su artículo primero que es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Y para los fines establecidos en el mencionado Estatuto, por derechos humanos se entiende:

a. los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma;

b. los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros.

El mismo Estatuto establece que La Comisión tendrá su sede en Washington, D. C. pero también podrá trasladarse y reunirse en el territorio de cualquier Estado americano cuando lo decida por mayoría absoluta de votos y con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo. La Comisión se reunirá en sesiones ordinarias y extraordinarias de conformidad con su Reglamento.

ANALISIS DE RESULTADOS

1. RELATORIAS TEMATICAS

A partir del año 1990, la Comisión Interamericana empezó a crear Relatorías Temáticas con el objeto de brindar atención a ciertos grupos, comunidades y pueblos que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad y por la discriminación histórica de la cual han sido objeto. La finalidad de crear una Relatoría Temática es fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión Interamericana en ese tema. Con la misma finalidad, en 2001 la CIDH creó la Unidad de Defensores de Derechos Humanos, la cual fue convertida en Relatoría en 2011.En el Reglamento de la CIDH aprobado durante el 132º período ordinario de sesiones, celebrado del 17 al 25 de julio de 2008, la Comisión Interamericana introdujo una reforma al Artículo 15 sobre "Relatorías y Grupos de Trabajo", introduciendo por primera vez en dicho instrumento el concepto de "Relatoría Temática".

Relatoría	**Año de Creación**
Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	1990
Relatoría sobre los Derechos de la Mujer	1994
Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes	1996
Relatoría Especial para la Libertad de Expresión	1997
Relatoría sobre los Derechos de la Niñez	1998
Relatoría sobre Defensores y Defensoras de Derechos Humanos	2001

Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad	2004
Relatoría sobre los Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial	2005
Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex	2011
Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	2012

El Reglamento vigente, aprobado en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, establece que las Relatorías "podrán funcionar ya sea como relatorías temáticas, a cargo de un miembro de la Comisión, o como relatorías especiales, a cargo de otras personas designadas por la Comisión".

En general, las relatoras y relatores temáticos son designados por la CIDH durante el primer período de sesiones del año, pero el Reglamento prevé que estas designaciones pueden ser revisadas y modificadas en cualquier "momento que resulte necesario". Asimismo, establece que los parámetros conforme a los cuales la Comisión designa a las personas a cargo de las relatorías especiales, y establece para los mismos un período de tres años, renovable por un período más.

2. PETICIONES

El artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento. El peticionario podrá designar en la propia petición, o en otro escrito, a un abogado u a otra persona para representarlo ante la Comisión".

De igual forma dicho Reglamento en su artículo 24, pre la tramitación *motu proprio*, es decir permite que la Comisión inicie la tramitación de una petición que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin.

3. MEDIDAS CAUTELARES

Después de analizar las herramientas de Protección del Sistema Interamericano, considero que las medidas cautelares tienen un impacto trascendental

Francisco José Contreras Vaca[447], considera que las medidas cautelares son las determinaciones que puede decretar el juzgador a solicitud de la parte interesada, antes de iniciarse el proceso o durante su tramitación, con la finalidad de conservar la materia del actual o futuro litigio, y evitar que la sentencia llegue a dictarse y sea de imposible ejecución o que cause un daño irreparable.

Giuseppe Chiovenda[448] se refiere a las medidas cautelares como medidas provisionales cautelares o de conservación. Por su parte el mencionado autor nos dice que si falta la declaración judicial o contractual apta para la ejecución forzosa (título ejecutivo), o si la ejecución misma exige un plazo más o menos largo y mientras tanto se presentan tales circunstancias que impiden en todo o en parte, o hacen más difícil o gravosa la adquisición del bien al cual se aspira en el día que esté declarada la voluntad de la ley o esté pronta para despacharse la ejecución, se puede prevenir este peligro, o acelerando la ejecución en los límites permitidos por la ley, o en otras resoluciones dirigidas a conservar el estado actual de las cosas. Estas medidas especiales, determinadas por peligro o urgencia, son llamadas provisionales cautelares o de conservación, porque se dictan con anterioridad a que esté declarada la voluntad concreta de la ley que nos garantiza un bien, o antes de que se lleve a cabo su actuación, como garantía de ésta, y varían según la naturaleza del bien que se pretende.

Por su parte el maestro Rafael de Pina Vara[449] en su Diccionario de Derecho, nos dice que las medidas cautelares son aquellas establecidas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de

[447] Contreras Vaca, Francisco José. *Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Universidad Nacional Autónoma de México. Oxford. México, 2001. pp. 49-52.
[448] Chiovenda, Giuseppe. *Instituto del Derecho Procesal Civil I*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1989. pp. 316-329.
[449]De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael. *Diccionario de Derecho.* Vigésimo primera Edición. Porrúa, S.A. México, 1995. p. 369.

asegurar de antemano la eficacia de la declaración a dictarse en el mismo (Couture, Vocabulario Jurídico).

Otro de los autores que hace un estudio extenso sobre las medidas cautelares es el maestro José Becerra Bautista[450] quien en su libro titulado: El Proceso Civil en México, nos dice que ya que el legislador se ha preocupado porque la tutela jurídica que puede obtenerse mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, no llegue demasiado tarde y ha establecido procedimientos cautelares, cuya naturaleza provisional está destinada a hacer posible la actuación sucesiva y eventual de las tutelas definitivas típicas.

José Ovalle Favela[451] en su libro Derecho Procesal Civil, hace referencia a las medidas cautelares cuando nos habla de las etapas procésales y nos dice que el recorrido o procedimiento a través del cual se desarrolla el proceso, se va concretando en una sucesión de actos y hechos que tienen una triple vinculación entre sí: cronológica, en cuanto que tales actos se verifican progresivamente durante determinado tiempo; lógica, en razón de que se relacionan entre sí como presupuestos y consecuencias, y teleológica, pues se enlazan en razón del fin que persigue.

El maestro Francesco Carnelutti,[452] uno de los más grandes exponentes del Derecho Procesal Civil, en su libro: Instituciones del Proceso Civil, cuando nos habla de la función Inmediata o Mediata del Proceso, nos dice que hemos considerado el proceso como medio para la composición de una litis

[450] Becerra Bautista, José. *El Proceso Civil en México*. Porrúa. Sexta Edición, S.A. México 1977. pp. 319-330.
[451] Ovalle Favela, José. *Derecho Procesal Civil*. Universidad Nacional Autónoma de México. Harla. Séptima Edición. México 1998. pp. 29-32.
[452] Carnelutt, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*. Volumen I.. Ediciones Jurídicas Europa-América. Quinta Edición, Buenos Aires, pp. 85-90.

o para la definición de un negocio, esto es, en relación de medio a fin con aquella o con éste. Pero hay, en antítesis con el proceso así entendido, otro tipo en el que el proceso sirve, no inmediatamente, pero si mediatamente a ese objeto, mientras que su fin inmediato está en garantizar el desenvolvimiento o el resultado de otro proceso distinto; el ejemplo más conocido es el del secuestro, cual tanto bajo la forma del secuestro judicial, como del secuestro conservativo, no está con la litis en relación inmediata, sino en relación inmediata: el secuestro judicial sirve para garantizar de una cosa que constituye o constituirá objeto o prueba en otro proceso distinto de cognición, y el secuestro conservativo opera del mismo modo respecto de cosas que constituirán bienes que habrán de ser expropiados en otro proceso ejecutivo distinto. El maestro Carnelutti nos dice que cautelar se llama el proceso cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo).

El mecanismo de medidas cautelares se encuentra previsto en el artículo 25 del Reglamento de la CIDH. Según lo que establece el Reglamento, en situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente, así como a personas que se encuentren bajo su jurisdicción, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente. Estas medidas podrán ser de naturaleza colectiva a fin de prevenir un daño irreparable a las personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables. En consecuencia, el número de medidas cautelares otorgadas no refleja el número de personas protegidas mediante su adopción; como se puede observar, muchas de las medidas cautelares acordadas por la CIDH extienden protección a más de una persona y en ciertos casos, a grupos de personas como comunidades o pueblos indígenas. Asimismo, el Reglamento indica que el otorgamiento de esas medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre la violación de los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables.

Para dictar las medidas cautelares la Comisión considerará que:

a. la “gravedad de la situación”, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano;

b. la “urgencia de la situación” se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y

c. el “daño irreparable” significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.

Las medidas cautelares podrán proteger a personas o grupos de personas, siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables, a través de su ubicación geográfica o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización.

Las solicitudes de medidas cautelares dirigidas a la Comisión deberán contener, entre otros elementos:

a. los datos de las personas propuestas como beneficiarias o información que permita determinarlas;

b. una descripción detallada y cronológica de los hechos que sustentan la solicitud y cualquier otra información disponible; y

c. la descripción de las medidas de protección solicitadas.

Antes de tomar una decisión sobre la solicitud de medidas cautelares, la Comisión requerirá al Estado involucrado información relevante, salvo cuando la inmediatez del daño potencial no admita demora. En dicha circunstancia, la Comisión revisará la decisión adoptada lo más pronto posible o, a más tardar, en el siguiente período de sesiones, teniendo en cuenta la información aportada por las partes.

Al considerar la solicitud, la Comisión tendrá en cuenta su contexto y los siguientes elementos:

a. si se ha denunciado la situación de riesgo ante las autoridades pertinentes, o los motivos por los cuales no hubiera podido hacerse;

b. la identificación individual de los propuestos beneficiarios de las medidas cautelares o la determinación del grupo al que pertenecen o están vinculados; y

c. la expresa conformidad de los potenciales beneficiarios, cuando la solicitud sea presentada por un tercero, salvo en situaciones en las que la ausencia de consentimiento se encuentre justificada.

Las decisiones de otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento de medidas cautelares serán emitidas mediante resoluciones fundamentadas que incluirán, entre otros, los siguientes elementos:

a. la descripción de la situación y de los beneficiarios;

b. la información aportada por el Estado, de contar con ella;

c. las consideraciones de la Comisión sobre los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad;

d. de ser aplicable, el plazo de vigencia de las medidas cautelares; y

e. los votos de los miembros de la Comisión.

El otorgamiento de estas medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre violación alguna a los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros instrumentos aplicables.

La Comisión evaluará con periodicidad, de oficio o a solicitud de parte, las medidas cautelares vigentes, con el fin de mantenerlas, modificarlas o levantarlas.

En cualquier momento, el Estado podrá presentar una petición debidamente fundada a fin de que la Comisión deje sin efecto las medidas cautelares vigentes. La Comisión solicitará observaciones a los beneficiarios antes de decidir sobre la petición del Estado. La presentación de tal solicitud no suspenderá la vigencia de las medidas cautelares otorgadas.

La Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento apropiadas, como requerir a las partes interesadas información relevante sobre cualquier asunto relacionado con el otorgamiento, observancia

y vigencia de las medidas cautelares. Dichas medidas pueden incluir, cuando resulte pertinente, cronogramas de implementación, audiencias, reuniones de trabajo y visitas de seguimiento y revisión.

La Comisión podrá levantar o revisar una medida cautelar cuando los beneficiarios o sus representantes, en forma injustificada, se abstengan de dar respuesta satisfactoria a la Comisión sobre los requerimientos planteados por el Estado para su implementación.

La Comisión podrá presentar una solicitud de medidas provisionales a la Corte Interamericana de acuerdo con las condiciones establecidas en el artículo 76[453] del presente Reglamento. Si en el asunto se hubieren otorgado medidas cautelares, éstas mantendrán su vigencia hasta que la Corte notifique a las partes su resolución sobre la solicitud.

Ante una decisión de desestimación de una solicitud de medidas provisionales por parte de la Corte Interamericana, la Comisión no considerará una nueva solicitud de medidas cautelares, salvo que existan nuevos hechos que así lo justifiquen. En todo caso, la Comisión podrá ponderar el uso de otros mecanismos de monitoreo de la situación.

4. VISITAS IN LOCO

[453] Articulo 76 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: La Comisión podrá solicitar medidas provisionales a la Corte en situaciones de extrema gravedad y urgencia cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas. Al tomar esta decisión, la Comisión considerara la posición de los beneficiarios o sus representantes. La Comisión considerará los siguientes criterios para presentar la solicitud de medidas provisionales: a. cuando el Estado concernido no haya implementado las medidas cautelares otorgadas por la Comisión; b. cuando las medidas cautelares no hayan sido eficaces; cuando exista una medida cautelar conectada a un caso sometido a la jurisdicción de la Corte;d. cuando la Comisión lo estime pertinente al mejor efecto de las medidas solicitadas, para lo cual fundamentará sus motivos.

Las visitas in loco constituyen el metido más utilizado por los organismos internacionales como la Organización de Estados Americanos, para observar los estándares nacionales de protección de derechos humanos. La Comisión a través de las visitas in loco obtiene el material necesario para la elaboración de sus informes especiales sobre la situación general de los derechos humanos en los países miembros de la OEA. Igualmente permiten obtener elementos de prueba y corroborar los hechos alegados en las denuncias individuales o colectivas.

El Reglamento de la Comisión establece en su artículo 39 la procedencia de las investigaciones in loco cuando lo considera necesario y conveniente, para su eficaz cumplimiento solicitará las facilidades pertinentes, que serán proporcionadas por el Estado en cuestión. En casos graves y urgentes, la Comisión podrá realizar una investigación *in loco*, previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

La Comisión podrá delegar en uno o más de sus miembros la recepción de prueba testimonial conforme a las reglas establecidas en el artículo 65[454], incisos 5, 6, 7 y 8.

[454] **Artículo 65. Reglamento de la Comision Interamericana** 5. El ofrecimiento de los testimonios y pericias por una de las partes será notificado a la otra parte por la Comisión. 6. En circunstancias extraordinarias, a criterio de la Comisión, con el fin de salvaguardar la prueba, podrá recibir testimonios en las audiencias sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior. En tales circunstancias, tomará las medidas necesarias para garantizar el equilibrio procesal de las partes en el asunto sometido a su consideración. 7. La Comisión oirá a un testigo a la vez, y los restantes permanecerán fuera de la sala. Los testigos no podrán leer sus presentaciones ante la Comisión. **Y** 8. Antes de su intervención, los testigos y peritos deberán identificarse y prestar juramento o promesa solemne de decir la verdad. A solicitud expresa del interesado, la Comisión podrá mantener en reserva la identidad del testigo o perito cuando sea necesario para proteger a éstos o a otras personas.

5. SOLUCIONES AMISTOSAS

Si bien el sistema de peticiones individuales establece un procedimiento cuya finalidad es determinar la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a los derechos humanos, también prevé la posibilidad de que en cualquier etapa del examen de una petición o caso sea posible llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto a los derechos humanos establecidos en la Convención, la Declaración Americana y otros instrumentos regionales de protección de los derechos humanos. Es de resaltar que si bien, la solución amistosa no constituye una decisión sobre el fondo del asunto planteado ante la Comisión, el acuerdo de carácter voluntario al que lleguen las partes puede incluir la aceptación y el reconocimiento público de responsabilidad por parte del Estado, como en efecto ha sucedido en un amplio número de casos.

El mecanismo de solución amistosa permite generar espacios de diálogo

Entre peticionarios y Estados, donde estos pueden alcanzar acuerdos que establecen medidas de reparación beneficiosas para las presuntas víctimas de la situación denunciada y muchas veces la sociedad en su conjunto. Mediante la adopción de un amplio abanico de medidas de reparación, numerosas víctimas de violaciones de derechos humanos han obtenido la restitución plena del derecho vulnerado o su reparación mediante la ejecución de medidas de satisfacción vinculadas a la investigación de los hechos y sanción de los responsables de las violaciones; el pago de una compensación económica; medidas de rehabilitación o tratamiento médico; así como la adopción de medidas de reparación de carácter simbólico, como la celebración de actos de desagravio y la publicación de disculpas públicas. Asimismo, los acuerdos de solución amistosa han contemplado

garantías de no repetición con las que se persigue evitar, en el futuro, la comisión de hechos de la misma naturaleza denunciados ante la Comisión.

Para los peticionarios y las víctimas de violaciones de derechos humanos, el

Procedimiento de solución amistosa abre la posibilidad de dialogar y acordar con el

Estado los términos de la reparación de las afectaciones producidas por la violación

A sus derechos y de obtener una resolución más rápida del conflicto. Por otra parte, para el Estado, el arreglo amistoso permite concluir la controversia, demostrar su compromiso de respeto y garantía de los derechos humanos y el cumplimiento de buena fe de las obligaciones asumidas en la Convención Americana y otros instrumentos regionales de protección de los derechos humanos. El procedimiento se basa en la voluntad de las dos partes y en consecuencia, el acuerdo de solución amistosa se fundamenta en sus respectivos deseos y necesidades.

En adición a lo anterior, cabe resaltar que la efectividad del mecanismo de solución amistosa reposa de manera principal en dos pilares fundamentales: la voluntad de las partes de llegar a una solución amistosa del asunto y el cumplimiento de las medidas de reparación que contempla el acuerdo de solución amistosa, las cuales deben garantizar el respeto de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos regionales. En relación con este último, resulta clave que en los acuerdos de soluciones amistosas solo se incluyan aquellas medidas que de manera franca y realista se puedan cumplir; así como los marcos temporales en los que se pueden llevar a cabo, teniendo presente que una vez se suscribe el acuerdo de solución amistosa, los Estados tienen el deber de cumplir cabalmente y de buena fe con los compromisos asumidos en este.

La Comisión Interamericana, peticionarios y Estados, han coincidido en la gran importancia que tiene la utilización del mecanismo de solución amistosa para la resolución de las peticiones y casos de presuntas violaciones a derechos humanos presentados ante la CIDH[455].

Con el objetivo de fortalecer el procedimiento de solución amistosa como una alternativa a la tramitación del asunto por la vía contenciosa, la Comisión ha implementado importantes iniciativas, como la creación de una unidad especializada en soluciones amistosas, la elaboración de un diagnóstico de prácticas actuales sobre el proceso de solución amistosa; el entrenamiento del personal de la Secretaría Ejecutiva en resolución alternativa de conflictos; y la elaboración de un protocolo para facilitar el procesamiento de las soluciones amistosas.

El resarcimiento del perjuicio causado por los hechos denunciados es el principal objetivo de los acuerdos de solución amistosa, se busca la *restitución del derecho afectado*, como ejemplos tenemos: el restablecimiento de la libertad de personas privadas de libertad de manera ilegal; la derogación de leyes contrarias a los estándares de protección que establece la CADH; la devolución de tierras a víctimas de presuntas violaciones al derecho de propiedad; y la restitución del empleo en casos de despido arbitrario, las medidas de rehabilitación médica, psicológica y de asistencia social, con las que se persigue mejorar la salud y las condiciones de vida de las presuntas víctimas de violaciones de derechos.

[455] Impacto del procedimiento de Solucion Amistosa. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. http://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/docs/Informe-Soluciones-Amistosas.pdf. Consultado el 25 de mayo de 2015.

Lo referente a Soluciones Amistosas lo describe el Reglamento de la Comisión Interamericana en su artículo 40:

1. La Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables.

2. El procedimiento de solución amistosa se iniciará y continuará con base en el consentimiento de las partes.

3. Cuando lo considere necesario, la Comisión podrá encomendar a uno o más de sus miembros la tarea de facilitar la negociación entre las partes.

4. La Comisión podrá dar por concluida su intervención en el procedimiento de solución amistosa si advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía, o alguna de las partes no consiente en su aplicación, decide no continuar en él, o no muestra la voluntad de llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos.

5. Si se logra una solución amistosa, la Comisión aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y de la solución lograda, lo transmitirá a las partes y lo publicará. Antes de aprobar dicho informe, la Comisión verificará si la víctima de la presunta violación o, en su caso, sus

derechohabientes, han dado su consentimiento en el acuerdo de solución amistosa. En todos los casos, la solución amistosa deberá fundarse en el respeto de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables.

6. De no llegarse a una solución amistosa, la Comisión proseguirá con el trámite de la petición o caso.

CONCLUSIONES

Al reconocimiento de derechos individuales debe corresponder la capacidad procesal de fortalecerlos en los planos tanto nacional como internacional. Es mediante la consolidación de la plena capacidad procesal de los individuos que la protección de los derechos humanos se torna una realidad.

Siendo que el derecho internacional contemporáneo reconoce a los individuos derechos y obligaciones (como lo establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos), no hay como negarles personalidad internacional, sin la cual no podría darse aquel reconocimiento. el propio derecho internacional, al reconocer derechos inherentes a todo ser humano, desautoriza el arcaico dogma positivista que pretendía autoritariamente reducir tales derechos a los concedidos por el Estado. El reconocimiento del individuo como sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional, dotado en ambas de plena capacidad procesal, representa, una verdadera revolución jurídica, a la cual tenemos el deber de contribuir. Esta revolución viene a dar un contenido ético a las normas tanto de derecho público interno como de derecho internacional.

BILBIOGRAFIA

Becerra Bautista, José. *El Proceso Civil en México*. Porrúa. Sexta Edición, S.A. México 1977.

Cançado Trindade Antônio Augusto. Las Clausulas Pétreas de la Protección Internacional. http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/4.pdf. Consultado el 20 de mayo de 2015.

Carnelutt, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*. Volumen I.. Ediciones Jurídicas Europa-América. Quinta Edición, Buenos Aires.

Chiovenda, Giuseppe. *Instituto del Derecho Procesal Civil I*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1989.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Impacto del procedimiento de Solución Amistosa. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. http://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/docs/Informe-Soluciones-Amistosas.pdf. Consultado el 25 de mayo de 2015.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Contreras Vaca, Francisco José. *Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Universidad Nacional Autónoma de México. Oxford. México, 2001.

De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael. *Diccionario de Derecho*. Vigésimo primera Edición. Porrúa, S.A. México, 1995.

Gómez-Robledo Verdusco, Alonso. *Derechos Humanos en el sistema Interamericano.* Porrúa. UNAM. México, 2000.

Ovalle Favela, José. *Derecho Procesal Civil*. Universidad Nacional Autónoma de México. Harla. Séptima Edición. México 1998.

SEGUNDA PARTE:
MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

CAPÍTULO I. NEGOCIACIÓN Y CONCILIACIÓN PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES

Egla Cornelio Landero[456]

SUMARIO:

I.- Negociación. II. Conciliación. III. Conflictos laborales. IV. Alcances de los acuerdos logrados en negociación o conciliación. Conclusiones.

RESUMEN:

La negociación y la conciliación son dos mecanismos que se encuentran reconocidos en los mecanismos alternativos de solución de controversias previsto en el Cuarto Párrafo del Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que permite la oportunidad para que las personas en un conflicto laboral puedan alternativamente sin la necesidad de acudir a las Juntas de Conciliación y Arbitraje en un proceso resolver sus desavenencias. La negociación la pueden practicar las partes desde el centro de trabajo, pues es un proceso que con diálogos y herramientas de comunicación puede dar buenos resultados; ahora bien, la conciliación al ser un principio del derecho del trabajo, pues de la misma Ley Federal del Trabajo se advierte que las partes en un conflicto en cualquier tiempo pueden conciliar su conflicto, de ello, estaremos hablando en este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Negociación, Conciliación, Conflicto laboral.

ABSTRACT:

The negotiation and conciliation are two mechanisms which are recognized in the alternative dispute resolution mechanisms in laid down in the fourth paragraph of Article 17 of the Constitution of the United Mexican States, allowing the opportunity for the people in a labor dispute may alternatively without the need to go to the Boards of Conciliation and Arbitration in a process resolve their disputes. The negotiation can practice the parties from the work center, since it is a process that with dialogs and communication tools can give good results; however, the conciliation to be a principle of labor law, because of the same Federal Labor Law cautions that the parties in a conflict in any time can reconcile their conflict, of this, we are talking about in this work.

KEYWORDS: Negotiation, Conciliation, labour dispute.

INTRODUCCIÓN

La aparición de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias ha sido fruto de la evolución del concepto de justicia, que se ha experimentado en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los países del mundo entre ellos México.

Las exigencias sociales han provocado que los gobiernos implementen desde el interior de los aparatos de justicia, mecanismos para solucionar los conflictos a través de procedimientos alternativos a las etapas procesales y en otros previo al proceso[457]. Son mecanismos útil y eficaz para resolver conflictos que puede tener ventaja en determinados casos frente a la ley: permite soluciones por consenso, que las partes establezcan soluciones creativas, el mantenimiento de la relación e incentivan el sentido de la responsabilidad de las

[456]Maestra de Derecho Constitucional, Amparo y Derechos, Humanos, por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (UJAT); Maestra Resolución de Conflictos y Mediación, por UJAT, y Master en Gestión y Resolución de Conflictos, por la Universidad de Barcelona. Profesora Investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Doctorante en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos, PNPC-CONCYT. *liclandero@hotmail.com*

[457] Cappelletti, Mauro, Garth, Bryant, *El acceso a la justicia,* trad., Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 10 y sig.

partes.[458]Además, porque de esta participación activa involucrando a las partes en la creación de sus propias soluciones se contribuye a la paz en la comunidad.

Una premisa[459] fundamental que tiene la aplicación de estas técnicas, supone la participación directa de las personas en la solución de sus conflictos, con lo cual se vuelven corresponsables con la solución que hayan adoptado. Además se trabaja en los ejes fundamentales de vida de las personas como son el respeto, la confianza, la legitimación y el reconocimiento.

La Carta de Naciones Unidas en su CAPÍTULO VI, refiere al arreglo pacífico de controversias, en el artículo 33 cuando las partes en una controversia lo requieran para mantener la paz y la seguridad internacional que se practiquen la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, entre otros.[460] La Organización Mundial de Comercio, reconoce a estos mecanismos, para la solución de conflictos por ser más flexibles y rápido.

En México la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos recoge en el párrafo cuarto del artículo 17, los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, desde la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo, ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional tienen como objeto, idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley.

El acceso a la justicia es un derecho humano que deben tener garantizados los gobernados para dirimir sus controversias, evitando así la auto tutela, esto es, para resolver sus conflictos deben acudir a vías procesales legitimadas para encontrar la solución a los mismos, y no hacerse justicia por si mismos para reclamar sus derechos, como está previsto en el segundo párrafo del artículo 17 constitucional.

---

[458] Castillo de Arias, Olga, *Resolución de conflictos laborales por métodos alternativos,* Argentina, Astrea, 2003p. 72.

[459] Martínez de Munguía, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos, una guía introductoria*, México, Paidós, 1999, p. 39.

[460] Artículo 33. l. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. Carta de ONU.

Es necesario reflexionar que ese derecho de acceso a la justicia no se debe interpretar de manera limitativa, únicamente a lo que tradicionalmente se ha venido practicando para acceder a la justicia, la jurisdicción del Estado, sino que del mismo precepto constitucional se advierte el derecho de los gobernados a elegir otras formas o mecanismos para acceder a la justicia, como son los mecanismos alternativos de solución de controversias entre ellos la mediación.

Es así, que en esta ponencia abordamos temas como la negociación, la conciliación, los conflictos laborales, reflexionando en las formas para buscar soluciones a dichos conflictos y evitar el juicio o proceso que judicializa el conflicto.

En la justicia laboral la práctica de negociación y conciliación van relacionadas con las líneas sobre fomento de la negociación colectiva que encontramos en los convenios 98 y 154 y las recomendaciones 92 y 163 de la OIT, bases sobre las cuales también en la XI Conferencia Interamericana de Ministros del Trabajo de la Organización de Estados Americanos, decidieron abordar el tema de la modernización de la justicia laboral y la implementación y práctica de los medios alternativos de solución de controversias negociación, conciliación y mediación, en controversias laborales.

En consecuencia, al tener los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias entre ellos la negociación y la conciliación de la misma finalidad del acceso a la jurisdicción del Estado, se debe garantizar la práctica de los mismos por Estado a todas las personas.

I. NEGOCIACIÓN.

La negociación es un medio de solución de conflictos, en la disciplina laboral ha sido muy recurrida, pues por el antagonismo natural que ha existido desde siempre entre el trabajador y el patrón, uno negocia la prestación un servicio personal subordinado y el otro el pago de un salario y la disposición de mando.

Negociación es una decisión privada de las partes[461] que deciden afrontar sus situaciones de conflictos y con técnicas de dialogo crear sus acuerdos que les concedan beneficios mutuos. Abordar el tema de la *negociación*, es pensar y repensar en la preparación sólida y hábil que debe tener el mediador. Este es el mecanismo o técnica más usado, porque es parte de las relaciones tanto personales como de negocios diarios. En la familia negociamos, en nuestro trabajo negociamos, en los actos de comercio negociamos, en la política se negocia. De modo

[461] Moore, Christhoper W., *El Proceso de mediación: métodos prácticos para la solución de conflictos*, Buenos Aires, Gránica, 2010, p. 30.

que la negociación consiste en que las partes se reúnen, solas o con la asistencia de sus abogados, pero sin la participación de un tercero y buscan resolver por sí mismas el o los asuntos que suscitaron el conflicto, dialogando e intentando convencer y persuadir a la otra parte para llegar a algún acuerdo.[462]

Un concepto que Calcaterra nos aporta que la *negociación* es el de concebirlo como un proceso de comunicación directo o indirecto entre las partes, según la existencia o no de representantes, es decir, si aquéllas negocian cara a cara o a través de otras personas debidamente autorizadas por ellas.[463]

Marta Blanco Carrasco dice que *negociación* es la actividad distinta a obtener el acercamiento de posiciones entre diversas partes enfrentadas.[464] Desde el punto de vista de la autora citada, la negociación es una técnica que puede ser utilizada por los terceros y las partes enfrentadas a la hora de conseguir la solución al conflicto.

Negociar dice Juan Malaret, *es un proceso de interacción potencialmente beneficioso, por el que dos o más persona con algún conflicto potencial o no, buscan mejorar sus opciones de negociación a través de acciones decididas conjuntamente.*[465]

La negociación es un proceso sumamente creativo que nos ayuda a conocer a los demás y a crear relaciones y espacios creativos que redundan en mutuo interés para las partes en el momento de elegir sus puntos de acuerdos. Cabe destacar que en este proceso participan sólo las partes en conflicto o también puede haber la participación de un tercero para alentar las técnicas de comunicación y el dialogo.

En la disciplina laboral con motivo de que hay conflictos individuales y conflictos colectivos, se puede decir que hay negociación individual entre trabajadores y patrones cuando surge un conflicto relacionado estrictamente con situación de los trabajadores a quienes se le ha rescindido la relación laboral o arbitrariamente se les ha separado del empleo, en ese caso pueden válidamente la partes negociar.

Es menester mencionar que la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en la reunión de 3 de junio de 1981, en su sexagésima séptima reunión, adoptó la

---

[462] Martínez de Munguía, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos una guía introductoria*, México, Paidós 1999, p 44.
[463] Calcaterra, Rubén A. *Mediación estratégica*, Barcelona, Gedisa, 2006, p. 76.
[464] Blanco Carrasco, Marta, *Mediación y sistemas alternativos de solución de conflictos, una visión jurídica*, Madrid, Reus, S.A., 2009, p. 14.
[465] Maralet Juan, Ph. D, *Manual de negociación y mediación, negociaciones empresariales eficaces para juristas y directivos de empresas*, 3ª EDICION, Madrid, COLEX, 2003, p. 18.

Recomendación que se puede citar como la Recomendación sobre negociación colectiva, 1981, en ella se ha recomendado la práctica de la negociación con carácter voluntario.

La negociación laboral ha sido definida por Zampiola como:

La actividad dialéctica a la cual los interlocutores sociales (principalmente empleadores y trabajadores y secundariamente el Estado) que representan intereses discrepantes se comunican e interactúan influenciándose recíprocamente, utilizando tanto el poder como la disposición para aceptarlo, con el fin de llegar a un acuerdo laboral, mutuamente aceptado, que configura un objetivo común en cuyo logro las partes se comprometen[466].

En efecto, tratándose de conflictos laborales o disputas por situaciones surgidas de las relaciones laborales, los intereses de las partes son discrepantes, por tanto lo primero que el negociador o negociadores deben tener en cuenta, es identificar las posiciones de cada uno, pero se debe tener la habilidad de equilibrar el poder entre las partes, visualizar los verdaderos intereses. Las posiciones[467] en términos resumidos, sería lo que la parte exterioriza con su discurso, lo que deja ver con sus manifestaciones y comportamiento. Pero los intereses, no son lo mismo, pues estos son los que subyacen a las posiciones, pero se encuentran sumergidos y ocultos a veces de la vista de las personas.

En el proceso de negociación el negociador debe hacerlo bajo estrategias, como la negociación competitiva esta se puede visualizar si ambas partes solo piensan en su propio beneficio, sin tener en cuenta lo que interesa a la otra parte. Otra estrategia que se presenta constantemente en la negociación es la de ganar-perder, en donde las partes poco les importa encontrar espacios de colaboración con la otra persona. Pero una estrategia de negociación valorable es la negociación colaborativa, que se conoce con la frase ganar-ganar, las partes trabajan en el proceso bajo un interés común, procuran un buen acuerdo para ambas partes.

Ahora bien, cuando ninguna de las partes muestra deseos de negociar se puede apreciar dos espacios de negociación, pues cada uno quiere que sea en sus espacios. Una estrategia de evitación, se puede visualizar cuando una de las partes no muestra interés por la postura de la otra parte, se puede caer en un espacio de perder-perder. Otra estrategia que se puede presentar en el proceso de negociación es la acomodación de una de las partes, pues solo está atenta a

[466] Aldao-Zampiola Carlos M., *La negociación: Un enfoque transdidiplinario con específicas referencia a las negociación laboral.* Montevideo, OIT/ Cinterfor, 2009,

[467] Pimentel, Manuel, *Resolución de conflictos: técnicas de medición y negociación*, España, Plataforma editorial, 2013, p. 49-50.

los intereses de la otra parte que a sus propios intereses, la negociación se puede llegar a centrar en el espacio pierde-gana.

En una negociación de conflicto individual mayormente se lleva en el centro de trabajo entre el trabajador y el representante del patrón; ahora bien, cuando se ha iniciado un proceso es muy posible en la audiencia de conciliación que se lleve a cabo la negociación que concluya con una conciliación.

Los conflictos colectivos también se resuelven por negociación colectiva para fijar salarios o condiciones de trabajo, lo que termina con el convenio colectivo, sobre el tema Manuel Alonso García dijo: *La negociación colectiva- en cuanto a sistema de sustanciación de conflictos colectivos de trabajo- es el procedimiento para llegar a un convenio colectivo que ponga fin al conflicto o satisfaga la pretensión deducida por una de las partes interesadas cuando aquél o éste se dan.*[468]

Para la Organización Internacional del Trabajo, la negociación es un proceso de adopción de decisiones.

La negociación laboral es una especie de la negociación, en donde las partes pueden moverse por lo menos considero en unas cuatro etapas, siendo la primera la decisión de negociar, la segunda preparación y ejecución donde los negociadores mediante las técnicas de comunicación hacen intercambios de propuestas y avanzan en sus intereses y necesidades, ejecutan los mejores puntos de acuerdos; la tercera es la conclusión de las propuestas, contrapropuestas y alcance de los acuerdos posibles aceptables para ambas partes; y como cuarta etapa la materialización del resultado de los acuerdos.

II.- CONCILIACIÓN

La conciliación es un proceso al que acuden las partes en conflicto, para que con la ayuda de un tercero gestionen su conflicto, con el fin de ponerse de acuerdo o evitar el procedimiento jurisdiccional.

La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos o de controversias, reconocido como tal en el artículo 17 Constitucional, dentro del derecho humano de acceso a la justicia.

En la disciplina de derecho del trabajo la conciliación es un mecanismo reconocido y previsto en la materia laboral desde 1917 en el artículo 123 fracción XVIII, XIX y XX, al

[468] Aldao-Zampiola Carlos M., *op., cit., p. 85.*

referir que los conflictos tanto colectivos como individuales se resolverán por una Junta de Conciliación y Arbitraje.

En otra parte, desde la Ley Federal del Trabajo de 1931, la de 1970, y en la reforma procesal de 1980, el proceso inicia con una audiencia de Conciliación, e inclusive en la etapa de demanda y excepciones impone a la Junta que se incite a la avenencia de las partes.

En la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, con fecha 29 de junio de 1951, adoptó la Recomendación que puede ser citada como Recomendación sobre Conciliación y Arbitraje voluntarios, 1951. En ella se ha dicho que los Estados deben establecer organismos de conciliación voluntaria, apropiados con el objeto de prevenir y solucionar los conflictos de trabajo entre los empleadores y los trabajadores.

Para Mario Pasco Cosmópolis la conciliación consiste en tratar de acercar las posiciones contrapuestas, atenuar las divergencias, persuadir a la parte reacia, sugerir vías de entendimiento, propiciar el diálogo constructivo. En definitiva, la solución queda librada a la decisión de las partes, a la confluencia de sus voluntades.[469]

En la Ley Modelo sobre Conciliación Comercia el Artículo 3° define a la conciliación como: *todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros ("el conciliador"), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas.* CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA o EXTRAPROCESO.

La conciliación administrativa en la materia laboral es la que se celebra ante la Procuraduría de la Defensa del Trabajo, en la Dirección del Trabajo, o entre las mismas partes con la intervención de un tercero, sin que hayan interpuesto demanda ante las autoridades del trabajo.

CONCILIACIÓN JURISDICCIONAL O INTRAPROCESO.

En la reforma a la Ley laboral de 30 de noviembre de 2012, se ha reconocido como principio procesal la conciliación, y en los artículos 627-A, 627-B y 627-C, se reconoció un servicio público de conciliación, que dice se debe prestar por el personal de la Junta, a los que se les denominó funcionario conciliador y dice que durante todo el procedimiento y hasta antes de

[469] Pasco Cosmópolis, Mario, *Fundamentos de derechos procesal del trabajo,* Lima, AELE, 1979, p.162.

dictar laudos, las Juntas tendrán la obligación de promover que las partes resuelvan los conflictos mediante conciliación. El mismo espíritu lleva el artículo 774 Bis, pues dice que en cualquier estado del procedimiento, las partes podrán, mediante la conciliación, celebrar un convenio que ponga fin al juicio; en los procedimientos jurisdiccionales en vías ordinarias o en los procedimientos especiales, con acuerdos celebrado en atapas de conciliación (Arts. 685, 774Bis, 876, 878, 921, 923 y 926 L.F.T.), son principios de oportunidad para que las partes logren acuerdos en sus conflictos.

En el procedimiento ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Estado de Tabasco, el artículo 107 de la Ley Estatal, contempla la conciliación previa, en la procurará avenir a las partes que debe llevarse a cabo dentro de los 10 días a partir de recibido el escrito de demanda. Si no hay conciliación se pasa el caso al arbitraje procesal.

La conciliación es un mecanismos consensual, estrictamente voluntario que sólo puede aplicarse cuando existe un consentimiento expresado por las partes involucradas, por eso también, tiene la característica de ser un mecanismo autocompositivo, porque las partes son participes de sus propios acuerdos.

En este método participa un tercero, “el conciliador”, propone soluciones a los conflictos. Las propuestas conciliatorias sólo tendrán efecto vinculante si las disposiciones son voluntarias, se dirige en base a un orden impuesto por el tercero o por normas preestablecidas. Esto es, sólo cuando las partes han decidido sobre sus puntos de acuerdos el conciliador participa ayudándolos a construir los acuerdos para que sean plasmados en el documento (convenio).

Otra situación que importa resaltar es el que el negociador, conciliador, mediador, al igual que las partes trabajan en la identidad, la confianza, el reconocimiento, la legitimación, la ética y el respeto.

OBSTÁCULOS QUE IMPIDEN UNA ADECUADA PRÁCTICA DE LA CONCILIACIÓN:

- La falta de costumbre o familiaridad con el mecanismo.
- El desconocimiento de los alcances de la conciliación
- La falta de capacitación de los operadores de la justicia (abogados y funcionarios de los tribunales laborales)
- La formación profesional de los abogados (modo de pensar adversarial).

- La falta de confianza de las partes para revelar los verdaderos intereses ante quien luego va a decidir la contienda.
- El poco tiempo que disponen los funcionarios laborales para tomar personalmente la audiencia.
- Las faltas de espacios para tener un verdadero proceso de conciliación.

MOTIVACIONES PARA PRACTICAR CONCILIACIÓN

Con el cúmulo de asuntos que circulan en las Juntas y Tribunal de Conciliación, incitar a la práctica de la conciliación estas pueden ser algunas de las motivaciones.

- El ahorro de tiempo y dinero.
- La obtención de "mejores" procesos, más abiertos, flexibles y atentos a las necesidades únicas de las partes.
- La obtención de "mejores" resultados, surgidos de la voluntad de las partes conforme a sus propios acuerdos.
- Ampliación del acceso a la justicia
- Divulgar las técnicas y alcances del proceso de conciliación entre los mismos funcionarios jurisdiccionales.

PAUTAS PARA UN BUEN CONCILIADOR:

- Para un desarrollo exitoso del proceso conciliatorio, el conciliador debe informarse de las situaciones respectivas de las partes o de las actuaciones.
- El conciliador debe informar a las partes (incluyendo abogados) los alcances y fines del proceso conciliatorio, explicando los principios que rigen el proceso.
- El conciliador debe crear el clima de empatía y confianza.
- Lograr cooperación y confianza entre las partes, de modo que sean capaces de convivir dentro de la comunicación educativa.
- Ante los sobresaltos que puedan ocurrir entre las partes el conciliador debe trabajar colaborativamente para mantener el orden en y durante el proceso.
- Reducir la tensión y el conflicto, de modo que las partes puedan continuar teniendo la relación construida antes de las situaciones de conflicto.
- El conciliador después de escuchar a las partes, debe alentar las propuestas económicas.

- El conciliador debe hacer algunas sugerencias a las partes con posibles alternativas de acuerdos para conciliar.

ERRORES MÁS COMUNES DE LOS CONCILIADORES

- Hacer demasiadas preguntas
- Preguntar demasiados “porqué”.
- Discutir con alguna de las partes
- Emitir juicios
- Dar consejos
- Amenazar a las partes
- Forzar la reconciliación
- Imponer la conciliación

PERFIL DE UN CONCILIADOR

- Imparcial y neutral
- Saber escuchar
- Flexibilidad
- Empatía
- Honesto
- Objetivo
- Sentido del humor
- Perseverante
- Capacidad de análisis
- Habilidad para expresarse
- Creativo
- Sensible y capacidad de adaptación
- Paciencia
- Estabilidad emocional
- Respeto
- Capacidad organizativa
- Carácter

PASOS EN EL PROCESO DE CONCILIACIÓN

Primero. El recibimiento a las partes

Segundo. La informativa de qué es conciliación, sus principios, alcances, beneficios.

Tercera. Creación del proceso a seguir ahora con la participación de las partes, creando reglas para conducirse entre ellas y con el conciliador.

Cuarta. Generación de posibles alternativas de acuerdos.

Cinco. Esclarecimiento de situaciones que se tengan dudas o acercamientos de cantidades propuestas.

Seis. Recapitular propuestas.

Siete. Redactar acuerdos, cierre del proceso

Ocho. Firma de acuerdos en un convenio.

III. CONFLICTOS LABORALES

Estudiando el conflicto en su integridad algunos autores sostienen que en él participan tanto conductas racionales como irracionales, conscientes e inconscientes, así también motivaciones como especulaciones, al igual que otros teorizan el conflicto limitándolo a un curso de acción o conducta consciente y elaborada, en esta última concepción se puede considerar que todas las partes son competidoras que intervienen tratando de ganar, de modo, que cuando el conflicto está latente y algo toca esa situaciones el mimo se vuelve manifiesto y surge la crisis.

En ese contexto, estudiar el conflicto supone una actitud esperanzada que podría considerarse que la mayoría de las situaciones conflictivas son situaciones negociables en la que se puede llegar mutuamente a soluciones ventajosas, donde los involucrados tendrán la posibilidad de enfrentar o encontrar con la voluntad situaciones de cambio quizá encontrando identidades perdidas.

El conflicto en mediación lo define Marinés Sures, como un proceso interaccional que se da entre dos o más partes, en el que predominan las interacciones antagónicas, en las cuales las personas intervienen con sus acciones, sus pensamientos, sus efectos y sus discursos, y que se caracteriza por ser un procedimiento co-construido por las partes.[470] Ante todas esas variantes de expresión lo que si debemos pensar es que los conflictos viéndolos como posibilidades de cambios y transformaciones tienen canales de transformación, a través de nuevos mecanismos de tratamiento profesional, con los que se pueden diseñar nuevos caminos, nuevos lazos

[470] Citado por Olga Castillejo de Arias, en *Resolución de conflictos laborales por métodos alternativos*, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2003, p. 21

capaces de relajar los malos entendimientos y estimular nuevas comunicaciones, independientemente del conflicto y su resolución.

En las fuentes de trabajo confluyen costumbres, cultura, religión, hábitos, caracteres y conductas, podemos enumerar muchas situaciones más, que hacen clic con otras causas que emanan de los intereses de la empresa o el empleador, que exige calidad, compromiso, poder, competencia, equipo y así podemos llegar a determinar que diversos estudios que se han practicado señalan que en un 60 0 70% las causas de los conflictos de trabajo entre los subordinados y sus superiores, son por metas conflictivas, tareas no precisadas, falta de comunicaciones claras, injustas evaluaciones de desempeño, trato injusto, cargas de trabajo mal distribuidas etc., al final del día, alguna de estas situaciones hace crisis y se provoca el conflicto, y si no se gestionan a tiempo y con el manejo adecuado terminan en las Junta de Conciliación y Arbitraje , las cuales están saturadas con juicios de diversas naturaleza, económicos o de derecho.

Los conflictos laborales sin duda alguna surgen de las diferencias entre trabajadores y patrones, o los conflictos de trabajo los debemos definir como aquellos que se suscitan entre trabajadores y patrones, sólo entre aquellos o sólo entre éstos, derivados de las relaciones de trabajo o de hechos íntimamente relacionados con ellas.[471]

En suma podemos sostener la definición adoptada por el Dr. Néstor de Buen, quien expresa que entiende por conflicto de trabajo en sentido amplio *las controversias de cualquier clase que nacen de una relación de derecho laboral,*[472] lo que sin duda es algo cierto, porque el conflicto solamente lo podemos identificar si es de carácter laboral si surge de una relación de derecho del trabajo.

En la doctrina de derecho del trabajo de casi la mayoría de los países hay una clasificación tradicional de conflictos laborales, que además, conforme a su naturaleza, también el Estado ha previsto los procedimientos autónomos de solución de acuerdo a su tipología y estos pueden ser *individuales y colectivos*; a su vez, los conflictos individuales pueden considerarse como individuales propiamente dichos y pluriindividuales, atendiendo al número de personas y acción que ejercen o derechos que reclaman[473].

---

[471] Artículo 604, *Ley Federal del Trabajo,* México, Sista, 2004.
[472] Buen L., Néstor de, *Derecho Procesal del Trabajo,* 13ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 77
[473] La propia OIT ha asumido la distinción entre los conflictos jurídicos y de intereses, definiendo los primeros como aquellos organizados por la aplicación o interpretación de una ley o convenio colectivo vigente, y los

A.- Clasificación de los conflictos laborales

En las relaciones laborales por los sujetos que intervienen en la misma, los conflictos también se clasifican por la simple naturaleza de los sujetos y derechos que se afectan, es por ello, que se estará explicación la clasificación de los conflictos laborales. A continuación se analizan conflicto laboral individual y el laboral colectivo.

1.-El conflicto laboral individual

Los conflictos laborales de carácter individual o también denominados obrero-patronales, son aquellos surgidos en las diferencias con motivo de una relación laboral, específicamente podría decir en los casos de modificación, suspensión, rescisión o terminación de un contrato de trabajo, o también en los casos de preferencias de derechos, o por el incumplimiento de un derecho o prestación en los tiempos previstos ya en la Ley o en los Contratos Colectivos de Trabajo o simplemente reconocidos durante las relaciones de trabajo entre los trabajadores y los patrones.

La definición que cita Mario de la Cueva, sobre *conflicto individual* de *trabajo: toda controversia sobre interpretación o cumplimiento de las relaciones individuales de trabajo.*[474] Se insiste en que será individual porque la causa generadora del conflicto no afecta a la población de trabajadores, sino que, la diferencia posiblemente de incumplimiento de salarios, o quebrantamiento de una jornada de trabajo, o la mala instrucción de trabajo, que se haya dado entre un trabajador y el patrón o el representante del patrón, ello, distingue que el conflicto se dará de manera individual, y en ese sentido, es así como debe buscarse su solución entre las partes involucradas, pero además afectada por la situación de conflicto que si es iniciado a tiempo en proceso de solución, se pueden reconstruir las relaciones quebrantas que al final agudizan la situación de conflicto.

2.- El conflicto laboral colectivo

Los conflictos laboral colectivo también surgen de las relaciones laborales, solamente que cuando la causa generadora del conflicto y la consecuencia del mismo afecta a la mayoría de los trabajadores, ya traspasa el derecho individual y entra a la esfera de la colectividad, esto es, de ese derecho garantista que es el Derecho del Trabajo, legitima otra figura que también está

---

segundos, como los causados por el fracaso de una negociación colectiva, es decir, los surgidos cuando las partes, al negociar la conclusión, prórroga, revisión o extensión del convenio, no llegan a ponerse de acuerdo. OIT, *Conciliación y Arbitraje en los conflictos de trabajo*, Ginebra 1981, p.8.

[474] Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho del trabajo mexicano,* 19ª ed., México, Porrúa, 2003, t. II, p. 730.

vigente en las relaciones de trabajo, que es Sindicato, una figura jurídica en el derecho obrero donde los trabajadores se asocian para el mejoramiento y defensa de sus intereses.

Ante ello, una definición de conflicto colectivo de trabajo que nos refiere Mario de la Cueva es: *"la controversia de naturaleza económica sobre creación, modificación, suspensión o supresión de las condiciones generales de trabajo y la de carácter jurídico que versen sobre el derecho a la existencia o a la libertad de los grupos profesionales o la interpretación genérica o aplicación del contrato colectivo de trabajo siempre que en este último caso se afecte el interés profesional que representen los sindicatos."*[475]

En el conflicto colectivo hay una causa general, manifiesta y sobre todo económica, por eso cuando se originan estos conflictos la finalidad puede ser para crear, modificar o suspender condiciones de trabajo, esto cuando son conflictos de orden económicos, pero cuando son conflictos colectivos de naturaleza jurídica, son los que surgen por determinar la existencia de los sindicatos, o la interpretación o aplicación de alguna cláusula del Contrato Colectivo de trabajo, siempre que se afecte el interés profesional que representa el Sindicato, que son propiamente los trabajadores agremiados.

Consecuentemente, como hemos venido exponiendo tanto los conflictos laborales individuales como los colectivos pueden ser abordados por las partes ya sea desde las fuentes de trabajo, o ante autoridades administrativas como ocurre en México en las Procuradurías de la Defensa del Trabajo, o Secretaría del Trabajo o en procedimientos jurisdiccionales, a través de mecanismos como la negociación o la conciliación.

III. ALCANCE DE LOS ACUERDOS LOGRADOS A TRAVÉS DE NEGOCIACIÓN O CONCILIACIÓN.

Las personas cuando tienen conflictos laborales, muy poco se les ve practicando los mecanismos de solución como son la negociación o la conciliación, posiblemente por el desconocimiento de dichos mecanismos, los invade la duda sobre cuál es la eficacia de dichos acuerdos o convenios.

Al respecto cabe destacar que los acuerdos o convenios que las partes logran cuando practican negociación o conciliación en conflictos laborales; primero, por el principio de la voluntad tienen eficacia entre las partes. En segundo término, si las partes logran acuerdos en los centros de trabajo o ante alguna autoridad administrativa si concurren a la Junta de

[475] Ídem.

Conciliación y Arbitraje, y ratifican esos acuerdos o convenios en términos de lo que dispone el artículo 33 de la Ley Federal del Trabajo, previos de haber sido aprobados y sancionados por dichas Juntas, si alguna de las partes no lo cumple pueden ser ejecutables, esto es, se puede ordenar por la autoridad la ejecución o cumplimiento forzoso de los acuerdos.

Ahora bien, los acuerdos que las partes en un proceso logran por la misma razón que ahí el conciliador o negociador actúa dentro de su función en el proceso ya sea en la audiencia conciliatoria o cualquier otro estado del procedimiento, es muy seguro que el convenio sea aprobado y sancionado en términos de los artículos 33, y 939 de la Ley Federal del Trabajo, para el cumplimiento de las partes y para estimar una aprobación por la autoridad laboral, para mayor confianza de las partes, aunque también dichos acuerdos o convenios tendrán su eficacia entre las partes bajo el principio de la voluntad.

CONCLUSIONES

Primera. Trabajar en la construcción de otras formas de solucionar los conflictos laborales individuales o colectivos, sin apartarnos del sistema de justicia efectiva, es responsabilidad y participación que debemos tener todos, en la reconquista nuevamente del respeto, el reconocimiento, la legitimación y el restablecimiento de las confianza perdidas; los medios alternos de solución de conflictos como la negociación y la conciliación previstos en el artículo 17 constitucional, es apostarle a la vía pacífica de solución de las controversias, me atrevo a decir con mejores resultados que los que se obtienen cuando las Juntas de Conciliación y Arbitraje, resuelven el conflicto dictando un laudo, ya que los acuerdos obtenidos por voluntad de las partes, son en corto tiempo, menos onerosos, además, por qué no decir se restablecen relaciones entre los trabajadores y patrones.

Segunda. Que se fomente en el espíritu del diálogo y la negociación la práctica de los medios alternos de solución de conflictos como la negociación, la conciliación ya que son mecanismos que alientan al verdadero cumplimiento del sistema de justicia efectiva, en donde los trabajadores y los patrones pueden construir acuerdos para mejorar condiciones de trabajo, concluir relaciones laborales de manera pacífica, negociar salarios y derechos de seguridad social en especie.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ALDAO-ZAMPIOLA Carlos M., *La negociación: Un enfoque transdidiplinario con específicas referencia a las negociación laboral.* Montevideo, OIT/ Cinterfor, 2009.

BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y sistemas alternativos de solución de conflictos, una visión jurídica*, Madrid, Reus, S.A., 2009.
BUEN L., Néstor de, *Derecho Procesal del Trabajo*, 13ª ed., México, Porrúa, 2007.

CALCATERRA, Rubén A. *Mediación estratégica*, Barcelona, Gedisa, 2006.
CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia*, trad., Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
CASTILLO DE ARIAS, Olga, *Resolución de conflictos laborales por métodos alternativos*, Argentina, Astrea, 2003.
CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho del trabajo mexicano*, 19ª ed., México, Porrúa, 2003, t. II.
MARALET Juan, Ph. D, *Manual de negociación y mediación, negociaciones empresariales eficaces para juristas y directivos de empresas*, 3ª EDICION, Madrid, COLEX, 2003.
MARTÍNEZ DE MUNGUÍA, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos, una guía introductoria*, México, Paidós, 1999.
MOORE, Christhoper W., *El Proceso de mediación: métodos prácticos para la solución de conflictos*, Buenos Aires, Gránica, 2010.
OIT, *Conciliación y Arbitraje en los conflictos de trabajo*, Ginebra 1981.
PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Fundamentos de derechos procesal del trabajo*, Lima, AELE, 1979, p.162.
PIMENTEL, Manuel, *Resolución de conflictos: técnicas de medición y negociación*, España, Plataforma editorial, 2013.
LEYES Y DOCUMENTOS EN INTERNET.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Congreso de la Unión 2015.
Ley Federal del Trabajo, México, Sista, 2004.
Carta de Naciones Unidas

CAPÍTULO II. IMPORTANCIA DE LA MEDIACIÓN COMO HILO CONDUCTOR PARA LA CONSERVACIÓN DEL VÍNCULO FAMILIAR MINIMO

Viviana Castellanos Suárez[476]

SUMARIO:

I.- Vínculo Familiar. II-Mediación. Conclusiones

RESUMEN:

En el presente artículo se hace énfasis en el importancia del vínculo familiar como una huella y un lazo innegable entre sus miembros en donde se presentan de manera indudable conflictos interpersonales que además de causar incomodidad atentan contra el vínculo familiar, es por ello que se propone el uso de la mediación familiar para la resolución de conflictos y se busque favorecer el mínimo o tal vez inapreciable pero necesario lazo de respeto, confianza, comunicación, escucha y contacto entre los miembros de la familia, esté lazo mínimo que la mediación alienta y favorece en su aparición pudiera llegar a ser la transición a un entorno pacífico de los acuerdos, mediar en vez de agrandar el conflicto familiar, a promover una cultura de paz. Por ello se considera a la mediación como un hilo conductor entre el conflicto y la familia y se pondera su importancia como la inspiradora para la conservación del vínculo familiar mínimo.

PALABRAS CLAVE: Vínculo Familiar, conflicto, mediación, mediación familiar.

ABSTRACT:

In this article emphasis on the importance of family ties as a trace and an undeniable link between its members where they occur beyond doubt interpersonal conflicts besides discomfort undermine the family relationship is done, it is therefore proposed the use of family mediation to resolve conflicts and promote the search for minimum or perhaps invaluable but necessary bond of respect, trust, communication, listening and contact between family members, the minimum bond that encourages and promotes mediation in their appearance could become the transition to a peaceful environment agreements, mediate instead of enlarging the family conflict, to promote a culture of peace. Therefore it is considered to mediation as a common thread between conflict and the family and its importance is weighted as inspiring for the conservation of the minimum family ties.

KEYWORDS: Family ties, conflict, mediation, family mediation.

I.- VÍNCULO FAMILIAR.

"No hay guerra más hiriente que entre hermanos y parientes"

Desde el momento de nacer los seres humanos pertenecemos de una u otra forma a la familia a este primer grupo humano, a este principal vínculo, palabra que etimológicamente proveniente del latín "vinculum" y significa unión, lazo, atadura.[477]

Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la familia es el elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado[478].

---

[476] Lic. Psicología Universidad Iberoamericana Santa Fe México, Maestría en Psicoterapia Psicoanalítica Asociación Mexicana de Psicoterapia Psicoanalítica México, Maestría en Psicología Jurídica y Criminología Instituto Universitario Puebla, actualmente estudiante del Doctorado Solución de Conflictos; Mediación y Derechos Humanos Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Profesor Investigador Asignatura UJAT.

[477] Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española*. 23 ed.Madrid, 2014.

[478] Art 16. 3 Asamblea General de las Naciones Unidas. 1948

En la familia adquirimos hábitos, costumbres, valores, identidad, herencias, formas de ser y de hacer por lo que podemos dejar de pertenecer a diferentes grupos e incluso ante un conflicto podemos negar la existencia de esos vínculos y cortar todo contacto o comunicación, en ocasiones de manera común escuchamos decir "esa persona ni de mi familia es", sin embargo el vínculo familiar es una huella física, psíquica, mental, comportamental, cultural, social y sobretodo jurídica , por ello se le considera como una institución de gran relevancia para la sociedad y de allí la importancia de su perpetuidad.

La versión naturalista establece que la familia es la única institución que surge de manera natural, tradicionalmente los lazos principales que definen una familia son de dos tipos y se conocen como fuentes del parentesco[479], estos son la consanguinidad y la afinidad, la primera se refiere a descendencia y la segunda es decir la afinidad a la alianza.

La versión psicológica del vínculo familiar lo define como cercanía significativa, necesaria para la salud mental y nutridora para el ser humanos ya que el apego provee proximidad, seguridad y confort, disponibilidad, disminuye la ansiedad, organiza, evita las patologías, promueve la independencia. Este comportamiento de vinculación[480] es resultado de una necesidad innata como de adquisición tiene una doble función: protección física y seguridad emocional lo cual defiende al ser humano de peligros y una función de socialización donde el comportamiento de vinculación se amplía a personas próximas, extraños y a grupos.

Sin embargo y derivado del día a día, surgen los choques, resquebrajamientos, problemáticas y conflictos incontables y cada uno con matices propios tales como: separaciones, divorcios, terceras personas, cuidar de los menores, cuidar de los mayores, herencias, enfermedades, deudas, entre otros tantos conflictos interpersonales que atentan contra el vínculo familiar, en sí contra de la seguridad y confort de los individuos como personas y como grupo.

Es decir el conflicto interpersonal es el que se genera exclusivamente en los procesos de interacción con otros individuos,[481] se considera como un proceso cognitivo emocional en el que dos individuos perciben metas incompatibles dentro de su relación de interdependencia y el deseo o necesidad de resolver sus diferencias de poder.

---

[479] Jáuregui, Jésus. "Las Relaciones de parentesco". *Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales.* num 18. 1982. *p.184.*

[480]Yildiz, Ismail. "Teorías sobre afectos y síntomas: Perspectivas de psicología evolutiva y multidisciplinaria." *Psicoanálisis: Revista de la Asociación Psicoanalítica Colombiana,* num.20, vol.1, 2008. p.p. 37-50.

[481] Redorta, Josep. *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación.* Editores Barcelona, Paidos Iberica, 2004.

Es precisamente este último tipo de conflicto, el interpersonal el que se deriva de las formas de vida familiar, sus matices son diversos, dependiendo de factores sociales, culturales, económicos y afectivos. La familia, como cualquier institución social, tiende a adaptarse pero también tiende a buscar solución ya que el conflicto atenta contra el vínculo familiar y genera incomodidad, displacer, dolor y como una opción la resolución de éstos está la mediación, concretamente la mediación familiar.

Ahora bien al parecer no todos los conflictos que experimenta la familia son mediables y éste es el caso concreto de la violencia de género, donde incluso en nuestro país está formalmente no indicado y es un tema controversial, donde se expresa, *"Evitar procedimientos de mediación o conciliación, por ser inviables en una relación de sometimiento entre el Agresor y la Víctima"*[482].

Al respecto existen argumentos en contra como:[483] la desigualdad de poderes, donde el agresor siempre está en una posición de superioridad frente a la víctima, dificultad para discrepar, ya que de irritarse al victimario coloca a la mujer en una posible situación de violencia, la incapacidad de la víctima para mediar debido a se encuentra en una situación con características muy diferenciadas y particulares de estrés postraumático similar al experimentado por víctimas de guerra, tortura o desastres que no hacen viable el uso de la mediación, la neutralidad del mediador: quien no puede ser ni imparcial ni neutral frente a la violencia, entre otros.

Sin embargo cuantas parejas han pasado por violencia y posiblemente no la han manifestado legalmente y han mediado para separarse o en los procesos de divorcio han conciliado o mediado (pensiones, custodia o cuidados), sin ser la violencia incluso conocida o que la mujer la haya sacado a luz, o como constitutiva de delito, tal vez solo como causal se argumenta la sevicia o malos tratos que están incluidos en la violencia, es decir existen casos donde la violencia no ha sido constitutiva de un delito, donde los acuerdos pueden ser no relacionados con la violencia misma.

---

[482] LEY GENERAL DE ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN Secretaría General Secretaría de Servicios Parlamentarios Última Reforma DOF 04-06-2015 1 de 33

[483] Campiña,Cristina. La mediación en casos de violencia intrafamiliar. *Infojus* 16 de Abril de 2015 http://www.infojus.gov.Id Infojus: DACF150287

Por lo que también existen posiciones a favor como las siguientes: [484]Las parejas en las que ha existido violencia, tienen hijos comunes, de modo tal que aunque se separen, tendrán en ocasiones que retomar el contacto, por lo que participar en un proceso de mediación puede enseñarles otras formas no violentas para resolver sus conflictos, la implementación de la mediación penal, mediación escolar, mediación comunitaria, etc., ha podido dilucidarse la eficacia de la mediación para restablecer relaciones deterioradas por el uso de la violencia, favorece un proceso de democratización de las relaciones familiares.

Uno de los trabajos más importantes acerca de la mediación en casos de violencia se refiere al que realiza Sara Cobb en su artículo "*The domestication of violence in mediation*" [485] en el que expone con claridad y contundencia las posibilidades de mediar en situaciones de violencia en general y también de violencia doméstica, en la reflexión se aprecia como durante las sesiones de mediación se logra incluso modificar las llamadas historias de violencia construidas a partir del discurso relacional sobre los derechos y posiciones y se reformulan en nuevos discursos sobre las necesidades de ambas partes, consiguiendo así lo que la autora llama domesticar la violencia, es decir que la violencia desaparezca renovando la comunicación entre las partes.

Lo cierto es que en el caso de la violencia aun es un tema sumamente controversial donde las posiciones están encontradas, sin embargo no hay que perder de vista la existencia de la violencia y convivencia, por lo que la mediación en estos casos puede ayudar a: *"…humanizar a las personas en sus mutuas relaciones, ayudándolas a ver más allá de sus supuestos y a mirarse unas a otras como seres reales, con preocupaciones y necesidades humanas, es decir, se puede alcanzar un alto grado de mutuo reconocimiento"*[486].

II.- MEDIACIÓN

"El vínculo que une a una familia no es de sangre sino de respeto y goce mutuo".

---

[484] Campiña,Cristina. "La mediación en casos de violencia intrafamiliar ". *Infojus*
16 de Abril de 2015 http://www.infojus.gov.Id Infojus: DACF150287

[485] Cobb, Sara. "The domestication of violence in mediation." *Law and Society Review*, 1997.p.p. 397-440.

[486] Munuera Gómez, Pilar y Mª Blanco Larrieux. "Una mirada hacia mediar o no mediar en casos de violencia: Sara Cobb.." *Revista de Mediación* 7, 2011p.p 32-37.

En si todos en algún momento hemos recurrido de manera voluntaria a la mediación, basta recordar como al pelear en la escuela o cuando había un conflicto se recurría preferentemente a un maestro, un tercero que lo atenuaba, así mismo ante el conflicto con los hermanos o con los pares se recurre a la madre, padre y aun si nos situamos en el contexto del trabajo recurrimos al jefe, de manera inherente y por la interrelación e interacción con otros tenemos vivencias muy tempranas no solo de vivir conflictos y sino de requerir a un tercero para solucionarlos.

Cuanto más en la familia será necesario facilitar la resolución de los conflictos interpersonales, un tercero imparcial llamado mediador, acompaña, apoya, ayuda y coadyuva a las partes a buscar solución mediante el acuerdo, lo cual evita el conflicto interno, las tensiones, enemistades, traumas, rencores.

Es común que al escuchar problemáticas o conflictos se llegue a confundir o traslapar la mediación y la psicoterapia, sin embargo se puede apuntar a señalar que la mediación no es un contexto de terapia, ni la terapia un contexto de mediación. Ya que su intervención y objetivos son diferentes y aunque ambas son vías para la resolución de conflictos la psicoterapia abarcará los conflictos internos, intrapersonales e intrapsíquicos y su objetivo será recobrar una posición más favorecida o de salud en el proceso salud – enfermedad, además del cambio cognitivo, conductual, emocional, afectivo. Por su parte el proceso de mediación se centrará en generar soluciones y la resolución de conflictos interpersonales a partir de puntos concretos que terminan siendo consentidos en un convenio donde hay acuerdos y decisiones escritas, en si la mediación y la psicoterapia son coadyuvantes de los conflictos y una no exime a la otra.

Las siguientes puntualizaciones ayudan a entender con amplitud y certeza:

> "La mediación es un proceso estructurado, centrado en la tarea; mientras que la terapia posee una estructura más abierta y fluida, en la cual se tratan los sentimientos. La naturaleza del proceso de mediación es legal o cuasi legal, es decir, mezcla asuntos legales y emocionales; la terapia es un acontecimiento psicológico o personal. En la mediación las emociones se controlan y dirigen para que no interfieran y así conseguir el acuerdo; en la terapia se exploran para entender y comprender el conflicto psicológico. Tanto la mediación como la terapia pueden ser terapéuticas, pero mientras esta última se centra en la curación como objetivo; la mediación, no." [487]

[487] Sánchez, Miguel Ángel Montoya. "Mediación y Terapia o de la Forma de Tratar Integralmente el Conflicto de Familia." *Revista Trabajo Social* 9, 2010.

Así mismo en la gestión de conflictos se señala[488] la importancia que tiene la mediación como un tratamiento alternativo y positivo del conflicto, en sí un instrumento de paz con las característica de ser alternativo, democrático y duradero además de que permite obtener acuerdos ganar - ganar en virtud de que ninguna de las partes involucradas lo pierdo o lo gana todo, sino que encuentran una formula con un denominador común en el que todos deben de ceder un poco para que todos ganen, los instrumentos de resolución de conflictos en el caso de la mediación se basan en relaciones comunicativas entre personas facilitadas por un tercero imparcial y además la mediación contribuye a los paradigmas de la paz.

La mediación se posiciona como una tendencia actual y como un método alternativo voluntario de solución de conflictos sin embargo es una práctica ancestral ya que tiene raíces históricas, culturales ya que se practica desde la antigüedad y de manera espontánea al incluir a una tercera persona para intervenir en un conflicto, sin juzgar, prejuzgar o ser tendencioso, con ninguna de las partes guiándolas hacia la solución del conflicto.

La mediación es[489] una forma de entender las relaciones humanas, pero es también un modo más participativo de hacer justicia, ya que son las partes en conflicto las verdaderas protagonistas del proceso que busca dar satisfacción a sus intereses, es conocida como M.A.S.C. (Métodos Alternos de Solución de Conflictos) y se destacan la mediación, la negociación y la conciliación, estos métodos descongestionan los tribunales, economizan tiempo; aumentan la participación de los actores y con ello su responsabilidad para comprometerse y cumplir dichos pactos, posibilitando relaciones posteriores entre ellas y favorece que las partes adquieran la capacidad de solucionar otros futuros conflictos del mismo modo.

Los Métodos Alternos de Solución de Conflictos requieren de manera constante y como un parámetro para actuar con éxito de ciertas características como lo son[490]: voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y profesionalidad, junto a la buena fe, la flexibilidad del proceso, además del carácter personalísimo del mismo, son los puntos

---

[488] I Salvá, Sergi Farré. *Gestión de conflictos: Taller de mediación, un enfoque socioafectivo*. Ariel, Barcelona, 2004.

[489] García Villaluenga, Leticia. "La mediación familiar en España." *Universidad Complutense de Madrid (http://www. ucm. es/centros/cont/descargas/documento12870. pdf).* 2009. fecha de consulta. Enero 20 del 2015.

[490] García Villaluenga, Leticia. "La mediación familiar en España." *Universidad Complutense de Madrid (http://www. ucm. es/centros/cont/descargas/documento12870. pdf).* 2009. fecha de consulta. Enero 20 del 2015.

cardinales entre los que se configura y ha de desarrollarse la mediación la cual se considera como un instrumento de paz social.

Los usos, costumbres y tradiciones van conformando la cultura por lo que sería deseable que la mediación formará parte de una filosofía de vida de la cultura de las familias y las sociedades para la resolución de problemas en sí para promover la paz. Los conflictos al no encontrar solución tienden a rigidizarse, cronificarse, recrudecerse y por ende afectan el vínculo familiar. Cuántas familias se observa que guardan rencor, rencillas o el recuerdo de lo vivido por años y generaciones, por lo que para construir una cultura de la paz se requiere abordar los conflictos desde otra óptica y solucionarlos con otras herramientas.

Dadas las problemática familiares y que en ocasiones como miembros de las familias no podemos librarnos del conflicto ni de sus consecuencias muchas veces destructivas ha cobrado importancia en un esfuerzo de limar los conflictos y alinear las diferencias la mediación familiar, la cual pretende: "…*ofrecer posibilidades de comunicación en medio del conflicto que permita a las partes, por medio de la reconstrucción de la confianza mutua, llegar a acuerdos legales y justos frente al futuro, y se regeneren los vínculos entre personas y comunidades, de forma tal que se protejan los derechos de todos los implicados y se propicie la generación de lazos de relación y compromiso".* [491]:

La mediación familiar aporta al modelo relacional simbólico al sugerir el valor simbólico del vínculo familiar, donde se busca pasar de un ánimo competitivo, de defensa o a la defensiva a un ánimo de cooperación mutua, donde se valora la historia de las personas y comunidades para cuidar, acrecentar y regenerar los vínculos entre ellas, no solamente en los momentos de conflicto y dificultad sino en el desenvolvimiento normal de la vida, en orden a un mañana armónico. [492]:

La mediación familiar es un hilo conductor que conserva, restaura o zurce el vínculo familiar tiene que ver con reconocer el problema, producir cambios de actitudes y situarse en un camino de posibilidades de cambio estas tres características es lo que se conoce como la trilogía de resolución, gestión y trasformación de conflictos.[493]

---

[491] González, María Isabel. *El cuidado de los vínculos. Mediación familiar y comunitaria*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

[492] González, María Isabel. *El cuidado de los vínculos. Mediación familiar y comunitaria*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

[493] Fisas,Vincenc."Abordar el conflicto la negociación y la mediación". *Revista futuros*, num 10, vol 3. 2005.

Las parejas y las familias ante los conflictos pueden reorganizarse, permanecer paralizadas o bien despeñarse [494] , no obstante la mediación familiar en cualquiera de los tres casos seguirá siendo un excelente hilo conductor para la generación de espacios colaborativos para la regeneración o conservación del vínculo afectado por el conflicto.

CONCLUSIONES

El vínculo familiar es una huella innegable de tipo física, psíquica, mental, comportamental, cultural, jurídica y social, por ello se le considera como a ésta como una institución de gran relevancia para la sociedad y de allí la importancia de su perpetuidad y de favorecer espacios cooperativos para la solución de conflictos.

Los MASC (Métodos alternativos de solución de conflictos) facilitan espacios de diálogo, escucha y entendimiento lo cual contribuye a incrementar la disposición para solucionar el conflicto y a cuidar el vínculo familiar al favorecer que la confianza, la comunicación, la escucha y el contacto mínimo entre los miembros de la familia vuelva a fluir, por ello se considera a la mediación como un hilo conductor entre el conflicto y la familia que de llegarse a instalar en la cultura de la familia o de forma individual en cada persona potencializa la posibilidad de resolver conflictos futuros

La mediación permite el diálogo y facilita restablecer el acercamiento mínimo para que los acuerdos consensuados en familia fluyan. En el ámbito legal se dice que más vale un mal arreglo que un buen pleito, este dicho coloquial se da solo en quien no conoce los métodos alternos y se hoy por hoy pudiera transformarse a más vale propiciar una buena mediación que despeñarse como familia.

BIBLIOGRAFIA

CAMPIÑA Cristina. La mediación en casos de violencia intrafamiliar. *Infojus* 16 de Abril de 2015 http://www.infojus.gov.Id Infojus: DACF150287

CIGOLI, Vittorio, and Eugenia Scabini. "La mediación familiar: el horizonte relacional simbólico." en González Mariá Isabel (comp.), *El cuidado de los vínculos. Mediación familiar y comunitaria.* Universidad del Rosario, Colección Textos de Psicología, 2007, p. 48.

COBB, Sara. "The domestication of violence in mediation." *Law and Society Review* 1997, p.p. 397-440.

FISAS,Vincenc."Abordar el conflicto la negociación y la mediación". *Revista futuros*,num 10, vol 3. 2005.

GARCÍA Villaluenga, Leticia. "La mediación familiar en España." *Universidad Complutense de Madrid (http://www. ucm. es/centros/cont/descargas/documento12870. pdf).* 2009. fecha de consulta Enero 20 del 2015.

[494]. Cigoli, Vittorio, and Eugenia Scabini. "La mediación familiar: el horizonte relacional simbólico." en González Mariá Isabel (comp.), *El cuidado de los vínculos. Mediación familiar y comunitaria.* Universidad del Rosario, Colección Textos de Psicología, 2007, p. 48.

GONZÁLEZ, María Isabel. *El cuidado de los vínculos. Mediación familiar y comunitaria*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

I SALVÁ, Sergi Farré. *Gestión de conflictos: Taller de mediación, un enfoque socioafectivo*. Ariel, Barcelona, 2004.

JÁUREGUI, Jésus. "Las Relaciones de parentesco". *Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales.* num 18. 1982. *p.184.*

MUNUERA Gómez, Pilar y Mª Blanco Larrieux. "Una mirada hacia mediar o no mediar en casos de violencia: Sara Cobb.." *Revista de Mediación* 7, 2011p.p. 32-37.

REDORTA, Josep. *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación.* Editores Barcelona, Paidos Iberica, 2004.

SANCHEZ, Miguel Ángel Montoya. "Mediación y Terapia o de la Forma de Tratar Integralmente el Conflicto de Familia." *Revista Trabajo Social* 9, 2010

YILDIZ, Ismail. "Teorías sobre afectos y síntomas: Perspectivas de psicología evolutiva y multidisciplinaria." *Psicoanálisis: Revista de la Asociación Psicoanalítica Colombiana,* num.20, vol.1, 2008. p.p. 37-50.

LEGISLACIONES

Declaración Universal de Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948. http://www.un.org/ fecha de consulta Enero 20 del 2015

LEY GENERAL DE ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN Secretaría General Secretaría de Servicios Parlamentarios Última Reforma DOF 04-06-2015 1 de 33

DICCIONARIOS

Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española*. 23 ed.Madrid, 2014.

CAPÍTULO III. MEDIACIÓN ESCOLAR Y CONSTRUCCIÓN DE DISCIPLINA RESTAURATIVA

Lily Lara Romero[495]

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II.MARCO TEÓRICO. 2.1. Análisis jurídico de los derechos de los estudiantes de secundaria. 2.2.Derecho a la educación, la convivencia armónica y la prevención de violencia. 2.3. Programas a favor de la convivencia escolar promovidos por el Estado. 2.4. Análisis del conflicto escolar entre escolares desde la perspectiva de violencia estructural. 2.5. Mediación escolar en la resolución de conflictos entre estudiantes. 2.6. Justicia restaurativa en los ámbitos disciplinarios escolares. III. METODOLOGÍA. IV. MARCO REFERENCIAL. V. HALLAZGOS. Conclusiones.

RESUMEN.

La mediación escolar es un método de resolución pacífica de conflictos entre escolares, basado en el diálogo y el respeto, que permite que los discentes implicados asuman la responsabilidad de su conducta, el protagonismo en el proceso y en la propia resolución pacífica del conflicto. Este trabajo tiene como objetivo central demostrar la viabilidad de la mediación en el ámbito escolar de educación secundaria para la resolución alternativa de conflictos interpersonales entre los estudiantes. De este modo se analizan los instrumentos legales de apoyo a la resolución de conflictos y los derechos de los adolescentes, en seguida se conceptualiza la disciplina restaurativa, los conflictos escolares y la viabilidad de un proyecto de mediación. Para la realización de la investigación se utiliza el método de investigación documental, así como el estudio de caso. Los resultados de investigación van a confirman si la mediación es viable en el entorno escolar de educación secundaria.

PALABRAS CLAVE: Mediación escolar, Justicia Restaurativa, Disciplina restaurativa, Conflictos escolares, Educación secundaria.

ABSTRACT.

School mediation is a method for the peaceful resolution of conflicts between students, based on dialogue and respect, which allows learners involved take responsibility for their behavior, the role in the process and the peaceful resolution of the conflict itself. This work has the objective to demonstrate the viability of mediation in schools of secondary education for the alternative resolution of interpersonal conflicts among students.Thus I analize the legal instruments to support conflict resolution and the rights of adolescents, then restorative discipline, school conflict and the viability of a project is conceptualized mediation are conceptualized. To carry out research using documentary research and study case. The research results will confirm if the mediation is viaible in the secondary school environment.

KEYWORDS: School Mediation, Restorative Justice, Restorative Discipline, School conflicts, Secondary education.

I. INTRODUCCIÓN

Las escuelas secundarias son centros educativos donde diariamente se viven situaciones de conflicto que en ocasiones llegan a convertirse en episodios de violencia. Por un lado las instituciones de educación básica públicas se rigen por sistemas disciplinarios punitivos donde la sanción máxima consiste en la expulsión del estudiante del centro escolar. Debido a los cambios en la Constitución Política en los últimos años se ha conformado un marco jurídico

[495] Doctorante de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco del Doctorado Medios Alternos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos perteneciente al programa nacional de posgrados de calidad. Mesa: Derechos Humanos. Cel.9931083254 , correo electrónico: lararomerolily@hotmail.com.

de protección, basado en el interés superior del niño que de manera vinculante estableció normas basadas en protección de los derechos del menor.

Las amenazas, agresiones físicas, verbales, la discriminación por cuestión de género, de preferencia sexual e incluso racial son los conflictos que cotidianamente enfrentan maestros y alumnos dentro de su habitus escolar. El miedo de los docentes, por ser acusados ante los derechos humanos ha cambiado la manera en cómo se afrontan los conflictos. Estas acciones van desde la indiferencia del docente ante el conflicto hasta prácticas de impunidad. De ahí, la importancia del problema de investigación determinar la viabilidad de la mediación en el ámbito escolar de educación secundaria para la resolución alternativa de conflictos entre estudiantes.

Para ello se plantea el marco teórico bajo una perspectiva de los derechos humanos, donde la educación la sitúa como derecho y al estudiante como persona, así se analiza desde una perspectiva jurídica los derechos de los estudiantes de secundaria en el marco legal internacional, regional y nacional, también el derecho a una educación basada en la convivencia armónica y la prevención de violencia, así como los programas que el Estado ha implementado en el sistema educativo nacional para prevenir la violencia. También se lleva a cabo un marco conceptual en relación al conflicto, la mediación y la justicia restaurativa los cuales dimensionan y posibilitan el desarrollo de la investigación.

El marco referencial describe la situación en la que se encuentra la escuela donde se lleva a cabo la investigación. En seguida se presenta la metodología, señalando el tipo de investigación, los objetivos y las fases que comprenden el diseño.

Se presentan los resultados preliminares, producto de la reflexión y el análisis de la problemática. Finalmente se presentan las conclusiones y la bibliohemerografia consultada.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Análisis jurídico de los derechos de los estudiantes de secundaria

Para que se pueda garantizar la protección del adolescente de educación secundaria, existe la Convención de los Derechos del niño[496] (CDN), al igual que en la reciente Convención

[496] México ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño el 21 de septiembre de 1990, por lo que quedó obligado a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella a favor de todos los niños, niñas y adolescentes en el país.

Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes[497] (CIDJ), quienes plantean claramente la estipulación de la participación como un derecho. El siglo XXI tiene el desafío de hacer realidad los avances logrados.

Terminar con la violencia en los establecimientos educativos es una tarea compleja. El fomento de un desarrollo pleno en adolescentes y jóvenes puede ayudar a conseguir ese cambio. Por ello es una obligación del Estado *establecer mecanismos transparentes de seguimiento y evaluación de la implementación de políticas, programas gubernamentales, legislación y compromisos derivados de tratados internacionales en la materia*[498], de:

A. Garantizar la protección de la honra y dignidad del niño, niña o adolescente.
   - Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11.
   - Convención sobre los Derechos del Niño, art. 16.
   - Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, art. 13.
   - Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10. Los derechos del niño en la justicia juvenil, párr. 13.
   - Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 42.

B. Garantizar protección en contra de la discriminación a causa de prejuicio y estigma.
   - Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24.
   - Convención sobre los Derechos del Niño, art. 12.
   - Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, artículos 15 y 16.
   - Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 1.
   - Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículos 3 inciso B, 16-18.
   - Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 41.

---

[497] Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, aprobada por la Reunión de delegados plenipotenciarios de los Estados Miembros de la Organización Iberoamericana de la Juventud el 11 de octubre de 2005 en Badajoz, España.

[498] Ley General de los Derechos de niños, niñas y adolescentes.

> Artículo 2. Para garantizar la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, las autoridades realizarán las acciones y tomarán medidas, de conformidad con los principios establecidos en la presente Ley. Para tal efecto, deberán:
>
> I. Garantizar un enfoque integral, transversal y con perspectiva de derechos humanos en el diseño y la instrumentación de políticas y programas de gobierno;
>
> II. Promover la participación, tomar en cuenta la opinión y considerar los aspectos culturales, éticos, afectivos, educativos y de salud de niñas, niños y adolescentes, en todos aquellos asuntos de su incumbencia, de acuerdo a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, y
>
> III. Establecer mecanismos transparentes de seguimiento y evaluación de la implementación de políticas, programas gubernamentales, legislación y compromisos derivados de tratados internacionales en la materia.

- Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, párr. 12.
- Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 151.

C. Garantizar la participación directa y efectiva del adolescente en todo asunto que le afecta.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.
- Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, art. 46.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia juvenil, párr. 43-45.
- CIDH, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas, párr. 179.

D. Garantizar la naturaleza restaurativa de toda sentencia en contra de las acciones de un adolescente

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5.5.
- Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40.3.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, reglas 13.1, 17.1, 19.1 y 28.1.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 18.
- Ley Federal de Justicia para Adolescentes, artículos 9, 10 y 11.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia juvenil, párr. 49 y 50.
- Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 211.

La Primera Sala de la SCJN ha señalado que de la interpretación sistemática del artículo 1° y 133 de la Constitución, en relación con el numeral 4° de la Ley sobre la Celebración de Tratados, se advierte que tanto la Constitución como los tratados internacionales son normas de la unidad del Estado Federal cuya observancia es obligatoria para todas las autoridades, por lo que resulta lógico y jurídico que dichos instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por nuestro país, con énfasis prioritario en aquellos vinculados con derechos humanos, como lo es la Convención Americana, sean de observancia obligatoria para todas las autoridades del país[499].

En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un

[499] DERECHOS HUMANOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011. Tesis: 1a. CXCVI/2013 (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 1. Pág. 602. Décima Época. Primera Sala. Tesis Aislada (Constitucional, Común).

niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de alguna persona menor de edad. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de niñas y niños, así como los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez[500].

Aunado a ello la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en su artículo 4°, párrafo sexto y séptimo, establece que *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, alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral*[501].

Por ello la edad no puede ser el argumento que se utilice para justificar la limitación o negación de los derechos humanos en la infancia. *En tanto los niños, niñas y adolescentes son sujetos de plenos derechos, deberá asumirse su capacidad jurídica*[502].

Para efectos de este trabajo se considera 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*[503].

---

[500] INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL. Tesis: 1a./J. 18/2014 (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Primera Sala. REITERACIÓN. Jurisprudencia, Constitucional.

[501] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

> Artículo 4°, párrafo sexto.
>
> 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.
>
> Artículo 4°, párrafo séptimo
>
> Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

[502] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que afecten a niños, niñas y adolescentes, México, Febrero 2012, p, 8, http://www.poderjudicialags.gob.mx/servicios/protocolos/Protocolo%20de%20Actuaci%C3%B3n%20para%20quienes%20imparten%20justicia%20a%20ni%C3%B1os%20ni%C3%B1as%20y%20adolescentes%202012_v2.pdf.

[503] Ley General de niños, niñas y adolescentes.

Es importante como lo establece el protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que afecten a niños, niñas y adolescentes,

> …el reconocimiento del adolescente como un niño o una niña por dos razones. Debido a que tanto neurológica y cognitivamente aún vive procesos de maduración que inciden en su pensar y actuar de maneras diversas a la de una persona adulta y porque cuando una persona menor de 18 años se encuentra en situaciones de angustia, temor o ansiedad es común que su actuar y pensar se revierta a etapas de desarrollo anteriores. En este sentido, una persona de 15 años en un procedimiento judicial puede efectivamente razonar con las herramientas y características cognitivas de una de 12 años o menos[504].

Dentro del orden jurídico nacional se tiene que los niños, niñas y adolescentes tienen los siguientes derechos:

Derecho a la igualdad sustantiva, el Artículo 36 de la Ley General de niñas, niños y adolescentes determina *el derecho al acceso al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales*[505].

Asimismo que *las normas aplicables a las niñas y a las adolescentes deberán estar dirigidas a visibilizar, promover, respetar, proteger y garantizar, en todo momento, sus derechos en aras de alcanzar la igualdad sustantiva con respecto a los niños y a los adolescentes; y, en general, con toda la sociedad*[506].

Derecho a no ser Discriminado, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho *a no ser sujetos de discriminación alguna ni de limitación o restricción de sus derechos, en razón de su origen étnico, nacional o social, idioma o lengua, edad, género, preferencia sexual, estado civil, religión, opinión, condición económica, circunstancias de nacimiento, discapacidad o estado de salud o cualquier otra condición atribuible a ellos mismos o a su madre, padre, tutor o persona que los tenga bajo guarda y custodia, o a otros miembros de su familia*[507].

Derecho de Acceso a una Vida Libre de Violencia y a la Integridad Persona, las *niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir una vida libre de toda forma de violencia y a que*

> 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.

[504] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Op.Cit., p16.
[505] Ley General de niños, niñas y adolescentes. artículo 36.
[506] Ley General de niños, niñas y adolescentes, artículo 38.
[507] Ley General de niños, niñas y adolescentes, artículo 39.

se resguarde su integridad personal, a fin de lograr las mejores condiciones de bienestar y el libre desarrollo de su personalidad[508].

Derecho a la Inclusión de Niñas, Niños y Adolescentes con Discapacidad, *son niñas, niños o adolescentes con discapacidad los que por razón congénita o adquirida presentan una o más deficiencias de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, ya sea permanente o temporal y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva, en igualdad de condiciones con los demás*[509].

Además se refiere a que las niñas, niños y adolescentes con discapacidad *tienen derecho a vivir incluidos en la comunidad, en igualdad de condiciones que las demás niñas, niños y adolescentes*[510].

Con relación a las instituciones de educación se tiene la protección del acceso, ya que *no se podrá negar o restringir la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad, el derecho a la educación ni su participación en actividades recreativas, deportivas, lúdicas o culturales en instituciones públicas, privadas y sociales*[511].

2.2. Derecho a la educación, la convivencia armónica y la prevención de violencia

Desde el marco teórico y al momento de abordar el tema del derecho a la educación, es preciso acordar desde qué perspectiva se habla y el enfoque con el cual se aborda. Al respecto, *los dos principales enfoques dicen relación con una perspectiva economicista que otorga a la educación el rol de promoción y generación de capital humano en virtud del modo de producción imperante. Por otro lado, está el enfoque de los derechos humanos, donde la educación se concentra en la persona y la sitúa como sujeto de derecho*[512]. Este estudio se enfoca bajo la perspectiva de los derechos humanos.

El derecho a la educación o de los individuos a recibir educación está protegido por un marco jurídico integrado por un amplío corpus del derecho internacional; a su vez, es uno de los derechos económicos, sociales y culturales que han sido proclamado por la Organización de las Naciones Unidas desde su formación.

El derecho a la educación, tanto en su vertiente individual como social, se encuentra reconocido en instrumentos de protección internacional específica ratificados por México

[508] Ley General de niños, niñas y adolescentes. artículo 46.
[509] Ley General de niños, niñas y adolescentes. artículo 53.
[510] Ley General de niños, niñas y adolescentes. artículo 53.
[511] Ley General de niños, niñas y adolescentes. artículo 54, párrafo IV.
[512] Álvarez, Edgardo y Reyes Luis (eds.), La escuela sitiada: Violencia urbana y derecho a la educación (Colombia, Chile y México), Santiago de Chile, Piso Diez Ediciones, 2013, p, 62.

como son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CT), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CITM), el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes (C169), entre otros.

Aunado a lo anterior el sistema interamericano cuenta con instrumentos específicos también ratificados por nuestro país, estos son: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer. Convención Belém Do Pará (CIM), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIPD), la Carta de la Organización de los Estados Americanos (COEA) y la Carta Democrática Interamericana (CDI).

El derecho a una educación libre de violencia, prejuicios y estereotipos está inmerso en la orientación de la educación del artículo 3° de la CPEUM que señala: *…luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios*[513]. En el mismo nivel determina que la educación: *contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos*[514].

[513] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Artículo 3°,
II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

[514] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Artículo 3°,
c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos, y…

La ley general de niños, niñas y adolescentes en las fracciones X, establece que los niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a que la educación que reciben, *fomente la convivencia escolar armónica y la generación de mecanismos para la discusión, debate y resolución pacífica de conflictos*[515].

De este modo la escuela como centro educativo, *tiene la responsabilidad de establecer mecanismos para la prevención, atención y canalización de los casos de maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso o cualquier otra forma de violencia en contra de niñas, niños y adolescentes que se suscite en los centros educativos*[516]. Y a su vez debe elaborar protocolos de actuación *sobre situaciones de acoso o violencia escolar para el personal y para quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia*[517].

La garantía del respeto al derecho a la educación y la inclusión, así como la erradicación de prácticas pedagógicas discriminatorias[518] o excluyentes, especialmente en los tratos humillantes y degradantes, es responsabilidad de todos los niveles del Sistema Educativo Nacional, por ellos los centros educativos *deben desarrollar y aplicar normas y reglamentos que eviten su discriminación y las condiciones de accesibilidad en instalaciones educativas, proporcionen los apoyos didácticos, materiales y técnicos y cuenten con personal docente capacitado*[519]; además de *administrar la disciplina escolar de modo compatible con la dignidad humana, impidiendo la imposición de medidas de disciplina que no estén previamente establecidas, sean contrarias a la dignidad humana o atenten contra la vida o la integridad física o mental de niñas, niños y adolescentes*[520].

Para tener éxito, los programas de prevención de violencia en la escuela deben incluir elementos que reemplacen la conducta violenta por una no violenta o positiva. Las autoridades escolares, en el ámbito de su competencia, deberán adoptar medidas necesarias para garantizar la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

2.3. Programas a favor de la convivencia escolar promovidos por el Estado

La ley de niños, niños y adolescentes dispone que para propiciar *las condiciones idóneas para crear un ambiente libre de violencia en las instituciones educativas, en el que se*

[515] Ley General de niños, niñas y adolescentes. artículo 57, párrafo X.
[516] Ley General de niños, niñas y adolescentes. artículo 57, párrafo XI.
[517] Ley General de niños, niñas y adolescentes. artículo 57, párrafo XII.
[518] Ley General de niños, niñas y adolescentes. artículo 57, párrafo XVIII.
[519] Ley General de niños, niñas y adolescentes. artículo 57, párrafo XIII.
[520] Ley General de niños, niñas y adolescentes. artículo 57, párrafo XVII

fomente la convivencia armónica y el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes[521], se debe incluir la creación de mecanismos de mediación permanentes donde participen quienes ejerzan la patria potestad o tutela.

Para ello se deben:

> diseñar estrategias y acciones para la detección temprana, contención, prevención y erradicación del acoso o la violencia escolar en todas sus manifestaciones, que contemplen la participación de los sectores público, privado y social, así como indicadores y mecanismos de seguimiento, evaluación y vigilancia; desarrollar actividades de capacitación para servidores públicos y para el personal administrativo y docente; establecer mecanismos gratuitos de atención, asesoría, orientación y protección de niñas, niños y adolescentes involucrados en una situación de acoso o violencia escolar, y establecer y aplicar las sanciones que correspondan a las personas, responsables de centros de asistencia social, personal docente o servidores públicos que realicen, promuevan, propicien, toleren o no denuncien actos de acoso o violencia escolar, conforme a lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones aplicables[522],

El Sistema Educativo Nacional a través del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 (PND), en su Meta Nacional 3. Un México con Educación de Calidad, Objetivo 3.2. Garantizar la inclusión y la equidad en el Sistema Educativo, Estrategia 3.2.2 Ampliar los apoyos a niños y jóvenes en situación de desventaja o vulnerabilidad, señala entre sus líneas de acción para la prevención de la violencia las siguientes líneas de acción:

- *Promover que en las escuelas de todo el país existan ambientes seguros para el estudio.*
- *Fomentar un ambiente de sana convivencia e inculcar la prevención de situaciones de acoso escolar*[523].

La ley general de educación establece como fin de la educación *infundir el conocimiento y la práctica de la democracia como la forma de gobierno y convivencia* que permite a todos participar en la toma de decisiones al mejoramiento de la sociedad[524]; así como *promover el valor de la justicia, de la observancia de la Ley y de la igualdad de los individuos ante ésta, propiciar la cultura de la legalidad, de la paz y la no violencia en cualquier tipo de sus manifestaciones, así como el conocimiento de los Derechos Humanos y el respeto a los mismos*[525].

El criterio que orientará a la educación que el Estado y sus organismos descentralizados impartan, *luchará contra la ignorancia y sus causas y efectos, las*

[521] Ley General de niños, niñas y adolescentes. artículo 59.
[522] Ley General de niños, niñas y adolescentes. artículo 59.
[523] DOF, Reglas de Operación del Programa de Escuela Segura, México 27 de septiembre de 2014.
[524] Ley General de Educación, artículo 7, párrafo V.
[525] Ley General de Educación, artículo 7, párrafo VI.

servidumbres, los fanatismos, los prejuicios, la formación de estereotipos, la discriminación y la violencia especialmente la que se ejerce contra las mujeres y niños, debiendo implementar políticas públicas de Estado orientadas a la transversalidad de criterios en los tres órdenes de gobierno[526].

La misma ley indica que en la impartición de educación para menores de edad *se tomarán medidas que aseguren al educando la protección y el cuidado necesarios para preservar su integridad física, psicológica y social sobre la base del respeto a su dignidad, y que la aplicación de la disciplina escolar sea compatible con su edad*[527].

Siguiendo el marco legal, el Programa Sectorial de Educación 2013-2018 (PSE), en su capítulo III. "Objetivos, Estrategias y Líneas de Acción", Objetivo 1 "Asegurar la calidad de los aprendizajes en la educación básica y la formación integral de todos los grupos de la población"; Estrategias 1.2. "Fortalecer las capacidades de gestión de las escuelas, en el contexto de su entorno, para el logro de los aprendizajes" y 1.7. "Fortalecer la relación de la escuela con su entorno para favorecer la educación integral" establecen entre sus Líneas de Acción, respectivamente, *el impulsar ajustes al marco normativo para establecer con claridad derechos y deberes que faciliten un ambiente escolar de trabajo, disciplina, responsabilidad, cooperación y concordia, así como impulsar la coordinación de escuelas y familias para construir una convivencia respetuosa de los derechos humanos y la perspectiva de género*[528].

El Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra las Mujeres 2013-2018, Objetivo transversal 2. Prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra mujeres y niñas, y garantizarles acceso a una justicia efectiva, establece como Estrategia 2.2 la de *Promover conductas y prácticas no violentas, respeto a las mujeres y resolución pacífica de conflictos en escuelas y familias*[529].

El Programa escuela segura se orienta a promover ambientes escolares propicios para el aprendizaje, en los que la convivencia es condición indispensable para aprender a aprender y para aprender a convivir. *Una escuela segura es aquella en la que las y los integrantes de la comunidad escolar conviven de manera inclusiva, democrática y pacífica, y trabajan*

[526] Ley General de Educación, artículo 8.
[527] Ley General de Educación, artículo 42.
[528] Ibíd.
[529] Ibíd.

comprometidamente para la mejora de los aprendizajes de todo su alumnado[530]. Considerando lo anterior, el programa impulsa de manera prioritaria *la conformación y la operación de Redes de Apoyo, en las que el trabajo coordinado de instituciones y especialistas en convivencia escolar apoyarán a las escuelas en la prevención de situaciones de conflicto y la atención oportuna cuando éstas se presenten*[531].

Lamentablemente el programa de escuela segura es sólo para aquellos centros escolares donde los directores hacen la gestión a partir de una convocatoria, y en el Estado de Tabasco son muy contadas las escuelas donde todavía está vigente y funciona el programa.

La gestión de la convivencia escolar es una tarea educativa indispensable para el desarrollo de las actividades de aprendizaje. *La organización de la escuela y la participación activa de las y los integrantes de la comunidad escolar tienen un impacto en la permanencia de las y los alumnos en la escuela y en sus logros educativos*[532]. Por esa razón a partir del ciclo escolar 2015-2016 se plantea la necesidad que los centros educativos trabajen bajo un proyecto a favor de la convivencia escolar (PACE)[533].

El PACE promueve desde su eje formativo, el desarrollo de habilidades sociales y emocionales, el fortalecimiento de la autoestima, el manejo asertivo de las emociones, el aprecio de la diversidad, el respeto a las reglas, la toma de acuerdos y decisiones, la resolución pacífica de conflictos y el ejercicio de valores para la convivencia a través de los temas de:

I. Autoestima. Me conozco y me quiero como soy
II. Reconozco y manejo mis emociones
III. Conviviendo y respetando a los demás
IV. Las reglas, acuerdos de convivencia
V. Manejo y resolución de conflictos
VI. Familias: todas las familias son importantes[534].

En el Marco de Convivencia escolar, la convivencia se aborda desde diferentes perspectivas y disciplinas: educación cívica y ética; educación ciudadana; educación inclusiva y democrática; resolución pacífica de conflictos; perspectiva de género; promoción y respeto de los Derechos Humanos.

---

[530] Ibíd.
[531] Ibíd.
[532] Ibíd.
[533] SEP, Marco de convivencia escolar, México, 2015, http://basica.sep.gob.mx/convivencia/marco.pdf. Se relaciona con las asignaturas del campo formativo Desarrollo personal y para la convivencia, particularmente con Formación Cívica y Ética. Las acciones del PACE se articulan con su enfoque didáctico y ejes formativos.
[534] Ibíd.

2.4. Análisis del conflicto escolar entre escolares desde la perspectiva de violencia estructural

El estado actual de la investigación sobre violencia en las escuelas señala que las escuelas están sitiadas por la violencia urbana, y su rol educativo, pedagógico, formativo se encuentra amenazada por estos contextos, que inciden fuertemente en los niños y niñas de América Latina.

Una primera aproximación conceptual a la violencia la podemos encontrar con Joseph Galtung quien diferencia la violencia visible con respecto de la invisible. *La visible se despliega de manera asimétrica, como manifestación de algo (no de origen) y que da cuenta de actos de violencia física, verbal o psicológica sobre otros; es lo que entendemos por violencia directa. En cambio, la violencia invisible se expresa por un lado, en la violencia estructural y por otro, en la violencia cultural*[535].

La violencia estructural es aquella *ejercida por instituciones o estructuras que impiden la satisfacción de necesidades… es violencia indirecta que se asocia a procesos de políticas económicas y sociales (represión y explotación)*[536].

Bajo la conducción de Galtung, Moser hace precisiones y categorías de violencia que indica el entrecruzamiento de tipos de violencia que interactúan de manera simultánea. De allí sus cuatro categorías: violencia política, violencia institucional, violencia económica y violencia cultural (véase cuadro 1).

La elaboración del documento Marco de Referencia sobre la Gestión de la Convivencia Escolar desde la escuela pública reconoce que:

> El sistema educativo no es ajeno a los problemas de intolerancia, discriminación, inseguridad y las distintas violencias que se viven en nuestro país y el mundo contemporáneo. En muchos sentidos, la escuela es receptora y en ocasiones también reproductora de estos problemas que inevitablemente trascienden los muros de los planteles y trastocan la vida cotidiana de las aulas, de los patios y de la comunidad escolar. Es por ello que la escuela demanda una estructura sólida en el trabajo cotidiano desde prácticas que promuevan los derechos humanos, los buenos tratos y el cuidado que permitan a los actores de las comunidades escolares fortalecerse personal y colectivamente. Asimismo, demanda la construcción de una red de protección y apoyos hacia los estudiantes y las escuelas, que permitan, en la medida de lo posible,

[535] Galtung, Joseph, Violencia, guerra y su impacto. Sobre los efectos visibles e invisibles de la violencia». Trad. María Anabel Cañón, Polylog, Foro para filosofía intercultural 5, 2004, http://them.polylog.org/5/fgj-es.htm.
[536] Álvarez, Edgardo y Reyes Luis (eds.), Op.CIt., p,65.

protegerlos de la violencia exterior, prevenir la aparición de formas de violencia al interior, y responder de manera pronta a las situaciones de conflicto que enfrenten[537].

CUADRO 1. ENTRECRUZAMIENTOS DE TIPOS DE VIOLENCIA

Tipo de violencia	Categoría	Manifestación	Expresión
Directa	Social (violencia contra las personas). Económica (violencia contra la propiedad). Político-Institucional	Violencias directas categorizadas como delitos.	Alta percepción de inseguridad, personas temerosas.
Estructural	Social Económica Político-Institucional	Desigualdad en la distribución del ingreso, servicios públicos, seguridad social, entre otros.	Desigualdad social (pérdida del estado social), personas socialmente insegura, endeudada y consumista.
Cultural	Social Económica Político-Institucional	Prevalencia del individualismo, de lo privado, legitimación y valoración de lucro, machismo, sexismo.	Segregación social y espacial; personas individualistas, clasistas, desconfiadas. Violencia contra las mujeres basada en relaciones desiguales de poder,

Fuente: Segovia Olga y Mires Lylian, Corporación de Estudios Sociales y Educación, Santiago de Chile: Enero, 2012[538].

La violencia en la escuela es un conjunto de fenómenos que afectan la buena convivencia del centro educativo. De acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud se establecen cinco categorías:

1) vandalismo, o violencia contra las pertenencias del centro;
2) disruptividad, o violencia contra las tareas escolares;
3) indisciplina, o violencia contra las normas del centro;
4) violencia interpersonal y
5) la violencia que puede convertirse en criminalidad cuando las acciones tienen —o pueden tener— consecuencias penales[539].

Ya se ha señalado con anterioridad que la violencia en el ámbito escolar está íntimamente relacionada con la violencia exterior como se señala en el siguiente cuadro 2.

CUADRO 2. CLASIFICACIÓN DE LAS VIOLENCIAS EN EL ÁMBITO ESCOLAR

[537] Dirección General de Desarrollo de la Gestión e Innovación Educativa de la Subsecretaría de Educación Básica, Marco de Referencia sobre la Gestión de la Convivencia Escolar desde la Escuela Pública, México, SEP, 2015, http://basica.sep.gob.mx/marcoconv.pdf.
[538] Ibídem, p, 68.
[539] Krauskopf, Dina, Estado del arte de las experiencias y proyectos de prevención de la violencia en ámbitos escolares, Organización Panamericana de la Salud, Washington, 2006, p,76.

Violencias	De la escuela	Contra la escuela	En la escuela
Físicas	Castigos corporales	Vandalismo, incluido el grafiti; invasiones; hurtos y robos; agresiones de los estudiantes a los profesores.	Peleas entre estudiantes; hurtos, robos y daños al patrimonio de los estudiantes; violencia sexual.
Simbólicas	Sanciones humillantes; imposición de currículos no significativos.	Desafíos a las normas de convivencia en la escuela y la sociedad, como amenazas y acoso presencial y cibernético contra los adultos.	Amenazas, agresiones verbales y gestuales entre estudiantes; acoso presencial y cibernético; violencia moral (calumnia, difamación e injuria); aislamiento social forzado, etc.
Incivilidades	Palabras y gestos agresivos por parte de los adultos, permeados por juicios de clase, etnia, etc., en su mayor parte destinados a mantener al alumnado en posición de obediencia.	Palabras y gestos agresivos de los estudiantes contra los adultos; ignorancia voluntaria de las normas de la escuela y de la "buena educación", inasistencia en comportamientos reprobados por la escuela.	Palabras y gestos agresivos entre estudiantes, contrarias a las normas de la escuela revelando muchas veces prejuicios de género, edad, etnia y clase social.

Fuente: Gómes, Candido Alberto, Abriendo espacios: puentes entre la escuela, comunidad y vida, UNESCO, Fundación Vale, Brasilia, 2008.

Otra investigación señala la existencia, en el ámbito escolar, de la violencia sistémica. Esta se produce cuando, en forma involuntaria, autoridades bienintencionadas aplican procedimientos y prácticas que dañan seriamente el desarrollo de los alumnos.

> La violencia sistémica es insidiosa debido a que los que están implicados en ella, los que la ejercen y los que la padecen, son inconscientes de su existencia. Sólo en aquellos casos en que los resultados de la violencia sistémica son desastrosos —por ejemplo, el suicidio de un alumno que ha sido expulsado del centro educativo— es cuando las autoridades académicas se detienen a meditar sobre el papel que están desempeñando[540].
>
> En muchos casos, la reflexión las lleva a darse cuenta de que, aunque jamás desearon ocasionar perjuicios al alumno, las normas establecidas en el centro y que ellos han cumplido, ha producido un efecto catastrófico. Lo que causa que la violencia sistémica sea así es el hecho de que no exista nadie a quien culpar. Las personas que la aplican sólo forman parte de un proceso más general. Los administradores y los profesores hacen lo que se espera de ellos. Cumplen con las normas establecidas y mantienen los principios.

[540] Ibíd.

2.5. Mediación escolar en la resolución de conflictos entre estudiantes

La mediación escolar se concibe como una herramienta que contribuye a prevenir la escalada hacia situaciones de violencia y, al mismo tiempo, constituye una oportunidad para formar a los jóvenes para la vida en democracia, la paz y los derechos humanos.

Experiencias en otros países latinoamericanos como es Brasil con El Programa Nacional de Mediación Escolar de UNESCO, *proponen el diseño y la implementación de proyectos de mediación entre pares, que promuevan el abordaje constructivo y no violento de situaciones emergentes de conflicto entre los alumnos*[541].

Esta experiencia de mediación se ha llevado a cabo a través de la creación de instancias institucionales como:

> …las asambleas de aula, los consejos de convivencia o los proyectos de abordaje cooperativo de conflictos tales como la negociación colaborativa y la mediación entre pares, se profundiza el aprendizaje de esos valores, incluyendo comprometerse activamente en la construcción de acuerdos y responsabilizarse individual y colectivamente por su cumplimiento[542].

La mediación entre pares ha tenido gran éxito y efectividad en UK y en Norte América. El desarrollo de un servicio de "Mediación Entre Pares," en el que los mediadores son niños o adolescentes de la misma edad que han sido entrenados para entender, terciar y resolver los conflictos que pueden surgir, por ejemplo, en el parque de recreo. *Se ha comprobado que este sistema mejora la autoestima, las habilidades de pensamiento crítico y de resolución de conflictos tanto del mediador como de quienes están inmersos en el conflicto, y también ayuda a crear un mejor ambiente para aprender y estudiar*[543].

La mediación en este trabajo se considera que es un proceso voluntario que se lleva a cabo con carácter confidencial, en el que una persona sin intereses creados y que ha recibido la formación necesaria, a la que se denomina el mediador, presta ayuda a las partes para llegar a un acuerdo de negociación en relación con una controversia o diferencia, y en el que las propias partes están en control de la decisión de zanjar la cuestión y los términos de cualquier solución.

Los elementos de la mediación son: el carácter confidencial, el procedimiento oficioso y flexible, la ausencia de prejuicios, el control y la seguridad. Se rige bajo los principios de

---

[541] Ibídem, p,96.
[542] Ibídem, p,97.
[543] Comunidad de Madrid, La justicia restaurativa aplicada a la resolución de conflictos en el colegio, Madrid, Corporación Excelencia en la Justicia, 2009, p,17.

voluntariedad, neutralidad, confidencialidad, imparcialidad, equidad, flexibilidad, honestidad, buena fe y legalidad.

El proceso de mediación configura el sistema porque:

a) Consiste en elementos interconectados (las partes del conflicto, sus letrados, el o los mediadores.
b) Es dependiente de un metasistema significativo (la sociedad).
c) Presenta un comportamiento global (durante el proceso de mediación).
d) Presenta un tipo reconocible de egresos a partir de ingresos característicos. El ingreso es el conflicto expuesto por las partes y el egreso es el acuerdo si se concreta.
e) Es capaz de mantener su organización interna durante cierto tiempo mientras dura el proceso de mediación[544].

Un sistema diádico son dos personas que solicitan mediación y pueden considerarse como un sistema que junto con el sistema de mediadores uno o dos constituyen el sistema del proceso de mediación, el cual a su vez, es parte de otro macrosistema que es el sistema legal y éste a su vez otro macrosistema que es la sociedad a la cual pertenecen. Para Marinés Suárez *en el sistema de mediación conviven dos subsistemas: el de los mediadores y el de los participantes*[545].

La mediación ayuda a: reducir los obstáculos de la comunicación entre participantes; a realizar al máximo la exploración de alternativas; atender a las necesidades de todos los que en ella intervienen y proporciona un modelo para la futura resolución de conflictos.

El concepto de la mediación escolar realizada entre pares, incluye mediadores que son estudiantes ayudando a sus pares a resolver conflictos. Si esto se hace dentro de un marco cuidadoso con límites bien definidos, entonces el resultado es que el maestro se ahorra involucrarse en todo momento.

El estudiante mediador es un tercero imparcial involucrándose para intervenir en una pelea entre compañeros. *Este alumno facilita la discusión, ofrece un espacio para la comunicación, la negociación, la comprensión del problema y el encontrar soluciones. Es un proceso en el cual las partes entran voluntariamente*[546].

Los estudiantes deben revelar si ellos mismos son parte interesada, es decir si tienen algún interés en el desenlace del conflicto. Esto asegura que la disputa se maneje del modo

[544] Green Eric. Encontrando alternativas al litigio en la disputas empresariales. Paidós. Barcelona 1996, p,130.
[545] Ibídem, p,135.
[546] Transformación de conflictos en el mundo hispano, Florida Internacional University, EU, 2009, http://www.inter-mediacion.com/new/escolar.htm.

más imparcial posible. Para que se dé la mediación ente estudiantes, los estudiantes se tienen que ofrecen voluntariamente para ser entrenados en esta técnica.

Una de las habilidades más importantes para el mediador escolar es *aprender a permanecer y actuar sin juzgamiento de las partes. El objetivo no es juzgar la disputa, sino comprender a ambos lados que tienen un poco de razón cada uno*[547]. El mediador debe ofrecer la facilitación del dialogo para que las partes puedan encontrar algunas soluciones adecuadas.

Las habilidades que debe desarrollar un estudiante como mediador son:

- Habilidades para escuchar.
- Habilidades para evaluar intereses y necesidades.
- Habilidades para el manejo de la ira.
- Habilidades para facultar.
- Habilidades relativas a parafrasear.
- Habilidades para resumir.
- Habilidades para formular preguntas.
- Habilidades para interrumpir un estancamiento.
- Habilidades para romper patrones y estereotipos.
- Habilidades de planeación de estrategias[548].

La escucha activa es un recurso que se utiliza cuando el mediador abre el canal perceptivo-auditivo al acompañar su escucha con la palabra, los gestos, la postura y los movimientos. Es fundamental porque transmite la actitud de interés por lo que la parte dice, a la vez que cuida que las partes se escuchen. Se transmite al parafrasear, resumir, preguntar, legitimar, generar alternativas, colaborar en la evaluación de las opciones, al redactar los acuerdos o trabajar en los desacuerdos.

Para lograrla es necesario: estar psíquicamente confortable, eliminar distracciones, establecer contacto visual, no emitir juicios y preguntar con claridad. Para aplicarla se requiere: *detener el deseo de ser el centro de la atención, detener el deseo de sólo hablar y detener el modo evaluativo y la emisión de juicios*[549].

En situaciones de interacción, el lenguaje no verbal adquiere singular importancia. *Éste se compone de los movimientos del cuerpo, de la cara, de las manos, la disposición espacial que asumen los cuerpos, la entonación de la voz, el ritmo y las inflexiones del discurso, y es un vehículo excelente para la transmisión de información acerca de las emociones y las*

[547] Ibíd.
[548] Alison, Jay y Folberg Taylor, Mediación resolución de conflictos sin litigio, México, Limusa, 1996, p,56.
[549] SEP, Cuaderno 4. Mediación de conflictos en el ámbito escolar, México, FLACSO, 2008, p,30, http://basica.sep.gob.mx/escuelasegura/pdf/guias/cuaderno4.pdf

actitudes[550], así como, en general, del estado de bienestar subjetivo de las personas. Aunque normalmente la producción del lenguaje no verbal por parte de las personas se realiza de manera no consciente, es posible lograr que el sujeto adquiera conciencia de su comportamiento y que, de ese modo, lo controle y adecue su expresividad corporal a las condiciones objetivas de las diversas situaciones.

La habilidad para parafrasear, es la repetición sintética que el mediador hace de lo dicho por las partes, y en la que alude a las emociones, los hechos y las pretensiones relevantes. *Se trata de expresar el relato en un lenguaje neutral. Éste es un recurso que evidencia a las partes que el mediador escucha de manera activa. Para ello, debe poner en boca de las partes lo que él dice ("usted dice que…") y finalizar con un pedido de confirmación ("¿entendí bien?")*[551].

Esto facilita al mediador *la reformulación de los problemas, la identificación de los puntos centrales, realzar algún punto del relato, así como ensayar reencuadres y recontextualizaciones*[552]. Las confirmaciones de las paráfrasis por las partes producen anclajes en el discurso a los que el mediador puede hacer referencia si se desvía la atención del problema que se está tratando y, además, escuchar el problema de boca de una persona neutral, ayuda a la comprensión de la perspectiva del otro.

La comunicación no verbal tiene tres funciones: la gestión y control social de la situación social inmediata, el apoyo y complemento de la comunicación verbal y la sustitución de la comunicación verbal. *Para el mejor desarrollo de su papel, el mediador debe considerar que los gestos se interpretan siempre en función del contexto y de la congruencia entre el lenguaje verbal y el no verbal*[553].

La utilidad de la reformulación de preguntas radica en su capacidad para resignificar los problemas que las partes expresan en la mediación. *Una vía para reformular una situación consiste en encontrar una metáfora acorde con el sistema de creencias de las partes, de modo que éstas tengan una perspectiva de su real dimensión*[554]. Cuando el mediador reformula, debe tener en cuenta las construcciones que subyacen en las formulaciones de cada una de las partes.

---

[550] Ibídem, p,31.
[551] Ibídem, p,32.
[552] Ibídem, p,35.
[553] Ibídem, p,36.
[554] Ibídem, p,37.

Realizar preguntas es uno de los recursos más útiles en la mediación, y hacerlo de forma eficaz implica saber escuchar las respuestas. El mediador debe cuidar que sus preguntas no generen una actitud defensiva en las partes.

El mediador hace preguntas para que: la información se amplíe a partir de las diferencias, las partes se comuniquen, el mediador y las partes entiendan y las partes decidan. Las distintas clases de preguntas que se pueden emplear en la mediación, entre ellas: *abiertas, cerradas, aclaratorias, confirmatorias, hipotéticas y confrontativas*[555].

La habilidad de romper patrones y estereotipos *es que el mediador cambie el sentido negativo que las partes incorporan al narrar los hechos o los contenidos del conflicto*[556], y así pueda presentarlos con un tinte positivo que resuene en la historia de las partes.

El mediador trabaja en la situación de conflicto poniéndola en contexto o cambiándolo. Es decir, *cuando cierto discurso está "fuera de contexto", el mediador intenta "poner los hechos en contexto", proveyendo los requisitos de tiempo, modo y lugar o trayendo a escena la realidad circundante del conflicto. El mediador debe lograr que el "texto" esté en contexto, es decir, que los datos expresados por las partes expresen la realidad*[557].

La habilidad de resumir, es un recurso muy útil para recobrar el control de una sesión, por ejemplo, cuando en una situación las partes se han enfrascado en una discusión estéril. *El resumen se puede hacer sobre una parte del discurso o durante el proceso ("hasta aquí, entonces…"), pero es particularmente útil hacerlo al final de cada sesión, porque ello llama la atención sobre el trabajo realizado en ella, sobre todo cuando se han logrado acuerdos parciales*[558].

La habilidad para interrumpir un estancamiento se da cuando el mediador interrumpe la mediación para: *descubrir información adicional a la obtenida en las reuniones conjuntas, tratar asuntos que resulten delicados para una parte o que requieran contar con un espacio propio para ser planteados y tratados sin la presencia de la otra parte, darle a la parte una oportunidad más para expresarse, discernir el origen del conflicto o descubrir los intereses subyacentes*[559].

---

[555] Ibídem, p,38.
[556] Ibídem, p,40.
[557] Ibíd.
[558] Ibídem, p,41.
[559] Ibídem, p,42.

Si bien estas habilidades son importantes para el mediador escolar, también se requiere crear climas institucionales pacíficos y saludables que favorezcan el pensamiento crítico, la comunicación eficaz, la capacidad para tomar decisiones, el manejo adecuado de las emociones, la capacidad para ser asertivo sin olvidar la capacidad de autocrítica.

Por ello la tarea de la escuela que pretende utilizar la mediación como un medio alterno de solución de conflictos tiene que cambiar el paradigma disciplinar, y empezar a concebir al sujeto, que en este caso es el estudiante de secundaria como un ser pensante y responsable de sus acciones, con capacidad de establecer normas en un ambiente democrático y asumir las consecuencias de su conducta.

2.6. Justicia restaurativa en los ámbitos disciplinarios escolares

La justicia restaurativa puede aplicarse en diversos ámbitos y uno de ellos es el disciplinario que ocurre al interior del colegio, la universidad o cualquier tipo de comunidad estudiantil e incluso a los conflictos en la escuela.

La Justicia restaurativa se propone como una alternativa que responde a un cambio de paradigma que se viene gestando en la normativa internacional, para resolver conflictos dentro del sistema penal. *Tiene su origen en la búsqueda de soluciones a los conflictos sociales, lo que a través del Derecho Penal pretende alcanzar soluciones a la delincuencia*[560].

Los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas definen la Justicia Restaurativa como una: *respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades*[561].

El movimiento de la Justicia Restaurativa encuentra sus orígenes en las costumbres ancestrales de las poblaciones de América del Norte y de Nueva Zelanda, cuya forma de resolver los conflictos implica la participación de la comunidad para solucionarlos. Por su parte, *en los años setenta del siglo XX, se desarrolla como forma de mediación entre víctimas y personas ofensoras, y en la década de los noventa de ese mismo siglo, amplió su alcance*

[560] Arias Madrigal Doris María (Coord.), Programa de Justicia Restaurativa en el poder judicial, San José Costa Rica, PJCR, 2009, p,5.

[561] Pearson, Annette. Foro Iberoamericano de acceso a la Justicia. Conclusiones. Libro editado por el Ministerio de Justicia de Chile. PNUD, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, con motivo de la realización del Primer Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia. Santiago de Chile. Enero 2006, p. 107, http://www.realjustice.org/articles.html?articleId=412.

incluyendo comunidades de apoyo, familiares, amigos, mediante reuniones restaurativas o círculos[562].

Desde el punto de vista teórico, se han señalado algunos principios que sustentan la Justicia Restaurativa, ellos son:

a) Devolver el papel protagónico a la víctima y al ofensor para elaborar juntos una solución.
b) Darle un papel activo al ofensor al asumir la responsabilidad sobre el hecho cometido.
c) La reparación cumple no solamente un fin individual del ofensor con respecto a la víctima, sino también un fenómeno que busca la paz social. Por ello la participación de la comunidad deviene en fundamental para el cumplimiento de los acuerdos.
d) La reparación penal no se debe confundir con la restitución o indemnización civil a las víctimas.
e) Propone que esta sea voluntaria a través de la utilización efectiva de los mecanismos alternos a la solución del conflicto.
f) La reparación del daño debe ser voluntaria[563].

La Comisión de prevención del delito y justicia penal del Consejo Económico y Social de la ONU, señala que en la justicia restaurativa se deben incluir elementos como:

> …la habilitación de las personas que participaban en tales procesos, incluidos tanto víctimas como delincuentes; el hincapié en la recuperación; el hincapié en el papel de las comunidades y la adopción de decisiones por consenso; y un cambio en el modo de pensar de los profesionales del sistema de justicia penal establecido. También se tomó nota de la importancia de equilibrar los intereses de los participantes clave en los distintos casos[564].

A su vez el grupo de expertos estableció los principios básicos de la justicia restaurativa en los sistemas penales, ampliando la definición, de manera que el concepto pueda evolucionar. Se tiene que:

> Por "proceso restaurativo" se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.
> Por "resultado restaurativo" se entiende un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente[565].

---

[562] Arias Madrigal Doris María (Coord.), Op.Cit., p,15.
[563] Zehr, Howard, The Little Book of Restorative Justice, UK, Good Books, 2002, p. 19.
[564] Consejo Económico y Social, Debate temático sobre la reforma del sistema de justicia penal: logro de la eficacia y la equidad Reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, 7 de enero de 2002, E/CN.15/2002/5/Add.1, párr. 25.
[565] Ibídem, párr. 2

Para Van Ness, la Justicia Restaurativa debe asentarse sobre cuatro columnas que serán el soporte del enfoque restaurativo. Estas son: encuentro, reparación, reintegración e inclusión.

1. El encuentro es visto como la oportunidad a las partes involucradas en un delito para que, frente a frente, dialoguen y expresen emociones que, generalmente, no pueden utilizar en un proceso tradicional. La finalidad es lograr que las partes comprendan el delito y el daño ocasionado, y buscar la forma de repararlo.
2. La reparación significa que la persona ofensora debe realizar enmiendas para que la víctima se sienta resarcida del daño sufrido. Podrá ser desde una disculpa, hasta el cambio de comportamiento, la restitución a la víctima o a la sociedad.
3. La reintegración comprende el apoyo en la comunidad. Es el reingreso de la víctima o de la persona ofensora a la comunidad[566].

   La función más crítica de las prácticas restaurativas es restaurar y construir relaciones.

Debido a que los procesos informales y formales promueven la expresión del afecto o emoción, también promueven vínculos emocionales.

Las prácticas restaurativas no se limitan a procesos formales, tales como reuniones restaurativas y reuniones familiares en grupo o toma de decisiones en grupo familiar, *sino que abarcan desde los informal hasta lo formal. En un espectro de prácticas restaurativas, las prácticas informales incluyen declaraciones afectivas que comunican el sentir de las personas, igual que preguntas afectivas que les permite a las personas reflexionar sobre como su comportamiento ha afectado a otras personas*[567].

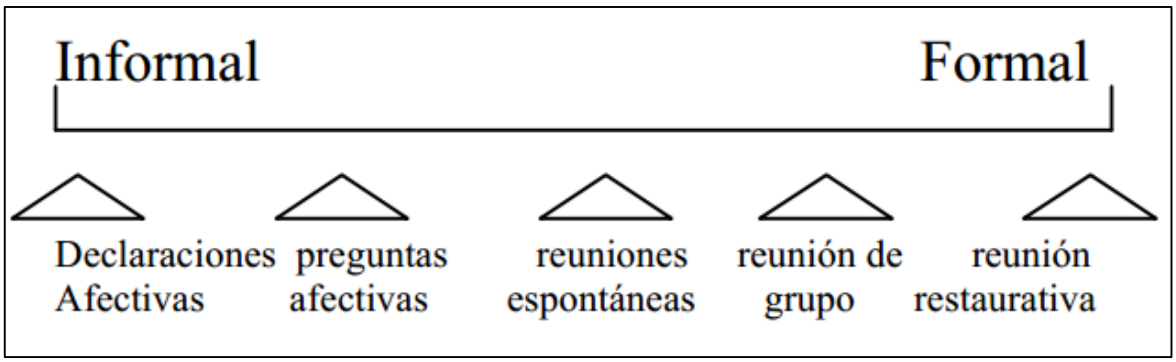
Para comprender el espectro de prácticas restaurativas (Véase Figura 1) se tiene que *moviéndonos de izquierda a derecha en el espectro, conforme las prácticas restaurativas se tornan más formales e involucran a más personas, requieren de mayor tiempo de planificación, y son más estructuradas y completas. A pesar de que un proceso restaurativo formal pude tener un impacto dramático, las prácticas informales tienen un impacto cumulativo porque son parte del quehacer cotidiano*[568].

FIGURA 1. ESPECTRO DE PRÁCTICAS RESTAURATIVAS

[566] Van Ness, Daniel, Centro para la Justicia y la Reconciliación-Confraternidad Carcelaria Internacional, artículo: "Principios y Desarrollos actuales de la Justicia Restaurativa", Justicia Restaurativa en Costa Rica: acercamientos teóricos y prácticos". I Congreso de Justicia Restaurativa, San José, Costa Rica, Junio de 2006, pp. 39-43.

[567] Wachtel Ted y McCold Paul, De la Justicia Restaurativa a las Prácticas Restaurativas: Ampliando el Paradigma, 5ª Conferencia Internacional de IIRP sobre Reuniones Restaurativas, Círculos y otras prácticas restaurativas, Agosto, 2004, Vancouver, British Columbia, Canadá.

[568] Ibíd.



Fuente: Wachtel Ted y McCold Paul[569]

Otros países como España, han trabajado bajo los principios de justicia restaurativa en las escuelas, los principios en las escuelas deberán:

- Involucrar a todo el colegio. El compromiso para seguir esta metodología compromete a los profesores, a los directores y a los alumnos para que puedan llevarse a cabo de manera adecuada.
- Aceptar que los conflictos son parte de la vida social humana. En efecto, la paz no es la ausencia de conflicto o de violencia; es la presencia de procesos, de conocimiento y de relaciones basadas en la empatía y en la asertividad que facilitan la deliberación no violenta.
- Permitir que las personas jóvenes sean responsables por sus actos, sus comportamientos y sus sentimientos.
- Empoderar a las personas jóvenes, a los profesores y a los padres para que manejen los conflictos de manera positiva[570].

Programas de justicia restaurativa en otros países la han incorporado en casos de disciplina escolar en los cuales otro u otros estudiantes se ven afectados de manera directa porque se les ha producido un daño real, concreto y específico. *Ejemplos de estos casos son: robos, vandalismo, peleas en las cuales se ocasionan, lesiones personales, abuso verbal, acoso o agresión sexual, agresión con armas, agresión con cualquier elemento que pueda causar lesión a otro*[571].

La disciplina se refiere al sistema de normas que una organización se proporciona a sí misma y la obligatoriedad o no de que cada miembro del grupo social cumpla con unas convenciones[572]. Ortega señala que parte de la conflictividad se debe a que *los escolares no han participado en la elaboración de los códigos de conducta de la escuela, ni en los sistemas de agrupamiento, ni en los diseños de actividades; tampoco son conocedores de los problemas*

[569] Ibíd.
[570] Comunidad de Madrid, La justicia restaurativa aplicada a la resolución de conflictos en el colegio, Madrid, Corporación Excelencia en la Justicia, 2009, p,12.
[571] Ibídem, p,13.
[572] Ibídem, p.34.

funcionales que el cumplimiento de normas conlleva, y no se les ha mostrado el camino razonable y democrático para resolver los conflictos que la dinámica de la convivencia produce[573].

A través de la justicia restaurativa los niños y adolescentes pueden aprender unas nuevas estrategias y hábitos de pensamiento para solucionar los conflictos de manera positiva y obtener relaciones saludables.

Una reunión de justicia restaurativa requiere de una interacción en la cual no solo se modelan unas habilidades y unos comportamientos, sino que estas actitudes son indispensables en los participantes para que el proceso prospere y se llegue a un acuerdo final.

La reunión de justicia restaurativa entre los estudiantes, padres de familia y el director de la escuela debe darse en un ambiente de respeto, empatía, perdón, cooperación, asertividad y autocontrol. *Al internalizar estos valores/habilidades en el proceso de justicia restaurativa, los participantes van a aplicar un modelo de solución de conflictos diferente y positivo que va a ir más allá de la reunión restauradora a otras situaciones que puedan surgir en la vida diaria*[574].

Desde la perspectiva del control social, el conflicto se puede transformar en colaboración, usando un alto nivel de control y un alto nivel de apoyo, se confronta y desaprueba el hecho cometido y, a la vez, se refuerza y valora en toda su dimensión a la persona que cometió la ofensa.

Evidencias en otros países, señalan que la práctica restaurativa puede resultar en: reducción de asuntos disciplinarios referidos al director, reducción de suspensiones y expulsiones, reducción de tiempo perdido en clases, que se pierde en la gestión de conductas de alumnos desafiantes, mejora de la moral del docente y mejora de la salud académica, entre otros.

III. METODOLOGÍA

La investigación cuyos resultados preliminares se presentan en este trabajo, pretende demostrar la viabilidad de la mediación en el ámbito escolar de educación secundaria para la resolución alternativa de conflictos interpersonales entre escolares; para probar que la mediación es viable se establecieron los siguientes objetivos de investigación:

Objetivo general:

[573] Ibíd
[574] Ibídem, p,16.

Determinar la viabilidad de la mediación en el ámbito escolar de educación secundaria para la resolución alternativa de conflictos interpersonales entre escolares.

Objetivos específicos:

- Analizar los instrumentos legales de apoyo a la resolución de conflictos y los derechos de los adolescentes.
- Examinar la mediación como medio de resolución de conflictos, la disciplina restaurativa, los participantes y los conflictos desde el ámbito escolar.
- Reconocer las características de un proyecto de mediación en el ámbito escolar de educación secundaria para la resolución de conflictos interpersonales entre escolares.

En atención a los objetivos se planteó la investigación en tres fases:

Fase I. Describir y analizar los principales referentes teóricos y normativos de resolución de conflictos en educación básica.

Se consultaron como fuentes primarias libros y artículos de revistas electrónicas, también leyes, normas, tratados nacionales e internacionales, como fuentes secundarias se analizaron los estados del arte del objeto de investigación.

Fase II. Identificar y conocer las escuelas secundarias que tiene la mediación como medio alterno de solución de conflictos entre escolares.

Fase III. Análisis exhaustivo de caso, concretamente en la Escuela Secundaria General #1 "Jaime Torres Bodet", con el fin de conocer, desde sus actores, la validez de la mediación en la resolución de conflictos en la escuela secundaria donde no se encuentra implementada.

Para garantizar la validez y fiabilidad de la investigación en el proceso de obtención de datos se empleará combinando diferentes técnicas desde una estrategia de lógica triangular con el fin de revelar diferentes aspectos de la realidad empírica, concretamente: análisis documental, entrevistas y cuestionario.

Por otra parte, en cuanto al ámbito temporal, se trata de un estudio transversal que combina la vertiente macrosociológica (universo de escuelas secundarias con servicios de mediación en el contexto estatal) y microsociológica, a través del estudio del caso singular en una escuela secundaria concreta que permite un acercamiento intensivo a los estudiantes y profesores del mismo.

IV. MARCO REFERENCIAL

La Escuela Secundaria General No. 01 " Jaime Torres Bodet", c.c.t. 27DES0006R, Zona escolar No. 12, Sector 2, es oficial y se ubica en la calle Francisco Javier Mina No. 401

esquina con Sánchez Magallanes, colonia Centro y se localiza en Villahermosa la Capital del Estado de Tabasco.

De acuerdo con las estimaciones del CONEVAL, esta escuela se encuentra dentro del contexto de mayor población de pobreza con un indicador de 37.8 %[575]. Se ubica en el primer cuadro de la ciudad, región con demasiado tráfico vehicular, viven pocas familias a su alrededor, lo que se aprecia son una gran cantidad comercios establecidos y ambulantes, un alto índice de delincuencia, los alumnos provienen de colonias y comunidades lejanas de la ciudad, obligándoles a levantarse muy temprano y transitar largas distancias que a veces origina llegar tarde a la escuela, la mayoría son de clase media y baja, la tasa de abandono escolar es de 10.8%[576].

La escuela forma parte del Programa Nacional Escuela Segura, desde julio de 2007, sin embargo no se ven reflejadas las acciones en la comunidad escolar ya que no funciona el programa de Seguridad Pública.

La escuela presta servicio educativo a dos turnos (matutino y vespertino) cuenta con 6 edificios: una dirección, 18 aulas para clase, una sala de maestros con sanitarios para hombre y mujer, cooperativa del turno vespertino, talleres, 6 sanitarios para alumnos, 2 cooperativas, 2 espacios para laboratorio inservibles,2 áreas recreativas y deportivas, una sala de medios, una biblioteca funcional. Tiene una plantilla de 151 trabajadores de los cuales: 118 son docentes, 3 directivos, 8 prefectos, 12 secretarias, 10 conserjes. Con una población escolar de 720 alumnos en el turno matutino y 465 en el turno vespertino.

Los conflictos identificados con mayor regularidad son: peleas entre estudiantes; hurtos, robos y daños al patrimonio de los estudiantes; amenazas, agresiones verbales y gestuales entre estudiantes; acoso presencial y cibernético; violencia moral (calumnia, difamación e injuria); aislamiento social forzado; palabras y gestos agresivos entre estudiantes, contrarias a las normas de la escuela revelando muchas veces prejuicios de género, edad, etnia y clase social.

V. HALLAZGOS

Los hallazgos resultados del cuestionario para detectar la situación que percibe el profesorado del centro educativo sobre la convivencia propuesta por Isabel Fernández García;

[575]CONEVAL, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, México, 2014, http://www.coneval.gob.mx/Medicion/Documents/Mapa_interactivo_2014/Tabasco.pdf

[576] SIGED, Sistema de Información y Gestión Educativa, México, 2015, http://www.siged.sep.gob.mx/SIGED/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages

después de ser respondido por el profesorado y la entrevista a la directora se presentan a continuación:

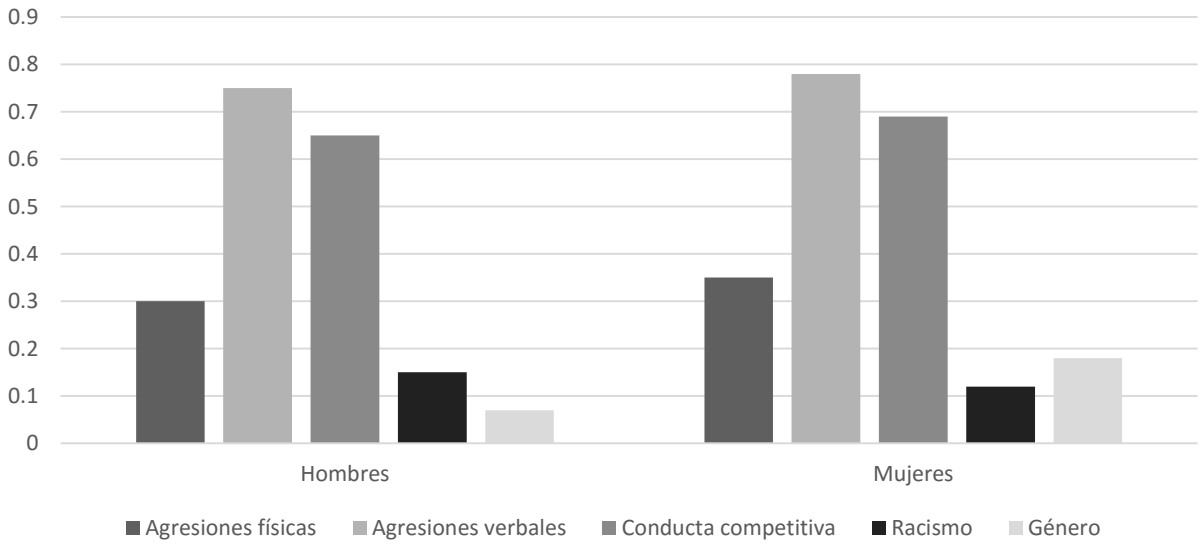
El colectivo docente considera que las agresiones y conflictos en la Secundaria es un problema muy importante; además que consideran que más del 60% del tiempo en un día escolar lo invierten en temas relacionados con la disciplina y los conflictos.

Cuando se presenta en la clase algún problema de disciplina o conflicto disruptivo, un 40% del colectivo docente señala que expulsa al estudiante de la clase, un 20% habla aparte con el estudiante, un 30% dice que sitúa al estudiante dentro del salón pero, lo aparta del resto del alumnado y un 10% intenta ignorar el hecho y continua dando marcha a la clase.

La directora señala que es importante que el colectivo docente adopte medidas conjuntas desde el comienzo del curso, ya que esto ayudará a la resolución de conflictos en el aula. Indica que la solución más idónea para resolver los problemas dentro del aula es incluir el tema de disciplina en el Consejo Técnico Escolar.

Los estudiantes respondieron que las agresiones y abusos entre el alumnado es un problema de convivencia en la Secundaria Jaime Torres Bodet. Entre las agresiones que suelen ser las más corrientes entre el alumnado se tiene (Gráfico 1).

GRÁFICO 1. AGRESIONES CON MAYOR FRECUENCIA RELATIVA ENTRE EL ALUMNADO



Fuente: Elaboración propia.

La percepción de los hombres y las mujeres estudiantes de secundaria en relación a los conflictos entre estudiantes, es mayor en relación a las agresiones verbales, como son:

insultos, amenazas y humillaciones verbales. En segundo lugar se encuentra la conducta competitiva que se manifiesta dentro y fuera del aula de clase, compiten por razones económicas y deportivas. En tercer lugar se encuentran las agresiones físicas manifiestas en golpes, empujones, pellizcos, cachetadas y patadas. El cuarto lugar, no es menos importante ya que en los varones es mayor el racismo hacia jóvenes de origen humilde, indígenas y color de piel, y las mujeres mencionan que hay discriminación por género, ya que se sienten excluidas en algunas actividades deportivas y también en los equipos de trabajo.

En lo que se refiere a dónde y cuándo se da con mayor frecuencia las conductas antes mencionadas, se tiene que 40% dice que en la clase, 20% en los pasillo, 15% en la salida o entrada de la escuela, 15% en los servicios sanitarios y 10% fuera de la escuela.

CONCLUSIONES

La mediación escolar constituye un medio alternativo para la solución de conflictos entre los estudiantes, como se ha señalado con anterioridad no todos los conflictos son mediables, en base al trabajo de campo, se encontró que los conflictos donde estudiantes se involucran en peleas, daños al patrimonio de los estudiantes, amenazas, agresiones verbales, agresiones gestuales y violencia moral es viable.

Sin embargo en situaciones de acoso escolar, cibernético, tratos inhumanos o humillantes, aislamiento social forzado, prejuicios de género, edad, etnia y clase social, se requiere del involucramiento de la comunidad escolar. Para ello, la sugerencia es sensibilizar a los docentes, padres de familia, tutores, personal administrativo y vecinos a través del Consejo de Participación Social en prácticas sanas de convivencia escolar. La mediación no es la solución inmediata en este tipo de conflictos, se requiere instalarse en una cultura que promueva los derechos humanos.

La escuela desde dentro realiza prácticas de violencia simbólica que están invisibilizadas, por ello los programas para la prevención de violencia no son adecuados. Tiene que existir un proceso de concientización por parte de los educadores, a pesar de los cursos que han tomado de convivencia, se siguen asumiendo prácticas de disciplina punitiva que vulneran la dignidad de los estudiantes.

La mediación es solo un medio, pero es un buen inicio cuando el colectivo docente acepta y reconoce que tiene que aprender a mirar al otro con dignidad. Y cambiar la mirada con los lentes de los derechos humanos es un reto al cual nos tenemos que enfrentar.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

ALISON, Jay y Folberg Taylor, Mediación resolución de conflictos sin litigio, México, Limusa, 1996, p,56.

ÁLVAREZ, Edgardo y Reyes Luis (eds.), La escuela sitiada: Violencia urbana y derecho a la educación (Colombia, Chile y México), Santiago de Chile, Piso Diez Ediciones, 2013, p, 62.

ARIAS MADRIGAL, Doris María (Coord.), Programa de Justicia Restaurativa en el poder judicial, San José Costa Rica, PJCR, 2009, p,5.

COMUNIDAD DE MADRID, La justicia restaurativa aplicada a la resolución de conflictos en el colegio, Madrid, Corporación Excelencia en la Justicia, 2009, p,17.

CONEVAL, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, México, 2014, http://www.coneval.gob.mx/Medicion/Documents/Mapa_interactivo_2014/Tabasco.pd

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Debate temático sobre la reforma del sistema de justicia penal: logro de la eficacia y la equidad Reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, 7 de enero de 2002, E/CN.15/2002/5/Add.1, párr. 25.

Dirección General de Desarrollo de la Gestión e Innovación Educativa de la Subsecretaría de Educación Básica, Marco de Referencia sobre la Gestión de la Convivencia Escolar desde la Escuela Pública, México, SEP, 2015, http://basica.sep.gob.mx/marcoconv.pdf.

DOF, Reglas de Operación del Programa de Escuela Segura, México 27 de septiembre de 2014.

FIU, Transformación de conflictos en el mundo hispano, Florida Internacional University, EU, 2009, http://www.inter-mediacion.com/new/escolar.htm.

GALTUNG, Joseph, Violencia, guerra y su impacto. Sobre los efectos visibles e invisibles de la violencia». Trad. María Anabel Cañón, Polylog, Foro para filosofía intercultural 5, 2004, http://them.polylog.org/5/fgj-es.htm.

GREEN Eric. Encontrando alternativas al litigio en la disputas empresariales. Paidós. Barcelona 1996, p,130.

KRAUSKOPF, Dina, Estado del arte de las experiencias y proyectos de prevención de la violencia en ámbitos escolares, Organización Panamericana de la Salud, Washington, 2006, p,76.

PEARSON, Annette. Foro Iberoamericano de acceso a la Justicia. Conclusiones. Libro editado por el Ministerio de Justicia de Chile. PNUD, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, con motivo de la realización del Primer Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia. Santiago de Chile. Enero 2006, p. 107, http://www.realjustice.org/articles.html?articleId=412.

SEP, Cuaderno 4. Mediación de conflictos en el ámbito escolar, México, FLACSO, 2008, p,30, http://basica.sep.gob.mx/escuelasegura/pdf/guias/cuaderno4.pdf

SEP, Marco de convivencia escolar, México, 2015, http://basica.sep.gob.mx/convivencia/marco.pdf.

SIGED, Sistema de Información y Gestión Educativa, México, 2015, http://www.siged.sep.gob.mx/SIGED/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que afecten a niños, niñas y adolescentes, México, Febrero 2012, p, 8, http://www.poderjudicialags.gob.mx/servicios/protocolos/Protocolo%20de%20Actuaci%C3%B3n%20para%20quienes%20imparten%20justicia%20a%20ni%C3%B1os%20ni%C3%B1as%20y%20adolescentes%202012_v2.pdf.

VAN NESS, Daniel, Centro para la Justicia y la Reconciliación-Confraternidad Carcelaria Internacional, artículo: "Principios y Desarrollos actuales de la Justicia Restaurativa", Justicia Restaurativa en Costa Rica: acercamientos teóricos y prácticos". I Congreso de Justicia Restaurativa, San José, Costa Rica, Junio de 2006, pp. 39-43.

WACHTEL Ted y McCold Paul, De la Justicia Restaurativa a las Prácticas Restaurativas: Ampliando el Paradigma, 5ª Conferencia Internacional de IIRP sobre Reuniones Restaurativas, Círculos y otras prácticas restaurativas, Agosto, 2004, Vancouver, British Columbia, Canadá.

ZEHR, Howard, The Little Book of Restorative Justice, UK, Good Books, 2002, p. 19.

LEYES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Ley General de Educación

Ley General de los Derechos de niños, niñas y adolescentes.

JURISPRUDENCIA

DERECHOS HUMANOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011. Tesis: 1a. CXCVI/2013 (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 1. Pág. 602. Décima Época. Primera Sala. Tesis Aislada (Constitucional, Común).

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL. Tesis: 1a./J. 18/2014 (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Primera Sala. REITERACIÓN. Jurisprudencia, Constitucional.

CAPÍTULO IV. TIPOS DE CONFLICTOS QUE PUEDEN MEDIARSE EN EL ÁMBITO ESCOLAR.

María Asunción Alamilla García[577]

SUMARIO:

A.- El conflicto escolar. B.- Intervención en el conflicto escolar C.- Mediación y tipos de conflictos en contextos educativos. D.- Conclusión. Bibliografía.

RESUMEN:

Investigaciones realizadas sobre conflictos y violencia escolar han dado como resultados la proliferación de problemas de convivencia en contextos educativos, lo cual, ha derivado en una creciente demanda de mediación en la búsqueda de soluciones a los mismos. Por ello, en el presente artículo se exponen diversas conceptualizaciones del conflicto desde algunas disciplinas y autores con la finalidad de clarificarla y entrar a temas de los conflictos escolares que más se presentan en las aulas y cómo la mediación escolar puede ser una de las alternativas para crear ambientes de convivencia en positivo y prevención de conflictos.

PALABRAS CLAVE: Conflictos, Mediación escolar, convivencia, violencia.

ABSTRACT:

Research on school violence and conflict have led to results proliferation problems of coexistence in educational contexts, which has resulted in a growing demand for mediation in seeking solutions to them. Therefore, in this article various conceptualizations of conflict are exposed from some disciplines and authors in order to clarify issues and come to school more conflicts occur in the classroom and how school mediation can be an alternative to create positive living environments and conflict prevention.

KEYWORDS: Conflict, school mediation, coexistence, violence.

A.- EL CONFLICTO ESCOLAR.

La perspectiva histórica del conflicto ha evolucionado a lo largo del tiempo desde una visión judío – cristiana de carácter dualista, pasando por el positivismo en torno al siglo XIX hasta en enfoque constructivista siglo XX y XXI.[578] La corriente constructivista aporta una óptica del conflicto y una visión de la realidad desde múltiples perspectiva, en las que cada una de ellas no son excluyentes sino complementarias, esta complementariedad enriquece la visión de la realidad. Se percibe entonces al conflicto como algo natural asociado a la dinámica de la vida cotidiana. No tiene por qué ser algo negativo, sino que se puede contemplar como una oportunidad para generar cambios deseables.

---

[577] La MCE. María Asunción Alamilla García, es doctorante en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos, PNPC – CONACYT, por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Maestra en Ciencias de la Educación con Especialidad en Docencia e Investigación en Educación Superior por la Universidad del Valle de México Campus Villahermosa. Docente de la Licenciatura de Administración, Contaduría y Comercio Internacional de la Universidad del Valle de México Campus Villahermosa, Facultad de Negocios. Villahermosa, Tabasco, México, 2015. malamilla1702@hotmail.com.

[578] Pérez Serrano, Gloria y Pérez de Guzmán Puya, Ma. Victoria, *Aprender a convivir, el conflicto como oportunidad de crecimiento*, Madrid, España, NARCEA Ediciones, 2011, p. 14

Los conflictos ocurren tanto en las personas y al igual en las organizaciones, pero también ocurren en el medio escolar ya que surgen inevitablemente en las relaciones entre las personas por la confrontación de percepciones, intereses o actitudes entre los involucrados.[579]

El conflicto como mucho se ha dicho es inherente a la condición humana, por tal motivo es importante afrontarlo e intentar resolverlo en el momento en que se produce o se presenta y no esperar a que se resuelva por sí misma o peor aún, esperar a que el tiempo se encargue de resolverlo.

Si dejamos que el conflicto se prolongue en el tiempo éste seguirá aumentando cada vez más y afectará no solo a las personas implicadas en un primer momento sino que se proyectará en las relaciones de otros miembros de la comunidad en este caso de la escolar, ahora bien, un conflicto que se alarga en el tiempo es más difícil de resolver o solucionar.

Dada la importancia de entender al conflicto y el por qué se presenta, iniciaremos este apartado presentando algunas conceptualizaciones del conflicto en general hasta llegar al conflicto escolar.

Desde la disciplina sociológica nos dice que "los procesos de influencia están directamente unidos con la producción y reabsorción de conflictos"[580]. Este autor sostuvo que en la medida en que los procesos de influencia tienen lugar en el marco de una interacción en la que cada miembro del grupo tiene buenas razones para reducir o resolver el conflicto o el desacuerdo, estos procesos aparecen estrechamente emparentados con un proceso de negociación.

Por otra parte, la psicología afirma que el conflicto debe concebirse "como una situación en la que fuerzas que se oponen de modo simultáneo entre sí y con igual intensidad, actúan sobre un mismo individuo"[581], menciona que el conflicto en general sobreviene cuando existe por un lado una tendencia a arriesgarse en una actividad y de otro una fuerza opuesta a esta actividad. Esta concepción de Kurt Lewin nos sitúa en el marco del conflicto intrapsíquico en la medida que no clarifica si las fuerzas a que se refiere pueden ser internas o externas al individuo.

---

[579] Caravaca Llamas, Carmen, "La mediación: Herramienta para la gestión de conflictos en la escuela", *Revista de educación social*, 2013. Pág. 3.

[580] Moscovici, Serge, *Psicología social"*Influencia y cambios de actitudes individuos y grupos", Barcelona, Paidos, 1985, P. 123.

[581] Lewin Kurt, "La teoría del campo en la ciencia social" en Vendrell Esteve, *El conflicto en la dinámica de los pequeños grupos,* Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, facultad de Psicología, 1987, P.13.

Por otro lado, "Deutsch aclaró que el conflicto interno es una experiencia personal inevitable",[582]afirma que un conflicto ocurre cada vez que existe una actividad incompatible, que estas acciones se pueden originar tanto en una persona como un grupo o en una nación.

Otra forma de aproximarse al conflicto es la de Galtung[583], quien distingue "disputa" la cual define como relativa a dos personas o actores que persiguen el mismo objetivo que es escaso. Distingue también "dilema", que lo refiere a una persona o actor que persigue un objetivo incompatible, sigue distinguiendo "contradicción", para referirla a la dialéctica entre un objetivo deseado y la forma o sistema elegido para alcanzarlo, finalmente "conflicto", refiriéndolo a las actitudes y asunciones personales, más la conducta y las contradicciones en una triada solo abstraíble teóricamente y que tiene un nivel latente y otro manifiesto.

Autores contemporáneos, convergen en el pensamiento de que el conflicto ocurre cuando dos o más valores, perspectivas u opiniones son contradictorias y se persiguen diferentes objetivos incompatibles para diferentes personas o grupos. Es una situación que produce falta de unidad y presenta rasgos como divergencia de intereses, que es una condición inherente a la naturaleza humana y que es incompatible o percibido como tales.[584]

En cuanto a la conceptualización del conflicto escolar, se entiende como el desacuerdo existente entre personas o grupos en cuanto a ideas, intereses, principios y valores, dentro de la comunidad escolar, de tal manera que las partes perciben sus intereses como excluyentes, aunque puedan no serlo.

B.- INTERVENCIÓN EN EL CONFLICTO ESCOLAR

La intervención en la resolución del conflicto para generar un buen clima educativo en el centro es preciso que los estudiantes centren su atención en el proceso de aprendizaje y junto con el resto de la comunidad educativa trabajen para lograr una mayor calidad. Entre los aspectos para trabajar la resolución de conflictos se pueden mencionar:

- Cooperación. Los alumnos aprenden a trabajar juntos, a compartir y a ayudarse mutuamente. Este aprendizaje cooperativo les ayudará en la resolución de conflictos tanto en la etapa escolar como en la vida adulta.

---

[582] Deutsch Morton, *The resolution of conflicto: constructive and destructive processes,* New Haven y Londres, Yale University Press, 1973, P. 33.

[583] Galtung Johan, *Peace by peaceful means: Peace and conflicto, development and civilization,* en Redorta Josep, *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación,* España, Paidos, 2007, P.30.

[584] *IBIDEM,* P. 19.

- Comunicación. Favorece la escucha activa, el respeto a las opiniones de los otros, la interrelación, la capacidad de expresión, así como la búsqueda de argumentos para convencer a la otra parte favoreciendo el desarrollo del pensamiento crítico.
- Tolerancia. Se aprende a respetar las opiniones de los demás, a ser comprensivos y tolerantes con las ideas de los otros, al percibir que existen diferentes posturas ante un mismo hecho. Se comprenden los estereotipos y prejuicios y cómo se generan.
- Autocontrol. Los alumnos aprenden a controlar sus emociones, sentimientos, expresiones y a desarrollar actitudes no agresivas.

Todos estos aspectos favorecen la creación de un buen clima en el que los conflictos se pueden resolver con mayor facilidad cuando surjan. Lo ideal es prevenirlos es decir cuando surgen hay que procurar solucionarlo lo antes posibles y es aquí cuando se habla de la importancia de prevenir los conflictos en el ambiente escolar.

Por lo que el papel de la intervención en la resolución de conflicto es de carácter preventivo, se trata de intervenir en el conflicto cuando está en sus inicios, sin esperar a que llegue a la fase final de crisis, con el fin de analizar desde un primer momento sus causas y componentes para de este modo, desarrollar actitudes, estrategias y habilidades para resolverlos.

El aprendizaje escolar no puede restringirse de ninguna manera a la adquisición de "bases de datos". La posibilidad de fomentar aprendizajes significativos considerando diversos contenidos curriculares. Uno de los contenidos anteriormente poco atendidos en todos los niveles educativos era el de las actitudes y los valores (el denominado "saber ser") que, no obstante, siempre ha estado presente en el aula, aunque sea de manera implícita u "oculta". Sin embargo, en la década pasada notamos importantes esfuerzos por incorporar tales saberes de manera explícita en el currículo escolar, no sólo a nivel de la educación básica, sino también en el nivel medio, en el bachillerato y gradualmente en la educación superior.

Las actitudes son experiencias subjetivas (cognitivo-afectiva) que implican juicios evaluativos, que se expresan en forma verbal o no verbal, que son relativamente estables y que se aprenden en el contexto social.[585]

Por lo tanto, las actitudes son un reflejo de los valores que posee una persona y el valor es una cualidad por la que una persona, un objeto-hecho despierta mayor o menor aprecio,

[585] Beltrán Jesús, *Procesos, Estrategias y Técnicas de aprendizaje, Psicología evolutiva y de la educación,* Madrid, síntesis psicología, 1998, pág. 59 y 60.

admiración o estima. Los valores pueden ser económicos, estéticos, utilitarios o morales; particularmente estos últimos representan el foco de los cambios recientes en el currículo escolar. Puede afirmarse que los valores morales son principios éticos interiorizados respecto a los cuales las personas sienten un fuerte compromiso "de conciencia", que permiten juzgar lo adecuado de las conductas propias y ajenas (Sarabia, 1992).

El constructivismo postula la existencia y prevalencia de procesos activos en la construcción del conocimiento: habla de un sujeto cognitivo aportante, que claramente rebasa a través de su labor constructivista lo que le ofrece su entorno

En el terreno educativo, esto se traducirá en el énfasis de la función mediadora del profesor, el trabajo cooperativo y la enseñanza recíproca entre pares. A pesar de que los diversos autores de tales enfoques se sitúan en encuadres teóricos distintos, comparten el principio de la importancia de la actividad mental constructiva del alumno en la realización de los aprendizajes escolares. Entre las aproximaciones constructivistas, que si bien pueden diferir en otros aspectos importantes, tienen su punto de encuentro y complementariedad en dicha idea-fuerza constructivista. Trasladada al campo de la educación, una idea-fuerza

"conduce a poner el acento en la aportación constructiva que realiza el alumno al propio proceso de aprendizaje; es decir, conduce a concebir el aprendizaje escolar como un proceso de construcción del conocimiento a partir de los conocimientos y de las experiencias previas, y la enseñanza como una ayuda a este proceso de construcción" [586]

La base de los programas educativos se sustenta en la promoción de os derechos humanos universales (libertad, justicia, equidad, respeto a la vida, etc.), así como en la erradicación de los llamados antivalores (discriminación, autoritarismo, segregación, maltrato, explotación, etc.).

En este ámbito es más evidente que la enseñanza no puede centrarse en la recepción repetitiva de información factual o declarativa, sino que se requieren experiencias de aprendizaje significativas, que permitan no sólo adquirir información valiosa, sino que incidan realmente en el comportamiento de los alumnos, en la manifestación del afecto o emoción moral, en su capacidad de comprensión crítica de la realidad que los circunda, en el desarrollo

[586] Díaz Barriga, Frida y Hernández Roja, Gerardo, *Estrategias docentes para un aprendizaje significativo,* 2da.edición, México, McGraw-Hill, 2002, pp. 25 – 29.

de habilidades específicas para el diálogo la autodirección, la participación activa, la cooperación o la tolerancia.

Las siguientes son algunas de las metodologías de orientación constructivista que intentan promover aprendizajes significativos en este complejo campo:

- La clarificación de valores y actitudes orientada al autoconocimiento, la discusión obre dilemas,
- El análisis de casos, la comprensión y escritura crítica, el aprendizaje cooperativo y situado,
- El entrenamiento en habilidades sociales y autorregulatoria,
- La participación activa en proyectos académicos y comunitarios de servicio o prosociales.[587]

La organización escolar, tienen la capacidad de crear sus propios climas de convivencia, es por lo que los centros educativos no comparten las mismas características, ni presentan las mismas formas ni los mismos grados de violencia. Cada tipo de hecho conflictivo exige unas intervenciones diferenciadas que apuntan a tres objetivos básicos: prevención, intervención y resolución del conflicto. Las medidas a tomar serán diferentes para solucionar el ausentismo que para intervenir en la mejora de las relaciones entre iguales. Cuando los comportamientos de los alumnos no encajan con los valores, motivaciones u objetivos del proceso educativo, a menudo surgen los actos disruptivos dentro del aula. Esta disrupción atiende muy especialmente a la imposibilidad de instruir por parte del profesor o, formulado a la inversa, la dificultad del alumnado de aprender debido a los desórdenes, indisciplina, desmotivación y apatía en el proceso de enseñanza dentro del aula. Este tipo de conflictividad en las escuelas es el más abundante, del que más se habla entre profesores en los pasillos y que de forma cotidiana representa el reto de educar.

Sin embargo, aunque no sale en los medios de comunicación y no se afronta como un hecho violento por la inmensa mayoría de la sociedad, es causa de resentimiento, desajuste curricular, estrés del profesorado y del alumnado y cultivo de una escalada de conflictos. Sólo cuando se inflige daño físico, verbal o psicológico a otro miembro de la comunidad, ya sea adulto o un igual, se considera violencia. La violencia física puede tomar la forma de pelea,

[587] IBIDEM, pp. 56 – 58.

agresión con algún objeto o simplemente un daño físico sin importancia aparente. La violencia verbal se refiere a amenazas, insultos, motes y expresiones dañinas.

Esta es sin duda la más usual y por ello la más repetida y visceral. La violencia psicológica a menudo pasa desapercibida y se refiere a «juegos» psicológicos, chantajes, reírse de, sembrar rumores, aislamiento y rechazo, como elementos más usuales. En esta categoría se puede incluir los abusos entre alumnos, y las agresiones entre profesores-alumnos y alumnos-profesores. El abuso entre alumnos pasa significativamente desapercibido y se viene considerando dentro del currículum oculto como proceso de maduración, siendo percibido en algunos casos como un proceso inevitable. Las agresiones profesor-alumno, pueden mantenerse en el ámbito del miedo, el alumno no se atreve a acertar su necesidad de ser respetado, o en el otro extremo puede suponer un gran escándalo público de magnitudes desproporcionadas. En ciertos casos son los profesores quienes tras una escalada del conflicto con algún alumno reciben agresiones, insultos o amenazas. En ciertas ocasiones puede convertirse dicho profesor/a en el chivo expiatorio de un grupo negativo que entra en una pugna de autoridad y poder. La relación profesor-alumno tiene una asimetría de poder. Su enfrentamiento produce sentimientos de venganza, miedo y rencor. A veces simboliza la personalización del rechazo a la escuela por parte de un alumno en un profesor determinado que

Por su falta de autoridad, debilidad (juventud, vejez, aspecto físico, tipo de asignatura que imparte, etc.), se convierte en blanco fácil donde apuntar. Su solución en casos graves trae consigo un daño emocional muy doloroso.[588]

Es preocupante el hecho de que cada vez más, se producen episodios de manifestaciones violentas que afectan a las relaciones interpersonales de la comunidad educativa y estos a la vez repercuten en los procesos de enseñanza-aprendizaje. Estas conductas que se manifiestan a través de la violencia están demandando una respuesta educativa. Los que trabajamos en el campo de la educación somos cada vez más conscientes de que la convivencia no surge espontáneamente, sino que la tenemos que construir a base de trabajo, tiempo e implicación de toda la comunidad de aprendizaje. Este es el reto que desafía hoy a la convivencia escolar.

[588] Fernández, Isabel, *Prevención de la violencia y resolución de conflictos: El clima escolar como factor de calidad*, 2da. Ed., Madrid, Narcea, 1999, pp. 3 y 4.

Los conflictos generalmente se han estudiado desde el enfoque de lo que dicen los profesores, sin embargo, en una investigación realizada desde la perspectiva de los alumnos, se obtiene una lista de los conflictos significativamente más frecuentes en el sistema escolar y los menos frecuentes, los producidos entre profesores y alumnos. Estos resultados subrayan las discrepancias de los adolescentes respecto a su visión del profesorado y ponen de manifiesto su rechazo hacia las normas de este y su sabotaje del sistema escolar. Todo ello llama la atención sobre la necesidad de construir democráticamente normas compartidas de convivencia escolar y recordar que la adolescencia es una etapa caracterizada por la oposición a la autoridad adulta.[589]

El tratamiento del conflicto en el aula debe ser diferenciado y su resolución también. No obstante, cabe decir que a pesar de esta distribución analítica de los conflictos, la evolución de los mismos puede pasar de un tipo a otro. A pesar de ello, la resolución de conflictos aconseja siempre ir al conflicto original como la mejor forma de abordar su resolución. Es decir, centrarse en el elemento sustantivo del conflicto y no en sus consecuencias adjetivas.

C.- TIPOS DE CONFLICTOS Y MEDIACIÓN EN CONTEXTOS EDUCATIVOS.

Otro de los contextos propensos al conflicto además de la familia es el escolar. Ya que en él, los menores se relacionan mucho entre sí y durante bastante tiempo y no siempre con los mismos intereses ni objetivos. Por tanto, se ve como normal que en las aulas y en los centros educativos se produzcan de forma continua, pero aun sabiendo que los conflictos son naturales a las relaciones interpersonales, es necesario trabajar con herramientas de prevención para que cuando nazca el problema se pueda abordar de manera pacífica y dejar de abordarlo con improvisaciones o paliativos de solución que lo único que hacen es incrementar el conflicto y generar violencia.

Así pues, debemos fijarnos no ya en la existencia de conflictos, sino en la forma de resolverlos en los centros escolares. Se habla entonces, de *resolución de conflictos* en las aulas, dado que los conflictos son inevitables.[590]

[589] Ceballos Vacas, Esperanza Ma, *et al.*, "La voz del alumnado en el conflicto escolar", *Revista de Educación,* España, FECYT, No. 359, Septiembre – Diciembre, 2012, pp. 563 – 566.

[590] Viñas Cirera, Jesús, *Conflictos en los centros educativos. Cultura organizativa y mediación para la convivencia,* España, GRAO, 2009, colección Acción directiva, p. 13.

Con esa idea, se tiene la convicción de que la organización escolar, tiene la capacidad de crear sus propios climas de convivencia, dado que los centros educativos no comparten las mismas características, ni presentan las mismas formas ni los mismos grados de violencia.

Por eso, cada tipo de hecho conflictivo exige intervenciones diferentes que apuntan a tres objetivos básicos: prevención, intervención y resolución del conflicto. Las medidas a tomar serán diferentes para solucionar el ausentismo que para intervenir en la mejora de las relaciones entre iguales.

Cuando los comportamientos de los alumnos no encajan con los valores, motivaciones u objetivos del proceso educativo, a menudo surgen los actos disruptivos dentro del aula.

Esta disrupción atiende muy especialmente a la imposibilidad de instruir por parte del profesor o, formulado a la inversa, la dificultad del alumnado de aprender debido a los desórdenes, indisciplina, desmotivación y apatía en el proceso de enseñanza dentro del aula.

Este tipo de conflictividad en las escuelas es el más abundante, del que más se habla entre profesores en los pasillos y que de forma cotidiana representa el reto de educar. Sin embargo, aunque no sale en los medios de comunicación y no se afronta como un hecho violento por la inmensa mayoría de la sociedad, es causa de resentimiento, desajuste curricular, estrés del profesorado y del alumnado y cultivo de una escalada de conflictos.

Se le da importancia sólo cuando se inflige daño físico, verbal o psicológico a otro miembro de la comunidad, ya sea adulto o un igual, se considera entonces como violencia. La violencia física puede tomar la forma de pelea, agresión con algún objeto o simplemente un daño físico sin importancia aparente. La violencia verbal se refiere a amenazas, insultos, motes y expresiones dañinas. Esta es sin duda la más usual y por ello la más repetida y visceral.

La violencia psicológica a menudo pasa desapercibida y se refiere a «juegos» psicológicos, chantajes, reírse de, sembrar rumores, aislamiento y rechazo, como elementos más usuales. En esta categoría se puede incluir los abusos entre alumnos, y las agresiones entre profesores-alumnos y alumnos-profesores. El abuso entre alumnos pasa significativamente desapercibido y se viene considerando dentro del currículum oculto como proceso de maduración, siendo percibido en algunos casos como un proceso inevitable.

Las agresiones profesor-alumno, pueden mantenerse en el ámbito del miedo, el alumno no se atreve a acertar su necesidad de ser respetado, o en el otro extremo puede suponer un gran escándalo público de magnitudes desproporcionadas.

En ciertos casos son los profesores quienes tras una escalada del conflicto con algún alumno reciben agresiones, insultos o amenazas. En ciertas ocasiones puede convertirse dicho profesor/a en el chivo expiatorio de un grupo negativo que entra en una pugna de autoridad y poder.

La relación profesor-alumno tiene una asimetría de poder, su enfrentamiento produce sentimientos de venganza, miedo y rencor.

La escuela y la familia han sido las dos instituciones educadoras por excelencia, ambas se han complementado en una tarea común: la socialización de la infancia, son instituciones especialmente sensibles a los cambios sociales y actualmente, están afectado de forma significativa por los conflictos que emanan de ellos.

En el plano de la experiencia que define de forma más rigurosa los contextos cercanos, hay cambios sustanciales estrechamente relacionados con una actividad familiar y docente, que son de tres apartados:

- Cambios de escenarios de las relaciones e intercambios de los seres humanos, pasando hacer simbólicos en un alto porcentaje.
- Cambios en el escenario de la experiencia cotidiana, con la omnipresencia de la televisión, los videojuegos, las redes sociales, etc.
- Transformación de las familias tradicional, con la disolución progresiva del patriarcado y el paso de una familia nuclear y absolutamente diversificada.

No obstante, no todos los conflictos son susceptibles de tratarse a través de mediación. Los casos en los que las partes no desean ir a la mediación, en los que hay falta de confianza y credibilidad en el espacio de la mediación o cuando se trata de hechos de especial y notoria gravedad, no serán susceptibles de abordar con la herramienta de la mediación escolar.[591]

En cuanto a los inicios de la mediación en el ámbito educativo, este se origina en Estados Unidos en los años sesenta a partir de la actuación de varios grupos religiosos y movimientos de Educación para la Paz, que se plantearon la necesidad de enseñar a los estudiantes una serie de habilidades para resolver los conflictos de manera no violenta.[592] Hoy en día, en este país, existen más de 5000 programas de mediación y resolución pacífica de conflictos en el espacio escolar.

[591] García Llamas, José Luis, *Manual de experto Universitario en Mediación y Resolución de Conflictos en el Ámbito Educativo Tomo IV*, España, Acuerdo Justo Editorial, 2012, Pp. 78.
[592] Prada de Prado, Jorge de, *op. Cit*., nota 14, p. 148.

En España fue el Centro de Resolución de Conflictos Gernika Gogoratuz el que inició la incorporación de esta estrategia a los centros escolares, partiendo de su experiencia en otros campos de actuación. Posteriormente diversos autores han realizado experiencias en este campo en diferentes Comunidades Autónomas de España.

En el área metropolitana de Bucaramanga, Colombia, la mediación escolar se viene trabajando como medio para solucionar diferencias entre pares. Figura que ha tenido dos perspectivas en el desarrollo del proceso: estrategia pedagógica para formar en valores y cultivar pensamientos positivos en medio de la turbulencia e instrumento de justicia comunitaria donde se advierte la responsabilidad constitucional y legal en la formación bajo principios democráticos, en un ejercicio de diálogos interculturales e intergeneracionales, para rescatar el deber de la verdad y la justicia. [593] Es decir, la mediación escolar se nutre de concepciones educativas y jurídicas, condición que permitió un trabajo integral.

Bajo todas las anteriores consideraciones los investigadores plantearon la necesidad de un compromiso ético de la familia y la escuela: formar para convivir en los diferentes escenarios de la sociedad local, nacional e internacional.

Ahora bien, la familia actual ha ido tomando diversas formas, con estructuras y roles en crisis, dejando de lado el ser el referente educativo y el establecer normas, límites y el vínculo de calidad (afectivo – comunicativo), tan necesario para la construcción del autoconcepto, la autoestima y la autorregulación, alimentando y no previniendo los problemas que luego en la adolescencia resultan más difíciles de abordar.

La escuela, con contenidos y métodos revisables y una realidad cada vez más diversa, continúa con unos objetivos homogenizantes, con un currículum oculto que permanece y unos mecanismos de control contrarios a una sociedad democrática y una sociedad de la información.

Dado lo anterior, es necesario utilizar la herramienta de mediación como una estrategia para gestionar de forma positiva los conflictos. Pero ¿qué es la mediación?

“Es un procedimiento, compuesto por una serie de estrategias y técnicas, mediante el cual las partes implicadas, con la participación y ayuda de un mediador imparcial e independiente, identifican, formulan y analizan las cuestiones en disputa, con el objetivo de desarrollar y

[593] Díaz Fajardo, Jhoney, *Construyendo convivencia en y desde la escuela,*

proponer ellas mismas opciones o alternativas que les permitan llegar a un acuerdo que solucione el conflicto o mejore las relaciones entre las partes"[594].

Aplicada la mediación al contexto educativo, se conceptualizaría a la mediación escolar como: Una estrategia de resolución dialogada y colaborativa de conflictos que, a diferencia de su aplicación en otros ámbitos, tiene también un carácter de intervención educativa intencional.
Esto significa que, si bien todo el proceso de mediación en cualquier ámbito conlleva el aprendizaje de nuevos planteamientos de resolución de conflictos, la mediación en el ámbito escolar es doblemente educativa.
Otros autores del tema dicen que la mediación escolar es: Un proceso de diálogo que se realiza entre las partes implicadas, con la presencia de una tercera persona imparcial que no debe influir en la resolución del conflicto, pero que facilita el entendimiento entre las partes. El poder recae en el diálogo. No obstante, y atendiendo la situación, este diálogo no podría tener lugar sin algún facilitador de la comunicación. (...) *El proceso de mediación se caracteriza por ser un proceso educativo*, voluntario, confidencial, colaborativo y con poder de decisión para las partes.[595]

La mediación escolar posee un gran valor educativo, al surgir de una perspectiva positiva, además de constructivista, tiene en cuenta los sentimientos e intereses de los implicados y sobre todo, favorece la formación individual y grupal.
A la mediación escolar se le asigna una serie de aspectos positivos como son:

- Ayuda a crear un ambiente más relajado en el centro que facilita la dinámica educativa,
- Fomenta el desarrollo de actitudes de respeto y de valoración del otro,
- Favorece el conocimiento de los valores, intereses, necesidades y sentimientos tanto individuales y colectivos al buscar soluciones satisfactorias para todos los implicados en el conflicto,

[594] Alcover de la Hera, Carlos M. "La mediación como estrategia para la resolución de conflictos: una perspectiva psicosocial", *Servicio de publicaciones de la URJC,* Madrid, España, pp. 3 -5.

[595] Munné, María y MacCrag, Pilar, "Los 10 principios de la Cultura de Mediación", Editorial GRAO, Barcelona, España, mayo 2006, P. 21.

- Aumenta las actitudes cooperativas y disminuye el número de sanciones o expulsiones. [596].

La mediación escolar transcurre en el ámbito educativo y tiene tres niveles

1. . Mediación de pares. Primera instancia conformada por alumnos capacitados, que intervienen en conflictos.
2. Mediación entre docentes o tutores. Segunda instancia a la que se recurre si no se arriba a una solución, o porque el conflicto no era pertinente para ser tratado por la mediación de pares.
3. Mediación de directivos o supervisores. Instancia superior a la que se recurre acorde a la problemática o porque las dos instancias anteriores no han llegado a la solución del conflicto

En el ámbito escolar la mediación, no solo podrá ser entendida como un modo de resolución de conflictos, sino como una metodología de enseñanza, en la que se privilegiará la comunicación interpersonal, en todos sus niveles, posibilitando la reflexión y el pensamiento.

En cada institución escolar, sea esta una escuela de pueblo o un colegio de elite, se expresa una gran diversidad de formatos familiares, culturales, económicos, religiosos, éticos y morales. Esa clasificación tiende a separar, a discriminar, ese mismo encasillamiento vulnera el respeto por las diferencias, sean estas intelectuales, étnicas o sociales.

Hoy más que nunca, debemos fomentar la aceptación del otro, como diferente a uno mismo. El respeto por la diferencia también incluye la necesidad de aceptar miradas, conclusiones o reflexiones diferentes en el ámbito educativo, las que deberán ser contempladas en el campo del saber.

La mediación escolar, es ante todo pensar la posibilidad de que todas las personas involucradas en el quehacer educativo puedan comunicarse, el que considera que todas las experiencias humanas son multifacéticas, es decir que incluyen una variedad de aspectos como el étnico, el biológico, el cultural, el social, el familiar, etc.

El uso de este pensamiento en la escuela, permite conocer y comprender mejor a los otros, en pro del respeto y la igualdad de posibilidades para todos los integrantes del sistema escolar.

[596] Caravaca Llamas, Carmen y Sáez Olmos, José, "La mediación: Herramienta para la gestión de conflictos en la escuela". *Revista de educación social*, España, 2013, p. 4.

La mediación en la escuela, desde esta óptica, implica además una comunicación más simétrica, donde las partes compartan en forma más equitativa la distribución del poder, tienden a igualar especialmente su comunicación recíproca y así su interacción puede considerarse simétrica.

La mediación como método de enseñanza implica, la formación para la vida en democracia.

Para finalizar, se ha tomado importancia a la mediación escolar a partir de la toma de conciencia del acoso escolar en el tema de la convivencia en los centros escolares, en este marco la mediación ha comenzado a visualizarse como posible solución en la gestión de los conflictos, dándole el sentido transformativo a nivel personal y ambiental.

Dando este sentido transformativo mucho más en contextos educativos, devolviendo el protagonismo a las personas para que, ayudadas por un tercero neutral, el mediador o mediadores, sean capaces de elaborar colaborativamente sus propios acuerdos.

Esto implica un proceso transformativo hacia actitudes generadoras de una cultura de paz, desde lo personal hasta lo institucional y lo social. [597]

CONCLUSIONES

La mediación es entre algunos otros métodos de solución de conflictos, una herramienta muy utilizada en los últimos tiempos en el ámbito internacional, como instrumento no sólo de resolver posibles conflictos, sino, en el caso de la mediación escolar, como la forma de crear una cultura pedagógica capaz de revitalizar la mejora de la convivencia en diferentes ámbitos, pero más aún, resaltar las claves fundamentales de la mediación como recurso educativo.

La mediación escolar se presenta hoy como una herramienta empleada en el ámbito educativo como medio para promover condiciones que posibiliten el aprendizaje de habilidades para la vida, definidas como aquellas capacidades o aptitudes que permiten afrontar de modo positivo y constructivo los desafíos de la vida cotidiana.

La mediación por tanto, se presenta como una herramienta eficaz para que los alumnos enfrenten de forma pacífica y resolutiva los conflictos que vayan apareciendo en el transcurso de su vida. Por lo que su enseñanza temprana puede incidir en el estilo de vida personal y fomentar la creatividad para la resolución del conflicto.

[597] Sánchez García, Mari Luz, *Gestión positiva de conflictos y mediación en contextos educativos,* Madrid, Colección de mediación y resolución de conflictos, Media, 2013, P. 13.

Para concluir, en este sentido, es imprescindibles la búsqueda de soluciones factibles y eficaces desde el análisis de las necesidades e intereses reales de todos los que integran la comunidad educativa, es necesario que en las escuelas de México se trabaje con la enseñanza de la mediación como un proyecto ético y de fomento de valores en los alumnos, porque como alguien mencionó, en la educación "no basta con hacer que el alumno construya conocimientos, tiene que construir también bueno estilos afectivos y buenos hábitos de comportamiento".

BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER DE LA HERA, Carlos M. "La mediación como estrategia para la resolución de conflictos: una perspectiva psicosocial", *Servicio de publicaciones de la URJC,* Madrid, España,

BELTRÁN Jesús, *Procesos, Estrategias y Técnicas de aprendizaje, Psicología evolutiva y de la educación,* Madrid, síntesis psicología, 1998.

BLEGER, JOSÉ: ``*Psicología de la conducta*``. *Cap. 12.* Buenos Aires Ed. Eudeba, 1963.

BRANDONI, F: ``*Mediación escolar. Propuestas, reflexiones y experiencias.* `` Buenos Aires, Ed. Paidós. 1999.

BURBULESS, N.: ``*El dialogo como enseñanza*``, *cap.4. Ed. Amorrortu, 1999.*

BUSH, R.A.B. Y FOLGER, J.P.: ``*La promesa de mediación*`. *Cap. Introducción.* Ed. Granice, 1996.

BUSH, R.A.B. Y FOLGER, J.P.: La promesa de mediación. Ed. Granica, 1996

CARAVACA LLAMAS, Carmen, "La mediación: Herramienta para la gestión de conflictos en la escuela", *Revista de educación social*, 2013.

CEBALLOS VACAS, Esperanza Ma, *et al.*, "La voz del alumnado en el conflicto escolar", *Revista de Educación*, España, FECYT, No. 359, Septiembre – Diciembre, 2012.

DE DIEGO VALLEJO, Raúl y GUILLEN GESTOSO, Carlos, *Mediación,* 3ª. Ed. España, Ediciones Pirámide, Colección Psicología.

DEUTSCH Morton, *The resolution of conflicto: constructive and destructive processes,* New Haven y Londres, Yale University Press, 1973.

DÍAZ BARRIGA, Frida y HERNÁNDEZ ROJA, Gerardo, *Estrategias docentes para un aprendizaje significativo,* 2da.edición, México, McGraw-Hill, 2002.

DÍAZ FAJARDO, Jhoney, *Construyendo convivencia en y desde la escuela,*

FERNÁNDEZ, Isabel, *Prevención de la violencia y resolución de conflictos: El clima escolar como factor de calidad,* 2da. Ed., Madrid, Narcea, 1999.

GALTUNG Johan, *Peace by peaceful means: Peace and conflicto, development and civilization,* en Redorta Josep, *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación,* España, Paidos, 2007.

García Llamas, José Luis, *Manual de experto Universitario en Mediación y Resolución de Conflictos en el Ámbito Educativo Tomo IV,* España, Acuerdo Justo Editorial, 2012.

HIGHTON ELENA, ALVAREZ GLADYS: ``*Mediación para resolver los conflictos*``. Cap.1 y 2. Ed. Adhoc SRL. Bs. As, 1995

INFANTE, Eduardo, "Sobre la definición de conflicto interpersonal: Aplicación del cluster analisys al estudio semántico", *Revista de psicología social,* España, Vol. 13, No. 3, 1998.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Lineamientos y criterios del proceso editorial,* México, UNAM.

LEDERACH, Juan Pablo, "Elementos para la resolución de conflictos*", Educación en Derechos Humanos,* Uruguay, No. II, 1990.

LEWICKI, R, WEISS, E y LEWIN, D, "Conflict and negotiation in organizations: Introduction and overview", *Journal of Organizational Behavior, vol. 13, no. 3, 1992.*

LEWIN Kurt, "La teoría del campo en la ciencia social" en Vendrell Esteve, *El conflicto en la dinámica de los pequeños grupos,* Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, facultad de Psicología, 1987.

MOORE, Christopher, *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos,* trad. de Aníbal Leal, Argentina, Granica, 1995.

MOSCOVICI, Serge, *Psicología social"* Influencia y cambios de actitudes individuos y grupos", Barcelona, Paidos, 1985.
MUNNÉ, María y MACCRAG, Pilar, "Los 10 principios de la Cultura de Mediación", Editorial GRAO, Barcelona, España, mayo 2006.
PÉREZ SERRANO, Gloria y PÉREZ de GUZMÁN PUYA, Ma. Victoria, *Aprender a convivir, el conflicto como oportunidad de crecimiento*, Madrid, España, NARCEA Ediciones, 2011.
PRADA, DE PRADO, Jorge de, *La mediación como estrategia de resolución de conflictos en el ámbito escolar. Documentación social*, 2003, España.
ROZENBLUM DE HOROWITZ, S.: ``*Mediación en la escuela*``. 16,21. Ed. Aique S.R.L., 2001
ROZENBLUM DE HOROWITZ, S.: Mediación en la escuela, cap. 17, .Ed. Aique S.R.L., 2001.
SÁEZ OLMOS, José, "La mediación: Herramienta para la gestión de conflictos en la escuela". *Revista de educación social*, España, 2013.
SAURES, Mariné, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires, Paidós, 1996.
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, *Manual de Mediación: Nociones para la resolución pacífica de los conflictos*, Paraguay, Edit, División de Investigación, Legislación y Publicaciones, 2005.
TAPIA, Graciela et al., "Desarrollo y conflicto: Enfoque sensible al conflicto para organizaciones de desarrollo*", Revista de la Fundación Cambio Democrático*, Argentina, 2006.
VINYAMATA, Eduard, "Introducción a la conflictología*", Universitat Oberta de Catalunya*, Barcelona, 2010.
VIÑAS CIRERA, Jesús, *Conflictos en los centros educativos. Cultura organizativa y mediación para la convivencia*, España, GRAO, 2009, colección Acción directiva.
WATZLAWICK, P., BEAVIN BAVELA, J. Y JACKSON, D.: ``*Teoría de la Comunicación Humana.* `` *Cap.2.* Ed. Herder, 1997.

CAPÍTULO V. VULNERABILIDAD EN LA ZONA CHONTAL DE TABASCO POR LA ACTIVIDAD PETROLERA

Oscar Pérez Baxin

SUMARIO

I. Introducción. II. Desarrollo metodológico. III. Análisis de resultados. IV. Aproximaciones al concepto de vulnerabilidad. V. Vulnerabilidad en comunidades chontales en tabasco. Conclusiones.

RESUMEN

La vulnerabilidad en términos generales consiste en la prevención, resistencia y sobreponerse a un impacto, bien sea una persona o un grupo social, en tal sentido el presente documento da cuenta de cómo la vulnerabilidad en la zona Chontal de Tabasco por la actividad petrolera se ha hecho manifiesta, damos cuenta de que esta actividad petrolero ha venido a cambiar las formas tradicionales de vida, pero además las violaciones que se han cometido por parte de la paraestatal sin que se tenga el menor respeto de la legislación en la materia, ni de las formas en que deben realizarse las consultas para poder determinar que la utilidad pública no vulnere los derechos de quienes son dueños de esa tierra por mucho tiempo. Y se aportan elementos empíricos de lo que ha ocurrido en la zona Chontal de Tabasco.

Palabras claves: Vulnerabilidad, zona de la Chontalpa, chontales, hidrocarburos, actividad petrolera

ABSTRACT

The vulnerability generally consists of prevention, resistance and overcome an impact, either an individual or a social group, as such herein realizes how vulnerability in the Chontal region of Tabasco by oil activity has made manifest, realize that this oil activity has come to change the traditional ways of life, but also violations that have been committed by the parastatal without any respect of the legislation will have, or the ways in which the consultations to determine that the public interest does not infringe the rights of those who are owners of the land for a long time to be made. And empirical evidence of what happened in Tabasco Chontal area are provided.

KEYWORDS: Vulnerability, Chontalpa Area, Chontal, Hydrocarbons, oil industry.

I. INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo parte de tres variables a revisión la zona de la Chontalpa chica en Tabasco, que comprende los municipios de Nacajuca, Cunduacán y Jalpa de Méndez, en donde la zona poblada por los chontales históricamente ha tenido su desarrollo y formas de vida tradicionales, los cuales por la actividad petrolera en la zona se han visto vulnerables, de manera que damos cuenta de cómo la actividad petrolera ha venido a cambiar drásticamente las formas tradicionales de vida, pero además el medio ambiente se ha visto afectado en todos los sentidos, y por ende cuestiones de tipo social, económica, cultural y política han cambiado sus formas tradicionales de vida, damos cuenta de las formas en que se ha tratado la cuestión petrolera en la zona violentando las formas tradicionales de un grupo por demás importante por las ricas tradiciones que han podido mantener pese a la presencia de la paraestatal y empresas que trabajan para ella.

II. DESARROLLO METODOLÓGICO

De Tabasco se ha escrito y dicho muchas cosas, al igual que de otros lugares en diversas zonas geográficas del mundo, y bueno se hace con el sentido común, pero además cuando lo hacemos con el rasero de la cientificidad, debe contar con los elementos epistémicos que den cuenta de ello, a través de los procesos en los cuales nos vemos inmersos quienes hemos decidido abrazar esta aventura intelectual que representa un posgrado.

En tal sentido hemos construido el siguiente documento, considerando ambas partes, es decir; el conocimiento de las personas comunes y corrientes que viven la realidad, y la postura propia de un observador de los procesos a través del método científico, y por ello el inicio del mismo contempla una serie de sentencias que nos permitirán ir construyendo por partes la problemática de la zona de análisis, la variable de vulnerabilidad y la presencia del petróleo y cómo ha venido a impactar la vida cotidiana de los pobladores, y lo que presentamos son hallazgos de lo que ha sido dicha relación.

En tal sentido Tabasco es un edén, en Tabasco todo es verde y Tabasco es el mejor lugar para vivir, en Tabasco toda crece y es exuberancia, Tabasco es más agua que tierra. Aguaje para prolongar la sed. La tierra vive a merced del agua que suba o baje; Sí el Tabasco del caos hídrico, el Tabasco caluroso de tierras de aluvión, el Tabasco en donde el sol venía borracho o iba herido, y se cayó en el mar aquella tarde.

Pero además el Tabasco de los Olmecas y el Tabasco de los chontales, el de aquel teatro campesino, el de las luchas locales surgidas del centro mismo de los yocotanes, y puestas en el cen Anáhuac, el de José Eduardo de Cárdenas en las Cortés de Cádiz, y el de tantos otros personajes y eventos que han marcado nuestra forma y nuestra fama y sí, también tenemos, el Tabasco petrolero de hace más de un siglo (1903), el Tabasco de las tres últimas décadas del siglo pasado, es decir el Tabasco vulnerado y el nuevo Tabasco, el del aquí y del ahora, vulnerado nuevamente en el marco de reformas estructurales en materia de hidrocarburos, y de otras tantas reformas que han dejado pendiente un saldo histórico para comunidades de otras regiones del país, y que han servido de ejemplo para dar a conocer lo que no debe hacerse y sin embargo sucede aquí y allá.

Con lo anterior quiero destacar las variables y categorías de análisis que se han considerado para construir esta intervención, y quiero destacar que el investigador se ve investido del follaje del lugar, pero debe despojarse de la presencia de partidismos o de la subjetividad, al darse cuenta del despojo, la barbarie y la indefensión ante el autoritarismo, del maniqueo y la mentira gestada desde un discurso con una intensión de desaparecer culturas ancestrales, sin el más mínimo ápice de decencia y memoria histórica, para el bien común y la utilidad pública, y por el pacto federal.

III. ANÁLISIS DE RESULTADOS

En primer término destacamos la zona de análisis y que corresponde a la denominada región de la Chontalpa,[598] en donde la presencia del petróleo para exploración y producción se remonta a la década de los cincuenta del siglo pasado y posteriormente se encuentran importantes yacimientos sobre todo para la zona denominada Chontalpa chica, el territorio de la Chontalpa es la segunda en importancia de las cuatro regiones naturales que constituyen el Estado de Tabasco, y ocupa el 35% del total de la superficie estatal; que corresponde a 8,407.74 KM^2 superada en extensión por la región de los Ríos.

Agrupa a siete municipios; Cárdenas, Comalcalco, Cunduacán, Huimanguillo, Jalpa de Méndez Nacajuca, y Paraíso. Sus asentamientos corresponden a pueblos virreinales con base en comunidades indígenas de chontales, ahualulcos, nahuatanes, zoques, sahuatanes y choles, pero su presencia en la actualidad se reduce a los chontales o yocotanes.

[598] El término regional "Chontalpa" parece haber sido registrado primero por Díaz del Castillo, que acompaño a Cortés en la Expedición de 1524 a las Hibueras. Su nombre proviene del náhuatl Chontalpa, palabra que se deriva de chontalli, que quiere decir "extranjero o forastero".

Esta región limita al norte con el golfo de México, al sur con el Estado de Chiapas, al este con los municipios de Centla y de Centro y al oeste con Veracruz.[599] Dicha zona posee en el subsuelo hidrocarburos, el cual ha sido explorado y explotado por compañías petroleras que trabajan para la paraestatal Petróleos Mexicanos (PEMEX), desde que ubicaron el primer campo en San Fernando, Macuspana en 1903, asentado en otra región natural de Tabasco; La Sierra.

Cabe destacar que aunque la reorganización geográfica del Estado se basa en un Acuerdo de Actualización del "Programa Estatal de Desarrollo Urbano y Ordenamiento Territorial", signado en junio 29 de 1994, y que divide a Tabasco en dos regiones (la del Grijalva y la del Usumacinta), y cinco subregiones; Centro, Chontalpa, Sierra, Pantanos y Ríos, para éste estudio consideramos a las cuatro regiones tradicionales, ya que son bien distintivas sus características en lo histórico, cultural y social.[600]

Fue ésta la región del florecimiento Olmeca (La Venta se encuentra en Huimanguillo) y la frontera poniente de la cultura Maya, dejó en Comalcalco el testimonio de un gran centro ceremonial del Período clásico.[601] Es decir que son pueblos del México precolombino, con sus propias tradiciones, costumbres y formas de interpretar y llevar la vida en lo cotidiano.

Para los antiguos habitantes del Valle de Anáhuac, La Chontalpa era el confín del Imperio Nahua y el principio de la región extranjera. Comerciantes y embajadores de los aztecas llegaron más allá de lo que hoy es nuestro estado, pero el territorio de Tabasco no estuvo sometido a su dominio. La Chontalpa estaba muy poblada cuando llegaron los españoles. El mezcalapa fluía entonces en línea casi recta hacia el mar por el cauce (ahora inactivo), del río seco. En su delta deben haber sido buenas las condiciones para la agricultura. Bernal Díaz del Castillo describió a la Chontalpa como: "densamente poblada y llena de huertos de cacao. El cacao se exportaba entonces al altiplano dominado por los aztecas y a los habitantes de la península".[602] La producción se ha venido abajo y hoy solamente existen algunas fincas cacaoteras con producción que abastece un mercado local incipiente.

---

[599] Arias Gómez, María Eugenia, Ana Lau Jaiven y Ximena Sepúlveda Otaíza. 1987. Tabasco: Una historia compartida. Gobierno del Estado de Tabasco; Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora. Villahermosa, Tabasco, México. p. 25

[600] Periódico Oficial. Organo del Gobierno Constitucional del Estado de Tabasco. Epoca 6°. Número 5406, 29 de junio de 1994.

[601] Lira Ramírez, María de Jesús y Romeo Sandoval Romero. 1997. Historia Y Geografía de Tabasco. Oikos editores. Villahermosa, Tabasco, México. p. 26.

[602] Ibidem p. 27

Las características generales de la Región de la Chontalpa es que se encuentra ubicada en el extremo occidental del Estado, la región de La Chontalpa posee las siguientes características: Su orografía en su conformación es casi plana, no cuenta con elevaciones mayores de 40 metros de altura. Pertenece a la llanura costera, solo una pequeña parte es de sierra, en donde el cerro La Pava alcanza una altura de 800 metros. Pero el subsuelo es rico en hidrocarburos.

El sistema hidrológico está compuesto por los siguientes ríos; Mezcalapa, que da origen a los ríos Samaria y Carrizal; Tonalá que delimita naturalmente al Estado de Tabasco con Veracruz y tiene como afluentes al río Zanapa, chicozapote y Blasillo; González que desemboca en la Barra de Chiltepec. Toda esta zona con un alto potencial petrolero, y se ubican en ellos pozos, peras, ductos y gasoductos que den cuenta de la presencia de Pemex.

Entre las lagunas destacan; Rosario, Mecatepec, Arenal, Caracol, La Machona, Horizonte, La Palma, Boca Grande, San Agustín, Mecoacán y las Flores, es decir es una región rica en recursos hidrológicos, los cuales se encuentran interconectados.

La mayoría de su vegetación está integrada por selva alta perennifolia con altura de 30 metros, selva media perennifolia con altura de 15 a 30 metros. Selva secundaria, pastizales, manglares y popales. El clima es cálido húmedo, con una temperatura media anual 26.13 grados centígrados. Y con precipitaciones pluviales anuales de 1,898 mm.[603]

Los suelos de esta región son propicios para la agricultura, cultivándose cacao, plátano, caña de azúcar, maíz y fríjol. Coexiste la agricultura de temporal, factible porque se ha realizado una tala indiscriminada de árboles. La actividad principal es la ganadería bovina y ovina con prácticas extensivas en Cárdenas y Huimanguillo, la cual en los últimos tiempos se ha visto también mermada. La porcicultura es relevante en Cárdenas, mientras que en los demás municipios es de autoconsumo, al igual que la avícola. La pesca significa también un renglón importante debido a los ríos que cruzan la región. La Venta, Cárdenas y Cunduacán se han convertido además en zonas de exploración petrolífera, lo que ha significado un derrame económico considerable, no sólo para la región sino para todo el Estado en general.[604]

En materia de ganadería, la Chontalpa producía el 33.48% de la carne en canal, con el 21.69% de la población ganadera total, siendo Huimanguillo, Cárdenas y Cunduacán los tres

[603] Campos, Julieta y Enrique González Pedrero. 1982. Tabasco: Las voces de la naturaleza, monografía estatal. Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco. Villahermosa, Tabasco, México.
[604] Arias *et al.* p. 26

municipios con mayor producción, pero esta ha cambiado totalmente y ahora mismo se encuentra solo para consumo local.

En materia pesquera, el municipio de Paraíso es el mayor productor, debido a su privilegiada situación geográfica, y sus principales capturas de productos son de; camarón, bandera, sierra y ostión.[605]

La industria manufacturera cuenta con 1,129 unidades de producción, que representa el 38.94%, que representa el 16% de la producción bruta estatal y ocupa el 24.57% del personal dedicado a este sector.

Por otro lado en la rama petrolera se encuentran los municipios con mayor actividad en el orden estatal, por orden de importancia son; Cunduacán, Huimanguillo, Cárdenas, Nacajuca y Comalcalco solamente en estos cinco se concentra el 76% de los pozos del Estado.

Los establecimientos dedicados al sector comercio son de 5,185, lo que representa el 35.30% del total de los establecimientos en el Estado, ocupando al 23.29% del personal de este sector y contribuyendo con el 22.82% de los ingresos estatales.

Las diversas y variadas empresas ecoturísticas, los ambientes ancestrales, los impresionantes espectáculos naturales y siglos de historia, son algunas características de esta región.

Con ello nos damos una clara idea de la conformación de la región de la Chontalpa, la cual ha seguido un curso natural y al parecer la presencia del petróleo no ha significado mayor provecho para los pobladores y muchos de ellos siguen manteniendo sus formas de vida naturales sin o con la presencia de la paraestatal y todo lo que ella implica, pero se han dado situaciones en donde quienes han salido perdiendo son los habitantes de las comunidades debido al hecho de que son grupos vulnerables por diversas razones, las cuales las encontramos en variables de orden económico, de infraestructura física, culturales, educativas y de salud, y desconocimiento de aspectos legales contenidos en la carta magna y las demás disposiciones y reglamentaciones en la materia, es decir para poder entender la postura de ellos y sus manifestaciones en cierres de pozos y bloqueos a instalaciones petroleras, las podemos encontrar a través de una conceptualización de la vulnerabilidad.

Las problemáticas de los habitantes originales y la paraestatal Pemex, tuvieron un primer desencuentro a finales de los años setentas del siglo pasado, y se dio en la región del Campo Samaria, los campesinos se resistían a la presencia de Pemex, debido a que las cantidades por

[605] Secretaría de Economía.

concepto de indemnización por la valuación de sus terrenos era ridículas, ahí habrían de construirse peras para pozos de perforación, las carreteras y los corredores de ductos, el argumento de Pemex era una derrama en caminos y carreteras que hasta la llegada de ellos eran intransitables, es decir les proveerían de infraestructura para sus caminos y con eso quedaba la deuda saldada.

IV. APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD

La palabra vulnerabilidad proviene del latín y está compuesta de tres partes: del sustantivo *vulnus* que se traduce como "herida" la partícula *abiklis* que tiene el sentido "que puede" y el sufijo "*dad"* indicativo de "cualidad" es decir la cualidad que tiene alguien para poder ser herido, en términos generales. La Real Academia de la Lengua Española señala que es la posibilidad de ser herido o recibir alguna lesión física y mental.

Es decir que puede ser susceptible de ser lastimado o herido ya sea física o moralmente, se aplica a las personas y a grupos sociales, en tal sentido los más vulnerables son los niños, mujeres y ancianos, este sería con un sentido bastante restringido pero nos permite ir viendo como su radio de acción se va ampliando cuando entramos a la esfera que le dan sentido y coherencia desde las condiciones sociales y culturales de los individuos y de los grupos.

Autores como Pérez de Armiño, Chambers, Bohle *et al.*, 1994, Anderson y Woodrow (1989) nos proporciona una definición sencilla pero contundente, es el nivel de riesgo que tiene un individuo en familia o de forma independiente perder la vida, sus bienes y propiedades, es decir su medio de vida ante una posible catástrofe, pero además hay que agregar las dificultades que enfrentara posterior a ella.

Por su parte Chambers agrega la parte externa y la interna siendo la primera la del riesgo, convulsiones y la presión a la que está sujeto un individuo o la familia, en tanto que la segunda corresponde a la indefensión, es decir una falta absoluta de medios físicos, culturales, legales, mentales sociales y educativos para afrontar tales situaciones sin pérdidas que les perjudican en dichos ámbitos y que se expresan en el plano externo. Podemos así contemplar según Bohle *et al.* Que ésta tiene tres tipos de riesgos: 1. Exposición a las crisis o convulsiones; 2. Falta de capacidad para afrontarlas y 3. Sufrir consecuencias graves a causas de ellas, pero hay que agregar una falta de recuperación lenta y limitada.

Decíamos que esta vulnerabilidad en las personas plantea los planos individuales y colectivos, para medir su grado de impresión Anderson y Woodrow crean un instrumento para medir esta

realidad dual y que es el análisis de capacidades y vulnerabilidades, el cual permite estudiar unas y otras, en los planos físico-material, social y psicológico, ya que la exposición a la vulnerabilidad impacta a dichos planos en su conjunto.

Ahora bien todos nosotros somos vulnerables en un sentido amplio o restringido, es decir la vulnerabilidad es relativa, algunos con más capacidades afrontan a ella con mejor desempeño en tanto que otros individuos no es que tengan poca tolerancia o sean menos fuertes sino que sus capacidades y destrezas se encuentran delimitadas por sus propias historias personales y el medio ambiente en donde se ha desarrollado.

Su conceptualización parte de las ciencias sociales y que tiene que ver con cuestiones propias del desarrollo y de las políticas públicas, de manera que nos permite comprender situaciones de sectores de la sociedad desfavorecidos o con amplias carencias y rezagos en diversos órdenes, y su metodología nos permite comprender esa realidad social, contemplando realidades multicausales y multifactoriales y sus diversas dimensiones en planos que podemos observar como lo son el económico, medio ambiente, psicología, entorno físico, políticas y considero que lo más importante de incluir en el presente trabajo la variable de vulnerabilidad es que nos permitirá acercarnos a las causas múltiples, pero además nos proveerá de un marco de referencia que bien pudiera emplearse para prestar la atención debida a través de organismos de ayuda desde los distintos órganos de gobierno y de organismos internacionales de diversos tipos, no solamente dentro del plano de la ayuda humanitaria, y que sin duda nos permitirá comprender las contradicciones en las que han surgido pero entender los conflictos sociales desde dimensiones estructurales e históricas, por ello empleamos el termino y la siguiente parte es realizar la contrastación empírica que nos permita dar cuenta de lo que ha pasado en la zona de la Chontalpa.

Nos queda claro que el concepto de vulnerabilidad en la década de los setentas del siglo pasado es que empieza a evolucionar y sale del plano meramente personal para un análisis de variables meteorológicas, ambientales, en desastres naturales y la vertiente social

De forma teórica abreva en la teoría de la dependencia (centro periferia), las reflexiones teóricas sobre dos hechos naturales y que son la hambruna del Sahel[606] y el terremoto de

[606] Zona biogeográfica de transición entre el desierto del Sáhara y la sabana sudanesa. En 1915 hubo sequía en el Sahel, causada por precipitaciones anuales por debajo de la media anual, y provocó una hambruna. Cuando comenzó el largo período de sequías entre los años 1968 y 1974, el pastoreo pronto se volvió insostenible, y el

Guatemala de 1976, y la teoría de las titularidades al alimento de Amartya Sen, las cuales han permitido una evolución del concepto y que permite acercarse a la comprensión de diversos fenómenos.

La evolución teórica del concepto considera dos componentes: las explicaciones físico-naturales de los desastres a las variables socioeconómicas, las cuales han centrado su análisis en lo desigual del acceso a recursos como consecuencia de las estructuras y procesos existentes, y que ello nos lleva a un análisis en lo social, la familia y la persona, y por otro lado como asideros epistemológicos pasar de lo macro a lo micro de lo global a lo local.

La teoría también manifiesta que para realizar los procesos de recuperación y la consideran como una vulnerabilidad de base y que poco se había estudiado, es decir una vez pasada la crisis, las secuelas que quedan en estos sentidos son: empobrecimiento, desposesión de los bienes productivos, deterioro nutricional, debilitamiento físico, fragmentación comunitaria, etc. Dentro de los datos duros que hemos conseguido partiremos de la base en donde comunidades enteras se encuentran en este sentido en círculos inacabados, ya que constantemente vuelven a la crisis después de un periodo de bonanza. Por su parte la Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres (EIRD) refiere lo siguiente: son las condiciones determinadas por factores o procesos físicos, sociales, económicos y ambientales, que aumentan la susceptibilidad de una comunidad al impacto de amenazas, y es lo que daremos cuenta a continuación de cómo la zona de la Chontalpa ha sido vulnerada por la empresa Petróleos Mexicanos, sin que hagan algo para revertir las consecuencias de la actividad que realizan.

V. VULNERABILIDAD EN COMUNIDADES CHONTALES EN TABASCO

El estudio de la vulnerabilidad de forma personal y como sujeto de una colectividad, parte de una segmentación sobre variables o componentes según lo refieren Chambers (1989), Cannon (1994), y Blaikie *et al.* (1994). Aquí lo haremos de manera enunciativa solamente y daremos cuenta de los componentes empíricos encontrados en la Zona de la Chontalpa por la actividad petrolera, y consideramos algunos de los indicadores que marcan estos autores, Teno Sánchez en su estudio sobre familias chontales que tejen petate afirma que en la actualidad la población indígena tiene como característica esencial la misma explotación, miseria y

terreno quedó pronto denudado. Como durante la sequía de 1914, esto condujo a una hambruna mayor, pero en esta ocasión se vio de alguna manera aliviada por la llegada de ayuda externa.

servidumbre a la que fue arrojada desde la conquista, Ortiz Ortiz por su parte refiere que estas comunidades son vulnerables desde el punto de vista histórico ya que la mayoría de ellas durante el largo periodo colonial estuvieron al margen de beneficios sociales y los mecanismos de control coercitivos tuvieron que ver con las faenas, trabajos forzados y comunitarios, cooperaciones colectivas y sanciones extraeconómicas, en épocas postreras con una diversificación, aún conservaban elementos de identidad y cohesión dentro dela dinámica de la vida comunitaria así como el trabajo colectivo, la estructura política y religiosa y que tenían sustento en cargos desempeñados en los consejos de ancianos, los mayordomos, delegados municipales y ayudantes de iglesias y esta estructura se mantiene hasta nuestros días, es decir la naturaleza les ha proporcionado las formas de vivir en sus respectivas faenas y sembradíos y siguen en el mismo sentido de convivencia con la tierra.[607] En ello los autores resaltan que estos grupos caen dentro de la vulnerabilidad por la falta de capacidades y de acceso a los recursos, con un alto componente histórico.

En cuanto a la exposición física al riesgo de catástrofe[608] las comunidades chontales son y seguirán siendo vulnerables, puesto que no es solamente la presencia de Pemex y la infraestructura necesaria para su actividad, sino el riesgo de vivir en una zona en donde para 2014, Tabasco cuenta con mil 058 pozos en fase de explotación, un total de 78 campos de producción, que producían 397 mil 669 barriles de petróleo por día[609] con 107 instalaciones en operación y un total de 11 mil 467 kilómetros de ductos en la región sur, de los cuales 8 mil 507 kilómetros se encuentran en el Estado de Tabasco.

El mismo Pemex en el manual del participante sobre Biosfera: Seguridad industrial y protección ambiental en la introducción refiere que: "Las actividades que se desarrollan en la industria petrolera, en especial en las áreas de producción y perforación, implican riesgos que son capaces de originar daños en todos los aspectos, esto implica que todas las personas que desean ingresar a estas instalaciones, deberán contar y ser adiestradas con la información adecuada para identificar los riesgos y tomar medidas preventivas con la finalidad de evitar la

[607] Ortiz, Ortiz, Martín. 2009. Historia de la explotación petrolera en Tabasco. 1900-1960. México. Petróleos mexicanos. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. 2009. Pp. 53-60.

[608] El riesgo a verse atrapado como víctima de una catástrofe depende, por ejemplo, de cuál sea la zona de residencia (zonas propensas a la sequía, laderas de montañas con riesgo de avenidas de agua o corrimientos de tierras, etc.), las condiciones medioambientales del lugar (la degradación del suelo o la deforestación pueden reducir los ingresos rurales), sus características climáticas, la calidad de construcción de las casas, etc.

[609] Cifras y datos de Pemex Exploración y Producción

ocurrencia de fenómenos que vayan en contra de su integridad física, de la comunidad, el entorno y las instalaciones…"[610]

En otro sentido en los últimos seis años se han realizado un total de 226 bloqueos a instalaciones de Pemex por afectaciones a estos grupos indígenas, los estudios sobre impacto ambiental realizados por la propia paraestatal a través de la Subdirección de Seguridad Industrial y Protección Ambiental refiere que su personal ha sido capacitado mediante las 12 mejores prácticas de la Administración de la seguridad de los procesos.

Damos cuenta sobre la vulnerabilidad de la zona en lo que concierne a la manifestación conocida como el Pacto Ribereño se emitió a través de la comisión Interinstitucional de Atención a las Recomendación 100/92 (CIAR 100/92) y la Comisión para el Desarrollo de las Zonas petroleras de Tabasco (Codezpet), reconocer un total de 80,000 las hectáreas afectadas por los trabajos de Pemex, y otras fuentes sostenían que ese número se duplicaba, así Pemex reconoció que si había afectado a estas comunidades, y que la industria ha sido contaminante del campo tabasqueño, pero poco se ha hecho para resarcirlos, las aportaciones de ese entonces iniciaron lo que se conoce como aceitar la maquinaría o la industria de la reclamación, que a la fecha no ha parado.

Además son comunidades con un alto grado de analfabetismo, y aunque las cifras en tal sentido muestran datos sobre cero analfabetismos en la zona aún se habla la lengua chontal, las costumbres ancestrales se siguen practicando y el grado de educación de los pobladores no rebasa el cuarto año de primaria y pocos son los han alcanzado la primaria completa, de ellas los hombres tienen ventaja sobre las mujeres en un 87%.

En otro sentido la pobreza se considera como una forma de vulnerabilidad y las condiciones de vivienda, salud y alimentación solo por citar estas tres variables se encuentran presentes en cada uno de los hogares de la zona chontal, programas sociales llegan muy poco para mitigar las carencias que existen, pero además poco los conocen es decir pobreza por la insuficiencia de recursos materiales para satisfacer las necesidades básicas de la persona o de la familia, que pueden constar tanto de los ingresos presentes como de las reservas acumuladas en el pasado (en forma de dinero, alimentos, ganado, tierras, etc.), tal y como lo refieren los autores. Organizaciones como SEDESOL (Secretaría de Desarrollo Social), FONART (Fondo

[610] Biosfera. Seguridad Industrial y Protección Ambiental. Manual del participante. Integral de Seguridad Industrial Pemex: Producción/Perforación. Servicios profesionales de capacitación. Seguridad Industrial y Protección ambietnal. s/a.

Nacional para el Fomento de las Artesanías) y Comisión Nacional para el Desarrollo de los pueblos Indígenas (CNDI) que operan programas en beneficio de esta zona, solamente han servido para tener un control ideológico y político con presencia en cuanto se acercan elecciones.

Pero esta pobreza de la zona ha sido sinónimo de marginación y exclusión social, y ello ha derivado en violencia social, para Goicoechea tanto la falta de vivienda como la mala alimentación son generadores de la pobreza, de manera que abre brechas dentro del entramado social. Cabe mencionar que la población indígena en México es de alrededor de siete millones, de los cuales el 97.1% son pobres de acuerdo a Julio Boltvinik.

La vulnerabilidad a que están expuesto los pobladores de la zona chontal en términos generales se manifiesta en los siguientes puntos: Inseguridad del sistema de sustento familiar al no contar con trabajos seguros que ofrezcan una planeación en el gasto familiar, ellos van con el día a día y entonces la alimentación corresponden a lo que podría encontrar en donde se puede, cabe manifestar que la dieta corresponde a pollo, carne de res y cerdo una vez por semana, y el pescado es cada vez más escaso por que los cuerpos de agua se encuentran contaminados.

Lo cual va aunado a la Indefensión personal o falta de capacidades personales. Ya que no pueden tener competencias que el mundo actual les plantea, sus competencias tienen que ver con lo que viven en la zona, con la agricultura, la ganadería y con un mundo completamente diferente al que conocemos, en la época de lluvias permanecen hasta dos o tres meses con el agua a las rodillas, y deben crear mecanismos que les permitan sobrevivir, pero al plantearse vivir en otro lugar con otras condiciones simplemente los pone al margen de cosas que no podrían manejar, el arraigo a la tierra de los pobladores es su forma de vida.

Aún más, la falta de capacidades físicas y sicológicas están cercadas por que las competencias que nos plantea el mundo actual es el de una persona dinámica enterada de los pormenores de lo que ocurre en otros lugares del mundo, lo que plantea un sentido para afrontar dichos retos, pero además manejo de equipo tecnológico, manejo del estrés en una sociedad altamente consumidora, y que a través de los medios de comunicación estos se encuentran avasallados por lo que el mercado ofrece y les causa molestias el no poder aparecer dentro de las cifras de consumo, por lo cual se consideran como consumidores expulsados.

Las exigencias del mercado laboral plantean contar con conocimientos y cualificaciones técnicas, pero la población indígena no cuenta con instrucción primaria completa hasta en un 98% y mucho menos puede acceder a una capacitación técnica que le permita ganarse un sustento diario en alguna empresa, muchos de ellos se enganchan como trabajadores obreros generales o jornaleros, en tanto que los jóvenes se encuentran laborando en el sector secundario y terciario.

Los recursos propios de la persona que derivan de las relaciones sociales, como las redes sociales, las normas sociales y los vínculos de confianza y obligaciones recíprocas, parten de recursos que son utilizados por las personas como instrumentos con los que incrementar su capacidad de acción y satisfacer sus objetivos o necesidades (obtener un empleo, recibir ayuda, etc.) al tiempo que facilitan la cooperación entre aquéllas en beneficio mutuo, es decir no cuentan con un capital social, lo cual les hace vulnerables, además que poseen dificultades para ejecutar estrategias de afrontamiento, lo que les pone en la indefensión o desprotección social, lo cual nos lleva a que exista una falta de protección por parte de la comunidad ellos no contemplan un plan de acción civil para afrontar retos que pudieran tener por cuestiones de accidentes de la paraestatal, aunque existe una cohesión social la cual se ha visto perturbada por la llegada de lo que suelen llamar los hermanos separados en cuestión de religiosidad y otro componente es la de pertenencia a otros partidos políticos.

El estado es garante para la protección de estos grupos vulnerables, la controversia que tenemos en este sentido es la infraestructura institucional que tiene contemplado el Estado Mexicano, desde las tres instancias de Gobierno, pero además lo que encontramos en las leyes y reglamentos, para la protección de los mismos en todos sentidos.

Aunque el Estado es garante de la supervivencia y permanencia de estas comunidades dentro de su hábitat natural, la zona en la que se encuentran asentados fueron expropiadas por utilidad pública, y no se realizaron los procedimientos necesarios de consulta para que ellos dieran el permiso en asamblea como lo marca la Ley Agraria, pero además el deterioro ambiental de su hábitat, estipulados por leyes locales y tratados internacionales.

La Ley Agraria refiere en su capítulo 1. Artículos 9, 10 y 11, Capítulo II Artículos 45 y 46 que son dueños de las tierras, que estos son propietarios de las tierras ejidales y comunales, pero más adelante en el Capítulo IV refiere lo siguiente: De la expropiación de Bienes Ejidales y Comunales;

Artículo 93**.-** Los bienes ejidales y comunales podrán ser expropiados por alguna o algunas de las siguientes causas de utilidad pública:

Inciso **IV.** Explotación del petróleo, su procesamiento y conducción, la explotación de otros elementos naturales pertenecientes a la Nación y la instalación de plantas de beneficio asociadas a dichas explotaciones;

Más adelante se consigna el procedimiento que debe realizarse para la expropiación, contemplados en los artículos siguientes:

Artículo 94.- La expropiación deberá tramitarse ante la Secretaría de la Reforma Agraria. Deberá hacerse por decreto presidencial que determine la causa de utilidad pública y los bienes por expropiar y mediante indemnización. El monto de la indemnización será determinado por la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales, atendiendo al valor comercial de los bienes expropiados; en el caso de la fracción V del Artículo anterior, para la fijación del monto se atenderá a la cantidad que se cobrará por la regularización. El decreto deberá publicarse en el Diario Oficial de la Federación y se notificará la expropiación al núcleo de población.

En los casos en que la Administración Pública Federal sea promovente, lo hará por conducto de la dependencia o entidad paraestatal que corresponda, según las funciones señaladas por la ley.

Los predios objeto de la expropiación sólo podrán ser ocupados mediante el pago o depósito del importe de la indemnización, que se hará de preferencia en el fideicomiso Fondo Nacional de Fomento Ejidal o, en su defecto, mediante garantía suficiente.

Artículo 95.- Queda prohibido autorizar la ocupación previa de tierras aduciendo que, respecto de las mismas, se tramita expediente de expropiación, a menos que los ejidatarios afectados o la asamblea, si se trata de tierras comunes, aprueben dicha ocupación.

Artículo 96.- La indemnización se pagará a los ejidatarios atendiendo a sus derechos. Si dicha expropiación sólo afecta parcelas asignadas a determinados ejidatarios, éstos recibirán la indemnización en la proporción que les corresponda. Si existiere duda sobre las proporciones de cada ejidatario, la Procuraduría Agraria intentará la conciliación de intereses y si ello no fuera posible, se acudirá ante el tribunal agrario competente para que éste resuelva en definitiva.

Artículo 97.- Cuando los bienes expropiados se destinen a un fin distinto del señalado en el decreto respectivo, o si transcurrido un plazo de cinco años no se ha cumplido con la causa de utilidad pública, el fideicomiso Fondo Nacional de Fomento Ejidal ejercitará las acciones necesarias para reclamar la reversión parcial o total, según corresponda, de los bienes expropiados y opere la incorporación de éstos a su patrimonio.

Por otro lado también se han visto vulnerados los siguientes preceptos marcados dentro de la CPEUM: artículo 4 que refiere: toda persona tienen derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

El Protocolo de San salvador, Protocolo Adicional A la convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos económicos, sociales y culturales en su artículo 11. "Derecho a un Medio Ambiente sano: 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con los servicios públicos básicos. 2. Los Estados promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. La Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Art. 13. Dichos pueblos tienen derecho a un medio ambiente seguro y sano, condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo

El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Art. 4 deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Art. 6. 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio. Los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles dirctamente; 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Declaración de las Naciones Unidad sobre los Derechos de los pueblos Indígenas en sus artículos 10, 25, 26 y 32.

Si los pueblos y comunidades indígenas han habitado y poseído durante muchos años las tierras, territorios y recursos naturales que están a su alrededor, es importante reconocerlos como quienes deben beneficiarse en primer lugar de ellos. Nadie puede quitárselos de manera

injusta. En caso de que sea necesario y después de una consulta en donde se tome en cuenta su opinión, se expliquen las consecuencias buenas y malas de los proyectos, pueden compartirse parte de esos bienes con un pago adecuado para ellos, siempre y cuando toda la comunidad esté de acuerdo y no se viole ninguno de sus derechos

El quitarles las tierras o recursos naturales o hacer un uso con ellas que afecte a las comunidades indígenas está prohibido por las leyes internacionales.

Los grandes proyectos de las empresas y los gobiernos (también reconocidos como megaproyectos cuando hablamos de minas, presas, petróleo, etc.) son agresiones a las comunidades porque les quitan lo que tienen para su subsistencia.

En tal sentido en donde se han vuelto más vulnerables las comunidades indígenas de la zona de la Chontalpa es el derecho de propiedad en sentido amplio, la protección sobre la propiedad se encuentra normada en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación: artículo 5 incisos d y v; en la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación en Contra de la Mujer en su artículo 13; en el Protocolo de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en su artículo 1; en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de las Personas en su artículo 14 y en la Declaración sobre Progreso Social y Desarrollo llevada a cabo en 1969[611] le proporciona un importante papel, de tal manera que estos instrumentos han aportado para dar un sentido amplio al concepto de la propiedad.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos.[612] los artículos que tiene que ver con la propiedad son el 12 y el 17, de manera que el sentido mismo de alguna injerencia arbitraria en la vida privada tiene que ver con cuestiones de propiedad y el artículo 17 lo especifica de manera clara cuando refiere que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

En tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[613] lo ratifica en la parte III dentro del artículo 17 y que tiene el mismo sentido del de la declaración universal.

---

[611] Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969

612 Adopción: Nueva York, EUA, 16 de diciembre de 1966; adhesión de México: 24 de marzo de 1981; Decreto Promulgatorio: DO 20 de mayo 1981. El citado Pacto fue aprobado por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el día dieciocho del mes de diciembre del año de mil novecientos ochenta, según Decreto publicado en el "Diario Oficial" de la Federación, del día nueve del mes de enero del año de mil novecientos ochenta y uno.

613 Adopción: Nueva York, EUA, 16 de diciembre de 1966; adhesión de México: 24 de marzo de 1981; Decreto Promulgatorio: DO 20 de mayo 1981. El citado Pacto fue aprobado por la H. Cámara de Senadores del Congreso

En tanto que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[614] en su parte III, artículo 11 señala que los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

Dentro de la Conferencia Internacional del Trabajo,[615] Convenio 169[616] contempla los siguientes artículos con respecto a la propiedad 4, 7, 14, 15, 16, 17, 18 y 20. En los cuales se protegen bienes, pero además que tienen que participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional o regional susceptibles de afectarles directamente, y que se debe reconocer a estos pueblos el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan pero además que dichos pueblos deben participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, y que deben tener un trato igualitario cuando se empleen en dichas instituciones que deben cumplir con la obligación de asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, prestaciones completas, así como la vivienda. Los artículos que la protegen son los siguientes; artículo 4, 7, 14, 15, 16, 17, 18 y 20.

Y finalmente en la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José)[617] dentro del artículo 11 sobre la protección de la honra y de la dignidad y el directo artículo 21 sobre el Derecho a la Propiedad Privada en la cual dentro de lo plasmado en el numera uno y dos refiere a que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bines, y que la ley puede en un determinado momento subordinar tal uso y goce al interés social y que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

---

de la Unión, el día dieciocho del mes de diciembre del año de mil novecientos ochenta, según Decreto publicado en el "Diario Oficial" de la Federación, del día nueve del mes de enero del año de mil novecientos ochenta y uno.

614 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Adhesión de México: 23 de marzo de 1981, Decreto Promulgatorio DO 12 de mayo de 1981.

615 Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo y congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión; Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957; Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación.

616 Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

617 Suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969

En la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco en el Titulo primero; Del Estado y sus habitantes, Capítulo I. Del Estado y su Territorio el Artículo 2.- En su territorio, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte y esta Constitución; dentro del inciso VI. Toda persona tiene derecho a usar y disfrutar de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y disfrute al interés social. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

Con ello entendemos a la propiedad en su sentido social, tal y como lo marca la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al respecto consideramos que los pueblos en el caso de México, han sido violentados en sus derechos y tal como lo establece el citado artículo han sido relegados de los beneficios por cuestiones de expropiación.

Los siguientes artículos marcan el sentido del derecho a la propiedad con una connotación más, es decir en lo que respecta a la persona de forma individual, y refieren tales apartados:

XIV. Toda persona tiene derecho a la protección de su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, su honra, su reputación y su dignidad;

XXXV. Toda persona y su familia tienen derecho a disfrutar de vivienda adecuada, digna y decorosa;

Lo que corresponde al plano de la dignificación de la persona a ambientes privados que conserven el patrimonio en su sentido ampliado, es decir no es solamente la propiedad como tal, sino lo que en ella podemos encontrar y que parte de la esfera privada.

Tal como refiere el Artículo 3 en donde se reconoce expresamente en términos del artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que como parte de la nación mexicana tiene una composición pluricultural, sustentada en la diversidad de pueblos y comunidades indígenas que se encuentran asentados y conviven en su territorio, a esos asentamientos les corresponde a las personas como propiedad, bien sean ejidales, comunales o que estos posean títulos personales de propiedad, de manera que se reconoce el sentido de propiedad de pueblos y comunidades indígenas, los cuales han tenido en muchas ocasiones ver privados del uso y disfrute por cuestiones del bien común nacional, como lo son las expropiaciones.

Se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas establecidos en el Estado, su derecho a la libre determinación, mismo que se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad estatal y nacional. En consecuencia tendrán autonomía para:

I. Conservar y mejorar el control sobre su hábitat;

VII. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en la Constitución federal y en las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de las comunidades, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquéllos que corresponden a las áreas estratégicas. Para tales efectos, las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

El Estado fomentará el eficaz ejercicio de los derechos de uso, disfrute y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, flora y fauna silvestres de las comunidades indígenas, en los términos y con las modalidades que se establecen en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y las leyes aplicables respectivas.

Las leyes secundarias, atendiendo lo señalado en los cuatro primeros párrafos del artículo 2° de la Constitución federal y en esta Constitución, reconocerán a los pueblos y comunidades indígenas existentes en la entidad su ubicación dentro del territorio estatal, así como los lineamientos a que se sujetarán los derechos que como tales se les reconoce. Dichas leyes deberán ser traducidas, impresas y publicadas en las diversas lenguas de los pueblos o comunidades indígenas de que se trate.

El Estado y los municipios establecerán la institución y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas, en los términos de las disposiciones que prevean las leyes aplicables. Y dentro del marco delos derechos humanos la propiedad tanto individual como colectiva ha tenido graves reveses, las formas de expropiación que implementa el gobierno por causa del bien común ha dejado en la indefensión a las comunidades. Y en tal sentido lo estipulado como facultades del Congreso Estatal en su artículo 36, en el sentido que se debe observar que los fundos de ciudades, villas, pueblos y rancherías: Sí que el Congreso lleve a cabo la forma de Legislar sobre expropiación por causa de utilidad pública, pero que deben contener el sentido social que marca el inciso IX, que a la letra dice: Legislar sobre Administración de Justicia, Sanidad Pública Estatal, Materia Indígena y vías de comunicaciones estatales y municipales; expedir Leyes para la

programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente en lo referente al abasto y otras que tengan como finalidad la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios socialmente necesarios en la entidad, son necesarios pero hay que cuidar el sentido social, que debe prevalecer ante cualquier tipo de argumentación, y si están autorizados como dice el inciso XXIX para la enajenación o gravamen de bienes inmuebles del Estado, estos deben tener, aunque suene reiterativo el sentido social y llevar los beneficios a todos los sectores y clases sociales del país, de norte a sur y de este a oeste, y que no sea solamente el centro el beneficiado.

El sentido del Municipio Libre en su artículo 65 señala que éste tiene personalidad jurídica para todos los efectos legales y los Ayuntamientos tendrán las siguientes facultades:

b) Los casos en que se requiera el acuerdo de las dos terceras partes de los miembros de los ayuntamientos para dictar resoluciones que afecten el patrimonio inmobiliario municipal o para celebrar actos o convenios que comprometan al Municipio por un plazo mayor al periodo del Ayuntamiento. Pero lo deben hacer con la más estricta escrupulosidad, y para fines que convengan a todos y no solamente para hacer políticas de intereses particulares, partidistas o empresas multinacionales, eso no debe pasar en ningún sentido y dejar en claro que la forma de la política es para beneficio de los habitantes y propietarios de sus comunidades, no solamente vistas con el sentido del bien inmueble o la tierra y cosas, sino con los elementos que le dan sentido y cohesión a la conformación de su propio mundo en todos los sentidos.

Lo que hemos mencionado parte de la garantía que el Estado mexicano otorga pero no han sido respetados y los procedimientos que se han realizado van en contra de todo lo establecido, es decir que aquí la ley es letra muerta, ya que las causas que generan vulnerabilidad y que se encuentran en primer lugar estables en el tiempo, pero que van desde los personales, y permean a la clase social y la actividad económica, así como el género, el estado sanitario y nutricional, niveles educativos y conocimientos técnicos , la etnia y la religión, el lugar de presidencia y el estatus jurídico otorgado por el Estado.

Que ha pasado con Pemex en Tabasco, solamente damos cuenta de algunos hechos que consignamos para entender la vulnerabilidad de la zona por la industria petrolera, refiere Martínez Assad que los primeros campos descubiertos y explotados fueron los de Fortuna Nacional en 1949, tortuguero en 1950, José Colomo en 1951, de los cuales FN y JC dan origen a la Creación de CD Pemex en 1974, que para ese entonces generaría un 30% de la producción

nacional y de ahí una veintena más en toda la zona de centro y Chontalpa, así las reservas de petróleo de Chiapas y Tabasco para 1973 pasaron de 6000 millones de barriles a 60,000 millones para 1980

Para la década de los sesentas Pemex tiene presencia en las regiones de la Chontalpa, Centro y el Municipio de Macuspana, el lugar para exploración y posterior extracción apuntaba a amplias zonas con presencia de grupos chontales, naturales de la región hacía 1,825 el departamento de la Chontalpa según Martínez Assad tenía un total de 54,832 almas (sic).

Tabasco en la década de los setentas si bien parecía que todo debía funcionar a la perfección de acuerdo a una política modernizadora, se rompió el esquema del estado mexicano posrevolucionario, Uribe Iniesta refiere que "al enfrentar y descalificar el movimiento rural autodenominado el pacto ribereño por primera vez definía como enemigos a los campesinos y las clases rurales, a pesar del estudio del impacto negativo y el rechazo en las comunidades sobre la actividad petrolera en Tabasco, son realizados por la CEPAL; Comisión Económica para América Latina y el }Caribe y el PNUD Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (Teichman 1988, Toledo 1992) por las cuestiones ambientales en 2004 solamente se habla de cien accidentes ambientales.

Como fue el caso que ha quedado documentado pero que se ha olvidado por completo: cerca de 7000 campesinos pertenecientes a 19 ejidos y 11 rancherías en Reforma, Juárez, Pichucalco, Cárdenas, Huimanguillo y Comalcalco, exigieron el pago por 4,123 millones de pesos, el cual es un monto acumulado calculado a partir de las afectaciones individuales. La fecha clave para inicio del movimiento conmemora la revolución mexicana, así que campos petroleros son bloqueados, dos días después el Gobierno responde enviando a 2,000 efectivos del ejército mexicano del 17 batallón de infantería de la trigésima zona militar con el fin de recuperar las instalaciones, el saldo fue campesinos líderes del movimiento fueron encarcelados y acusados de causar daños a las vías de comunicación y una estimación de pérdidas para la paraestatal por un mil setecientos millones de pesos, algunos días después son liberados e inician una serie de negociaciones que tardarían un año, en donde el gobierno reconoce que Pemex afecto a dichas comunidades y signan un convenio con el Pacto Ribereño para el 25 de octubre, y negaron todo espacio legal al movimiento. Crean una Comisión Dictaminadora de Reclamaciones del Estado de Tabasco (Codiret), la cual estaba integrada por personal de la propia paraestatal, Sepafin, la Secretaría de la Reforma Agraria, la Liga de

Comunidades Agrarias y el gobierno del Estado de Tabasco, la vulnerabilidad en todos los sentidos de los campesinos afectados se vio realizada y Pemex nunca cubrió el total de las afectaciones a los campesinos.

Para 1983 Andrés Manuel López Obrador como dirigente del PRI estatal encabeza una serie de negociaciones que no terminan en nada, y la empresa prefiere negociar con los miembros del Pacto de manera individual, para el gobierno de González Pedrero se crea la Prodecot Programa de Desarrollo de la Costa de Tabasco a lo cual se suma Pemex con una aportación de 1,012,400.000 de pesos el cual se invertiría para frenar el deterioro de la zona , así se instalaron tres subcomisiones: indemnizaciones, reubicaciones (especial atención a la ecología) y la de desarrollo, (estudiar la orientación de las inversiones9

Para 1983 las demandas ya alcanzaban 19,608, de ellas un total de 5,000 eran de la subregión de la Chontalpa, con una extensión de 14,000 hectáreas.

Quienes se encargaron de resolver la problemática: La comisión Interinstitucional de Atención a las Recomendación 100/92 (CIAR 100/92) y la Comisión para el Desarrollo de las Zonas petroleras de Tabasco (Codezpet), y quienes llegan a reconocer un total de 80,000 las hectáreas afectadas por los trabajos de Pemex, y otras fuentes sostenían que su número se duplicaba

Cabe destacar que entre 1973 y 1992 tabasco produjo alrededor de 4,864 millones de barriles, con un promedio de extracción de 666,403 barriles diarios. La riqueza que generó en ese tiempo aproximadamente más o menos de 130,000 millones de dólares.

El auge de la industria petrolera desde 1973 que logro subsumir todo el sistema y la región logra impactos ambientales y sociales importantes, Beltrán se pregunta en 1995 porque la explotación de principios de siglo y el auge de 1949-1960 tuvieron una integración social y económica, del efecto de obtener una producción masiva y exportar 1.5 millones diarios de barriles, lo que hizo que se dieran despojos, falta de planeación y descuido de la seguridad industrial, y desencadeno una explosión urbana e inflación descontrolada. Los procesos financieros y el petróleo, carta de intenciones del Fondo Monetario Internacional de 1977, y una planeación poco cuidadosa privilegiando lo financiero y no lo tecnológico, así la federación al carecer de ingresos ve en el petróleo su salvación Uribe Iniesta (2008) refiere que la aceleración monetaria producida por el petróleo no sólo afecto la biodiversidad, sino la

propia diversidad económica local, entrampando la tercerización en parasitaria de la industria petrolera haciendo quebrar a la incipiente industria de la transformación en Tabasco.

Diversos autores mencionan dos consecuencias respecto del auge petrolero de la época, ya que se administró una abundancia con una imagen falsa del progreso y que se expresó en obras urbanas solamente, centros comerciales y fraccionamientos par nuevos ricos y que beneficiaron solamente a la ciudad capital, y en la población no tuvo gran influencia solo que la economía se petrolizo y encareció todo, esa nueva cultura centro del plano de lo económico y política hizo surgir una serie de movimientos, que han marcado la historia de lago que se conoce como la industria de la reclamación.

Es así que en 1983 se crea el Programa de Desarrollo de la Costa de Tabasco (PRODECOT); en 1984 se crea la Comisión para el Desarrollo de las Zonas Petroleras de Tabasco (CODEZPET); Madrazo en 1995 crea la Comisión Interinstitucional para el Medio Ambiente y el Desarrollo Social (CIMADES), Granier se crea la Secretaría de Energía, Recursos Naturales y Protección Ambiental (SERNAPAM), y continua en operación, pero el funcionamiento de estas no ha podido atender los reclamos dela zona de la Chontalpa.

Que ha venido haciendo el gobierno con la atención para la zona lo siguiente: en abril de 1994 es encarcelado Julio César Álvarez de los Santos líder de campesinos de Macuspana, quien reclama sobre la contaminación de sus comunidades, los líderes bloquean el paso a la Planta procesadora de Ciudad Pemex Macuspana, en diciembre del mismo año encarcelan a líderes campesinos del municipio de Comalcalco que bloqueaban instalaciones petroleras, la petición es que se les pagara por los cultivos dañados por la lluvia acida y por sus tierras contaminadas.

Febrero de 1996 son reprimidos y encarcelados (CRECET Villahermosa) 110 campesinos, y menores de edad (diez) de la zona de la Chontalpa, ellos bloquearon instalaciones petroleras para exigir se les reconociera las afectaciones por contaminación a árboles frutales, pastizales, cacaotales, plantaciones plátano y otros cultivos, no tuvieron respuesta favorable.

Lo novedoso de este movimiento fue que se entregaban por cuenta propia, tenían por consigna llenar las cárceles de campesinos tabasqueños que fueron afectados por Pemex y reprimidos por el Gobierno, pasados tres meses son liberados sin cargo alguno, pues reciben una gran solidaridad nacional e internacional de diversas organizaciones y movimientos.

En abril de 1997 en operativos policiacos fueron reprimidos violentamente campesinos que mantenían un bloqueo contra Pemex en el campo Samaria del municipio de Cunduacán, 8 campesinos fueron encarcelados.

Esta represión y encarcelamiento sistemático de campesinos violento sus derechos y garantías constitucionales, el gobierno necesitaba de un organismo *ah doc* y para 1995 crea la Base de Operaciones Mixtas (BOM), un cuerpo policiaco represor compuesto por policías federales, estatales y del ejército, con los cuales se reprimió, encarceló y desapareció a los campesinos que protestaban en contra de Pemex

Para 1995 nuevas formas de relación entre campesinos Pemex y gobierno, signan un acuerdo para que los recursos destinados a las comunidades afectadas sean otorgadas al gobierno quien les llevaría obras sociales, en tal sentido la paraestatal entrego al Gobierno de Roberto Madrazo pintado alrededor de 2 mil millones de pesos para esas obras y que los afectados se mantuvieran tranquilos.

Para 1996 y con nuevos líderes políticos (PRD) campesinos y pescadores tabasqueños presentan más de 60 mil reclamaciones por contaminación del cultivos, tierras, lagunas, láminas y alambrados, se bloquearon hasta 60 pozos e instalaciones petroleras, y era un cuento de nunca acabar.

En el municipio de Nacajuca han sido abandonados 270 pozos del Campo SEN, y están a la intemperie.

Hasta el 2014 la CODEHUTAB ha registrado más de 20 movilizaciones de afectados por obras de Pemex o algunas de sus compañías contratistas en el estado. Cabe resaltar la toma de la Pirámide de Pemex en la cd. De Villahermosa, afectados del pozo Terra 123 en octubre de 2013 y que no ha tenido respuesta favorable.

CONCLUSIONES

Pemex al igual que cualquier empresa que se dedica a la exploración, extracción, explotación, refinación y distribución de los hidrocarburos es contaminante del medio ambiente, y eso ha quedado demostrado en diversos estudios, hasta las mismas empresas lo reconocen.

Si las tecnologías empleadas cada día son cuidadosas en sus procesos, esa tecnología no la tenemos en México, por lo tanto sigue siendo una empresa altamente contaminante.

La vulnerabilidad que ha existido en la zona de la Chontalpa (Chontalpa chica), tiene componentes históricos, sociales, culturales, económicos y políticos y su forma de tratamiento ha violentado la vida cotidiana de estos grupos sociales.

La violación de los derechos humanos a la propiedad, un medio ambiente sano, al cuidado de su hábitat, las formas tradicionales de convivencia, costumbres y tradiciones sistemáticamente desde finales de la década de los setentas hasta nuestros días les han hecho vulnerables, sin que existan procesos que reviertan la tendencia a su desaparición o exterminio.

Las formas tradicionales de convivencia en la zona chontal de Tabasco han sido vulneradas por la empresa Petróleos Mexicanos, dan cuenta de ello el tratamiento clientelar y la compra de conciencias a través de dinero a la mano (aceitarlos), y no de programas sociales que les ayuden a cómo llevar una situación que les pone en peligro latente de su seguridad como grupo cultural reconocido en la constitución.

La postura que ha tenido el gobierno creando comisiones para darle la debida atención, han sido formas por demás mezquinas a intereses de las empresas dedicadas a la extracción de los hidrocarburos en la zona de la Chontalpa.

Referencias:

AGUILAR RODRÍGUEZ, Alfredo. *Geología petrolera y posibilidades petrolíferas en el Estado de Tabasco,* UJAT. Colección José N. Rovirosa, 2012.

ALONSO PALACIOS, A.; LÓPEZ, C. *Petróleo, desarrollo regional y cambio social en las zonas petroleras de México a partir de 1970.* México DF: El Colegio de México, 1984 p.48

ARIAS GÓMEZ, María Eugenia, Ana Lau Jaiven y Ximena Sepúlveda Otaíza. 1987. *Tabasco: Una historia compartida*. Gobierno del Estado de Tabasco; Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora. Villahermosa, Tabasco, México. p. 25

BAÑOS RAMÍREZ, O. *Campesinos y petróleo en Tabasco*. El Colegio de México, A.C., México, 1984.

BARRERO, Salvador; MORA, Edgardo. *El pacto ribereño: una respuesta campesina a la irracional explotación petrolera de Tabasco.* Revista Textual, 1983, vol. 4, n°13, p.14-47.

BEIER, C. y T. E. Downing (1998), Geografía y ayuda humanitaria, Textos básicos nº 3, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto.

BELTRÁN, José Eduardo. *Petróleo y desarrollo. La política petrolera en Tabasco*. Villahermosa: Gobierno del Estado de Tabasco, 1988. 247 p.

BOHLE, H. G., T. E. Downing y M. J. Watts (1994), "Climate Change and Social Vulnerability. Toward a Sociology and Geography of Food Insecurity", en Global Environmental Change, nº 4, vol. 1, Butterworth-Heinemann Ltd, Oxford, pp. 37-48.

CAMPOS, Julieta y Enrique González Pedrero. 1982. Tabasco: Las voces de la naturaleza, monografía estatal. Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco. Villahermosa, Tabasco, México.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *En defensa del petróleo*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, 2009.

CANNON, T. (1994), "Vulnerability Analysis and the Explanation of 'Natural' Disasters", en Varley, A. (ed.), Disasters, Development and Environment, John Wiley and Sons, Nueva York, pp. 13-30.

DOWNING, T. E. (1993), "Concepts of Vulnerability to Hunger and Application for Monitoring Famine in Africa", en Bohle, H. G., T. E. Downing, J. O. Field y F. N. Ibrhim (eds.), Coping with Vulnerability

and Criticality: Case Studies on Food-Insecure People and Places, Freiburg Studies in Development Geography, Verlag breitenbach Publishers, Saarbrücken, pp. 205-259.
El petróleo y su impacto en la ecología, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.- Comisión de Ecología y Medio Ambiente.
CHAMBERS, R. (1989), "Vulnerability, Coping and Policy", en IDS Bulletin, vol. 20, nº 2 (monográfico: Vulnerability: How the Poor Cope), Institute of Development Studies, University of Sussex, Brighton (Inglaterra), abril, pp. 1-7.
GARCÍA MEZA, Norma Esther. *El caso del Pacto Ribereño.* en RODRÍGUEZ PRATS, Juan. Tabasco: realidad y perspectivas, tomo 3, México DF: Miguel Ángel Porrúa, 1993.
LIRA RAMÍREZ, María de Jesús y Romeo Sandoval Romero. 1997. Historia Y Geografía de Tabasco. Oikos editores. Villahermosa, Tabasco, México. p. 26.
LÓPEZ, Ramón N. *Tabasco y su petróleo.* Villahermosa, El Nacional, 1926, pp. 26-29.
ORTEGA LOMELÍN, Roberto. *El petróleo en México: una industria secuestrada*, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
ORTIZ ORTIZ, Martín. 2009. Historia de la explotación petrolera en Tabasco. 1900-1960. México. Petróleos mexicanos. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. 2009. Pp. 53-60.
PÉREZ DE ARMIÑO, K. (1999), Vulnerabilidad y desastres. Causas estructurales y procesos de la crisis de África, Cuadernos de Trabajo, nº 24, HEGOA, Universidad del País Vasco, Bilbao.
Periódico Oficial. Organo del Gobierno Constitucional del Estado de Tabasco. Epoca 6°. Número 5406, 29 de junio de 1994.
PINKUS-RENDÓN, Manuel Jesús; CONTRERAS-SÁNCHEZ, Alicia. *Impacto socioambiental de la industria petrolera en Tabasco: el caso de la Chontalpa.* Liminar. Estudios Sociales y Humanísticos, julio-diciembre 2012, vol. X, n° 2, p. 122-144.
Proyecto Ambiental de la Región Sur (PARS). Diagnóstico de los Efectos Ambientales de la Industria Petrolera Asociados a la Región Sur de Pemex Exploración y Producción (PEP). IMP, UNAM, Batelle. 1999.
ROSELL LASTORTRAS, Juan. *¿Y después del petróleo qué? Luces y sombras del futuro energético mundial*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2007. P. 13.
RUIZ ABREU, Carlos Enrique y Fabregas Puig, Andrés Antonio. *Historia política contemporánea de Tabasco 1958-2008.* Tomo II Gobierno del Estado de Tabasco Instituto de Cultura de Tabasco.
TOLEDO, Alejandro (Coord.) *Petróleo y ecodesarrollo en el sureste de México*, México DF: Centro de Eco – desarrollo, 1982.253 p.
TUDELA, Fernando (Comp.). *La modernización forzada del trópico: El caso de Tabasco.* México DF: El Colegio de México, 1989.
URIBE INIESTA, Rodolfo. *La transición entre el desarrollismo y la globalización: ensamblando Tabasco.* UNAM, México DF: 2003.
----- *Esfuerzo persistente. Desarrollo, Infraestructura, integración regional y medio ambiente en Tabasco 1955-2008*. 2009. pp. 119-300.
VELÁSQUEZ, M. *Afectaciones petroleras en Tabasco: El movimiento del Pacto Ribereño.* Revista Mexicana de Sociología, Revista Mexicana de Sociología, 1982, vol. 44, n°1, p. 167-187.
WISNER, B. (1993), "Disaster Vulnerability. Geographical Scale and Existential Reality", en Bohle, H. G., Worlds of Pain and Hunger. Gographical Perspectives on Disaster Vulnerability and Food Security, Freiburg Studies in Development Geography, nº 5, Verlag breitenbach Publishers, Saarbrücken Alemania.

CAPÍTULO VI. MEDIACIÓN INTERCULTURAL: COMO CULTURA DE PAZ

Isi Verónica Lara Andrade* y Jesús Antonio Piña Gutiérrez**

* Maestra en Derecho penal por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, doctorante del posgrado: Doctorado en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos, PNPC, Conacyt.

SUMARIO:

Introducción. 1. El conflicto 2. Cultura de paz. 3. Mediación Intercultural 3.1 Generalidades 3.2 Marco jurídico 3.3 Mediación intercultural. Reflexiones finales.

RESUMEN:

El conflicto es un fenómeno que implica la ruptura de la paz, ya sea por guerras, exclusión, discriminación, violencia e intolerancia. Su frecuencia y gravedad depende, de la capacidad de las personas y grupos para prevenirlos, de resolverlos cuando aparecen y de aprovecharlos para avanzar en el conocimiento mutuo y la mejora de la interrelación entre los grupos socio-culturales diversos. La UNESCO, fomenta el diálogo entre civilizaciones, el respeto y comprensión mutua. La cultura de paz es considerada un derecho y también un deber inherente a toda persona y base de la dignidad humana. La mediación intercultural proporciona soluciones a los problemas de comunicación, relación e integración entre los grupos presentes en un territorio y pertenecientes a una o varias culturas. Su objetivo lograr acuerdos a pesar de las diferencias y encontrar algún elemento en común.

PALABRAS CLAVES: Cultura de paz, conflicto, multiculturalidad, interculturalidad y mediación intercultural

ABSTRACT:

The conflict is a phenomenon that involves breaking peace, whether by war, exclusion, discrimination, violence and intolerance. Its frequency and severity depends on the ability of individuals and groups to prevent them, to solve when they appear and use them to advance mutual understanding and improving the relationship between the various socio-cultural groups. UNESCO encourages dialogue between civilizations, respect and mutual understanding. The culture of peace is considered a right and duty inherent to every person and basis of human dignity. Intercultural mediation provides solutions to the problems of communication, relationship and integration among the groups present in a territory belonging to one or more cultures. For that reason the goal is to reach agreements despite the differences and find a common element.

KEYWORDS: Culture of peace, conflict, multiculturalism, intercultural e intercultural mediation

INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta investigación es dar a conocer la mediación intercultural como medio de solución de controversias, y a la vez sensibilizar a los diferentes actores de nuestra sociedad para que en base al conocimiento que se tenga de ella pueda utilizarse en nuestro Estado, sobre todo en los conflictos entre los pueblos indígenas y la paraestatal, porque hasta el momento para resolver las controversias suscitadas entre la comunidad Chontal específicamente y PEMEX, en el uso de sus tierras originales utilizadas para la explotación de hidrocarburos que originan daños no solo al medio ambiente sino a todo su modo de vida, a su identidad; estos conflictos se arreglan mediante negociación, por la característica de este método pone en desventajas a los chontales, porque desconocen los alcances de las mismas y al percatarse de esa desigualdad en que se encuentra se inicia un nuevo conflicto y como dice Kant, “nada es más peligroso para la paz que la existencia de un conflicto no resuelto”, generando un elevado

** Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, SNI-1.

costo para el Estado y la sociedad al bloquear los pozos que trae consigo perdidas tanto en producción, como económicas.

Los conflictos se dan de manera natural en las relaciones entre las personas, sus consecuencias van a depender de la forma en que se vea, en la capacidad de prevenirlos o de resolverlos cuando aparezcan.

Por ello el desafío de la interculturalidad es proporcionar las herramientas para entender, respetar y reconocer las diferentes identidades de las personas, y con la mediación intercultural como medio para resolver los conflictos se podría alcanzar una sana convivencia social y un estado de paz.

I. EL CONFLICTO

El conflicto es inevitable en nuestras sociedades, este fenómeno que implica la ruptura de la paz, no es del todo negativo, es decir si se aprende a llevarlo y a resolverlo de manera positiva, dejara grandes aprendizajes en pro de una correcta convivencia humana.

Según la real academia española el conflicto se deriva del latín conflictus, es el combate, lucha, pelea o enfrentamiento armado, de igual manera lo conceptualiza como problema, cuestión, materia de discusión. En materia psicológica es la coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos.[618]

Los conflictos están unidos a las relaciones humanas, aparecen de forma constante. Su frecuencia y gravedad depende, en gran medida, de la capacidad de las personas y grupos de prevenirlos, de resolverlos cuando aparezcan y de aprovecharlos para avanzar en el conocimiento mutuo y la mejora de la interrelación.[619] Es importante el reconocimiento y el respeto de las partes en conflicto para su solución.

Cuando los conflictos implican el uso de la fuerza dejan desafortunadamente profundas heridas, que solo el tiempo puede curar; ejemplos de ellos son los genocidios cometidos en Guatemala, en la Ex Yugoslavia, Ruanda, actualmente Siria, estas guerras tienen características en común son internas y están envestidas de racismo, discriminación étnica y sectaria.

Todos estos conflictos bélicos se originaron posterior a la segunda guerra mundial, a pesar de que algunos trataditas se pronunciaron en favor de la paz, como Hans Kelsen, que público en

[618] Diccionario de La Lengua Española, 23.ª Edición (2014), Http://Www.Rae.Es/

[619] Retos en los contextos multiculturales, Competencia Intercultural y resolución de conflictos, p. 58,Http://Www.Dge.Mec.Pt/Sites/Default/Files/Epipse/Mediacao_Com_Comunidades_Ciganas.Pdf

1944, su obra "la paz por medio del derecho" cuyas opiniones sirvieron de base para la formación de organismos y tribunales encaminados al mantenimiento de la paz en el mundo, desafortunadamente aún hay guerras que persiguen intereses ajenos a la población más perjudicada, la población civil.

Kelsen, detalla que "la guerra es un asesinato en masas, es la mayor desgracia de nuestra cultura y que asegurar la paz mundial es nuestra tarea principal política.[620] La paz es una situación que se caracteriza por la ausencia de la fuerza. Dentro de una sociedad organizada, sin embargo, la ausencia absoluta de fuerza no es del todo posible. El empleo de la fuerza en las relaciones entre los individuos se evita reservándolo para la comunidad. Para garantizar la paz, el orden social no excluye actos coercitivos de todas clases: autoriza el empleo de la fuerza en casos excepcionales como una reacción contra la transgresión, como una sanción dirigida contra el violador del orden. El orden social hace así del uso de la fuerza un monopolio de la comunidad y al obrar de ese modo pacifica las mutuas relaciones de sus miembros.[621]

¿Pero que sucede en los conflictos armados donde se comete genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra? Parece ser que no se emplea o tarda en emplearse la fuerza como medida coercitiva para finalizar estos conflictos beligerantes que violentan los derechos humanos, se interviene cuando ha cobrado la vida de muchas personas.

Por ejemplo en Guatemala (genocidio Maya), se efectúo en un periodo largo de guerra civil de 1960-1996, como resultado más de 200,000 personas asesinas o desaparecidas. El periodo más violento se origina entre 1982-1983, donde el Estado justifica el exterminio de aproximadamente 440 comunidades indígenas, donde atacaron a más de 600 pueblos Mayas, concentrándose en la comunidad de Quinché (etnia Ixil).

Según datos de la CEH (Comisión para el esclarecimiento histórico de Guatemala) "existen 29,000 desplazados y 1771 asesinatos, por lo menos nueve casos de violencia sexual, y varios casos de tortura, incluyendo masacres indiscriminadas, violación y violencia sexual contra las mujeres, infanticidio, destrucción de los cultivos para inducir el hambre, el secuestro de niños,

[620] Kelsen, Hans, *"La Paz por medio del derecho",* Buenos Aires, Argentina, Segunda Edición 2008, Editorial Trotta, pp. 35 y 36

[621] Ibidem, p. 39

el desplazamiento forzoso y la reubicación de las poblaciones sobrevivientes en zonas militarizadas llamadas "aldeas modelo".[622]

La perito Marta Elena Casaús Arzú, explicó "que el racismo contribuyó al genocidio, ya que se consideraba a los indígenas como seres inferiores, cosificándolos, estigmatizándolos y deshumanizándolos. *"El racismo llega a su culmine en el conflicto armado interno, por la estigmatización del indígena. Es cuando el racismo va a operar con una ideología de Estado, como una maquinaria de exterminio contra un grupo, en este caso el Ixil". "*[623], que se localiza en la región petrolera de la franja transversal del norte, las fuerzas armadas enviadas por el presidente de facto Efraín Ríos Montt, atacaban a los indígenas mayas, con el pretexto de eliminar a los grupos subversivos de la guerrilla, pero su objetivo en realidad era la aniquilación de la etnia Ixil.

El Centro de justicia y responsabilidad (CJA), muestra testimonios de sobrevivientes de la masacre que explican que "separaban a los hombres de las mujeres y después los mataban en secuencia. Aquellos que escaparon serian perseguidos desde el aire por helicópteros. Tortura extrema, mutilación y violencia sexual se convirtió en una cosa común, y también la violencia contra los niños. Este periodo de se conoció como el "Holocausto silencioso".

La percepción del ejército hacia las comunidades Mayas como aliados naturales de las guerrillas contribuyeron al aumento de violaciones de los derechos humanos perpetuados contra ellos, demostrando un racismo agresivo componente de extrema crueldad que dio a cabo la exterminación en masas de indefensas comunidades Mayas, incluyendo a niños, mujeres y ancianos, a través de métodos tan crueles que han indignado la conciencia moral del mundo civilizado." [624] Dando como resultado una importante disminución de la población Maya y graves daños a su estructura social y cultural.

Otro conflicto que rompió con el estado de paz apenas hace dos décadas en el corazón de Europa fue la guerra de los Balcanes (1991-1995), para el presidente Tito, le era muy difícil mantener la paz en la antigua Yugoslavia por los diferentes grupos étnicos y religiosos, con su muerte en 1980, inicia la dominación serbia provocando descontento y crecimiento de las diferencias étnicas, al declarar su independencia Croacia, Eslovenia y Bosnia-Herzegovina los

---

[622] Federación Internacional de Derechos Humanos, *Genocidio en Guatemala: Ríos Montt, culpable,* pp. 4-10, Https://Www.Fidh.Org/Img/Pdf/Informe_Guatemala613esp2013.Pdf

[623] Ibidem, p.14

[624] The Center for Justice and Accountability, *Caso de Genocidio en Guatemala,* http://www.cja.org/section.php?Id=369

serbios atacaron a estas naciones con apoyo del ejército Yugoslavo, causando graves heridas aun en recuperación, el pueblo con mayor número de muertos, de población civil, fue precisamente Sarajevo en Bosnia-Herzegovina.

Este genocidio se da en una población con una diversidad étnica importante, conformada por un 43% de musulmanes, un 31% de serbios y un 17% de croatas, este enfrentamiento concluye con la intervención de la OTAN en agosto de 1995, que obligo a Slobodan Milosevic a retirar su apoyo a los serbiobosnios, culminando con el acuerdo de paz de Dayton, poniendo fin al conflicto.

Otra brutal matanza por motivos interétnica se da en el continente africano en Ruanda en 1994, cuando las milicias hutus masacraron a unos 500,000 tutsis.[625]

De igual manera la guerra civil de Afganistán donde los talibanes tomaron la capital Kabul, en septiembre de 1996; instituyendo un régimen de estricto rigor islámico fundamentalista, cercenado los derechos humanos de las mujeres, prohibiéndoles la educación y la libertad de elección, infligiendo duras penas incluso la muerte a quienes desobedezcan sus disposiciones.

Por último la guerra en Siria que se vive en la actualidad, desde marzo del 2011, el pueblo Sirio sigue sufriendo la perturbación total de sus vidas por un conflicto que ha reportado más de 220.000 muertes. Casi cuatro millones de personas son refugiadas en otros países, y otros 7,6 millones son desplazados internos. En conjunto, estas cifras representan alrededor de la mitad de la población siria, dos tercios de la población se encuentra en pobreza extrema.[626] La ONU describió este conflicto como sectario en su naturaleza, la lucha entre los Chiítas grupo del gobierno del presidente Bashar Al- Asad, y los Sunitas que son la mayoría, es el grupo de movimiento de oficiales libres.

En base a estos datos de guerras que han dejado saldos negativos en la vida interna de los pueblos en conflicto, en las cuales se han cometidos actos atroces por no aceptar al otro, por sus diferencias étnicas, religiosas, culturales, de género, etc. Las peores matanzas se han dado en el contexto de guerras internas porque los muertos pertenecen a la población civil, y por lo general mujeres y niños, grupos vulnerables.

¿Porque no garantizarse la paz? y dar fin a estas guerras crueles, inhumanas, entre gentes de los mismos pueblos o de otros, como un deber como dice Kant, "el Estado de paz, debe

[625] Parker, Philip, "*Historia Universal",* en español, México, Santillana, 2011, p. 399

[626] PNUD, respuesta a la Crisis de Siria, http://www.undp.Org/Content/Undp/es/home/ourwork/our-projects-and initiatives/responding_to_crisis_syria.html

fundarse y garantizarse con un pacto entre los pueblos; un derecho a la guerra no se puede pensar, en realidad, nada en absoluto (porque sería un derecho que determinaría qué es justo según las leyes unilaterales del poder y no según leyes exteriores, limitativas de la libertad del individuo, de validez universal); con un concepto así habría que entender, en ese caso, que los hombres que así piensan les ocurre lo correcto si se eliminan unos a otros y encuentran la paz perpetua en la extensa tumba que esconde todos los horrores de la violencia y de sus causantes."[627]

Otra forma de perder la paz aparte de la guerra es la exclusión, la discriminación y la intolerancia, en pleno siglo XXI, vivimos en un mundo violento, existe violencia dentro de la familia, en las oficinas, en los colegios, en los medios de comunicación, dentro de la sociedad en general.

Las diferencias de creencias, lenguas y religiones, llevan consigo, en verdad la tendencia al odio mutuo y a excusas para la guerra, sin embargo opina Kant, con el aumento a la cultura y la paulatina aproximación de los hombres a un más acuerdo de los principios, estas diferencias llevan a coincidir en la paz, que se genera y garantiza mediante el equilibrio de las fuerzas en una viva competencia y no con la destrucción de todas las energías, como sucede en el despotismo (cementerio de la libertad).[628]

Debemos aprender a gestionar y a tratar de manera idónea los conflictos, evitando llegar a situaciones más delicadas que implican el rompimiento de la paz, se debe de trabajar para erradicar la violencia a través de proyectos que fomente la cultura de paz.

II. CULTURA DE PAZ

La cultura en su rica diversidad, posee un valor intrínseco tanto para el desarrollo como para la cohesión social y la paz.

El concepto de cultura también implica una gran diversidad del mismo es necesario diferenciar como señala la doctora en antropología María Ester Grebe, "en primer término, tanto sus acepciones difundida por el uso coloquial o popular como también aquellas avaladas por la ciencia antropológica. Así, por una parte, en una parte, en su acepción popular el término aquellas avaladas por la acepción popular el término cultura suele asociarse tanto a la

[627] Kant, Immanuel, "*Por la Paz Perpetua",* España, Ediciones Brontes S.L, 2011, pp. 52 y 53
[628] Ibidem p. 66

educación formal como erudición, tanto a la urbanidad y buenos modales como a un buen nivel de lenguaje y refinamiento".[629]

Por otra parte, para los filósofos y antropólogos la cultura la perciben de manera diferente, para los primeros, la cultura se identifica con las manifestaciones superiores de la vida social; mientras que para los antropólogos manejan el término cultura dándole un contenido más amplio, global, que comprende todas las manifestaciones de la vida social; la técnica, los hábitos, creencias, tradiciones y toda la obra material y psíquica del hombre.[630]

La noción más común para determinar la cultura es cuando se le asemeja a educación, ilustración, refinamiento, información vasta. En decir, cultura es el cúmulo de conocimiento y aptitudes intelectuales y estéticas.[631] El análisis hecho por el Antropólogo Gonzalo Aguirre Beltrán sobre los diferentes puntos de vista y evolución de la cultura es por demás interesante aborda la temática desde el concepto de cultura que nace desde la antigua civilización griega como un concepto aristocrático que refleja la organización social de la elite y de la clase trabajadora, en esta etapa se hace una distinción entre lo material y lo espiritual, hasta que el liberalismo burgués creó el concepto de bienes materiales, y aparecieron los valores culturales, situando a estos por encima de los bienes materiales, concibiendo a la cultura como un todo, con carácter ideal.

Posteriormente el marxismo da un vuelco al concepto de cultura al poner por encima las condiciones materiales de la cultura, Marx le denomina superestructura es decir pone de base a los aspectos de la vida social, no hace aún lado la cultura sino que se enfoca en que surge de la base económica de la sociedad, coloca en un solo ámbito lo material y lo espiritual y sostuvo que las ideas de la materia no están separadas, con ello se abandona la tesis aristotélica de lo útil y necesario separado de lo bello y placentero.

La autora Milka Castro cita al filósofo Polaco Baumann quien señala que: "la cultura se entiende como algo que uno posee o como un proceso que uno moldea. Se tiene la creencia de que las características se han configurado a través de largos procesos históricos y en la actualidad se piensa que influyen e incluso dan forma a los actos y a la manera de pensar de

---

[629] Grebe Vicuña, María Ester, *"Culturas Indígenas de Chile",* Quinta edición, Santiago de Chile, Editorial Pehuén, 2010, p. 105

[630] Pozas, Ricardo et al., *"Los Indios en las Clases Sociales de México", 21° Edición,* México, Siglo XXI, 2006, p. 13

[631] García Canclini, Néstor, *Diferentes, Desiguales y Desconectados*, 2° Edición, Barcelona, España, Editorial Gedisa, 2005, p. 30

todos los llamados miembros. Bajo este prisma, la cultura, ya sea nacional, étnica o religiosa, es algo que uno posee y de la que uno es miembro, y no algo que uno crea y moldea a través de la constante actividad renovadora".[632]

Es decir la cultura abarca el conjunto de procesos sociales de producción, circulación y consumo de la significación en la vida social. La cultura no es un suplemento decorativo o actividad de ocio, sino constitutivo de las interacciones cotidianas, en la medida en que en el trabajo, en el transporte y en los demás movimientos ordinarios se desenvuelven procesos de significación. En estos comportamientos están entrelazados la cultura y la sociedad, lo material y lo simbólico.[633] En conclusión la cultura se crea también a partir de nuestras relaciones con los demás, con las cosas y las situaciones nos construimos una idea o una construcción basada en la realidad.

Por lo cual en la cultura de paz las relaciones deben ser pacífica, tolerante, hacer construcciones sociales basadas en el respeto y el reconocimiento de los demás. Ya que solo en la paz como dice el doctor Manuel Velasco, se logra manejar la vida superior del hombre manifestada por su inteligencia, capacidad de decisión, de resolver problemas y hasta situaciones imprevistas, y de cultivar la intercomunicación y las relaciones armoniosas consigo mismo y con los demás para poder organizarse, crear, inventar, producir y utilizar la voluntad y el ingenio en el servicio con los demás. Sólo la paz basada en la legitimidad y, sobre todo, en la justicia moral, podrá dar lugar a un nuevo orden de equilibrio y convivencia responsable en el mundo.[634]

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la Cultura (UNESCO), creada en 1945, que al día de hoy cuenta con 195 miembros, es un organismo que fomente la cultura de la paz, desde que se fundó presento en su preámbulo lo siguiente "si las guerras nacen en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de paz". Declara que "la diversidad cultural es una fuerza motriz del desarrollo, no sólo en lo que respecta al crecimiento económico, sino como medio de tener una vida intelectual, afectiva, moral y espiritual más enriquecedora."

---

[632] Castro Lucic, Milka, *"La Cuestión Intercultural: de la Exclusión a la Regulación",* en *los Desafíos de la Interculturalidad: Identidad, Política y Derecho,* Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2004, p. 126

[633] García Canclini, Néstor, Op. Cit., p. 34 - 37

[634] Velasco Suárez, Manuel, et al., *"Una Educación para la Paz",* México, Trillas, Reedición, 2007, p. 10

La aceptación de las diversas culturas lleva al diálogo entre civilizaciones. Diálogo intercultural que se da en un intercambio equitativo entra las civilizaciones, culturas y pueblos, basados en la mutua comprensión y respeto y en la igual dignidad de las culturas, son las condiciones para la reconciliación entre los pueblos y la paz entre las naciones.

Esta acción se inscribe en el marco global establecido por la ONU de una alianza de civilizaciones. Concretamente, se trata de privilegiar, en el marco de ese diálogo intercultural, que incluye el diálogo interreligioso, todo un conjunto de prácticas adecuadas que favorecen el pluralismo cultural a los niveles local, nacional y regional, además de iniciativas regionales o subregionales destinadas a desalentar todas las manifestaciones de extremismo y de fanatismo y a resaltar los valores y principios que conducen al acercamiento. [635] Es importante conocer lo que es la paz: según su etimología, procede de la palabra latina pax, pacis, y comprende varios signficados: 1) Estado psíquico de tranquilidad y sosiego de ánimo. 2) Tranquilidad pública. 3) Estado de una reunión de personas, en especial, de una familia e que no hay discusiones, riñas, pleitos, etc., 4) Estado de armonía civil, propio de una nación que no se halle en guerra con ninguna otra. Johan Galtung afirma que "la paz es la ausencia de violencia".[636]

Por su parte Lederach, afirma que "no hay un camino a la paz, la paz es el camino*"* mientras tanto Habermas, reitera la necesidad de establecer procesos simétricos de comunicación, es decir, en condiciones sociales de igualdad libres de dominio para que los sujetos puedan entenderse, comprenderse y coordinarse para participar del cambio y la transformación social. Y, que en el caso de la Investigación para la Paz se propende por la defensa y reconocimiento de valores como la libertad, la igualdad, la cooperación y la justicia, tanto en las relaciones personales como el plano internacional como forma de reducir la violencia estructural y sus diversas expresiones: la injusticia, la desigualdad, la pobreza, la exclusión, la opresión.[637]

Las Naciones Unidas la definen como "un conjunto de valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida que rechazan la violencia y previenen los conflictos atacando a sus raíces a través del diálogo y la negociación entre los individuos, los grupos y los estados".[638]

---

[635] UNESCO, *Diálogo Intercultural*, Http://Www.Unesco.Org/New/Es/Culture/Themes/Dialogue/Intercultural-Dialogue/

[636] Cardona, Frances Ll, *en prólogo*, Kant, Immanuel, "*Por la Paz Perpetua",* España, Ediciones Brontes S.L, 2011, p. 8

[637] Ospina, Johanna, Dialnet, *La educación para la paz como propuesta ético-política de emancipación democrática*, núm. 11, 2010, p.120 http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3167032

[638] UNESCO, Derechos Humanos y Cultura, http://www.unesco.org/new/es/quito/education/human-rights-and-culture-of-peace/

La paz es algo más que la ausencia de la guerra y tiene que ver con la supervisión reducción o evitación de tipo de violencia y nuestra capacidad y habilidad para transformar los conflictos por oportunidades de encuentro, comunicación, cambios, adaptación e intercambio; este es el enfoque que persigue la cultura de paz.

La cultura de paz es considerada un derecho y también un deber inherente a toda persona y base de la dignidad humana. Se trata de educar hacia la tolerancia, aceptación del otro, con respeto y amor.

La UNESCO en junio de 1997 en Paris, aprueba la declaración de Oslo sobre el derecho a la paz, donde especifica que "la paz es premisa y requisito para el ejercicio de todos los derechos y deberes humanos".

Por la importancia que reviste esta declaración se cita textual:

"**Artículo 1: La paz como derecho humano**

a) Todo ser humano tiene un derecho a la paz que es inherente a su dignidad de persona humana. La guerra y cualquier otro conflicto armado, la violencia en todas sus formas y cualquiera que sea su origen, así como la inseguridad de las personas son intrínsecamente incompatibles con el derecho humano a la paz.

b) Todos los Estados y los demás miembros de la comunidad internacional deben garantizar, respetar y aplicar sin discriminación alguna el derecho humano a la paz, tanto en el plano interno como en el plano internacional.

Artículo 2: La paz como deber

a) Todo ser humano, todos los Estados y los demás miembros de la comunidad internacional y todos los pueblos tienen el deber de contribuir al mantenimiento y a la construcción de la paz, así como a la prevención de los conflictos armados y de la violencia en todas sus formas. Les incumbe en particular favorecer el desarme y oponerse por todos los medios legítimos a los actos de agresión y a las violaciones sistemáticas, masivas y flagrantes de los derechos humanos que constituyen una amenaza para la paz.

b) Habida cuenta de que las desigualdades, la exclusión y la pobreza pueden conducir a la violación de la paz internacional y de la paz interna, los Estados tienen el deber de promover y fomentar la justicia social tanto en su territorio como en el plano internacional, en especial mediante una política adecuada encaminada al desarrollo humano sostenible.

Artículo 3: La paz mediante la cultura de paz

a) La cultura de paz, cuyo fin es erigir todos los días mediante la educación, la ciencia y la comunicación los baluartes de la paz en la mente de los seres humanos, ha de ser el camino que conduzca a una aplicación mundial del derecho humano a la paz.

29 C/59

Anexo II - pág. 3

b) La cultura de paz supone el reconocimiento, el respeto y la práctica cotidiana de un conjunto de valores éticos e ideales democráticos fundados en la solidaridad intelectual y moral de la humanidad.

II. 1. ***Hace un llamamiento*** a todos los individuos, todos los Estados, todas las organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales y, en términos generales, todos los actores sociales para que promuevan y apliquen el derecho humano a la paz;

2. ***Insta*** a todos los Estados, teniendo presentes las exigencias de la solidaridad internacional, a que adopten todas las medidas apropiadas, de carácter constitucional, legislativo y administrativo, en los planos económico, social y cultural y en las esferas de la enseñanza, la ciencia y la comunicación, para la aplicación del derecho humano a la paz."[639]

El objetivo de la Unesco es contribuir a la consolidación de la paz, y el diálogo intercultural, mediante la educación, las ciencias y la comunicación, para lograr un real entendimiento del otro, aprendiendo a conocer al otro, aceptar sus puntos de vista, de cosmovisión y respetarla.

3. MEDIACION INTERCULTURAL

3.1 Generalidades

Los métodos de solución de conflictos son procedimientos voluntarios, flexibles, rápidos, económicos, prácticos, privados y confidenciales, que no tienen efecto obligatorio para las partes, y que su regulación no se rige por ninguna norma preestablecida.[640] Y uno de ellos es la mediación.

Precisamente es a la mediación a la que se le ha dado mayor énfasis. La doctora Amelia Acosta, en su obra cita algunos conceptos vertidos sobre la mediación como la que define Antonio Romero, "se da una mediación cuando las partes se declaran incompetentes para solucionar su conflicto. Es decir, cuando la comunicación falló, entonces las partes deciden recurrir a un tercero neutral para estar presente en sus reuniones y poder reiniciar el diálogo.

[639] UNESCO, Informe del Director General sobre el Derecho Humano a la Paz, Conferencia General, 29ª Reunión, París 1997, http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001100/110027s.pdf

[640] Pacheco Pulido, Guillermo, *Mediación, Cultura de la paz* , México, Editorial Porrúa, 2004, p. 3

La autoridad de trabajo convoca a las partes y las invita a reiniciar el diálogo y el planteamiento de propuestas viables que posibiliten un acuerdo."[641]

En la obra Mediación de María Elena Caram, se muestran otras definiciones, como que es un "proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades." Por otro lado según Brandoni "la mediación es un dispositivo de encuentro interpersonal voluntario y confidencial para el abordaje de conflictos, que promueve la búsqueda de soluciones consensuadas y contribuye a maximizar los beneficios potenciales de los mismos." [642]

La definición hecha por Guillermo Pacheco resulta bastante práctica para él la "Mediación es un procedimiento en el cual dos o más personas que tienen un problema en común, solicitan el apoyo de un tercero que facilita la comunicación entre ellos, para que de manera pacífica y equitativa, lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambas partes. El mediador conduce a las partes a que de ellas surja la decisión.[643]

Los profesionales de la mediación basan su competencia en una legitimidad profesional fruto de la formación y de la experiencia laboral, y en una legitimidad social que les viene dada por ser los únicos terceros que intervienen con la aceptación voluntario de las partes y al margen de cualquier tipo de poder. Esta legitimidad se mantiene a los largo de todo el proceso de mediación.[644]

Como la legitimidad hay una serie de rasgos particulares que permiten determinar la mediación, son sus características que nos permitirá hacer la distinción entre otros métodos alternativos de solución de conflictos. Por ejemplo: la intervención del tercero la distingue de la negociación; que las partes alcancen una solución acordada la distingue del arbitraje; la abstención de proponer fórmulas de arreglo la distingue de la conciliación, la neutralidad del tercero de la figura del ombudsman.

---

[641] Acosta León, Amelia, *Conflicto, Medios alternos de solución y pensamiento complejo en México,* México, UJAT, 2010, p. 87

[642] Caram, María Elena, et al., *Mediación, Diseño de una práctica*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 4a Edición, 2013, pp. 16 y 17

[643] Pacheco Pulido, Guillermo, Op.cit., p. 3

[644] Puntes, Salvador, *La Mediación Comunitaria. Ciudadanos, Derechos y Conflictos,* Bogotá, Colombia, Kimpres Ltda., 2004, p. 83

Y fuera del género "métodos de resolución de conflictos", es insoslayable mencionar más que someramente las diferencias que la distinguen del recurso tradicional de solución de disputa: el juicio, tienen en común un tercero neutral-el juez-, pero se trata de un funcionario que se va a basar en las pruebas que ofrezcan las partes en el proceso y su correlación con las pruebas aplicables al caso, donde las partes por medio de su representante legal, delegan la totalidad de la capacidad de resolución, incluido el fondo, el procedimiento y quien ha de ser el tercero.[645] Las características que hacen de la mediación el método de solución de conflicto a nuestro parecer de mayor ventaja son:

A). La confidencialidad: es el compromiso de mantener reserva de los que se hable o digan, o de los documentos utilizados en el proceso mismo, es necesario tener un clima de confianza, el saber que lo que ahí se comenten no será usado en perjuicio de alguna de las partes.

Este compromiso puede contraerse por medio de un convenio o por la adhesión a un reglamento de mediación propio del lugar donde se lleve el proceso. Existen excepciones de la confidencialidad cuando se tenga conocimiento de violencia contra un menor o la comisión de un delito grave.

B). Voluntariedad: libertad de las partes para la decisión de someterse al proceso, si permanecen en ella o se retiran, también la de decidir los puntos que se tocaran en la mediación, propuestas y por último alcanzar o no un acuerdo.

C). Flexibilidad: esta se determina porque en la mediación el clima es más relajado que llevar un juicio, sobre todo cuando se va ganando la confianza de las partes; el mediador tiene la libertad de decidir el formato de las reuniones, los tiempos y las técnicas que empleará, con esto no quiere decir que llevara un proceso con falta de método, improvisando ya que para lograr un buen resultado en la mediación también tiene una estructura organizada para alcanzar el objetivo que es el acuerdo de las partes.

- Las características de la mediación son las siguientes:
- Las partes son guiadas por un tercero, el cual no emite solución.
- El tercero debe ser experto en la materia
- El proceso no está determinado, las partes deciden como llevarlo
- Las partes deciden cuando dar por acabado el proceso

[645] Caram, Maria Elena, Op. Cit., pp. 21 y 22

- Todos ganan, no hay perdedor ni ganador
- El cumplimiento de los acuerdo es voluntario
- Es un método económico y rápido

3.2 Marco Jurídico

El fundamento para la mediación, lo encontramos en el artículo 17, párrafo segundo y cuarto de la constitución política de la república mexicana, los cuales fundamenta el derecho a la tutela jurisdiccional y los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Artículo 17.[646]

"…Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

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

…"

En el párrafo segundo del citado artículo consagra el llamado acceso a la justicia de igual manera que está debe ser gratuita.

¿Pero que es el acceso a la justicia?, término muy en boga en la actualidad, esa acción de entrar o recibir la justicia de manera equitativa de parte del Estado, en palabras de Álvaro Castellanos, "es un sistema que vele por la tutela eficaz de los derechos constitucional y legalmente protegidos, mediante sentencias debidamente motivadas o razonadas, exponiendo claramente la argumentación jurídica correspondiente.". [647]

El acceso a la justicia se traduce en la obligación del Estado consistente en garantizar que todas las personas que lo requieran puedan someter sus conflictos a los tribunales en condiciones de equidad, y que las respuestas que obtengan de estos últimos resuelvan los

[646] Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Reformado DOF 18-06-2008, http://www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/htm/1.htm

[647] Castellanos, Álvaro, *El acceso a la Justicia*, http://www.plazapublica.com.gt/content/acceso-la-justicia, 2011

conflictos en forma efectiva, tanto para todos los individuos involucrados como para la sociedad en general."[648]

Castellanos, considera que "el tema de acceso a la justicia aún se puede volver más complejo en aquellas sociedades en las cuales existen uno o dos de los siguientes elementos: la coexistencia de varias culturas conviviendo en el mismo territorio, (lo que implica forzosamente un pluralismo jurídico) o la existencia de brechas importantes de desigualdad social, que generan grupos sociales en condición de vulnerabilidad.".

Por el reto es el poder llegar al cumplimiento de esta facultad en su total cabalidad ya que existen algunas dificultades como la diversidad cultural y no porque sea negativo, sino porque se requiere realmente un reconocimiento y aceptación del otro para poder encontrar una solución justa respetando sus ideologías, creencias y tradiciones, igual existen obstáculos económicos de infraestructura humana y material, incluso el desconocimiento de las personas a sus derechos.

Al respeto considera el investigador del Instituto Jurídico de la UNAM, José Antonio Caballero, que "no es solo necesario garantizar que las personas puedan llegar a los tribunales, sino también se debe contribuir a que puedan identificar sus derechos." [649] Y es que la tutela jurisdiccional efectiva, consiste en que cualquier persona no importando su condición étnica, social, económica, género o cultural pueda acudir a un tribunal del Estado para solicitar su intervención en la solución de una controversia sobre la reclamación de un derecho o el cumplimiento de una obligación, que su petición sea admitida, procesada y resuelta en corto tiempo.

Con la reforma al artículo 17 constitucional de 2008 se incorpora al sistema de justicia mexicana los mecanismos de solución de conflictos, donde establece la posibilidad de que las personas puedan resolver sus conflictos sin autoridades como un mecanismo complementario al servicio de la justicia ordinaria. Por lo cual se rompe con la creencia de que la única vía para llegar a soluciones el que el tribunal judicial intervenga.

El contexto jurídico que precede este reforma son los tratados internacionales que México había ratificado al respecto y desde luego leyes mexicanas que ya contenían preceptos sobre dichos mecanismos.

---

[648] Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Derechos del Pueblo Mexicano*, México, Porrúa, Tomo II, 2012, p. 84

[649] Ibidem, p. 89

En el artículo científico denominado ¿Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico?, señala que "Históricamente el manejo de conflictos en las sociedades ha respondido a dos modelos, aparentemente excluyentes en ocasiones complementarios. En uno, quienes tienen el conflicto lo manejan por sí mismos. En el otro una autoridad resuelve los conflictos." Determina la importancia de estos métodos en nuestra carta magna ya que "constituyen un paso para fortalecer a la democracia, al privilegiar la participación de voluntades privadas en el manejo de sus conflictos; y así convertir dicha opción en un derecho de las personas para decidir por sí mismas sus conflictos, sin la tutela de órganos del Estado." [650]

Entre los argumentos para sostener la viabilidad del uso de la justicia alternativa se encuentra fundamentalmente la perspectiva de generar vías que proporcionen a los justiciables soluciones más adecuadas a los problemas que tienen y un servicio de solución de conflictos menos tecnificado y más fácil de comprender.[651] El mal sabor de boca que dejan los conflictos que se ventilan ante la vía jurisdiccional tradicional con juicios lentos y costosos, puso a los legisladores a trabajar en proporcionar otras opciones donde las partes en conflicto encuentren soluciones consensadas y con pleno reconocimiento.

Algunos autores consideran que se podría abrir la posibilidad de que se consagre ya dentro de la misma Constitución el derecho a la justicia alternativa, de manera expresa para que no quede dudas.

De los mecanismos alternativos de solución de controversias, sólo en el arbitraje una tercera persona distinta a las partes decide la disputa y decide conforme a reglas jurídica, si las partes así lo autorizaron. En todos los demás, las partes del conflicto deciden por sí mismas. En la negociación las partes lo hacen directamente; en la conciliación o mediación una tercera persona asiste a las partes a que ellas decidan, pero las partes siempre controlan el proceso y su resultado.

Respecto a la efectividad de los mecanismos alternativos de solución de controversias, estadísticamente, cerca del 90% de los casos en que las partes optan por dichos mecanismos

[650] Díaz, Luis Miguel, ¿Artículo 17 Como Opción Al Orden Jurídico?, Anuario Mexicano De Derecho Internacional, vol. 9, México, enero 2009, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1870-46542009000100023

[651] Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Op. cit., p. 109

para terminar un conflicto, el resultado es una solución negociada satisfactoria para ambas partes. La inmensa mayoría de las soluciones negociadas se cumplen.[652]

La mediación seria la panacea para dirimir las controversias en las comunidades, y entre ellos encontrar las soluciones para sus problemas.

3.3 Mediación Intercultural

Es importante antes de abordar la mediación intercultural como tal, entender dos conceptos claves para ello, la cultura y las multiculturalidad.

La cultura es considerada como un conjunto de significados compartidos que pueden provocar diferentes formas de pensar, de entender y de explicar el mundo. Estas representaciones las vamos elaborando en diferentes contextos, bajo diferentes normas, valores y costumbres.[653]

Es bastante frecuente que el acceso a otras culturas se dé a través de los estereotipos que de ellas tenemos. De ahí que el conocimiento de otras culturas en profundidad nos hará saltar esa barrera de estereotipos y estar preparados para la comunicación intercultural. Este conocimiento en profundidad tiene otro efecto: la superación de la visión etnocentrista que tanto caracteriza a las sociedades desarrolladas.[654]

Para Bourdieu, la interpretación del multiculturalismo como un determinado tipo de movimiento social ha de enfrentarse al reto de la reflexividad; una reflexividad característica de todo actor social.[655] Entendemos por movimiento social a todo aquel actor colectivo que despliega con cierta permanencia en el tiempo y en el espacio, una capacidad de movilización que se basa en la elaboración de una identidad propia.

En los contextos multiculturales, hay otras particularidades que hacen distintas y relevantes las necesidades de mediación comparadas con otros. En primer lugar estamos hablando de personas pertenecientes a grupos socio-culturales y étnicos distintos que comparten el mismo espacio social. Un colectivo mayoritario cuyos valores y códigos culturales son los dominantes y varios colectivos minoritarios que reclaman el derecho a la diferencia y a que la hegemonía cultural no acabe con sus particularidades.

---

[652] Ibidem

[653] Tellez, José A., "*Mentes en Relación",* en Malik Liévano, Beatriz, et al., (Coord), *Mediación Intercultural en Contexto Socio-Educativos*, Málaga, España, Editorial Aljibe, 2005, p. 35

[654] Escarbajal, Andrés, *Interculturalidad, Mediación y Trabajo Colaborativo,* Madrid, España, Narcea, S.A. de Ediciones, 2010, p. 54

[655] Dietz, Gunther, *Multiculturalimo, Interculturalidad y Diversidad en Educación*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 19

En el siguiente cuadro se puede apreciar la diferencia de la multiculturalidad e interculturalidad.

La diversidad:[656]

La Plano fáctico = lo que es	Multiculturalidad Diversidad cultural, lingüística, religiosa	Interculturalidad Relaciones interétnicas, interlingüisticas, interreligiosas
Plano normativo = lo que debería ser	Reconocimiento de la diferencia principio de igualdad 2. principio de diferencia	Convivencia en la diversidad principio de igualdad principio de diferencia 3. principio de interacción positiva

El autor Rodrigo Alsina analiza si "la historia nos ha mostrado que los contactos entre culturas han sido generalmente traumáticos, o motivo de confrontación, la interculturalidad por la que abogamos pretende que esos contactos sean considerados como espacios de negociación, cooperación y sencillamente humanización."[657]

Ante estos deseos ha surgido la mediación intercultural su aportación es invaluable a la hora de atender los conflictos originados entre grupos socio-culturales diversos, en contextos multiculturales es de gran ayuda para prevenir y resolver determinados problemas y lo mejor de todo llegar a puntos de acuerdos en común, satisfaciendo los intereses de ambas partes.

La mediación, al ser una metodología de resolver conflictos, ha estado asociada a situaciones de desavenencias; sin embargo, la mediación intercultural tiene unas fronteras más amplias, porque en la mayor parte de las ocasiones se persigue el establecimiento de comunicación

[656] Ibídem p. 16
[657] Escarbajal, Andrés, Op. cit., p. 54

entre individuos con legados culturales diferentes, ya sea desde una vertiente más formal o más informal.[658]

Por lo cual se entiende a la mediación intercultural como una modalidad de intervención de terceras partes en y sobre situaciones sociales de multiculturalidad significativa orientada hacia la consecución del reconocimiento del otro o el acercamiento de las partes, la comunicación o la compresión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la regulación de conflictos y la adecuación institucional entre actores sociales o institucionales etnoculturalmente diferentes.

De igual manera es concebida como un recurso al alcance de personas de culturas diversas, que actúa como puente, con el fin de facilitar las relaciones, fomentar la comunicación y promover la integración entre personas o grupos, pertenecientes a una o varias culturas. Dicho proceso es realzado por una persona, grupo o institución, de manera imparcial, a través de una metodología y funciones determinadas.

Este recurso profesionalizado que pretende contribuir a una mejor comunicación, relación e integración entre personas o grupos procedentes en un territorio y pertenecientes a una o varias culturas. La mediación intercultural puede ser un elemento fundamental en la integración de personas de otras culturas porque puede intervenir a niveles de toma de conciencia en la prevención y solución de conflictos y en la modificación de las actitudes de los diferentes agentes sociales.

Su labor de prevención crece en la medida en que facilita la comunicación entre personas y grupos culturalmente diferentes, en cuanto contribuye al acercamiento cultural y al incremento del conocimiento mutuo de los códigos culturales. Con ello limita la afloración de los conflictos que son debidos a un mal mediación entendidos por falta de conocimiento de los valores del otro, reduce el peso de estereotipos y prejuicios que constituyen una de las principales barreras para el acercamiento cultural y favorece actitudes de apertura, compromiso social y pacifismo en el abordaje de los conflictos. [659]

---

[658] RIDAO RODRIGO, Susana, Técnicas de mediación. Reflexiones sobre su aplicación en contextos interculturales, comunicativos interculturales, Aposta, Revista de Ciencias Sociales, nº 47, Octubre, Noviembre y Diciembre 2010, http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/sridao.pdf, p. 2

[659] *Retos en los Contextos Multiculturales. Competencia Intercultural y Resolución de Conflictos*, http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/epipse/mediacao_com_comunidades_ciganas.pdf,p.60

Es importante señalar que la Mediación Intercultural es un medio para compensar determinadas desigualdades, en el principio que siempre se ha pensado en un proyecto de país para alcanzar su desarrollo bajo la óptica de una sociedad nacional dejando a un lado a la sociedad indígena, ignorando sus aspectos básicos que conforman su identidad: como la estrecha relación con la naturaleza y su medio ambiente en el cual vivieron sus antepasados.

Por lo cual el objetivo de la mediación es lograr acuerdos entre la sociedad nacional y la indígena que a pesar de las diferencias puedan encontrar algún elemento en común, sin perder los puntos de vistas de cada sociedad y lograr una sana convivencia.

El mediador intercultural debe de ser una persona con una preparación extra que un mediador de otra materia, porque el tendrá que entender el lenguaje de las partes y comprender las diferentes identidades de los mediados. Debe dominar las dos lenguas y ser capaz de transmitir mensajes claros y compresibles para las dos partes, el acogido y el acogedor. Este profesional debe estar empapado de las dos culturas.

Para entender a las personas e identificar las metas, valores, aspiraciones e ideales; y las actividades centrales en la forma de vida de esas personas. Estos puntos son cruciales en las sociedades donde hay diversidad cultural. [660]

Es necesario en la mediación intercultural una persona que conozca los giros, las expresiones hechas, los lenguajes no verbales, los gestos corporales, pues muchos de ellos son culturales y facilitan mucha información sobre el estado, la actitud o la reacción de una persona en una situación dada.

Esta figura constituye un puente con un punto de partida y otro de llegada; el mediador conoce perfectamente los dos puntos, su labor es hacer el trayecto correcto y prudentemente para alcanzar el objetivo de la travesía: unir, acercar, diluir tensiones y conseguir que haya una comunicación real entre ambas partes.[661] Es un puente entre dos culturas, por lo cual el mediador intercultural debe tener ciertas características específicas como:

Ser consciente de sus propios valores, estereotipos, prejuicios.

Manejar un concepto amplio de cultura, teniendo en cuenta el amplio abanico de variable que la conforma (etnia, raza, género, clase social, medio rural/urbano, etc.).

---

[660] León, Olive, *"Relaciones Internacionales y Justicia Social: Una Fundamentación Pluralista,* en Castro-Lucie, Milka, (Edit), Los Desafíos de la Interculturalidad, Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2004, p. 65

[661] Laghrich, Salova, *"Reflexiones sobre la Mediación Intercultural",* Revista Electrónica de Estudios Filológicos, España, número VIII, diciembre 2004, http://www.um.es/tonosdigital/znum8/estudios/11-salou.htm

Poseer conocimientos teóricos-prácticos sobre los grupos con los que trabaja, pero partiendo de las propias personas, sin generalizar ni etiquetarlas.

Comprender las partes entre las que media, sin tomar partido por ninguna de ellas.

Conocimiento del contexto y de los recursos disponibles, y capacidad para sugerir los recursos adecuados a cada caso.[662]

Aunque también tiene límites su actuación del mediador Intercultural en los casos que citamos:

"• En casos donde hay un hecho delictivo, se debe recurrir a la Ley.

• Cuando una de las partes no acepta al mediador/a, es inútil iniciar el proceso porque será una pérdida del tiempo.

• Cuando el/la mediador/a se enfrenta a una injusticia manifestada que le lleva a inclinarse a una de las partes y perder su imparcialidad.

• En casos de resolución de conflicto cuando una de las partes no puede asistir al proceso."[663]

Las tensiones y los conflictos interculturales cada vez más crecientes en el mundo actual constituyen el signo más preocupante de los tiempos. La protesta indígena organizada contra la secular postergación de los pueblos originarios está polarizando cada vez más a la sociedad, confrontándose con el Estado y, como consecuencia de ello, los espacios de concertación política y deliberación intercultural se están reduciendo cada vez más, lo que podría tornar fácilmente inviable la convivencia democrática y la inclusión social.[664] Por ello se recalca la importancia de prever y fundamentar la mediación intercultural.

Por su parte, el especialista en mediación Carlos Giménez, encuentra cuatro puntos muy útiles de este método aplicables al caso concreto. "Primero, promueve soluciones rápidas, por lo que es muy práctico para el trabajo habitual del mediador intercultural. Segundo, tiene una potencialidad terapéutica, puesto que conseguir un acuerdo conlleva la mejora de la relación o, al menos, el establecimiento del contacto. Tercero, esta técnica contiene aspectos interesantes que pueden ser aplicados en sí mismos o como complemento de otras metodologías. Por ejemplo, el axioma de separar a las personas del problema en la mediación intercultural es

---

[662] Malik Liévano, Beatriz, et al., *"Mediación Intercultural: Bases Conceptuales e Introducción"*, en *Mediación Intercultural en Contexto Socio-Educativos*, Málaga, España, Editorial Aljibe, 2005, p. 23

[663] Retos En Los Contextos Multiculturales, Op. Cit., pp. 62 Y 63, http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/epipse/mediacao_com_comunidades_ciganas.pdf

[664] Tubino, Fidel, *"La Impostergable Alteralidad: Del Conflicto a la Convivencia Intercultural",* en Castro-Lucie, Milka, (Edit), Los Desafíos de la Interculturalidad, Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2004, p. 83

muy útil para evitar la culpabilizarían y la estigmatización étnica o cultural. O incluso las ventajas de centrarse en los intereses, pues en la mayoría de las mediaciones interculturales no estamos ante incompatibilidades de valores o prácticas culturales, sino ante motivaciones, deseos y necesidades dispares, por lo que hay que investigar en las opciones donde haya un beneficio mutuo. Y cuarto, el mediador debe trabajar sobre criterios objetivos, más en concreto el mediador intercultural no se limita al respeto de las diferencias, sino que se ocupa de resaltar los terrenos comunes.[665]

En conclusión, la mediación intercultural sería el medio idóneo para resolver aquellos conflictos originados entre las comunidades indígenas o algún miembro de ellas y cualquier institución, dependencias o persona que no pertenezca a ese contexto socio-cultural. El acuerdo alcanzado por este método estaría investido de todo reconocimiento de las partes, es voluntario y consensado, pero además en el entendido de que sus decisiones no se tomaron en situación de desventaja para alguna de ellas, porque el mediador intercultural conoce perfectamente las creencias, ideologías, lenguaje y necesidades de ambas identidades. Por ello la práctica de la mediación intercultural como justicia alternativa es un derecho humano al acceso de la justicia equitativa y además fomenta la Cultura de Paz.

RELEXIONES FINALES:

1. En el reconocimiento y tolerancia del otro se encuentra el éxito para vivir en un mundo armonioso y pacífico.
2. La Cultura de Paz debe ser instituida como política pública de los Estados, la educación su mejor aliada.
3. La reforma del 2008 en materia constitucional en su artículo 17, consagra el principio de derecho humano de acceso a la justicia e introduce en su párrafo cuarto los medios alternativos de solución de controversias como justicia alternativa.
4. La mediación es un recurso que permite que dos o más personas que tienen un problema en común, soliciten el apoyo de un tercero que facilita la comunicación entre ellos, para que de manera pacífica y equitativa, lleguen a acuerdos satisfactorios para ambas partes.

[665] Ridao, Susana, Op. cit, http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/sridao.pdf, p. 5

5. Para la resolución de conflictos entre grupos socio-culturales diversos en necesaria la mediación intercultural, con este método de logra condiciones de igualdad para llegar a acuerdos satisfactorios para ambas partes.
6. El mediador intercultural debe de ser una persona con una preparación extra que un mediador de otra materia, porque el tendrá que entender primeramente el lenguaje de las partes y posteriormente comprender las diferentes identidades de los mediados en el conflicto.

REFERENCIAS:

ACOSTA LEÓN, Amelia, *Conflicto, medios alternos de solución y pensamiento complejo en México,* México, UJAT, 2010

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *Derechos del pueblo mexicano*, México, Porrúa, Tomo II, 2012

CARAM, María Elena, et al., *Mediación, diseño de una práctica*, Buenos Aires, Argentina, editorial Astrea, 4a edición, 2013

DIETZ, Gunther, *Multiculturalimo, interculturalidad y diversidad en educación*, México, Fondo de cultura económica, 2012

ESCARBAJAL, Andrés, *Interculturalidad, mediación y trabajo colaborativo,* Madrid, España, Narcea, S.A. de ediciones, 2010

GREBE VICUÑA, María Ester, *"Culturas indígenas de Chile",* Quinta edición, Santiago de Chile, Editorial Pehuén, 2010

KELSEN, Hans, *"La paz por medio del derecho",* Buenos Aires, Argentina, Segunda Edición 2008, Editorial Trotta

KANT, Immanuel, "*Por la paz perpetua",* España, Ediciones Brontes S.L, 2011

LEÓN, Olive, *"Relaciones internacionales y justicia social: una fundamentación pluralista,* en CASTRO-LUCIE, Milka, (edit), Los desafíos de la interculturalidad, Santiago de Chile, LOM ediciones, 2004

MALIK LIÉVANO, Beatriz, et al., *"Mediación intercultural: Bases conceptuales e introducción"*, en *Mediación intercultural en contexto socio-educativos,* Málaga, España, editorial Aljibe, 2005

PACHECO PULIDO, Guillermo, *Mediación, cultura de la paz*, México, editorial Porrúa, 2004

PARKER, Philip, "*Historia universal",* en español, México, Santillana, 2011

PUNTES, Salvador, *La mediación comunitaria. Ciudadanos, derechos y conflictos,* Bogotá, Colombia, Kimpres Ltda., 2004

TELLEZ, José A., "*Mentes en relación",* en MALIK LIÉVANO, Beatriz, et al., (Coord), *Mediación intercultural en contexto socio-educativos,* Málaga, España, editorial Aljibe, 2005

TUBINO, Fidel, *"La impostergable alteralidad: del conflicto a la convivencia intercultural",* en CASTRO-LUCIE, Milka, (edit), Los desafíos de la interculturalidad, Santiago de Chile, LOM ediciones, 2004

VELASCO, Suárez, Manuel, et al., *"Una educación para la paz",* México, Trillas, reedición, 2007

WEBGRAFIA

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, reformado DOF 18-06-2008, 29-07-2010, http://www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/htm/1.htm

CASTELLANOS, Álvaro, *El acceso a la justicia*, http://www.plazapublica.com.gt/content/acceso-la-justicia, 2011

CJA, The Center for Justice and Accountability, *Caso de Genocidio en Guatemala,* http://www.cja.org/section.php?id=369

DIALNET, http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3167032

DÍAZ, Luis Miguel, ¿Artículo 17 como opción al orden jurídico?, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, vol. 9, enero 2009, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1870-46542009000100023

Diccionario de la Lengua Española, 23.ª edición (2014), http://www.rae.es/

FIDH, Federación internacional de derechos humanos, *Genocidio en Guatemala: Ríos Montt, culpable*,https://www.fidh.org/img/pdf/informe_guatemala613esp2013.pdf

LAGHRICH, Salova, *"Reflexiones sobre la mediación intercultural",* Revista electrónica de estudios filológicos, España, número VIII, diciembre 2004, http://www.um.es/tonosdigital/znum8/estudios/11-salou.htm

PNUD, respuesta a la crisis de siria, http://www.undp.org/content/undp/es/home/ourwork/our-projects-and-initiatives/responding_to_crisis_syria.html

Retos en los Contextos Multiculturales. Competencia intercultural y resolución de conflictos, http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/epipse/mediacao_com_comunidadesiganas.pdf

RIDAO RODRIGO, Susana, Técnicas de mediación. Reflexiones sobre su aplicación en contextos interculturales, comunicativos interculturales, Aposta, Revista de Ciencias Sociales, nº 47, Octubre, Noviembre y Diciembre 2010, http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/sridao.pdf

UNESCO, *Diálogo Intercultural* http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/dialogue/intercultural-dialogue/

UNESCO, Derechos Humanos y Cultura de Paz, http://www.unesco.org/new/es/quito/education/human-rights-and-culture-of-peace/

UNESCO, Informe del Director General sobre el Derecho Humano a la Paz, Conferencia General, 29ª Reunión, París 1997, http://Unesdoc.Unesco.Org/Images/0011/001100/110027s.Pdf .

CAPÍTULO VII. LA MEDIACIÓN FAMILIAR UN MEDIO PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Carmen Zareth Castillo Negrin[666]

SUMARIO

Introducción. I. Características del conflicto. II. Conflictos familiares. III. Conflictos y mediación. Conclusión

RESUMEN:

El conflicto, es un evidente paradigma de la vida cotidiana, esto ha preocupado de forma evidente a los seres humanos. Se visualiza al conflicto como una situación catastrófica, que entorpece la convivencia social, exacerba los estados emocionales e interfiere con el crecimiento y desarrollo personal a una vida digna. Por tal motivo, surge la mediación familiar como un medio cuyo propósito es favorecer la interacción humana, prevenir los conflictos irreversibles y generar la oportunidad de un progreso en la comunicación entre las partes. Esta ponencia, pretende crear un acercamiento al conflicto en tres momentos: Primero desde las características generales como parte del contexto actual del conflicto; segundo desde el enfoque sobre los conflictos familiares y por último se analizará la influencia de la mediación en los conflictos.

PALABRAS CLAVE: Mediación, familias, conflictos.

ABSTRACT:

The conflict is a clear paradigm of everyday life, this has evidently worried humans. It displayed conflict as a catastrophic situation, which hinders social harmony, exacerbates emotional states and interfere with personal growth and development to a decent life. For this reason, the family mediation emerges as a medium whose purpose is to promote human interaction, prevent conflicts and generate irreversible chance to progress in communication between all parts. This article aims to create an approach to the conflict in three stages: first from the general characteristics as part of the current context of the conflict; second from the focus on family conflicts and finally the influence of mediation in conflicts will be discussed.

KEYWORDS: Mediation, families, conflicts.

INTRODUCCIÓN

Es evidente que a lo largo de la historia los conflictos han estado presentes en las generaciones, planteadas por distintas causales o hechos que han surgido desde lo inmerso del ser humano desde décadas anteriores. Tal es la garantía de los conflictos, que algunos tienen evidencias tangibles en el marco de la historia, un ejemplo vivaz de ello es la guerra fría que genero un gran desolación en los corazones de los hombres de Europa, *destruyendo una generación de jóvenes y plantando la semilla de conflictos posteriores*[667], como lo fue la segunda guerra mundial, que se vio derivada por la avaricia desenfrenada de poseer poder no solo económico, sino un poder de conquista por encima del dolor humano, visto como un conflicto convertido en la guerra más teñida de sangre en toda la historia de la humanidad.

---

[666] Maestra en Terapia Familiar, Doctorante del posgrado de Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos, PNPC de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, UJAT con beca CONACYT.

[667] Crofton, Ian, *50 cosas que hay que saber sobre Historia del Mundo*, trad. de Francisco G. Lorenzana, México, Ariel, 2014, p. 148.

Sin embargo, hemos de referirnos al conflicto que se desenvuelve entre dos personas, pero que pudieran estar involucradas más de dos en circunstancias críticas en la interrelación de parejas, cuyos intereses, pasiones y aspiraciones sean antagónicos, es decir opuestos a sus necesidades básicas, ya sea de modo recurrente, ocasional, consistente o permanente[668].

Por ello, no podemos dejar de referirnos a la familia misma como el elemento básico de la sociedad, las cuales han experimentado grandes cambios morfológicos a través del tiempo. Por tanto, en la actualidad no solo se debe ver a la familia desde una perspectiva tradicional sino más bien como hogares unipersonales, como una familia nuclear con padres e hijos.

Donde surgirán en muchas ocasiones los conflictos familiares, que lleven a derivar un alto índice de problemáticas vinculadas con la agresión, la violencia, la desigualdad, el autoritarismo, que afectara paulatinamente en la pérdida del respeto, la dignidad y la salud entre los miembros de la familia.

El enfrentamiento de intereses opuestos entre los pilares de la familia, será producto muchas veces en la confrontación verbal de la pareja conyugal que en primer instancia tendrá una disyuntiva actitudes o acciones disfuncionales, así como muchas otras en una violencia física o psicológica, teniendo como resultado emociones fracturadas que causen daño a las partes involucradas, así como a los terceros que están como espectadores ante el conflicto sustancial.

Si bien, hemos resaltado al conflicto como un hecho caótico, es trascendental resaltar que en la actualidad se propone ver al conflicto como una visión totalmente positiva, es decir, verlo como una diversidad que no excluye ninguna particularidad, siendo está una vía complementaria y un medio de enriquecimiento para las partes.

De acuerdo a las necesidades y los derechos correspondientes de disfrutar una vivienda digna como familia, las leyes han implementado los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en donde la mediación familiar es un complemento de los métodos tradicionales.

La mediación familiar es pues un medio para la gestión de conflictos en las diferentes problemáticas como son los casos de divorcio, puesto que su funcionalidad es mediar el conflicto y generar la comunicación respetuosa entre las partes para que lleguen a acuerdos voluntarios y equitativos.

[668] Martínez de Murguía, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, México, Paidós, 1999, p. 17.

Por ello, en este artículo, revisaremos en primer momento las características del conflicto desde un panorama general, que abrirá camino al entendimiento de los conflictos y mediación, como una forma de entrelazar complementariamente las relaciones interpersonales, así como las funciones del mediador dinámicamente a través de un marco para la solución del conflicto y por último, se abordarán los conflictos familiares como un antecedente de los elementos causantes de las disyuntivas de pareja que llevan al divorcio, pero no a la solución de los conflictos tangibles.

I. CARACTERÍSTICAS DEL CONFLICTO

Si quisiéramos referirnos a una definición o conceptualización especifica del termino conflicto, estaremos inmersos en un proceso controversial, puesto que no hay una forma estereotípica que la determine, por ello, se buscará partir de características que nos ayuden al entendimiento mismo del conflicto.

La palabra *conflicto* se entenderá en primera instancia como un *combate, lucha, pelea, como una situación desagradable y difícil*[669], es decir puede percibirse como un enfrentamiento de una problemática en específico o una variedad de dificultades, que se cuestiona o donde se discuten los hechos. Está se apelará al conflicto desde una postura de enfrentamiento, confrontación e incluso violencia verbal, física; es decir desde un conflicto totalmente disfuncional.

Por tanto, en este apartado, analizaremos las fuentes del conflicto como una vía de elementos necesarios en la génesis del problema y la gestión del conflicto desde la mediación como medio para la solución pacífica de una controversia.

Por ello, hemos de referirnos a la postura de *J. Redorta*[670] quien considera que conceptualizar con precisión el conflicto es una difícil y una compleja tarea. El cual, considera que el conflicto es un concepto *multidimensional*, entendiéndose como una dimensión amplia de un problema, en él se viven rasgos emocionales desbordados causantes de efectos negativos a quienes se ven envueltos en las circunstancias de la vida diaria[671]. Es decir, la interacción ante los hechos nos dota de experiencias no gratas en las que puede presentarse el conflicto y cause

---

669 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., España, 2001, *http://lema.rae.es/drae/?val=Conflicto*

670 Josep Redorta, es abogado y Doctor en Psicología Social. Es mediador reconocido por el Centro de Mediación Familiar de la Generalitat de Catalunya y árbitro del Tribunal Laboral de Catalunya seleccionado entre juristas de reconocido prestigio.

671 Redorta, Josep, *Aprender a resolver conflictos*, España, Paidós, 2007, p. 14.

dificultades para la comprensión del conflicto mismo, pues está se encuentra llena de subjetividad.

Por tanto, se puede describir a los conflictos como situaciones en las que dos o más personas entran en una discrepancia, debido a que sus intereses, necesidades o enfoques, son opuestos o incompatibles, ya que las emociones de ambas partes se encuentran entrelazadas y mezcladas de una diversidad de emociones. Por ello, podemos entender como las partes involucradas no pueden eludir los conflictos y mucho menos encontrar alternativas para llegar a un acuerdo o arreglo del mismo. Esto debido a que el ser humano es parte de una interacción social recurrente e inevitable.

Asimismo podemos referir que el ser humano vive día a día circunstancias que susciten un conflicto, es hablar sobre lo inevitable, lo ineludible, la certeza de saberse parte de un sistema interactivo hará que por ende se generen reacciones con cargas emocionales negativas, cogniciones impulsivas y motivaciones contradictorias a las deseadas, pues no se tiene un aprendizaje de reconocer y compartir lo que se vive interiormente, el silencio y la falta de mesura en comunicarse, serán algunas formas que ocasionen el conflicto.

Para Lederach, hay tres elementos[672] esenciales causantes de los diversos conflictos, el primero elemento, lo conforman las *personas*, desde un disputa interpersonal o social, involucrados desde un plano implícito e incluso indirectamente, cuyas partes están dotados de valores, necesidades, emociones y perspectivas distintas del conflicto, que como resultado serán expuestos desde su posición o exigencias casi inmovible como verdad de los hechos. El segundo elemento se encuentra la comunicación que se fractura, haciendo daño vital a las partes en el *proceso* del conflicto, en cuanto más intenso sea, peor será la comunicación, lo cual llevará a las partes involucradas a escucharse menos, creando una barrera entre ellas y perseverando más en su propia postura. Estos elementos lograrán mezclar el problema concreto, en un sin fin de circunstancias, ya sea buscando culpables, buscando a terceros para crear criticas destructivas y posiciones extremistas, que darán por hecho la desigualdad entre las partes. Por último todo se concentrará en la dinámica y estructura de los hechos en el tercer elemento, como el *problema* que se distinguirá en el o los conflictos genuinos que son los dificultades esenciales de incompatibilidad entre las partes y las contrariedades dotadas de una

[672] Lederach, Juan Pablo, *Elementos para la resolución de Conflictos*, Uruguay, Colección Educativa, 1990, p. 139-143.

mala comunicación, en una transmisión de información errónea, creando estereotipos y la confusión mal entendimiento del proceso.

El conflicto por lo tanto, será visto como parte de la naturaleza, que se da por añadidura en las relaciones interpersonales, familiares, sociales, laborales, educativas y en toda interacción humana. Está se transforma radicalmente en constructos mentales y emocionales sin un orden preciso que lleve a la construcción de los hechos desde las partes involucradas.

Si vemos un problema desde su génesis existirá una sincronía de enfrentamientos, donde encontraremos oposiciones de valores, intereses, acciones o trayectorias con rumbos opuestos. Por otro lado, en sus inicios las razones particulares serán completamente distintas, ya que en sus avances la pérdida del objetivo principal del conflicto, es muy común en toda interacción.

Si bien, cuando se hace referencia a una disyuntiva, es decir a una problemática, normalmente pareciera que nos estamos refiriendo a una perspectiva negativa o un desacuerdo, con las mínimas probabilidades de solución del mismo. Sin embargo, en los últimos tiempos, se abre la posibilidad de ver el conflicto desde un nuevo paradigma, inclusive con este nuevo panorama donde se tiene la posibilidad de tener una mayor apertura entre las partes para la solución de la controversia, por tanto, se habla de un conflicto positivo, vinculado al impulso del progreso y enriquecimiento particular.

Aunque, no obstante, se cree que el conflicto no tiene ninguna tendencia, ni positiva, ni negativa, sin embargo, se considera que dependerán de las formas como se afronten o se regulen, por parte de los involucrados. Así mismo puede ser vista como destructiva al agudizar los problemas, fragmentar las emociones y dañar a las partes.

En síntesis, se puede entender el conflicto como un proceso en el que dos o más individuos perciben una misma situación desde dos posturas totalmente opuestas, las cuales se vuelven incompatibles, siendo la comunicación clave esencial para la resolución del mismo y la lucha de poder está vigente en el proceso de solución del mismo problema.

Fuentes del conflicto

A continuación se reflexionara sobre los hechos que pueden describir las fuentes del conflicto en un constructo general de conocimiento, desde diferentes perspectivas de autores que contribuyen en el desarrollo del entendimiento del conflicto. Si bien es difícil precisar el momento puntual en el que se inicia un conflicto, en este apartado se mencionarán algunos elementos subyacentes, causales que conforman los inicios de un conflicto.

Remo Entelman es uno de los autores que hacen referencia a una teoría del conflicto, el cual menciona la importancia de la necesaria presencia del conflicto, para explicar, predecir y tratar algunos elementos del comportamiento humano, desde una cosmovisión en su diversidad y particularidad. Pero no por ello se habla de un conflicto específico, sino más bien uno generalizado, que involucran conocimientos de un conjunto de características comunes[673].

De igual modo, veremos cómo otros teóricos proponen desde su panorama de estudio, algunas fuentes del conflicto, ejemplo de ello, se encuentra Sigmund Freud padre del psicoanálisis, quien considera que el conflicto estará presente entre el deseo y la prohibición, para Darwin estará centrado en medio de la adaptación entre el sujeto y el medio, para Marx el conflicto será desde la lucha de las clases sociales y para Jean Piaget estará centrado en la toma de decisiones experienciales, enfocado en el aprendizaje[674]. Si bien, no son las únicas referencias teóricas, son propuestas para aproximarse al entendimiento del origen del conflicto como un todo y no como una sola parte de las circunstancias.

Es posible entonces ver que el conflicto se origina en la naturaleza de las sociedades, como una disfuncionalidad de los sistemas sociales, generando una comunicación pobre, latente en todos los grupos sociales, casi siempre por el afán de soberanía, la superioridad, la prepotencia y el reconocimiento del poder. Pero veremos que también puede darse desde un ámbito más particular, por problemas de identidad, tensiones, malos entendidos, la falta de responsabilidad, entre otros factores[675]. Todo este conjunto de relaciones puede enmarcar una oportunidad propicia para resolver la crisis, si lo que se busca es una solución pacífica, por el contrario si la crisis del conflicto se alarga sin llegar a una solución, esta se encontrará en dificultades para una solución satisfactoria.

Se puede encontrar una dualidad al tratar de entender los distintos tipos de relaciones que se generan entre las partes envueltas en un conflicto, puede existir una cercana o lejana relación entre ellos, puede ser evidente la confianza o desconfianza según el grado de la crisis, puede generarse hostilidad dentro de las amistades cercanas, puede eludirse la responsabilidad del problema o enfrentarse de manera pasiva o paradigmática y por lo tanto, tener un prejuicio de

---

673 Entelman, Remo, *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 24 y 43.

674 Redorta, Josep, *Como analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, España, Paidós Ibérica, 2007, p. 35.

675 Pérez Serrano, Gloria y Pérez Guzmán, Ma. Victoria, *Aprender a convivir. El conflicto como oportunidad de crecimiento*, México, Narcea, 2011, p. 15.

los hechos ante lo desconocido[676]. Por ello, la comunicación es la parte fundamental en toda interacción humana, pues la forma de relacionarse entre las partes de un conflicto será idónea si comparten caracteres similares que faciliten la comunicación de modo que se puedan entender. Aunque si el conflicto se genera entre partes desiguales, las probabilidades de comprensión serán nulas o difícilmente llegarán a entenderse. Llevando a las partes a competir para lograr sus cometidos, evitando el diálogo oportuno, actuar con desinterés para comprometerse en la solución del problema y una derogada construcción de reciprocidad.

Hemos hecho mención que el conflicto, no tiene posición alguna, esto no quiere decir que no exista o no esté presente, sino más bien coexiste, es parte de las circunstancias, es su naturaleza prevalecer ante los hechos, es hasta necesaria para crear un vínculo de crecimiento y mejora en las decisiones, ya que no precisamente están dirigidas a *una ruptura catastrófica de las relación entre las partes*[677].

Por tanto, el conflicto es parte inherente al desarrollo de la vida humana, la cual puede encontrarse desde dos representaciones que se contraponen evidentemente, la primera de ellas representada con sentimientos de hostilidad, antipatía e incluso odio, manifestada con violencia, guerra, dominación, sufrimiento, decadencia, hasta el hecho mismo de ver la disfuncionalidad del conflicto. Y como segunda representación aquellas que se muestran como la oportunidad de avanzar positivamente creando un crecimiento mutuo entre las partes. Estas representaciones serán expresadas por Eduard Vinyamata como *significaciones*[678] que no se encuentran de manera específica definidas como verdades absolutas. Sin embargo, el método con el que se aborde dicho conflicto será el que determine el resultado efectivo o dañino en las variables de la negociación entre las partes involucradas.

Por ello, en medidas adecuadas, el conflicto puede ser un estímulo positivo en una solución creativa del mismo. A través de la mediación la perspectiva del conflicto cambiará de un proceso degenerado a un proceso justo, equitativo y equilibrado. Inclusive, el rol del mediador como tercero brindará el apoyo a las partes para abordar dichos conflictos constructivamente.

---

[676] Diego Vallejo, Raúl de y Guillen Gestoso, Carlos, *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas,* 3ª ed., España, Pirámide, 2010, p. 46.
[677] Martínez de Murguía, Beatriz, *op. cit.*, 21.
[678] Vinyamata, Eduard, *Conflictología, curso de resolución de conflictos,* España, Ariel, 4ª ed., 2011, p. 24 y 25.

Así bien, el conflicto desde la mediación se verá desde dos aspectos importantes; el primer como *un conflicto positivo*[679] el cual se proyecta como un generador que da pauta a resolver el conflicto de manera autorreguladora, logrando una homeostasis positiva, es decir una oportunidad para el crecimiento y el enriquecimiento personal, que facilitará el desarrollo, el discernimiento, la sensatez, el juicio, el cambio en la relación, promoverá la unión y la solidaridad. Un segundo aspecto será el *conflicto negativo*[680], el cual detiene el proceso de comunicación, extendiendo la problemática en gastos superfluos de energía, surgen mensajes negativos en las disyuntivas e incrementa el deterioro emocional de las partes involucradas en el conflicto, provocando una solución sin salida.

Al referirnos a los conflictos que se generan entre las partes, debe considerarse esencialmente las necesidades básicas del individuo, pues al no sustentar lo que requiere las molestias, los desacuerdos, el enojo, la frustración se extiende paulatinamente hasta llegar al punto de no encontrar una solución idónea. Por tanto, para comprender mejor la perspectiva de las necesidades básicas[681] se utilizará el enfoque de la pirámide de Abraham Maslow[682], donde la mayoría de los seres humanos personifican un esfuerzo por satisfacerlas, las cuales se representan en un orden jerárquico. En primer lugar de forma descendente encontraremos las necesidades de orden fisiológicas siendo aquellas que se refieren a la alimentación, agua o aire para vivir pacíficamente y dignamente; en segundo se encuentra la seguridad, que se refieren al abrigo, a la protección y al cuidado; continuando con las necesidades de pertenencia, la cual es generadora de todo vínculo afectivo desde sentimientos, emociones, denominado amor; la estima, hace referencia a la autoestima y la estima hacia los demás; y por último la autorrealización que manifiesta la necesidad de convertirse en todo lo que uno es capaz de hacer, la satisfacción de logros y reconocimientos como un proceso continuo. En síntesis, la carencia de alguno de estos elementos o la falta de satisfacción adecuada puede generar decepción, frustración, inquietud, malestar, angustia, temor o inclusive indignación.

---

679 Peña González, Oscar, *Mediación y conciliación extrajudicial. Medios alternos de solución de conflictos. Teoría y práctica*, México, Flores, 2010, p. 14.
680 *Ibidem* p. 15.
681 Coon, Denis, *Psicología, exploración y aplicaciones*, 8ª ed., trad. de Jorge Alberti Velázquez Arellano, México, International Thomson, 1999, p. 538 y 539.
682 Abraham Maslow, psicólogo estadounidense conocido como uno de los fundadores y principales exponentes de la psicología humanista, una corriente psicológica que postula la existencia de una tendencia humana básica hacia la salud mental.

Por otra parte, algunos autores consideran los siguientes elementos básicos o fuentes potenciales[683] de un conflicto, no como una sola perspectiva limitativa, sino más bien como un bosquejo de los causantes relativos[684] anteriores a un conflicto. Como primer elemento tenemos la comprensión de la información, es decir la percepción de lo comunicado, que tiende a ser interpretada con puntos de vista distinta al mensaje original; un segundo elemento serán las dificultades en la relación en las cuales emergen emociones negativas repetitivas por una comunicación ineficiente; los valores serán puestos como critica de los dogmas de vida, desde las ideológicas, religiosas o de estilos de vida diferentes; otro elemento será aquel que coacciona la capacidad de igualdad y equidad, con comportamientos destructivos que restringen la cooperación, convirtiéndose en el abuso de poder; por último, los intereses desde posiciones opuestas sin importar el medio para alcanzar el objetivo deseado.

Finalmente, se puede resaltar que no hay con exactitud una fuente específica de los conflictos, pero si hay características comunes que surgen cuando se rompen las expectativas previstas por los sujetos. Ya sean por malos entendidos, por una comunicación deficiente, por negligencia, por miedo, por agresiones intencionales y por la incompatibilidad de intereses.

II. CONFLICTOS FAMILIARES

La familia, *es considerada como un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*[685], teniendo fines, metas y estructuras emocionales muy similares. Así como pueden encontrarse posiciones positivas, se encuentran aquellas en cuyo caso pueden ser reconocidas como negativas o destructivas dentro del plano familiar.

En México, las familias son consideradas como un conjunto de personas que pueden ser o no familiares, ya sea que compartan una vivienda y tengan un gasto en común o que una persona viva sola, la cual viven en un hogar[686]. Donde de cada 100 hogares familiares se encontrarán que un 69% serán hogares nucleares, un 24% serán hogares ampliados y un 1% serán hogares compuestos. Ahora bien también se describe el hogar no familiar el cual el 9% serán los hogares unipersonales y el 1% los hogares correspondiente.

---

[683] Redorta, Josep, *op. cit., p. 36.*

[684] Peña González, Oscar, *op. cit.*, p. 19.

[685] Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 23ª ed., Madrid:Espasa, 2014, *http://dle.rae.es/?w=familia&o=h*

[686] Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/hogares.aspx?tema=P*

Por lo anterior, se observa como la evolución de los tiempos ha afectado considerablemente a las familias, desde sus valores, creencias, organizaciones que produce en ellas conflictos en gran o menor escala, esto debido a su contexto de vida diaria.

Por ello, no se puede hablar de una sola perspectiva de los conflictos dentro de los sistemas familiares, ya que estos tienen su génesis desde distintas perspectivas de la vida cotidiana y sus generalidades de pensamiento. Ya que el ser humano *no nace de la nada, sino dentro de una familia*[687], de forma natural se envuelve en las condiciones sociales, emocionales, culturales y circunstanciales de la vida diaria, llevándolo a generar conflictos entre los miembros de una familia.

Si bien, hemos de entender los conflictos familiares como un sin fin de circunstancias en las que más de dos personas quienes integran el sistema familiar, comprenderán los hechos de una problemática de distinta manera, que a su vez los llevará inevitablemente aun desacuerdo parcial o total, que involucran en gran escala sus intereses, valores, necesidades y deseos, los cuales tienden a ser heterogéneos. Por tanto, las consecuencias de los conflictos familiares se derivan de una pobre comunicación entre los miembros del sistema, llevándolos a tener una percepción errónea de la información dentro de su dialogo cotidiano.

Por otra parte, *el lenguaje es una de las principales herramientas de comunicación*[688], la cual se encuentra ligada de manera concreta a las relaciones con el otro, es decir con todos aquellos que forman parte del sistema familiar. Si esta relación se concreta como confiable o positiva, entonces estarán presentes valores como el entendimiento, el respeto y la colaboración entre ellos. Pero si fuese el caso contrario, siendo está una relación negativa o deteriorada, los miembros de este sistema basarán su relación en la desconfianza, así como la indiferencia, siendo muy complejo para ellos el poder resolver sus conflictos.

Es importante señalar que las problemáticas de los sistemas familiares pueden derivarse de diferentes hechos, circunstancias, situaciones o acontecimientos que viven en el día a día. Estos surgen entonces desde la convivencia cotidiana, desde lo más simple a lo más complejo, interacción que se da a través de aptitudes opuestas a las esperadas o contenidos gramaticales ofensivos entre los individuos.

---

[687] Vargas, Jesús y Ibáñez, Joselina, *Solucionando los problemas de pareja y familia. Fundamentos teóricos y alternativas de solución a los conflictos desde la perspectiva del vínculo*, México, Pax México, 2006, p. 5.

[688] Parkinson, Lisa, *Mediación familiar, Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, trad. de Ana María Sánchez Durán, España, Gedisa, 2005, p. 115.

La dinámica de las familias se ha vuelto más compleja y difícil entre sus integrantes, pues los conflictos desgastan sus relaciones interpersonales, opacan la convivencia con el otro, doblegan los límites del respeto, las emociones se tornan toxicas al presentar agresiones, desvalorizaciones, confusiones, malos entendidos, crear suposiciones e insultos[689]. Todo esto con la finalidad de satisfacer las necesidades individuales o en su mejor caso, ser el ganador de las diversas disputas.

Los miembros quienes integran un sistema familiar, observan y experimentan su propia perspectiva del conflicto. Esto hará entonces brotar un sinfín de nuevos factores que fracturarán aún más la relación familiar.

La competitividad, es uno de esos factores de conflicto que surgirá entre los miembros de un sistema familiar, donde puede existir una notable rivalidad o competencia de gran intensidad para conseguir un fin. La falta de credibilidad entre las partes hará surgir la desconfianza, lo que motivará a la inseguridad y al miedo, trascender, fundamentado en dos posiciones probables; la primera en hechos ocurridos con argumentos sustentados y en la segunda, hechos que no tienen fundamento alguno.

Los intereses de los miembros de la familia surgirán en base a sus necesidades primarias o secundarias, los cuales pueden ser por la motivación de otro miembro del sistema en su formación humana o por una perspectiva totalmente individualista, centrado en su beneficio personal, económico o profesional. Siendo este, otro factor de conflicto que dará origen a marcadas diferencias entre los integrantes de una familia.

En el esfuerzo de sugerir o recurrir a alternativas de solución de los conflictos familiares, los miembros de un sistema propondrán disyuntivas en una sola dirección, es decir no siendo una comunicación circular o complementaria, sino completamente unidireccional, cimentada en probables prejuicios morales y realidades vividas de un ámbito personal.

De lo anterior surgen afectaciones claras y contundentes como lo es el Divorcio un problema que va en incremento día a día, como lo arrojan los datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía[690] donde se ha analizado que el número de divorcios en México. En el 2010 hubieron 86 mil 042, en 2011 fueron 91 mil 285 y en el 2012 se registraron 99 mil 509

---

[689] Ripol-Millet, Aleix, *Estrategias de mediación en asuntos familiares*, Madrid, Reús, 2011, Mediación y resolución de conflictos, p. 19.

[690] Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/myd.aspx?tema=P*

divorcios. Desde 1980 por cada 100 matrimonios había 4 divorcios; en 1990 y 2000 esta cifra se elevó a poco más de 7 divorcios, para 2005 el número de divorcios por cada 100 matrimonios fue de casi 12 y al 2012 fue de 17 divorcios por cada 100 matrimonios.

Estos datos son evidencia tangible de la situación actual de los matrimonios que deciden a partir de sus conflictos, la terminación de la disolución matrimonial, pero no la solución a sus problemas. Por ello, es necesaria la comprensión de los conflictos durante ese intervalo en el cual se generan factores como la envidia, la culpa, la desconfianza, la inseguridad, el abuso de poder y la comunicación destruida por la percepción de las posiciones radicales que acaban con la armonía familiar.

Panorama de los conflictos

En virtud de lo anterior, en esta sección se pretende reflexionar de manera general sobre la perspectiva del poder en el conflicto como predominio en las relaciones humanas desde sus actitudes, conductas y contradicción, que se tienen un nivel latente.

Los conflictos tendrán su origen dentro de las relaciones interpersonales, pueden ver la situación del contexto del problema de una forma muy distinta, a la cual se le da un valor que vincula al conflicto a dicha situación. Así mismo, si una de las partes no puede satisfacer sus necesidades básicas, está no alcanzará los medios de seguridad y protección ante el conflicto, sintiéndose amenazada por la otra parte[691].

Para algunos autores los motivos del conflicto coinciden con que tienen una tendencia universal, partiendo generalmente por los conflictos en los bienes (dinero, propiedad, juego e incluso el poder) por principios (creencias religiosas, ideología política, reputación, valores morales) los conflictos de orden internacional y las relaciones implícitas (parentesco, amistad, filiación, laborales e institucionales[692].

Por tanto, los conflictos son diferentes entre sí, sin embargo tiene etapas comunes desde el contexto que se focalice, desde los conflictos más simples hasta los más complejos. Existen diferentes perspectivas de los autores que proponen una *escalada del conflicto*[693] que preceden a las fases[694] que van en incremento paulatinamente. Está es una aproximación de las etapas del conflicto, esto no quiere decir que no haya otros factores que puedan integrarse a

[691] González Capitel, Celia, *Manual de mediación*, Atelier, 2002, p. 26.
[692] González Capitel, Celia, *op. cit.*, p. 27
[693] Redorta, Joshep, *op, cit.*, p. 72
[694] *Ibidem.*, p. 29

esta propuesta. Asimismo se debe tomar en consideración que no es preciso pasar por cada una de estas etapas para que se escale el conflicto.

Primero se encuentra la coerción que pasan por tácticas suaves a duras, las cuales llevan a aumento del problema, que se irán desplazando hasta llegar a las personas transformando la motivación de una posición individualista a una competitiva, que será reflejado en el aumento del número de personas involucradas. Y que todas en conjunto presentarán actitudes como ira, nostalgia, melancolía, tristeza, aceptación, confianza, esperanza y finalmente una actitud positiva.

Puede apreciarse como las parejas hoy, han cambiado de manera acelerada en las últimas décadas. Esto conforme a sus estilos de vida, su forma de pensar, sus posiciones, pero sobre todo en sus desacuerdos.

La influencia del entorno socio-cultural en las relaciones de pareja es una de las fuentes por las que se llega a discusiones, que irán creciendo paulatinamente hasta llegar a un conflicto que conlleve al divorcio.

Si bien, muchas familias en la actualidad optan por el divorcio, por el supuesto de tener una vida emocional saludable y proteger a los hijos, después de disolución matrimonial, seguirán presentes la presencia de disputas constantes que se derivan en agresiones entre las partes, donde los hijos presentarán cambios de comportamiento que serán indicadores de ansiedad ante la falta de madurez mental y capacidad de razonar sobre la situación que viven en el hogar.

III. CONFLICTOS Y MEDIACIÓN

Una vez precisadas las características del conflicto, que pueden ser proyectadas como una oportunidad de transformación positiva, así como los conflictos familiares, se hará referencia de la mediación como un medio para abordar el conflicto en busca de una solución pacífica.

Por una parte, veremos que el manejo de la mediación ante un conflicto, será brindar a las partes una comunicación efectiva para buscar la solución del problema con la ayuda de un tercero. A su vez, debemos entender que la mediación no es un proceso terapéutico y mucho menos un tratamiento de índole psiquiátrico, puesto que el mediador es un tercero neutral, que da pauta para explorar múltiples opciones para la resolución del conflicto, esté no dará

propuesta alguna para la solución de la controversia, pues serán las partes quienes desde sus posiciones, llegarán a un mutuo acuerdo[695].

El énfasis con el que hay que referirnos a la comunicación, es sobre la calidad de la misma, como herramienta necesaria para llegar a la base de los conflictos y encontrar soluciones satisfactorias para las partes. Es decir, una mala comunicación puede ser generadora de malos entendidos, es decir ser en sí misma el origen de los conflictos. Es por ello la importancia de entender, que la comunicación no es solo de forma verbal, sino también de otros factores que intervienen en los mensajes no verbales y que es de gran relevancia en la comunicación de las parejas.

Sin embargo, esto no quiere decir que los métodos alternos traten de sustituir a los métodos jurídicos tradicionales sino más bien, son complementarios a estos, basados en la justicia y jerarquía requerida. Pues los nuevos métodos de solución de conflictos implican una gestión del conflicto con mayor rapidez, menor alcance económico y agilidad en la resolución de los problemas.

El mediador entonces no interviene como un juez, pues debe otorgar la palabra y escuchar a las partes, sin imponer una sentencia, donde ayude a las partes a identificar los puntos de la controversia, a recorrer todas las posibilidades y explorar las vías de solución, en el que todos los implicados ganen equitativamente. No por ello, quiere decir que se pretenda suplantar las figuras tradicionales, sino más bien, es crear una genuina relación cooperativa, cordial y de pronta resolución con las partes afectadas en el conflicto.

Por otra parte, Eduard Vinyamata nos habla de los *límites de la mediación*[696], como aquellos conflictos que no pueden ser mediados, esto debido a que uno de los requisitos esenciales para llegar a mediación es la voluntad de las partes, pues la disponibilidad para tomar acuerdos es necesaria para que los acuerdos se den de manera autentica. Otro caso serán aquellos en los que uno de los involucrados no puede asistir o participar en el proceso, por lo contrario si el mediador no es aceptado por uno de los mediados, esté debe desistir en llevar a cabo el proceso. Asimismo no pueden ser mediables aquellos casos en los que una de las partes no se encuentra bien de sus facultades mentales, es decir un trastorno mental o psicológico, pues es necesario la intervención previa de un profesional especializado, para descartar esté posible

[695] Vinyamata Camp, Eduard, *Aprender Mediación*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 16.
[696] Viyamata Camp, Eduard, *op.cit.*, p. 33.

conflicto. A su vez en cuanto a los casos de violencia evidente, delitos, asesinatos o guerras, estos tendrán que ser referidos a los medios pertinentes legales para su resolución.

Por lo tanto, la mediación es un método que genera entre las partes la solución a sus conflictos, quienes con apoyo de un tercero quien de manera neutral e imparcial participa voluntariamente dentro del procedimiento para escuchar activamente y facilitar la comunicación entre los involucrados. Quienes en su momento, antes de escoger la mediación como vía para la solución de sus problemas, creían no tener una alternativa de resolver el conflicto por sí mismos, debido a sus posiciones y competencias.

Por ello, los mediadores pueden participar en diferentes niveles de conflictos[697] que implica en ayudar a restablecer los intereses de las partes y negociar los acuerdos que se verán reflejados en los convenios que se realicen entre las partes. Los conflictos latentes serán el primer nivel que se da dentro de la vida cotidiana, aunque éstos no necesariamente han llegado a transformarse en un conflicto emergente. Un segundo nivel de conflicto serán los emergentes, donde es evidente un dilema claro entre los involucrados, donde no se han desarrollado diálogos oportunos para una solución a los desacuerdos de las partes. Y en último nivel estarán los conflictos manifiestos, donde las partes se comprometen a negociar su discrepancia de manera dinámica, inclusive ya habiendo antecedentes donde las partes anteriormente han intentado negociar, sin llegar a una solución efectiva.

La mediación, entonces es un medio que brinda herramientas a las partes para aproximarlas a través de ver el conflicto desde una perspectiva positiva, para crear entre ellos una solución viable a sus desacuerdos. Por lo que a diferencia de los métodos tradicionales, la mediación tiene un marco más dinámico, creativo y funcional sobre los diversos conflictos de la sociedad.

Uno de los componentes necesarios para el desarrollo de la mediación como medio alternativo de solución de controversias, será entender el conflicto como un ente inherente a la forma de vida del ser humano.

Como se sabe, los conflictos tienen características que se analizarán desde sus características, fuentes o funciones para plantear la problemática inicial de las partes, hasta una solución del mismo. Sin olvidar que la comunicación dentro de la mediación, es fundamental en el

[697] Moore, Christopher, *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos,* Argentina, Granica, 1995, p. 47-49.

desarrollo de este medio alterno, pues es imposible no comunicarse como se prevé en los axiomas de la comunicación en toda interacción humana ante un inconveniente de controversia.

Por ello, al referimos a un conflicto, esté puede visualizarse como una circunstancia dañina, nociva e incluso contradictoria entre los hechos y realidades de las situaciones. Si bien, el conflicto está presente y es muy difícil evitarlo, cual sea que fuere la circunstancia. La mediación debe plantear al conflicto como una manifestación natural, benéfica e indispensable para las relaciones interpersonales y sociales en cualquier entidad política o corporaciones de los Estados, como un medio generador de recursos de mejorar y prevenir conflictos que lleven a la destrucción. Por ello, mientras existan medios alaternos que regulen favorablemente el conflicto, éste puede ser benéfico para los involucrados, siempre que las diferencias del conflicto permitan un crecimiento, transformación y desarrollo de las relaciones interpersonales.

El conflicto desde una posición eficaz, brinda la oportunidad de generar cambios positivos, puesto que en ella se crean o interpelan acciones justas, como una relación transparente, la cual promueve la unión grupal, la solidaridad como parte del desarrollo, crecimiento y madurez. Pero, si dejamos que el conflicto se centralice en los aspectos negativos, las partes involucradas se desgastarán, afectan en mayor escala la relación, se originan gastos excesivos, el aumento del conflicto puede llevar a generar rencor, odio, rechazo y que jamás se vean las opciones de solución. Por ello, cuando se dice de alguien que es conflictivo, la imagen que nos queda de esa persona es claramente negativa, suponemos que no tiene buena disposición para colaborar, que acaso disfruta generando situaciones incómodas o violentas, y que es, con toda seguridad, arisca y poco amable[698].

Aunque pareciera que el sistema jurídico es el único medio antiguo para resolver las formas de pensar o actuar en forma disuasiva de los conflictos y hasta pensar que es la mejor manera de prevención de una vida caótica, siendo uno de los métodos disponibles para la sociedad en la resolución de sus problemas[699]. Veremos que la mediación es un medio no exclusivo, que tiene por meta no solamente resolver los conflictos, sino que es un medio preventivo para la crisis de las relaciones interpersonales[700].

[698] Martínez de Murguía, Beatriz, *op. cit., p. 20*
[699] Etelman, Remo F., *op. cit.,* p. 44
[700] Viyamata Camp, Eduard, *op. cit.,* pag. 42

De igual modo, veremos como la mediación permite que las partes en disputa puedan prestar atención detenidamente desde posiciones distintas a las acostumbradas, que llevan a la comprensión de los hechos y a interactuar de forma distinta a través de la línea subyacente del conflicto.

Finalmente, la comprensión de un proceso de mediación contiene un potencial específico la transformación de las personas como promotora de la vida moral, emocional, económica y psicológica de las circunstancias dolorosas y muchas veces *salvar las diferencias humanas en medio del mismo del conflicto*[701].

Función del mediador ante el conflicto

En este apartado se pretende describir, al mediador como figura central ante los conflictos, no confundiendo el protagonismo pues en realidad los artífices principales serán las partes quienes asisten a la mediación de manera voluntaria. Para esta descripción es importante desglosar el papel del mediador, así como sus funciones en el proceso de negociación ante el conflicto y su colaboración hacia las partes dentro de la mediación.

Es necesaria la presencia de una tercero imparcial al que se le denomina *mediador*, el cual promoverá a través de un diálogo que las partes implicadas en una disputa lleguen a un acuerdo mutuo, libre y voluntario, que permita la resolución del conflicto[702]. Por lo que el mediador motivara durante el proceso de mediación a crear un ambiente de comunicación efectiva entre las partes, los cuales desean solucionar de manera activa un conflicto.

De acuerdo a la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México[703], se extenderá por mediación como el procedimiento voluntario, que se lleva a cabo de manera autónoma, donde los intervinientes es decir las partes del conflicto, buscarán propuestas de solución a la controversia plena, a través de una comunicación efectiva, con el fin de concretar de manera libre una solución al procedimiento que se desenvolverá con apoyo de uno o más facilitadores.

---

[701] Baruch Bush, Robert A. y Folger, Joseph P., *La promesa de la mediación. Como afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, España, Granica, 1996, p. 21

[702] Vinyamata Camp, Eduard, *op.cit.*, p. 17

[703] Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México

> Artículo 5.
> VII. Mediación: Al proceso en el que uno o más mediadores intervienen facilitando a los interesados la comunicación, con objeto de que ellos construyan un convenio que de solución plena, legal y satisfactoria al conflicto.

El mediador será visto como el especialista, es decir como la persona capacitada, conocedora y profesional en el proceso de la mediación. Por lo que, la función del mediador ante el conflicto debe ser un conductor profesional, preparado, que guie un proceso creando un puente de comunicación, tomando en consideración las necesidades, los intereses, las emociones y los sentimientos de las partes[704], que permita consolidar soluciones equitativas y efectivas sobre el conflicto.

El mediador puede asumir varias *fuentes o roles*[705], para ayudar a las partes a trabajar en la resolución de sus conflictos latentes. Dichas funciones serán distintas dependiendo la complejidad del proceso y el grado del conflicto. Por lo tanto, el mediador debe promover los canales de comunicación, legitimar a las partes sobre sus derechos, se vuelve facilitador en el proceso, es quien debe suministra los recursos de asistencia procesal, ayuda a organizar una resolución de forma sensata y factible, debe mantener la integridad entre las partes y asumir la responsabilidad ante una decisión perjudicial.

Para Christopher Moore, el mediador *trabaja para reconciliar los intereses competidores de las dos partes*[706]. De modo que el mediador carece de autoridad de decisión, pues las partes son las que exploran todas sus posibilidades para llegar a un acuerdo del conflicto. Además, el mediador no es un Juez, pues no inspecciona el pasado y no evalúa los acuerdos de las partes.

Asimismo, es importante que el mediador mantenga una posición de imparcialidad y neutralidad, que se concretan en acciones indispensables para asegurar el paralelismo del proceso[707]. Esta posición dinámica de negociación, es otra diferencia de ser Juez a ser mediador. Por lo tanto, la aseveración de *ponerse en el lugar del otro*[708], acopla de manera concreta el respeto y el reconocimiento a las partes, aun cuando no se comportan sus posiciones, intereses y visiones del conflicto.

La cohesión del papel del mediador y el proceso de mediación, no es una relación cotidiana o sin dirección. Es más bien un procedimiento donde el *mediador no es el protagonista, sino son las partes*[709] del conflicto, quienes desarrollarán una solución a sus problemas.

---

[704] Fierro Ferráez, Elena Ana, *Manejo de conflictos y mediación, México,* Oxford University Press, 2012. p. 37.
[705] Diego Vallejo, Raúl de, Guillén Gestoso, Carlos, *op.cit.,* 2010, p. 69 y 70
[706] Moore, Christopher, *op. cit.*, p. 49.
[707] Puntes, Salvador, *La mediación comunitaria, ciudadanos, derecho y conflictos,* Bogotá, Uniempresarial, 2007, p. 67.
[708] Idem
[709] Farré Salvá, Sergí, *op. cit.,* p. 121.

De igual modo, la mediación *aporta la claridad y fuerza de su concepto del no poder, del papel del mediador y de la posibilidad de mostrar imparcialidad*[710], para potencializar los aspectos positivos de la relación de las partes, dando oportunidad a que logren un procedimiento eficaz e imparcial, que genere convenios de común acuerdo.

Quien en el papel de mediador, sabrá orientar a las partes hacia un camino de cooperación, colaboración, respeto y equilibrio, para promover positivamente a los mediados para tomar la responsabilidad de la resolución de su conflicto.

La mediación con ayuda de un tercero imparcial, está proyectada para que todos cedan un poco y todos ganen algo, logrando que ambas partes en el proceso de negociación queden satisfechas con el resultado. Por el contrario, en el sistema judicial u otro medio de resolución de conflictos, en la mayoría de los casos una de las partes lo gane todo o casi todo y la otra parte lo pierda todo o casi toda, quedando descontentas, resentidas, agraviadas, contrariadas y decepcionadas del resultado obtenido[711].

Algunos autores, reiteran que las *tareas de un mediador*[712], no solamente es generar una comunicación efectiva entre las partes, sino también, hacer que comprendan el conflicto desde diferentes perspectivas, lograr una aproximación estrecha y crear puentes de acercamiento entre las partes, así como desplazar las posiciones iniciales a posiciones más flexibles y orientar a los involucrados sobre la forma que pueda abordar los conflictos.

De igual forma, es importante que el mediador refleje un comportamiento de seguridad y creé un ambiente de confort para los participantes, que incite a un diálogo fluido. De modo que, para ello, es relevante mencionar algunas cualidades que deben estar implícitas en el mediador para lograr la efectividad de la mediación.

De lo anterior se puede describir a la escucha activa de las partes, como una modulación de la voz sin que se llegue a la excesividad, al respeto mutuo entre ambas partes, la cordialidad de no interrumpir a las partes en su diálogo, aceptar el desacuerdo existente, dar la misma oportunidad para expresar sus historias, resumir cuidadosamente sin omitir o aumentar el relato de las partes, jamás emitir un juicio, admitir el error propio, ponerse en los pies del otro, tener empatía, introducir un ambiente armónico entre la igualdad y la equidad,

[710] Vinyamata Camp, Eduard, *op. cit.,* p. 39
[711] Farré Salvá, Sergí, *op. cit.,* p. 122.
[712] Martínez de Murguía, Beatriz, *op. cit.,* 113ss.

estás son solo algunas *cualidades del mediador*[713], que debe ejercitar para crear un procedimiento adecuado y pacífico.

Finalmente, el mediador debe ser un individuo preparado ética y profesionalmente, que inspire confianza a las partes, que suscité un ambiente de confianza, ser libre de prejuicios, ser visto como un tercero imparcial, con habilidades de comunicación digital y analógica que permitan plasmar acuerdos y ejecutar adecuadamente las formas del proceso de mediación.

CONCLUSIÓN

El resentimiento, la revancha, la enemistad, el odio, la angustia, la hostilidad son emociones que surgen desde la convivencia cotidiana desde una visión negativa y que va en aumento al no encontrar una solución a sus conflictos. Por ello, en la familia la dinámica se ha vuelto más compleja y difícil para los que la integran, pues bajo el precepto de los conflictos como un malestar reduce la posibilidad de la convivencia con el otro.

Sin embargo, el conflicto desde otra prerrogativa positiva es un proceso necesario, dinámico y cambiante, por lo que no debe ser considerada como algo estático sino como algo activo y fluctuante, verlo como parte de un proceso transformador para avanzar positivamente para llegar a la solución del mismo. Por ello, la mediación familiar observa muy de cerca la complejidad del conflicto, para llevar a las partes a un equilibrio de poder y que por ende resulte una solución equitativa.

La confidencialidad, la equidad, la neutralidad, la imparcialidad serán algunos de los principios que un mediador debe considerar dentro del proceso de mediación y llevarlo con eficacia. Siendo un agente transformador del conflicto, sin presionar u obligar a las partes a cumplir un acuerdo que no llene sus expectativas esperadas.

Un lenguaje claro creara una comunicación efectiva entre las partes siendo está una de las funciones del mediador para dar inicio a la escucha activa de los involucrados en el proceso, generar un ambiente de respeto mutuo, resumir sus diálogos con cautela y sigilo, evitar los juicios, generar un ambiente de igualdad y equidad serán partes fundamentales para crear un procedimiento adecuado y pacífico.

Finalmente, la preparación del mediador debe constar de profesionalidad, que genere confianza a los involucrados en el proceso como un tercero imparcial, con habilidades de

[713] Fierro Ferráez, Elena Ana, *op. cit.*, p. 38 y 39.

lenguaje y ejecutar cuidadosamente el proceso de mediación, donde ambas partes queden satisfechas con el resultado.

BIBLIOGRAFIA

BARUCH BUSH, ROBERT A. Y FOLGER, JOSEPH P., La promesa de la mediación. Como afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento, España, Granica, 1996.

COON, DENIS, Psicología, exploración y aplicaciones, 8ª ed., trad. de Jorge Alberti Velázquez Arellano, México, International Thomson, 1999.

CROFTON, IAN, *50 cosas que hay que saber sobre Historia del Mundo*, trad. de Francisco G. Lorenzana, México, Ariel, 2014.

DIEGO VALLEJO, RAÚL DE Y GUILLEN GESTOSO, CARLOS, Mediación. Proceso, tácticas y técnicas, 3ª ed., España, Pirámide, 2010.

ENTELMAN, REMO, *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa, 2002.

FIERRO FERRÁEZ, ELENA ANA, *Manejo de conflictos y mediación*, México, Oxford University Press, 2012.

GONZÁLEZ CAPITEL, CELIA, *Manual de mediación*, Atelier, 2002.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/hogares.aspx?tema=P*

LEDERACH, JUAN PABLO, *Elementos para la resolución de Conflictos*, Uruguay, Colección Educativa, 1990.

Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México

MARTÍNEZ DE MURGUÍA, BEATRIZ, *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, México, Paidós, 1999.

MOORE, CHRISTOPHER, *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Argentina, Granica, 1995.

PARKINSON, LISA, *Mediación familiar, Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, trad. de Ana María Sánchez Durán, España, Gedisa, 2005.

PEÑA GONZÁLEZ, OSCAR, *Mediación y conciliación extrajudicial. Medios alternos de solución de conflictos. Teoría y práctica*, México, Flores, 2010.

PÉREZ SERRANO, GLORIA Y PÉREZ GUZMÁN, MA. VICTORIA, Aprender a convivir. El conflicto como oportunidad de crecimiento, México, Narcea, 2011.

PUNTES, SALVADOR, *La mediación comunitaria, ciudadanos, derecho y conflictos*, Bogotá, Uniempresarial, 2007.

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., España, 2001, *http://lema.rae.es/drae/?val=Conflicto*

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 23ª ed., *Madrid:Espasa, 2014*, *http://dle.rae.es/?w=familia&o=h*

REDORTA, JOSEP, *Aprender a resolver conflictos*, España, Paidós, 2007.

_____, *Como analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, España, Paidós Ibérica, 2007.

RIPOL-MILLET, ALEIX, *Estrategias de mediación en asuntos familiares*, Madrid, Reús, 2011, Mediación y resolución de conflictos.

VARGAS, JESÚS Y IBÁÑEZ, JOSELINA, *Solucionando los problemas de pareja y familia. Fundamentos teóricos y alternativas de solución a los conflictos desde la perspectiva del vínculo*, México, Pax México, 2006.

VINYAMATA CAMP, EDUARD, *Conflictología, curso de resolución de conflictos*, España, Ariel, 4ª ed., 2011.

_____, *Aprender Mediación*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 16.

CAPÍTULO VIII. PERCEPCIÓN DE PROBLEMAS ATENDIBLES EN MEDIACIÓN COMUNITARIA EN DOS COLONIAS DE CENTRO, TABASCO.

Francisco Mejía López[714]

SUMARIO:

Introducción. PARTE 1. El contexto. PARTE 2. Metodología. PARTE 3. Resultados. PARTE 4. Propuesta de clasificación. CONCLUSIONES

RESUMEN:

Este trabajo presenta una descripción de los problemas comunitarios vistos por sus habitantes. Se trata de identificar el tipo de conflictos entre particulares que más se presenta entre vecinos y conocidos que viven en dos colonias populares de la ciudad de Villahermosa, Tabasco, México, éstas son la Colonia Gaviotas y la Miguel Hidalgo. Este trabajo se llevó a cabo en el mes de septiembre de 2015 y busca aportar elementos que justifiquen el valor de la mediación comunitaria.

Palabras clave: Centro, mediación comunitaria, percepción, Colonia Las gaviotas, Colonia Miguel Hidalgo, Modo, Episodio.

ABSTRACT

This paper presents a description of community problems seem by its inhabitants. It aims to identify the type of conflicts between individuals that more occurs between neighbours and acquaintaces living in two popular colonies of the city of Villahermosa, Tabasco, México, these are Las Gaviotas and Miguel Hidalgo. This work was carried out in the month of September 2015 and aims to provide elements justifying the value of community mediation.

KEYWORDS: Downtown, community mediation, perception, Gaviotas county, Miguel Hidalgo county, mode, episode.

INTRODUCCIÓN

La mediación comunitaria según CIDES[715] se refiere al manejo de los conflictos locales o comunitarios y considera las costumbres, el derecho consuetudinario y la sabiduría ancestral de cada pueblo. Se desarrolla en comunidades indígenas, campesinas, urbano marginales, gremiales o grupos populares.

Aunque muchos conflictos entre vecinos tienen que resolverse de acuerdo a las vías tradicionales del Derecho, algunos otros como dice García López[716] requieren que las personas que conviven en comunidad encuentren mecanismos para la convivencia de forma tal que las relaciones no sigan empeorando. Es allí donde es factible hacer que la mediación comunitaria

[714] Profesor Investigador de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Doctorante en métodos de solución de conflictos y Derechos humanos de la UJAT.

[715] CIDES, *¿Qué es la mediación comunitaria?* En www.cides.org.ec/index.php/mediación/que-es-la mediación-comunitaria el 21 de Septiembre de 2015.

[716] García López Eric, *Mediación Perspectivas desde la psicología jurídica*. Colombia: Manual Moderno, 2011, p. 196.

intervenga permitiendo a las partes exponer su situación, y con las herramientas del mediador, proponer una solución a los conflictos planteados para poner en práctica normas de convivencia que aseguren una relación pacífica y/o estable. En una comunidad los conflictos pueden aparecer en cualquier momento por algún desacuerdo o problema que se presenta de manera directa o indirecta entre las personas. De otro modo, también se puede presentar el hecho de que un mismo tipo de conflicto comunitario se repita constantemente porque el tipo de dinámica con otra persona o grupo hace que se reitere constantemente el conflicto. Algunos de ellos por presentar un patrón repetitivo son difíciles de resolver sin la voluntad de las partes de buscar un acuerdo.

La mediación comunitaria según Nató[717] propicia la creación de espacios en los cuales la propia sociedad entabla un diálogo constructivo para superar sus inconvenientes de todos los días, además imagina nuevos sentidos y traza nuevos senderos hacia la concordia. Este deseo conlleva un contenido profundamente humano y es también una propuesta de entendimiento.

Este trabajo presenta una propuesta de tipología de los conflictos comunitarios a partir de los datos que son reportados por los entrevistados. Al respecto autores como Redorta[718] [719] han sido de los que más han revisado distintas aportaciones a las tipologías sobre el conflicto considerando que en general pueden por un único criterio –por ejemplo desequilibro del poder- o en dado caso, en criterios multidimensionales. En este caso, la propuesta radica en conjuntar un modelo de dos variables que se explica más adelante.

Redorta[720] argumenta sin embargo, que los conflictos son difíciles de estereotipar y las clasificaciones intentadas muchas veces son demasiado simples para que sean operativas para el interventor o demasiado complejas, sin que exista un acuerdo que deje satisfecho a todos los autores.

El propósito del trabajo es desde una perspectiva exploratoria proponer una tipología de acuerdo al tipo de conflicto comunitario que más se presenta en 2 colonias de la ciudad de Villahermosa, Tabasco. Si bien hay muchos problemas que se presentan en las comunidades, sólo es objeto de interés para este trabajo de investigación el de tipo comunitario entre individuos que conviven en la misma colonia o zona de la ciudad. No son objeto de interés los

[717] Nató, Alejandro Marcelo, *Mediación comunitaria conflictos en el escenario social urbano*, 1ª. Ed. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2006, p. 83.
[718] Redorta, Josep. *Cómo analizar los conflictos*, Barcelona, Paidós, 2004, pp. 85-87.
[719] Redorta, Josep. *Entender el conflicto*, España, Paidós, 2007, p. 87.
[720] Ídem.

conflictos de tipo gubernamental, jurisdiccional, políticos o de otra naturaleza distinta a la convivencia comunitaria cotidiana.

PARTE 1. EL CONTEXTO.

El municipio de Centro aloja la ciudad de Villahermosa, que es la capital del estado de Tabasco. Este municipio –el más importante del estado- en 2010 contaba con 878,457 habitantes según el INEGI[721]. Este mismo organismo también señala que área urbana de la ciudad ocupa una superficie de 61,177 km2 mientras que la extensión territorial del municipio de Centro es 1612 km2. Hasta 2010 el municipio contaba en total con 7 villas, 1 poblado, 132 rancherías y 117 colonias y fraccionamientos.

El clima del municipio es cálido-húmedo-seco y se aprecia casi por toda la ciudad que es una zona llena de lagunas y ríos que atraviesan la ciudad. Con frecuencia en primavera se rebasan los 40 grados centígrados de temperatura, -aunque también en otras épocas del año- y está considerado de acuerdo a las mediciones de los últimos años, el estado de la república con más precipitaciones del país (136.5 días de lluvia por año). Estos elementos influyen sin duda en la forma en que se da la convivencia social e igualmente la forma en que se pueden presentar los conflictos entre los vecinos.

La dinámica poblacional del municipio de Centro se ha incrementado enormemente desde 1990 que contaba con 386,776 habitantes según el INEGI[722] hasta el año 2015 que se tiene proyectado una población de 700,000 habitantes, es decir que en 25 años prácticamente se duplicó la población. Esto nos remite a una dinámica cambiante que ha transformado de modo acelerado la evolución social y económica del municipio generando nuevas realidades complejas y retos para la convivencia social. Es evidente que en este lapso han migrado muchas personas de otros municipios del estado, otras personas de diferentes estados del país e incluso personas de otros países, principalmente latinoamericanos. Todo este fenómeno migratorio se explica en gran parte por tratarse de una región petrolera.

Por su parte la colonia las gaviotas, es una de las más populares y antiguas del municipio, se divide en la actualidad en dos zonas denominadas Gaviotas norte y Gaviotas Sur. Cada una de

[721] INEGI, *Principales resultados por localidad 2010* (ITER). Tabasco, INEGI, 2010.

[722] INEGI, *Información por entidad federativa*, en www3.inegi.org.mx/sistemas/mexicoencifras/default.aspx?e=27 consultado el 17 de Septiembre de 2015.

ellas se divide a su vez en distintos sectores. Su nombre se debe según Vidal Cruz[723] a que desde los tiempos de la colonia, los buques y navíos que llegaban a la ciudad venían acompañados por gaviotas que justamente se quedaban del otro lado del río, frente a la zona céntrica de Villahermosa, donde hoy se ubica la colonia. Aunque no hay una cifra precisa, en toda la zona se ubica una población de más de 50,000 habitantes[724], aunque sólo hace unos 30 años era una colonia con muchas carencias a la que se llegaba en lanchas que salían del centro de la ciudad de Villahermosa sobre el malecón.

En el año 2007 fue probablemente la zona más devastada por la inundación, alcanzando el agua una altura histórica que cubrió casas de hasta tres pisos. Durante muchos años ha tenido la fama de ser una zona de inseguridad y delincuencia. Pese a que se ha han generado espacios comerciales, deportivos, gubernamentales y educativos, sigue siendo hoy en día, una colonia con diversos problemas sociales significativos.

La colonia Miguel Hidalgo por su parte es también una colonia popular de Villahermosa. Cuenta en la actualidad con una población estimada de 20,000 habitantes[725]. Inicialmente se trataba de una zona de la periferia de la ciudad que poco a poco se fue poblando por lo que ha tenido un gran crecimiento en los últimos años. Como sucede con muchas zonas de rápido crecimiento poblacional, los servicios municipales no alcanzan a satisfacer la demanda que los pobladores necesitan, por lo que usualmente han surgido conflictos diversos entre pobladores con las autoridades municipales. Adicionalmente, se han presentado muchos asentamientos irregulares varios de ellos en los alrededores de la laguna de la Covadonga lo que durante muchos años ha hecho que al desbordarse ésta se inunde muchas casas de la zona.

Al igual que pasó con las Gaviotas, la colonia Miguel Hidalgo también fue una zona muy afectada por las inundaciones de 2007 y 2008. En años posteriores también ha resentido los efectos de las lluvias intensas y el desbordamiento de la laguna, pero desde que se construyó el bordo que rodea a ésta, los problemas de esa naturaleza han disminuido considerablemente.

PARTE 2. METODOLOGÍA.

Se aplicó metodología de corte transversal con una muestra pequeña intencional que viviera en las 2 colonias investigadas. El instrumento consistió en una entrevista

[723] Vidal Cruz, Antonio, *Villahermosa antigua* en http://villahermosaantigua.blogspot.mx/2009/06/colonia-gaviotas.html consultado el 25 de Septiembre de 2015.
[724] De la Cruz, Arnulfo, Detecta INEGI trece colonias marginadas, *Periódico Tabasco hoy*, 7 Junio de 2013.
[725] Alejandro, Juan A., Cuatro colonias de Villahermosa olvidadas, *Periódico Tabasco Hoy*, 14 de Enero de 2013.

semiestructurada a 15 personas asentadas en 2 colonias populares del municipio de Centro, Tabasco. En la zona de Gaviotas se encuestó a 8 personas adultas, siendo cuatro de ellas mediadoras comunitarias, tres de ellos vecinos y un policía. La mayoría lleva viviendo entre 14 y 32 años en la zona.

En tanto que en la colonia Miguel Hidalgo se entrevistaron a 7 personas adultas, 5 de ellos son vecinos y dos empleados de la Delegación municipal de Miguel Hidalgo, que también radican en la colonia. En los entrevistados se encuentran personas que han vivido en la zona entre 5 y 42 años en total.

La entrevista se estructura en 3 temas básicos: percepción de la colonia, necesidades de la colonia y problemas vecinales. Los entrevistados tuvieron la libertad de opinar conforme a su modo de percibir socialmente a la colonia.

PARTE 3. RESULTADOS

Se presentan a continuación los resultados de cada colonia por separado en la que se puede señalar que en general que hay grandes coincidencias en algunos problemas referidos.

Los resultados de la colonia Gaviotas indican que la colonia es aún definida como problemática, conflictiva y bulliciosa. Sin embargo, los entrevistados dicen que la mayor parte de la gente es amable, con deseos de luchar para salir adelante en la vida. Se trata de una colonia que los entrevistados reconocen que tiene mala fama, principalmente la parte de la inseguridad pública, que aunque varios de ellos dicen que ha disminuido, siempre es conveniente que se tomen medidas preventivas y no arriesgarse en zonas o en horarios impropios. Hay muchos problemas en los jóvenes y adultos del consumo de alcohol. También se reconoce que hay problemas de violencia familiar, entre vecinos o pleitos entre estudiantes en las secundarias o bachilleratos de la colonia.

Necesidades de la colonia. Al tratarse de una colonia grande, se observan grandes retos en su infraestructura. La más evidente al recorrer algunas zonas de las gaviotas son el estado en que se encuentran algunas calles, también otro problema que es muy evidente en la colonia es que hay problemas con la recolección de basura, sea por un lado que no pasa el servicio diariamente o que los vecinos la dejan en horarios y lugares inapropiados. Algunas personas perciben que faltan más elementos de seguridad, principalmente el recorrido de patrullas por las zonas que más lo requieren. En algunas zonas de la colonia aún hay problemas con los

terrenos por estar sucios, descuidados, otras personas invaden el predio, etc. Falta que se desazolve con más frecuencia en la colonia, pues los registros están continuamente tapados.
En contraparte, también algunos entrevistados señalan que hoy más que nunca tienen distintos servicios como tiendas de conveniencias, escuelas, centros de salud, iglesias de distintas denominaciones, servicios de transporte que en otras décadas eran carencias significativas en la colonia, incluyendo los muy visibles pochimóviles que son muy usados por los habitantes.

En relación con los conflictos vecinales se señala que lo que más perciben son problemas de tipo familiar, principalmente violencia sea hacia el interior del hogar como hacia otros domicilios se trate de parientes o vecinos. Otros problemas familiares importantes detectados se deben a terrenos o patios sobre los que se construye o se limitan inadecuadamente, lo que puede llevar a litigios o conflictos alargados entre vecinos de la misma familia. Otro problema que hay es la falta de pagos de pensión por parte generalmente del padre de familia hacia sus hijos.

En otras ocasiones hay problemas de deudas entre parientes porque alguno de ellos usó el crédito de otro en alguna tienda como Coppel, Compartamos banco o Famsa y dejó deudas que el titular tiene que enfrentar. En otras ocasiones el problema vecinal se deriva por insultos o amenazas entre vecinos –muchas veces familiares- que genera tensión a veces en el contexto del consumo de alcohol. Otro tipo de problemas vecinales que sobre todo el año pasado fue motivo de quejas es el ruido que generan las clases de zumba que molesta a los vecinos en horarios matutinos o nocturnos. También hay quejas de algunos vecinos que se deja la basura en horario y lugar inapropiado y no cuando pasa el camión lo que genera que ésta se disperse por las calles o sean maltratadas las bolsas por los perros y gatos del lugar. Algunos entrevistados señalaron que algunos vecinos no limpian las heces de sus mascotas en la vía pública o en las banquetas generando quejas o molestias con demás colonos.

En otro contexto, también hay actualmente una visible preocupación por problemas de violencia en las escuelas, con frecuencia sucede fuera de los límites de ellas –aunque no exclusivamente- entre estudiantes varones o mujeres de nivel secundaria y bachillerato.
Los resultados de la colonia Miguel hidalgo por otro lado, indican que la colonia es percibida como foco rojo por las personas encuestadas principalmente por la inseguridad que se vive en algunos puntos clave de la misma. Los encuestados hacen notar que hay mucho alcoholismo y consumo de drogas en jóvenes, muchos de ellos menores de edad.

Se percibe también la colonia muy cambiante en su infraestructura en los últimos años por el crecimiento poblacional que ha tenido. De manera significativa la presencia del hospital Juan Graham ha impactado grandemente los servicios en la colonia. De igual modo se percibe una gran inversión en protección con la creación de bordos que tradicionalmente inundaban a la colonia. Las instituciones con más presencia son la parroquia de san Judas Tadeo, el centro comunitario, el hospital Juan Graham y otros grupos religiosos así como grupos de Alcohólicos anónimos.

Necesidades de colonia. Las necesidades más reconocidas son la de incrementar la seguridad pública, mejorar el estado de varias calles de la colonia, a veces no hay agua en varios días, el alumbrado en algunas calles no es bueno ni suficiente, no hay espacios recreativos y deportivos dignos, muchos niños presentan problemas gastrointestinales.

En relación a los conflictos vecinales se perciben asaltos que normalmente se cometen por personas que son de la misma colonia, esto acontece en cualquier hora del día, aunque la mayoría de los asaltos se cometen cuando no se encuentran las personas en el domicilio o en su negocio. También se reportan muchos casos de violencia familiar, principalmente de parejas en situaciones de consumo de alcohol, sea de él o de ambos cónyuges. Aunque a veces acude la policía, solamente interviene si es en la vía pública el conflicto conyugal, no así cuando se trata de un domicilio particular. En algunas ocasiones también se presentan amenazas entre vecinos, la mayor parte de ellos suceden en momentos en que alguna –o muchas- de las personas involucradas están consumiendo alcohol. Para la mayor parte de los encuestados esto no pasa a mayores en la generalidad de los casos, en algunas ocasiones la llegada de una patrulla de la policía tiene un efecto de disuasión momentáneo del conflicto.

En otras ocasiones cuando hay algún vecino ruidoso o escandaloso procuran hablar con él y normalmente en poco tiempo se resuelve el problema. También se comenta que antes era muy frecuente la aparición de pandillas, pero este hecho ha ido cada día presentándose menos. Otro hecho que notan los entrevistados con preocupación es el incremento del narcomenudeo en ciertos puntos focalizados de la colonia que muchas veces está asociado con actos violentos.

PARTE 4. PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN.

A partir de todo lo señalado con anterioridad, se propone una tipología que incluye el cruce de dos variables. A una de ellas se le denomina MODO e incluye dos valores: directo e indirecto. Se entiende por directo el conflicto entre dos o más personas en interacción cara a cara –

verbalmente- o por medios electrónicos (teléfono celular, por ejemplo). Normalmente en este tipo de conflicto las personas se conocen o al menos se identifican. Por otro lado, se denomina indirecto al tipo de conflicto que presenta dificultades entre dos o más personas en donde la acción de una persona molesta, incomoda o afecta la vida, la salud o la integridad de otra, pero no lo hacen interactuando simultáneamente o cara a cara.

La siguiente variable es el EPISODIO, que al igual que la variable anterior, incluye dos valores: Uno de ellos denominado único y el otro reiterado. En el caso del valor único se refiere a aquellos sucesos conflictivos que se presentan una vez (o muy pocas veces) siendo la naturaleza de éstos que una vez que se presentan, dejan de tener sentido que se sigan repitiendo. El otro valor es reiterado y significa que se siguen presentando prácticamente del mismo modo el tipo de conflicto durante algún tiempo, pudiendo durar en algunos casos meses o años.

Además de señalar lo anterior, queda claro cómo se presenta a continuación en el siguiente cuadro que al combinarse ambas nos dan cuatro posibilidades de conflicto. El primero cuadrante sería episodio DIRECTO UNICO, el segundo DIRECTO REITERADO, el tercero INDRECTO UNICO y el cuarto INDIRECTO REITERADO. Vale la pena agregar que los conflictos indirectos podrían incluir o no la intencionalidad del actor que propicia o inicia el conflicto, esto es, que actúa a sabiendas que produce un efecto en el otro o en otros casos, que no considere o no conozca que afecta de algún modo a otras personas o vecinos. El siguiente cuadro explica la propuesta de teologizar estos conflictos comunitarios con ejemplos de casos a mediar bajo este esquema.

E P I S O D I O

M O D O		Único	Reiterado
	Directo	Peleas entre compañeros de escuela secundaria o preparatoria Deudas entre familiares por mal uso de un crédito	Violencia en la pareja (alcohol) Insultos entre vecinos o conocidos Discusión de padres por el pago de alimentos de los hijos
	Indirecto (con o sin intención)	Problemas con el ruido de la música o fiesta de un vecino Un vecino que rompe un retrovisor, raya el carro en la noche o roba alguna pieza del	Dejar la basura en lugares u horarios inapropiados Clases de zumba en horarios temprano o tardío. Dueños que no recogen

	automóvil.	heces de sus mascotas en banquetas de los vecinos

Fuente: Elaboración Propia.

En primera instancia, los conflictos comunitarios que pertenecen a la condición de son EPISODIOS REITERADOS son más difíciles de mediar que los de EPISODIO UNICO debido a todas las consecuencias por la repetición del conflicto. En ese sentido mientras más veces se haya presentado y más tiempo en meses o años lleve, es más difícil mover a las partes de la posición en la que se encuentran.

Por otro lado, cuando se trata de EPISODIO UNICO y las personas acceden a servicio de mediación, es más factible que pueda llegarse a un acuerdo para que el hecho ya no se repita una segunda vez, procurando en lo posible atender la demanda de reparar de algún modo el daño o las secuelas que dejó ese conflicto en un momento dado.

En la otra variable, los conflictos de MODO DIRECTO tiene la ventaja que las personas se identifican, reconocen la posición propia y la del otro, buscan a través de algún mecanismo poder lograr imponer o convencer al otro de su demanda. Cuando existe la buena voluntad de las personas que se encuentran enredados en este tipo de conflicto se puede mediar bastante favorablemente siempre que puedan manejar sus impulsos y emociones al estar frente al otro. En caso contrario, estos conflictos pueden durar tiempo indefinido y ser desgastantes para las personas involucradas. Si el MODO DIRECTO se presenta en EPISODIO ÚNICO es más probable que se resuelva el conflicto que si es en EPISODIO REITERADO.

CONCLUSIONES

Se puede concluir lo siguiente respecto de la presente investigación:

1) Hay una gran problemática reportada por los entrevistados en las colonias mencionadas del municipio de Centro.
2) Ambas colonias son considerados focos rojos de atención por parte de las autoridades y vecinos, principalmente destacan el problema de la inseguridad pública, -un tema reiterado- estando los entrevistados en su mayor parte preocupados, y en otros casos, resignados.
3) Hay un importante consumo de alcohol en ambas colonias lo que genera distintos tipos de problemas adicionales, por ejemplo, conflictos directos reiterados como violencia

familiar y escándalos y amenazas en la vía pública, principalmente adolescentes y jóvenes.

4) Los entrevistados consideran que al interior de los hogares hay problemas familiares intensos, principalmente violencia física y psicológica que son de bastante percibidos por los vecinos, éstos son episodios reiterados directos.
5) Muchos de los problemas vecinales son normalmente entre personas que son familiares y vecinos que se conflictúan por colindancia de terreno, problemas económicos, amenazas o pleitos o diferencias de opinión.
6) La mediación comunitaria podría dar respuesta a muchos de estos problemas como lo ha ido demostrando el módulo de mediación comunitaria que funciona en Las Gaviotas a poco más de un año de existencia.
7) En esta misma colonia –e incluso las colindantes- se requiere dar a conocer a más personas los servicios de mediación comunitaria a la que pueden tener acceso de manera gratuita.

Bibliografía.

ALEJANDRO, Juan A., Cuatro colonias de Villahermosa olvidadas, *Periódico Tabasco Hoy*, 14 de Enero de 2013.

CIDES, *¿Qué es la mediación comunitaria?* En www.cides.org.ec/index.php/mediación/que-es-la mediación-comunitaria el 21 de Septiembre de 2015.

DE LA CRUZ; Arnulfo, Detecta INEGI trece colonias marginadas, *Periódico Tabasco hoy*, 7 Junio de 2013.

GARCIA LOPEZ, Eric, *Mediación Perspectivas desde la psicología jurídica*. Colombia: Manual Moderno, 2011, p. 196.

INEGI, *Principales resultados por localidad 2010* (ITER). Tabasco, INEGI, 2010.

INEGI, *Información por entidad federativa*, en www3.inegi.org.mx/sistemas/mexicoencifras/default.aspx? e=27 consultado el 17 de Septiembre de 2015.

NATÓ, Alejandro Marcelo, *Mediación comunitaria conflictos en el escenario social urbano*, 1ª. Ed. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2006, p. 83.

REDORTA, Josep, *Cómo analizar los conflictos*, Barcelona, Paidós, 2004, pp. 85-87.

REDORTA, Josep, *Entender el conflicto*, España, Paidós, 2007, p. 87.

VIDAL CRUZ, Antonio, *Villahermosa antigua* en http://villahermosaantigua.blogspot.mx/2009/06/colonia-gaviotas.html consultado el 25 de Septiembre de 2015.

Anexo.

Formato de Entrevista Semi-estructurada.

Esta encuesta forma parte de una investigación exploratoria para conocer los problemas que se suscitan en la colonia en la que vive actualmente. Son tres preguntas que buscan conocer la percepción que tiene del momento actual de esta colonia.

Edad: Sexo:

Ocupación: Colonia:

Tiempo de radicar en la colonia:

---

1. ¿Cómo describirías a la colonia……?
2. ¿Cuáles son las necesidades más sentidas (urgentes) de la colonia?
3. ¿Cuáles son los conflictos que más se presentan entre vecinos?

Gracias.

CAPÍTULO IX. EL MOBBING, RELACIONES INTERPERSONALES Y LA MEDIACIÓN EN LAS ORGANIZACIONES

Rosa Cornelio Landero[726]

SUMARIO:

Introduction. I.- Definición de Mobbing. II.-Tipos de Mobbing. III.- Fases del Mobbing. IV.- Las acciones del mobbing o también conocido como acoso laboral. V.- Los participantes del mobbing o acoso psicológic en la organización. VI.- Las consecuencias del mobbing dentro de las organizaciones. VII.- Mediación y prevención ante la presencia del mobbing. Conclusión. Referencias Bibliográficas.

RESUMEN:

El mobbing, también conocido como acoso moral o laboral, está considerado como violencia propia de los espacios en todas las organizaciones, en las sociedades que son más complicadas, tiene el potencial de transgredir daños emocionales en las personas hasta llegar a perjudicar la salud psíquica y física. Es uno de los riesgos psicosociales en el trabajo, es un fenómeno de gran importancia por los efectos que ocasiona al individuo y la sociedad, así como por el impacto económico y social que genera. Las personas que han sufrido mobbing, han sufrido enfermedades como el estrés, síndrome de burnout, empezando con cuadros de angustias, por haber vivido escenas de terror y tortura. Es decir que el mobbing o acoso laboral busca, en definitiva, afectar a una víctima por medio de actos reiterados.

PALABRAS CLAVE: Mobbing, conflicto, acoso, persona, organización.

ABSTRACT:

Mobbing, also known as moral or harassment, violence is considered own spaces in all organizations, societies that are more complicated, has the potential of violating emotional harm on people to get to harm the mental health and physical. It is one of psychosocial risks at work, is a phenomenon of great importance for the effects caused to individuals and society, as well as the economic and social impact generated. People who have experienced mobbing, have suffered illnesses such as stress, burnout, beginning with pictures of anguish, to have lived scenes of terror and torture. Le mobbing or harassment seeks ultimately affect a victim through repeated acts.

KEYWORDS: Mobbing, conflict, harassment, person, organization.

Introducción.

El mobbing está relacionado en todos los aspectos al acoso psicológico, moral y laboral que se da entre los miembros de una organización, aunque al ser este tipo de problemas propios de las organizaciones sociales, pueden producirse en otros ámbitos distintos del laboral, se utilizará el término para definir este riesgo laboral de origen psicosocial. Pese a la dificultad que conlleva tratar de determinar qué actos puede calificarse como *mobbing*, los diversos estudios realizados han podido distinguir una serie de conductas o comportamientos típicos en las personas implicadas en el fenómeno de mobbing, conducta y actos del individuo que pueden catalogarse como constitutivos de acoso laboral.

[726] Licenciada en Administración, Licenciada en Derecho, Maestra en Administración Publica, por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Profesora Investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Doctorante en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos, PNPC-CONACYT.

La violencia psicológica o moral en el trabajo está alcanzando niveles demasiados elevados, según algunos especialistas, es preocupante, ya que los reflejos se ven en la carga de estrés del trabajador y la poca productividad en las empresas u organizaciones son cada día más frecuentes. Con esto se puede decir que es inevitable que se realice este fenómeno debido a que todo gira alrededor de las relaciones interpersonales que se establecen en el medio laboral en las diversas organizaciones, en consecuencia al paso de un determinado periodo o tiempo esto puede convertirse también en una fuente de posibles conflictos dentro de la organización.

Los tipos de mobbing se presente dependiendo a la clasificación en función de las normas que regulan a las diferentes organizaciones. Castro Santander y Reta Bravo, lo clasifican en diferentes criterios: *a. Según la gravedad de los efectos que tiene el mobbing sobre la víctima: Mobbing de primero, segundo y tercer grado; b. Según la posición jerárquica que ocupan en la empresa el acosador y la víctima: Mobbing descendente, horizontal, mixto y ascendente; c. Según el grado de intervención de la dirección de la institución: Mobbing activo y pasivo; d. Según la visibilidad del fenómeno: Mobbing directo e indirecto.* Pero de manera generalizada se han reconocido los tipos de mobbing de acuerdo a la función que se realiza en la dirección como son: el vertical y el horizontal, y a su vez el vertical podrá ser ascendente o descendente. El mobbing o acoso laboral presenta cinco fases bien marcadas como son las que menciona Montoro Gil en su libro de Mobbing bullyng o también las que señala Castro Santander:

- *Incidentes críticos*
- *Acoso y estigmatización*
- *Intervención de los responsables jerárquicos (Management)*
- *Solicitud de ayuda especializada externa y diagnostico incorrecto*
- *Perdida del puesto de trabajo*
- *Recuperación*

Las fases del mobbing lleva a que se pueda determinar desde cuándo empieza el problema, si hay aparición del mobbing, en la primera fase si el conflicto se resuelve de manera rápida todavía no se puede decir que haya sido mobbing. El mobbing término anglosajón, pero también conocido como acoso laboral, consiste en el desarrollo de una serie de acciones de intimidación psicológica, moral, social de manera sistemática y constante que

atentan contra la dignidad humana o la integridad del individuo en las organizaciones, estas instituyen violencia en el ámbito laboral de manera frecuente que son ejercidas por agresores de niveles jerárquicos superiores, de iguales o a veces de inferiores al acosado. Las conductas de los participantes del mobbing o acoso psicológico en el trabajo ha sido objeto de muchos estudios tanto del acosador como del acosado o víctima, ya que el acosador presenta siempre un carácter agresivo y la victima presenta conducta de tipo complejo.

Las consecuencias del mobbing afecta tanto en las personas que sufre el trastorno como a toda la organización, en la persona afecta al grado que se va aislando de sus compañeros que al sufrir el acoso le dan la espalda, hasta el abandono de su trabajo o salida de la organización, ya que sienten que han fracasado y se sienten abandonados por el resto de los compañeros. La mediación es una nueva oportunidad que se le concede a las partes en conflicto, para intentar resolver el problema que les provoca no llegar a un acuerdo. La mediación es un *proceso voluntario en cuanto los participantes deben estar dispuestos a aceptar la ayuda de un tercero.*[727] Es entonces la mediación una opción que puede ser utilizada para evitar un pago monetario de lo reclamado, la mediación puede ser formal e informal, entendemos la mediación informal como la que concede a ambas partes la oportunidad de presentar una exposición por escrito de lo que pretende, una vez que ambas partes hayan tenido la oportunidad de aportar lo necesario, el personal encargado de la Resolución alternativa de conflicto (RAC), los ayudará a llegar a una solución amigable y voluntaria. El mobbing o acoso moral es destructivo, y es necesario buscar formas de prevención, sobre todo a nivel organizacional, sobre todo para evitarlo, una prevención o intervención en la fase primera del mobbing favorece el clima organizacional.

I.- Definición de Mobbing.

El Mobbing se manifiesta empezando con desacuerdos o controversias que al paso de poco tiempo pueden llegar a la violencia afectando directamente al trabajador acosado,a la familia del trabajador y al final al círculo social en donde se desenvuelve, la palabra “mob” (del latín “mobile vulgus”) se traduce como multitud, turba, muchedumbre y “to mob” (del inglés)

[727] Vallejo, Raúl de Diego, Guillen Gestoso, Carlos, *Mediación, proceso, tácticas y técnicas,* 3ª Edición, Madrid, PIRAMIDE, 2010, p. 19.

como acosar, atropellar, atacar en masa a alguien. El primero en estudiar el mobbing fue el etólogo austriaco Konrad Lorenz, quien al observar el comportamiento de determinadas especies animales constato que en ciertas oportunidades, los individuos más débiles del grupo formaban una coalición para atacar a otro más fuerte.

El Mobbing proviene del vocablo anglosajón que puede ser traducido como violencia psicológica, acoso moral, acoso laboral, una medida de conducta agresiva, en nuestros tiempos se observan con más frecuencia y va tanto en aumento que las cifras de quejas de trabajadores acosados se incrementan, eso es de las que se conoce y las que nunca son externadas, por el mismo miedo del trabajador acosado. La violencia psicológica o moral en el trabajo está alcanzando niveles demasiado elevados, según algunos especialistas, es preocupante, ya que los reflejos se ven en la carga de estrés del trabajador y la poca productividad en las empresas u organizaciones. Con esto se puede decir que es inevitable que se realice este fenómeno debido a que todo gira alrededor de las relaciones interpersonales que se establecen en el medio laboral en las diversas organizaciones, en consecuencia al paso de un determinado periodo o tiempo esto puede convertirse también en una fuente de posibles conflictos dentro de la organización.

Se atribuye a Heinz Leymann la descripción de este fenómeno y su aplicación a la psicología laboral. En 1990 propuso esta definición en el marco de un Congreso sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo: El mobbing o terror psicológico en el ámbito laboral consiste en la comunicación hostil y sin ética, Trixia Valle Herrera en su libro El acoso laboral, todo sobre el mobbing, cita textualmente la definición de Leymann " *Situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo".*[728] Laymann hace una diferencia entre mobbing y los demás conflictos que se pueden presentar en la organización, siendo que el mobbing no se presenta siempre entre iguales, ya que siempre la victima ocupa por lo general un lugar inferior a su victimario, ya sea de jerarquía o de hecho, por lo tanto es claro que el acoso moral o mobbing son diferentes a otros conflictos interpersonales en la organización.

[728] Valle Herrera, Trixia, El acoso laboral todo sobre el mobbing, México, Trillas, 2011, p 19

El mobbing está relacionado en todos los aspectos al acoso psicológico, moral y laboral que se da entre los miembros de una organización, aunque al ser este tipo de problemas propios de las organizaciones sociales, pueden producirse en otros ámbitos distintos del laboral, se utilizará el término para definir este riesgo laboral de origen psicosocial. Es un fenómeno que afecta y provoca daños costosos en las victimas y por ende a las organizaciones en general, es claro que nadie puede decir que nunca será objeto de mobbing, ya que todo ser humano al relacionarse en cuestiones laborales está expuesto a caer en tal situación.

El mobbing se refiere a ciertas situaciones de hostigamiento psicológico en la organización o centro de trabajo, que se manifiestan en forma de conflictos interpersonales dentro de la misma organización social, los problemas anormales y que se vuelven cotidianos pueden traducirse en consecuencias bastante amplias que simples discusiones o problemas personales. En la realización de diversas investigaciones han llegado a la conclusión que la aparición de descontroles frecuentes van a repercutir en los trabajadores, en el clima laboral, la insatisfacción en el trabajo. "*El "Mobbing" es un fenómeno antiguo que en estos últimos años ha tomado dimensión, entidad y se comienza a prevenir y sancionar, reparadora y punitivamente. Los superiores, compañeros y/o subordinados de labor agreden, atacan abusivamente, primero, la dignidad de un empleado y de allí su destrucción lenta y minuciosa de su integridad moral, su psiquis y sus somatizaciones físicas a través de una repetición sistemática, persistente de comportamientos, palabras, actos, gestos difusos, sutiles y prolongados en forma premeditada con el fin de aniquilarlo psicológica y socialmente para excluirlo de su trabajo."*[729]

El acoso psicológico moral es un problema o situación que está presente en muchos centros de trabajo u organizaciones, consecuencia de las malas relaciones interpersonales, así como de los desórdenes organizacionales. Este comportamiento está relacionado con diferentes causas o malos elementos incluyendo discriminación de género, religiosa, étnica, discapacidad, antecedentes, orientación sexual, entre otras, así como de razones socioeconómicas que en nuestros días se están volviendo comunes.

El mobbing está latente en todos los países y afecta a todos los sectores, pero en todos son tratados de diferentes ámbitos y maneras, ya que es un problema de cultura. En nuestros tiempos conocemos jefes, directores, patrones que no conocen este fenómeno, están

[729]Montoro Gil, Gonzalo V., MOBBING BULLYNG, Buenos Aires, Diagramación y composición, 2013, p 16

desinformados de todo cuanto ocurre en sus organizaciones al respecto; ya que nada de eso llega a sus oficinas, e incluso los más atrevidos, no dudan en afirmar que son asuntos cotidianos que no les afecta en lo más mínimo, pero es por la falta de conocimiento sobre el tema, que al paso del tiempo se convierte en un conflicto complicado y costoso.

II.- Tipos de Mobbing

El mobbing en las organizaciones, afecta en gran manera a los trabajadores, ya que es una de las formas de mayor crecimiento de violencia laboral. Es la manifestación de un comportamiento ofensivo por actos vengativos, crueles, malévolos o humillantes para dañar a una persona o varias personas, son las prácticas como: hacer la vida imposible hacia aquellos que tienen la posibilidad de hacer el trabajo mejor que los victimarios, gritarle al personal de manera grosera y prepotente para que hagan las actividades, insistir en que la forma de realizar las tareas o su trabajo correctamente es la que impone el victimario, la insistente negativa a delegar autoridad porque el victimario piensa que nadie merece su confianza, y quitarle responsabilidades a alguna persona por haber sido demasiado competente.

Los tipos de mobbing se presentan dependiendo la clasificación en función de las normas que regulan el comportamiento de la organización. Castro Santander y Reta Bravo, lo clasifican en diferentes criterios: *a. Según la gravedad de los efectos que tiene el mobbing sobre la víctima: Mobbing de primer, segundo y tercer grado; b. Según la posición jerárquica que ocupan en la empresa, el acosador y la víctima: Mobbing descendente, horizontal, mixto y ascendente; c. Según el grado de intervención de la dirección de la institución: Mobbing activo y pasivo; d. Según la visibilidad del fenómeno: Mobbing directo e indirecto.* Pero de manera generalizada se han reconocido los tipos de mobbing de acuerdo a la función que se realiza en la dirección como son: el vertical y el horizontal, y a su vez el vertical podrá ser ascendente o descendente.

- *"Mobbing descendente: el acosador ocupa una posición jerárquica superior a la víctima.*
- *Mobbing horizontal: el acosador ocupa una posición jerárquica igual a la víctima.*
- *Mobbing mixto: (vertical y horizontal): Se puede llegar a este tipo de acoso por dos vías: 1. Al actuar como acosador, el superior jerárquico crea un "efecto reflejo" en los miembros de la institución de igual o similar posición jerárquica que la víctima, haciendo que éstos se conviertan también en acosadores o bien 2. Un mobbing de tipo*

horizontal evoluciona hacia uno de tipo vertical, al convertirse el superior en cómplice o en acosador.

- *Mobbing ascendente: el acosador ocupa una posición jerárquica inferior a la víctima."*[730] Es decir que el acoso también es vertical descendente y se presenta cuando este es realizado del jefe al subordinado, también se le denomina Bossing. el llamado *Bossing* llevado a cabo por el jefe o director o sus representantes (bossing, de boss, patrono), cuando el jefe quiere hacerle la vida imposible a un trabajador para conseguir el abaratamiento del despido en que termina el acoso.

El mobbing horizontal, se refleja entre personas del mismo estatus dentro de la empresa, es decir entre compañeros, los motivos pueden ser múltiples y variados, normalmente tiende a marginarlo para que abandone la organización y no sea obstáculo en los intereses profesionales del resto, a diferencia el Mobbing vertical, se refleja de superior a inferior de acuerdo a la estructura de la organización, es decir, el superior jerárquico se aprovecha de su puesto para tratar mal a un trabajador con menor jerarquía, al grado de atentar contra la dignidad humana, que lleva al trabajar acosado a aislarse, abandonar el trabajo, llevando en caso extremo a enfermar físicamente. Ahora bien el Mobbing mixto, esta se da en la combinación del horizontal y vertical, es ocasionado por la existencia de comportamientos que atentan contra la dignidad del individuo, tanto por parte de los superiores, los cuales actúan por acción u omisión, como por parte de los compañeros, los cuales atentan directamente contra el acosado por razones personales o como un medio de defensa de su algún puesto.

III.- Fases del Mobbing

El mobbing, también conocido como acoso moral o acoso laboral**,** se presenta de manera continua y se desarrolla en diferentes etapas o fases, desde que aparece el conflicto hasta que se consigue que la víctima se sienta afecta y por ende marginada, por las diversas investigaciones en la actualidad se muestra que también de una fase final de recuperación, el mobbing o acoso laboral presenta cinco fases bien marcadas como son las que menciona Montoro Gil en su libro de Mobbing bullyng o también las que señala Castro Santander que incluye la de recuperación:

- "*Incidentes críticos: La situación desencadenante del acoso suele verse como un conflicto que en un momento dado adquiere mayor proporción.*

[730] Castro Santander, Alejandro, Reta Bravo, Cristina, Educar sin miedo, Buenos Aires, Bonum, 2014, p 151

- *Acoso y estigmatización: El acoso son determinados comportamientos que tomados aisladamente son anodinos pero la repetición sistemática son propósitos hostiles suele estigmar la víctima.*
- *Intervención de los responsables jerárquicos (Management): Debido al proceso de estigmatización es frecuente situar la responsabilidad en la victima cuando en realidad es del agresor.*
- *Solicitud de ayuda especializada externa y diagnostico incorrecto: Si la persona acosada busca ayuda psicológica es probable que basen el diagnostico en su estado actual (ansiedad, depresión, obsesión…) y no tengan en cuenta el contexto.*
- *Perdida del puesto de trabajo: Todo está a punto para que la victima sea "borrada" del lugar de trabajo."*[731]
- *"Recuperación: Debido al mayor conocimiento y difusión de este proceso destructivo, existen personas en la empresa (jefes y compañeros) que se niegan a agredir, y también encontramos personas fuera de la empresa que ayuda a la recuperación del daño recibido*."[732]

Las fases del mobbing lleva a que se pueda determinar desde cuando empieza el problema, hasta que si hay aparición del mobbing o no, en la primera fase si el conflicto se resuelve de manera rápida todavía no se puede decir que haya sido mobbing. Las personas involucradas en el conflicto, es decir el acosador y el acosado, tal vez antes que se diera el enfrentamiento pudieron ser hasta amigos o buenos compañeros de trabajo, pero por alguna diferencia ya sea por trabajo o quizás por cosas personales, se fue dando la disconformidad y fue creciendo la presión en la relación, al grado que el acosado no comprende la escala del problema que se va aumentado, entre tanto empieza un proceso de acoso, en el que el acosador esta sobre la víctima, haciéndola ver mal, torpe, inútil e innecesaria al grado de afectarla quitándole los medios de trabajo, el acceso a lugares específicos, lo trata de mal frente a las demás personas, para que tampoco se relacionen con el acosado, hasta conseguir que se le pierda el respeto; y si el acosado no se defiende da pauta para que todo tipo de hostigamiento por parte del acosador sean vistos como normales, sus actos se vean insignificantes, de modo que el acosado se empiece a mirar como una persona demasiado delicada y que todo le cae mal.

[731] Montoro Gil, Gonzalo V., op. Cit p63
[732] Castro Santander, Alejandro, Reta Bravo, Cristina, op, cit. P 162

El individuo acosado va perdiendo la capacidad para enfrentarse al problema, al grado que empieza a tener desequilibro en su salud, afectando el entorno que lo rodea, demuestra poca capacidad e ineficacia en su trabajo o tareas que desempeña, es muy distraído, hasta que el problema es conocido por los jefes o directivos, pero se sigue aumenta la culpabilidad hacia la víctima, cuando ya interviene el jefe superior jerárquico el acoso puede ser cambiado hasta de puesto o lugar de trabajo y eso hace que el acosado se sienta peor, en último de los casos puede darse hasta el despido del trabajador acosado, en cambio el acosador sigue en el mismo puesto dentro de la organización y nadie manifiesta disconformidad alguna, pues nadie indaga el trasfondo del problema.

Las personas que han sido víctimas de acoso solicitan la ayuda especializada externa pero puede ser que los diagnósticos sean incorrectos o erróneos, que solo van aumentando el sufrimiento del acosado, ya que lo hace más culpable del problema en que se vio involucrado, en la gran confusión los especialistas pueden diagnosticar que la persona lo que padece es estrés laboral, depresión, síndrome de Burnout o síndrome de estar quemado, debido a los sentimientos y estrés que presenta entre otros, esto hace al acosado culpable de producir su propio deterioro.

Las victimas cuando ya ven que la situación se ha vuelto inestable y se sienten culpables sin serlo, toman decisiones tajantes al grado de renunciar a pertenecer a la organización y abandonar su trabajo, puede darse que por la presión que presentan algunos trabajadores llegan hasta el suicidio para salir del problema en que están viviendo, se sienten culpables porque afectan a terceras personas como también a su círculo familiar, social. Dentro de las fases del mobbing, actualmente se conoce una nueva que es la de recuperación que ayuda a que los integrantes de una organización conocen más sobre estos hechos y hace que se eviten las agresiones en el centro de trabajo o en las diversas organizaciones, se dan más orientaciones al personal para que haya mejor clima organizacional.

IV.- Las acciones del mobbing o también conocido como acoso laboral.

El mobbing término anglosajón, pero también conocido como acoso laboral, consiste en el desarrollo de una serie de acciones de intimidación psicológica, moral, social de manera sistemática y constante que atentan contra la dignidad humana o la integridad del individuo en las organizaciones, éstas acciones instituyen violencia en el ámbito laboral de manera

frecuente que son ejercidas por agresores de niveles jerárquicos superiores, de iguales o a veces de inferiores al acosado, dentro de las acciones más comunes están las siguientes:

- "*Medidas organizacionales: Ambiente hostil y cultural del miedo y ataques de los derechos laborales.*
- *Ataque al trabajo: Presión excesiva y sobrecarga de trabajo, menosprecio del trabajo, tareas irrelevantes o denigrantes, evaluaciones injustas; poco o nulo acceso a recursos; falta de claridad en las metas.*
- *Agresión verbal y física: Regaños y gritos. Agresión directa; Evidenciar, chismes, mentiras y comentarios negativos; Burlas e insultos; Hablar mal del otro en ausencia y Amenazas.*
- *Aislamiento: Ignorar: no tomar en cuenta ideas o propuestas; no relacionarse ni hablar con la victima; exclusión de juntas, proyectos y reuniones; no proporcionar información.*
- *Ataque a lo privado: Ataque a lo personal, hostigamiento sexual."*[733]

Estas acciones se caracterizan porque el acosador tiene una actitud hostil, agresiva o de indiferencia, así como acciones persistentes que puede ser a diario o una vez por semana, y se presentan de manera sistemáticamente y a lo largo de un período prolongado de tiempo, ubicando a la persona que lo padece en una situación de malestar, soledad e indefensión. Esta persona o grupo de personas reciben una violencia psicológica injustificada a través de actos negativos y hostiles en las organizaciones o en su centro de trabajo por parte de sus compañeros, subalternos o superiores, se pretende en último término con este hostigamiento, intimidación o perturbación el abandono del trabajo por parte de la víctima o víctimas.

V.- Los participantes del mobbing o acoso psicológico en la organización.

Las conductas de los participantes del mobbing o acoso psicológico en el trabajo ha sido objeto de muchos estudios tanto del acosador como del acosado o víctima, ya que el acosador presenta siempre un carácter agresivo y la victima presenta conducta de tipo complejo.

El acosador o victimario

[733] Uribe Prado, Jesús, Violencia y acoso en el trabajo Mobbing, México, UNAM, 2011, p 76

Las personas en cualquier momento pueden ser víctimas de mobbing o acoso psicológico, pero también todos pueden ser acosadores, de acuerdo a los resultados obtenidos por diversas investigaciones con los especialistas, llegaron a la conclusión que, cualquier persona que no es capaz de resolver ciertas dificultades en el entorno laboral puede ser un acosador potencial, al momento de usar el poder como defensa y de esta forma imponerse sobre las demás personas o grupos hasta llegar a provocar miedo incontrolable, es decir, busca que las víctimas no logren defenderse al momento de la agresión. "*El que en un momento determinado no se haya actuado de la manera correcta, no significa a priori que las conductas ejecutadas encuadren dentro del perfil del acosador, los acosadores son personas narcisistas con un profundo complejo de inferioridad, pero que ante los demás repiten lo mucho que valen y lo bueno que son sus trabajos. Suelen rodearse de personas mediocres o sumisas que confirman la inflada idea que tienen de sí mismos*."[734]

El acosador siente competencia cuando su víctima tiene un nivel profesional más valioso, lo que provoca que el victimario sienta el deseo de eliminarlo o quitarlo de su camino al grado de sacarlo de la organización, pero no hay que perder de vista que tiene rasgos específicos. Tal como lo advierte Iñaki Piñuel en su libro Mobbing. Como sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo, como son: el narcisismo, la impulsividad, mediocridad profesional, ineptitud e inseguridad, la imposibilidad para expresar sentimientos de culpa, envidias y complejos de inferioridad fundamentalmente, se muestra de manera violenta con su víctima, pero a los demás compañeros los trata con respeto y es muy agradable. "*La autoestima es básica para la autoprotección y defensa en un medio hostil. Cuando las personas se sienten respetadas y reconocidas se produce un acuerdo entre su evaluación externa e interna, por lo que la interacción con los demás es adecuada. De lo contrario, es probable que surjan conflictos, en especial cuando la visión positiva que tenemos de nosotros mismos es cuestionada o rechazada por los demás*."[735]

El problema primordial que exterioriza el mobbing o acoso psicológico o acoso laboral, es como detectar al acosador o victimario, debido que este demuestra una imagen pasiva hacia el exterior y es aceptada de manera agradable por muchos, por lo general no es consciente del daño que pueda ejercer, de hecho no se fijan mucho en personas serviciales y que son

[734] Piñuel, Iñaki, Mobbing. Como sobrevivir al coso psicológico en el trabajo, Santander, Sal Terrae, 2001.
[735] Uribe Prado, Jesús, op cit. P 57

disciplinados, desencadena su agresividad y toda la serie de conductas de acoso en la envidia por los éxitos y los méritos de los demás, hasta llegar al odio y rencor hacia la víctima. El comportamiento de una persona que es acosador en la organización, muchos autores han determinado que tienen una conducta con rasgos narcisistas, psicópatas, no poseen la capacidad para comprender a los demás ni mucho menos las emociones de otros. El acosador siempre encuentra las coartadas para ocultarse como son: "*ocultarse tras el poder utilitario o la excusa de pasar por una crisis laboral generalizada; valerse de la competitividad y usar la excusa de un mayor control."*[736] Esto se puede ver desde mucho tiempo que cuando las organizaciones están desorganizadas y no cuentan con una buena dirección, el acosador aprovecha el poder que se le ha concedido hasta lograr el control para reprimir, seducir mediante engaños a su víctima o víctimas.

El acosado o victima

La persona que se vuelve víctima de un acoso en el centro de trabajo, no posee un perfil definido según los expertos, por lo que todos en algún momento pueden padecer este fenómeno, esto quiere decir que, cualquier persona en cualquier momento puede ser víctima. El mobbing no se presenta siempre en las personas que son débiles o enfermas de algún padecimiento psicológica, basta con tan solo ser agredido por un acosador en potencia, en algunos casos las víctimas se auto señalan de manera voluntaria e inconscientes se presentan ante su agresor, es cuando el agresor aprovecha para mentir y desacreditar a su víctima ante la presencia de quienes los rodean. "*Las víctimas son personas que, a ojos de su acosador, aparecen como envidiables, debido a sus características positivas, y esto mismo las transforman en una amenaza, sobre todo si son inconformistas y, gracias a su inteligencia y preparación, cuestionan sistemáticamente los métodos y las formulas de la organización del trabajo que les vienen impuestos*."[737] Por lo tanto, no estamos frente a problemas psicológicos de la víctima, pero si puede generar envidia de su acosador.

Las personas que pueden ser víctimas de acoso o de mobbing, son admirables, realizan sus tareas con calidad y son responsables que al final los perjudica y los ponen en una encrucijada, es algo contradictorio pero si suele darse. Muchos investigadores y diversos estudios hechos, han dado como resultado que el mobbing afecta a las personas que son más preparadas, que

[736] Rodríguez, Nora. DEL MOBBING AL BURNOUT, Barcelona, Océano ámbar, 2013, pp50-51
[737] Castro Santander, Alejandro, Reta Bravo, Cristina, op, cit. P 149

son más responsables, los mejores dentro de una plantilla de trabajadores dentro de la organización, al grado que su responsabilidad y principios morales los obligan a renunciar y salirse del entorno en que son acosados.

El acosado o victima siempre suele hacerse preguntas como: ¿porque tiene que pasarle a él?, ya que se da cuenta que él no está generando ningún problema, pero prefiere callar para no hacer enojar a nadie, o porque se siente responsable de lo que pasa, o también puede ser por miedo. El miedo tiene diversos ropajes y los llamamos temor, ansiedad, angustia, estrés, etc. Cada una de estos conceptos tiene connotaciones específicas. "*El miedo se activa por la percepción de amenaza, como ya hemos dicho. El daño o peligro puede ser físico (miedo a quemarse) o psicológico*".[738]

Los sujetos que son susceptibles de sufrir mobbing están clasificados en tres categorías, como las que menciona González de Rivera quien los clasifica en: a) Los que denomina *envidiables*, que son personas brillantes y atractivas, pero consideradas como peligrosas o competitivas por los líderes implícitos del grupo, que se siente cuestionados por ellos. b) Las personas *vulnerables* son aquellas que por tener alguna peculiaridad o defecto, o por ser personas habitualmente necesitadas de afecto y aprobación, parecen inofensivos e indefensos, siendo por tanto más fáciles de agredir. c) Por último, están las personas *amenazantes,* trabajadores activos y eficaces, que ponen en evidencia lo establecido y predispuestos, permitiéndose el planteamiento de reformas o modificaciones, lo que asusta a los acosadores.

VI.- Las consecuencias del mobbing dentro de las organizaciones.

Las consecuencias del mobbing afecta tanto en las personas que sufren el trastorno como a toda la organización, en la persona afecta a tal grado que se va aislando de sus compañeros que al sufrir el acoso le dan la espalda, hasta el abandono de su trabajo o salida de la organización, ya que sienten que han fracasado y se sienten abandonados por el resto de los compañeros. "*No es de extrañarse que quienes son víctimas de mobbing lleguen en alguno momento a sentirse verdaderamente impotentes, traicionados e incapaces de afrontar su trabajo. En primer lugar, porque cuanto les ocurre escapan a cualquier imaginación, a cualquier cálculo… En segundo lugar, porque, influenciados por la indiferencia con que son tratados por sus compañeros, la mayoría descubren tardíamente que haber sido pacientes y*

[738] Redorta, Josep, EL PODER Y SUS CONFLICTOS O ¿Quién puede más?, Barcelona, PAIDOS, 2006, p 157

amables o rebeldes y contestatarias sólo ha servido para agravar las cosas."[739] El Mobbing o Acoso Psicológico para las víctimas pueden ser devastadoras, con cuadros depresivos hasta llegar al extremo.

Las consecuencias de mobbing en el entorno sociofamiliar y en toda las organizaciones se ven reflejadas en su clima organizacional, ya que se da mucha desmotivación, insatisfacción laboral, redundando en la baja productividad, afecta también el rendimiento de todo el personal, elevando los costos de producción y administración, repercute de manera negativa en toda la organización. Al afectar de manera directa el clima organizacional se vuelve un trabajo de manera informal, debido al desorden de procedimiento, los obstáculos y limitaciones que se empiezan a reflejar, porque se toca toda la estructura de la organización.

El mobbing hace que se den pérdidas de talentos en la organización, se enfrenta a una rotación de personal en escenarios poco éticos y espacios más mediocres y costosos, hasta volverse lenta en el desarrollo y actualización. "*Por otro lado, tampoco hay que perder de vista las repercusiones que produce esta situación en el medio sociofamiliar, donde las consecuencias de tener a un ser querido amargado, desmotivado, sin expectativas ni ganas de trabajar, puede desencadenar una desestructuración familiar, con el riesgo adicional que esto supondría. Asimismo, también se producen efectos negativos sobre la empresa. Las relaciones interpersonales llegan a deteriorarse profundamente.*"[740] En el ámbito laboral, hay ausentismo y licencias médicas constantes y prolongadas; en la familia su manifestación es a gran escala mediatizada por conflictos entre los cónyuges y los hijos, se vuelve tan crónico que la víctima se incapacita por temporadas largas o de por vida.

VII.- Mediación y prevención ante la presencia del mobbing.

La organización está compuesta por las relaciones interpersonales, que a la vez integran grupos y equipos, que siguen una visión de la organización para lograr un trabajo en común, pero no dejan de faltar los conflictos que la organización siempre tiene que hacerle frente, que en ocasiones se presentan en litigios costosos, que la lleva hasta el cierre de la misma. La mediación es una nueva oportunidad que se le concede a las partes en conflicto, para intentar resolver el problema que les provoca no llegar a un acuerdo.

[739] Rodríguez, Nora, op. Cit. P67
[740] Fidalgo Vega, Manuel, EL ESTRÉS LABORAL:¡SUPÉRALO!, México, Vecchi, 2011, p 203

La mediación es un *proceso voluntario en cuanto los participantes deben estar dispuestos a aceptar la ayuda de un tercero.*[741] Es pues entonces la mediación una opción que puede ser utilizada para evitar un pago monetario de lo reclamado, la mediación puede ser formal e informal, entendemos por la mediación informal como la que concede a ambas partes la oportunidad de presentar una exposición por escrito de lo que pretende, una vez que ambas partes hayan tenido la oportunidad de aportar lo necesario, el personal encargado de Resolución alternativa de conflicto (RAC), los ayudará a llegar a una solución amigable y voluntaria. Si las partes no pueden acordar resolver su controversia, se podrá elegir la opción de mediación formal o en último de los casos el arbitraje. Entendiendo que la mediación formal es, *un proceso muy estructurado, con unas reglas definidas en las que mediador actúa como representante de una institución u órgano oficial*.[742] Entonces siendo un mecanismo voluntario orientado a la resolución de conflictos, a través del cual dos o más personas gestionan una solución amistosa de sus diferencias, auxiliadas por otra persona neutral, podemos decir, que se trabaja de manera voluntaria con las partes en conflicto en un ambiente de respeto.

En las organizaciones cuando se ignoran los conflictos o los problemas por más pequeños que sean, puede tener un final desastroso, como es el acoso moral entre los compañeros o superior jerárquico, al grado de provocar miedo, depresión, baja de autoestima, es por tanto que se deben de elaboran medidas para detectar el acoso en la primera fase, logrando que la víctima se ponga en contacto con un especialista que puede ser un mediador que debe de ser bajo la intervención de la misma organización, la mediación como instrumento para resolver conflictos de acoso en las organizaciones, puede ser mediante ayuda de un experto externo que sea imparcial, confidencial, puede frenar el acoso, ya que uno de los objetivos de la mediación es facilitar en el trabajo un dialogo tranquilo, buscando siempre soluciones de calidad, justas y satisfactorias para las partes en conflicto de acoso.

El mobbing o acoso moral es destructivo, y es necesario buscar formas de prevención, sobre todo a nivel organizacional, sobre todo para evitarlo, una prevención o intervención en la fase

[741] Vallejo, Raúl de Diego, Guillen Gestoso, Carlos, *Mediación, proceso, tácticas y técnicas,* 3ª Edición, Madrid, PIRAMIDE, 2010, p. 19.

[742] Vallejo, Raúl de Diego, Guillen Gestoso, Carlos, *op.cit,* p64

primera del mobbing favorece el clima organizacional, evita riesgos profesionales, mejora la salud en el trabajo, pero en los jefes o directivos de las organizaciones está la responsabilidad de emprender medidas para evitar el acoso o el mobbing, poniendo en práctica la mediación como un instrumento para evitar todo tipo de violencia laboral, que se den las mejores condiciones laborales, evitando la aparición de estrés, reforzar el dialogo y una escucha táctica en las relaciones profesionales, para que una organización sea exitosa no solo debe de depender de los resultados financieros si también de su clima, evitando que las personas padezcan estrés o tengan miedo por acoso moral que los esté afectando.

Las organizaciones deben de contar con medidas preventivas ante la presencia de mobbing, para tener conocimientos de los factores que arriesguen la salud y seguridad de sus integrantes, establecer mecanismos para la prevención de acoso dentro y fuera de la organización, fijar procedimientos de manejo de conflictos para evitar conductas acosadoras, puede contribuir a eliminar la posibilidad de que se dé el acoso, deben de tratar que se den buenas prácticas de relaciones humanas para mejorar el clima organizacional. "*Innovar, cambiar y aprender en las organizaciones, significa abrir la visión, la creatividad y la curiosidad, sumar capacidades para conseguir mejores logros conjuntos, soñar con lo imposible para poder tomar decisiones que vayan más allá de lo habitual. Las intervenciones apreciativas tienen esa visión y misión: Ayudar a las personas, grupos y organizaciones a soñar, a diseñar escenarios deseados para un futuro mejor. Hacer algo distinto para conseguir resultados diferentes*."[743]

Conclusión

Las organizaciones han venido experimentando cambios sobre todo a nivel de administración y control del factor humano, ya que hay una predisposición en poner énfasis en las personas que trabajan y no tomarlos como meros recursos de productividad, uno de los objetivos que debe de contemplar es tener cero problema o conflicto dentro de la misma. Un fenómeno que está afectando gravemente es el acoso laboral que hasta la fecha, han sido elaborados múltiples conceptos que buscan definir el acoso laboral, también llamado mobbing, psicoterror laboral, violencia psicológica o acoso moral, entre otras denominaciones. Sin

[743] Novel Martí, Gloría, MEDIACIÓN ORGANIZACIONAL: DESARROLLANDO UN MODELO DE ÉXITO COMPARTIDO, Madrid, 2010, p 129

embargo, su conceptualización resulta difícil, ya que las conductas que lo constituyen pueden revestir variadas formas.

Las organizaciones deben apoyar para que las personas tengan calidad de vida, ya que si el individuo es feliz produce más y con calidad, porque se siente satisfecho, por tanto deben crear acciones preventivas ante la presencia de todo tipo de problemas o conflictos, mediante una adecuada organización del trabajo y la puesta en práctica de herramientas necesarias para prevenir, regular, y en la medida de lo necesario, sancionar problemas interpersonales que se presentan en las organizaciones. Las medidas o tácticas para afrontar el acoso moral o psicológico en el trabajo serán diferentes en cada caso y dependerán de las características que se combinan entre los factores relacionados con el individuo que ejerce el acoso, la víctima que lo padece y el entorno organizacional en el que se produce.

La implementación de diversas estrategias que aparte de generar un buen clima organizacional y crear una buena cultura organizacional, también pueda identificar los problemas y conflictos interpersonales que se pudieran suscitar de manera inmediata, esto dará un elemento fundamental para detectar situaciones como es el acoso moral o laboral, también llamado mobbing en la primera fase, evitando el avance y que tenga perdidas de personas capacitadas y sobre todo se vea sumergida en un lento crecimiento y poca producción en la organización.

Es importante buscar una solución satisfactoria en un problema como es el mobbing o acoso moral o laboral, auxiliarse por personas preparadas profesionalmente que ayuden a trasformar la discordia o conflicto en una oportunidad de superación de las personas, las organizaciones deben de buscar un especialista en mediación que les proporcione la asesoría sobre las alternativas de solución como son los mecanismos voluntarios orientados a resolver conflictos, de manera amistosa, solucionar las diferencias auxiliadas por otra persona que sea neutral, de forma pacífica y equitativa en un ambiente de respeto.

Referencias Bibliográficas.

Blanco Carrasco, Marta, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos, una visión jurídica*, Madrid, REUS, 2009.

Calcaterra, Rubén A. *Mediación estratégica*, Barcelona, Gedisa, 2006

Chiavenato, Idalberto. *Comportamiento Organizacional*. México, Mc Graw Hill, 2009.

Castro Santander, Alejandro, Reta Bravo, Cristina, Educar sin miedo, Buenos Aires, Bonum, 2014, p 151.

Fondevila, G., El hostigamiento laboral como forma de discriminación: un estudio cualitativo de percepción. Mexicana de Sociología, 2008, 70(2), 305-329.

Fidalgo Vega, Manuel, EL ESTRÉS LABORAL:¡SUPÉRALO!, México, Vecchi, 2011, p 203.

JUDGE, Timothy, *Comportamiento Organizacional*, México, Pearson, 2013.

Martínez de Munguía, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos, una guía introductoria*, México, Paidós.1999.
Moere, Christopher, *El Proceso de Mediación*, Argentina, Granica, 1995.
Montoro Gil, Gonzalo V., MOBBING BULLYNG, Buenos Aires, Diagramación y composición, 2013, p 16.
Montano, L., Las trampas de la modernidad. Acoso laboral en una organización publica mexicana. Administración y Organizaciones, 2008, 20 (10), junio, 43-60.
Novel Martí, Gloría, MEDIACIÓN ORGANIZACIONAL: DESARROLLANDO UN MODELO DE ÉXITO COMPARTIDO, Madrid, 2010, p 129
Núñez, Antonio, *El Libro De La Negociación*, 3ra Ed., España, Ediciones Díaz De Santos, 2009.
Piñuel, Iñaki, Mobbing. Como sobrevivir al coso psicológico en el trabajo, Santander, Sal Terrae, 2001.
Redorta, Josep, EL PODER Y SUS CONFLICTOS O ¿Quién puede más?, Barcelona, PAIDOS, 2006, p 157.
Remo F. Entelman, *Teoría de conflictos, hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, gedisa, 2009.
Rodríguez, Nora. DEL MOBBING AL BURNOUT, Barcelona, Océano ambar, 2013, pp50-51
Robbins, Stephen P, *Comportamiento Organizacional.* México, Prentice Hall, 2013.
Uribe Prado, Jesús, Violencia y acoso en el trabajo Mobbing, México, UNAM, 2011, p 76
Valle Herrera, Trixia, El acoso laboral todo sobre el mobbing, México, Trillas, 2011, p 19
Vallejo, Raúl de Diego, Guillen Gestoso, Carlos, *Mediación, proceso, tácticas y técnicas*, 3ª Edición, Madrid, PIRAMIDE, 2010, p. 19.
VANCEVICH, John, C*omportamiento organizacional*, Séptima Edición, traducción de Núñez Herrerón José Luis, Palos Báez Enrique, México, Mc Graw Hill, 2012. http://www.acosolaboral.org.uy/programas/conceptoMobbing.php

CAPÍTULO X. CONCEPTOS Y PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN PENAL

Julio César Valdez Silva

SUMARIO:

Introducción; A. Aspectos conceptuales; 1. Sobre el vocablo mediación; 2.Concepto de mediación penal; B. Principios rectores de la mediación penal según la Ley de Acceso a la Justicia Alternativa del Estado de Tabasco y la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal; 1. Voluntariedad; 2. Confidencialidad; 3. Imparcialidad; 4. Equidad; 5. Neutralidad; 6. Honestidad; 7. Flexibilidad; 8. Consentimiento informado; 9. Intervención minina; 10. Gratuidad; 11. Oportunidad; 12. Legalidad; Cnclusión

RESUMEN:

Los mecanismos alternativos de solución de controversias surgen como una alternativa a los ya establecidos y con la finalidad de dar mayor credibilidad al sistema de justicia, así como también abatir la gran carga de juicios que se han generado ante las autoridades encargadas de impartir y administrar la justicia. El presente trabajo en un primer momento aborda conceptos doctrinarios y jurídicos de lo que se entiende por *mediación* y por *mediación penal*, posteriormente se identifican y describen los principios que rigen a dicho mecanismo los cuales son reconocidos tanto en la Ley de Acceso a la Justicia Alternativa del Estado de Tabasco como por la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

PALABRAS CLAVE: Reforma Constitucional, mediación, mediación penal y principios rectores.

ABSTRACT:

Alternative dispute resolution mechanisms are emerging as an alternative to the established and in order to give greater credibility to the justice system, as well as bring down the heavy burden of judgments that have been generated before the authorities responsible for providing and managing justice. This paper initially deals with doctrinal and legal aspects of what is meant by mediation and criminal mediation concepts, then identifies and describes the principles governing the mechanism which are recognized both in the Law on Access to Alternative Justice Tabasco State as the National Law Alternative Dispute Resolution Mechanisms in Criminal Matters.

KEYWORDS: Constitutional reform, mediation, criminal mediation and guiding principles.

INTRODUCCIÓN

Antes de que concluyera el siglo pasado y ante la innegable crisis por la cual atravesaba y atraviesa el sistema jurídico de nuestro país, sea por el monopolio que ejerce el Estado con respecto a la administración y procuración de la justicia o debido al gran cumulo de juicios ventilados en los órganos jurisdiccionales, aunado a la lentitud en la tramitación de los mismos, sin dejar de observar el retardo en la emisión de las sentencias; se pensó entonces en la necesidad jurídica de realizar reformas que contribuyeran para evitar a costa de lo que fuera se continuara con esa espiral viciada.

Ante ello se desplegaron distintas políticas tendientes a que, tratándose de justicia, se cumpliera con el mandato judicial que esta fuera pronta y expedita, considerando entre las más importantes el fortalecimiento hacia el interior del Poder Judicial, lo que implicaba no solo el de mejorar los salarios de sus funcionarios, sino también el de capacitarlos proporcionándoles

una mejor infraestructura que va desde las instalaciones donde desempeñan sus funciones como la de proveerles de tecnología de avanzada para su desempeño.

Aunado a esas políticas se consideró, mediante reformas de fondo, la de despresurizar todo el sistema de administración de justicia, es decir implementar vías alternas para que determinados asuntos de características específicas pudieran ser resueltos por mecanismos que coadyuvaran para ese objetivo, esto es mediante los llamados mecanismos alternativos de solución de controversias.

No podemos dejar de mencionar que mediante la Reforma Constitucional del 18 de junio del año 2008 en México se modificó el párrafo tercero del artículo 17 para leerse en los siguientes términos:

Las Leyes preverán mecanismos alternativos en la solución de controversias. En materia penal regularan su aplicación, aseguraran la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.[744]

Es notorio que derivado de las reformas al artículo anteriormente transcrito se incorporó como un Derecho de los gobernados la búsqueda, instrumentación y aplicación de lo que se conoce como mecanismos alternativos en la solución de controversias, de allí que en nuestra derecho vigente hayan surgido conceptos asimilables como la negociación, la conciliación, la mediación, el arbitraje, etc.

El presente trabajo en un primer momento aborda conceptos doctrinarios y jurídicos sobre lo que se entiende por mediación y por mediación penal para posteriormente identificar y describir los principios que rigen a los mecanismos alternativos de solución de controversias y en específico la mediación en la materia penal

En el caso de México podemos afirmar que ya todos los Estados cuentan al menos con leyes o reglamentos que establecen la implementación de la mediación penal e incluso ya cuentan con centros ex profeso para desarrollar el procedimiento de dicho mecanismo, lo que en algunas entidades federativas los denominan Centros de Justicia Alternativa en Materia Penal.

[744] Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario oficial de la federación, 18 de junio de 2008.

A. ASPECTOS CONCEPTUALES.

1. SOBRE EL VOCABLO MEDIACIÓN

Sobre el vocablo mediación,gramaticalmente[745] es la "acción y efecto de mediar", lo cual, entre otras acepciones, significa: "interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad".

La práctica de la mediación comprende un campo tan extenso que no permite una definición estricta,[746] en la doctrina como en el ámbito legal se han proporcionado conceptos al mecanismo denominado mediación, pero en lo esencial éstos coinciden en establecer que al mediador le está prohibido hacer propuestas de solución al intervenir en un proceso de mediación, es decir se focaliza a la obtención de acuerdos, al reconocimiento entre las partes, a la facilitación de la comunicación y al fortalecimiento de la relación.

La mediación es un mecanismo alternativo de solución de controversias. La mediación en la actualidad podría ser catalogada como el más importante de los mecanismos debido a lo eficaz que ha resultado su implementación al dar respuesta a conflictos de cualquier índole, ya sean familiares, civiles, escolares, comunitarios, penales, etc., que van desde ámbitos internos de una sociedad hasta externos cuando derivan de problemas internacionales.

Precisamente la naturaleza misma del mecanismo (sus principios por ejemplo) como por el perfil de lo que se conoce como mediadores, es lo que ha hecho que evolucione de manera vertiginosa tanto en México como en el mundo.

Márquez Algara define a la mediación como "...el proceso comunicacional educativo y voluntario en donde con la presencia e intervenciones de un tercero imparcial -el mediador- se producen nuevas interacciones entre las partes, lo que facilita a los mediados tener otra visión del conflicto..."[747]

Algunos consideran dicho mecanismo como la herramienta más novedosa ya que la técnica en su implementación promete mayores éxitos en el campo de la resolución de conflictos, al dejar en manos de las partes opuestas en conflicto, quienes son asistidas por un tercero imparcial, la posibilidad de solucionar su propia situación. Según la interpretación más optimista, la

---

[745] *Diccionario de la Lengua Española*, vigésimo primera ed., Madrid, Espasa Calpe 1992, pp. 951 y 952.

[746] Folberg, J. y Taylor, A., *Mediación resolución de conflictos sin litigio*, México, Limusa, 1996, p. 38. (pp 369)

[747] Márquez Algara, María Guadalupe, *Mediación y administración de justicia: hacia la consolidación de una justicia participativa,* México. Universidad Autónoma de Aguascalientes, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, 2004, p. 165.

mediación es una herramienta para la transformación de las relaciones sociales, de acuerdo a lo sostenido por Munguía.[748]

El Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano[749], define a la mediación como:

Medio alternativo de solución de controversias que como tal representa un medio autocompositivo, consiste en un procedimiento privado, informal, voluntario y no adjudicatario, en virtud del cual las partes someten una cierta controversia susceptible de una solución convencional a un tercero independiente, imparcial y neutral, quien actúa como un facilitador que busca una avenencia entre las partes, para lograr que éstas, de común acuerdo, encuentren una solución a su desavenencia.

El mecanismo denominado mediación es un procedimiento en el que, si bien existen dos partes con un determinado conflicto jurídico (civil, familiar, penal incluso comunitario, etc.), éstas no se someten a la decisión de un tercero ajeno al conflicto como en el caso de un juicio, donde un Juez es quien decide y pone fin a la controversia. Las propias partes (llamadas mediados), a través del simple diálogo, buscan llegar a una posible solución. Para lo anterior, son asistidas por un tercero (mediador, tercero neutral, facilitador, etc.), el cual las ayuda a facilitar el diálogo, pero que no tiene ningún poder de decisión (ni siquiera puede proponer posibles soluciones al conflicto). Como lo explica Azar:

El mediador permite que las partes encuentren un punto de comunicación, las asiste escuchándolas, refraseando sus planteamientos, validando la expresión de sentimientos y ayudándolas a llegar a un acuerdo. Esta tendencia prohíbe rotundamente al mediador proponer soluciones que él considere aplicables ni dar puntos de vista personales de cómo pueden alcanzar el arreglo.[750]

Eduard Vinyamata conceptualiza a la mediación como:

El proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos

---

[748]Martínez de Munguía, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos, una guía introductoria*. México, Paidós. 1999, p. 49. (205 pp.).

[749]*Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa: Universidad Nacional Autónoma de México 2001.

[750] Azar Mansur, Cecilia.,*Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Breviarios Jurídicos, México, Porrúa, 2003.

mitigado, el conflicto, que actúe preventivamente o de cara a mejorar las relaciones con los demás.[751]

Robert Fisher y William Ury al referirse con respecto a la mediación lo hacen en los siguientes términos: "como un método alternativo de resolución de conflictos, conducido por un mediador neutral e imparcial que dirige a las partes en la negociación de un acuerdo mutuamente aceptable."[752]

Con el devenir de los años y de la información que surge de la propia literatura y doctrina, advertimos que el uso del mecanismo mediación ha sido ampliamente utilizada en los últimos treinta años aproximadamente, considerando que la razón de ello es porque se han obtenido resultados positivos, es decir, es efectivo.

Una de las definiciones que es de referencia necesaria para identificar la mediación es la que nos proveen Folberg y Taylor al establecer que:

El proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslansistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.[753]

Por su parte, Baruch Bush y Folger, explican qué se debe entender por mediación transformativa, refiriéndose a que:

"El proceso de mediación contiene un potencial específico de transformación de las personas –lo que promueve el crecimiento moral- al ayudarlas a lidiar con las circunstancias difíciles y a salvar las diferencias humanas en medio mismo del conflicto. Esta posibilidad de transformación se origina en la capacidad de la mediación para generar dos efectos importantes: la revalorización significa la devolución de los individuos de cierto sentido de su propio valor, de su fuerza y su propia capacidad para afrontar los problemas de la vida. El reconocimiento implica que se evocan los individuos, la aceptación y la empatía con respecto a la situación y los problemas de terceros. Cuando ambos procesos ocupan un lugar central en la práctica de la mediación, se ayuda a las partes a utilizar los conflictos como oportunidades

[751] Vinyamata Camp, Eduard, *Aprender mediación*, Barcelona, Paidós, 2003, p.17.
[752] Fisher, Robert y Ury, William L., *Getting to yes: negotiating agreement without giving*, Estados Unidos de Norteamérica, Penguin Group Incorporated, 2011, s/p.
[753]Folberg, J. y Taylor, A., *op. cit.*, p. 27.

de crecimiento y transformación moral, y se realiza el potencial transformador de la mediación".[754]

Para el modelo circular narrativo desarrollado por Sara Cobb, tal y como se desprende de su monografía titulada "Una perspectiva narrativa sobre la mediación. Hacia la materialización de la metáfora de contar historias", la mediación es un acto comunicacional que concibe al conflicto como multicausal y la historia de éste sólo puede ser superada por los mediados si son capaces de co-construir una historia en común, y con la facilitación del mediador, co-construir, en consecuencia, la realidad, y así superar el conflicto.[755]

Para Fonkert[756] la mediación es: "Cuando las partes no pueden solucionar directamente una controversia y se interrumpen las conversaciones, tienen la opción de recurrir a un tercero neutral para que promueva nuevas reuniones y el reinicio del diálogo a fin de que ellas mismas desplieguen sus mejores esfuerzos en encontrar una solución". Es entonces la mediación, en principio y sobre todo, un proceso que trasciende el contenido del conflicto que se pretende resolver.[757]

Por último, es importante agregar al catálogo de conceptos, lo que por mediación define Moore:[758]

"La mediación es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable".

Del concepto antes mencionado determinamos que la mediación es un proceso participativo, donde la negociación es facilitada por un tercero, capacitado e imparcial y que reviste las características de no ser obligatoria pero sí, informal, privada y voluntaria.

2. CONCEPTO DE MEDIACIÓN PENAL

[754] Baruch Bush, Robert A. y Folger, Joseph P., *La promesa de mediación*, Argentina, Granica, 1996, p. 21.
[755] Cobb, Sara, *A narrative perspective on Mediation. Toward the materialization of the storytelling metaphor,* Estados Unidos de Norteamérica, Universidad de California, 1994. P. 48-63
[756] Fonkert, Renata, *Mediación padres-adolescentes: recurso alternativo a la terapia familiar en la resolución de conflictos en familias con adolescentes*, dentro de la obra: Resolución de conflictos: nuevos diseños, nuevos contextos, compilación de Dora Fried Schnitman y Jorge Schnitman, Buenos Aires, Granica, 2000, p. 97-120. (369 pp.)
[757] Folberg, J. y Taylor, A., *op. cit.*, p. 27.
[758]Moore, Christopher., *El proceso de mediación, métodos prácticos para la resolución de conflictos*, trad. de Aníbal Leal, Buenos Aires, Granica, 1995, p. 66

Tratándose de la mediación penal consideramos que éste es un proceso que, en base a los principios de la Justicia restaurativa,[759] emprende una gestión del conflicto sustentada en la cooperación y colaboración voluntaria de víctima y ofensor con el fin de llegar, a partir de la implicación de un tercero neutral, a una solución factible tanto en lo relativo al daño causado como en las alternativas para su reparación o restitución.

La mediación penal es el tipo de mediación en el que interaccionan la víctima y el victimario u ofensor, en donde el mediador procurará la conciliación y la reparación del daño. Siendo la finalidad última perseguida por la mediación el llegar a alcanzar una justicia restaurativa, que sustituya a la vindicativa a través de un acuerdo no retributivo entre ofensor y víctima.[760]

La utilización de los mecanismos alternativos[761] en el ámbito penal, específicamente la mediación y la conciliación, permitirá a las partes en conflicto enfrentar una realidad inmediata y directa en su conflicto.[762]

De otro lado, un concepto de mediación penal que podemos considerar como uno de los referentes a utilizar en éste trabajo, es el entregado por Varona quien sostiene que la mediación penal es: "un proceso de comunicación en el que la víctima y el infractor llegan a un acuerdo, con ayuda de un tercero neutral, que supone una reparación de los daños causados,

---

[759] La justicia restaurativa constituye un nuevo paradigma más centrado en la reparación que en la punición. Esto representa una verdadera ruptura en relación a los principios de la justicia retributiva, basada en el pronunciamiento de sanciones que se extienden desde el pago de una multa hasta la privación de la libertad. El tránsito supone un cambio de mentalidad del legislador, un cambio cultural al interior del propio sistema judicial y de sus agencias penales encargadas de distribuir justicia. Con la justicia restaurativa la comunidad asume un rol fundamental participando en la construcción de la respuesta al delito y la pacificación de las relaciones sociales, de asumir responsabilidades por las conductas y de proteger la dignidad de las personas. Establecemos de forma genérica pero clara y precisa que, la justicia restaurativa en materia penal se refiere a que no únicamente se centre la procuración de justicia al acto delictivo en sí y en el delincuente, sino que esta sea más amplia y gire su mirada también hacia la víctima y al daño que le fue causado, reconociéndole el sufrimiento ocasionado y al derecho que tiene para que le sean reparados los daños derivados de la conducta del activo, restableciéndola entre otras cosas en su dignidad.

[760] Gonzalo Quiroga, Marta, et al., *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 152 (332 pp.)

[761] Los principales mecanismos alternativos de solución de controversias son: negociación, mediación, conciliación y el arbitraje y cada uno de ellos tiene sus propias características, así la negociación consiste en que las partes (sin la intervención de un tercero) dialogan con el propósito de encontrar una solución que satisfaga sus intereses; en la mediación también las partes pretenden solucionar el conflicto de manera pacífica y voluntaria, pero con la intervención de un tercero (mediador); en la conciliación el tercero además de facilitar la comunicación y acercamiento entre las partes también hace algunas propuestas apoyándose en su experiencia profesional que pueden ser tomadas en cuenta o no por las partes, pero siempre con el objetivo de resolver el conflicto, y en el arbitraje las partes se someten a la decisión del tercero llamado árbitro.

[762] Gorjón Gómez, Francisco Javier y Steele Garza, José Guadalupe, *Métodos alternativos de solución de conflictos*, México, Oxford, 2008, p. 154. (226 pp.).

materiales e inmateriales, y que en su caso, afectará el proceso penal -entendiendo éste en sentido amplio-".[763]

La mediación penal es para Gorjón Gómez y Steele Garza,[764] una alternativa con la cual se prevé reducir la utilización del sistema de justicia penal, hasta alcanzar niveles que le permitan incrementar su eficiencia. La mediación consiste en un procedimiento institucional, tramitado previamente o después de la celebración de un proceso penal, en el cual un funcionario público (denominado mediador), colabora para que los actores del conflicto derivado de un hecho delictivo (conocido por alguna agencia del sistema penal), busquen solucionar sus diferencias a través de una negociación. El cumplimiento de un acuerdo lícito logrado entre las partes extingue la pretensión penal.

Ahora bien, consideramos que los elementos sustanciales que conceptualizan la mediación penal son las mismas que integran el concepto de mediación en sentido amplio, pero existen rasgos propios que en lugar de diferenciarla la complementa ya que se parte del supuesto de que su aplicación es respecto a una de las ramas del derecho, es decir la mediación conceptualizada de forma amplia podría considerarse como el género y la medición penal como la especie por decirlo de algún modo.

Con base a lo establecido en el párrafo que antecede determinamos que los intereses de las partes involucradas en un conflicto en materia penal generalmente son de gran intensidad y de la máxima relevancia. Esto es así debido a que en los conflictos aludidos intervienen por lo regular dos partes, una quien es la que ha cometido un delito y la otra quien resiente las consecuencias de éste. Lo anterior es lo que lo hace diferente en cuestiones de índole civil que en muchas de las veces son cuestiones de índole patrimoniales y por lo tanto las actitudes son distintas.

Los problemas derivados de acciones antijurídicas, como lo son en la materia penal, pueden ser susceptibles de ser resueltos con el mecanismo mediación, sin que las partes intervinientes tengan que acudir forzosamente ante el fiscal investigador o ante un juez, e inclusive pueden ser resueltos una vez que se ha ocurrido ante éstos.

Ahora bien, la mediación penal en México se constituye como una alternativa para que la persona que resiente el daño por la comisión del delito, sea resarcida del mismo, ya que

[763] Varona Martínez, Gema., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Granada. Comares, 1998,p. 2. (576 pp.)
[764] Gorjón Gómez, Francisco Javier y Steele Garza, José Guadalupe,*op. cit.*, p., 162.

debido a la notoria crisis que atraviesa en la actualidad el sistema de justicia, éste resulta ser retardado, es decir, se puede allegar a la conclusión sin mayores tramites que el de la aplicación de una mediación efectiva.

De lo anterior y de acuerdo a lo que establece el criminólogo Elías Neuman, la mediación penal puede ser concebida como una de las medidas alternativas a la pena de prisión que intenta personalizar la pena y sustraer del encierro a un grupo considerable de infractores.[765]

Los distintos medios de la justicia alternativa y en específico la mediación ha cobrado un enorme auge en los últimos años, esto debido a las exigencias de la sociedad de contar con mecanismos distintos a los establecidos, nos referimos en específico a los juicios donde un Juez es quien pone fin a la controversia, lo anterior de acuerdo a lo que establece Márquez Algara quien establece muy atinadamente que:

La ineficiencia de los sistemas de administración de justicia, así como el reclamo de los ciudadanos por una administración, de justicia confiable, eficiente y sobre todo, oportuna, se encuentra en la mayor parte de los países del mundo, lo que ha originado el surgimiento de medios de justicia participativos, o alternativos.[766]

Por otra parte el desarrollo de la mediación en el marco internacional también se proveen conceptos de la mediación penal, tal es el caso del Comité del Consejo de Europa, en la Recomendación No. 99 del 15 de Septiembre de 2004 estableció que: "la mediación penal es un proceso mediante el cual la víctima e infractor adultos, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar activamente en la resolución de un conflicto penal, gracias a la ayuda de una tercera persona imparcial: el mediador"[767].

La citada recomendación consagra tres grandes principios de la mediación penal: la voluntariedad de las partes, la confidencialidad de las sesiones y la accesibilidad que tienen las partes para ocurrir al mecanismo ya sea en la fase de investigación o de enjuiciamiento (artículo II de la propia recomendación). principios que serán materia de estudio entre otros en el apartado correspondiente.

---

[765] Neuman, Elías., *Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 51. (142 pp.)

[766] Márquez Algara, María Guadalupe, *Mediación y administración de justicia: hacia la consolidación de una justicia participativa*, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, 2004, p. 74. (361)

[767] Recomendación R (99) del 15 de Septiembre de 2004; del Comité del Consejo de Europa.

Del concepto en cuestión, la mediación en materia penal consiste básicamente en la gestión que realiza un mediador quien a su vez actúa como facilitador en la toma de decisiones de las partes en conflicto ostentando en todo momento un rol neutral e imparcial, es decir, tener un papel equidistante respecto a las partes.

B. PRINCIPIOS RECTORES DE LA MEDIACIÓN PENAL SEGÚN LA LEY DE ACCESO A LA JUSTICIA ALTERNATIVA DEL ESTADO DE TABASCO Y LA LEY NACIONAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA PENAL.[768]

1. VOLUNTARIEDAD

A partir de las premisas derivadas de los conceptos vertidos sobre el mecanismo mediación penal, la doctrina ha ido identificando un sinnúmero de principios que de manera casi unánime incluyen los siguientes: voluntariedad confidencialidad, imparcialidad, equidad, neutralidad, honestidad, flexibilidad, consentimiento informado, intervención minina, gratuidad, oportunidad y legalidad.[769] Hay que decir que los dos últimos de los principios enunciados corresponden al proceso penal y correspondiendo en igual forma a identificarlos y describirlos para mayor comprensión.

Ahora bien, ¿qué son los principios de la mediación?, al respecto decimos, acorde con Baqueiro que, son aquellos presupuestos que fundamentan al mecanismo en sí y que norman todo su procedimiento,[770]o dicho en otras palabras son proposiciones fundamentales que soportan el sistema de la mediación y su práctica.

En este apartado nos damos a la tarea de realizar un detenido examen con respecto a los principios antes mencionados y para tal efecto comenzaremos por realizar algunas consideraciones referentes al principio denominado *voluntariedad.*

La voluntariedad es el primer y fundamental requisito que debe observarse religiosamente para que de inicio la mediación. En lo referente a éste principio, el mediador deberá explicarles en la primera entrevista que sostenga con la víctima como con el ofensor sobre las ventajas que se tienen al participar en un proceso de mediación.

---

[768] En relación con éste punto nos dimos a la tarea de conjuntar los principios establecidos en ambos ordenamientos complementándose así el total de estos y son los que se enuncian en éste apartado

[769] Los principios enunciados en igual forma se encuentran reconocidos en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos en Materia Penal de ahora en adelante LNMASCMP y la Ley de Acceso a la Justicia Alternativa para el Estado de Tabasco de ahora en adelante LAJAET para mejor comprensión.

[770] Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Oxford University Press, 2005, p. 317.

Así mismo se le hace saber a la víctima que se encuentra ante la oportunidad para participar directamente, con la ayuda de éste (el mediador), en la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades, con especial interés a la reparación de los daños y, además, en la decisión dependiendo de la gravedad o no del delito, sobre las consecuencias que experimentara su ofensor.

Aunado a ello, el mediador le hará saber que el proceso de mediación es una oportunidad para obtener respuestas por el delito cometido y, en especial sobre su ofensor, pudiendo precisar el impacto que trajo consigo la conducta criminal cometida en su contra aunado a que puede participar en la reinserción social del activo del delito; en ese contexto puede ejercer su derecho de exigir y obtener la reparación de daños, a que se le pidan disculpas e, incluso llegar a la reconciliación que por lo regular deriva cuando existen relaciones preestablecidas significativas (lazos de familiaridad por ejemplo).

En el mismo orden de ideas se le hace saber que durante el proceso podrán ser convocados amigos, familiares, miembros de la comunidad, instituciones tanto públicas como privadas y sociales y en general con aquellos que se considere pertinente su asistencia con el fin que el ofensor, la víctima y los miembros de la comunidad alcancen la reinserción social como consecuencia de ser los afectados directos del delito. A dicho proceso se le conoce como proceso restaurativo.

La comprensión y la decisión de participar en el proceso restaurativo dan vigencia a este principio, sobre la base de que la permanencia estará siempre supeditada a la voluntariedad. Es entonces la justicia restaurativa un sistema a través del cual las partes que se han visto involucradas (o poseen un interés en particular) en un delito, deciden de forma colectiva cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro.[771] De lo anterior afirmamos que solo estando debidamente informadas las partes se garantiza el principio de la voluntariedad.

En conclusión, la participación de los intervinientes deberá ser por propia decisión, libre de toda coacción y no por obligación.[772] Dicho en otras palabras, las partes participan libre y voluntariamente en la mediación ya que de no ser así la misma estará destinada al fracaso.

[771] Marshall, Tony, *Restorative Justice*, Nueva York, Overview, 1999, p. 17.
[772] Artículo 4, fracción I, de la LNMASCMP., publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2014.

Aunado a lo anterior consideramos ostentan en todo momento la libertad de decidir terminar con la mediación sin que ello les depare mayor perjuicio por ello.

A manera de corolario la LAJAET al conceptualizar la confidencialidad establece que no es otra cosa que la autodeterminación de las personas para acudir, permanecer o abstenerse de la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, sin presiones y libremente decidir sobre la información que revelan, así como llegar o no a un acuerdo.[773]

2. CONFIDENCIALIDAD[774]

El Diccionario de la Real Academia define el término confidencialidad como la capacidad de mantener un secreto[775], de no hacer ninguna revelación efectuada durante el método alternativo o para utilizarse en algún otro proceso.[776]

Por lo que se refiere a éste principio, no es otra cosa que la reserva absoluta de que lo que se dice en la mediación es garantía que nunca será revelado, quedando constancia únicamente lo que quede asentado en el convenio que para tal efecto se levante en caso de llegar a un acuerdo entre las partes mediadas. La información tratada no deberá ser divulgada y no podrá ser utilizada en perjuicio de los Intervinientes dentro del proceso penal, salvo que se trate de un delito que se esté cometiendo o sea inminente su consumación y por el cual peligre la integridad física o la vida de una persona, en cuyo caso, el facilitador lo comunicará al Ministerio Público para los efectos conducentes.[777]

Es así que: "la información tratada durante el procedimiento de aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias no deberá ser divulgada, ni podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro del proceso judicial.[778]

Elemento importante a considerar en éste principio es el hecho que la confidencialidad debe quedar establecida en el documento por el cual las partes mediadas aceptan iniciar sesión o sesiones de mediación, quedando así establecido por parte de estos, implícitamente al

---

[773] Artículo 6, fracción I, de LAJAET., última reforma publicada en el Periódico Oficial el 14 De Noviembre de 2013.

[774] La citada Recomendación nº R (99) 19 del Consejo de Europa, dice en su artículo II.2 que: *"...el contenido de las sesiones de mediación es confidencial y no podrá ser usado ulteriormente, salvo con el consentimiento de las partes."*

[775] WWW. RAE.COM consultado el día 17 de agosto de 2015

[776] Gorjón Gómez, Francisco. Javier, Arbitraje comercial, paradigma del derecho, *Revista Jurídica Jalisciense*, Ed. Universidad de Guadalajara, Año 11, nº 14, p. 50.

[777] Artículo 4, fracción III de la LNMASCMP.

[778]Artículo 6, fracción II, de LAJAET.

mediador, en no utilizar datos que se hayan divulgado en dicha (s) sesión (es) en caso que no llegue a finalizar con éxito la misma e inclusive cuando si lo sea.

3. IMPARCIALIDAD

Este principio resulta del papel que el mediador ostenta antes, durante y posterior a una mediación, mismo que debe conducirse en todo momento como garante del equilibrio de poderes que debe prevalecer entre las partes que voluntaria y libremente acceden a una mediación para resolver su conflicto.

El mediador debe tener en consideración en todo tiempo de que una de las partes ha resentido un mal y que la otra ha violentado la norma para causarle éste, debiendo ajustar su proceder a un equilibrio entre las partes involucradas en la mediación, empoderando a los mismos para que libre y espontáneamente realicen una negociación sin coacción de ningún tipo y con ello puedan arribar conjuntamente a un acuerdo que ponga fin el conflicto.

El mediador actuará imparcialmente con las partes en todo momento, y se esforzará en demostrar su imparcialidad, se comprometerá asimismo a servir equitativamente a todas las partes durante el procedimiento de mediación, así mismo se asegurará de que todas las partes puedan participar de forma efectiva en el procedimiento.

Los mecanismos alternativos deberán ser conducidos con objetividad, evitando la emisión de juicios, opiniones, prejuicios, favoritismos, inclinaciones o preferencias que concedan u otorguen ventajas a alguno de los Intervinientes.[779] En ese orden de ideas deberán estar libres de alguna inclinación hacia alguna de las partes así como tampoco que denote cierto favoritismo por alguno de ellos o bien que demuestre preferencia hacia éste.[780]

4. EQUIDAD

La equidad en la mediación penal, consiste en que el mediador debe crear condiciones de igualdad, sin conceder ventajas a alguna de las partes, propiciarán condiciones de equilibrio entre los Intervinientes,[781] que conduzcan a la obtención de acuerdos recíprocamente satisfactorios y duraderos.

En la aplicación de los mecanismos se debe procurar que el acuerdo al que lleguen las partes para solucionar su controversia sea en la mayor medida posible, justo para las mismas.[782]

---

[779]Artículo 4, fracción V, de la LNMASCMP.
[780]Artículo 6, fracción III, de LAJAET.
[781]Artículo 4, fracción VI, de la LNMASCMP.
[782]Artículo 6, fracción IV, de LAJAET.

Si bien es cierto que este principio tiene estrecha similitud tanto con el principio de imparcialidad como con el de neutralidad (éste último será materia de estudio a continuación), no debemos dejar de mencionar que su diferencia es clara y precisa, ya que el principio de equidad se inclina directamente a la actuación de los involucrados en el proceso, puesto que es el mediador o el facilitador el encargado de velar que las partes generen acuerdos benéficos para ambos; esto debemos entenderlo como una obligación por parte del referido especialista en el sentido de que si se percata de un desequilibrio fuerte entre las partes (ya sea por su condiciónsocioeconómica, cultural o bien por querer salir rápido del proceso) debe ponderarlo y hacer lo posible para compensar esa situación. Si definitivamente no es posible, su deber es hacérselo saber a las partes y que ellas decidan si quieren continuar o bien optar por algún proceso de justicia alternativa distinto al que se está desarrollando o por la vía jurisdiccional.

5. NEUTRALIDAD

La naturaleza de éste principio se refiere a que la mediación en materia penal en su implementación y aplicación, debe estar exento de juicios, preferencias, opiniones y prejuicios ajenos a las partes que puedan influir en la toma de sus decisiones.[783] La mediación penal busca en todo momento exista el equilibrio entre las partes para llegar a la solución de su conflicto.

El principio en cuestión es atribuible también al mediador mismo que observara en todo momento no estar a favor de ninguna de las partes pero sí está a favor de que estos lleguen a un acuerdo que satisfaga a los mismos.

Ahora bien dicho principio no debe confundirse con el de la imparcialidad, ya que este último es similar a la función propia que debe observar un Juez o Arbitro y por cuanto hace a la neutralidad en la mediación no se vincula a la función propia de éstos, distinguiéndolo del primero en que el mediador ejerce actos de colaboración, comunicación, cooperación, asistencia, pero en ningún caso toma decisiones o las impone.[784] Así la neutralidad que debe observar el mediador ha de constreñirse a neutralizar, entendiendo por esto último: "contrarrestar el efecto de una causa por la concurrencia de otra diferente u opuesta".[785]

---

[783]Artículo 6, fracción V, de LAJAET.

[784] Martín Diz, F., *La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia*, en La mediación en materia de familia y derecho penal, coordinador Martín Diz, F., Santiago de Compostela, Andavira, 2011, p. 42

[785] Diccionario de la Real Academia Española, 22ª Edición

Dicho en palabras de Hierro[786], el mediador actúa desde "dentro del conflicto y por ello, no como un observador neutral sino como un agente peculiar, ya que no actúa con independencia de las partes en conflicto sino al servicio de las dos partes en conflicto".

6. HONESTIDAD

Los Intervinientes y el Facilitador deberán conducir su participación durante el mecanismo alternativo con apego a la verdad,[787] comportarse y expresarse con coherencia y sinceridad, de acuerdo con los valores de verdad y justicia.[788]En la aplicación de la mediación se valorará la capacidad y limitaciones de los mediadores para conducirlos.

El mediador deberá excusarse de participar en una mediación, o dar por terminada la misma, si estima que incurre en él un impedimento legal; así mismo por falta de aptitudes suficientes en una materia sujeta a su conocimiento, en ambos casos el principio de honestidad opera para el especialista.

Con base en lo anterior decimos que el mediador, debe reconocer, tanto sus capacidades y limitaciones, así como no tener algún interés personal e institucional en la aplicación de dicho mecanismo.

En este principio cabe destacar, acorde lo establecen Pesqueira Leal y Ortiz Aub al referirse a éste que: "Honestidad en cuanto a hacer lo que sí sé que puedo hacer y evitar hacer si sé que aún no sé…".[789] Como podemos apreciar, la imparcialidad tiene similitud con el objetivo del principio de honestidad, ya que uno no podría existir sin el otro; en imparcialidad necesariamente tendrá que ir implícita la honestidad; se sostiene lo anterior, dado que el facilitador tiene la obligación de ser honesto con las partes y decirles si tiene alguna especie de afinidad con el caso en específico; todo ello con la finalidad de no actuar parcialmente; por ello, lo honesto es retirarse del proceso para que lo desarrolle otro facilitador.

7. FLEXIBILIDAD

Los mecanismos alternativos carecerán de toda forma estricta, propiciarán un entorno que sea idóneo para la manifestación de las propuestas de los Intervinientes para resolver por consenso

---

[786]Véase Hierro Sánchez, P., *Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (ADR): ética y deontología en la mediación*, en anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 11, 2007, p. 44

[787]Artículo 4, fracción VII, de la LNMASCMP.

[788]Artículo 6, fracción VII, de LAJAET.

[789] Pesqueira Leal, Jorge y Ortiz Aub, Amalia, *Mediación asociativa y cambio social*, México, Universidad de Sonora, 2010, p. 251.

la controversia; para tal efecto, se evitará establecer formalismos innecesarios y se usará un lenguaje sencillo.[790]

Es flexible por que adapta, en cada caso en concreto, las necesidades que se van presentando durante el mismo.

A éste principio también se le conoce como el de informalidad[791] mismo que consiste en que, frente a la rigidez de las reglas, pautas y plazos del proceso convencional la mediación se caracteriza por una cierta libertad de formas y por un estilo consensuado de llevar a cabo el procedimiento.[792] De modo que, el proceso de mediación es flexible en cuanto a los plazos en que habrán de desarrollarse las sesiones y su conclusión. Lo anterior no significa que pueda extenderse en el tiempo ya que dicho procedimiento se encuentra a expensas de las actuaciones que se desarrollen en una investigación o bien de un proceso para lo cual deberá establecerse un plazo razonable para su resolución.

La mediación en materia penal carece "…de toda forma estricta, a fin de responder a las necesidades de las partes interesadas en su aplicación, y que puedan acordar en su caso y conforme a la ley, las reglas de tales mecanismos".[793]

El principio en cuestión, conlleva a su vez la duración y contenido de la sesión o sesiones de mediación, el lugar en que habrán de desarrollarse estas, así como al contenido de la reparación al cual hayan convenido las partes, misma que podrá ser material o de otra índole, tema que desarrollaremos en más adelante.

8. CONSENTIMIENTO INFORMADO

Consentimiento informado, se refiere a la comprensión de las partes sobre los mecanismos alternativos, las características de cada uno de los procedimientos, la importancia de los principios, los compromisos inherentes a su participación y el alcance de los convenios o acuerdos.

Es entonces, la comprensión que las partes tienen sobre los mecanismos alternativos de solución de controversias, las características de cada uno de los procedimientos, la importancia de los principios, los compromisos inherentes a su participación y el alcance de los

[790] Artículo 4, fracción IV, de la LNMASCMP.
[791] La informalidad de la mediación se contrapone a la formalidad rigurosa y vertical que se desarrollan en los procesos judiciales.
[792] Nordenstahl, U., *Mediación penal. De la práctica a la teoría*, Argentina, Librería histórica, 2005, p. 71
[793] Artículo 6, fracción VIII, de LAJAET.

acuerdos.[794] En mismo orden de ideas las partes antes de participar en un proceso de mediación deben recibir información exhaustiva e imparcial sobre el mismo, sus posibles resultados y los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo, para así poder acceder con un consentimiento libre e informado.[795]

Al hablar del consentimiento informado, como principio rector de los procesos de justicia alternativa y en específico de la mediación penal, debemos entenderlo como la primera obligación que tiene el facilitador para con las partes, en el supuesto que desde el momento en que éstas acudan a pedir la aplicación de cualquiera de los mecanismos y, por consecuencia, la participación de un tercero para que los guíe en la búsqueda de soluciones para su conflicto, éste debe explicarles los alcances de la justicia alternativa; debe responderles las siguientes preguntas: ¿Qué es un mecanismo alternativo de solución de controversias?, ¿Cuántos y cuáles son los mecanismos que existen?, ¿Qué es la mediación penal?, ¿Cuál es el procedimiento?, ¿Cuál es la actuación de los facilitadores?, ¿Cuál es el alcance del convenio?, etc.

Por otro lado, podemos relacionar directamente este principio con la obligación de las autoridades ─jueces, agentes del Ministerio Público, policías, entre otras─ de informar a los ciudadanos de la existencia de los Masc como una alternativa confiable para resolver nuestros conflictos; aunado a que el artículo 17 constitucional estableció los mecanismos alternativos de solución de controversias, como un derecho al que todos los ciudadanos tenemos acceso y son las autoridades las que deben velar por el cumplimiento de ese mandato, de ahí la importancia de este principio.

9. INTERVENCIÓN MININA

El principio denominado de intervención mínima consiste en el deber del especialista de realizar las actividades estrictamente indispensables para que las partes avancen y, en su caso, logren la solución de sus controversias.[796]

Bajo lo dicho en este principio, la participación del facilitador se encuentra muy restringida. El especialista debe mantenerse al margen de las conversaciones que entablen las partes inmersas en el conflicto, su funciónúnica y exclusiva es guiarlas para que no se desvíen del tema

[794]Artículo 6, fracción IX, de LAJAET.
[795] Artículo 12, incisos a) y b) de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012.
[796]Artículo 6, fracción X, de LAJAET.

central, enfocándose primeramente en la problemática, luego en los intereses de cada una de ellas y, posteriormente, en las propuestas de solución que tengan al respecto.

De igual forma, el facilitador tendrá la obligación de hacer intervenciones cuando se percate de que las partes se están alterando o bien están perdiendo interés en el motivo que los llevó hasta ahí; con esto no queremos decir que el especialista va a estar solamente escuchando y asintiendo con su cabeza; por el contrario, aunque su función está regida por el principio de intervención mínima, debe ser constante en el sentido de que su escucha debe estar activa, con el objetivo de captar todas las alertas que las partes (directa o indirectamente) expresen. Sin embargo, para el facilitador siempre debe estar claro que los protagonistas son las partes en conflicto.

10. GRATUIDAD

Todos los servicios brindados por los Centros serán gratuitos[797] Cualquier persona, sea cual fuere su condición económica, social, política cultural, etc., ostenta en todo momento el derecho de accesar a un procedimiento de mediación, sin ningún costo para éste, lo anterior como consecuencia ineludible del carácter público del Derecho penal y partiendo del principio que el acceso a la justicia es gratuita.

El acceso a la Justicia penal es gratuito. El Estado no puede dejar en manos de un particular la persecución punitiva. La función del Estado es garantizar la paz social y la seguridad de los ciudadanos, por lo anterior es que los procedimientos de mediación penal han de gozar de la gratuidad como se realizan en los servicios judiciales penales, con lo anterior se logra reafirmar el carácter público del Derecho penal.

11. **OPORTUNIDAD**

En éste apartado haremos referencia a dos de los principales principios de la mediación penal que confluyen con los del proceso penal, para tal efecto el principio oportunidad se refiere a que la mediación penal podrá ser aplicado desde el inicio del procedimiento penal y hasta antes de dictado el auto de apertura a juicio o antes de que se formulen las conclusiones, según corresponda, de conformidad con lo dispuesto en la legislación procedimental penal aplicable.[798]

[797]Artículo 6, fracción XI, de LAJAET.
[798]Artículo 6, de la LNMASCMP.

El Ministerio Público, una vez recibida la denuncia o querella orientará al denunciante o querellante sobre los Mecanismos Alternativos de solución de controversias y le informará en qué consisten éstos y sus alcances.

El Ministerio Público, podrá derivar el asunto al órgano adscrito a las procuradurías o fiscalías cuando la víctima u ofendido esté de acuerdo con solicitar el inicio del mecanismo alternativo previsto en esta Ley, los intervinientes se encuentren identificados, se cuente con su domicilio y se cumplan con los requisitos de oportunidad y procedencia que establece el presente ordenamiento legal. El Ministerio Público deberá realizar las actuaciones urgentes o inaplazables para salvaguardar los indicios necesarios.

Cuando el imputado haya sido vinculado a proceso, el Juez derivará el asunto al Órgano respectivo si el imputado y la víctima u ofendido están de acuerdo en solicitar el inicio del Mecanismo Alternativo previsto en esta Ley y se cumplan los requisitos de oportunidad y procedencia.[799] (DERIVACIÓN)

La oportunidad para resolver las controversias a través de los mecanismos alternativos de solución de controversias puede tener lugar en cualquier momento, por lo que el Agente del Ministerio Público, o en su caso el juez, deberá exponerle a las partes la posibilidad de acudir a los Centros para tal efecto, aun cuando exista un proceso judicial pendiente, caso en el cual, las partes deberán hacerlo del conocimiento del tribunal, para que éste tome nota en los autos, y si lo solicitan conjuntamente las partes intervinientes en el proceso judicial, decretar la suspensión del mismo, por un periodo que no excederá de treinta días naturales, siempre que no se afecten los derechos de terceros.[800]

12. **LEGALIDAD**

El principio legalidad se hace consistir en que los Acuerdos a los que lleguen los Intervinientes sean apegados a la legalidad.[801] En igual forma consiste en que sólo pueden ser objeto de los mecanismos alternativos de solución de controversias, las derivadas de los derechos que se encuentren dentro de la libre disposición de las personas y que las soluciones sean conforme a derecho.[802]

[799]Artículo 10, de la LNMASCMP.
[800]Artículo 35, de LAJAET.
[801]Artículo 51, fracción XI, de la LNMASCMP.
[802]Artículo 6, fracción VI, de LAJAET.

Tratándose del Centro o los equivalentes que dependan de la Procuraduría, los especialistas serán los responsables de verificar la legitimación de las partes y la legalidad de los compromisos asumidos por éstas.[803]

Legalidad, consistente en que los mecanismos alternativos tienen como limites la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres.

La legalidad como principio rector de los mecanismos alternativos de solución de controversias es muy relevante, dado que son las leyes especializadas en la materia las que nos van a indicar qué tipo de conflictos serán susceptibles de ser resueltos a través de éstos; la mayoría de las leyes vigentes en las diversas entidades federativas, donde es una realidad la aplicación la mediación penal, coinciden en señalar que sólo pueden ser objeto de algún mecanismo los conflictos derivados de hechos o derechos que se encuentren en plena disposición de las partes, y que los acuerdos a los que lleguen o los convenios firmados deben cumplir con los requisitos legales previstos; sin embargo, es más importante su contenido, es decir, el arreglo propuesto y aceptado debe estar apegado a la ley. No pueden pactarse soluciones que no sean factibles, que sean ficticias o bien que atenten contra los derechos humanos de las personas.

CONCLUSIÓN

1. La Constitución Federal, tuvo una reforma a su artículo 17, párrafo tercero, donde se incorporaron los mecanismos alternativos de solución de controversias al orden jurídico nacional; quedando plasmado en su texto el derecho a una justicia alternativa, que da a los gobernados la opción de resolver por sí mismos sus conflictos o bien con la ayuda de un tercero,
2. A partir de tal reforma, está teniendo lugar la construcción y operación de un sistema de justicia alternativo que opera a la par del tradicional: complementándolo.
3. Uno de los aspectos que incidirá en el éxito o fracaso de estos mecanismos es la sensibilización de la sociedad a través de la información y educación que les provea al respecto; pues la cultura del litigio que impera en nuestra sociedad hace que, en la mayoría de los casos, ante un conflicto lo primero que se hace es recurrir a los tribunales en búsqueda de respuesta, sin antes adentrarnos en el origen del mismo, para

[803]Artículo 20, párrafo segundo, de LAJAET.

posteriormente acercarnos al otro en pro del diálogo, lo cual es la mejor vía para generar alternativas de solución.

4. Los ciudadanos tienen que tener conocimiento de que la mediación es un sistema complementario y alternativo a la vía judicial. Para ello se hace imprescindible darle a conocer y trasmitir sus beneficios y ventajas.
5. Acorde con Varona, la mediación penal es: "Es un proceso de comunicación en el que la víctima y el infractor llegan a un acuerdo, con ayuda de un tercero neutral, que supone una reparación de los daños causado, materiales e inmateriales, y que en su caso, afectará el proceso penal -entendiendo éste en sentido amplio-".
6. Entendemos que los principios rectores son comunes a todos los procesos que se utilizan en la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias y en específico a la mediación penal, sin embargo estos deben observar a su vez los principios establecidos en el proceso cuya función es la de obtener el reconocimiento del derecho consignado en la ley substancial.
7. Vemos claramente que las normas que rigen la mediación están en consonancia con los principios Constitucionales que garantizan el debido proceso, el acceso a la justicia, la bilateralidad del proceso y la defensa en juicio.
8. La mediación penal se rige por principios rectores entre los cuales se encuentran la voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, equidad, neutralidad, honestidad, flexibilidad, consentimiento informado, intervención minina, gratuidad, oportunidad y legalidad.
9. Es imprescindible la voluntariedad y la igualdad de partes cuando los implicados optan por resolver su conflicto a través de la mediación.
10. La introducción de la mediación en la materia penal ha de vincularse al reconocimiento del principio de oportunidad, ya previsto en las legislaciones locales y federales. Será necesario, para ello, introducir cambios en nuestras leyes penales, pero no en la Constitución, pues la mediación es compatible con los principios y garantías constitucionales que rigen nuestro sistema penal.

BIBLIOGRAFÍA

LEGALES
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012.

Ley de Acceso a la Justicia Alternativa del Estado de Tabasco, última reforma publicada en el Periódico Oficial el 14 De Noviembre de 2013.
Ley Nacional Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2014.

DOCTRINALES
AZAR MANSUR, Cecilia., Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar, Breviarios Jurídicos, México, Porrúa, 2003.
BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, Derecho de familia, México, Oxford University Press, 2005, p. 317.
BARUCH BUSH, Robert A. y FOLGER, Joseph P., La promesa de mediación, Argentina, Granica, 1996, p. 21.
COBB, Sara, A narrative perspective on Mediation. Toward the materialization of the storytelling metaphor, Estados Unidos de Norteamérica, Universidad de California, 1994. P. 48-63
DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, vigésimo primera ed., Madrid, Espasa Calpe 1992, pp. 951 y 952.
DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 22ª Edición
EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christian, Mediación penal. De la práctica a la teoría, Argentina, Librería histórica, 2005, p. 71
FIERRO FERRÁEZ, Ana Elena, Manejo de conflictos y mediación, México, Oxford y cide, 2011.
FISHER, Robert y URY, William L., Getting to yes: negotiating agreement without giving, Estados Unidos de Norteamérica, Penguin Group Incorporated, 2011, s/p.
FOLBERG, Jay. y TAYLOR, Alison, Mediación resolución de conflictos sin litigio, México, Limusa, 1996, p. 38. (pp 369)
FONKERT, Renata, Mediación padres-adolescentes: recurso alternativo a la terapia familiar en la resolución de conflictos en familias con adolescentes, dentro de la obra: Resolución de conflictos: nuevos diseños, nuevos contextos, compilación de Dora Fried Schnitman y Jorge Schnitman, Buenos Aires, Granica, 2000, p. 97-120. (369 pp.)
GONZALO QUIROGA, Marta, et al., Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar, Madrid, Dykinson, 2006, p. 152 (332 pp.)
GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y Steele Garza, José Guadalupe, Métodos alternativos de solución de conflictos, México, Oxford, 2008, p. 154. (226 pp.).
GORJÓN GÓMEZ, Francisco. Javier, Arbitraje comercial, paradigma del derecho, Revista Jurídica Jalisciense, Ed. Universidad de Guadalajara, Año 11, nº 14, p. 50.
HIDALGO MURILLO, José Daniel, Justicia alternativa en el proceso penal mexicano, México, Porrúa, 2010.
HIERRO SÁNCHEZ, Pescador, Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (ADR): ética y deontología en la mediación, en anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 11, 2007, p. 44
MÁRQUEZ ALGARA, María Guadalupe, Evaluación de la justicia alternativa, México, Porrúa, 2012.
MÁRQUEZ ALGARA, María Guadalupe, Mediación y administración de justicia: hacia la consolidación de una justicia participativa, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, 2004, p. 74. (361)
MARSHALL, Tony, Restorative Justice, Nueva York, Overview, 1999, p. 17.
MARTÍN DIZ, Fernando, La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia, en Mediación en materia y derecho penal, AA.VV., coordinador Martín Diz, F., Santiago de Compostela, Andavira, 2011, p. 42
MARTÍNEZ DE MUNGUÍA, Beatriz, Mediación y resolución de conflictos, una guía introductoria. México, Paidós. 1999, p. 49. (205 pp.),
MOORE, Christopher., El proceso de mediación, métodos prácticos para la resolución de conflictos, trad. de Aníbal Leal, Buenos Aires, Granica, 1995, p. 66
NEUMAN, Elías., Mediación y conciliación penal, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 51. (142 pp.)
NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, México, Porrúa: Universidad Nacional Autónoma de México 2001.
ORDUÑO MUÑOZ, José Pascual y Hernández, García Javier, Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (Adr): la mediación en las jurisdicciones civil y penal, España, Fundación Alternativas, 2007.
PESQUEIRA LEAL, Jorge y Ortiz Aub, Amalia, Mediación asociativa y cambio social, México, Universidad de Sonora, 2010.

VARONA MARTÍNEZ, Gema., La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica, Granada. Comares, 1998, p. 2. (576 pp.)
VINYAMATA CAMP, Eduard, Aprender mediación, Barcelona, Paidós, 2003, p.17.

ELECTRÓNICAS
WWW. RAE.COM consultado el día 17 de agosto de 2015
https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf consultada el día 25 de septiembre de 2015

CAPÍTULO XI. ASPECTOS PREVIOS AL ESTUDIO DE LA MEDIACIÓN, EL USO Y OCUPACIONALSUPERFICIAL EN MATERIA DE HIDROCARBUROS DERIVADO DE LA REFORMA ENERGÉTICA EN MÉXICO

Estefany Vidal Cano[804]

SUMARIO:

Introducción. METODOLOGÍA. RESULTADOS. I. LA MEDIACIÓN. 1.Derecho internacional y las naciones unidas. 2.Antecedentes en México. 3. La mediación en la legislación mexicana . 4.Teorías sobre la mediación. II. USO Y OCUPACIÓN SUPERFICIAL. 1. La expropiación en México y sus antecedentes. 2. Teorías acerca de la expropiación. III. LAS IMPLICACIONES DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD EN LA REFORMA ENERGÉTICA. IV. EL ESTADO DE INDEFENSIÓN. Conclusiones.

RESUMEN:

En la Ley de Hidrocarburos, en el Capítulo IV Del Uso y Ocupación Superficial, en el artículo 106 se establece que el asignatario o contratista podrá promover ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos, o solicitar a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano una mediación que versará sobre las formas o modalidades de adquisición, uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos, así como la contraprestación que corresponda. Por lo cual es de gran importancia estudiar los conceptos y antecedentes de la mediación y el uso superficial para poder comprender el alcance que tendrá la mediación en el proceso de explotación de la tierra y en los derechos de los propietarios.

PALABRAS CLAVE: Mediación, reforma energética, México, Justicia Alternativa, Uso y ocupación superficial.

ABSTRACT:

In the Hydrocarbons Law, Chapter IV of the use and occupancy surface, Article 106 provides that the assignee or contractor may proceed to the District Judge in civil matters or Agrarian Tribunal competent the constitution of the legal servitude of hydrocarbons, or request the Ministry of Agrarian, Land and Urban Development mediation which will focus on ways and modalities of acquisition, use, enjoyment or affecting land, property or rights, as well as appropriate consideration. Therefore it is of great importance to study the concepts and history of mediation and superficial use to understand the scope of coverage mediation in the process of exploitation of the land and rights of the owners.

KEYWORDS: Mediation, energy reform, Mexico, Alternative Justice, Use and superficial occupation.

INTRODUCCIÓN

[804]Estudiante de la Maestría en Métodos Alternos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos en la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Participante en la mesa de trabajo: mediación. Correo electrónico stefanyvc@hotmail.com

La mediación debe ser un proceso voluntario y confidencial, para que las personas físicas o morales que tienen un conflicto entre sí, obtengan un acuerdo satisfactorio para ambas y con el fin de evitar un proceso judicial. De este modo, el mediador, es una persona que ayuda a comprender las posiciones de los involucrados, el cual no juzga ni decide por ellos, sino que busca una cultura de la legalidad y de paz social[805].Es un proceso de resolución de conflictos extrajudicial o diferente a los canales legales o convencionales de resolución de disputas; en este proceso la solución no es impuesta por terceras personas, como en el caso de los jueces o árbitros, sino que es establecida por las partes[806].

En México, el sistema de justicia alternativa, el cual comprende la mediación, la conciliación y el arbitraje permite exjudicializar los numerosos asuntos que se turnan a los tribunales; este sistema y su ley correspondiente responden a las reformas federales que fueron aprobadas por el H. Congreso de la Unión en el 2008. Es un imperativo constitucional que se dio con base en la reforma del artículo 18 de Constitución mexicana[807]. Con lo anterior, la mediación como procedimiento no jurisdiccional para la solución de conflictos puede ser aplicado en lo civil, familiar, mercantil o penal; al cual pueden requerir de forma voluntaria las partes para resolver por medio de procedimientos de técnicas específicas aplicadas por especialistas.

En derecho, se entiende a la expropiación como un acto jurídico de derecho público, por medio del cual el Estado impone al particular la transferencia de propiedad de determinados bienes, cuando los mismos son necesarios para la realización de la actividad del Estado y existe una causa de utilidad público que así lo requiera, siempre que se cubra al particular de una indemnización por esa transferencia[808].

La expropiación, la cual es forzosa es considerada como cualquier forma de intervención administrativa que involucre la privación singular de la propiedad privada de derechos o intereses patrimoniales legítimos, acordado imperativamente, en virtud de una causa de utilidad pública o interés social, y que conlleva la correspondiente indemnización[809]. Por lo

[805]Centro de mediación y conciliación del poder judicial del estado de aguascalientes, *Soluciona tus conflictos a travez de la mediación,* Aguascalientes, Aguascalientes, Poder judicial del estado de Aguascalientes, pp. 2-5, 2015.
[806]Rozenblum, S., *Mediación en la escuela,* Buenos Aires, Argentina, Aique, pp. 199, 1998.

[807]Andrade, Y, La justicia alternativa en México: una visión a través de los derechos humanos, *Revista juridica de la Universidad Latina de América*, pp. 1-10, 2010.
[808]Acosta, M., *Segundo curso de derecho administrativo,* México, D.F., Porrúa, pp. 495, 1993.
[809]Gomez, F., *Utilidad pública, ocupación y reversión de los bienes expropiados.* Granada, España, Comares, pp. 578, 2000.

tanto, la expropiación es un acto soberano de Estado que implica una compensación al particular por privarlo del derecho de propiedad sobre un bien, que se distingue esencialmente de la confiscación y del decomiso porque en éstos no se otorga indemnización alguna.

De manera específica, la Ley de Expropiación se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 25 de noviembre de 1936; en el artículo 1ro de esta se señalan las causas de utilidad pública por las que se puede declarar la expropiación, ocupación temporal, total o parcial, o la simple limitación de los derechos de dominio para los fines del Estado o en interés de la colectividad.

La ley citada en el párrafo anterior es de carácter federal en los casos en que se tienda a alcanzar un fin cuya realización competa a la Federaciónconforme a sus facultades constitucionales, y de carácter local para el Distrito Federal, en los casos en que se tienda o alcanzar un fin cuya realización competa a su gobierno, conforme a las atribuciones y facultades constitucionales y legales que tiene[810].

Ahora bien, la reforma energética que se desarrolló en el año 2013 y cuyas leyes secundarias se establecieron entre el 2014 y el 2015, comprendió una serie de cambios en la legislación con el fin de atraer inversiones y modernizar el sector energético con el objetivo de impulsar el apoyo a la economía familiar mediante la disminución del precio de la luz, del gas y de los alimentos, así como con la creación de empleos formales de calidad y bien remunerados y un mejor servicio en el abastecimiento de combustibles; impulsar el desarrollo social, el cuidado al medio ambiente, el aumento de la transparencia en el sector energético, la competitividad del país, la capacidad productiva e industrial de México y transitar hacia un modelo energético dinámico, basado en los principios de competencia, apertura, transparencia, sustentabilidad y responsabilidad fiscal de largo plazo[811].

En la Ley de Hidrocarburos, en el Capítulo IV Del Uso y Ocupación Superficial, en el artículo 100 se establece que la contraprestación, los términos y las condiciones para el uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos necesarios para realizar las actividades de Exploración y Extracción de Hidrocarburos serán negociados y acordados entre los propietarios o titulares de dichos terrenos, bienes o derechos, incluyendo derechos reales, ejidales o comunales, y los Asignatarios o Contratistas.

---

[810]Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Ley de Expropiacion*, México, D.F., Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2012.

[811]Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, *Reformas para Mover a México*, 20 de Agosto de 2015, de http://reformas.gob.mx/reforma-energetica/que-es

En lo que se refiere al artículo 106 de la ley mencionada se dice que en caso de no existir un acuerdo entre las partes, el asignatario o contratista podrá promover ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos, o solicitar a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano una mediación que versará sobre las formas o modalidades de adquisición, uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos, así como la contraprestación que corresponda.

El artículo 108 plantea que si dentro de los treinta días naturales contados a partir de la sugerencia de contraprestación, las partes no alcanzaren un acuerdo, la Secretaría de Energía podrá solicitar a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano que dé trámite ante el Ejecutivo Federal para la constitución de una servidumbre legal de hidrocarburos por vía administrativa[812].Lo que deja en Estado de indefensión a los propietarios de los terrenos.

Además, el artículo 107 de la citada ley, señala para la mediación la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano escuchará a las partes y sugerirá la forma o modalidad de adquisición, uso, goce o afectación que concilie sus intereses y pretensiones, según las características del proyecto y buscará que las partes alcancen una solución aceptable y voluntaria, procurando mejorar su comunicación y futura relación; lo que en hecho se refiere al concepto de conciliación y no de estricta mediación.

El 12 de junio de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Federación los Lineamientos que regulan el proceso de mediación sobre el uso y ocupación superficial en materia de hidrocarburos que emite la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (SEDATU), en el cual no se menciona ningún impedimento para ser mediador, el cual es el servidor público designado por el Titular de la SEDATU, para desarrollar el proceso de Mediación[813].

El objetivo de este trabajo es estudiar los antecedentes de la mediación como medio para la solución de conflictos de la ocupación superficial en materia energética, para poder establecer propuestas acerca de los temas que se encuentran pendientes para poder existir idoneidad en lo que se refiere al proceso de mediación en materia energética.

La hipótesis se centra en que debe realizarse una revisión de los antecedentes y conceptos relacionados con la mediación y el uso superficial con el fin de analizar la idoneidad del

[812]Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Ley de Hidrocarburos,* México, D.F., Cámara de Diputados,2014.

[813]Diario Oficial de la Federación. *Lineamientos que regulan el proceso de mediación sobre el uso y ocupación superficial en materia de hidrocarburos,* México, D.F., Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, 2015.

proceso de mediación establecido en la Ley de Hidrocarburos, ya que se pueden suscitar controversias entre los propietarios y los signatarios o contratistas.

METODOLOGÍA

En este trabajo se establece en cuanto a *método de trabajo* que se realizará una investigación de tipo explicativa debido a que busca estudiar las particularidades de la mediación y sus implicaciones en el tema de la ocupación superficial en torno a la legislación en materia energéticapara poder generar propuestas de análisis que consoliden el proceso de mediación expuesto[814].

Las *fuentes consultadas* han sido libros y artículos de divulgación científica, algunos de la biblioteca jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México; así como leyes mexicanas en la materia, como la Ley de Hidrocarburos.

Para el presente trabajo se analizaron los antecedentes, conceptos y teorías de la mediación para poder establecer las pautas que debe tener la mediación en materia energética.

RESULTADOS

I. LA MEDIACIÓN.

La mediación tiene como una de sus particularidades la ser una forma de negociación cooperativa, debido a que promueve una solución en la que las partes implicadas ganan u obtienen un beneficio, y no sólo una de ellas. Por tal motivo se considera una vía no adversarial, porque evita la postura antagónica de ganador-perdedor, por eso es un proceso ideal para el tipo de conflicto en el que las partes enfrentadas deban o deseen continuar la relación[815]. Sin embargo, este concepto ha evolucionado a lo largo de la historia con base en las necesidades de la sociedad.

1.*Derecho internacional y las naciones unidas*

El documento de “Las Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz”[816] es un marco para reforzar la profesionalidad y la credibilidad delas actividades de mediación en todo el mundo, en él se recoge la vasta experiencia de los mediadores quellevan a cabo su labor en los ámbitos internacional, nacional y local, de igual forma se basa en las opiniones de los

[814]Hernandez Sampieri, et. al., *Metodologia de la Investigació,* Mexico, D.F., McGraw-Hill, pp. 113-133, 2003.

[815]De Armas, M., La mediación en la resolución de conflictos, *Educar*, pp. 125-136, 2003.

[816]Organización de las Naciones Unidas, *Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz,* Washington, D.C., E.U.A., Organización de las Naciones Unidas, pp. 1-23, 2012.

beneficiarios de procesosde mediación que han cosechado resultados satisfactorios y de quieneshan sufrido las consecuencias de intentos de mediación fracasados.Si bien todas las controversias y conflictos son únicos y requieren enfoquesdiferentes, existe un conjunto de buenas prácticas en que debenbasarse los enfoques de todos los mediadores.

La Carta de las Naciones Unidas señala a la mediación como un medio importante para el arreglo pacífico de controversias y conflictos, ha demostrado ser un instrumento eficaz para abordar los conflictos tanto interestatales como intraestatales. El Manual sobre el Arreglo Pacífico de Controversias entre Estados (1992) desarrolló mejor lo que se entiende por mediación de controversias entre Estados y sigue siendo un recurso de utilidad.

En el caso de los mediadores de las Naciones Unidas, estos desempeñan su trabajo dentro del marco de la Carta de las Naciones Unidas, las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad y la Asamblea General y las normas y los reglamentos de la Organización. Los mediadores también desarrollan su trabajo dentro del marco que constituye el derecho internacional que rige la situación dada, fundamentalmente los convenios y convenciones regionales e internacionales, el derecho internacional humanitario, las normas internacionales de derechos humanos y las aplicables a los refugiados y el derecho penal internacional, incluido, en su caso, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Aunado a las obligacionesjurídicas vinculantes, las expectativas normativas también tienen un efecto sobre el proceso de mediación, por ejemplo, las relativas a la justicia, la verdad y la reconciliación; la inclusión de la sociedad civil; y el empoderamiento y la participación de las mujeres en el proceso. El que un proceso de mediación se ajuste al derecho y las normas internacionales contribuye a reforzar la legitimidad del proceso y a la durabilidad del proceso de paz. También contribuye a lograr elapoyo internacional para su aplicación. Más allá de lo anterior, encontrar el equilibrio entre las exigencias de las partes en conflicto y los marcos jurídicos y normativos puede ser complicado. Con frecuencia, los mediadores tienen que lidiar con el apremio de poner fin a la violencia en contextos en los que también existe una clara necesidad de hacer frente a violaciones de los derechos humanos o a otros crímenes internacionales. El derecho aplicable puede no ser el mismo para todas las partes en el conflicto, o su interpretación de ese derecho puede variar. Además, si bien a nivel internacional existe unconsenso cada vez mayor sobre algunas normas, no todas ellas

seaplican de la misma manera en diferentes contextos nacionales y pueden existir interpretaciones diferentes dentro de una sociedad determinada.

De forma específica, en la Carta de Naciones Unidas el artículo 1º señala que todo acuerdo se debe lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional; los cuales se encuentran referidos en el artículo 33 de dicho documento que establece que las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

Por otra parte, la Carta de la OEA establece en su artículo 3º, inciso h que las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados Americanos deben ser resuelto por medio de procedimientos pacíficos. En su artículo 24 se menciona que la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje son los procedimientos para resolverlos[817].

2. *Antecedentes en México*

El Estado de Quintana Roo, en el año de 1997, el primero en diseñar un proyecto denominado Justicia Alternativa, que buscó materializar la igualdad jurídica en su Constitución, estableciendo para ello medios alternos a los preestablecidos y vigentes en su sistema. Se realizaron modificaciones a su Constitución local, a fin de establecer en ella el derecho de todo habitante del Estado a resolver sus controversias mediante la conciliación o mediación antes, durante su tramitación y durante la ejecución.

El segundo Estado en abrir un Centro de Mediación fue Querétaro, ya que en su capital se realizó en 1999 el Programa Nacional de Formación de Mediadores, Como rasgo característico, los medios alternativos de solución pueden ser operados por centros de mediación públicos, privados o sociales. Actualmente en la normatividad del Estado de Querétaro eleva a rango Constitucional alprocedimiento de mediación, sin embargo, el Centro por símismo, aún no resuelve,significativamente, muchos de los problemas que inspiraron su creación.

[817]Solari, L., *Derecho internacional público*, Lima, Perú, Studium, pp. 5-44, 1994.

En Baja California Sur, se abrió el centro de Mediación en el año 2001. Se integraba de una dirección dependiente dela Presidencia del tribunal de Justicia del Estado, haciendo uso de las facultades que leconcede la Ley Orgánica, en el sentido de implementar lo necesario para que la justiciasea pronta y expedita

De allí la apertura del siguiente centro fue en octubre de 2001 en Aguascalientes, cuyo caso en particular, plantea asu proyecto características especiales, por las instituciones participantes, y por la formaen que se han allegado de recursos para su funcionamiento. Por medio de este programa,se busca consolidar un sistema de resolución de conflictos eficaz y expedito, diseñado yoperado por jóvenes universitarios, contando con el apoyo y dirección del Poder Judicialdel Estado, a través de su Instituto de Capacitación.

Otro de las entidades que se ha incorporado a este movimiento es Puebla. Su Centro abrió el 3 de junio de 2002 y en él se organizaron múltiples foros de consulta para la creación de la iniciativa de Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, con el objeto de garantizar una correcta impartición de justicia, planteando el establecimiento de mecanismos de mediación como tribunales de arbitraje, que permitan la resolución de conflictos por este medio. En este estado el centro es un órgano. En Oaxaca, por su parte, que es un Estado con multiplicidad de culturas y etnias y, por tanto, demunicipios, pero a pesar de ello, ha rescatado la formación conciliadora y, enconsecuencia, la cultura de la mediación. El Centro de Mediación del Estado, comenzó a funcionar en julio de 2002 y es la única institución de esa entidad que cuenta con servicios de mediación, presentándolo como un instrumento que coadyuva a hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia de manera expedita, breve y gratuita.

En lo que se refiere a mediación,el proyecto que dio origen al Centro de Mediación Familiar del Distrito Federal, comenzó adar frutos con la celebración del Congreso Nacional de Mediación en septiembre de 2002.

En Jalisco, el Centro de Solución de Conflictos inició actividades de promoción, difusión y capacitación en mecanismos alternos de solución de conflictos en el año de 1997. Por otra parte, el Centro de Mediación y Conciliación del Estado de México con sede en Toluca es dependiente del Consejo de la Judicatura local y fue inaugurado el 11 de diciembre de 2002, le siguió a éste, la inauguración en enero de 2004 del Centro de Mediación y Conciliación de Tlalnepantla y la del Centro de Mediación y conciliación de Chalco en junio de 2004. A estos Centros le siguieron los de Ecatepec, Naucalpan, Cuautitlán, Texcoco y Nezahualcóyotl.

El Centro Estatal de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato, inició sus actividades en noviembre de 2003. En su legislación, establece que los servicios de mediación y conciliación pueden ser presentados, también, por instituciones o personas físicas privadas, reuniendo ciertos requisitos que la propia Ley establece. A diferencia de otros Estados, el Director del Centro o Sub Director de la Sede Regional, puede elevar a rango de cosa juzgada los convenios celebrados por las partes, salvo en el caso de haberse iniciado en proceso judicial. Es importante mencionar que el tipo demediación en el que se han observado mayores éxitos y, en consecuencia mayoressolicitudes particularmente en este Estado, es en la materia familiar.

El Centro de Conciliación Judicial de Tabasco, por acuerdo del Consejo de la Judicatura, abrió sus puertas en mayo de 2003. La experiencia de Tabasco, es peculiar en el tema de mediación, puesto que, primeramente, se tomó la decisión de profesionalizar a los secretarios de los juzgados que realizaban la conciliación, contemplada en la legislación procesal.Al igual que otros Estados, Nuevo León ha mostrado gran interés al tema de la mediación y la conciliación. El Centro de Mediación del Estado, abrió sus puertas en junio de 2005. De lo anterior, se puede plantear que en más del cincuenta por ciento de los estados en el país se que cuentan con un Centro de Mediación[818].

3. *La mediación en la legislación mexicana*

En México, los mecanismos alternativos de solución de controversias, en particular la conciliación y la mediación, son metodologías colaborativas que, adecuadamente instrumentadas en los conflictos familiares, son excelentes alternativas no sólo para su solución sino, además, para facilitar la comprensión de sus protagonistas sobre su misión social, particularmente, cuando los modelos que se aplican son de orientación transformativa o asociativa.

En la justicia adversarial, por ejemplo, en los juicios ordinarios civiles, como modelos pacíficos de solución de controversias, a partir de la década de los noventas y, al margen de que históricamente en nuestro derecho se ha regulado la figura de la conciliación, aparecieron metodologías colaborativas de solución de conflictos, como es el caso de la mediación, en las

[818]Brito, C. *El papel del abogado en la mediación en México,* Toluca, México, Universidad Autónoma del Estado de México,pp. 83, 2007.

que los generadores de éstos, son catalogados también como dueños del procedimiento y de la resolución misma.

Por otra parte, en la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social del Estado de México, se define la conciliación como el proceso en el que uno o más conciliadores, asisten a los interesados, facilitándoles el diálogo y proponiendo soluciones legales, equitativas y justas al conflicto.La ley en mención está integrada por tres títulos que, a su vez, contemplancapítulos, sobre disposiciones generales, sobre el Centro Estatal, en relación conlos Centros Públicos y de las Unidades de Mediación, Conciliación y JusticiaRestaurativa; de los Mediadores-Conciliadores y facilitadores privados; de la mediación, la conciliación y la justicia restaurativa; de las partes en la mediación, la conciliación y la justicia restaurativa; de los procedimientos de mediación, conciliación y justicia restaurativa; de los efectos de los convenios de mediación o conciliación y de los acuerdos reparatorios, y de la suspensión, caducidad y prescripción. De igual forma, la Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja California, define la conciliación como un procedimiento voluntario por el cual dos o máspersonas involucradas en una controversia, logran solucionarla, a través de lacomunicación dirigida, mediante recomendaciones y sugerencias de solución facilitadas[819].

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la mediación se encuentra fundamentada en el artículo 17 de la ConstituciónPolítica de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente el en párrafo tercero.Esto obedece a que en este artículo se establece la naturaleza jurídica de losmecanismos alternativos de solución a conflictos. De igual forma, en los artículos transitorios de la reforma a este artículo se establece que de conformidad con el artículo segundo transitorio de la reforma antesinvocada indica que debe existir ocho años para que se instaure la legislaciónmedios alternativos de solución a conflictos, para todas las entidades federativas.

En el Código nacional de Procedimientos Penales, según el artículo 183 último párrafo, la mediación se regirá por su propia ley.

En el caso del Distrito Federal, como parte de su procedimiento conciliatorio y de amigable composición, en situaciones de conflicto intra familiar, a través de su Ley de Asistencia y Prevención de Violencia Intrafamiliar en su artículo 18, se contempla mecanismos alternos así

[819]Buenrostro, R. (coord.), *Justicia alternativa y el sistema acusatorio,* México, D.F., Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, pp. 110-130, 2008.

lo mismo en otras entidades de la República Mexicana existen servicios de apoyo psicoterapéutico en los juzgados de lo familiar y la función conciliadora que realiza el ministerio público en aquellos delitos no graves, que por su naturaleza, son objeto de solucionarse por este medio[820].

La mediación, a como se explicó en la introducción, es un medio para solucionar los conflictos relacionados con el uso y ocupación superficial en materia energética. Por lo cual, analizaremos a continuación los antecedentes de este concepto.

4. *Teorías sobre la mediación*

La mediación como un método para la solución de conflictos tiene como base la actuación pretendidamente neutral, imparcial y sin ningún poder de decisión del mediador; este actúa como catalizador en un proceso de negociación; apoya a las partes a centrarse referentemente en el presente, con el fin de establecer una solución de forma satisfactoria al problema o disputa de los clientes e intentando que ellos mismos lleguen a un acuerdo válido, satisfactorio y duradero[821].

La mediación basada en una concepción alteradora del conflicto, tiene diversas características y objetivos:

a) El pilar principal de la atención del mediador no será el de descubrir y rescatar aportaciones de las partes que cedan unas bases de entente y un acuerdo final, sino el de examinar toda la producción de las partes como explicaciones, declaraciones, retos y preguntas; con el objetivo de reconocer y destacar las oportunidades de transformación que contienen.
b) Las aportaciones de los mediados son analizadas por sí misma para descubrir espacios en los cuales ambas partes pueden adquirir potencial personal y capacidad de comprender la perspectiva del contrario
c) Los mediadores ayudan a las partes a clarificar todas las posibles elecciones y les animan a deliberar. Las decisiones de las partes son tratadas como básicas, tanto las que se refieren a la forma de llevar a cabo el proceso de mediación como las que hacen referencia a temas de identidad personal o a sus relaciones.

[820]Palacios, J., *La mediación como medio alternativo en el Sistema Acusatorio.* Tuxtla Gutierrez, Chiapas, Universidad Autónoma de Chiapas, pp. 1-9, 2010.
[821]Williams, M., Can't I get no satisfaction? Thoughts on the promise of mediation, *Mediation wuarterly*, pp. 15-24, *1997*,

d) Se pretende evitar el deslizamiento de las partes hacia propuestas resolutorias prematuras, pactos finales que pueden zanjar el tema sin que hayan podido llegar al fondo del mismo. En ningún caso el mediador se permite opinar, valorar o proponer, más bien intenta ralentizar el proceso para asegurarse de que han salido a la superficie todas las opciones, todas las opiniones y deseos de las partes con relación al tema tratado.

e) El mediador anima a las partes a tomar en consideración el punto de vista de su oponente. El mediador está atento para aprovechar todas las oportunidades que las partes hacen aparecer para analizar su historia en común, para poder aprender de ella e intentar comprender el punto de vista de todos los implicados en la misma[822].

Los mediadores deben de cumplir con las siguientes funciones:

Deben instruir, es decir, educar a los negociadores inexpertas o sin capacitación, dotándolos de una formación en cuanto al proceso para llegar a acuerdos.

Multiplicar recursos que provee apoyo procesal a los conflictuados y los canaliza con especialistas y recursos ajenos, como lo son licenciados en derecho, expertos en diversas ramas, factores de decisión o elementos agregados para el intercambio, que en suma posibilita la ampliación de opciones de solución.

Tienen la función de explorar problemas, lo que ayuda a que las partes analicen el problema desde ópticas distintas, a la definición de temas y necesidades básicos, así como que se busquen alternativas que satisfagan a todos los interesados.

Debe contribuir a la organización de un acuerdo apegado a la razón que sea plausible, cuestionando y oponiéndose a quienes generen afirmaciones extralimitadas o alejadas de la realidad. En el caso de víctima propiciatoria, puede hacerse parcialmente responsable de una determinación impopular que, de cualquier forma, los intervinientes aceptarían. Lo anterior, favorece la conservación de su integridad y, en caso de que ello sea pertinente, pueden ser apoyadas en sus propias bases.

Debe ser el guía que impulsa el proceso de negociación a través de propuestas metodológicas y, en ocasiones, también relativas al fondo del asunto planteado.

[822]Millet, R., *Familias, trabajo social y mediación,* Barcelona, España, Paidós, pp. 33, 2001.

La mediación se diferencia de la conciliación en que en la mediación, el tercero neutral denominado Mediador tiene un menor protagonismo durante el desarrollo de todo el proceso, pues participa pasivamente en el proceso limitándose a acercar, aproximar y juntar a las partes, facilitar la comunicación entre las partes, absteniéndose de proponer soluciones al conflicto. En la conciliación el tercero neutral denominado Conciliador, tiene un mayor protagonismo en el proceso, ya que puede proponer a las partes soluciones no vinculantes para solucionar el conflicto.

De acuerdo con la magnitud de la participación de las partes, en el proceso de mediación las partes tienen un mayor protagonismo, un papel más diligente en el desarrollo del proceso de mediación, ya que el mediador no propone soluciones al conflicto. Por otro lado, en la conciliación las partes tienen menor protagonismo, desde el momento en que el tercero puede proponer fórmulas de solución al conflicto, pero a su vez más activo que en un proceso judicial. En la mediación en vista que las partes tienen un papel más activo y el mediador un papel pasivo, son las mismas partes en conflicto las que construyen por si mismas la solución del conflicto, Este proceso genera una mayor propiedad en la solución, teniendo mayores posibilidades de cumplimiento; en lo que respecta a la conciliación, en vista que las partes tienen un papel menos activo y el papel del conciliador es más activo ya que puede proponer soluciones al conflicto, en cierta forma las partes no elaboran por sí mismo la solución , sino que se ven influenciadas por las propuestas del conciliador, con lo que se genera una menor propiedad en la solución del conflicto.

Por último, es importante destacar que la mediación tiene una filosofía esencialmente individualista, mientras que la conciliación tiene una filosofía básicamente solidaria y justa[823].

II. USO Y OCUPACIÓN SUPERFICIAL

Un contrato de ocupación superficial se puede definir como el acuerdo de voluntades por el cual un propietario o poseedor de un bien inmueble se obliga a permitir, a cambio de un pago único, la ocupación de dicho bien[824].

De acuerdo con lo establecido en la Ley de Hidrocarburos y la de Industria Eléctrica que promulgó el presidente, Enrique Peña Nieto; los dueños de la tierra deberán negociar un

[823]Buenrostro, R. (coord.), *Justicia alternativa y el sistema acusatorio*, México, D.F., Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, pp. 58-78, 2008.

[824]Tesis 63/2012. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, tomo 83, noviembre de 1994, p. 35.

acuerdo con aquellos que deseen explotar los recursos energéticos de su terreno y en caso de que éste no se concrete, el Estado ordenará a través de una servidumbre legal los pagos que le corresponden a cada propietario.

En las dos leyes antes mencionadas, se incluyó el capítulo "del Uso y Ocupación Superficial" en el que tras el debate legislativo se eliminó la palabra expropiación pero se aprobó el término "ocupación temporal", que implica la entrega de los terrenos por tiempo limitado cuando no se llegue a un acuerdo de compra-venta.Sin embargo, el tiempo de ocupación dependería del recurso a explotar, lo que para algunos expertos, es "una expropiación" solo que con una denominación distinta[825]. Con base en lo anterior, se analizará a la expropiación como antecedente al concepto de uso y ocupación superficial.

1. ***La expropiación en México y sus antecedentes***

En México, el Decreto Constitucionalpara la Libertad de la América Mexicana de 181 4, estableció, en sus artículos 34 y 35, que los individuos tenían derecho a adquirir propiedades y disponer de ellas libremente sin contravenir la ley; también estableció que sólo se podíaprivar a las personas de su propiedad, total o parcialmente, por pública necesidad y recibiendo justa compensación por e1lo. Más tarde, en los artículos 12 y 13 del ReglamentoProvisional Político del Imperio Mexicano de 1823, se estableció la inviolabilidad de la propiedad particular, sin embargo, el Estado podía exigir el sacrificio de ésta para el interés común, legalmente justificado y con su respectiva indemnización.

Un año después la Constitución Federal de 1824, no estableció el derechoa la propiedad, aunque previamente, en mayo de 1823, en las bases para elaborar esta norma máxima, se reconocióel derecho consistente en consumir, donar, vender, conservar o exportar sin más limitaciones que las designadas en la ley. En las Leyes Constitucionales de 1836 de corte centralista, se estableció el derecho de los mexicanos a la propiedad y al libre uso y aprovechamiento de ella; ya que sólo podíaprivarse de todo o parte de ese derecho cuando algún objeto de general y pública utilidad exija lo contrario, previa indemnización, estableciendo la intervención del Presidente y sus cuatro ministros en la capital o del gobierno y la junta departamentalen los departamentos, y del dueño; también estableció elreclamo del

[825]Montalvo, T. *Reforma energética obliga a campesinos a 'aceptar' la explotación de hidrocarburos en su propiedad,* México, D.F., Animal político, pp. 1, 2015.

interesado por la calificación de pública utilidad ante la Suprema Corte de Justicia, en la capital del país, o ante el tribunal superior en los departamentos.

El artículo 27 de la Constitución de 1857 estableció que la ocupación de la propiedad privado sólo podía hacerse con el consentimiento del propietario o por causa de utilidad pública y previa indemnización; también señalaba que las autoridades y el procedimiento específico para realizar la expropiación, serían establecidos en la ley reglamentaria respectiva.

Para la Constitución de 1917, la figura de la expropiación se encontraba establecida, ya que menciona que la propiedad de las tierras y aguas comprendidasdentro de los límites del territorio nacional, correspondeoriginariamente a la Nación, la cual, ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Ésta no podrá ser expropiada sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización[826].

En los años consiguientes, el 10 de enero de 1934, se publicó la reforma a los párrafos segundo y tercero del artículo de la Carta Magna para establecer límites a la pequeña propiedad agrícola en explotación y añadir en forma expresa, que el Estado fomentará la agricultura y evitará la destrucción de los elementos naturales y los daños que puedan llegar a generarse sobre los bienes en detrimentode la sociedad. También se adicionó un segundo párrafo a lafracción VI del mismo numeral en el cual se estableció que las leyes federales y estatales, en sus respectivas jurisdicciones, establecerán los casos en que se considere de utilidad públicola ocupación de la propiedad privada; por otra parte, indicó que el monto de la indemnización debía basarse en el valorfiscal establecido en las oficinas catastrales, y sólo quedaran sujetos a avalúo pericial las mejoras o deterioros que afecteno lo propiedad, posteriores a la asignación del valor fiscal o cuando no exista este valor.

Subsiguientemente, el 6 de febrero de 1976, se reformó el artículo en análisis para establecer que la Noción tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privado las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el

[826]Tena, F., *Leyes fundamentales de México,* México, D.F., Porrua, pp. 28, 2005.

desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de lo población rural y urbana.

El 25 de noviembre de 1936 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley de Expropiación, la cual tiene por objeto establecer las causas de utilidad pública y regular los procedimientos, modalidades y ejecución de las expropiaciones. En ella se consideran se consideran causas de utilidad pública el establecimiento, explotación o conservación de un servicio público; la apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano; el embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones de oficinas para el Gobierno Federal y de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo; la construcción de obras de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos, que requieran de bienes inmuebles y sus mejoras, derivada de concesión, de contrato o de cualquier acto jurídico celebrado en términos de las disposiciones legales aplicables: la conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de arte, de los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional; la satisfacción de necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres o de otros artículos de consumo necesario, y los procedimientos empleados para combatir o impedir la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas; los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública; la defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación; la equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular; la creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad; las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad; y la creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida[827].

[827]Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Ley de Expropiacion,* México, D.F., Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2012.

La redacción del artículo 27 Constitucional, aprobada por el Senado de la República el 10 diciembre de 2013, establece que tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos en el subsuelo la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones; además que la Nación llevará a cabo las actividades de explotación y extracción mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares[828].

2. *Teorías acerca de la expropiación*

La fundamentación del régimen de la expropiación, tuvo su origen en la Teoría del *ius eminis* (soberanía del Estado) de Hugo Grotius, preconizados por el Iusnaturalismo. El respeto por la integridad de la persona humana, se hizo extensivo al de los bienes que constituyen su patrimonio y se cristalizó el principio contenido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: La propiedad privada es inviolable y sagrada. El propietario no puede ser despojado de ella más que por interés público y mediando una previa indemnización, este último considerado en la Constitución Francesa del 3 de setiembre de 1791. Hoy en día, todas las Constituciones del mundo han incluido preceptos relativos a la Expropiación, pero como una medida excepcional o limitativa del derecho de la propiedad privada y mediando una indemnización.

En cuanto a la expropiación, se han elaborado diversas teorías, entre las más importantes, se encuentran la Teoría del dominio eminente, la cual ha sido difundida y la que ha ofrecido los argumentos más sólidos. Sostiene que la expropiación encuentra su fundamento en la Soberanía del Estado que le permite gozar del dominio de todos los bienes existentes en su territorio. Entonces, el poder de quitar la propiedad privada es reconocido como un derecho de superioridad. Este derecho, desde luego, se sitúa por encima de cualquier otro, constituye un derecho eminente *(ius eminens),* que referido a la propiedad, se denomina d*ominius eminens.*

La Teoría de la extensión del dominio público, es otra teoría que también se le denomina teoría de las reservas, que tiene su fundamento, principalmente, en la primitiva propiedad colectiva, o en una extensión del denominado dominio público del Estado.

[828]Guillen, A., *El artículo 27 constitucional y la Reforma Energética,* Mexicali, Universidad Autonoma de Baja California Sur, pp. 1-2, 2014.

Otra, la Teoría de la limitación jurídica de la propiedad. La cual versa sostiene: que esta se estrella contra la réplica que frecuentemente se le ha esgrimido, de que, más que una explicación del fundamento y justificación del principio, es una consecuencia tan solo.

La Teoría de la Colisión entre el interés particular y el público. Entre los conflictos que se presenten entre los intereses y derechos de carácter particular y los de carácter social, deben prevalecer estos últimos.

Por su parte, la Teoría del consentimiento presunto, plantea que el Estado tiene establecido entre sus leyes la expropiación; por lo tanto, quien es ciudadano de ese Estado a él se acoge y de él se beneficia, aceptando, en forma implícita, la limitación de su propiedad que supone la expropiación.

La Teoría de Krause o de la condicionalidad menciona que algunos bienes particulares según ella, son medio indispensable para el cumplimiento de los fines de interés general.

Por último, la Teoría de los fines del Estado, amparada por la doctrina moderna, cree hallar la justificación de la expropiación en los fines mismos del Estado, siendo uno de ellos el de procurar el bienestar común de la sociedad.

Los sujetos de la expropiación son el expropiante y el expropiado, respectivamente. Por un lado, la expropiación es un acto del poder público; estando la expropiación sustentada en la necesidad y utilidad pública o el interés social, resulta evidente que el Estado es el sujeto expropiante; es decir, viene a ser el sujeto activo, es el titular de la facultad expropiatoria.

Por otro lado, el expropiado o sujeto pasivo de la expropiación es por su parte toda persona natural o jurídica que gozando del dominio privado de un determinado bien sufre los efectos de una enajenación forzosa.

Existen dos teorías relativas al objeto de la expropiación, en la primera se establece que conforme a la teoría restrictiva, la expropiación se circunscribe a los bienes inmuebles, corporales como incorporales y no rige para la propiedad mueble por ser fácilmente transferible por las vías comerciales comunes y corrientes.

En segundo, la teoría expansiva, por el contrario, se aplica también a los bienes muebles, corporales como incorporales, pues el interés colectivo así lo reclama, como sucede en los casos de la alimentación o del cambio monetario, así como en el de las obras literarias y

artísticas. Esta teoría es la que ha sido acogida por el derecho contemporáneo y aplicada en la mayoría de los países[829].

III. LAS IMPLICACIONES DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD EN LA REFORMA ENERGÉTICA

Para los efectos de la reforma energética, confiere importancia e derecho real de propiedad sobre inmuebles, sus modalidades y limitaciones a las que están sujetos los particulares, a modo de establecer la diferencia con la propiedad originaria de la nación con respecto al territorio de México, así como del dominio inalienable e imprescriptible sobre el petróleo y demás hidrocarburos, como recursos naturales existentes en el territorio, y la concepción de utilidad pública de estos, en la búsqueda de un bienestar común al que deben ser destinados.

De esta manera el aprovechamiento total se presenta en el derecho de propiedad, en el aprovechamiento parcial aparecen derechos derivados del derecho de propiedad y que se conforman con autonomía propia.

Los derechos reales, se refieren a figuras que se encuentran reguladas en cada una de las entidades federativas de México, por medio de los distintos códigos civiles que para tales efectos se han emitido, por lo que nos parece oportuno, por el área geográfica que significa el Estado de Tabasco en relación al recurso petrolero de México, señalar que normativamente, el artículo 840 del Código Civil del Estado de Tabasco establece que el derecho real es un poder jurídico que en forma directa e inmediata se ejerce sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, o en funciones de garantía, siendo dicho poder oponible a terceros por virtud de una relación jurídica que se establece entre estos últimos y el titular del derecho. En relación a la propiedad este mismo cuerpo legal en su artículo 951 expresa que la propiedad es un derecho real que otorga a una persona el poder jurídico para usar, gozar o disponer de una cosa, pero dentro de las limitaciones y con arreglo a las modalidades que fijen las leyes. El propietario está obligado a ejercitar sus derechos cuando por la falta de ejercicio de los mismos se causen algún daño o algún perjuicio a terceros o a la colectividad.

El Estado de esta forma puede imponer las modalidades o formas de ejercicio de los derechos de propiedad que el interés público reclame, cuando los bienes permanezcan ociosos o improductivos, o cuando el propietario ejerza sus derechos de modo notoriamente discordante

[829]Muñoz, H., Algunos alcances acerca de la expropiación, *Revista Jurídica Cajamarca, pp.1-2, 2002* .

o contrario a la naturaleza o destino de los bienes[830]. Por otra parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 27 establece que la propiedad de la tierra y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada[831].

IV. EL ESTADO DE INDEFENSIÓN

El estado de indefensión se conceptualiza como la falta de defensa, en una situación en donde las personas o cosas están indefensas, también la define como una circunstancia en la cual se coloca a quien se impide o se limita indebidamente la defensa de su derecho en un procedimiento administrativo o judicial.

El estado de indefensión se tiene injerencia en circunstancias en que se encuentra una persona o una muchedumbre privadas de una defensa a sus derechos fundamentales consignados en la Carta de los Derechos Humanos o en la Constitución de la República y las leyes correspondientes. Los sujetos en este sentido se exponen a una incontrolable coacción del Estado, de una organización o de los aparatos ideológicos que impiden en momentos de crisis sociales, políticas o militares, la defensa de los derechos esenciales del ser humano para la convivencia pacífica. La ausencia de los medios de defensa ya fuesen de orden material o jurídico y hasta psicológico provoca en el ciudadano circunstancias de degradación vital, casi conducidos hasta el exterminio de la vida humana[832].

CONCLUSIONES

En lo que respecta a la ocupación superficial de la tierra se deben respetar los derechos humanos de los involucrados, de los ejidatarios y de sus familias, así los derechos de propiedad, pública y privada, que la Constitución establece.

El proceso de mediación propuesto no es otra cosa que una negociación asistida por un tercero, y plantean que toda mediación debe contemplar varias características, entre ellas la económica, ya que no se puede obligar a un ejidatario o comunero asistir a la capital del estado

[830]H. Congreso del Estado de Tabasco, *Codigo Civil para el Estado de Tabasco,* Villahermosa, Tabasco, H. Congreso del Estado de Tabasco, 2015.
[831]H. Congreso de la Unión, *Constitución Politica de los Estados Unidos Méxicanos,* México, D.F., Camara de Diputados, 2015.
[832]Cárdenas, G., *Un pueblo en estado de indefensión,* Quito Ecuador, America Latina en Movimiento,pp. 1, 2009.

o a la capital del país, ya que se desconoce dónde se realizará la mediación, si estos se encuentran en situación de pobreza o marginación.

Al igual debe existir neutralidad para que los mediadores estén exentos de juicios, propuestas, opiniones, etcétera. Asimismo, debe existir equidad y legalidad, y el primer principio de la legalidad en materia contractual, es la voluntad de las partes.

Por ello se requiere analizar el proceso de mediación que se expresa en la ley de hidrocarburos derivada de la reforma energética, para poder realizar propuestas que consoliden la legislación en la materia, a fin de que se dé certidumbre al proceso de mediación entre propietarios y contratistas o signatarios.

La mediación tal y como está prevista en la "Ley de Hidrocarburos" y en los Lineamientos que regulan el proceso de mediación sobre el uso y ocupación superficial en materia de hidrocarburos que emite la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (SEDATU) crearán conflictos con los núcleos agrarios y sus integrantes, los cuales si no llegan a un acuerdo por medio de la mediación, están impedidos a recurrir ante los tribunales agrarios, ya que se pasará al establecimiento de la servidumbre por medio del ejecutivo federal.

La reforma energética y sus leyes secundarias tienen un impacto en la propiedad de los particulares, los ejidos y las comunidades. Las servidumbres legales o forzosas constituyen una de las tantas modalidades que la nación puede imponer a la propiedad privada.

Las modalidades impuestas en la nueva legislación de hidrocarburos no toman en cuenta la realidad sociopolítica y económica de la población rural. Se debe legislar para sanear las lagunas y contradicciones de las leyes secundarias de la reforma.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRADE, Yurisha. «La justicia alternativa en México: una visión a través de los derechos humanos.» *Revista juridica de la Universidad Latina de América*, 2010: 1-10.

BRITO, Carolina. *El papel del abogado en la mediación en México.* Toluca, México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2007.

BUENROSTRO, Rosalía. *Justicia alternativa y el sistema acusatorio.* México, D.F.: Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2008.

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN. *Ley de Expropiacion.* México, D.F.: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2012.

—. *Ley de Hidrocarburos.* México, D.F.: Cámara de Diputados, 2014.

CÁRDENAS, Galel . *Un pueblo en estado de indefensión.* Quito Ecuador: America Latina en Movimiento, 2009.

CENTRO DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES. *Soluciona tus conflictos a travez de la mediación.* Aguascalientes, Aguascalientes: Poder judicial del estado de Aguascalientes, 2015.

DE ARMAS, Manuel. «La mediación en la resolución de conflictos.» *Educar*, 2003: 125-136.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. *Lineamientos que regulan el proceso de mediación sobre el uso y ocupación superficial en materia de hidrocarburos.* México, D.F.: Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, 2015.

GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.*Reformas para Mover a México.* 2015. http://reformas.gob.mx/reforma-energetica/que-es (último acceso: 20 de Agosto de 2015).

GOMEZ, Francisco. *Utilidad pública, ocupación y reversión de los bienes expropiados.* Granada, España: Comares, 2000.

GUILLEN, Alfonso. *El artículo 27 constitucional y la Reforma Energética.* Mexicali: Universidad Autonoma de Baja California Sur, 2014.

H. CONGRESO DE LA UNIÓN.*Constitución Politica de los Estados Unidos Méxicanos.* México, D.F.: Camara de Diputados, 2015.

H. CONGRESO DEL ESTADO DE TABASCO.*Codigo Civil para el Estado de Tabasco.* Villahermosa, Tabasco: H. Congreso del Estado de Tabasco, 2015.

HERNANDEZ Sampieri, Carlos Fernandez Collado, y Pilar Baptista Lucio. *Metodologia de la Investigación.* Mexico, D.F.: McGraw-Hill, 2003.

MILLET, Ripol. *Familias, trabajo social y mediación.* Barcelona, España: Paidós, 2001.

MONTALVO, Tania. *Reforma energética obliga a campesinos a 'aceptar' la explotación de hidrocarburos en su propiedad.* México, D.F.: Animal político, 2014.

MUÑOZ, Hugo. «Algunos alcances acerca de la expropiación.» *Revista Jurídica Cajamarca*, 2002.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz.* Washington, D.C., E.U.A.: Organización de las Naciones Unidas, 2012.

PALACIOS, Javier. *La mediación como medio alternativo en el Sistema Acusatorio.* Tuxtla Gutierrez, Chiapas: Universidad Autónoma de Chiapas, 2010.

ROZENBLUM, S. *Mediación en la escuela.* Buenos Aires, Argentina: Aique, 1998.

SOLARI, Luis. *Derecho internacional público.* Lima, Perú: Studium, 1994.

TENA, Felipe. *Leyes fundamentales de México.* México, D.F.: Porrua, 2005.

WILLIAMS, M. «Can't I get no satisfaction? Thoughts on the promise of mediation.» *Mediation wuarterly*, 1997: 15-24.

CAPÍTULO XII. LA FIGURA MASCULINA EN TELEVISIÓN DESDE LA MEDIACIÓN COGNITIVA

Carlos Arturo Olarte Ramos[833] y Asbinia Suárez Ovando[834]

SUMARIO:

I. Introducción. II. Masculinidad como conflicto. III- Estereotipos en televisión. IV- Mediación del medio y del mensaje. Conclusión.

RESUMEN:

Los medios masivos de comunicación constituyen industrias culturales de alto consumo entre la población mexicana, convirtiéndose en un referente para explicar la cultura popular. De ellos, la televisión se ha posicionado como el de mayor influencia. En materia de género, los mensajes televisivos asocian la figura masculina con el estereotipo del hombre fuerte, exitoso y productivo, con el que se invisibiliza una realidad masculina mexicana, trasgrede el desarrollo humano y refuerza la inequidad en las relaciones genéricas. Tal situación implica un conflicto silencioso que violenta a los Derechos Humanos. Por ello es necesario mediar el medio y el mensaje para transformar las estructuras tradicionales de poder en sistemas democráticos, a partir de la mediación cognitiva como método alterno de solución de controversias.

PALABRAS CLAVE: conflicto, masculinidad, televisión, mediación cognitiva.

ABSTRACT:

The mass media are cultural industries of high consumption amongst Mexican population, becoming a reference to explain the popular culture and the social behavior. Of them, the television has positioned as the one with the best influence. In matter of gender, the T.V. messages associate the masculine figure with the stereotype of the strong, successful and productive man, which invisibilizes a reality of the masculinities in Mexico, transgress the human development and reinforces the inequity of the gender relationships. This situation implies in a silent conflict that violence the Human Rights and the legal environment of the television as a media. That is why is necessary to rule the media and the message in order to transform the traditional structures of power in the democratic systems, taking the cognitive mediation as an alternative method of solution of controversies.

KEY WORDS: conflict, masculinity, television, cognitive mediation.

I- INTRODUCCIÓN

Con el reconocimiento a la dignidad humana logrado a partir de una serie de hechos históricos, como la Declaración de derechos inglesa de 1689, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, la firma de la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948[835], fue necesario

[833] Licenciado en Comunicación y en Psicología por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (UJAT); Maestro en Psicología y Desarrollo Comunitario por la Universidad Veracruzana (UV). Actualmente cursa el Doctorado en Psicología en la UV.

[834] Licenciada en Ciencias de la Educación y Maestra en Educación por la UJAT; actualmente cursa el Doctorado en Ciencias de la Educación en la Universidad Anáhuac Mayab.

[835] Se considera que el Cilindro de Ciro, redactado en el año 539 a.C. por Ciro El Grande del Imperio Aqueménida de Persia (antiguo Irán) tras la conquista de Babilonia, fue el primer documento sobre derechos humanos. En cuanto al Pacto de los Virtuosos (Hilf-al-fudul) acordado por tribus árabes en torno al año 590 d.C., es considerado una de las primeras alianzas de derechos humanos.

consolidar un marco legal que posibilitara el respeto en la convivencia humana, que evitara el conflicto que pudiera provocarse por la no puesta en común de pensamientos, sentimientos y acciones que se presenta en la interacción entre personas.

Cada ser humano buscará bienestar para sí mismo, y probablemente para las personas allegadas, a través de diversos canales de logro de objetivos; sin embargo, se corre el riesgo de no medir la consecuencia de los actos, y en el afán de conseguir lo que se busca, pudiera atentarse contra el derecho de los demás. Por eso es importante regular la interacción social.

De acuerdo a Johan Galtung (1980) el conflicto es una situación de disputa en los que hay contraposición de intereses, necesidades y valores; mientras que para Marinés Suáres (1996) es una incompatibilidad entre conductas, percepciones, objetivos y/o afectos entre individuos y grupos, que definen sus metas como mutuamente incompatibles.

Lo anterior significa completa posibilidad de que el conflicto exista en las relaciones humanas debido a las diferencias individuales. Se puede presentar en forma intrapersonal cuando el sujeto se enfrente a un dilema en una situación específica para tomar decisiones, interpersonal cuando diverge con una o más personas, comunitario cuando existe una disputa grupal en un espacio mayor, y así hasta llegar a conflictos violentos como los enfrentamientos bélicos.

La presencia del conflicto representa una oportunidad de gestionar acciones para la transformación social, por ello es considerado positivo, pero si reproducen prácticas violentas, tiene carga negativa. Esta alteración de la cotidianidad detona una crisis simbólica, que a su vez, impulsa el movimiento de los involucrados.

El entorno legal de la convivencia humana ha establecido procedimientos para la búsqueda de solución al conflicto: 1) la tradicional, es decir la jurisdiccional, donde después de un largo proceso de presentación y desahogo de pruebas, la figura del juez determina la acción a realizar entre el activo y el pasivo de la situación conflictiva; 2) la alternativa, como la mediación y la negociación, donde los sujetos en conflicto tienen participación voluntaria, con la intervención de un tercero y un proceso más corto para acordar la solución.

A pesar de que la justicia alternativa ya es utilizada desde hace varios años, lo cierto es que entre los conflictos entre particulares, la mediación y la conciliación no tenían una trascendencia de vital importancia dentro de la administración e impartición de justicia (…) a partir de 1997 ha comenzado a cambiar esa situación, ya que la justicia alternativa poco a poco

ha ido permeando dentro del sistema jurídico mexicano, alcanzando un papel muy importante, tanto que ha dado pauta a una reforma constitucional (Márquez y De Villa, 2013: 1589).

El panorama actual de la justicia en México, aunque pudiera sonar utópico, proporciona diversas formas para solucionar cualquier tipo de conflicto, siempre y cuando esté en la competencia del Estado. Los llamados métodos alternativos (mediación, negociación, conciliación y arbitraje) son canales que posibilitan mayor participación de los involucrados, cuyo acuerdo dependerá en su mayoría, de la disposición que se tenga en el procedimiento para la restauración de la paz.

En esta ponencia se presenta un análisis de la vinculación de los métodos alternos de solución de conflictos, específicamente de la mediación, con el contenido de los medios masivos de comunicación desde una perspectiva de género, explorando la transgresión al entorno legal correspondiente. El tipo de mediación que se referencia es la cognitiva, el medio masivo a considerar es la televisión abierta, y el contenido que provoca el conflicto es la figura masculina.

El objetivo es analizar la figura masculina proyectada en televisión abierta mexicana, a partir de la exploración de la perspectiva de género, los Derechos Humanos y la Ley Federal de Radio y Televisión, para sugerir la aplicación de la mediación cognitiva que impulse contenidos televisivos más democráticos sobre las masculinidades.

II- MASCULINIDAD COMO CONFLICTO

Los seres humanos conforman grupos al relacionarse con los demás, y en conjunto integran sociedad. Cada grupo representa una cultura que refleja y garantiza la permanencia de sus creencias, valores y acciones, por lo que la multiplicidad de concepciones de vida posibilita la existencia de conflictos.

En materia de género interesa explorar cómo cada cultura determina el reconocimiento de los seres humanos. Por un lado existe la óptica esencialista que rige la visión de vida a partir de características diferenciales delimitados por la biología, la herencia y la evolución (tal sistema reconoce la existencia de hombre y mujer), y por otro, la óptica de la polarización que establece dos lados diferentes pero complementarios: lo masculino y lo femenino (Rocha y Díaz, 2011). En la sociedad contemporánea occidental se considera la óptica de la polarización como representación sociocultural de quien nace hombre o mujer.

Para Lamas (2002, 2013), el género es “el conjunto de ideas sobre la diferencia sexual que atribuye características femeninas y masculinas a cada sexo, a sus actividades y conductas, y a las esferas de la vida, una construcción simbólica establecida sobre los datos biológicos de la diferencia sexual”. Para Connell (1997) es un proceso de configuración de la práctica social a través del tiempo, el cual está organizado en torno a un escenario reproductivo.

El concepto género se usa como referente para determinar la identidad genérica, es decir, lo que los sujetos deciden para sí cuando tienen conciencia de su existencia, aunque socialmente le sea impuesto desde el nacimiento. En la identidad genérica se encuentra el rol genérico, que son las tareas que cada sujeto realiza a partir de su género. A todas estas relaciones sobre lo masculino y lo femenino se denomina cultura de género.

La cultura de género se refiere al conjunto de normas, reglas, expectativas y mitos que son transmitidos de múltiples formas y a través de diferentes agentes con el propósito de incorporar a los nuevos individuos a la sociedad asegurando su funcionamiento “óptimo” (Rocha y Díaz, 2011: 19).

La familia y la escuela, por mencionar dos instituciones, son núcleos de socialización donde se transmiten las características para el varón y para la mujer, papel que se refuerza, incluso se desvirtúa, con el contenido de los medios masivos de comunicación.

La masculinidad es un atributo social asociado a la fuerza y a la productividad, mientras que la feminidad, a lo afectivo y a lo reproducción. Esta concepción encasilla a los varones en actividades de dominio, y a las mujeres, en situaciones de subordinación, reflejando inequidad entre las partes.

En el caso específico de los varones, existe una configuración social que sienta expectativas de comportamiento, con el que deben demostrar a sí mismos y hacia los demás su derecho a la masculinidad; de no lograrlo, sentirían un malestar intrapersonal al no tener la capacidad de cumplir con el mandato social que los hace vulnerables a la crítica de los demás, específicamente de aquellos varones que sí demuestran en todo momento su valor masculino. Sin embargo, existen varones que aun cumpliendo con el código de comportamiento correspondiente, no están de acuerdo con tener que ser los dominantes porque consideran que hay acciones que no deberían ser exclusivos para la masculinidad, sino ser compartidos por el

otro género[836], o bien, tienen el deseo de involucrarse con tareas consideradas propias de la feminidad[837].

La permanencia y reproducción de esta dualidad entre las generaciones más recientes, ha provocado lo que Bell (1987) llama "paradoja de la masculinidad", que consiste en que como varones son educados para mantener los privilegios sociales atribuidos al género masculino, pero se les inculca la idea de la paridad genérica, provocándoles conflicto intrapersonal para decidir qué es lo más adecuado para ellos en su relación con las mujeres.

Se han detectado problemas psicológicos, inseguridades y malestares entre la población masculina, desencadenados por la crítica feminista, los nuevos modelos de masculinidad, la búsqueda por la igualdad de género, y las contradicciones de la educación tradicional impartida desde el dominio masculino (Fernández, 2003), que indica la existencia de un conflicto en el colectivo de los varones.

La cultura disidente, conformada por quienes critican la polarización y que pugnan por la diversidad genérica, comulga con la idea de que la masculinidad no es exclusiva de los varones, lo mismo que la feminidad respecto a las mujeres. Existen mujeres masculinas y hombres femeninos a partir de sus características de personalidad y roles que desempeñan en los escenarios donde se desarrollan. Esta percepción provoca la existencia de otro conflicto que es más de construcción social: la ceguera respecto a la construcción del género.

En ese contexto, los medios masivos de comunicación responden a la polaridad genérica, presentado a varones y mujeres con las características asignadas. En un análisis semántico sobre la figura masculina presentada en medios impresos, específicamente en publicidad de revistas, se visualiza el varón como un sujeto superior, con símbolos de poder que le respaldan el estatus social adquirido por el hecho de ser hombre (Olarte y otros, 2015).

De acuerdo a Connell (1997), son hombres dominantes, machos alfa que sobresalen en un mundo masculino, en donde los que no cumplen con el estereotipo del hombre físicamente atractivo, fuerte y exitoso, se aleja de la esfera privilegiada para convertirse en hombres

[836] Los varones de generaciones más recientes son educados con mayor perspectiva de género, que los hace ser sensibles a la búsqueda de la equidad. Son sujetos que observan que las mujeres que les rodean han incursionado al campo laboral, y que realizan actividades que anteriormente eran exclusivos de los varones, como las carreras de ingenierías o los oficios relacionados con la construcción y la transportación.

[837] El ejemplo más claro es la paternidad, derecho que han fortalecido a partir del involucramiento del varón durante la gestación, el parto y el posparto. Cada vez más se observan varones en el cuidado de los hijos, incluso, realizan actividades domésticas como cooperación para la educación familiar.

subordinados y marginados, vinculados en muchos de los casos con expresiones de la feminidad.

Se aprecia que al ser hombres tienen en el espacio público un escenario para mostrarse como tal: están al acecho de las mujeres para conquistarlas, cumpliendo con ello la exigencia de ser los que deben cortejar en una relación interpersonal amorosa (Olarte y otros, 2015).

Pese a que cumplen con estereotipos del hombre occidental, en donde se privilegia la delgadez, la piel blanca, la altura y lo físico, se rompe con la creencia del hombre que, por ser hombre, se aleja de lo estético y lo saludable; son mostrados como sujetos que se preocupan por su cuerpo y aspecto físico, por su salud y bienestar, por ello los modelos proyectados son adultos jóvenes, con figura torneada a partir del ejercicio, que implica el cuidado de la salud.

Sin embargo, el hecho de cuidar la salud, y en ocasiones mostrar ciertas emociones, no significa que evidencien modelos emergentes de la masculinidad, porque el sólo cuidado de la apariencia, más que ser saludable, connota poder, y con ello, la reproducción de la hegemonía (Olarte y otros, 2015).

Otro conflicto es la ridiculización mediática al que son sometidos los varones que no cumplen con las expectativas establecidas, ya que en muchos de los casos los muestran como sujetos afeminados, connotando como negativo al género femenino. En esa configuración se perciben hombres muy femeninos, o bien travestidos, vinculados a orientación y/o preferencia distinta a la heterosexualidad[838], que dan pauta a pensar que un varón con tal identidad siempre será como mujer.

Se deja a un lado aquellas figuras de varones con características masculinas que cumplen con roles genéricos establecidos desde su nacimiento, y que respetan en parte la normativa social de comportamiento, pero que han decidido para sí una orientación, preferencia y/o identidad sexual distinta a la heteronormatividad, y no por ello restan valor a su existencia como ser humano, como persona y como varón; sin embargo, cuando los demás saben de tal identidad, en su mayoría son blanco de burlas que reflejan un machismo exacerbado.

[838] La heterosexualidad es la orientación y/o preferencia que caracteriza a la sociedad heteronormativa, como un deber ser para hombres y mujeres; por ello desconoce a las identidades divergentes.

III- ESTEREOTIPOS EN TELEVISIÓN

De los medios masivos de comunicación tradicionales, la televisión es el canal de mayor impacto social, pese al dominio radiofónico en zonas semiurbanas y rurales, debido a que su alcance lo registra en áreas urbanas[839].

De acuerdo a la *Encuesta Nacional sobre el Uso del Tiempo (ENUT) 2014*, los habitantes en México de 12 años y más utilizan algún medio masivo de comunicación, por un promedio de 13 horas semanales (INEGI, 2015).

El *Anuario Media Performance 2011* divulga que el grado de penetración de la televisión en los hogares es muy alto, ya que el 98.8% tiene acceso a este medio, además de que el 32.2% cuenta con televisión de paga; asimismo hay al menos una televisión encendida por más de ocho horas por día, y de lunes a viernes el 78.5% de los consumidores sintonizan canales de televisión abierta, que desciende a 72.9% los fines de semana. Resulta significativo que un 44% de las personas que cuentan con televisión cerrada dedican más tiempo a mirar canales abiertos (IBOPE AGM México, 2011).

La televisión mexicana tiene en sistema abierto dos cadenas nacionales que dominan la programación a través de sus diversos canales, mientras que en el sistema cerrado aumenta la cantidad de televisoras pero comparten el cuadrante con producción extranjera. Es el Canal 2 el que concentra más de una quinta parte de la audiencia nacional, el 15% lo acapara el Canal 5, el 13% el Canal 13, seguida por Canal 7 con 9.3% y Canal 9 con 7.3%. El resto se reparte, en fracciones minúsculas, en los demás canales de televisión abierta y entre los canales de paga (IBOPE AGM México, 2011).

Pese a que existe diversidad de programas para todo tipo de público, en la televisión abierta mexicana predominan las telenovelas y las series como formas de entretenimiento poblacional.

El *Anuario Media Performance 2011* indica que entre los quince primeros lugares de preferencia en programación, diez fueron ocupados por telenovelas; en segundo orden de preferencias están los eventos deportivos y los noticieros.

Las telenovelas más exitosas alcanzan entre el 15 y 20% del rating total, es decir la proporción de la audiencia que está viendo un determinado programa, comparado con el total de la audiencia potencial, que a su vez refiere al total de los hogares con televisión, estén o no

[839] La población en México durante 2010 era de 112 millones 336 mil 530 habitantes, de los cuales el 77.8% se ubicaba en zonas urbanas, y el 22.2% en zonas rurales (INEGI, 2011).

encendidos. Estos programas llegan alcanzar hasta 40% de rating cuando la población tiene encendida la televisión en el momento del conteo (IBOPE AGM México, 2011).

Tales estadísticas demuestran que la televisión en México no responde a un interés educativo sino a fines lucrativos, cuya población consumidora tiene preferencia por las producciones que maquillan o actúan la realidad, con poca importancia por los hechos que verdaderamente dan sentido a la realidad; esto es, las telenovelas y los talk show registran mayor rating que los programa de opinión.

La televisión pudiera coadyuvar el trabajo en pro de la educación en el país, a partir de programas y mensajes que construyan saberes para la vida. Sin embargo, al ser parte de un sistema capitalista, la industria televisiva responde a intereses de las altas esferas que dominan la programación, convirtiendo a este medio en una herramienta de manipulación y ceguera social.

El potencial educativo de la televisión abierta es amplio, así lo han demostrado los países de mayor desarrollo en esta materia. El ejemplo de Europa es sobresaliente pero no son excepción los casos de América Latina (Chile, Brasil, Colombia, Argentina, Uruguay) en que se han buscado y logrado alternativas. La televisión por cable da también evidencia de que con programas con enfoque cultural y educativo se pueden alcanzar cuotas de mercado importantes. Es sobre todo una cuestión de definición de prioridades y de trabajo sustantivo en este ámbito. Pero de que se puede se puede (Rodríguez, 2014).

Como medio de sociabilización, la televisión contribuye a formar identidad, a establecer cultura, “a construir su historia desde los procesos culturales en cuanto articuladores de las prácticas de comunicación con los movimientos sociales” (Martín, 1991: 178).

Las prácticas de varones y mujeres que buscan la equidad e igualdad de género constituyen un movimiento social que ha desencadenado hechos para transformar la realidad de las relaciones humanas. Obliga a revisar la historia de cómo los hombres imponían su presencia en un sistema patriarcal y cómo las mujeres debían estar subordinadas en espacios silenciosos; impulsa a recorrer el camino del feminismo para conocer los logros de las mujeres y reivindicar su papel en la sociedad; invita a reflexionar sobre la necesidad de investigar a los varones desde perspectivas que alejen el estigma de ser la figura victimaria.

Desde el ámbito académico se apuesta al uso de la televisión para fines educativos que impulsen el desarrollo humano y comunitario. Desde una perspectiva de género, el mensaje

televisivo debe reflejar la paridad entre hombres y mujeres, de tal forma que como medio de comunicación divulgue ideas democráticas en la relación genérica.

Desafortunadamente la realidad en el medio indica la predominancia del lenguaje sexista y las pautas comportamentales tradicionales para varones y mujeres. Se aprecia cómo los sujetos son transformados en objetos de poder y placer, despertando el pensamiento hedonista de los consumidores.

En la televisión mexicana, sobre todo en las telenovelas, las series y los *talk show*, la figura masculina responde a estereotipos específicos: los buenos y exitosos generalmente son sujetos con personalidad atractiva, muchas veces apuestos físicamente, voz varonil, altos, generalmente de tez blanca o morena clara, con cuerpo torneado por músculos estéticamente desarrollados, que representan el ideal tradicional del hombre contemporáneo en Occidente; mientras que los varones que representan problemáticas o que ocupan espacios menos privilegiados, son proyectados como sujetos menos atractivos, con cuerpo no tan agraciado, y una serie de dificultades para las relaciones humanas.

También se refleja la tradicional figura del hombre fuerte, machista, heterosexual, homofóbico, conquistador y soez; así como el hombre afeminado, ridiculizado con acciones que hacen pensar que todo varón con características femeninas es homosexual, y a su vez, que todo varón homosexual se comporta como mujer.

Queda claro que la televisión reproduce estereotipos, valoraciones que son permeados por la población ante su pasividad de recepción; esto significa que las masculinidades rurales, las de la tercera edad, las indígenas, las disidentes, por mencionar algunas, tienen poca o nula cabida en la industria televisiva, y si las hay, son presentados de forma tergiversada.

Tal aseveración representa un conflicto más en cuestiones genéricas, debido a que este medio refuerza la inequidad entre varones y mujeres, vinculando el ser masculino con expresiones de fuerza física, cuando en realidad, la masculinidad es un constructo social que posibilita un abanico de formas para el comportamiento y la experiencia de ser masculino.

Al proyectar figuras que no corresponden a la realidad de la mayoría de los varones que habitan este país, existe la posibilidad de que los mensajes televisivos provoquen conflicto de tipo cognitivo, es decir, de contenido del pensamiento, entre quienes hacen y consumen tales mensajes.

Además se identifica que cuando se limita la figura masculina al modelo hegemónico, se violentan los artículos 5 y 63 de la Ley Federal de Radio y Televisión[840]. El 5º hace referencia a la función social de la televisión para mejorar las formas de convivencia humana, entre otros, a través del respeto de la moral, la dignidad humana y los vínculos familiares; además de la evitación de influencias nocivas o perturbadoras al desarrollo armónico de la niñez y la juventud. El 63º prohíbe todas las transmisiones que causen la corrupción del lenguaje y las contrarias a las buenas costumbres, ya sea mediante expresiones maliciosas, palabras o imágenes procaces, frases y escenas de doble sentido, apología de la violencia o del crimen.

Al analizar el comportamiento hegemónico de la figura masculina proyectada por la televisión, se aprecia la transgresión a la moral (cuando el personaje varón casado se vincula afectiva y sexualmente con más de dos mujeres fuera de la institución familiar) y a la dignidad humana (cuando se presenta a un hombre que es sometido a complicadas pruebas para demostrar su hombría); además, el lenguaje obsceno y la violencia en contra de los demás, altera el uso del lenguaje y rompe con las buenas costumbres.

La tergiversación que la televisión hace de la figura masculina contribuye a establecer un escenario de conflicto. Tal vez estudiar a los varones desde una perspectiva histórica, biológica y cultural haya tenido mayor retribución y apoyo que el estudiar a las mujeres, pero es una realidad que en las investigaciones sobre ellas se presenta a ellos como victimarios.

Sin debatir ese papel que por tradición e imposición[841] tiene el varón, es necesario aclarar que no se debe limitar la configuración del varón como un sujeto masculino, ni mucho menos afirmar que existe una sola masculinidad. El ser humano varón tiene el derecho de disfrutar abiertamente su existencia a como le plazca, siempre y cuando no provoque malestar a la otredad; las mujeres tienen el mismo derecho de disfrutar abiertamente su existencia como tal.

Las decisiones de ser implica entonces la existencia de masculinidades y feminidades, que deberían ser reflejados abiertamente por los medios de comunicación, y evitar esas limitaciones de construcción social respecto a los varones y las mujeres con estereotipos que sólo transgreden la pluralidad y la libertad.

[840] La Ley Federal de Radio y Televisión fue decretada en 1960 durante el sexenio de Adolfo López Mateos; su reforma más reciente fue en 2012.

[841] Por tradición porque desde la antigüedad se ha considerado al varón como sinónimo de poder, y por imposición porque la sociedad asigna a ellos la facultad de mandar; esto es como expresar que los varones son violentamente destinados a ser violentos.

El que se proyecte una masculinidad y no las masculinidades, y el que se distorsione la vivencia de los varones que se identifican como masculinos y/o como femeninos, violenta los Derechos Humanos porque finalmente hombre y mujer, masculino y femenino, son seres humanos con capacidad de decisión.

Se agrede el derecho a la igualdad porque el lenguaje televisivo simboliza la inequidad y la discriminación existente, no sólo entre hombres y mujeres, sino entre hombres y entre mujeres; entre adolescentes, adultos y adultos mayores; entre sujetos de zona rural y zona urbana, entre profesiones, entre oficios, entre actividades diversas.

Se limita el derecho a la libertad, tanto personal como sexual porque la existencia de prejuicios provoca la crítica social hacia la decisión particular de ser persona; y se transgreden los derechos colectivos al violentar la paz y la libertad a ser diferente. La sola proyección de la figura masculina que reproduce patrones de conducta asociadas al machismo contribuye a estas violaciones.

IV- MEDIACIÓN DEL MEDIO Y DEL MENSAJE

El medio de comunicación responde a intereses de minorías porque está a la orden de las esferas de poder. Los consumidores son vistos como entes pasivos fáciles de manipular, que no pondrán obstáculo alguno para absorber mensajes intencionalmente seleccionados como mercancía.

En ese contexto, la transmisión de la figura masculina conceptualizada en una sociedad patriarcal impulsará la reproducción de la hegemonía entre los sujetos, que para la perspectiva de género representa un conflicto. Si tal situación no se reconoce como tal se mantendrán las prácticas sociales de intolerancia y discriminación.

Para evitar lo anterior, se requiere que el conflicto sea reconocido como tal por las partes involucradas, que representaría un primer paso hacia la búsqueda de acuerdos que aminoren y/o desaparezcan los efectos negativos de la disputa.

Esa posibilidad de cambio requiere la participación responsable de quienes elaboran y consumen el mensaje, y buscar el medio más adecuado para unir esfuerzos tendientes a la mejora de las relaciones genéricas.

Si tal planteamiento se aprecia desde la justicia alternativa, la justicia social equivaldría al mensaje televisivo que responda a la cotidianidad de hombres y mujeres del país, y los canales más factibles para llegar al acuerdo, los métodos alternos de solución de conflictos.

Cornelio (2014) define a los medios alternativos como diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional; tales métodos son: mediación, negociación, conciliación y arbitraje. Las personas que participan en estos sistemas pueden ser físicas o morales, quienes de forma voluntaria buscan el acuerdo sin asistir a los tribunales, que posibilita mayor rapidez para la solución.

En el caso de la figura masculina como conflicto, originada por la industria televisiva, se requiere la participación del medio y del receptor para buscar el equilibrio del mensaje (la figura masculina que responda a todas las posibilidades de ser masculino). La aplicación de los métodos alternos de solución de conflictos, específicamente de la mediación, representa una alternativa para la intervención.

Para González, la mediación se define como el procedimiento estructurado en el que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar un acuerdo sobre la resolución de sus diferencias con el apoyo y/o ayuda de un mediador. Aladro, considera que la mediación por sí misma es comunicación, y cuando se produce comunicación, dos posiciones que estaban desconectadas quedan unidas, a través de una simbiosis entre un mensaje y un modo de transmitirlo, que ha creado el cauce adecuado para hacerlo.

Las mediaciones son lugares de los que provienen las constricciones que delimitan y configuran la materialidad social y la expresividad cultura de la televisión (…) Cargada tanto por los procesos de trasnacionalización como por la emergencia de sujetos sociales e identidades culturales nuevas, la comunicación se está convirtiendo en un espacio estratégico desde el que pensar los bloqueos y las contradicciones que dinamizan estas sociedades encrucijada, a medio camino entre un subdesarrollo acelerado y una modernización compulsiva (Martín, 1991: 203).

En la mediación se requiere la participación de los involucrados en el conflicto y la figura de un mediador, quien es un sujeto imparcial que funciona como canal para el mensaje que las partes emitan respecto a la disputa, a fin de alcanzar voluntariamente una solución total o parcial al mismo.

De los tipos de mediación se retoma la mediación cognitiva porque es la que persigue transformar las estructuras cognitivas de los sujetos. Martín, considera que la mediación cognitiva provee a los miembros de la sociedad de relatos en los que se les propone una interpretación del entorno (material, social, ideal) y de lo que en él acontece. Tales narraciones ponen en relación los sucesos que ocurren con los fines y las creencias en cuya preservación están interesados determinados grupos sociales.

Como el conflicto que se presenta es facultad de la mediación cognitiva de los medios de comunicación, se requiere la transformación del medio y del mensaje. La sugerencia es que la televisión cambie el fondo de la figura masculina para posibilitar el cambio cognitivo de los receptores respecto a lo que se transmite, sobre todo con referencia de que la televisión es un canal de impacto entre la población.

Se busca generar nuevos significados. En este sentido, deja de ser un vínculo pasivo en la transmisión de alguna información constante entre entrada (emisor) y salida (receptor). Tal es en esencia la función de un diálogo como dispositivo de pensamiento. La función dialógica tiende al dinamismo, la heterogeneidad y el conflicto entre voces. En vez de tratar de recibir significados que residen en los enunciados de los hablantes como algo previsto por la metáfora del conducto, el foco está puesto en cómo puede un interlocutor usar textos como si fueran dispositivos de pensamiento y responder a ellos de forma tal que generen nuevos significados.

Estos nuevos significados en el mensaje televisivo dependerán en mucho de la disposición de quienes hacen el medio, para apegarse a la realidad sin alterarla.

La mediación de los medios de comunicación es propuesta como una teoría que involucra el estudio de la producción, transmisión y utilización de la cultura, desde el análisis de los modelos culturales y de sus funciones; y de la utilización de esta mediación como un procedimiento de dominación o control social influyendo sobre la conciencia de las personas.

Resulta tal vez utópico que el medio comunicativo en un sistema económico capitalista como la que predomina en Occidente, transforme su contenido para responder más a intereses sociales que particulares, pero si se logra la sensibilización del impacto que los mensajes relacionados con el género tiene en la sociedad, seguramente habrá mayor conciencia de la necesidad de participación conjunta de diversos actores para tener una sociedad más democrática.

CONCLUSIONES

La mediación del medio y del mensaje respecto a la figura masculina televisada representa una oportunidad para transformar la concepción de la masculinidad en México. Para ello se requiere la participación voluntaria de actores sociales que estén dispuestos a construir una sociedad plural, no sólo de nombre sino de acción, que responda a las demandas de reconocimiento de las diferencias.

La reflexión desde la perspectiva de género que sobre la figura masculina se ha hecho, permite identificar la necesidad de contar con una industria cultural más comprometida con la población, que contribuya a la igualdad de género y al fomento de sanas relaciones humanas.

Se requiere también la reflexión exhaustiva del constructo masculinidad que lleve a una reconstrucción del mismo, a fin de socializar que esta categoría social no es exclusiva de los varones, además de que el ser humano varón tiene el derecho de vivir su naturaleza como varón a su libre decisión aun cuando tal vivencia sea contraria a lo socialmente establecido para los varones, sin que ello implique desvalorizarlo como tal.

El cambio de pensamiento respecto a la experiencia de la masculinidad es un proceso posible pero largo y complejo; depende de todos, no sólo de los varones porque hombres y mujeres configuran la realidad social.

En esa dinámica se hace necesaria la participación de los medios de comunicación. Tal como lo afirma Cuchillo (2009), la tarea de los medios de comunicación consiste en establecer los marcos de referencia adecuados para que los agentes sociales se sitúen en el cambio.

Hacer que la televisión como medio de comunicación esté al servicio social, no como forma de manipulación de las elites sino como canales de acercamiento entre las diferencias, permitirá que se abra camino para la mediación del medio y del mensaje.

BIBLIOGRAFÍA

ALADRO, Eva, *Comunicación y retroalimentación*, Madrid, Fragua, 2004.

BELL, Donald, *Ser varón. La paradoja de la masculinidad*, Barcelona, Tusquets Editores, 1987.

CESCA, Patricia, *La mediación cognitiva, un estilo de aprendizaje para enseñar a pensar, 2014,* septiembre de 2015, http://www.delasallesuperior.edu.ar/biblioteca/mediacion_cognitiva_noveduc.pdf

CONNELL, Raewin, "La organización social de la masculinidad", en Valdés, Teresa y Olavarría, José (editores), *Masculinidad/es: poder y crisis,* Chile, Isis Internacional, 1997, pp. 31-48.

CORNELIO, Egla, "Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano", *Barataria*, Toledo, núm. 17, junio de 2014, pp. 81-95.

CUCHILLO, Verónica, *La mediación de los medios de comunicación*, 2009, http://comunicaziones.blogspot.mx/2009/08/la-mediacion-de-los-medios-de.html

FERNÁNDEZ, Anna, "Proveedores, machos y cornudos: la masculinidad hegemónica", en Miano, Marinella (comp.*), Caminos inciertos de las masculinidades*, México, INAH, 2003, pp. 299-314.

GALTUNG, Johan, *¡Hay alternativas! 4 caminos hacia la paz y la seguridad*. Madrid, Tecnos, 1980.

GONZÁLEZ, Nuria, "Apuntes sobre la mediación como medio alternativo de solución de conflictos: el contexto español y mexicano", en: All, Paula y otros (editores), *Derecho internacional privado –derecho de la libertad y el respeto mutuo- Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Moekelt*, Asunción, CEDEP y ASADIP, 2010, pp.615-646.

INSTITUTO BRASILEÑO DE OPINIÓN PÚBLICA Y ESTADÍSTICA / AGM México (IBOPE AGM México), *Anuario Media Performance 2011*, 2011, https://www.nielsenibope.com.mx/uploads/anuario2011.pdf

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, INEGI, *Panorama sociodemográfico de México*, 2011, consultado en septiembre de 2015 en: http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/poblacion/2010/panora_socio/Cpv2010_Panorama.pdf

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, INEGI, *Encuesta Nacional sobre el Uso del Tiempo (ENUT) 2014*, 2015, consultado en septiembre de 2015 en: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2015/especiales/especiales2015_07_2.pdf

LAMAS, Martha, *Cuerpo: diferencia sexual y género*, México, Taurus, 2002.

LAMAS, Martha, *El género, la construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Porrúa, 2013.

LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN, 2015, http://normatecainterna.sep.gob.mx/work/models/normateca/Resource/222/3/images/ley_federal_radio_television.pdf

MÁRQUEZ, María y DE VILLA, José, *Medios alternos de solución de conflictos*, México, UNAM, 2013.

MARTÍN, Manuel, "Mediación cognitiva y estructural", en: Moragas, Miquel (editor), *Sociología de la comunicación de masas*, Barcelona, Gustavo Gili, 1985, pp.141-162.

MARTÍN, Jesús, *De los medios a las mediaciones. Comunicación, cultura y hegemonía*, México, Gustavo Gill, 1991.

OLARTE, Carlos y otros, *La figura masculina en la publicidad impresa: un acercamiento desde la comunicación y el género*, 2015, Ponencia presentada en el Encuentro Nacional AMIC 2015, realizado el 4 y 5 de junio, Querétaro, Qro.

PERCEVAL, José, Nacionalismos, xenofobia y racismo en la comunicación. Una perspectiva histórica. Barcelona, Paidós, 1995.

RODRÍGUEZ, Roberto, *Televisión, televisoras y crisis educativa en México*, México, Instituto de Investigaciones Económicas-UNAM, 2014, http://www.ses.unam.mx/publicaciones/articulos.php?proceso=visualiza&idart=1911

ROCHA, Tania y DÍAZ, Rolando, *Identidades de género, más allá de cuerpos y mitos*, México, Trillas, 2011.

SUÁREZ, Marinés, *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Madrid, Paidós Ibérica, 1996.

TERCERA PARTE:
PROCESOS

CAPÍTULO I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA TRIBUTARIA EN MÉXICO

Freddy A. Priego Álvarez[842]

SUMARIO:

Introducción. A. Límites constitucionales a la potestad tributaria normativa. B. Límites no constitucionales a la potestad tributaria. C. Justicia constitucional tributaria. Conclusiones.

RESUMEN:

La justicia constitucional en materia tributaria ha estado plagada desde el inicio de nuestra vida independiente de una serie de interpretaciones que la sitúan en el plano del "Derecho de excepción" al entender que no permean sobre ella todos los principios que regulan nuestro Ordenamiento jurídico. Desafortunadamente, las últimas reformas a nuestro texto fundamental sobre el Juicio de Amparo así como a su ley reglamentaria coinciden con esta manera de entender nuestro Sistema de Fuentes, sustrayendo a la ley tributaria de los efectos de una Declaratoria General de Inconstitucionalidad. Lo que provoca pérdida de confianza para el justiciable en la búsqueda de la adopción plena y sin limitación alguna del principio de seguridad jurídica en la relación Estado-súbdito para la contribución al sostenimiento de los gastos públicos.

Palabras claves: Principios Tributarios, Justicia Constitucional Tributaria, Estado de Derecho

ABSTRACT:

Constitutional justice in tax matters has been plagued since the beginning of our independent life, of a series of interpretations that place it at the level of "Right of Exception" interpreting that not all of the principles governing our legal system, permeate through it. Unfortunately, recent reforms to our fundamental text about the writ of Amparo as well as its regulatory law, agree with this way of understanding our System of Sources, withdrawing the tax law from the effects of a General Declaration of Unconstitutionality. Causing loss of confidence to the defendant in the search of full adoption and without any limitation of the principle of legal certainty in the state-citizen relationship for the contribution to the maintenance of public expenditure.

Keywords: Tax Principles, Constitutional Tax Justice, Rule of Law

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la materia tributaria en México no ha estado exento de una serie señalamientos que han acercado a una zona de "no Derecho" o a un "ámbito excepcional de validez" a aquellas normas que imponen a los ciudadanos la obligación de contribuir para el sostenimiento de los gastos públicos, siempre que dicha obligación sea proporcional y equitativa[843]. Ello en virtud que mientras por un lado los textos constitucionales imponían

[842] Doctor en Derecho Financiero y Tributario y Posgraduado en Tributación Internacional de las Empresas por la Universidad de Salamanca, España; Diplomado por el *Language and Pedagogy Institute* de la Universidad DePaul, en Chicago, Estados Unidos; Investigador Nacional nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT y Profesor Titular de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

[843] En el México de inicios del s. XIX no se encontraba dicha restricción tal como se desprende de la Sección V, artículo 49, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 que establece: "Las leyes y decretos que emanen del Congreso General tendrán por objeto: […] VIII. Fijar los gastos generales, establecer las contribuciones generales para cubrirlos, arreglar su recaudación, determinar su inversión, y tomar anualmente cuentas al gobierno." Misma suerte corren las Leyes Constitucionales de 1836 cuando en su artículo 3 determinaban: "Son obligaciones del mexicano: […] II. Cooperar a los gastos del Estado con las contribuciones que establezcan las leyes y le comprendan". Es hasta la Constitución de 1857 cuando el artículo 31, fracción II,

ciertas restricciones a Potestad Tributaria Normativa del Estado nacional mexicano, por otro dichas "garantías constitucionales" –proporcionalidad y equidad- no podían ser juzgadas por tribunal federal alguno; es decir, no existía autoridad jurisdiccional facultada para analizar y, en consecuencia, declarar sobre la constitucionalidad de los tributos establecidos por el órgano legislativo de la Nación bajo el argumento que correspondía al pueblo elegir a los mejores hombres[844] para que en su representación legislasen sobre los institutos tributarios conducentes sujetos a los principios de justicia material[845].

Se temía la injerencia ilegítima de un Poder sobre otro, pues al resolver el Judicial sobre un asunto de leyes tributarias se podía entender que enmendaba la plana al quehacer del Legislativo, poniendo en riesgo temas de gran calado para el reciente Estado mexicano como el de la Soberanía. Lo que debe sorprendernos; empero, es que el justiciable quedaba en total desamparo ante la posible actuación arbitraria de la autoridad hacendaria[846].

El caso Aurelio Maldonado sirve de parte aguas en los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, a partir de ahora) pues se permite por vez primera juzgar sobre la falta de proporcionalidad y equidad de las contribuciones a través del Juicio de Amparo, sentando un precedente para iniciar el análisis posterior sobre la constitucionalidad de las resoluciones del Poder Legislativo cuando de la figura tributaria se advirtiese un carácter ruinoso, confiscatorio o exorbitante o que el Congreso se hubiese excedido en el uso de sus atribuciones constitucionales[847].

De entonces a la fecha, la Jurisprudencia de la SCJN en materia tributaria ha evolucionado sobremanera intentando sentar bases sólidas sobre los criterios mínimos indispensables que todo tributo debe cubrir para "garantizar" el cumplimiento de los principios constitucionales, a saber: 1. Estar establecido por ley, 2. Ser proporcional y equitativo; y 3. Estar destinado al gasto público. No obstante, aún quedan temas pendientes por desarrollar como la definición de

---

establece como obligación de los mexicanos: "Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como del Estado y municipio en que se resida, **de la manera proporcional y equitativa** que dispongan las leyes". [La negrita es nuestra]

[844] El artículo 34 de nuestra Constitución fue reformado hasta el 17 de octubre de 1953, gracias al cual se permitió abiertamente el derecho a la mujer en el ámbito federal mexicano para votar y ser votada. Derecho que fue ejercido por vez primera el 3 de julio de 1955.

[845] En este sentido, *Vid.* GARCÍA BUENO, "Principios Tributarios Constitucionalizados", en *Manual de Derecho Tributario*, 2ª ed., México, Porrúa, 2008, 49 y ss.

[846] Sobre las excepciones al principio de división de funciones puede consultarse a DE OTTO, *Vid. Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., 6ª reimpresión, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 182-213.

[847] Al respecto, *Vid*. Sentencia de 20 de octubre de 1925, en *Seminario Judicial de la Federación*, Tomo XVII, p. 1013, reproducida en el Apéndice 1917-1985, Primera Parte, Pleno, Tesis 51, pp. 96-97.

la aptitud para concursar en el sostenimiento del Estado, pues de acuerdo a la Jurisprudencia "para que un gravamen sea proporcional debe existir congruencia entre el mismo y la capacidad contributiva de los causantes; entendida ésta como la potencialidad real de contribuir al gasto público que el legislador atribuye al sujeto pasivo del impuesto" y nada más[848].

A. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA POTESTAD TRIBUTARIA NORMATIVA

Desarrollar los límites a la Potestad Tributaria Normativa nos obliga primero a sentar los alcance de dicha Potestad, misma que debe entenderse como la facultad de los entes públicos para allegarse de recursos económicos provenientes del patrimonio de los sujetos que se encuentran en condiciones de sufragar el gasto público de acuerdo a su capacidad contributiva y con fundamento en normas jurídicas, preferentemente de índole constitucional[849].

Resulta importante hacer notar que preferimos hacer alusión a los contribuyentes como sujetos pasivos de la relación jurídico-tributaria que, como lo hace un destacado sector de la doctrina nacional[850], a los particulares dado que pueden estar sujetos a cargas tributarias incluso otros sujetos de Derecho Público que actualicen el supuesto hipotético exigido por la ley en su Hecho Imponible. En el mismo orden de ideas, preferimos hablar de "potestad" que de "poder" pues entendemos que al tiempo de seguir a la doctrina científica más autorizada le asignamos al término un carácter más subjetivo a la acción impositora de cargas fiscales[851].

Ahora bien, abordar lo relativo a la labor legislativa estatal para crear tributos no tiene por qué vincularse con la idea de Soberanía, ya que si los entes públicos están legitimados para imponer y, en su caso, aplicar los tributos[852] ello es debido a las disposiciones jurídicas que los regulan. Descartamos, por consiguiente, la vieja y superada teoría que vincula el

---

[848] *Vid.* Tesis P./J. 10/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVII, mayo 2003, p. 144.

[849] En este sentido, *Vid*. PRIEGO ÁLVAREZ, "La Potestad Tributaria Normativa", en *Manual de Derecho Tributario*, citado, p. 125.

[850] *Cfr*. DE LA GARZA, *Derecho Financiero Mexicano*, 12ª ed., México, Porrúa, 1983, p. 193.

[851] Al respecto, YEBRA MARTUL-ORTEGA señala que "según la posición doctrinal que se profese, se habla de poder financiero, poder fiscal, poder tributario, poder de imposición, potestad, potestad impositiva, etcétera", *Vid*. *El Poder Financiero*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 14; citado por CÁRDENAS ELIZONDO, *Introducción al estudio del Derecho Fiscal*, México, Porrúa, 1999, pp. 345-346. GIULIANI FONROUGE, por su parte, prefiere utilizar la voz poder tributario al referirse a la "facultad o la posibilidad jurídica del Estado, de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes que se hallan en su jurisdicción". *Vid. Derecho Financiero*, vol. I, 5ª ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1993, p. 296.

[852] No debe confundirse la Potestad Tributaria Normativa con la Potestad de Imposición, entendida como la aptitud de aplicar las normas de orden tributario, *Vid*. MICHELI, "Premesse per una teoria della potestá di imposizione", en *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, I, 1967, p. 264 y ss., citado por GONZÁLEZ GARCÍA y LEJEUNE VALCÁRCEL, *Derecho Tributario I*, Salamanca, Plaza Universitaria, 1997, p. 126.

establecimiento de tributos por el Estado como una característica de supremacía o preeminencia frente a los contribuyentes, quienes han sido relegados a un plano de inferioridad[853]. En un Estado de Derecho[854] los entes públicos se limitan a desarrollar las competencias, sean de índole tributaria o de cualquier otra, consagradas constitucionalmente y no más.

Otro sector de la doctrina ha entendido que la Potestad Tributaria Normativa no está ligada con la soberanía bajo el entendido que ésta es más bien una característica del Estado en el ámbito internacional como una manera de afirmar su independencia, por lo que si estamos refiriéndonos a su propia jurisdicción o ámbito espacial de validez bastará con recurrir a al poder de imperio[855] del Estado ejercido a través de sus tres funciones fundamentales: la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial.

El poder de imperio coloca al Estado en una posición de superioridad frente al contribuyente que queda relegado a un papel de sumisión, situación que no se actualiza en los modernos Ordenamientos jurídicos donde por mandato constitucional los tributos son aprobados mediante ley siguiendo un proceso en el que los representantes ciudadanos analizan, discuten y, en su caso, aprueban las nuevas cargas tributarias; es decir, se manifiesta a cabalidad la evolución del principio de la autoimposición que llega hasta nuestro días consagrando el de reserva de ley en materia tributaria[856].

---

[853] La tesis que combatimos ha sido presidida durante largo tiempo por escritores de primera línea como SAINZ DE BUJANDA para quien "el Derecho financiero no puede prescindir del concepto de soberanía, del que deriva el poder financiero del Estado. La soberanía […] es una noción que compendia las cualidades del poder o capacidad que al Estado corresponde para cumplir sus fines a través de una serie de actividades. El poder del Estado es esencialmente distinto al que ejercen los grupos sociales no políticos y, en consecuencia, Estado y soberanía –cualquiera que sean las revisiones que se hagan de este concepto- son y serán siempre nociones inseparables". *Cfr. Hacienda y Derecho. Introducción al Derecho financiero de nuestro tiempo*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 256.

[854] La inserción del término Estado de Derecho en su acepción original proveniente del sistema anglosajón no es un accidente, pues entendido como Rule of law se rige por los siguientes principios: 1. *The government and its officials and agents as well as individuals and private entities are accountable under the law*; 2. *The laws are clear, publicized, stable, and just; are applied evenly; and protect fundamental rights, including the security of persons and property*; 3. *The process by which the laws are enacted, administered, and enforced is accessible, fair, and efficient*; y 4. *Justice is delivered timely by competent, ethical, and independent representatives and neutrals who are of sufficient number, have adequate resources, and reflect the makeup of the communities they serve*. *Vid.* worldjusticeproject.org/what-rule-law.

[855] *Vid.* BIELSA, *Estudios de Derecho Público*, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1951, p. 55 y ss., citado por CÁRDENAS ELIZONDO, ob. cit., p. 297.

[856] En este sentido, *Vid*. PAREDES MONTIEL y RODRÍGUEZ LOBATO, *El principio de reserva de ley en materia tributaria*, México, Porrúa, 2001, pp. 44 y 45.

Por tanto, la potestad tributaria normativa no es una manifestación de la soberanía del Estado ni debe ser considerada como un ejercicio de su poder de imperio, existe al igual que los restantes poderes o potestades públicos debido a que el marco jurídico así lo ordena y siempre dentro de sus límites establecidos[857]. De ahí que se haya entendido que no se trata más que de la aplicación del Proceso Legislativo Ordinario pero encaminado a la creación de normas tributarias; en ese tenor ni el Poder Legislativo ni el Gobierno gozan de inmunidad alguna que haya que justificar o reconocer a uno u otro potestades metajurídicas que se traduzcan en omnipotencia sin fundamento alguno, precisamente porque establecer cargas fiscales no es disponer libremente sino hacer uso de una función sujeta a la Constitución[858].

Son precisamente esos límites los que se desprenden, en primera instancia, del fundamento constitucional de la materia tributaria cuando impone un deber de contribuir: a) para el sostenimiento del gasto público, b) de forma proporcional y equitativa, y c) acorde a lo que dicta la ley.

En relación con el destino de la recaudación tributaria, razón misma de la exigencia de las cargas fiscales, se ha entendido que el gasto público no constituye únicamente una consignación presupuestaria, sino que las cantidades empleadas deben servir para afrontar las obligaciones del Estado[859]. En ese tenor se exige un estudio de las necesidades generales, como función financiera y como flujo monetario. Se exige el estudio porque las erogaciones estatales son el conjunto de requerimientos públicos cuya satisfacción requiere el empleo de fondos públicos. Es una función financiera debido a que desde la perspectiva de los entes públicos sus actos son fruto de un procedimiento complejo por medio del que se cubren las exigencias de la colectividad[860] y un flujo monetario porque al final los recursos provendrán del Tesoro del Estado[861].

---

[857] Sobre al particular, *Vid*. PÉREZ ROYO, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 12ª ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 47.

[858] En este sentido, HENSEL ha llegado al extremo de entender que "la actividad legislativa del Estado en el campo tributario no presenta particulares características que la distingan de la restante actividad legislativa estatal, por lo cual carece de sentido técnico-jurídico cualificar como tributario al poder de dictar normas jurídicas de carácter general en el ámbito de la imposición". *Vid. Diritto Tributario*, pp. 28-29, citado por RODRÍGUEZ BEREIJO, *Introducción al estudio del Derecho Financiero. Un ensayo sobre los fundamentos teóricos del Derecho Financiero*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1976, pp. 227 y 228.

[859] Al respecto, *Vid*. BENTIVENGA, *Elementi di Contabilità Pubblica*, Milán, Giuffrè, 1961, pp. 304-309; BENNATI, *La Gestione Finanziaria dello Stato*, Milán Giuffrè, 1961, p. 93; y TROTABAS, *Finances Publiques*, 3ª ed., París, Dalloz, 1969, pp. 195 y ss.

[860] Tradicionalmente se ha entendido que con el gasto público se cubren necesidades públicas; sin embargo, para FLORES ZAVALA "el Estado no realiza gastos únicamente encaminados a la satisfacción de necesidades

Por otro lado, cuando el constituyente exige la contribución indica que ésta será proporcional y equitativa; es decir, acorde a su capacidad contributiva y respetando en todo momento la igualdad tributaria. Es precisamente gracias a esta mención que se desarrolla una doctrina que busca el respeto de criterios de justicia material por parte del sistema tributario. Así se ha configurado el principio de capacidad contributiva, complementado por el de igualdad[862], generalidad, progresividad y no confiscatoriedad[863]. Si bien el principio no constituye un enunciado acabado y de composición unánime, acorde a Ferreiro Lapatza, "es una forma de entender la generalidad y la igualdad tributaria. Es un prisma, un cristal, un punto de vista sobre los principios de igualdad y de generalidad. Un modo de aplicarlos que se haya hoy universalmente consagrado"[864]. De forma que cuando se sostiene que el principio de capacidad contributiva limita las elecciones del legislador tributario fijando límites para el concurso de los gastos públicos, "ciertamente se refiere *in primis* a la regulación del

---

colectivas, pues existen muchos casos en los que se realizan gastos justificados para la satisfacción de necesidades individuales, por ejemplo, una pensión, una indemnización a un particular por actos indebidos de funcionarios". *Vid. Elementos de finanzas públicas mexicanas. Los impuestos*, 34ª ed., México, Porrúa, 2004 pp. 225 y ss. En el mismo sentido VICENTE-ARCHE DOMINGO entiende que solamente una parte del gasto público se exterioriza en las prestación de los servicios públicos, *Vid*. "Notas sobre gasto público y contribución a su sostenimiento en la Hacienda Pública", en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, número 3, 1974, p. 543. FRAGA, por el contrario, asume que "por gastos públicos debe entenderse los que se destinan a la satisfacción atribuida al Estado de una necesidad colectiva, quedando por tanto, excluidos los que se destinan a la satisfacción de una necesidad individual", *Cfr. Derecho Administrativo*, 13ª ed., México, Porrúa, 1969, pp. 343-352.

[861] En este sentido, *Vid*. BAYONA DE PEROGORDO, "El procedimiento del gasto público y su control", en *Presupuesto y Gasto Público*, número 13, 1982, pp. 28-30. Cabe hacer mención que el autor señala que, antes de la publicación del artículo en cita, creía obsoleto dedicar unas líneas a la definición de gasto público pero se había dado cuenta de lo difícil que resultaba que la doctrina fuese unánime al respecto.

[862] Nos apartamos momentáneamente del análisis de la equidad no sólo por entender que se puede tratar de una manifestación del principio de igualdad en materia tributaria, argumento extremadamente corto y superficial, sino porque, como veremos líneas abajo, siguiendo al Derecho argentino entendemos que la capacidad contributiva puede fungir como criterio específico de la igualdad y para medir la igualdad de situaciones frente al impuesto. Al respecto, *Vid*. GARCÍA ETCHEGOYEN, *El principio de capacidad contributiva. Evolución dogmática y proyección en el Derecho argentino*, Buenos Aires, Universidad Austral-Ábaco, 2004, pp. 192-198.

[863] En este sentido, *Vid.* GARCÍA BUENO, *El principio de capacidad contributiva a la luz de las principales aportaciones doctrinales en Italia, España y México*, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, México, 2002, pp. 63 y ss.

[864] *Vid. Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid, Marcial Pons, 1991, p. 319. Argumento rescatado por el constituyente español en el artículo 31.1 al indicar: "Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio."

presupuesto de hecho, del criterio imponible, de la alícuota, de los sujetos pasivos (regulación, podría decirse, sustancial de la exacción)"[865].

Por último cabe analizar el principio de reserva de ley[866]; es decir, el mandato de contribuir en función a lo que dispongan las leyes[867], lo que se traduce en una limitante más de orden constitucional a la libertad del legislador al momento de establecer contribuciones, pues no sólo está encorsetado por perseguir manifestaciones objetivas y económicamente ciertas para el sustento del gasto público, sino que el origen de la obligación tendrá como vía de manifestación a la ley[868]. Se actualiza con ello el aforismo latino que reza *nullum tributum sine lege* y va aún más allá cuando exige que el origen de las obligaciones tributarias esté en ley, exigiendo con ello también el análisis de los representantes del pueblo que sirven de voz y voto para todas las fuerzas políticas del Estado con presencia en el órgano legislativo sobre la necesidad de proteger los intereses de sus representados, sirviendo así el principio de reserva de ley de vehículo a diversas exigencias de índole sustancial. Dicho de otra manera, se materializa el hecho que de un instrumento de carácter formal se puede impactar en la esencia misma de las relaciones Estado-súbdito en materia de contribución para el sostenimiento del gasto público[869].

Ahora bien, cuando el principio sujeto a estudio despliega su eficacia sobre la fuentes del Derecho recibe con mayor propiedad el nombre de reserva de ley "porque en realidad su

---

[865] *Vid.* MOSCHETTI, "El principio de la capacidad contributiva", en *Tratado de Derecho Tributario*, t. I., Bogotá, Temis, 2001, p. 246.

[866] Entendido por GIANNINI, norma sobre la normación y sobre la producción normativa, *Vid*. "I proventi degli enti pubblici minori e la reserva della legge", en *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, I, 1957, p. 9.

[867] En el Derecho comparado encontramos similitudes con lo establecido en nuestro art. 31 fracción IV constitucional, así el numeral 23 de la Constitución italiana determina: "*Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*". De igual forma el constituyente español determina en su artículo 31.3: "Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley". Por su parte el artículo 34 de la Constitución de la V República Francesa ordena que la ley fijará las normas sobre: "*l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures*". El artículo 105 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania establece: "(1) *Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über die Zölle und Finanzmonopole*. (2) *Der Bund hat die konkurrierende Gesetzgebung über die übrigen Steuern, wenn ihm das Aufkommen dieser Steuern ganz oder zum Teil zusteht oder die Voraussetzungen des Artikels 72 Abs. 2 vorliegen.*"

[868] Al respecto, *Vid*. MICHELI, "Profili critici in tema di Potestá di Imposizione", en *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Milán, 1964, p. 24.

[869] En este sentido, *Vid*. PÉREZ ROYO, "Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria", en *Hacienda Pública Española*, número 14, Madrid, 1972, p. 217. En el mismo tenor, SAINZ DE BUJANDA sostiene que "el principio despliega su eficacia como límite formal –aunque, naturalmente, cargado de sentido social y político- del sistema de producción de normas jurídicas con eficacia constitutiva de obligaciones tributarias". *Vid. Hacienda y Derecho. Estudios de Derecho financiero*, t. III, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 166.

función primordial consiste en poner un límite a la potestad tributaria normativa del Estado, al acotar un determinado ámbito de la realidad social en exclusiva a la ley; en nuestro caso, ese ámbito de la realidad social es la parcela tributaria"[870].

No deben confundirse las dos manifestaciones de la legalidad en la materia tributaria, pues mientras la legalidad administrativa exige que todo acto de autoridad se someta a lo dictado por la ley, sujetando a los aparatos del Estado al respeto del Orden Jurídico. La reserva de ley busca que, por mandato constitucional, una materia determinada esté regulada por ley. Caso puntual de la materia tributaria, donde se prohíbe la facultad de crear normas tributarias a todo acto que no sea fruto de la voluntad del legislador, lo que se ha entendido como el aspecto positivo del principio[871].

El aspecto negativo, por otro lado, consiste en que no sólo no se permite en el campo de las materias, en este caso la tributaria, la injerencia de disposiciones jurídicas distintas a aquellas que son fruto de un proceso legislativo ordinario, sino que, siguiendo a Amatucci[872], el Congreso General o Poder Legislativo que se trate no podrá delegar dicha facultad en cualquier ente distinto a él, pues gran parte de la inspiración de nuestro principio reside en la desconfianza hacia el Ejecutivo en el desarrollo normativo de materias clave para el cumplimiento del Estado de Derecho[873].

B. LÍMITES NO CONSTITUCIONALES A LA POTESTAD TRIBUTARIA

Otras restricciones a la Potestad Tributaria Normativa no gozan de una consagración constitucional, pero no por ello dejan de ser de observancia obligatoria al momento de definir jurídicamente la prestación patrimonial pública con la que pretende el Estado nutrirse de recursos económicos suficientes para hacer frente a necesidades de orden colectivo. Dichas

[870] *Vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, "El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. III, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. 973.

[871] Al respecto, *Vid*. SIMÓN ACOSTA, "El principio de legalidad o reserva de ley tributaria", en *Principios Constitucionales Tributarios*, Culiacán, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1993, p. 149.

[872] En este sentido, *Vid*. *L´ordinamiento giuridico finanziario*, 6ª ed., Nápoles, Jovene, 1999, p. 20.

[873] La historia ha reconocido la importancia de establecer límites al poder del Ejecutivo por parte de la representación popular, pues cuando se ha pervertido el sistema de división de funciones fundamentales del Estado dejando en manos del Gobierno un cheque en blanco a través de delegaciones de funciones abiertas o de leyes de plenos poderes los resultados han sido funestos. El ejemplo más famoso, y que es obligado citar por su enorme valor ilustrativo, es la ley alemana de 25 de marzo de 1933 (*Ermächtigungsgesetz*), en la que el Parlamento de la República concedía al Canciller HITLER plenos poderes para legislar incluso modificando los preceptos de la Constitución de Weimar, vigente hasta ese momento. *Vid*. DE OTTO, *ob. cit*., p. 183.

limitaciones son de distinta índole –económicas, sociales y políticas[874]- pero de algún modo todas –o casi todas- han encontrado cobijo en el Ordenamiento positivo de una u otra manera. Los principios tributarios constitucionalizados son una buena muestra de lo anterior toda vez que junto a la Legalidad –en sus fases aplicativa y normativa; es decir, Legalidad Administrativa y Reserva de Ley, respectivamente) se debe citar al Principio de Seguridad Jurídica.

No se encuentra unanimidad en la doctrina más autorizada al momento de referirse a este Principio, por un lado González García[875] entiende que tiene una manifestación positiva, denominada Certeza y otra negativa que llama Interdicción de la Arbitrariedad. La primera requiere de: 1. Ordenamiento jurídico estable; 2. Suficiente desarrollo normativo dentro de la jerarquía de fuentes; y 3. Certidumbre sobre los remedios jurídicos en caso de incumplirse lo dispuesto por la norma. La segunda, en cambio, busca evitar que las autoridades realicen conductas contrarias a Derecho, tanto en su creación como en su aplicación. Por otro, Simón Acosta distingue entre Seguridad Jurídica con un sentido objeto o formal como una característica del Derecho que hace previsibles las consecuencias del obrar humano, mientras que cuando analiza su sentido subjetivo o material lo describe como el estado en que se encuentra una persona que tiene la certeza y la confianza de no estar sometida a peligros o daños imprevisibles. Es precisamente la certeza, punto de coincidencia de las dos tesis expuestas, donde se recalca su valor como principio económico fundamental de la imposición[876].

---

[874] Al respecto, SIMÓN ACOSTA ha entendido que la Actividad Financiera tiene naturaleza política al tener como sujeto en todo momento al Estado, pues es precisamente el Estado quien la realiza y adquiere importancia en la medida en que se ponen de manifiesto intentos de delimitación del Derecho financiero tomando como referencia ese elemento exclusivamente. También ha subrayado su naturaleza económica en cuanto está dirigida a la obtención y empleo de los medios con los cuales atender gastos, al tiempo que reconoce la importancia del Derecho, en su conjunto, como producto social, al sostener que es una manifestación de la vida colectiva. *Vid. El Derecho Financiero y la Ciencia Jurídica*, Bolonia, Real Colegio de España, 1985, pp. 90-92, 104-109 y 274-279.

[875] *Vid*. "El principio de seguridad jurídica y la codificación tributaria", en *Principios Constitucionales Tributarios*, Culiacán, Universidad Autónoma de Sinaloa-Universidad de Salamanca, 1993, pp. 33 y ss. En la misma línea de pensamiento GARCÍA NOVOA sostiene que este fenómeno negativo sólo se logra impidiendo que el Gobierno decida libremente aquella parcela del Derecho tributario que debe estar reservada a la ley, ya sea la definición del Hecho Imponible o la modificación de la tasa del tributo mediante disposiciones de carácter administrativo. *Vid. El Principio de Seguridad Jurídica en materia tributaria,* Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 114 y ss.

[876] En este sentido, *Vid.* "El Principio de Legalidad y Seguridad Jurídica en el ámbito tributario", en *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, t. I, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, pp. 552 y ss. Según

Otro de los límites no constitucionales a la capacidad del Estado de establecer tributos es el contenido en el principio de progresividad, ello a pesar que nuestra Ley Fundamental mexicana sólo se refiere a la proporcionalidad, entendida ésta como la aplicación de una misma tasa porcentual sobre la manifestación de riqueza expresada sin importar su cuantificación en la Base Imponible. La progresividad, en cambio, se da cuando el monto de la carga fiscal con respecto al valor de la riqueza aumenta a medida que aumenta el valor de ésta[877]. Dicho de otro modo y poniendo por delante ese anhelo de justicia tributaria que busca hacer pagar más tributos a aquellos que están en mejor aptitud de hacerlo; con la Progresividad, la cual tiene gran presencia en los tributos que gravan principalmente las manifestaciones de riqueza expresadas en la obtención de ingresos, a medida que se ensancha la Base Imponible va creciendo a la par la Tasa aplicable. Con este Principio se pretende que "la aportación al sostenimiento de las cargas públicas comporte para todos un sacrificio igual, ya que no hay duda de que la aplicación de un mismo porcentaje de impuesto a cualquier nivel de renta o patrimonio comporta sacrificios desiguales". Igualmente, con una tributación progresiva es fácil hacer cumplir situaciones de igualdad relativa como la redistribución de la renta y la riqueza. Cabe al final preguntarnos, ¿hasta dónde puede llegarse con la Progresividad? La respuesta parece ser simple, puede crecer tanto cuanto no alcance carácter confiscatorio pues dejaría de tener carácter tributario y, por tanto, recaudatorio. Lo cierto es que ante esta interrogante de orden jurídico sólo puede contestarse de una manera: "hasta donde el acuerdo político o la paciencia de los contribuyentes lo permita"[878].

El derecho a la no confiscación de bienes a través del sistema tributario también ha sido entendido como un principio básico en esta parcela del Derecho Público, donde confluyen el Derecho a la propiedad privada, entendido no como un derecho absoluto, y el ámbito de las cargas fiscales. Relación indispensable para determinar un límite a la potestad tributaria que se

---

GRIZIOTTI "el impuesto que toda persona está obligada a pagar debe ser cierto y no arbitrario. El tiempo, el modo, el importe del pago deben ser establecidos de forma clara y precisa. El tributo no sólo debe estar establecido en una ley […] sino que la ley debe ser clara y precisa". *Vid. Primi elementi di scienza delle finanze*, Milán, Giuffrè, 1962, p. 56.

[877] Al respecto, Vid. ALVARADO ESQUIVEL, "Los Principios Tributarios de Progresividad y no Confiscatoriedad: especial referencia al caso mexicano", en *Direito Financeiro e Tributáiro comparado. Estudos em homenagem a Eusebio González García*, Sao Paolo, Saraiva, 2013, pp. 154 y ss.

[878] Resulta valioso advertir que para GONZÁLEZ GARCÍA y LEJEUNE VALCÁRCEL la Progresividad "no es tanto un principio tributario autónomo cuanto una técnica jurídica cuya justificación radica en su virtualidad para producir unos efectos económicos coincidentes con los buscados por el principio de igualdad". Por todo lo anterior, *Vid. ob. cit.*, pp. 163-167.

soporta mediante el fortalecimiento de ambas partes pues si no existiera un sistema de tributos no habría un Estado garante de la propiedad de los gobernados, pero sin el derecho de propiedad no habría manifestación de riqueza que grabar para sufragar el gasto público. Ello en el entendido que la confiscatoriedad en materia tributaria puede presentarse cuando la ley haya sido ideada para detraer en forma directa o total la manifestación de riqueza expresada por el sujeto, caso en que sería lisa y llanamente una requisa o una expropiación que, en cuanto carente de indemnización, sería radicalmente inconstitucional[879].

Por último, pero no por ello de menor importancia, tenemos al Principio de generalidad que busca la participación de todos aquellos que se encuentran actualizando la hipótesis normativa descrita por el legislador ordinario en el Hecho Imponible en el sostenimiento de los gastos públicos[880]. En sus orígenes, pretendía proscribir la existencia de privilegios e inmunidades graciosas que liberaran de la obligación de pago. Lo que en una sociedad moderna se traduce en un mandato directo al legislador para que cumpla con una exigencia: "tipificar como hecho imponible todo acto, hecho o negocio jurídico que sea indicativo de capacidad económica"[881].

De todo lo anterior debe advertirse un ámbito ordinario del Derecho Público, el tributario, regido por principios ya sean de corte constitucional o simplemente legal y doctrinal que dan soporte formal y material a la relación entre Estado y súbditos para la participación de éstos en el sostenimiento de aquél. Así la implementación y permanencia de las leyes tributarias en el Ordenamiento jurídico estará condicionada a la búsqueda de la justicia en la repartición de las cargas fiscales, por lo que de no observar dichos enunciados deberían quedar derogados por no cumplir con sus postulados máximos que los legitiman[882].

C. JUSTICIA CONSTITUCIONAL TRIBUTARIA

---

[879] En este sentido, *Vid*. NAVEIRA DE CASANOVA, *El Principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y Argentina*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 1-15.

[880] El artículo 31, fracción IV, de la Constitución mexicana se refiere a las obligaciones de los mexicanos, ¿qué pasa entonces con los extranjeros? La ley tributaria, empero, establece cargas fiscales para todo aquel que actualice el Hecho Imponible refiriéndose no sólo a los ciudadanos mexicanos, sino también a los extranjeros, sean unos y otros personas físicas o jurídicas, como una consecuencia del ámbito espacial de validez y, en especial, del principio de territorialidad de las normas tributarias, *Vid.* PRIEGO ÁLVAREZ, "La eficacia de las leyes tributarias en el tiempo y en el espacio", en *Manual de Derecho Tributario*, 2ª ed., México, Porrúa, 2008, pp. 93 y ss.

[881] El Principio de Generalidad combatía la arbitrariedad y evitaba dispensas discrecionales del pago de tributos, tan frecuentes a lo largo de la historia y debidas, las más de las veces, al capricho regio o al favor del señor feudal. *Vid*. MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, CASADO OLLERO y TEJERIZO LÓPEZ, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 14ª ed., Madrid, Tecnos, 2003, pp. 104-107.

[882] Más ampliamente, *Vid.* TIPKE, *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes. (Besteuerungsmoral und Steuermoral)*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 27 y ss.

Precisamente cuando la norma –incluso aquella con rango y valor de ley- no cumple con los principios constitucionales debe quedar fuera del Ordenamiento jurídico. En este ánimo el constituyente permanente mexicano incluyó en el artículo 107, fracción II, tercer párrafo[883] la posibilidad de emitir una Declaratoria General de Inconstitucionalidad bajo los siguientes supuestos:

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Hasta este punto celebramos lo dictado por nuestra Ley Fundamental pues se confieren atribuciones al Pleno de la Suprema Corte nunca antes vistas para extirpar del Sistema de fuentes a aquellas que contravengan lo establecido por la Constitución. Hay que señalar, además, que la Ley de Amparo en su artículo 232, tercer párrafo, señala que: "Cuando el órgano emisor de la norma sea el órgano legislativo federal o local, el plazo referido en el párrafo anterior se computará dentro de los días útiles de los periodos ordinarios de sesiones determinados en la Constitución Federal, en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, o en la Constitución Local, según corresponda". Lo que abona en el esclarecimiento del término norma general toda vez que podía llegarse a interpretar –incorrectamente, por supuesto- que un trato diferente se daría cuando la resolución del Juicio de Amparo se dictase en contra de leyes de ámbito federal o estatal.

Donde nos apartamos radicalmente del sentido de la reforma constitucional aludida es cuando en el cuarto párrafo de la fracción del numeral 107 se indica que lo referente a la obligación de informar a la autoridad emisora de la norma declarada en dos ocasiones contraria al espíritu de

[883] *Vid. Diario Oficial de la Federación* de 06 de junio de 2011.

la Constitución en Amparo Indirecto en Revisión, así como lo tocante a la Declaratoria General de Inconstitucionalidad, no será aplicable a normas generales en materia tributaria[884].

Nuestra oposición se centra en un planteamiento básico e indispensable para la construcción y sostenimiento de la ley tributaria en su relación con las demás que conforman el Ordenamiento jurídico, su ordinariedad. Dicha característica debe manifestarse, y de hecho lo hace, en todos los planos de la disciplina tributaria, desde la potestad tributaria normativa no diferenciada el proceso legislativo ordinario[885], pasando por su interpretación hasta llegar a su plena aplicación.

Quizá sea en este preciso apartado –el de la interpretación y aplicación- donde tienen lugar los más duros embates al basamento filosófico de la ley tributaria al padecer de un pesado lastre histórico, ligado a su entendimiento político y económico y, por ende, a su consideración de norma especial, odiosa y hasta extrajurídica, llegando a determinarse métodos de interpretación específica que al tiempo de ser de cumplimiento exclusivo en esta parcela del Derecho público impide la utilización de otros aceptados tradicionalmente en distintos ámbitos de la Ciencia jurídica[886].

Somos de la idea que la ordinariedad que reconocemos en la norma tributaria es fundamental para no distinguirla de las demás normas jurídicas, pues le son aplicables las mismas reglas de interpretación que al resto de las leyes; es decir, que la teoría general de la interpretación se aplica íntegramente a la interpretación de las normas tributarias[887].

En virtud de lo anterior, la redacción actual del numeral constitucional 107, fracción II párrafo cuarto, parece remontarnos al s. XIX mexicano, cuando desde la Suprema Corte se estableció, a iniciativa de Vallarta, el criterio consistente en que al través del Juicio de Amparo era ilegítimo cuestionar la constitucionalidad de la leyes tributarias ya que la única forma de

---

[884] El legislador ordinario hace eco de la prohibición mencionada en el artículo 231, segundo párrafo de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 02 de abril de 2013.

[885] Sobre este punto, *Vid. supra*.

[886] Al respecto, *Vid.* CAZORLA PRIETO, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 146; así como GONZÁLEZ GARCÍA, *La interpretación de las normas tributarias*, Navarra, Aranzadi, 1997, p. 20, donde desarrolla las corrientes *In dubio contra fiscum, In dubio pro fiscum* y la aplicación rígida de la norma tributaria. Cobra especial atención la obra de VANONI sobre el concepto ordinario de la ley tributaria, *Vid. Naturaleza e interpretación de las leyes tributarias*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1973.

[887] En este sentido, Vid. HALLIVIS PELAYO, "Interpretación en materia tributaria", p. 87, biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2724/6.pdf. Del mismo autor *Vid*, *Teoría General de la Interpretación*, 3ª ed., México, Porrúa, 2009. Por su alcance, *Vid*. GIANNINI, *I concetti fondamentali del Diritto Tributario*, Turín, Unione Tipografico-Editrice, 1956, p. 37 y ss.

oponerse a la imposición era mediante el sufragio durante los procesos electorales de diputados y senadores que, en nombre y representación de los posibles demandantes del Amparo, aprueban los tributos por medio de ley[888].

Nos parece que, salvando las distancias, se vuelve hacer un distingo injustificado entre la ley tributaria y el resto de leyes que conforman el Ordenamiento sólo que ahora tiene como fundamento la propia Constitución y no la Jurisprudencia de la SCJN como en los inicios de la Nación mexicana, situación que agrava aún más el fenómeno, si es que esto es posible

La problemática de mantener vigentes disposiciones tributarias contenidas en ley que han sido reconocidas como inconstitucionales por las autoridades competentes, trastoca los principios básicos que soportan el sistema de tributos en sí mismo obligando a que el contribuyente deba inconformase ante la autoridad judicial por el cobro de una carga fiscal injusta, pues subsiste el principio de legalidad administrativa por el que la autoridad hacendaria seguiría obligada a la aplicación de la disposición hasta en tanto un juzgador de Amparo no lo libere de dicha obligación[889]. El artículo 107, fracción II primer párrafo de nuestra Constitución, mantiene el criterio por el que "sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda". Dicho de otra manera, no tienen efectos *erga omnes*; por lo que si llegamos al extremo que el contribuyente sabe que una norma tributaria ha sido declarada inconstitucional, existiendo incluso Jurisprudencia que así lo acredite, deberá proceder a la interposición del Juicio de Garantías para que la autoridad lo pueda liberar del pago. Se cruzan dos mundos frontalmente, el de la autoridad hacendaria que se encuentra obligada a la aplicación de la ley tributaria mientras esté vigente y sea derecho positivo, y el derecho del contribuyente que puede gozar, decíamos antes, incluso de Jurisprudencia que reconozca la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Dicha confrontación podría resolverse de una vez y para siempre reconociendo el carácter ordinario de la ley tributaria para que pueda serle aplicada a cabalidad, en caso de proceder así, una Declaratoria General de Inconstitucionalidad por parte de la SCJN.

---

[888] Sobre el trabajo de Vallarta, *Vid*. LANZ CÁRDENAS, "Ignacio L. Vallarta y Ogazón, precursor y arquetipo de la Jurisprudencia", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. A cien años de la muerte de Vallarta,* México, UNAM, 1994, pp. 113 y ss.

[889] Sobre el impacto del Juicio de Garantías en el ámbito tributario, Vid. GÓNGORA PIMENTEL, *La lucha por el amparo fiscal. Evolución del artículo 31, fracción IV, constitucional en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Principios de proporcionalidad y equidad tributarios),* México, Porrúa, 2007, pp. 33 y ss.

Olvida el constituyente que el Derecho tributario no constituye una esfera aparte e independiente del Ordenamiento jurídico, no constituye un ámbito especial y, por ende, no hay un modo distinto de interpretar y de aplicar las normas tributarias; las leyes tributarias se deben interpretar como todas las demás de un sistema de Derecho. Los textos normativos tributarios se interpretan como cualquier otra norma jurídica, por la simple razón que son normas jurídicas[890].

CONCLUSIONES

De lo expuesto con antelación, llegamos a las siguientes afirmaciones:

Primera. En tanto no se delimiten con claridad el cumplimiento de los principios constitucionales o no que limitan la Potestad Tributaria, el gobernado estará carente de certidumbre sobre la legitimidad de las cargas impuestas.

Segunda. Resulta fundamental el reconocimiento expreso de ley plena hacia la ley tributaria para dejar de etiquetarla ya sea por parte de autoridades como de gobernados como un ámbito extraordinario del Ordenamiento jurídico.

Tercera: No puede seguir vigente un mandato constitucional que excluye a la norma tributaria de la facultad de la SCJN para emitirle una Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

REFERENCIAS

Alvarado Esquivel, "Los Principios Tributarios de Progresividad y no Confiscatoriedad: especial referencia al caso mexicano", en *Direito Financeiro e Tributáiro comparado. Estudos em homenagem a Eusebio González García*, Sao Paolo, Saraiva, 2013.

Amatucci, *L´ordinamiento giuridico finanziario*, 6ª ed., Nápoles, Jovene, 1999.

Bayona de Perogordo, "El procedimiento del gasto público y su control", en *Presupuesto y Gasto Público*, número 13, 1982.

Bentivenga, *Elementi di Contabilità Pubblica*, Milán, Giuffrè, 1961.

Bennati, *La Gestione Finanziaria dello Stato*, Milán Giuffrè, 1961.

Cárdenas Elizondo, *Introducción al estudio del Derecho Fiscal*, México, Porrúa, 1999.

Cazorla Prieto, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Navarra, Aranzadi, 2000.

De La Garza, *Derecho Financiero Mexicano*, 12ª ed., México, Porrúa, 1983.

De Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., 6ª reimpresión, Barcelona, Ariel, 1998.

Ferreiro Lapatza, *Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid, Marcial Pons, 1991.

Flores Zavala, *Elementos de finanzas públicas mexicanas. Los impuestos*, 34ª ed., México, Porrúa, 2004.

Fraga, *Derecho Administrativo*, 13ª ed., México, Porrúa, 1969, pp. 343-352.

García Bueno, *El principio de capacidad contributiva a la luz de las principales aportaciones doctrinales en Italia, España y México*, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, México, 2002.

- "Principios Tributarios Constitucionalizados", en *Manual de Derecho Tributario*, 2ª ed., México, Porrúa, 2008.

García Etchegoyen, *El principio de capacidad contributiva. Evolución dogmática y proyección en el Derecho argentino*, Buenos Aires, Universidad Austral-Ábaco, 2004.

[890] En este sentido, *Vid*. GONZÁLEZ GARCÍA, *La interpretación de las nomas tributarias*, citado, pp. 25-28.

García Novoa, *El Principio de Seguridad Jurídica en materia tributaria*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
Giannini, A. D., *I concetti fondamentali del Diritto Tributario*, Turín, Unione Tipografico-Editrice, 1956.
Giannini, M. S., "I proventi degli enti pubblici minori e la reserva della legge", en *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, I, 1957.
Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, vol. I, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1993.
Góngora Pimentel, *La lucha por el amparo fiscal. Evolución del artículo 31, fracción IV, constitucional en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Principios de proporcionalidad y equidad tributarios)*, México, Porrúa, 2007.
González García, "El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. III, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979.
- "El principio de seguridad jurídica y la codificación tributaria", en *Principios Constitucionales Tributarios*, Culiacán, Universidad Autónoma de Sinaloa-Universidad de Salamanca, 1993.
- *La interpretación de las normas tributarias*, Navarra, Aranzadi, 1997.

González García y Lejeune Valcárcel, *Derecho Tributario I*, Salamanca, Plaza Universitaria, 1997.
Griziotti, *Primi elementi di scienza delle finanze*, Milán, Giuffrè, 1962.
Hallivis Pelayo, *Teoría General de la Interpretación*, 3ª ed., México, Porrúa, 2009.
Lanz Cárdenas, "Ignacio L. Vallarta y Ogazón, precursor y arquetipo de la Jurisprudencia", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. A cien años de la muerte de Vallarta*, México, UNAM, 1994.
Martín Queralt, Lozano Serrano, Casado Ollero y Tejerizo López, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 14ª ed., Madrid, Tecnos, 2003.
Micheli, "Profili critici in tema di Potestá di Imposizione", en *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Milán, 1964.
Moschetti, "El principio de la capacidad contributiva", en *Tratado de Derecho Tributario*, t. I., Bogotá, Temis, 2001.
Naveira de Casanova, *El Principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y Argentina*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
Paredes Montiel y Rodríguez Lobato, *El principio de reserva de ley en materia tributaria*, México, Porrúa, 2001.
Pérez Royo, "Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria", en *Hacienda Pública Española*, número 14, Madrid, 1972.
- *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 12ª ed., Madrid, Civitas, 2002.

Priego Álvarez, "La Potestad Tributaria Normativa", en *Manual de Derecho Tributario*, 2ª ed., México, Porrúa, 2008.
- "La eficacia de las leyes tributarias en el tiempo y en el espacio", en *Manual de Derecho Tributario*, 2ª ed., México, Porrúa, 2008.

Rodríguez Bereijo, *Introducción al estudio del Derecho Financiero. Un ensayo sobre los fundamentos teóricos del Derecho Financiero*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1976.
Sainz de Bujanda, *Hacienda y Derecho. Introducción al Derecho financiero de nuestro tiempo*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- *Hacienda y Derecho. Estudios de Derecho financiero*, t. III, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.

Simón Acosta, *El Derecho Financiero y la Ciencia Jurídica*, Bolonia, Real Colegio de España, 1985.
- "El principio de legalidad o reserva de ley tributaria", en *Principios Constitucionales Tributarios*, Culiacán, Universidad Autónoma de Sinaloa-Universidad de Salamanca, 1993.
- "El Principio de Legalidad y Seguridad Jurídica en el ámbito tributario", en *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, t. I, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

Tipke, *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes. (Besteuerungsmoral und Steuermoral)*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
Trotabas, *Finances Publiques*, 3ª ed., París, Dalloz, 1969.
Vanoni, *Naturaleza e interpretación de las leyes tributarias*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1973.
Vicente-Arche Domingo, "Notas sobre gasto público y contribución a su sostenimiento en la Hacienda Pública", en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, número 3, 1974.

CAPÍTULO II. EL PARADIGMA DE LA JUSTICIA EN LINEA

Eliseo Gordillo Alvarez*

SUMARIO:

1.- Introducción. 2.- Conceptos Esenciales. 3.- El Proceso Judicial Electrónico en México. 4.- Del Expediente en Papel, al Expediente Electrónico. 5.- La Protección de Datos Personales. 6.- La Jurisprudencia Mexicana. 7.- Conclusiones. 8.- Bibliografía.

RESUMEN:

En el presente trabajo se analizan la interrelación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación y su aplicación a los procesos judiciales en México, así también las garantías de gestión documental, de protección de datos personales y la postura jurisprudencial mexicana, estableciendo cuales son los desafíos que se generan para lograr la eficacia de los procesos judiciales.

PALABRAS CLAVE: Proceso Judicial, Tecnologías de la Información y Comunicación, Gestión Documental, Datos Personales.

ABSTRACT:

In this paper the interrelation of information and communications technology and its application to the legal proceedings in Mexico are analyzed, and also guarantees document management, protection of personal data and the jurisprudential stance Mexican, establishing what are the challenges that arise for the effectiveness of the judicial process.

KEY WORDS: Judicial Process, Information Technology and Communication, Document Management, Personal Data.

1.- INTRODUCCIÓN.

Una nueva etapa ha dado inicio en la administración de justicia a raíz del reconocimiento e incorporación en el uso de nuevas tecnologías previstos por las reformas a la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo[891] y a la Ley de Amparo[892], el presente trabajo se encuentra vinculado con nuestra investigación para la Tesis Doctoral[893].

La implementación de las Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante TIC´s) al servicio de los órganos jurisdiccionales sin duda ofrece mecanismos y ventajas para darle agilidad e inmediatez a los diversos procesos jurídicos, representan una nueva faceta en la administración de justicia, cuya finalidad es la de hacer efectivos los principios constitucionales de seguridad, legalidad y justicia expedita.

---

* Maestro en Derecho Constitucional y Amparo, Doctorante en Estudios Jurídicos PNPC CONACYT. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco Correo: eliseogordillo@outlook.com. Cel. 9933998748.

[891] Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, Diario Oficial de la Federación, México, 12 de junio de 2009 artículos 58-A al 58-S, p. 32-56.

[892] Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, México, 02 de abril de 2013, articulo 3, p. 2.

[893] Doctorado en Estudios Jurídicos, impartido en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (UJAT), Certificado por el Programa Nacional de Posgrados de Calidad del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT).

La informatización de la administración de justicia en México, presenta un marco jurídico deficiente, debido a una legislación que provoca inseguridad jurídica y obstaculiza el principio de tutela judicial efectiva, por lo que es necesario proponer un diseño de homologación a partir de la interoperabilidad y compatibilidad de los sistemas informáticos de las instituciones de justicia, así como capacitación eficaz para disminuir la brecha digital.

Para alcanzar una realidad judicial puramente digital, es necesario establecer medidas regulatorias para garantizar una transformación sustancial en materia de organización y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, sobre todo para darle certeza al paradigma cultural que trae implícito un cambio de esta naturaleza, por lo que es necesario analizar el impacto de la implementación de las Tecnologías de la Información y Comunicación en los procesos judiciales en México, a la luz de los conceptos claves relacionados con la doctrina analítica, los órdenes normativos y la jurisprudencia, como retos para lograr eficacia en la administración de justicia.

2.- CONCEPTOS ESENCIALES.

El término *sociedad de la información*[894] aparece en Japón durante la crisis de inicio de los años 70, destacando en este periodo un estudio desarrollado por el instituto de prospectiva japonés *JACUDI*[895], en el que se hacía una especial referencia al valor económico de la información, evolucionando con posterioridad gracias a las aportaciones de otros autores. La idea de este término fue llevada a la práctica en el seno de la Unión Europea con la finalidad de alcanzar a través de ella una mayor cohesión e integración entre los distintos estados miembros, destacando la promoción en el uso de nuevas tecnologías para alcanzar un desarrollo uniforme de sus economías.

Son dos los rasgos caracterizadores de este nuevo campo, "información y nueva tecnología", fundamentada la nueva tecnología en los avances de los sectores de telecomunicaciones e informática y la información en el valor económico y social que ha adquirido, reconociéndose a esta etapa como la era Digital.

La tarea de adquisición del conocimiento se desarrolla fundamentalmente mediante un proceso de información y documentación, en la época actual, la información se considera una característica en la identidad de las sociedades modernas, cuando hablamos de sociedades

[894] Menéndez Mato, Juan Carlos y Gayo Santa Cecilia, Ma. Eugenia, *Derecho e Informática*, ética y legislación, España, Librería Bosch S.L., 2014, p. 66.
[895] *Japan Computer Usage Development Institute.*

modernas y tecnológicamente avanzadas, caracterizadas por la continuidad en el desarrollo de nuevas tecnologías, en especial de la informática, nos encontramos ante el concepto de sociedad de la información.[896]

Ante las nuevas realidades presentadas por la interacción del derecho y las TIC´s, surgen disímiles tipos de problemas, que requieren de diferentes formas de encontrar respuestas, por lo que debemos alejarnos de los métodos obsoletos y tradicionales y acudir a la búsqueda de distintos referentes teóricos y metodológicos que nos permitan de mejor manera solventar dichos problemas.

Por *derecho informático*, entendemos aquella disciplina que engloba el conjunto de disposiciones jurídicas para la regulación de las TIC´s,[897] con el avance de las tecnologías, se contraen nuevos riesgos para las actividades ejercidas entre personas y los poderes y órganos de la administración, lo que ha generado una diversidad de normas legales con las que se pretende establecer mecanismos de protección de los derechos subjetivos ante la posibilidad que las TIC´s puedan ser utilizadas de manera indebida en agravio de los sujetos de dichas normas.

La aplicación de las TIC´s en el mundo del derecho ha provocado la aparición de una nueva disciplina, denominada informática jurídica, que en los últimos años se ha venido diversificando para dar respuesta a las necesidades que surgen en las diferentes fases de creación, interpretación y aplicación del derecho. De ahí que a su vez se distinga entre los siguientes tipos de informática jurídica:[898]

Informática jurídica documental: Se ocupa fundamentalmente del tratamiento automatizado de los sistemas de documentación jurídica (legislativa, jurisprudencial y doctrinal) mediante la creación de diferentes recursos que, dependiendo de los avances y transformaciones experimentales en el campo del hardware y software informático, permiten a los sujetos acceder de forma rápida y eficaz a la información. En este sentido, los procesos de documentación informatizada suponen un cambio en las técnicas operativas de la investigación jurídica, llegando en ocasiones a modificar las actuaciones de los operadores jurídicos.

[896] ídem, p. 265.
[897] Ibídem, p. 270
[898] Ibídem, p. 266

Informática jurídica decisional: Abarca el tratamiento automatizado de las denominadas fuentes de producción jurídica, mediante la información de aquellos procedimientos que pudieran reproducir –o incluso sustituir- algunas de las actividades desarrolladas por el operador jurídico, todo ello con el fin de ofrecer soluciones a los problemas o conflictos jurídicos suscitados.

Informática jurídica de gestión: Se ocupa fundamentalmente del tratamiento automatizado de los procesos de organización de infraestructuras y de todos aquellos medios que permiten realizar las tareas de administración y gestión que habitualmente se desarrollan en el mundo jurídico.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su artículo 6º el derecho de acceso a las *Tecnologías de la Información y Comunicación*, previendo de igual manera en su artículo 17 el principio de justicia pronta y expedita, siendo estos principios básicos en los que la administración de justicia en nuestro país debe versar su actuación.

Los diversos órganos jurisdiccionales, en los últimos años han venido realizando adaptaciones diversas a las oportunidades que brindan las TIC´s para la organización y funcionamiento en la administración de justicia, el avance vertiginoso en las necesidades de procesos agiles y eficientes cobra la necesidad de la implantación del Expediente Judicial Electrónico, y esto es así en virtud de que las nuevas tecnologías están ya íntimamente vinculadas a nuestra sociedad, tan es así que han cambiado nuestras costumbres, modo de vida, de trabajo, de ocio, de relacionarnos[899] y hasta nuestra forma de investigar y estudiar, de tal manera que este cambio de paradigma no podía pasar inadvertido para la administración de justicia.

Sin embargo, de todos es sabido que en México la administración de justicia se ha visto superada por la demanda de los ciudadanos, generando la percepción de que es muy lenta, poco efectiva y sumamente apartada de la realidad en la que todos nos encontramos inmersos, si bien las recientes reformas en materia de juicios contencioso administrativo y de amparo sientan las bases para el establecimiento en el uso de las TIC´s, esto resulta insuficiente ante la falta de una debida reglamentación, políticas, criterios, normas y procedimientos para operar los sistemas de gestión documental.

[899] Cerdá Meseguer, Juan Ignacio, "La Protección de Datos Personales en el Expediente Judicial Electrónico: ¿una regulación insuficiente?", La Protección de Datos Personales en Internet ante la Innovación Tecnológica, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 459.

Existen diversos factores que han venido retrasando el proceso de modernización de la administración de justicia y de incorporación a la sociedad de la información ("Termino que representa una etapa evolutiva más dentro de la historia económica global de la sociedad")[900], tales como son las de tipo político, territorial, de competencias y jurisdicciones, esto ha generado que los avances en materia de implementación de TIC´s se ha estado dando de manera dispersa y diferenciada en los diversos órganos jurisdiccionales, tanto federales como del fuero común, es decir no existe un orden nacional en este sentido, de igual manera existe resistencia por parte de quienes integran los órganos jurisdiccionales (Jueces, Magistrados y funcionarios), así como también de los profesionales del derecho ante el cambio cultural, organizacional y funcional que implica la incorporación de las TIC´s a los procesos jurisdiccionales.

Si bien es cierto son tiempos difíciles y para concretar este sistema se requiere de una inversión económica importante, sin embargo este tipo de inversiones ya se han realizado en nuestro país con notables beneficios, tanto en el ámbito de la gestión pública como lo es el caso del Sistema de Administración Tributaria (SAT), como en el ámbito privado de la banca electrónica, de tal manera que estos ejemplos nos llevan a pensar que la inversión en modernización supone una optimización de recursos, que genera a su vez ahorro en costos, en este sentido resultaría más caro para la sociedad en general el hecho de no transitar hacia la modernización del sistema jurisdiccional.

La fiabilidad del documento electrónico, la transferencia segura de información, la protección de datos personales, son características que no proporciona la tecnología, sino el proceso previo de creación del documento electrónico, los procedimientos de control y la capacidad de credibilidad de quien lo resguarda, por lo que deben implementarse previo a la creación de los expedientes judiciales electrónicos, las debidas regulaciones para operar los sistemas de gestión documental, así como la certificación de los funcionarios que operaran estos sistemas, en este orden la capacitación jugará un papel trascendental para la viabilidad y sustentabilidad en el uso de las TIC´s, tanto para los funcionarios judiciales como para los abogados, practicantes y usuarios de estos sistemas.

[900] Menéndez Mato, Juan Carlos y Gayo Santa Cecilia, María Eugenia, Derecho e Informática: Ética y Legislación, España, Librería Bosch S.L., 2014, p. 66.

La implementación del Expediente Judicial Electrónico, es sin duda la respuesta para la agilización del sistema judicial en nuestro país, pero para que resulte posible su funcionamiento y puesta en marcha, se exige la compatibilidad de los sistemas informáticos y de la intercomunicación e interconexión de los mismos para que este pueda migrar entre los distintos órganos y dependencias de la administración de justicia, así como estén relacionados entre sí y con el exterior para conformar el expediente en soporte puramente digital.[901]

Con la implementación de este sistema, se propiciaría la eliminación del expediente papel para que deje de trasladarse físicamente entre los diversos órganos jurisdiccionales, toda vez que al establecerse una red global de comunicaciones telemáticas entre los diversos órganos de la nación, resultaría mucho más sencillo y practico el traslado digital, con esto también se conseguiría que no solo los funcionarios judiciales tuvieran acceso a los expedientes, sino que los operadores jurídicos pudieran tener también paso desde sus oficinas sin tener que trasladarse para revisar el estado procesal de sus asuntos, representando ahorros de tiempo, costos y trámites burocráticos.

González Campo, señala que *e-justicia* puede definirse como el recurso a las tecnologías de la información y la comunicación, para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justica y a la eficacia de la acción judicial.[902]

Es común que en la actualidad encontremos conceptos relacionados con el uso de las nuevas tecnologías y medios electrónicos en los que es frecuente el uso del prefijo –e-, tales como e-gobierno, e-administración y el que ahora nos atañe, relacionado con la administración de justicia, en este sentido también nos topamos con términos tales como justicia en línea, justicia telemática, justicia digital, tribunales virtuales, justicia electrónica, justicia cibernética, los cuales se utilizan de manera genérica y confusa, puesto que se esgrimen indistintamente para referirse al ejercicio de la justicia mediante el uso de medios electrónicos.

Dentro del uso de los conceptos antes señalados, hallamos términos como: sistemas de gestión procesal, portales de administración, aplicaciones informáticas, servicios web, pagina web, medios electrónicos, prestador de servicios de certificación, tablero electrónico, acceso electrónico, entre otros, los cuales se encuentran englobados como herramientas de la e-

[901] Cerdá Meseguer, Juan Ignacio, op. cit, p. 465.

[902] González Campo, Francisco de Asís, "E-Justicia: reflexiones sobre los sistemas de información judicial y de gestión procesal en la administración judicial electrónica", en Bueno de Mata, Federico, (coord.), Fodertics II: Hacia una Justicia 2.0, estudios sobre derecho y nuevas tecnologías, Salamanca, Ratio Legis Ediciones, 2014, p. 345.

justicia, para lograr el acceso y obtención de información, tratamiento, toma de decisiones y comunicación de las mismas.

Existen en nuestro país diversas normas legales, que tienen como fin la regulación del ejercicio de la justicia por medios electrónicos en diversos órganos jurisdiccionales, las cuales prevén tanto los términos antes señalados, como otros diversos relacionados con la materia objeto del órgano correspondiente.

De acuerdo con González Campo[903], a los anteriores conceptos habría que agregar el de *gestión procesal*, por ser este el que predica una verdadera administración judicial electrónica, que contempla el acopio y uso de la información, tratamiento y gestión de la misma y la toma de decisiones, no solo propias del órgano judicial, sino igualmente del ámbito competencial de la administración de justicia.

Se debe considerar que desde el punto de vista del proceso y sus actores[904], se trata de la gestión procesal y el tratamiento del dato como aspectos centrales de la función judicial y la interoperabilidad y los medios informáticos puestos al servicio de los mismos.

Como hemos visto, el uso de las TIC´s en los procesos jurisdiccionales, representa un medio para hacer de la impartición de justicia un mecanismo más eficaz y eficiente, en el que se beneficien tanto el ciudadano como los órganos judiciales, siempre en pleno respeto a los principios y garantías del debido proceso.

Uno de los elementos indispensables para darle seguridad al uso del Expediente Judicial Electrónico, es precisamente la *Firma Electrónica* como garantía jurídica, la que dará certeza a los actos que integran el expediente electrónico, su otorgamiento dependerá de terceros como prestadores de servicios de certificación, que son los responsables de la certificación de los usuarios, la cual aún se encuentra lejos en materia de seguridad, de lo que representa la firma manuscrita, los términos de dicho valor probatorio se encuentran previstos por los artículo 7º y 8º de la Ley de Firma Electrónica Avanzada[905] y su reglamento recientemente publicado el pasado 21 de marzo de 2014, cuyas disposiciones por ahora deberán considerarse para el empleo de las nuevas TIC´s en los procesos jurisdiccionales en México.

[903] Op cit, p. 348
[904] Ídem, p. 349
[905] Ley de Firma Electrónica Avanzada, Diario Oficial de la Federación, México, 11 de enero de 2012.

Recio Gayo[906], define a la firma electrónica, como el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.

Consideramos que a diferencia de la firma manuscrita, la firma electrónica carece de validez definitiva y por tal motivo deberán implementarse los mecanismos de gestión y políticas necesarias para actualizarlas con procesos periódicos de confirmación y darles certeza a los usuarios, así como establecer las obligaciones de los prestadores de servicios de certificación, el alcance de sus responsabilidades y la vigencia de sus actividades.

Nos queda claro que las TIC´s, nos ofrecen muchas posibilidades, pero también exigen mayores controles de seguridad por tratarse del ámbito de la justicia, de ahí que se cobra exigible, la protección de datos personales mediante un entorno de interoperabilidad seguro para el tránsito de la información, que los órganos de administración de justicia garanticen la seguridad y confidencialidad con especial énfasis en la autenticidad, integridad, disponibilidad, trazabilidad, fiabilidad, conservación e interoperabilidad de los datos, dándole un nuevo sentido al principio de publicidad del proceso[907].

3.- EL PROCESO JUDICIAL ELECTRONICO EN MÉXICO.

Desde hace más de una década, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dio inicio a diversos esfuerzos para la implementación en el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación, con la finalidad de propiciar un acercamiento a los ciudadanos, dar a conocer sus actividades y facilitar la consulta de expedientes, como muestra de ese esfuerzo nos encontramos su portal de internet, el cual se ha constituido como un instrumento indispensable para acceder no solo a la información general sobre este órgano, sino también a las versiones públicas de sus resoluciones, listas de notificaciones y de sesiones, tesis jurisprudenciales, etcétera.[908]

En este sentido es de resaltarse la implementación del juicio en línea establecido por la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, mediante el cual el Tribunal Federal

[906] Recio Gayo, Miguel, Esquemas de Derecho de las TIC, tomo XXXIX, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 137.

[907] Perlingueiro, Ricardo, "El Libre Acceso a la Información, las innovaciones tecnológicas y la publicidad de los actor procesales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013, pp. 231-233.

[908] Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Sánchez Gil Rubén, El Nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la Nueva Ley de Amparo, México, Porrúa, UNAM, IMDPC, 2013, p. 123.

de Justicia Fiscal y Administrativa a través de su portal de internet, ha instituido las bases para la informatización de sus procesos jurisdiccionales, estableciendo un avance en este sentido.

En este mismo orden el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ha hecho lo propio estableciendo el sistema de notificaciones vía correo electrónico y el sistema de estrados electrónicos.

Por su parte el Consejo de la Judicatura Federal, desde hace más de doce años ha venido dictando diversos acuerdos generales, mediante los cuales ha instaurado la implementación de las TIC´s[909], como son: el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE), el programa automatizado de captura y reporte de datos estadísticos sobre el movimiento de asuntos, a través del cual se pueden consultar no solo los movimientos de los expedientes, sino también las listas de acuerdos de los Tribunales y Juzgados del Poder Judicial Federal.

Otro antecedente importante, fue la implementación de la firma electrónica para el seguimiento de expedientes (FESE)[910], la cual fue habilitada en su momento, para los amparos promovidos en contra del impuesto empresarial a tasa única (IETU), con el objeto de notificar sentencias y recibir recursos de revisión en contra de las mismas; en este sentido no dejamos de mencionar el registro único de profesionales del derecho mediante el cual los autorizados se registran con su cedula profesional por única vez y que resulta de utilidad a nivel nacional, así también el uso de la video conferencia como método alternativo para el desahogo de diligencias judiciales.

Con motivo de la citada reforma a la Ley de amparo, el Poder Judicial de la Federación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura Federal, emitieron el acuerdo general conjunto 1/2013, mediante el cual se regulan las bases para la creación, otorgamiento y uso de la firma electrónica y el expediente electrónico, de igual manera el pasado diecinueve de agosto de dos mil catorce fue publicado el acuerdo general de administración II/2014, del Comité de Gobierno y Administración, con el que se regula el uso de la firma electrónica certificada del Poder Judicial de la Federación (*FIREL*)[911], en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

---

[909]Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Sánchez Gil Rubén, op. cit. P. 124

[910] Acuerdo general 21/2007 (Diario Oficial de la Federación, 7 de junio de 2007).

[911] Acuerdo General Conjunto número 1/2013 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la firma electrónica certificada del Poder Judicial de la Federación (FIREL) y al Expediente Electrónico, Diario Oficial de la Federación, México, 08 de Julio de 2013.

En la mayoría de los estados de la república, como son: Querétaro, Sinaloa, San Luis Potosí, Guanajuato, Baja California Sur, Hidalgo, Aguas Calientes, Nuevo León, Tamaulipas, Michoacán, Durango, Campeche, Coahuila, Chihuahua, el estado de México, Guerrero, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas, Colima, y el Distrito Federal, se han implementado recursos electrónicos relacionados con la administración de justicia, como: justicia en línea, justicia telemática, justicia digital, tribunales virtuales, justicia electrónica, el de la notificación por medios telemáticos, en 2014 el congreso de Tabasco aprobó la reforma al código procesal civil a efectos de implementar las notificaciones vía correo electrónico, lo que nos deja ver la imperiosa necesidad en nuestro país de establecer mecanismos que contribuyan a la mejor administración de justicia.

4.- DEL EXPEDIENTE EN PAPEL AL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO.

Como menciona la Doctora Corazón Mira Ros en su libro, "El Expediente Judicial Electrónico", las instituciones de justicia en el mundo están migrando de forma gradual hacia sistemas de información donde todos sus procesos y resoluciones se realizan electrónicamente, independientemente del formato original que tuvieron, transformando con ello el funcionamiento de la propia organización, eficientando recursos, y estableciendo mecanismos más eficaces "como medio de crear vehículos seguros de transmisión y recepción de información"[912].

Según Juan Ignacio Cerda Meseguer, se puede entender por Expediente Judicial Electrónico, todo el conjunto de documentos en formato digital u otro admitido por la Ley, así como toda la información que se genere durante la tramitación del proceso, bien sea por el juzgado o por las partes o que deriva de pruebas practicadas en el mismo[913].

En toda organización, conforme se van desarrollando nuevos procesos, funciones y más servicios, de manera natural se genera una explosión de información documental, que por lo general se subestima.

Una de las principales resistencias y rechazos al empleo de las nuevas tecnologías en materia jurisdiccional, obedece a la falta de confianza de los operadores del sistema (abogados y juzgadores), ante el temor de la posible alteración de los documentos que integran el expediente electrónico, en este sentido hay que entender que el manejo y control del

[912] Mira Ros, Corazón, op cit. P.79
[913] Cerdá Meseguer, Juan Ignacio, op. cit, p. 468.

expediente electrónico no puede ser el mismo que el del expediente físico, pues al igual que el papel, el archivo digital es frágil, por lo que su autenticidad no puede depender solo de la coexistencia y coincidencia entre dichos expedientes, de tal manera que surge como paradigma el de la debida administración, gestión y preservación del expediente electrónico judicial, con independencia del expediente impreso para darle pleno valor, todo expediente electrónico debe gozar de autenticidad, fiabilidad, exactitud e integridad de manera independiente; en realidad la contemporánea existencia de dos expedientes, uno en papel y otro informático es una solución provisional, en tanto se vayan resolviendo los múltiples problemas que plantean el correcto almacenamiento y la conservación de los documentos judiciales informáticos.[914]

En consideración a lo anterior, podemos señalar que las tecnologías no son suficientes por sí solas para solucionar de una forma adecuada la gestión de lo que podemos llamar activos de la Información Institucional, al respecto González Ocampo señala que no basta con lograr una justicia digital disponiendo de un expediente digital o similares actuaciones de notoria difusión… una verdadera administración judicial electrónica… va más allá de la mera digitalización documental del proceso.[915]

Como un ejemplo de la complejidad a la que nos enfrentamos hoy día, en el ámbito de las facultades de las diversas áreas, se trabaja sobre un mismo documento para hacerlo accesible, (sentencias) en más de un formato: original en papel, *PDF*[916], *Word*[917], *HTML*[918] *o XML*[919], sin que haya podido determinar un criterio común de cuál o cuáles son el o los formatos que deben ser utilizados y establecer así el porqué de ello.

---

[914] Mira Ros, Corazón, El Expediente Judicial Electrónico, España, Dykinson, 2010, p. 77

[915] González Campo, op cit, p. 349.

[916] *PDF* es el acrónimo de *Portable Document Format* (una frase que se traduce al español como Formato de Documento Portátil). El término, que no está incluido en el diccionario de la Real Academia Española (RAE) pero es muy utilizado en el ámbito de la informática, identifica a una modalidad que surgió para el almacenamiento de archivos digitales.

[917] *Word* es un término inglés que puede traducirse como "palabra". Su uso en nuestra lengua, de todos modos, se vincula al nombre de un programa informático desarrollado por la compañía estadounidense Microsoft.

[918] *HTML* es una sigla de la lengua inglesa que procede de la expresión *Extensible Hypertext Markup Language.* En nuestro idioma, dicha frase puede traducirse como Lenguaje de Marcado de Hipertexto Entendido. Estas ideas pertenecen al ámbito de la informática y se vinculan específicamente con Internet.

[919] *XML* proviene de *Extensible Markup Language* ("Lenguaje de Marcas Extensible"). Se trata de un metalenguaje (un lenguaje que se utiliza para decir algo acerca de otro) extensible de etiquetas que fue desarrollado por el *Word Wide Web Consortium* (W3C), una sociedad mercantil internacional que elabora recomendaciones para la *World Wide Web*.

Lo anterior, sin duda, representa retos y áreas de oportunidad que son resultado del constante crecimiento y esfuerzo de los órganos jurisdiccionales para ofrecer más y mejores servicios, por lo que se hace de vital importancia la creación de políticas formales y procesos que definan cómo se controlara, compartirá y potenciara la información de los diversos órganos.

5.- LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

La implementación de sistemas de gestión documental para el desahogo de los procesos judiciales implica un sin número de aspectos de seguridad relacionados con la vulnerabilidad de los datos personales que pudieran resultar de acceso público a través de la red.

La documentación integrada en el expediente judicial necesariamente contiene información claramente confidencial y que le atañe de manera exclusiva a las partes involucradas en el proceso, quienes la aportan ante la necesidad de acreditar sus acciones o sus excepciones, siendo susceptibles de ser procesados y utilizados de tal manera que escape de la voluntad de sus titulares.

Esta complejidad ocasionada por el surgimiento de la informática, es la que da origen a la evolución del derecho a la intimidad, dando paso al derecho a la protección de datos personales, la libertad informática y la autodeterminación informativa.

En México la protección de datos personales es un derecho tutelado por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos y regulado tanto por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, como por la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, definiendo el concepto de datos personales como cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable.[920]

Es utópico pensar que los funcionarios judiciales puedan llegar a estar en condiciones de verificar de manera efectiva cada una de las razones que aleguen quienes consulten en línea los archivos y expedientes electrónicos, razón por lo que debe regularse una apertura imperceptible de las actuaciones judiciales.

Atendiendo a los principios de racionalidad y congruencia en el manejo de datos personales se debiera impedir la entrada en los expedientes judiciales de todo dato personal excesivo, que no sea adecuado, pertinente o necesario para el ejercicio de la potestad

[920]Artículo 3º, fracción II, Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, Diario Oficial de la Federación, México, 11 de junio de 2002.

jurisdiccional. La solución no consistiría en romper la ecuación de identidad entre la información que se inscribe en los registros judiciales y la que se publica en la web, sino, al contrario, se trataría de que, por regla general, los archivos judiciales no contengan más que la información judicial que pueda difundirse en internet, con las excepciones legalmente previstas.[921]

Al respecto Cantoral Domínguez[922] sostiene que en México existe confusión con relación a la naturaleza jurídica del derecho a la protección de datos personales, dado que al otorgarle mayor peso al derecho de acceso a la información pública, se estudian desde la óptica del derecho administrativo y en consecuencia se cometen actos que generan la violación a los datos de las personas, especialmente en las páginas de internet; por otra parte, los operadores jurídicos toman en cuenta elementos doctrinales tanto de los países de tradición de derecho escrito, como el caso de España, como de países cuyo sistema jurídico es el anglosajón, sin hacer distinción entre una corriente y otra.

6.- LA JURISPRUDENCIA MEXICANA.

En este punto nos permitimos hacer referencia a algunos criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los cuales consideramos se contiene su perspectiva en relación con el uso de las TIC´s en los procesos judiciales.

El contenido de los criterios que a continuación se señalan, nos lleva a pensar que los elementos multimedia serán los documentos del presente siglo y sin perjuicio de pugnar y velar por satisfacer al máximo su seguridad, los órganos jurisdiccionales habrán de reconocer su carácter rigurosamente documental a efectos procesales y en este sentido la judicatura tendrá que producir más argumentos e interpretaciones al respecto, razón de lo anterior a continuación transcribimos algunos de los criterios ya existentes:

1. DOCUMENTOS Y CORREOS ELECTRÓNICOS. SU VALORACIÓN EN MATERIA MERCANTIL.[923].
2. MENSAJES DE DATOS O CORREOS ELECTRÓNICOS. SON PRUEBAS DOCUMENTALES QUE PUEDEN ACREDITAR LA EXISTENCIA DE UNA

[921] Mira Ros, Corazón, El Expediente Judicial Electrónico, España, Dykinson, 2010, p. 104

[922] Cantoral Domínguez Karla, "El Derecho al Olvido en Internet. Protección a partir del principio pro homine, la experiencia mexicana", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, (I.S.S.N. 0210-8518), Tercera Época, Año CLX, No. 3, Julio-Septiembre 2013, pp. 416-417.

[923] Tesis: I.4o.C.19 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 3, p. 1856.

RELACIÓN COMERCIAL ENTRE LAS PARTES DEL JUICIO, SIEMPRE QUE CUMPLAN CON LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.[924]

3. DECLARACIÓN DE CONTRIBUCIONES PRESENTADA A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS. SI EL ACUSE DE RECIBO RELATIVO CARECE DE SELLO DIGITAL, ES INEFICAZ PARA ACREDITAR EL PAGO ADUCIDO POR EL CONTRIBUYENTE MEDIANTE AQUÉLLA. [925]
4. INFORMACIÓN PROVENIENTE DE INTERNET. VALOR PROBATORIO.[926]
5. NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA. AL PRACTICARLA, LA AUTORIDAD DEBE ANEXAR EN AUTOS DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO O JUDICIAL DEL QUE DERIVE, LA CONSTANCIA FEHACIENTE DE RECEPCIÓN POR SU DESTINATARIO.[927]
6. CONSTANCIAS ENVIADAS POR FAX ENTRE LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SI ESTÁ CERTIFICADA LA HORA Y FECHA DE SU RECEPCIÓN, ASÍ COMO EL ÓRGANO QUE LAS REMITE POR EL SECRETARIO DE ACUERDOS DEL TRIBUNAL JUDICIAL QUE LAS RECIBE, TIENEN PLENO VALOR PROBATORIO.[928].
7. CLAVE DIGITAL. SU UTILIZACIÓN PRUEBA EL RECONOCIMIENTO DEL MEDIO DIGITAL PARA CELEBRAR OPERACIONES Y UTILIZAR SERVICIOS PROPORCIONADOS POR LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO.[929]

7.- CONCLUSIONES.

De las reflexiones versadas en el contenido del presente documento, podemos concluir que en nuestro país no existe un desarrollo completo acerca de la teoría documental, si bien las

[924] Tesis: I.3o.C.1067 C (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III, p. 2878.
[925] Tesis: III.2o.T.Aux.21 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, Febrero de 2011, p. 2285.
[926] Tesis: V.3o.10 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, Agosto de 2002, p. 1306.
[927] Tesis: XIII.T.A.3 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3, p. 2616.
[928] Tesis: 1a./J. 27/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, Marzo de 2007, p. 30.
[929] Tesis: I.3o.C.429 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVIII, Julio de 2003, p. 1045.

reformas a la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo y a la Ley de Amparo, fijan las bases para la implementación en el uso de las TIC´s, todavía hace falta una debida ordenación para que puedan vencerse las resistencias en cuanto al uso de documentos electrónicos en los procesos judiciales.

Nos encontramos con el hecho que desde el punto de vista jurídico, no cualquier documento puede cumplir con funciones efectivas dentro de un proceso informatizado, cobrando indispensable necesidad la de su debida regulación.

Hasta la fecha, en nuestro país no existe una posición clara de la doctrina, de la legislación, ni de la jurisprudencia, a efectos de precisar con claridad las nuevas dimensiones que en materia de publicidad del proceso conlleva la informatización de todo proceso judicial.

Es indispensable establecer mecanismos para garantizar la integridad de los datos que estarán contenidos en los expediente electrónicos, es decir establecer los sistemas de gestión documental que le den fiabilidad al documento electrónico, en este sentido se debe contemplar la debida alfabetización digital tanto de funcionarios como de usuarios, se deben establecer las medidas para el archivo, conservación y depuración de los expedientes electrónicos, que hagan posible la correcta y segura interoperabilidad entre los diversos órganos jurisdiccionales, los justiciables y las entidades públicas de los tres órdenes de gobierno.

El uso de las TIC´s en materia de procesos judiciales se está dando de manera dispersa, por lo que resulta necesario la aprobación de disposiciones modernas que le den homogeneidad a los conceptos con los que se debe operar y establezcan un orden nacional.

Es preciso señalar que son múltiples los retos que la implantación de las TIC´s, imponen al derecho para lograr la eficiencia de los procesos judiciales, por ahora no es posible la digitalización cien por ciento de los procesos juridiciales, por no ser técnicamente posible, ni lo más benéfico para la pronta y expedita impartición de justicia, dependerá de su desarrollo regulatorio y de la flexibilidad que se le dé al derecho positivo para acomodar el uso de los medios tecnológicos existentes, garantizando siempre el respeto a los derecho fundamentales y en especial la protección de los datos personales, así como los que pudieren surgir en el futuro.

8.- BIBLIOGRAFÍA.

Acuerdo General 21/2007 del Consejo de la Judicatura Federal, Diario Oficial de la Federación, México, 07 de junio de 2007.

Acuerdo General Conjunto número 1/2013 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la firma electrónica certificada del Poder Judicial de la Federación (FIREL) y al Expediente Electrónico, Diario Oficial de la Federación, México, 08 de Julio de 2013.

Acuerdo General de Administración II/2014, de diecinueve de agosto de dos mil catorce, del Comité de Gobierno y Administración, por el que se regula el uso de la firma electrónica certificada del Poder Judicial de la Federación (FIREL), en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ALVAREZ, Clara Luz, *Internet y Derechos Fundamentales*, México, Porrúa, Universidad Panamericana, 2011.

ARMIENTA HERNANDEZ, Gonzalo, *La Informática, el Juicio en Línea y el Amparo Electrónico en el Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2014.

BUENO DE MATA, Federico (Coord.), *Fodertics II: Hacia una Justicia 2.0*, estudios sobre derecho y nuevas tecnologías, Salamanca, Ratio Legis Ediciones, 2014.

BUSQUETS, José Miguel, "El Poder Judicial Electrónico en Iberoamérica en el 2011 y 2013: estado del arte", *Revista Democracia Digital e Governo Electrónico*, Brasil, (ISSN 2175-9391), no. 8, 2013,

CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, El Derecho al Olvido en Internet. Protección a partir del principio pro homine, la experiencia mexicana, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, (I.S.S.N. 0210-8518), Tercera Época, Año CLX, No. 3, Julio-Septiembre 2013.

CARBONELL, Miguel y RIVERA Aline, *Internet para Abogados y Estudiantes de Derecho*: las mejores direcciones, 4ª. Edición, México, Porrúa, 2012.

CASAS DOMINGUEZ, Isabel, *Gestión Documental para Abogados*, México, Tirant lo Blanch, 2014.

CLÉRIES I NERÍN, Núria, *Administración Electrónica en el Área de Justicia*, *IDP*. Revista de Internet, Derecho y Política, número 4, ISNN (versión electrónica):1699-8154, España, Universidad Oberta de Catalunya, 2007.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, México, última reforma publicada el 10 de febrero de 2014.

DURAN DIAZ, Oscar Jorge (Coord.), *Derecho y Medios Electrónicos*, México, Porrúa, 2012.

Enciclopedia Jurídica Mexicana, 3ª. Edición, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

ETIENNE LLANO, Alejandro, (coord.), e-justicia modernización del poder judicial del Tamaulipas, México, Supremo Tribunal de Justicia de Tamaulipas, 2012.

Expediente Judicial Electrónico, informes de modernización judicial en España, Ministerio de Justicia, España, NIPO 051-11-058-4, *http://www.sisej.com/documentos/doc_view/1404-el-expediente-judicial-electronico*

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SANCHEZ GIL, Rubén, *El Nuevo Juicio de Amparo*, guía de la reforma constitucional y nueva ley de amparo, 3ª. Edición, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.

GONZÁLEZ CAMPO, Francisco de Asís, "E-Justicia: reflexiones sobre los sistemas de información judicial y de gestión procesal en la administración judicial electrónica", en Bueno de Mata, Federico, (coord.), Fodertics II: Hacia una Justicia 2.0, estudios sobre derecho y nuevas tecnologías, Salamanca, Ratio Legis Ediciones, 2014,

GONZALEZ GALVAN, Jorge Alberto, *La Construcción del Derecho*, métodos y técnicas de investigación, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

JURADO, Alberto, *Valor Probatorio del Documento Electrónico*, Cuestiones Jurídicas, Venezuela, Universidad Rafael Urdaneta, Volumen V, No. 1 enero-junio de 2011.

Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, Boletín Oficial del Estado, España, 6 de julio de 2011, No. 160, Sec. 1.

Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, México, 02 de abril de 2013.

Ley de Firma Electrónica Avanzada, Diario Oficial de la Federación, México, publicada el 11 de enero de 2012.

MALDONADO SANCHEZ, Adán, *Justicia en Línea*, la regulación jurídica de las comunicaciones electrónicas y su aplicación en el ámbito judicial, México, Tirant lo Blanch, 2014.

MENENDEZ MATO, Juan Carlos y GAYO SANTA CECILIA, Ma. Eugenia, *Derecho e Informática*: ética y legislación, España, Librería Bosch, S.L., 2014.

Mesa de Análisis sobre la Tramitación Electrónica del Juicio de Amparo, Video 1, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Videoteca de Difusión de la Cultura Jurídica, 25 de junio de 2013. *http://www.sitios.scjn.gob.mx/eventos/?q=video/478/*

MIRA ROS, Corazón, *El Expediente Judicial Electrónico*, Madrid, Dykinson, S.L., 2010.

ORTUÑO NAVALON, Ma. del Carmen, *La Prueba Electrónica ante los Tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Panel "Paradigma del Expediente Físico al Expediente Electrónico en el Poder Judicial de la Federación", Video 14, Seminario Internacional de Transparencia Judicial 2013, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Videoteca de Difusión de la Cultura Jurídica, 30 de octubre de 2013. *http://www.sitios.scjn.gob.mx/eventos/?q=video/573/Seminario%20Transparencia&page=1*

PERLINGUEIRO, Ricardo, *El Libre Acceso a la Información, las innovaciones tecnológicas y la publicidad de los actor procesales*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013.

PONCE BAEZ, Gabriela y GARCIA TINAJERO, Leonel, (coord.), *Las Fronteras del Derecho a la Información*, México, Novum, 2011.

RECIO GAYO, Miguel, *Esquemas de Derecho de las TIC*, tomo XXXIX, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Reglamento de la Ley de Firma Electrónica Avanzada, Diario Oficial de la Federación, México, publicada el 21 de marzo de 2014.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, *http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx*

VALERO TORRIJOS, Julián (Coord.), *La Protección de los Datos Personales en Internet ante la Innovación Tecnológica*, riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica, España, Thomson Reuters Aranzadi, S.A., 2013.

WITKER, Jorge, *La Administración y Gestión de Tribunales: experiencias comparadas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

WITKER, Jorge, *La Investigación Jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

CAPÍTULO III. LA PRUEBA DE ADN EN EL PROCESO PENAL MEXICANO

José Armando Flores Sánchez*

SUMARIO:

Introducción. 1. La prueba de ADN. 2. La prueba de ADN en países europeos. 3. La Prueba de ADN en México. 3.1. La prueba de ADN en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). 4. La prueba científica de ADN en el Proceso Penal Mexicano. Conclusiones.

RESUMEN:

En este artículo se analiza la prueba científica BIOLÓGICA MOLECULAR DE LA CARACTERIZACIÓN DE ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) la cual es de trascendencia en la investigación criminal. Se realiza un énfasis en los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) referente al tema. Se realizan recomendaciones que en México es necesario establecer, como principios, directrices y protocolos que en otros países se utilizan respecto de la prueba de ADN. La situación actual llena de eventos que han sido noticia a nivel internacional, nos llevan a reflexionar sobre la aplicación de la mencionada prueba científica de ADN en el proceso penal mexicano, así como se advierten de cambios que sin lugar a duda se están realizando en nuestro país.

PALABRAS CLAVE: Protocolo, Investigación criminal, prueba científica, ADN.

ABSTRACT:

This article discusses the expert evidence of the BIOLOGICAL MOLECULAR CHARACTERIZATION OF DEOXYRIBONUCLEIC ACID (DNA), which is also of importance in the criminal investigation. We also make an emphasis on what has been issued by the Supreme Court of Justice of the nation (SCJN) concerning the topic. Recommendations are made in order to establish and apply principles, guidelines and protocols that in other countries are being used for the DNA test; The current situation is full of events that have been in the news at the international level, lead us to reflect on the implementation of the above-mentioned DNA scientific evidence in the Mexican criminal proceedings Mexican criminal process, as well are mentioned the changes that undoubtedly are taking into consideration in our country.

KEYWORDS: Protocol, Criminal investigation, Expet evidence, DNA.

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de esta investigación es analizar el desarrollo que ha tenido la prueba pericial científica de ácido desoxirribonucleico, (en lo adelante ADN), en el Proceso Penal Mexicano, precisando la importancia que revierte la prueba pericial de analisis de ADN. También se analizan las tesis y jurisprudencias relevantes que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), en relación a la mencionada prueba.

La prueba de ADN en México, se realiza en forma principal en juicios de orden familiar en juicios para establecer la paternidad. Sin embargo, la misma, es de suma importancia como prueba en el nuevo sistema de justicia procesal penal en México, con las

* Maestro en Ciencias Penales; Estudiante del Doctorado en Estudios Jurídicos en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco en México, dentro del Programa Nacional de Postgrados de Calidad (PNPC) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT)

últimas reformas al proceso penal de corte acusatorio, que establece los juicios orales que se implementó en junio de 2008 después de muchas iniciativas de diversos partidos políticos[930].

1. LA PRUEBA DE ADN.

En los últimos años los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba y juegan un papel cada vez más importante en procesos en forma principal en materia penal o criminal, y aunque la prueba de ADN no es la única protagonista de ese *boom*, pues hay otras pruebas científicas que juegan un papel decisivo en muchas causas judiciales, sí es la prueba científica de ADN la que ha marcado un antes y un después en la resolución de numerosos problemas judiciales[931].

> La prueba de ADN se describe a través de importantes autores de la siguiente manera:
> El ADN es la macromolécula en la que se almacena la información genética de cada organismo y está presente en todos los seres vivos. … El ADN es un compuesto químico integrado por sustancias llamadas nucleótidos; cada uno de ellos está formado a su vez por un azúcar, un grupo fosfato y una base. Las bases son adefina, timina, guanina y citosina. El azúcar que conforma el ADN se llama desoxirribosa y en la cadena de ADN este azúcar está unido a un grupo fosfato. El ADN es una doble hélice integrada por dos cadenas, cada una de ellas formada por un esqueleto lineal constituido por los nucleótidos. … se denomina genoma al número total de moléculas de ADN que tiene una célula o un organismo[932].

La prueba de perfiles de ADN, se realiza mediante el cotejo de dos muestras que contienen material genético (sangre, piel, pelo, cabello, saliva, etc.) –una de origen desconocido (muestra dubitativa),[933] y otra que procede de un concreto sujeto (muestra indubitada)- para identificar una parte respecto de la otra (para identificar al padre o madre de un menor, un cadáver en estado no reconocible, o al imputado). Y se concluye que en realidad el ADN puede obtenerse prácticamente de cualquier muestra genética, y al resultado conseguido se le conoce como dato genético [934]

Fue el químico Alemán Friedrich Miescher quien en 1869 aisló una sustancia del interior del núcleo de las células a la cual llamó *nucleína*, …que posteriormente se

---

[930] Para más detalles y ahondar en el tema de todas las iniciativas que fueron presentadas por los diversos fracciones parlamentarias, véase: Islas Colín, Alfredo, Juicios orales en México crítica y análisis Tomo V, Ed., Jurídica & Law Press, 2011, p.10.

[931] Vázquez, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*, *Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2013, p. 181.

[932] Alonso, María Elisa, *et al*, "La idea de la vida desde la genética contemporánea", en González V., Juliana y Linares, Jorge E. (coords.) *Diálogos de Bioética. Nuevos saberes y valores de la vida*, México, Fondo de Cultura Económica, Universidad Autónoma de México, 2013, p. 65.

[933] Libano Beristain, Arantza, "La Prueba Judicial, Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativo", en Xavier Abel Lluch *et al (*directores*), La práctica del análisis de perfiles de ADN a personas distintas al imputado en el proceso penal,* Madrid, editorial La Ley, 2011. p. 1525.

[934] Cantoral Domínguez, Karla, *Derecho de Protección de datos personales de la salud*, México, Editorial Novum, 2012, p. 148.

denominaría *ácido desoxirribonucleico o ADN*[935], aunque la prueba de ADN (estructura del ADN), se dio a conocer en 1953, cuando fue descubierta por James Watson y Francis Crick, quienes dan a conocer la estructura helicoidal de doble cadena de ADN[936], lo que les valió la obtención del Premio Nobel a la medicina en 1962[937], su utilidad como prueba jurídica no sobrevino inmediatamente, sino que fue hasta 1985 cuando Alec J. Jeffreys, con el inteligente uso de enzimas cortadas de ADN, logró obtener secciones de ADN que eran comunes a una línea familiar en particular [938].

También existe una pequeña cantidad de ADN en las mitocondrias (orgánulos celulares encargados de la producción de energía), llamado ADN mitocondrial[939]. El ADN mitocondrial, es de gran utilidad forense en determinadas muestras como pelos sin raíz o muestras degradadas (cadáveres en descomposición, huesos antiguos… este tipo de ADN, se hereda de la madre a toda su descendencia (hijos, hijas)[940]. El ADN de un individuo es idéntico en todas sus células. Por tanto teóricamente, es posible obtener un perfil genético a partir de cualquier fluido o resto biológico que se recoja mediante intervención corporal, o bien que haya quedado abandonado en el lugar de los hechos de la víctima o el sospechoso de un delito[941].

Es importante destacar que fue en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 16 de noviembre de 1999, donde se define el dato genético como "información sobre las características hereditarias de las personas, obtenidas por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos.

---

[935] De Antón y Barbera, Francisco y de luis y Turégano, Juan Vicente, *Policía Científica*, Volumen II, 5a. Edición, México, Tirant lo blanch, 2012, p. 1010.
[936] *Idem.*
[937] Albarellos, Laura Adriana, *Identificación humana y bases de datos genéticos*, México, Editorial Ubijus, 2009, p. 14-15.
[938] Levien, Louis, *Guía del Abogado para el uso de Pruebas forenses de ADN*, epílogo de Ingrid Brena Sesma, trad. de Juan Carlos Gallo Gomezcésar, México, FCE, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010, p. 14.
[939] Farfan Espuny, María José, Recogida de muestras biológicas y obtención del perfil de ADN en el laboratorio forense, en María José Cabezudo Bajo, (Coord.) *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza*?, Madrid, Dykinson, 2013, p.130
[940] *Idem.*
[941] *Idem.*

Se precisa también, que el uso tecnológico forense del ADN, tal y como lo detalla María José Cabezudo Bajo[942], refiere tres fases de mucha importancia respecto de la prueba de ADN; La primera fase se refiere a la obtención de la muestra de ADN; la segunda al análisis del perfil de ADN en el laboratorio, y finalmente una base de datos de ADN, donde la multimencionada prueba de ADN, sería solo admisible en procesos criminales si es obtenida legalmente y conducida de manera confiable en todas y cada una de las tres fases antes mencionadas.

Michele Tarufo, sostiene que "es muy posible que una prueba del ADN sea el único elemento de prueba para decidir sobre la identificación de un sujeto, dado que esta prueba -cuando se realiza con todas las condiciones necesarias y su resultado se interpreta correctamente- alcanza valores de probabilidad del orden 98-99%[943].

El 13 de noviembre de 1987 la prueba de ADN, DNA por sus siglas en inglés, originalmente llamada "*DNA fingerprint"* o también "*genetic fingerprint*"[944], fue reconocida como uno de los más grandes avances en la ciencia de la detención del crimen del siglo, ya que en ese año la Bristol Crown Court condenó a Robert Melias a 8 años de reclusión por haber agredido sexualmente a una mujer discapacitada[945].

El primer condenado por su perfil genético fue Colin Pitcfork, hecho que ocurrió el 22 de enero de 1988 en el Reino Unido en el poblado de Narborough[946]. Curiosamente en ese mismo caso Richard Buckland se transformó en la primera persona en el mundo en ser absuelta por medio de una prueba analítica de ADN[947].

Al respecto se relata lo siguiente:

> Las tecnologías para analizar el ADN han evolucionado enormemente en los últimos tiempos. Los primeros análisis de ADN datan de los años 80, generalizándose su práctica en los 90. En 1983, a raíz de que una niña de 15 años fuera violada y asesinada en un pueblo de Inglaterra, Narborough, en Leistercershire, se inició una investigación en la que el análisis de ADN tuvo por primera vez relevancia. Se encontró semen que correspondía a una persona con sangre del grupo A, como la del 10% de la población de Leistercershire. Dos años más tarde lo mismo ocurrió con otra niña de la misma edad. Se encontró un sospechoso, que conocía detalles no revelados de la muerte de la segunda víctima, y que se declaró culpable del asesinato de ésta, pero no de la primera. Los forenses se pusieron en contacto con el profesor de la Universidad de Leicester Dr.

---

[942] Cabezudo Bajo, María José, "*Assessment of the DNA data protection system in the European framework*" en María José Cabezudo Bajo, (Coord.) *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza*?, Madrid, Dykinson, 2013, p. 42.
[943] Taruffo, Michele, Libros, Artículos y Conferencias, Editorial Metropolitana, 2009, p. 117-118.
[944] Huella digital genética.
[945] Vease la publicación del New York Times del 30 de Noviembre de 1987. Disponible en: http://www.nytimes.com/1987/11/30/world/for-crime-detection-genetic-fingerprinting.html
[946] Albarellos, Laura A., *op cit.*, nota 9, p. 134
[947] *Idem*.

> Jeffreys para que comparara las muestras, cuyo resultado fue que pertenecían al mismo hombre, pero que no era el sospechoso. Así, este primer análisis relacionado con la investigación de un crimen sirvió para exonerar al sospechoso que se declaró culpable. Posteriormente, se realizó una recolección de muestras entre los hombres de la zona, llegándose al culpable, que había pedido a un compañero que diera una muestra por él. Las primeras aplicaciones del análisis de ADN se hacían a través del RFLP, (Restriction fragment length polymorphism). Esta tecnología ha sido abandonada, pues requiere cantidades relativamente grandes de ADN, por lo que en muchas ocasiones el test no era satisfactorio. Los posteriores tipos de análisis son el PCR, el STR y el mtDNA. El PCR, (Polymerase Caín reaction), permite el análisis de muestras muy pequeñas, sin, además, afectar la partícula original. El problema de este tipo de análisis es la contaminación[948].

Desde el final de la década de los ochenta han aumentado los casos en los cuales las pruebas de ADN facilitan demostrar la inocencia de diversas personas previamente sancionadas con altas penas de prisión o, inclusive, condenadas a la muerte [949].

Y es que desde 1910 cuando Locard planteó cuatro principios o leyes que pueden ser considerados como una síntesis de la aplicación de la criminalística al escenario del crimen, es decir, en la investigación criminal, podría ser un manual de procedimiento para un policía científico-técnico[950].

2. LA PRUEBA DE ADN EN PAISES EUROPEOS.

En Europa con la necesidad de mejorar los sistemas de intercambio de información entre las autoridades policiales y judiciales competentes en materia de prevención, persecución y enjuiciamiento de los hechos delictivos, y destacadamente de aquellos más graves o de más difícil averiguación, como terrorismo, criminalidad o *delincuencia* organizada transnacional en general[951], se han establecido tratados y convenios de cooperación respecto de la prueba de ADN.

España ha dado grandes avances en relación a la "coacción" que puede realizar el estado al momento de recaudar una muestra para ser analizado su ADN. Asimismo en ese país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la validez del allanamiento de domicilio y del secuestro de objetos personales de las víctimas de apropiación a fin de posibilitar los correspondientes exámenes de ADN, contra la voluntad de aquéllas, con el objeto de determinar su verdadera identidad biológica. Para ello, sustentó su decisión en la necesidad de satisfacer el derecho a la verdad de sus familiares, también víctimas de este

---

[948] http://www.forensic.gov.uk/forensic_t/inside/news/list_casefi les.php?case=1 147 Using DNA to Solve cold cases, Nacional Institute of Justice, EEUU, 2002.

[949] Cossío, José Ramón, *Derecho y Ciencia*, México, Tirant lo Blanch, 2015, p. 32.

[950] Hombreiro Noriega, Luis, el ADN de Locard, Genética forense y Criminalística, Madrid, Editorial, Reus, 2013, p. 14.

[951] De Hoyos Sancho, Montserrat, "Obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN", en María José Cabezudo Bajo, (Coord.) *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza*?, Madrid, Dykinson, 2013, p. 64.

delito, que constituye una forma de desaparición forzada y, por ello, un crimen de lesa humanidad[952].

También en España la policía podrá obtener muestras en el lugar de los hechos sin autorización judicial alguna, como por ejemplo, sangre en el suelo o saliva en un vaso. Si es necesaria una inspección o intervención corporal, se habrá de pedir autorización judicial. – El art. 520 6 c LECrim, establece que si el detenido se opusiere a la recogida de muestras mediante frotis bucal para la obtención de datos sobre su ADN, podrá el Juez ordenar la ejecución forzosa de la medida[953].

Es también en ese país europeo donde la prueba de ADN se ha regularizado en el ámbito penal[954], y convertida en la prueba estándar en los procesos de filiación[955]. Y también donde de forma más directa y clara el tribunal supremo establece que el ácido desoxirribonucleico (ADN), componente químico del núcleo celular, se ha convertido en un instrumento esencial de las técnicas que la moderna medicina forense utiliza para la investigación de delitos por parte de las autoridades judiciales [956]. País donde también tal y como lo refiere Sergio Bousquet:

> Las fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto para la investigación y averiguación de delitos como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas, cuentan con la base de datos policial de Identificación Obtenidos a partir del ADN, regulada por la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre[957].

En Hungría, la prueba de ADN, se utiliza en forma regular desde 1993[958], país que sigue avanzando en la utilización de pruebas de ADN en la investigación de los delitos.

---

[952] Piñol Sala, Nuria K., "La obligación del Estado de restituir la identidad a las víctimas de desaparición forzada", *Las pruebas genéticas en la identificación de Jóvenes desaparecidos/*, compilado por Gabriel Ignacio Anitua y Mariano Gaitán, 1ª edición, Buenos Aires. Editorial Del Puerto, 2012, p. 161

[953]Asencio Mellado, José María, Derecho Procesal Penal 7ª Edición 2015, Tirant lo Blanch, Manuales de Derecho Procesal, p. 170

[954] Vease Richard Gonzalez Manuel, "La identificación del imputado mediante la comparación de perfiles de ADN, en Xavier Abel Lluch *et al (*directores*), La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, labotral y contencioso-administratival*, Madrid, editorial La Ley, 2011, pp. 1489-1522.

[955] Corona Quesada, M.C., La prueba de ADN en los procesos de filiación, Anuario de Derecho civil, vol. 2, 2005, pags. 493-594.

[956] Vease la STS 4844/2012 del 9 de julio de 2012, respecto de la sentencia recurrida No. 60772012, y del recurso de casación (P) No. 10127/2012, cuyo fallo fue una sentencia desestimatoria, cuya sentencia fue en la fecha del 09 de julio de 2012, en la ponencia el Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar, referente al delito de asesinato terrorista y tenencia ilícita de armas.

[957] Bosquet, Sergio, Criminalística Forense, Valencia, Tirant lo blach, 2015, p. 93.

[958] Csongor Herke y Csenge D. Tóth, The DNA analisis in Hungary en "Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?," María José Cabezudo Bajo, Coordinador, Dykinson, Madrid 2013, p. 152.

El primer uso de la prueba de ADN en Alemania, se realizó en 1989[959]. En ese país un caso de importancia, lo fue en 1988, cuando se realizó un análisis genético de 17,900 personas para la identificación de un autor[960], prueba también que ha tenido pocos fracasos, como la prisión por seis meses a un inocente por contaminación de la prueba de ADN[961].

Los países bajos fueron pioneros en los años 1980 y 1990 en el campo de ADN en el proceso penal[962], sin embargo se ha prohibido en ese país la creación de bases de datos de ADN a nivel policial.

En Francia, se creó por ley el Fichero Nacional automatizado de huellas genéticas (FNAEG). Fue creado en 1988, aunque con posterioridad varias modificaciones en varios aspectos, como la naturaleza del delito cometido (originalmente sólo delitos contra la libertad sexual), que ahora se extiende a prácticamente todas las infracciones penales sancionadas con pena de prisión[963]

3. LA PRUEBA DE ADN EN MÉXICO.

Al hablar de prueba de ADN, es necesario precisar el término "prueba". En México el Código Nacional de Procedimientos Penales[964] (CNPP) define prueba en la parte *infine* del artículo 261 de la manera siguiente:

> Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.

El lamentable hecho de los 43 estudiantes desaparecidos de la Escuela Normal Rural de Ayotzinapa, Guerrero, ya que en nuestro país no existe un avance significativo en el análisis de dicha prueba, hizo necesario enviar muestras a un laboratorio especializado para que científicos forenses de la Universidad de Medicina de Innsbruck, Austria, mediante estudios especializados de ADN analizaran restos humanos encontrados para que determinaran

---

[959] Perron, Walter, El ADN y el proceso penal en Alemania, en Gómez Colomer, Juan-Luis, (coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 447.
[960] *Idem.*
[961] *Idem.*
[962] Vervaele, J.A.E. et al, en Gómez Colomer, Juan-Luis, (coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 444.
[963] Romeo Casabona, Carlos Ma. Y Romeo Malanda, Sergio, La identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal, en Revista Arazadi de Derecho y Proceso Penal, número 23, España, Editorial Thomsom Reuters, 2010, p. 173
[964] Codigo Nacional de Procedimientos Penales, Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 5 de marzo de 2014, última reforma publicada DOF 29-12-2014.

si efectivamente correspondía a uno de los estudiantes desaparecidos. En ese asunto, la Procuraduría General de la República (PGR), precisó que la prestigiosa universidad emitió un informe en el que concluye lo siguiente:

> … que tras la aplicación de una técnica de cuantificación muy sensible para evaluar la cantidad de ADN mitocondrial, no se encontró cantidad útil de ADN que permitiera obtener un perfil genético bajo esta técnica. Si bien el dictamen establece que "el calor excesivo ha destruido el ADN y el ADN mitocondrial en los restos, por lo menos hasta el punto en que los métodos rutinarios no pueden emplearse para un análisis exitoso", señala la posibilidad de utilizar una tecnología novedosa llamada "Secuenciación Masivamente Paralela" (Massively Parallel Sequencing MPS), por sus siglas en inglés, que podría servir como una herramienta útil para seguir investigando estos restos [965] .

Una circunstancia que también motiva a estudiar la prueba de ADN en México, es lo que la misma PGR ha mencionado:

> Los peritos de la Procuraduría General de la República (PGR) sólo logran identificar a uno de cada cinco cuerpos hallados en fosas clandestinas en el país. De febrero de 2007 a diciembre pasado, la PGR ha participado en los hallazgos de 161 entierros ilegales en 16 entidades del país. En ellos se exhumaron 581 cuerpos, de los cuales sólo 117 fueron identificados, correspondiente al 20.1 por ciento, según datos de la propia Procuraduría obtenidos vía Transparencia[966].

Los datos antes mencionados, hace que México deba tomar las experiencias de otros países respecto de los avances que tienen establecidos en la prueba de ADN y se inicie la implementación de laboratorios especializados en la materia; así como también que se implementen protocolos en la materia que propicien certeza jurídica a la prueba de ADN.

En nuestro país, no todas las entidades mexicanas cuentan con laboratorios que presten el peritaje de ADN con alto rigor científico[967], y las mismas deben de estar dotadas de laboratorios para conducir pruebas de ADN que ayude tanto en juicios del orden civil y familiar, como en materia de investigación criminal en el nuevo proceso penal a implementarse en México en todos los estados este próximo junio de 2016.

3.1. LAS PRUEBAS DE ADN EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN)

[965] Comunicado de prensa numero 009/2015, de 20 de Enero de 2015. Comunicado de prensa y dictamen completo visible en internet en: http://www.pgr.gob.mx/prensa/2007/docs08/Cme.pdf

[966] Publicado a traves de su portal en respueta a una petición. Citado por Diario Reforma de Sábado 02 de Mayo de 2015, vease en: http://diario.mx/Nacional/2015-05-02_d7e55883/identifica-pgr-solo-1-de-cada-5-cuerpos-hallados-en-fosas/

[967] Miguel Ángel Mancera, Jefe del Distrito Federal al ignaurar el Sexto Encuentro Nacional de Servicios Periciales, indicó que "de asuntos que se atienden en la ciudad, a veces equivale a números de dos o tres países, pues en 2015, la Procuraduría General de Justicia de la capital ha intervenido en casi 150 mil dictámenes periciales, muchos que tienen que ver con asuntos de otras entidades". Es decir el Distrito Federal realiza muchas pruebas periciales, debido a que otras entidades solicitan ese apoyo, debido que no tienen los laboratorios para realizar dichas pruebas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, es quien en nuestro país por medio de tesis aisladas y jurisprudencias, emite criterios en el sistema jurídico mexicano, contribuyendo al fortalecimiento de una cultura de la legalidad. Georgina Laso de la Vega Romero sostiene que:

> La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional, cuenta con la posibilidad de que sus resoluciones no solamente tengan efectos sobre las partes que intervienen en los asuntos de su conocimiento, sino que sus ejecutorias constituyen también un criterio referencial de especial interés general para la sociedad. En este sentido, el fortalecimiento del sistema de justicia y, consecuentemente, el cumplimiento de las obligaciones internacionales contenidas en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), entre otros, imponen a los países de la región la necesidad de observar los estándares internacionales no solamente para la tutela judicial efectiva sino también para el análisis de los derechos específicos que son sometidos a procesos jurisdiccionales[968].

La SCJN, además en sus crónicas "Derecho de los menores a conocer a sus progenitores a través de la prueba de ADN", que estuvo a cargo de Arturo Díaz San Vicente menciona acertadamente que:

> Los avances científicos y tecnológicos de las últimas décadas en el campo de la genética, han modificado el punto de partida para solucionar buena parte de los problemas que surgen en torno a las relaciones de parentesco y filiación de las personas; asimismo la utilización de técnicas de reproducción asistida han alterado desde sus cimientos los fundamentos de aquellas instituciones que integran el derecho de la familia[969].

Resalta además en esas crónicas que los avances científicos en el campo de la genética permiten comprobar la filiación de forma rigurosa, con un margen de error casi inexistente con lo que la paternidad se ha vuelto un hecho comprobable sin posibilidad de equivocación.

Gracias a los avances en genética se ha iniciado la consolidación de uno de los derechos humanos que se le atribuyen a la persona, a saber el derecho a la identidad personal, el cual permite que un ser humano sea único en su compleja y múltiple diversidad; el derecho de la persona a conocer su origen biológico, y su derecho a una identidad cierta y reconocida

---

[968] Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los Derechos Humanos: recopilación de ensayos [la compilación de esta obra estuvo a cargo de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; coordinadores Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia y Raúl Mejía Garza; presentación Ministro Juan N. Silva Meza; prólogo Javier Hernández Valencia]. -- México : Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis : Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011, p. 469-470.

[969] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derecho de los menores a conocer a sus progenitores a través de la prueba del ADN*, la investigación y redacción de esta estuvieron a cargo de la Unidad de Crónicas adscrita a la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y Estudios Históricos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, p. 4.

jurídicamente[970], lo cual está de acuerdo a lo que la misma SCJN ha establecido en la tesis bajo el rubro: Derecho a la identidad de los menores su contenido[971].

La SCJN, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el año 2002, respecto de la prueba de ADN emitió la tesis con el rubro: "Prueba pericial en química para determinar el ADN. Su admisión afecta los derechos sustantivos del quejoso[972]. En esa tesis se establecía que el juicio de amparo era procedente, ya que la misma era una afectación directa e inmediata a los derechos humanos para quien se sometiera a dicha prueba.

Otra tesis que de igual forma revistió importancia fue la que estableció que la "Prueba pericial en genética molecular del ácido desoxirribonucleico (ADN). Ante la posibilidad de los presuntos padres de negarse al desahogo de dicha probanza, se presumirá su paternidad salvo prueba en contrario (artículo 5, apartado b), inciso iii, de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal)[973].

De importancia también lo es la tesis que advierte que la prueba de ADN, que debe de ser realizada por más de un especialista sostenido bajo el rubro: Pericial en genética molecular del ácido desoxirribonucleico (ADN). Es una prueba de carácter multidisciplinario cuyo desahogo puede requerir la intervención de más de un especialista[974]. Y la tesis jurisprudencial que determinó que la pericial en genética, es la prueba idónea para demostrar científica y biológicamente la paternidad y filiación[975].

La SCJN de igual forma ha establecido permitir la prueba de ADN en asuntos familiares relacionados con alimentos, tesis de la 10ª época que se publicó el viernes 28 de marzo de 2014 en el Semanario Judicial de la Federación y que de igual forma me permito mencionar el rubro: Alimentos provisionales en el juicio de paternidad. Pueden decretarse, cuando en el procedimiento se desahoga positiva la prueba de ADN, ya que por su idoneidad,

---

[970] *Ídem.*
[971] Tesis: 1a. CXLII/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007 p. 260.
[972] Tesis I.8o.C.223, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XV, enero de 2002, página 1338.
[973] Tesis: 1a. CCXVII/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, Enero de 2006, p. 736.
[974] Tesis: I.3o.C.644 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, Octubre de 2007, p. 3250.
[975] Tesis: II.2o. C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VIII, Julio de 1998, p. 381.

el vínculo paterno filial nace prima facie en alto grado verosímil, por lo que es dable conceder dicha medida cautelar a cargo del presunto progenitor y en beneficio del pretendido hijo[976].

En materia penal ha surgido una tesis en relación a la práctica de la prueba de ADN, en un delito de violación y cuyo resultado fue el embarazo de la víctima, en esa resolución, el tribunal admitió y ordeno el desahogo de dicha prueba, apercibiendo a la ofendida de que en caso de oponerse injustificadamente se presumiría la inocencia del acusado, publicándose bajo el rubro: "Prueba pericial en genética (ADN) en el delito de violación. Si el juez de primera instancia, ante la oposición de la pasivo, omite practicar la solicitada por el inculpado para desvirtuar la afirmación de la víctima en el sentido de que como resultado de la cópula quedó embarazada, el tribunal de alzada, al resolver el recurso de apelación, debe ordenar la reposición del procedimiento para que aquélla sea admitida y desahogada, y apercibir a la ofendida de que en caso de oponerse injustificadamente se presumirá la inocencia del acusado (Legislación del Estado de Veracruz) [977].

Otra tesis emitida por la SCJN referente a la prueba de ADN, se refiera cuando en un juicio sobre reconocimiento de paternidad, una de las partes ofrece esta pericial, designa al perito e indica que éste tiene su domicilio en alguna institución médica, ello no es suficiente para que el Juez que conoce del asunto, ordene el desahogo de la prueba, porque debe cerciorarse de si la institución o laboratorio en donde se realizará, está certificada por la mencionada secretaría para realizar pruebas en genética y por otra parte, verificar si el perito designado está certificado para ejercer su actividad profesional en el ámbito de la genética, dicha tesis se emitió bajo el rubro: Pericial biológica molecular de la caracterización de ácido desoxirribonucleico (ADN). La autoridad que ordene su desahogo debe verificar que tanto la institución como el perito que deban practicarla están certificados para realizar dicha prueba en genética (Legislación del Estado de Nuevo León)[978].

4. LA PRUEBA CIENTÍFICA DE ADN EN EL PROCESO PENAL MEXICANO.

Los avances científicos se realizan en diversas áreas que afectan a la sociedad, el campo del derecho y administración de justicia no son ajenos a dicho hecho. Es por ello que el

[976] Tesis I.11o.C.49 C, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 4*, Décima Época, t. II, Marzo de 2014, p. 1577.
[977] Tesis: VII.2o.(IV Región) 5 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, Abril de 2011 , p. 1386.
[978] Tesis: IV.3o.C.48 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, Febrero de 2011 , p. 2362.

conocimiento científico debe de emplearse en México en el proceso penal mexicano, es un hecho tal que esos avances deben de allegarse en la investigación de los delitos desde una aproximación multidisciplinaria, tal y como lo ha establecido la misma SCJN en la tesis con el rubro siguiente:

> PRUEBA CIENTÍFICA. SU JUSTIFICACIÓN Y VALIDEZ EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS.
> Para la adecuada solución de un conflicto jurídico es posible acudir a elementos de convicción, tales como los dictámenes periciales o prueba científica, al tener la finalidad de auxiliar al juzgador, en temas y conocimientos científicos o tecnológicos que deba utilizar a través de exposiciones no jurídicas, pero necesarias para resolver la cuestión efectivamente puesta a su conocimiento, al tratarse de información proporcionada por especialistas en la materia de que se trate, que constituye una opinión técnica a la cual el juzgador le otorgará, según su prudente estimación, el valor que estime conveniente, atendiendo para ello a las máximas de experiencia y hechos notorios o públicos que constituyen reglas o verdades de sentido común y la sana crítica. Cabe precisar que un objetivo común tanto de la ciencia como del proceso judicial es la investigación de la verdad, porque una reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión. En efecto, este instrumento probatorio es adecuado para que el juzgador se allegue de información necesaria -concretamente de conocimientos que la ciencia aporta- para determinar la veracidad de un enunciado o hechos y su trascendencia en el conflicto. En este sentido, la prueba científica consiste en nociones y métodos de análisis que rebasan el patrimonio cultural del que -en circunstancias normales- dispone el Juez a partir o conforme a una cultura media o del sentido común, lo que por supuesto implica que no puede conocer todas las nociones y metodologías científicas necesarias para la conformación de la prueba o la valoración de los hechos. Otra importante razón que justifica la prueba científica y sobre todo interpretarla y valerse adecuadamente de ella, obedece a que los juzgadores deben tener una visión completa de los hechos o fenómenos que son determinantes de la litis, aun cuando las partes, estratégicamente, se esfuercen por presentar visiones incompletas, descontextualizadas, alteradas o deformadas de la realidad, con tal que les sean pertinentes o útiles para obtener decisiones a modo. En consonancia con lo anterior, es válido para los juzgadores apoyar sus determinaciones en la prueba científica, toda vez que contiene la opinión de expertos en una rama de la ciencia o tecnología, que aporta evidencia científica relevante para el caso, a través de la cual puede conocerse la verdad de los hechos sujetos a prueba, cuyo contenido no fue refutado y fue obtenida mediante la aplicación de métodos científicos que tienen la presunción de fidedignos y pertinentes[979].

El conocimiento científico fortalece las investigaciones en todos los ámbitos jurídicos que incluye desde luego la investigación criminal. Tal es así que la SCJN ya ha establecido al respecto criterios bajo el rubro siguiente que me permito transcribir:

> CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS. CARACTERÍSTICAS QUE DEBEN TENER PARA QUE PUEDAN SER TOMADOS EN CUENTA POR EL JUZGADOR AL MOMENTO DE EMITIR SU FALLO.
> Los tribunales cada vez con mayor frecuencia requieren allegarse de evidencia científica para la resolución de los asuntos que son sometidos a su conocimiento, debido a los avances de los últimos tiempos en el campo de la ciencia y a las repercusiones que esos hallazgos pueden representar para el derecho. De esta forma, en muchas ocasiones los juzgadores requieren contar con la opinión de expertos en esas materias para proferir sus fallos de una manera informada y evitar incurrir en especulaciones en torno a ámbitos del conocimiento que van más allá del conocimiento del derecho que el juzgador debe tener. Al respecto, debe tenerse presente que el derecho y la ciencia son dos de las fuentes de autoridad más importantes para los gobiernos modernos, aun cuando tienen origen, fundamentos y alcances

[979] Tesis: I.4o.A.16 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3 , Abril de 2013 , p. 2263.

> diversos. Los productos de ambas ramas del conocimiento se presumen imparciales, ajenos a intereses particulares y válidos sin importar el contexto inmediato de su generación; de ahí que frecuentemente orienten las políticas públicas y sirvan de fundamento para evaluar la racionalidad de las decisiones políticas. Juntos, el derecho y la ciencia, constituyen un medio para asegurar la legitimidad de las decisiones gubernamentales, ello a partir de las diversas modalidades de relación que entre ambos se generan. Precisamente por ello, en diversas decisiones jurisdiccionales, como sobre la acción de paternidad, por ejemplo, los avances de la ciencia son indispensables para auxiliar al juzgador a tomar sus decisiones. La propia ley lo reconoce así al permitir que de diversas maneras se utilicen como medios de prueba diversos elementos aportados por la ciencia y la tecnología. En esos casos, debido a la naturaleza de las cuestiones que serán materia de la prueba, al requerirse conocimientos científicos y tecnológicos, se utiliza la prueba pericial, mediante la cual un especialista presta auxilio al juzgador en un área en la que éste no es un experto. Ahora bien, para que un órgano jurisdiccional pueda apoyarse válidamente en una opinión de algún experto en una rama de la ciencia, es necesario que esa opinión tenga las siguientes características: a) Que la evidencia científica sea relevante para el caso concreto en estudio, es decir, que a través de la misma pueda efectivamente conocerse la verdad de los hechos sujetos a prueba, y b) que la evidencia científica sea fidedigna, esto es, que se haya arribado a ella a través del método científico, para lo cual se requiere, generalmente, que la teoría o técnica científica de que se trate haya sido sujeta a pruebas empíricas, o sea, que la misma haya sido sujeta a pruebas de reusabilidad; haya sido sujeta a la opinión, revisión y aceptación de la comunidad científica; se conozca su margen de error potencial, y existan estándares que controlen su aplicación. Si la prueba científica cumple con estas características, el juzgador puede válidamente tomarla en cuenta al momento de dictar su resolución[980].

En la actualidad tal y como lo refiere el ministro Cossio Díaz, que en México, son persistentes la ausencia de investigación del delito y la participación de la ciencia forense en los procesos penales es muy limitada[981].

Es importante entonces estudiar el contexto de época, la sociedad y la realidad actual que se vive en México, y desde cuando opera el sistema que se pretende cambiar, como era las costumbres y lugares y como ha cambiado desde la aplicación del sistema inquisitivo, y explicar el porqué es necesario ese cambio. Bien enfatiza la Dra. Gisela María Pérez Fuentes, que:

> La función efectiva de la historia del derecho… no debe estar ya más vinculada con una actividad contemplativa, y es que la historia no sirve para justificar el derecho sino para explicarlo. La historia social puede ofrecer argumentos para demostrar el carácter anacrónico de una norma y para propiciar su modificación…[982]

En ese sentido, nos encontramos en México iniciando en establecer una normativa sobre las intervenciones corporales y también adolecemos de la ausencia de un régimen jurídico expreso de las pruebas periciales biológicas sobre todo de la prueba de ADN. Aunque ya se iniciado con avances sustanciales en ese sentido.

---

[980] Tesis: 1ª. CLXXXVII/2006 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo XXV , Marzo de 2007, p. 258.
[981] Cossío Díaz, José Ramón, *op cit.*, nota 20, p. 165.
[982] Pérez Fuentes, Gisela María, "Propuestas metodológicas para la Investigación jurídica aplicada, Prolegomenos. Derechos y Valores, vol. XII, núm. 24, julio-diciembre, 2009, pp. 43-57, Universidad Militar Nueva Granada Colombia.

De igual forma en el nuevo proceso penal acusatorio, la valoración de la prueba por parte del juzgador sobre una prueba científica debe de realizarse en base a su libre convicción… de manera libre y lógica, tal y como lo establece el primer párrafo del artículo 402 del CNPP.

> Artículo 402. Convicción del Tribunal de enjuiciamiento
>
> El Tribunal de enjuiciamiento apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica; solo serán valorables y sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos lícitamente e incorporados al debate conforme a las disposiciones de este Código[983].

Lo anterior también está en congruencia con el criterio emitido por la SCJN en el criterio emitido bajo el rubro siguiente: PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL. CONCEPTO DE SANA CRÍTICA Y MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA PARA EFECTOS DE SU VALORACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 592 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).

> De la interpretación del citado numeral se advierte que los medios de prueba en el juicio oral penal, el cual es de corte acusatorio adversarial, deberán ser valorados conforme a la sana crítica, sin contradecir las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, y dispone, además, que la motivación de esa valoración deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a las que se arribe en la sentencia. Ahora bien, la sana crítica implica un sistema de valoración de pruebas libre, pues el juzgador no está supeditado a normas rígidas que le señalen el alcance que debe reconocerse a aquéllas; es el conjunto de reglas establecidas para orientar la actividad intelectual en la apreciación de éstas, y una fórmula de valoración en la que se interrelacionan las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, las cuales influyen de igual forma en la autoridad como fundamento de la razón, en función al conocimiento de las cosas, dado por la ciencia o por la experiencia, en donde el conocimiento científico implica el saber sistematizado, producto de un proceso de comprobación, y que por regla general es aportado en juicio por expertos en un sector específico del conocimiento; mientras que las máximas de la experiencia son normas de conocimiento general, que surgen de lo ocurrido habitualmente en múltiples casos y que por ello pueden aplicarse en todos los demás, de la misma especie, porque están fundadas en el saber común de la gente, dado por las vivencias y la experiencia social, en un lugar y en un momento determinados. Así, cuando se asume un juicio sobre un hecho específico con base en la sana crítica, es necesario establecer el conocimiento general que sobre una conducta determinada se tiene, y que conlleva a una específica calificación popular, lo que debe ser plasmado motivadamente en una resolución judicial, por ser precisamente eso lo que viene a justificar objetivamente la conclusión a la que se arribó, evitándose con ello la subjetividad y arbitrariedad en las decisiones jurisdiccionales[984].

En México, un caso que ha iniciado un "*antes y después*" en pruebas y conocimiento científico, y que ha motivado a ver la manera en que se realizan el estudio de las pruebas, desde la etapa de recogida de muestras, que tiene que ver con cadena de custodia[985]

---

[983] Código Nacional de Procedimientos Penales, *op cit*, nota 36.
[984] Tesis: IV.1o.P.5 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2, p. 1522.
[985] Según acuerdo A/009/15 La Procuraduría General de la Republica, emitio el acuerdo "por el que se establecen las directrices que deberán observar los servidores públicos que intervengan en materia de cadena de custodia.

establecido mediante acuerdos institucionales, es el "Caso Ayotzinapa", situación que ayudará a implementar mejores mecanismos en relación a las pruebas científicas incluidas la de ADN.

Tal es así que en el "Informe Ayotzinapa"[986], los peritos expertos del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI), convocado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con el Estado de México y los representantes de las víctimas del caso, a acompañar en la investigación de los crímenes y sus responsables, la búsqueda de los desaparecidos, y la atención a las víctimas y familiares, dan al Estado mexicano entre varias recomendaciones, una de importancia en el tema que nos ocupa, el cual es que nuestro país debe:

> Contar con un organismo pericial y forense autónomo y competente, a nivel federal como en los diferentes estados. Dicha entidad debe contar con autonomía administrativa y financiera sin depender de ningún organismo investigativo o judicial. Además debe tener la capacidad técnica, científica y profesional para desarrollar sus labores; debe tener personal capacitado y contar un trabajo diseñado con base en los protocolos internacionales y cumpliendo los estándares en las diferentes materias.

Como ya se ha mencionado antes, el éxito del nuevo sistema procesal penal de justicia radica en las pruebas que se presenten en el procedimiento, (llámese dato de prueba, medio de prueba o prueba en sí), lo anterior, ya que ningún hecho lícito o ilícito se puede resolver sin pruebas[987]. Cada vez son más los hechos relevantes para el proceso que solo pueden ser probados mediante sofisticados instrumentos técnicos[988]. Pero no nos equivoquemos. Como la ciencia continúe cambiando la sociedad, nos esperan grandes transformaciones en la averiguación de los hechos en todos los sistemas jurisdiccionales[989].

En nuestro país se ha establecido de manera oportuna el "Protocolo para el Tratamiento e Identificación Forense", el cual se estableció con el fin de:

> Alcanzar diversos objetivos, tales como homologar la actuación pericial en el procedimiento de análisis del lugar de la intervención mediante la utilización de técnicas de investigación científica en el campo de la criminalística; la participación coordinada de especialistas en tratamiento e identificación forense de

---

Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de Febrero de 2015. Y visible en internet en el link: http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR_Normateca_Sustantiva/a-009-15.pdf

[986] En la "Investigación y primeras concluciones de las desapariciones y homicidios de los normalistas de Ayotzinapa". Informe completo visible en internet en: https://drive.google.com/file/d/0B1ChdondilaHd29zWTMzeVMzNzA/view. p. 358.

[987] José Daniel Hidalgo Murillo, "Dato de prueba en el proceso acusatorio oral", Serie Juicios Orales número 8, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 1.

[988] Damaska, Mirjan R., *El derecho probatorio a la deriva*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2015, p. 145.

[989] *Idem.*

> cada una de las Procuradurías o Fiscalías Generales de Justicia del país; y contribuir al intercambio de información sobre técnicas, métodos y procedimientos científicos y resultados en el ámbito criminalística y forense entre las instancias de procuración de justicia del país[990].

El anterior protocolo, tiene tres objetivos los cuales me permito transcribir:

> 1. Homologar la actuación pericial en el procedimiento de análisis del lugar de intervención a través de las técnicas y métodos de investigación criminalística que permiten, ineludiblemente, arribar de manera científica a la identificación de cadáveres, determinando las causas de la muerte así como la forma y circunstancias que prevalecieron durante la comisión. Todo ello en el marco de la legislación aplicable.
>
> 2. Coordinar la participación de los grupos de especialistas en el tratamiento e identificación forense, de las diversas instituciones de procuración de justicia, por medio de la regulación formal tanto de las técnicas que deben aplicarse como de las distintas labores a realizar en los supuestos sucesos de víctimas múltiples, brindando además, flujogramas de atención oportuna y sistematizada, que faciliten e ilustren la coordinación de actividades del personal pericial, con respeto a la autonomía de cada una de las instituciones.
>
> 3. Contribuir al intercambio de información sobre técnicas, métodos y procedimientos científicos y resultados en el ámbito criminalística y/o forense, entre las diversas instituciones de procuración de justicia[991]

La ciencia permea el derecho cada vez más, y el derecho necesita también de la ciencia en beneficio del bien común. Es tiempo entonces de que en México la ciencia sirva a la sociedad.

CONCLUSIÓN

Con los avances científicos actuales, la prueba de ADN en la investigación criminal, revierte gran importancia para condenar o absolver a una persona que enfrenta un juicio criminal. Por ese motivo, la prueba de ADN, no obstante que no es la única prueba, debe realizarse en nuestro país en marco del nuevo juicio procesal penal oral, con alto grado de respeto a los derechos fundamentales y con los requisitos establecidos en los ordenamientos jurídicos o protocolos nacionales o internacionales; así como también su obtención, uso y resguardo debe darse de la manera más confiable posible por medio de lo que se ha establecido en los acuerdos o protocolos de cadena de custodia.

La ciencia, debe permitir un mejor acceso a la justicia y a la verdad, por lo tanto al impartir y/o buscar justicia, se deben utilizar todos los medios técnicos y científicos pertinentes, para "dar a cada quien lo que merece". Por ello nuestra nación, está realizando investigaciones con mayor rigor científico. Y es así como la prueba de ADN, es cada día más utilizada y más confiable como herramienta para el juzgador al momento de dictar su fallo.

---

[990] Protocolo para el Tratamiento e Identificación forense: visible en internet en: http://www.pgr.gob.mx/que-es-la pgr/PGR_Normateca_Sustantiva/protocolo%20para%20el%20tratamiento%20e%20identificaci%C3%B3n%20forense%20(2).pdf

[991] *Idem.*

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto a la prueba de ADN mayormente en materia familiar en juicios de paternidad. Sin embargo, es necesario que se tomen los avances que en otros países de Europa y en Estados Unidos se han establecido respecto de la mencionada prueba y se implemente con mayor certeza la misma. Situación que sin duda alguna ocurrirá en la medida en que se establezca en el país en su totalidad el nuevo proceso penal mexicano que incluye los juicios orales.

Nuestro país, ha iniciado en la implementación de las pruebas con rigor científicos que no den lugar a dudas sobre la culpabilidad o inocencia de una persona. Situación que sin duda alguna, ira mejorando en la medida que entra en su totalidad y se consolida en todo el territorio nacional el nuevo sistema procesal penal que establecen los juicios orales, y exista la voluntad de las entidades federativas de estar con colaboración nacional junto con la PGR en el establecimiento, seguimientos y homologación de Protocolos de Investigación dotados de participación científica.

BIBLIOGRAFÍA

ALBARELLOS, Laura Adriana, *Identificación humana y bases de datos genéticos*, México, UBIJUS, 2009.

ALONSO, María Elisa, *et al*, "La idea de la vida desde la genética contemporánea", en González V., Juliana y Linares, Jorge E. (coords.) *Diálogos de Bioética. Nuevos saberes y valores de la vida*, Fondo de Cultura Económica, Universidad Autónoma de México, 2013.

ANADON BASELGA, María José y Robledo Acinas, María del Mar, *Manual de Criminalística y Ciencias Forenses. Técnicas forenses aplicadas a la investigación criminal*. España, Editorial Tébar, 2010.

ANITUA, Gabriel Ignacio y Gaitan Mariano (comp.), *Las pruebas genéticas en la identificación de Jóvenes desaparecidos*, 1ª. ed., Buenos Aires, Del Puerto, 2012.

BOSQUET, Sergio, *Criminalística Forense*, Valencia, Tirant lo blach, 2015.

CABEZUDO BAJO, María José, (coord.), *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, Madrid, Dykinson, 2013.

CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, Derecho de Protección de datos personales de la salud, México, Editorial Novum, 2012.

CONCHA CANTÚ, Hugo A. y Caballero Juárez José Antonio, *Diagnostico sobre la Administración de Justicia en la Entidades Federativas. Un Estudio Institucional sobre la Justicia Local en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Derecho y Ciencia*, México, Tirant lo blanch, 2015.

DAGDUG KALIFE, Alfredo, *La Prueba Pericial al Amparo de un Nuevo Modelo de Justicia Predominantemente Acusatorio*, 1a. Ed., México, Editorial Ubijus, 2012.

DE ANTÓN Y BARBERA, Francisco y De Luis y Turégano, Juan Vicente, *Policía Científica*, Volumen I y II, 5a. Edición, México, Tirant lo blanch, 2012.

DICCIONARIO JURÍDICO, Juan Manuel Fernández Martínez, (coord.), 6ª. Ed., Editorial Aranzadi, España, 2012.

DAMASKA, Mirjan R., El derecho probatorio a la deriva, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2015.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, "Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: El análisis de ADN", en Gómez Colomer, Juan-Luis, (coord.), La prueba de ADN en el proceso penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

HOMBREIRO NORIEGA, Luis, el ADN de Locard, Genética Forense y Criminalística, Madrid, Editorial, Reus, 2013.

ISLAS COLÍN, Alfredo, *Juicios orales en México crítica y análisis*, tomo V, México, Editorial Jurídica & Law Press, 2011.

LEVIEN, Louis, *Guía del Abogado para el uso de Pruebas forenses de ADN*, trad. De Juan Carlos Gallo Gomezcésar, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010.

LIBANO BERISTAIN, Arantza, "La práctica del análisis de perfiles de ADN a personas distintas al imputado en el proceso penal", en Xavier Abel Lluch *et al* (direct.), *La prueba judicial, desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativo*, Madrid, editorial la Ley, 2011.

MORENO G., L. Rafael, *Los Indicios Biológicos del Delito*, 3a. ed., México, Editorial Ubijus, 2011.

PÉREZ FUENTES, Gisela María, *Propuestas metodológicas para la Investigación jurídica aplicada*, Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XII, núm. 24, julio-diciembre, 2009, pp. 43-57, Universidad Militar Nueva Granada Colombia.

PIÑOL SALA, Nuria K., "La obligación del Estado de restituir la identidad a las víctimas de desaparición forzada" en Gabriel Ignacio Anitua y Mariano Gaitán, (comp.), *Las pruebas genéticas en la identificación de Jóvenes desaparecidos*, 1ª edición, Buenos Aires. Del Puerto, 2012.

ROMEO CASABONA, Carlos Ma. Y Romeo Malanda, Sergio, La identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal, en Revista Arazadi de Derecho y Proceso Penal, número 23, España, Editorial Thomsom Reuters, 2010.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN y su Gaceta, Novena y Décima Época.

SENTENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN desde el análisis de los Derechos Humanos: recopilación de ensayos "la compilación de esta obra estuvo a cargo de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; en Teresita del Niño Jesús Lucía Segovia y Raúl Mejía Garza, (coord.), México: Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis: Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Derecho de los menores a conocer a sus progenitores a través de la prueba del ADN*, Unidad de Crónicas adscrita a la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y Estudios Históricos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009.

TARUFFO, Michele, Liibros, Artículos y Conferencias, Editorial Metropolitana, 2009.

VÁZQUEZ, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*, *Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2013.

BIBLIOGRAFÍA LEGISLATIVA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF), Última reforma publicada el10-07-2015.

Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el DOF el 5 de marzo de 2014, última reforma publicada DOF 29-12-2014.

DOCUMENTOS

INFORME AYOTZINAPA. "Investigación y primeras concluciones de las desapariciones y homicidios de los normalistas de Ayotzinapa". Informe completo consultado el 14 de Septiembre de 2014, visible en internet en: https://drive.google.com/file/d/0B1ChdondilaHd29zWTMzeVMzNzA/view

ACUERDO A/009/15 por el que se establecen las directrices que deberán observar los servidores públicos que intervengan en materia de cadena de custodia. Disponible en Internet en: http://www.pgr.gob.mx/que-es-la pgr/PGR_Normateca_Sustantiva/a-009-15.pdf

CONVENIO convenios de colaboración para el intercambio de información genética con el objeto de integrar y actualizar la base nacional de datos genéticos, entre la Procuraduría General de la República y las procuradurías generales de justicia de los estados de Baja California, Baja California Sur, Colima, Campeche, Chiapas, Morelos, Oaxaca, Puebla, Sinaloa, Tabasco y Tlaxcala; así como con el Instituto Jalisciense de Ciencias Forenses. Disponible en internet en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5368881&fecha=20/11/2014

PROTOCOLO para el Tratamiento e Identificación Forense. Disponible en Internet en: http://www.pgr.gob.mx/que-es-lapgr/PGR_Normateca_Sustantiva/protocolo%20para%20el%20tratamiento%20e%20identificaci%C3%B3n%20forense%20(2).pdf

CAPÍTULO IV. ÉTICA DE LA POLICIA ACREDITABLE, DETERMINANTE EN LA INTEGRACION DE LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN EN UN ESTADO DE DERECHO, EN TABASCO.

Blanca Lilia Ramos González[992], Carlos Alberto Rivera Virgilio[993] y Bernardette Pamela Macías González[994]

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. METODOLOGIA. DESARROLLO. CONCLUSIONES

RESUMEN:

Se analiza en este trabajo las actuaciones de la policía en las zonas judiciales de Villahermosa, Macuspana y Nacajuca, Tabasco, estando la primera todavía en espera de que entre en vigencia la reforma constitucional del 2008, donde el nuevo sistema penal acusatorio adversarial, pretende dar un giro a las investigaciones no judicializadas y judicializada, en donde la policía juega un papel importante en las primeras actuaciones en la investigación de los hechos denunciados por los ciudadanos, las actuaciones que la policía debe desarrollar bajo el mando del ministerio público y las que están sometidas al control judicial del juez de garantías.

Palabras claves: Investigación, Ministerio Público, Fiscalía, Juez de control.

ABSTRAC:

It is analyzed in this study the actions of the police in the legal areas of Villahermosa, Macuspana and Nacajuca, Tabasco, being the first still waiting that comes into force the constitutional reform in 2008, where the new adversarial accusatory penal system, intended to give a twist to investigations not judicializadas and judicializada, where the police play an important role in the first performances in the investigation of the facts denounced by citizens , the actions that the police must develop under the command of the Ministry public and which are subject to judicial review of the judge's assurances.

Keywords: Research, Public Prosecutor, Public prosecutor, Judge of control.

INTRODUCCIÓN

A través de este trabajo, se realiza un estudio de las actuaciones de la policía, antes y despues de la reforma constituciojnal del año 2008, con la que se pretende disminuir la incidencia delictiva que ha llegado a índices alarmantes, y ganar terreno en la prevención de los delitos para contar con una estabilidad social que nos permita competir a nivel nacional e internacional en la generación de empleos, y el mejoramiento de la distribución de la riquezas para incentivar los mercados, una tarea que no es fácil, si nos ponemos a analizar que la primera cara de la seguridad social, que conoce el gobernado es el de la policía, una policía que ha sido catalogada y marcada como ineficiente, corrupta y falta de ética.

[992] Doctora en Educación/ Profesor Investigador Universidad Mudo Maya(UMMA) -UJAT-UTTAB/ azulblanca24@hotmail.com

[993]Licenciado en Derecho, Abogado Litigante/ Est. Maestría UMMA / riveravirgilio@gmail.com

[994] Licenciada en Derecho, Jefa departamento Jurídico Hospital Rovirosa /Est. Maestría UMMA/ bernardette82@hotmail.com

En Tabasco tenemos las zonas judiciales de Villahermosa, zona en la que aún no entra en vigor la reforma constitucional, y que por lo tanto se rigen bajo los lineamientos del sistema penal inquisitivo, y de los municipio de Macuspana y Nacajuca, el municipio de Macuspana fue el primero en tener en vigor la reforma y el conejillo de indias en donde se ha encontrado una férrea resistencia de parte de la policía para implementar los cambios que la reforma establece para las actuaciones de la policía sobre todo en la prevención del delito y la investigación de estos, la resistencia al cambio, por no dejar los malos hábitos de una policía corrupta y por lo tanto falta de ética en todas y cada una de sus actuaciones.

Lo que nos lleva a ver que las viejas prácticas que dieron al traste el anterior modelo penal inquisitivo, aún siguen permeando en las corporaciones policiacas, ya que todavía tenemos policías con deplorables condiciones de trabajo, mal capacitados, con escaso o nulo control de sus competencias laborales, antecedentes no penales y baja escolaridad, situación que vulnera la convivencia social y el desarrollo de nuestra sociedad, a partir de un analisis teórico general, y teniendo en cuenta los nuevos aspectos básicos del proceso penal acusatorio; planteamos la necesidad de unir criterios de planeación, organización, operación y verificación de programas para la capacitación, profesionalización y concientización de una nueva policía, a la que la ciudadanía le tenga la suficiente confianza para acudir a ellos para su protección personal y de los bienes del ciudadano, una policía que sea utilizada para proteger a la ciudadanía y no una policía que sea encargada de proteger al estado y tener el control sobre los ciudadanos.

Por lo tanto parriendo de que en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 21 décimo párrafo en su inciso a), se establecen las bases mínimas para la regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública, para que México deje de ubicarse en los niveles más altos de corrupción e ineficacia en el mundo. En la República Mexicana, las entidades más ineficientes son: *Distrito Federal, Tabasco, Estado de México, Hidalgo.*

Estableciendo dicho esquema, es necesario enunciar primordialmente que la falta de ética y profesionalismo de la policía investigadora (acreditables), en el estado de Tabasco dentro de su esfera de trabajo contamina el inicio en una carpeta de investigación, que conlleva a la postre una mala indagación de los hechos constitutivos del delito.

Con este artículo, se pretende dar conciencia a las autoridades encargadas de la procuración de justicia, así como de los aspirantes a policías para que integren los nuevos cuerpos policiacos de acuerdo al lineamiento que emana de nuestra carta magna en su artículo 21, con verdadera vocación de servicio.

Tanto en México como en otros países latinoamericanos, como en Chile, las políticas de seguridad pública y la normatividad de organización funcionamiento y control de sus instituciones policiales, ha ido transformándose para buscar la democratización de la seguridad pública, la prevención de las actividades ilícitas que requieren la participación activa de todos los sectores de la sociedad, para disminuir las causas que generan las conductas antisociales, causas determinantes sobre todo en países con brechas sociales más amplias en salud, educación, seguridad social, vivienda, empleo, oportunidades de desarrollo entre las principales, nos enfocamos en la ciudades de Villahermosa, que está en una zona judicial en la que aún no entra en vigor la reforma constitucional, y en la que podemos ver con tristeza la falta de profesionalismo de las policías, la corrupción que aun permea entre sus elementos y la falta de voluntad de las autoridades para darle fina a este problema, así como en los municipios de Macuspana, que fue el primero en poner en marcha el nuevo sistema penal acusatorio y adversarial, obteniendo pocos resultados, pero avances en la implementación del nuevo sistema, y en el municipio de Nacajuca, que es uno de los más nuevos en poner en marcha la reforma constitucional, en donde aún no se muestran avances significativos.

Aún no ha sido suficiente el copia modelos de otros países como chile y Francia, para brindar a la población el servicio público de seguridad que necesitamos para lograr una policía mejor capacitada, profesional y honrada, será necesario, mejorar la capacitación, las condiciones de trabajo un mejor salario y sobre todo la concientización de los nuevos elementos de las policías de que están para servir y proteger como dice su eslogan, haciéndoles entender que el servir y proteger en su deber para con la ciudadanía y no a sus mandos policiales y gubernamentales.

Surgen interrogantes en esta problemática

¿Se ha tomado en cuenta la situación real de las corporaciones policiales en los tres ámbitos de gobierno?

¿Cuál la experiencia de las entidades federativas pioneras en la adopción del sistema?

¿Qué acciones se tomarán para la sociabilización de dichos protocolos?

¿Cómo se realizará la capacitación para la aplicación de los protocolos?

¿Cómo se homologará la capacitación para los diferentes perfiles y niveles de preparación en los policías?

¿Será un trabajo que estará listo antes del 18 de junio de 2016?

METODOLOGIA

El presente estudio está dirigido en puntualizar y reconocer la falta de ética y profesionalismo del personal que integra la policía investigadora, por lo tanto la investigación se dio bajo un enfoque cualitativo, basado en la observación, el análisis y la descripción, adoptándose un estudio trasversal (en un momento especifico del tiempo), el instrumento de investigación fue documental mismo permitió la identificación del comportamiento de las categorización, su dimensión y codificación. La investigación se desarrolló en plano básico, con una dirección exploratoria - descriptiva, donde el método utilizado se realizó en el ámbito de la comprensión del fenómeno, situado en la teoría fundamentada, considerándose para tal efecto que la información recopilada en el proceso de investigación fue sustancial en su contenido descriptivo.

DESARROLLO

Como previamente se había mencionado antes, el precepto regulador de la policía recae en el artículo 21 Constitucional, teniendo como demás lineamientos básicos la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, reformada al 2 de enero de 2009, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Tabasco, reformada por decreto 128 de fecha 12 de noviembre del 2014, Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Tabasco, Ley General del Sistema Estatal de Seguridad Pública para el Estado de Tabasco, artículos 3, 4, 6, 7 fracciones I, III, VI, VIII, 21 fracción IX, 32 fracciones XV y XVI, 45 fracción I y V, 46, 47, 49, 51, 75 y 76, así como el artículo quinto transitorio y Regalement del Service Professional de Carrera Policies del Estado de Tabasco.

La policía investigadora es la columna vertebral del sistema acusatorio mexicano, procedimiento por el cual se desarrollarán todas las investigaciones de los delitos y los juicios orales en el país. La constituyen policías, peritos y ministerios públicos, pero esencialmente la primera fase son los policías, su papel cambia radicalmente y ahora toman un protagonismo esencial en lo que es esta procuración de justicia, ellos serán los encargados de procesar la

escena de los hechos del crimen, en su momento determinado, y también será bien importante que ellos puedan identificar a los testigos, puedan proteger a la víctima.

Pero frente a las nuevas atribuciones de los policías investigadores, la antigua escuela impera ahora dentro del sistema acusatorio haciendo lanzar cuestionamientos sobre el nivel de profesionalización y ética que poseen el cuerpo de policía local. Poder encontrar una respuesta al origen del pensamiento innocuo de la Policía Investigadora (policía ministerial) en el nuevo sistema penal de corte acusatorio nos remonta por obviedad a su desenvolvimiento en el sistema penal antiguo, el cual en un contexto generalizado tiene como objeto efectuar durante la indagación prácticas que derivan de un mal concepto de implementación de justicia conducidas a través de órdenes ministeriales y que tienen como esencia la de "imponer" y "darle tramite a la investigación" fuere como fuere, en donde la figura del procesado o la intervención de la parte afectada es imperceptible, las pruebas se vuelven requisitos de forma pero no de fondo.

Pero, ¿Cómo es que se da esta clase de pensamiento y desempeño tan atávico? Esta es la base de nuestro argumento, teniendo como premisa que la policía ministerial actúa bajo un mando superior, dicho mando (agente del ministerio público) tiene la obligatoriedad y como función principal la de investigar con la finalidad de proteger y defender los intereses de la ciudadanía, teniendo preceptos y fundamentos regulatorios de su función. Es decir, dicho de otra manera tiene la presión de resolver los casos que se presentan ante su agencia vigilando su estricta implementación mediante las normas y lineamientos requeridos, pero como toda representación, al momento en que conoce de un hecho que se constituye como delito este hace uso de los malas prácticas para "resolver" los hechos en virtud de que este a su vez responde a un mando superior, debiendo entregar resultados satisfactorios que hagan viable su estancia en el puesto. Por ende no importa de qué manera se recaben los datos, lo importante dar resultados y "buenos".

El rezago, aun y cuando son efectuadas dichas prácticas, empero, se vuelve el pan de cada día, más aún cuando es nulo un órgano rector que evalúe el desenvolvimiento y seguimiento, quedando así al arbitrio de los elementos de la policía ministerial la implementación de su llamada "investigación de los hechos".

Era aún más que conocido que la policía que acudía hacia el lugar del delito, simplemente no obedecía con diligencia las debidas reglas para preservar el lugar ni los elementos de pruebas, desvirtuando consecuentemente el inicio de una investigación.

Dejando con su proceder una impresión en la sociedad de descredito, hartazgo, burocratismo, estancamiento, ineficiencia, corrupción y poco profesionalismo. Insertos ya con este pensamiento, estamos de acuerdo que llega a impregnar a sus subalternos, que teniendo la apertura para actuar aunado con una escasa evaluación, poca retribución salarial y su falta de capacitación, aceptan como normales esas doctrinas empleándolas como un método laboral reconocido.

Lamentablemente dicha situación permea cual humedad en nuestro sistema jurídico actual, a pesar de que el artículo 21 de la carta magna nos mencione que, la policía, debe contar con formación, permanencia, tener evaluaciones, reconocimiento y certificación; meta que a la postre sabemos cómo secreto a voces que las doctrinas arraigadas mal enseñadas y mal empleadas no acaban, por más sistemas nuevos vengan o se implementen.

Pero vayamos concretando, diciendo que estos se dan al verse comprometidos los elementos de prueba, teniendo en claro que la prueba penal es son el elemento que le da vida al proceso penal, empero, lo vuelven dinámico, racional, eficiente, técnico y lo más importante hace posible la realización de la aplicación de justicia penal.

La estructura del proceso penal Acusatorio Adversarial en México se establece en el primer párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual define al nuevo sistema penal como:

“artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.”

La facultad investigadora, recae en el ministerio público y en las policías, que actuaran bajo la conducción y mando del ministerio público, en el ejercicio de esa función, y que encuentra su fundamento constitucional en el artículo 21, y tal como lo señala Enrique Ochoa Reza [995], el proceso acusatorio comprende cuatro etapas: la investigación conducida por el ministerio público y la policía, la acusación ministerial (etapa intermedia), con la actuación de un juez de control, quien vigila el respeto de los derechos constitucionales del imputado y de la víctima u

[995] Carbonel, Miguel y Ochoa Reza Enrique, ¿Qué son y para que sirven los juicios orales?, pp 33 y 34

ofendido, durante la etapa de investigación, y finalmente el juicio donde el juez de un tribunal oral determinara objetiva e imparcialmente la culpabilidad o inocencia del indiciado.

Para el presente trabajo, nos referiremos a la primera etapa, la etapa de investigación a cargo del ministerio público y las policías, a estos últimos también se les da el encargo de la seguridad pública, en cuatro niveles de gobierno, es decir la seguridad pública a cargo de la federación, el Distrito Federal, los estado y los municipios, estando dentro de sus funciones la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectivo, así como la sanción de las infracciones administrativas, siempre en términos de la ley, estas atribuciones se agregan en la reforma constitucional del 2008, para un nuevo modelo de policías.

La incorporación de nuevos principios constitucionales, conlleva a la necesidad de un nuevo modelo de investigación, acusación, defensa y juzgamiento a como lo hace de manifiesto Alonso Daza González[996] en razón de que las primeras actividades de investigación, son encomendadas a los fiscales, quienes deben conducir la labor de la policía y ejercer la acción penal pública cuando proceda, todo bajo la supervisión de un tribunal imparcial (juez de control o de garantías) distinto del llamado a resolver la causa bajo la responsabilidad de condenar o absolver con imparcialidad dentro de los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

La reforma constitucional, en materia penal, implemento cambio importantes en la función de las policías, pues su misión constitucional tiene dos objetivos primordiales, la prevención del delito, su investigación y persecución, el código nacional de procedimientos penales fija las obligaciones que deben de tener estos cuerpos dentro de la epata de investigación, los principios que rigen las actuaciones de la policía son el principio de legalidad, objetividad eficiencia, profesionalismo, honradez, y respeto a los derechos humanos reconocidos en la constitución.

Entre las obligaciones que el código nacional de procedimientos penales establece para los elementos que integran las corporaciones policiacas, están la de recibir las denuncias sobre hechos que puedan ser constitutivos de delito, e informar al ministerio público por cualquier medio, y de forma inmediata las diligencias que ellos practiquen, ya sean nominativas o anónimas, realizar las detenciones en los casos que establece la constitución, teniendo la

[996] Daza, Gonzalez Alfonso, Actuaciones de la policía judicial que requieren orden del fiscal y control judicial posterior, pp 2.

obligación de hacer saber a los detenidos los derechos que la constitución le otorga, impedir no solo que se consumen los delitos, sino que también tienen la obligación de prevenir que estos hechos no produzcan consecuencias posteriores, e impedir una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de los bienes jurídicos de los gobernados a quienes tienen obligación de proteger.

Las inspecciones y los actos de investigación que antes eran obligación del ministerio público ahora, son delegados a la policía, siempre bajo el mando y dirección de aquel y con la autorización judicial cuando sea necesaria, además tienen la obligación de preservar el lugar de los hechos, o del hallazgo y en general, tienen la obligación de preservar y garantizar la integridad de los indicios, y en caso de ser necesario dar aviso a la policía capacitada para procesar escenas del hecho delictivo, puede entrevistar a las personas que tengan datos o elementos para la investigación, debe de proporcionar a las víctimas u ofendidos las atenciones necesarias para el conocimiento de sus derechos procurar que reciban la atención médica necesaria, evitar que se ponga en peligro la integridad física y psicológica de la víctima u ofendido , cumplir los mandamientos ministeriales y jurisdiccionales, así como las que se consideren necesarias para llegar a la verdad.

En la práctica, se ha visto que no todos los policías están debidamente capacitados, para llevar a cabo su nuevo rol, hay una tendencia a seguir con las practicas antiguas, pues, en las áreas en las que aún no está vigente el código nacional de procedimientos penales y que se rige por el código de procedimientos penales del estado de Tabasco, reformado por última vez el 9 de abril de 2004, aun contempla a la policía judicial como uno de los sujetos procesales limitando la actuación de la policía judicial a las diligencias que le ordenen el ministerio público, aun cuando la reforma constitucional, establece otra forma de actuación de la policía, esta no actúa conforme lo establecido en la reforma, y siguen actuando de manera discrecional y en franca violación de los derechos fundamentales que la constitución establece para los gobernados, antes de la reforma constitucional, se consideraba que la policía estaba subordinada a la voluntad del ministerio público, ya que la actuación policial, estaba supeditada a las acciones emprendidas por la representación social, lo que ha generado una inactividad y límites a la actuación de la policía, puesto que no existía una investigación profesional del delito, resultando en una actuación deficiente y con resultados desastrosos para la integración de la averiguación previa.

Las detenciones que realizaba la policías eran en su mayoría en flagrancia o al poco tiempo después de haberse cometido el delito, lo que nos lleva a concluir que la policía no sabía investigar, pues en la práctica solo copiaban lo que la víctima u ofendido decía en su declaración ministerial, a veces solo entrevistaban a una de las partes y con eso daban por cumplida la orden del ministerio público, sin que se profundizara en diferentes líneas de investigación, lo que llevaba a un estancamiento en las averiguaciones previas pues si la victima u ofendido no proporcionaba elementos o datos suficientes para llegar a la verdad histórica de los hechos, la policía no investigaba más allá de lo dicho por la victima u ofendido, la policía no estaba debidamente capacitada para investigar, no acordonaban la zona en donde se realizaba el hecho delictivo o el hallazgo de algún indicio, permitiendo la contaminación de la zona y la destrucción de los indicios o pruebas que pudieran haberse allegado a la averiguación previa, aun hoy, existe la práctica de esos viejos vicios, las detenciones fuera de todo contexto garantista, la plantación de evidencias falsas, la nula investigación del hecho delictivo, toda vez que con el pretexto de que en algunas regiones judiciales aún no se encuentra vigente el código nacional de procedimientos penales, se siguen dando los excesos que llevaron al fracaso en sistema inquisitivo, "…que es propio de los regímenes tiránicos, absolutistas o totalitarios…. En que el interés social prevalece por sobre todo…"[997]

El nuevo modelo de policía, debe de tener una excepcional y pronta puesta en práctica, ya que estará condenada al fracaso, sino se intensifica y vigila la profesionalización de las policías, con políticas educacionales que lleven al nuevo elemento a tener una conciencia de servicio y honestidad, dejar fuera de las instituciones a los elementos mal calificados y de los cuales seguimos siendo rehenes, pues el ciudadano, está a merced de los malos elementos que solo tratan de aprovecharse de los ciudadanos que violan las normas administrativas o penales, "debe dejar de ser un instrumento del poder público para constituirse como un servidor público que vaya de la concepción de seguridad del estado a la seguridad de las personas"[998]

Luigi Ferrusola, ha señalado, "poco importa, finalmente, que la constitución garantice, como principio, el habeas corpus, y el monopolio exclusivo de la autoridad judicial en cuestiones de libertad personal, si después las detenciones policiales se practica ilegalmente o si, incluso la

[997] Etcheberry citado en García Ramírez (1989), p. 101
[998] Zepeda Leucona, Guillermo, la policía mexicana dentro del proceso de reforma del sistema penal, pp 4.

propia ley confiere a la policía amplios poderes discrecionales para restringir la libertad"[999], en necesario que la policía, tenga un nivel de educación más elevado del que actualmente tiene, pues la mayoría de los elementos tiene una educación promedio por debajo de los 10 años de estudio[1000] poca capacitación, pobre acondicionamiento físico y poco desarrollo técnico, dan como resultado una policía ineficaz y de poca credibilidad.

Por lo general, el desempeño de la policía, es calificado por la ciudadanía, como ineficaz, corrupto por sus prácticas autoritarias, y las constantes violaciones a los derechos fundamentales, los que las hace poco digna de confianza de los gobernados, quienes prefieren no acudir a la policía para denunciar un hecho delictivo, pues tiene poca capacidad de respuesta eficaz y el desarrollo de prácticas de corrupción, han hecho que los ciudadanos califiquen a los policías como un ente más del que hay que cuidarse, por la falta de confianza que les proveen.

Capacitar mejor a las policías para transformar las organizaciones policiacas, que ser policía sea una carrera digna, con un mejor salario y mejores condiciones de trabajo son una urgencia para tener una policía eficaz que se comprometa con el servicio y la protección de los ciudadanos y no solo del estado, que sean especializados en una función policial para prevenir, investigar, perseguir y procurar que los bienes propiedad de los ciudadanos no sean violentados, que puedan desarrollar sus tareas para mantener el orden e intervenir en situaciones de crisis, realizar tareas de inteligencia y en fin crear una nueva policía, depurada, capaz, solvente y honrada es una tarea que el gobierno debe de poner en práctica lo más pronto posible.

En el sistema de seguridad publica chilena, estudiosos en la materia[1001], considera que las políticas de seguridad implantadas en Chile, han sido reflejo del sistema de gobierno que ha imperado en ese país entre dos grandes etapas, (Lucia Damero, 2005)

El periodo del gobierno militar (1973-1990), durante la cual. Las políticas de seguridad pública se basaron en la construcción de la imagen del enemigo interno que ponía en peligro la estabilidad y viabilidad nacional, creando un clima de sospecha y desconfianza generalizado en la población. Siendo la preocupación del estado, la seguridad dentro del territorio nacional.

[999] Zepeda(2009), p.9.
[1000] SSPF (2009), p. 18.
[1001] Dammert, Lucia, investigadora de la universidad de chile.

Bajo la óptica de la seguridad nacional que utilizaron diversos gobiernos militares de la región, al militarizar los cuerpos militares.

Los carabineros de chile, institución de carácter militar, dedicada a la represión y a la prevención del delito y a la policía de investigaciones dedicada a la investigación de los hechos criminales. Se crearon unidades especializadas en la represión (incluso tortura) de los actos violentos. Desde entonces, las policías quedaron adscritas al ministerio de defensa, durante 17 años que duro la dictadura militar la actividad policial se basó en el incremento de la presencia policial y la detención sin orden judicial.

El periodo del gobierno democrático (1990-2003) durante el cual pasó a ser preocupación gubernamental la violencia criminal y otros tipos de violencia como la intrafamiliar, el robo con violencia que aumento en los 90`s.

El sistema policiaco Francés a diferencia del modelo chileno, ha tenido otro desarrollo histórico, derivado del sistema democrático del propio estado y es tomado como referente en diferentes países por su organización y estructura, `por su capacidad de movilización, por la alta capacitación de sus integrantes y por su eficacia en el combate a los delitos comunes y a las amenazas a la seguridad interior, como la delincuencia organizada y el terrorismo.

México contó, en el sexenio del presidente Vicente Fox Quezada, con asesoría del gobierno Francés para el desarrollo de la gendarmería Nacional (Téllez, 2013). En Francia la seguridad pública y la prevención están a cargo de la Policía Nacional. Esta corporación depende del ministerio del interior. Institución encabezada por el primer ministro, pero se trabaja en forma coordinada con el ministerio de Defensa del cual depende la Gendarmería, institución que también participa en tareas preventivas.

En 1976 con el establecimiento de la comisión PEYREFITTE[1002] se creó el consejo Nacional de Prevención de la violencia fomentándose, a su vez la implementación de consejos locales en las ciudades. Se realizaron campañas informativas sobre las tendencias delictivas en el país, nuevas medidas a adoptar en seguridad y prevención. Se introdujeron mejoras a la institución policial ante su carencia de recursos y dotación, y se la deslindo de funciones no específicas (Maullar, 2009).

[1002] La comisión Peyrefitte, mediante diversos estudios estableció que la situación de mayor criminalidad obedecia al deterioro del nivel socio economico experimentado en algunas ciudades y a la necesidad de un mejoramiento del entorno en que se desarrollaba la vida de los ciudadanos.

En México, en el año 1999, entro en vigor la Ley de la Policía Federal Preventiva, quedando así asentadas las bases de una policía con cobertura nacional y atribuciones de prevención[1003], objeto de diversas reformas, como lo detonan los diversos cambios en su ley orgánica, aun cuando la institución era esencialmente civil, los mandos eran y siguen siendo de origen militar, algunos de la secretaria de la defensa nacional, y otros dela marina, uno de los brazos operativos de la entonces PFP, eran las fuerzas federales de apoyo y estaban encargadas de atender las solicitudes que los gobiernos locales les hacían para reforzar las medidas de seguridad en ciudades con altas incidencias delictivas, además de participar en operativos especiales contra la tala clandestina, apoyar en la seguridad en los reclusorios, en traslados de presos a otros penales; en acciones contra el contrabando y el narco menudeo, y apoyando a las autoridades ministeriales en la cumplimentación de ordenes de aprehensión.

La iniciativa del ejecutivo del año 2004. El gabinete de transición propuso la creación de la Secretaria de Seguridad Y Servicios a la justicia, que concentraría los esfuerzos de investigación, desarrollo de políticas de combate a la delincuencia, defensoría de oficio y el sistema penitenciario federal.

El proyecto original fue modificado. El 29 de marzo del año 2004, el presidente Vicente Fox, presento en los Pinos, la iniciativa de reforma al Sistema Nacional de Seguridad Pública y Justicia Penal que proponía la creación de la Policía Federal, en la que se incorporarían sólo la PFP y la AFI, como un cuerpo de policía único (República 2004).

Finalmente durante la gestión del presidente Felipe Calderón, se consolido la Policía Federal como quedo establecido en la reforma publicada DOF 25-05-2011, con personal de la PF, AFI, CISEN y mandos militares en situación de retiro laboral ante la ley del ISSFAM [1004]

Ahora con la propuesta del presidente Enrique Peña Nieto, se pretende retomar la iniciativa de la ley que quedo pendiente en el congreso, que pretende la creación del ministerio del interior que controla un solo cuerpo policial a nivel nacional de carácter militarizado.

Pero aun cuando las reformas tratan de transforma a la policía, el problema está que los valores predicados y que están puestos en marcha por las personas que trabajan en ellas, siguen siendo las mismas pues conservan a los policías que llevan años de servicio y que han

[1003] Diario oficial de la federación del 23 de diciembre de 1999. Su instuaración tiene fundamento jurídico de las atribuciones del artículo 73 de la cosntitución otorga al congreso de la unión en materia de seguridad publica federal y la ley de la policía federal preventiva.

[1004] Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

estado adscritos a diversas corporaciones policiales o al ejército o a la marina, aun cuando se establezcan nuevas reformas a la ley y a su reglamento, las personas seguirán siendo las mismas, con diferentes enfoques sobre seguridad, es decir, las mismas escalas de valores y diferentes códigos de conducta; cuantas generaciones de policías se requerirán para poder cambiar la cultura de las instituciones del estado encargadas de satisfacer la demanda social de seguridad, si en Chile y Francia se llevaron más de 50 años en tener corporaciones tan referenciadas que tienen.

Omar Bastan Barrientos[1005], establece que los retos y necesidades de la reforma constitucional, las corporaciones policiacas enfrentan cada día más y mayores retos en el desarrollo de sus funciones, por un lado, se enfrentan a organizaciones criminales cada día más violentas, con más armamento y con gran capacidad de corromper las estructuras oficiales, tanto de carácter civil como militar, en todas las instituciones policiales de carácter civil o militarizado existen miembros que pertenecen (Chile, Francia) o han pertenecido a instituciones militares (México); cuyos valores como la disciplina, el orden y la obediencia son sólo algunos ejemplos de la cultura organizacional asimilada.

Sin embargo, suelen ser blanco de observaciones por abuso de autoridad y violaciones a los derechos humanos, lo que los pone en una situación bastante crítica: tener que respetar y hacer respetar la ley; cumplir con un trabajo de alto riesgo para su integridad física y moral, ya que socialmente no es reconocido, bajo condiciones laborales no optimas, con horarios de trabajo extenuantes, que los obliga a dejar a sus familias por largos períodos de tiempo y por si fuera poco, dentro de un endeble sistema de carrera y vida que no les asegura tener un trabajo estable, bien remunerado y la seguridad para sus familiares en caso de perder la vida en el cumplimiento del deber. De esta manera encontramos temas convergentes en las corporaciones policiales, independientemente de su estructura y carácter de organización, ya sea de Europa (Francia) o Latinoamérica (Chile y México)

Uno de los principales problemas que enfrenta la Policía Federal es la falta de un marco legal adecuado para el desarrollo de sus funciones, pues todavía hoy en día es materia de discusión su campo de competencia ya que aunque es una policía nacional que realiza sus actividades en toda la república mexicana, ve restringida su actuación cuando se trata de delitos del orden común que son perseguidos por los gobiernos estatales y municipales del país (Art. 73,

[1005]Bustani Barrientos, Omar, modelos de seguridad publica(chile, Francia y México, 2013 pp 22, 28.

fracción XXI; 121, fracción I, y art. 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Participa de tareas preventivas y operativos conjuntos con SEDENA y SEMAR en estados y municipios a solicitud de las autoridades locales.

Desde que se creó la PFP ha sido objeto de cuestionamientos por la fuerte presencia de militares en sus filas, incluidos los mandos. La oposición objeta que se viola el sentido del Artículo 21 constitucional, pero en el Ejecutivo Federal se insiste en la importancia de mantener provisionalmente cuadros militares por su disciplina e institucionalidad, necesarios para el combate a la creciente delincuencia organizada. Pese a ser una policía nacional carece del número de elementos suficiente para ampliar su cobertura y trabajar con mayor eficacia, lo que repercute en el hecho de que cumpla de manera parcial con sus atribuciones de vigilar vías férreas, parques nacionales, instalaciones hidráulicas, vasos de presas, embalses de lagos, cauces de ríos, etc. brindándose el servicio de asistencia cuando lo es requerido por autoridades locales o en situaciones de emergencia.

Entre los retos actuales de la Policía Federal se cuentan: aumentar su eficiencia para combatir a la Delincuencia Organizada que maneja armamento de alto poder, y cuenta con equipo de última generación en telecomunicaciones, alta capacidad de corromper a las corporaciones policiales locales y federales, además de que suelen reclutar a policías que han sido dados de baja y desertores de origen castrense. Otro de sus retos es fomentar programas preventivos eficaces que contribuyan a la desarticulación de bandas juveniles como Cholos, Mara Salva trucha, Barrio 18, entre muchas otras de reciente creación.

En Tabasco los centros de administración de justicia penal que ya están trabajando con el nuevo sistema acusatorio son los ubicados en los municipios que a continuación se mencionan:

- Centro de Procuración de Justicia de Frontera, Centla
- Centro de Procuración de Justicia de Villa Vicente Guerrero, Centla
- Centro de Procuración de Justicia de Comalcalco
- Centro de Procuración de Justicia de Tecol utilla, Comalcalco
- Centro de Procuración de Justicia de Cunduacán
- Centro de Procuración de Justicia de Tulipán, Cunduacán
- Centro de Procuración de Justicia de Jalapa
- Centro de Procuración de Justicia de Jalpa De Méndez

- Centro de Procuración de Justicia de Macuspana
- Centro de Procuración de Justicia de Nacajuca
- Centro de Procuración de Justicia de Boques de Salaya, Nacajuca
- Centro de Procuración de Justicia de Paraíso
- Centro de Procuración de Justicia de Tacotalpa
- Centro De Procuración De Justicia De Teapa

La realidad en nuestro estado es que aun las policías, que deben ya estar capacitados para llevar a cabo la implementación de las reformas, traen arrastrando la cobija del difunto sistema inquisitivo, pues aún les hace falta capacitación para realizar las actividades que se le han encomendado, aun las investigaciones se realizar al mejor postor, quien tiene más "interés" en que se resuelvan las investigaciones y aporta más "motivación" es quien logra los mejores resultados, esto también es consecuencia de que los abogados particulares que no se han capacitado para incursionar en el nuevo sistema penal acusatorio, y que no pueden actuar en el mismo por su desconocimiento, aceptan esa forma de corrupción y falta de ética, pues dejan al arbitrio de la policía que se dice capacitada la elaboración de las entrevistas a como convenga a los interese de una de las partes, violentando todo los derechos humanos de los imputados y a veces de las victimas u ofendidos, no solo es cuestión de habilitar o capacitar a los elementos policiacos, es necesario aplicar debidamente los protocolos de selección de los nuevos integrantes de las policías, es necesario más recursos ya que los elementos de la policías de los municipios dejen de pedir para la gasolina incluso en el municipio de Nacajuca solo hay un vehículo para realizar el trabajo, lo que conlleva a que los agraviados tenga la necesidad de llevar a los policías a realizar las investigaciones, creando el momento preciso para que se contaminen o se corrompan al inclinar la balanza hacia a un solo lado, dejar a los elementos viejos al mando de los elementos nuevos, no es una opción, pues se contaminan con los viejos vicios y corruptelas que durante muchos años ha sido la forma de trabajar de los elementos de las corporaciones policiacas, la falta de recursos materiales es evidente en estos centros de procuración de justicia, que a la par con la falta de ética de los policías, a todos niveles hacen que las investigaciones se vean comprometidas de ahí que del 90 % de las investigaciones que se han realizado hayan terminado en fracaso al momento de llevarlas a juicio por la falta de

pruebas o la contaminación de estas por haber sido adquiridas violando los derechos fundamentales de los ciudadanos, que en algún momento ha sido imputados.

Hallazgos:

Hemos encontrado que la falta de profesionalismo y de ética que aun prepondera en algunos elementos de la policía en nuestro entorno hace ineficaz la labor del ministerio público al llegar a la carpeta de investigación datos de prueba contaminados o mal procesados, que trae como consecuencia la exclusión de ellos en la etapa intermedia y por ello muchos de los hechos delictivos que se denuncian no llegan a juicio hay todavía un exceso de inicios que no logran resolverse a través de las medidas cautelares, hemos encontrado la práctica de los vicios que llevaron al fracaso al sistema inquisitivo, pues desde el inicio de la investigación, todavía suelen algunos operadores, seguir procurando justicia para el mejor postor, la falta de concientización de esas personas, puede hacer que la confianza de los ciudadanos para con las autoridades que tienen a su cargo la procuración de justicia y su administración, siga igual, que antes de la reforma constitucional, Falta de homogeneidad en la formación de los miembros de las instituciones policiales, la alta taza rotación en las instituciones policiales, Desproporción de avances en la implementación y prácticas en cada nivel, nulos Recursos que son necesarios para la capacitación, falta de ética en los elementos de las corporaciones policiacas, y la imperante corrupción dentro de las corporaciones, llevaran al fracaso el nuevo sistema si no se hace lo mínimo en la selección y sobre todo en la concientización de los nuevos reclutas, a quienes se les debe de exigir una educación más alta no solo a nivel profesional sino personal, la implementación de una carrera policial escalonada y premiada en cuanto a los logros de los elementos, así como el establecimiento de un sistema de ascensos dentro de las corporaciones por conocimiento de su trabajo y de la implementación del sistema acusatorio y no por méritos, son las bases que no tienen estas corporaciones y sin esas bases será imposible logar un avance significativo.

CONCLUSIONES

Con la reforma constitucional del 2008, se hace indispensable hacer adecuaciones orientadas a llevar a implementar un sistema educativo para las corporaciones policiacas para la transformación del sistema de justicia penal que propone la reforma, sobre todo para la profesionalización de la policías, tanto a nivel municipal como estatal, para logra la integración de los cuerpos policiales a lo establecido en el artículo 21 constitucional, y lograr

los objetivos de la ley general del sistema de seguridad publica reglamentaria del numeral constitucional, antes citado, y que conlleva a llevar a las policías a establecer una integración, funcionamiento y organización del sistema nacional de seguridad pública, en sus respectivas competencias y sentar las bases para profesionalizar y garantizar su adecuado funcionamiento para el bien de los ciudadanos, y sobre todo con apego a los principios de legalidad, objetividad, eficacia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la constitución, pues la finalidad principal que se persigue es garantizar a los ciudadanos una policía que sepa investigar, perseguir y prevenir los delitos, la consecución y preservación de los datos de prueba que sean útiles y necesarios para la integración de la carpeta de investigación que puedan ayudar a la teoría del caso de la fiscalía y que estos no se contaminen o destruyan por una mala o ineficaz recolección, para que no sean excluidos en la etapa de juicio como consecuencia de la violación del procedimiento penal o de los derechos fundamentales de los gobernados.

Garantizar el orden público y la seguridad pública, preservar la integridad física de la población y sus bienes patrimoniales, son objetivos comunes que se fijan a la Policía Federal, estatal y municipal. El tema de los Derechos Humanos sigue siendo una constante que las tres corporaciones policiales deben atender, en medios podemos encontrar notas de reclamos sociales y demandas sobre violaciones a los Derechos Humanos, sobre todo en la sofocación de movimientos sociales de protesta en relación a la crisis económica global

PROPUESTA

Desde nuestra perspectiva, estos son los campos en los que tendría que enfocarse y/o reforzarse del cuerpo policial y que viene conforme su orden de importancia:

- Mejor Nivel académico.
- provocar la Vocación para el servicio policial.
- Capacitaciones formadoras continuas, constantes.
- Mejores Controles de confianza.
- Una mejor Percepción salarial.
- Un sistema de jubilación
- Casa hogar para retirados
- Evaluaciones mensuales de productividad y de calidad.

- Fondo de ahorro para el retiro
- Crédito para la adquisición de un vivienda digna de interés social
- Crédito para mejoramiento de vivienda
- Becas para los estudios de los hijos
- Seguro de gastos médicos mayores
- Gastos de sepelio
- 100% de salario para el retiro por años de servicio (35 años)
- centro de bienestar para el tratamiento de adicciones
- mayores Penalizaciones para los elementos que se les compruebe su participación en delincuencia organizada
- perdida de sus derechos por corrupción comprobada
- centro de recuperación física o psíquica
- guardería infantiles
- servicio psicológico permanente
- apoyo a las mujeres para evitar la violencia laboral y familiar
- un servicio civil de carrera, que garantice a los policías que cumplan con su deber la permanencia en sus puestos, el ascenso y las promociones por méritos profesionales.
- Seguros de vida congruentes para los beneficiarios de los policías que caigan en cumplimiento de su deber
- Recursos materiales suficientes que le permitan llevar a cabo sus tareas con eficiencia y con el menor riesgo posible para su integridad física y si vida
- instalaciones dignas y funcionales
- sistemas de comunicación suficientes e información con tecnología de punta, vehículos y armas en condiciones optimas
- mejores equipos de protección: chalecos, cascos, escudos y demás piezas o instrumentos contra balas, objetos punzocortantes, explosivos y cualesquiera armas u objetos resonantes que puedan utilizar sus agresores

BIBLIOGRAFIA

Bastan Barrientos, Omar, modelos de seguridad pública (chile, Francia y México, 2013 ppm 22, 28.
Carbonel, Miguel y Ochoa Reza Enrique, ¿Qué son y para que sirven los juicios orales?, pp 33 y 34
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2015
Daza, González Alfonso, Actuaciones de la policía judicial que requieren orden del fiscal y control judicial posterior, p 2.
Etcheberry citado en García Ramírez (1989), p. 101

Zepeda Leucona, Guillermo, la policía mexicana dentro del proceso de reforma del sistema penal, p 4.
Ley de la Policía Federal Preventiva, 30 de noviembre de 2000.
Reglamento de la Policía Federal Preventiva, 26 de abril de 2000.
Reglamento de la Secretaría de Seguridad Pública, 06 de enero de 2005.
Manual de Organización de la Secretaría de Seguridad Pública, D.O.F. 3 de enero de 2002.
Ley Orgánica de la Administración Pública Federal 2010
Ley del Registro Público Vehicular. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de septiembre de 2004
Ley que establece las bases de coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública 2000.
Iniciativa en materia de Seguridad Pública y Justicia Penal.
Iniciativa de Ley Orgánica de la Policía Federal Preventiva.
Iniciativa de Código Federal de Procedimientos Penales.
Ley de la Fiscalía General de la Federación 2010
Ley de Seguridad Pública 2012
Ley De La Policía Federal. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de junio de 2009. Última reforma publicada DOF 25-05-2011.
República, P. d. (29 de Marzo de 2004). INICIATIVA DE REFORMA AL SISTEMA DE SEGURIDAD PÚBLICA Y. Iniciativa de Ley. México, DF, México: Congreso de la Unión.
Alberto Morales, F. R. (17 de Diciembre de 2012). EPN: Gendarmería Nacional con 10,000 Elementos. EL UNIVERSAL, pág. Nación.
Durán, M. B. (2011). Mucho gasto y resultados inciertos. El costo creciente. serie El Uso y Abuso de Recursos Públicos,, 1-3.
García, G. C. (13 de Diciembre de 2012). Plataforma México costó 4 mil 300 millones de pesos hasta agosto pasado, informa la SSP. La Jornada, pág. Política.
Internacional, A. (2012). Informe 2012 Amnistía Internacional. Madrid: Artes Graficas ENCO.
Labarique, P. (11 de Julio de 2005). VOLTAIRENET.ORG. Obtenido de http://www.voltairenet.org/article126365.html
Lucía Dammert, J. B. (2005). Seguridad y Reforma Policial en las Américas. Argentina: Siglo XXI.
Maillard, J. d. (2009). El gobierno Local de la Seguridad Pública en Francia:Fragmentaciones y Nuevas Orientaciones. URBIO, 86.
Mertz, C. (2001). Experiencia comparada en la organización y administración de fuerzas policiales: Alemania, Canadá, Chile, España, Estados Unidos e Inglaterra y Gales. Balance Delincuencia en Chile, 10-15.
MOLOEZNIK, M. P. (2012). El proceso de militarización de la seguridad. Frontera Norte, 123.
Téllez, C. (28 de enero de 2013). Francia Asesorará a México en el Diseño de la Gendarmería. La Crónica, págs. Nacional-Santiago de Chile.
Clark, S. H. (2011). Foro "Seguridad regional, ciudadanía y desarrollo". "Seguridad regional, ciudadanía y desarrollo".Ciudad de México: PNUD http://www.undp.org.mx/spip.php?page=article_sp&id_article=2019

CAPÍTULO V. LIBERTAD DE EXPRESIÓN A PARTIR DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS JUICIOS ORALES

Sofía Ruiz Liévano[1006]

SUMARIO:

I. Introducción. II. Libertad de expresión en México. III. La reforma constitucional penal de 2008 y los juicios orales. IV. Libertad de expresión en el Código Nacional de Procedimiento Penales. V. Consideraciones finales. VI. Bibliografía

RESUMEN:

La reforma constitucional de 2008 del que deriva el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales de México ─llamados juicios orales─, garantiza la libertad de expresión mediante el principio de publicidad que juega un papel fundamental en la transparencia, la legalidad y el debido proceso en el sistema penal. En la medida que los medios de información cubran la noticia en bien del interés público, como un ejercicio de la libertad de expresión y de información, sin olvidar, los límites de la libertad de expresión, la protección de datos personales y la intimidad de los actores procesales: victima, ofendido e imputado, en esa medida se verá fortalecido el sistema penal. Es importante estar al tanto cómo el CNPP trata el ejercicio de libertad de expresión sin vulnerar otros derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVES: libertad de expresión, juicios orales, reforma constitucional, Código Nacional de Procedimientos Pénales.

ABSTRACT:

The 2008 Constitutional Reform that comes from the brandnew Mexican National Code of Criminal Proceedings define oral judgements. It guarantees freedom of expression by the principle of advertising that plays a key role in transparency, legality and due process in the criminal justice system.To the extent that the media covering the news in the public interest, as an exercise of freedom of expression and information, without forgetting the limits of freedom of expression, of personal protection data and privacy of procedural actors: victim, victim and accused, to that extent the penal system will be strengthened. It is important to be aware how the is the exercise of freedom of expression without violating other fundamental rights.

Keywords: Freedom of expression, oral trials, constitutional reform, national code of criminal procedure.

I. INTRODUCCIÓN

Ésta investigación tiene como tema central la libertad de expresión en el nuevo sistema penal acusatorio en México, conocido ampliamente como los juicios orales, para ello partiendo de lo general a lo particular explicamos en el apartado II qué comprende la libertad de expresión, así como su evolución en el texto constitucional, que a partir de 1917 se encuentra consagrada en los artículos 6° y 7º constitucional como derecho a la libertad de expresión e información respectivamente, esta libertad igualmente se encuentra protegida en la Declaración Universal Derechos Humanos y por los trece principios sobre libertad de expresión.

[1006] División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Correo: sofiaruiztabasco@hotmail.com. 9932298415

Por otro lado revisamos los límites a la libertad de expresión, ya que sabemos que no hay derechos absolutos, por lo que la colisión del derecho a la libertad de expresión con otros derechos se puede superar mediante el ejercicio de ponderación como método utilizado para conocer cuál derecho debe prevalecer cuando estos entran en conflicto.

La metodología de investigación empleada en éste capítulo consta de: 1) método histórico crítico para estudiar la evolución en el texto Constitucional del derecho a la libertad de expresión, 2) el método del derecho comparado y 3) La técnica documental, para revisar las fuentes del marco legal, como son la doctrina, la ley y la jurisprudencia, de suma importancia en esta investigación.

En el capítulo tercero abordamos la reforma constitucional penal de 2008 en materia de seguridad pública y justicia penal, durante el proceso legislativo el 18 de junio de 2008 que motivó la implementación del Código Nacional de Procedimientos Penales de México, y con ello los juicios orales, analizaremos los cambios que sufrieron los artículos reformados, mencionaremos los más sobresalientes, y los aciertos y desaciertos que encontramos en la doctrina, como crítica a dichos cambios que implementaron los juicios orales en esta materia.

Posteriormente, en el cuarto capítulo revisaremos qué artículos del Código Nacional de Procedimiento Penales se relacionan con el derecho a la libertad de expresión en el sistema penal, mediante el principio de publicidad en los juicios orales, necesario para que el proceso sea transparente, legítimo y avale el debido proceso con el ejercicio periodístico, que es limitado, en casos previstos en dicho código, por tratarse de proteger derechos de la víctima, el ofendido o inculpado; por último analizaremos algunos principios rectores — continuidad, igualdad, presunción de inocencia y el debido proceso — relacionados al periodista con la finalidad de darle trasparencia y legalidad al proceso penal, consideramos importante establecer la importancia del adecuado manejo de la noticia por los medios de comunicación.

Se utilizó como metodología de investigación del capítulo tercero y cuarto, la técnica documental, para revisar las fuentes del marco legal y la doctrina, relativas al tema en cuestión.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MÉXICO

Originalmente el derecho a la libertad de expresión se entendía o identificaba como la libertad de hablar, escribir o imprimir con toda la libertad, sin mayor problema en responder por el abuso de esa libertad en los casos expresos en el ordenamiento jurídico. En México a partir de

1917 se encuentra consagrada en los artículos 6° y 7º constitucional como derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información respectivamente, aunque sabemos que el derecho a la información es inherente al derecho a la libertad de expresión consideramos que el constituyente quiso dejarlo en claro, al igual que sus limitaciones, como lo son los ataques a la moral, perturbar el orden público, afectar a tercero o provocar algún delito.

España y otros países de tradición germánico-romana, la noción de libertad de expresión acota su nivel de protección a las ideas y conjeturas, deja fuera a las informaciones, ello, por supuesto, no signifique la información no esté protegida. Lo está, pero bajo el concepto de libertad de información. En México, esa tendencia se ha seguido si se considera que hay dos textos constitucionales, el 6º y 7º, que no son repetitivos, sino complementarios. El artículo 6º de la constitución Federal protege las ideas y opiniones y el 7º las informaciones.[1007]

Vamos a revisar entonces la evolución de nuestro texto constitucional —respecto a la libertad de expresión— que ha tenido México a partir de su independencia

Evolución en el texto Constitucional del Derecho a la libertad de expresión

Textos	Fecha	Art.	Contenido	Restricciones
Acta Constitutiva de la Federación de 1824	1824	31	Todo habitante de la federación tiene libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación anterior, a la publicación	Bajo las restricciones y responsabilidad de las leyes.
Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos	1824	161	proteger a sus habitantes en el uso de la libertad que tienen de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación anterior a la publicación;	Cuidando siempre de que se observen las leyes generales de la materia.
Leyes Constitucionales de la República Mexicana	1836	2	Poder imprimir y circular, sin necesidad de previa censura sus ideas políticas.	
Las Bases de Organización Política de la República Mexicana	De 12 de junio de 1843	9	Poder imprimir y circular, sin necesidad de previa censura sus ideas políticas.	En ningún caso será permitido escribir sobre la vida privada.
El Acta Constitutiva y de Reforma	18 de mayo de 1847	5y 27	Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia.	
La Constitución Federal	1857		Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni	No tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz

[1007]. Villanueva, Ernesto, *La defensoría de la audiencia*, México, UNAM, IIJ, 2011, p.22.

			escoger fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta	pública
El Estatuto Provisional del Imperio Mexicano	10 de abril de 1865	76	A nadie puede molestarse por sus opiniones ni impedírsele que las manifieste por la prensa, sujetándose a las leyes que reglamentan el ejercicio de este derecho.	
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (vigente)	1917	6 y 7	Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio.	Ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público

FUENTE: Elaboración propia.

Al referirnos a la censura, restricciones de este derecho que en contraste con el actual enfoque garantista, por ser considerado un derecho humano y en este sentido "un atributo distintivo de los derechos humanos es su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos de la más alta jerarquía normativa de los Estados, esto es, en los Textos Fundamentales"[1008].

El proceso de cambio en el texto constitucional en relación con la libertad de expresión tiene que ver con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos jurídicamente vinculantes en los que el Estado Mexicano es parte[1009], por lo que ha debido armonizar el texto constitucional con los tratados o convenciones a los que se ha adherido:

a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (O.N.U.), contiene en su artículo 19 el derecho fundamental "…la libertad de opinión y de expresión...", incluyendo el correspondiente a no ser molestado a causa de sus opiniones y el de acceder, recibir y difundir información por lo que el instrumento denomina "cualquier medio de expresión".
b) El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión. Este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y

[1008] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos Humanos parte general, Serie derechos humanos,* México, SCJN, 2014, t. 1, p.6.

[1009]Instrumentos internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes, de los que México es parte *http://www.sre.gob.mx/index.php/direccion-general-de-derechos-humanos/iidh*

opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

c) El derecho a la libertad de expresión se reconoce en la normativa universal de derechos humanos: Los artículos 13 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

d) Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión[1010] , aprobada durante el 108 periodo de sesión en, en octubre de 2000, que fue propuesta por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la declaración está formada por un Preámbulo y trece principios básicos los cuales insertaremos íntegramente pues nos parece importante conocer su texto, por ser el tema toral de esta investigación:

1) La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.
2) Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
3) Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.
4) El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.
5) La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral,

[1010] Declaración de principios sobre libertad de expresión *http://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm*

escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

6) Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.
7) Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.
8) Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.
9) El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.
10) Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.
11) Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

12) Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

13) La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.

Estos trece principios detallan lo que comprende la libertad de expresión, y a lo que México como Estado debe apegarse y adecuar sus políticas públicas en función de los cánones internacionales.

1. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Siguiendo el derecho comparado, se acepta imponer restricciones a la manifestación de las ideas. Es decir, las situaciones generales en las que es legítimo limitar la libertad de expresión, en particular, es oportuno identificar cuando esos límites se fundamentan en el principio de igualdad que ofrece sustento al derecho a no ser discriminado. Ello, por supuesto, sin olvidar que la libertad de expresión es un derecho que, por decirlo de alguna manera, lleva la preferencia sobre los demás, por ello, como sabemos, el Comité de Derechos Políticos y Civiles de la ONU, ha sostenido que cuando un Estado "considera procedente imponer restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, éstas no deben poner en peligro ese derecho en sí mismo"[1011]

[1011] Observación General No. 10, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 19 - Libertad de opinión, 19º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 150 (1983), párrafo 4.

En términos generales, al tratar el tema de los límites a la libertad de expresión, como ya advertimos, parece sensato recuperar la lógica de la suprema corte de los Estados Unidos de América, que acepta que es licito imponer ciertos límites a este derecho cuando existe un "peligro cierto y actual" (crear and presente dañar) de que ciertas expresiones pongan en riesgo un interés superior (compellinginterest) del Estado (por ejemplo, a las instituciones democráticas). [1012]

Encontramos que "en la doctrina y jurisprudencia europea hay un acuerdo unánime en cuanto a la necesidad de que la información verse sobre hechos de interés general con trascendencia pública. El límite al derecho a la información estará en dependencia de lo que se considera de interés público…",[1013] reconocemos entonces "que la libertad de expresión no es un derecho ilimitado y que su ejercicio responsable fomenta valores y el respeto a los derechos de tercero".[1014]

2. COLISIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La colisión entre derechos fundamentales puede valorarse, caso por caso, mediante un ejercicio de ponderación entre lo derechos, principios y/o instituciones involucrados. Por lo mismo, siguiendo a José Juan Moreso, conviene recuperar las fases del método ponderativo[1015].

1) Delimitación del universo del discurso

2) identificación de las normas

3) consideración de casos paradigmáticos

4) establecimiento de las propiedades relevantes del universo de discurso

5) formulación de las reglas que resuelven de modo univoco todos los casos del universo del discurso

Este método jurídico, es una herramienta fundamental de los tribunales constitucionales contemporáneos, para analizar los derechos fundamentales que en colisión y determinar cuál de los derechos debe prevalecer.

[1012] Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación, tensiones, relaciones e implicaciones*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p.19.

[1013] Pérez Fuentes Gisela María y Hernández Domínguez, Enma Estela, "*Una posición ante el derecho a la intimidad de la figura pública",* en *Temas selectos de derecho a la información derecho a la intimidad transparencia y datos personales*, Pérez Fuentes Gisela María (coord.), México, Editorial Sista, 2010, p.8.

[1014]. Villanueva Ernesto, *La defensoría de la audiencia*, op. cit., p. 20.

[1015]Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *op. cit.* p.30.

El derecho a la privacidad no es absoluto, por lo que podría entrar en conflicto con otros derechos y libertades fundamentales, como la libertad de expresión, de imprenta, el derecho a la información…[1016], el derecho a la intimidad, a la personalidad, y vemos que

En la vida jurídica mexicana se ha valorado la colisión de los derechos de la personalidad frente al derecho de la información, confundiendo en ocasiones la protección que merece una persona famosa en su intimidad, no se ha establecido el límite de la libertad de expresión en el caso que la persona famosa, no haya otorgado su consentimiento para difundir una noticia vinculada con su familia o su imagen, caso en el cual, se puede permitir a los medios cierta extensión en la información en razón del verdadero interés estatal y social.[1017]

En la opinión de las autoras Pérez Fuentes y Hernández Domínguez, es necesario realizar una valoración de la existencia de intromisión ilegítima con respecto al derecho a la intimidad en el ejercicio de la libertad de expresión y determinar así la existencia de un daño moral para que el afectado o no en casos como

1. Tipos de sujetos sobre los que cae la información. El servidor público como estamos señalando , ha dado un consentimiento expreso o tácito en una sociedad democrática de servicio ciudadano ,ello implica transparencia en su actuar y en sus funciones, en cambio la persona famosa, en la calidad de su profesión ha decidido dar su aporte social por su calidad en el trabajo que no está vinculado con el presupuesto directamente, ni con la gobernabilidad de una sociedad, por ello, si existen ocasiones en los que hay datos de su vida privada que se mezclan con alguna noticia, debe ser esta postura informativa, la excepción. No de be confundirse entonces, el interés público con el interés del público por noticias sensacionalistas.
2. Calidad de la noticia. La noticia debe ser de interés público, distinguiendo la opinión pública, debe ser además veraz y omisa de frases insultantes.[1018]

Nos parece relevante –por el tema en cuestión- hacer notar una crítica respecto a la definición de figura pública como "la persona que posee notoriedad o trascendencia colectiva, sin ostentar un cargo público, y aquellas otras que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada"[1019] las autoras del citado libro consideran que

en esta definición quedan mezcladas la consideración de figura pública es decir aquellas que tienen vinculación con el erario público o en su defecto políticos en campaña electoral , de

[1016]García Ricci, Diego, "el derecho a la privacidad en las redes sociales en internet" Rev., Derechos Humanos México, revista del centro nacional de derechos humanos, años 4, número 12, 2009. Comisión nacional de los derechos humanos, p.192.

[1017] Pérez Fuentes Gisela María y Hernández Domínguez, Enma Estela, op. cit., p.84.

[1018]Ibídem,p.96.

[1019]Ibídem, 91.

aquellos profesionales que tienen una consideración social debido a su desempeño laboral pero que sin embargo, pueden y deben disfrutar de su vida privada sin ninguna limitación o acoso informativo.[1020]

Es una línea muy delgada la que se traspasa y en ello van involucrados derechos que pueden derivar en un daño moral, al meterse de plano en la vida privada de personas que como se refiere anteriormente que por su actividad notable son famosas, y por González Ibarra quien cita a Cáceres[1021] y advierte que "el derecho es un sistema complejo en el que es imposible de identificar tajantemente las fronteras entre derecho y moral, que exige reconocer que en esta era de la incertidumbre la pretendida separación kantiana absoluta entre derecho y moral no es aceptable, que el estado actual de los saberes jurídicos", y refiere que "el derecho ha dejado de ser el servidor o sirviente encubierto absoluto, del poder opaco bajo la toga y gestos solemnes de los magistrados, como lo fue en el Estado kelseniano…"[1022]

III.LA REFORMA CONSTITUCIONAL PENAL DE 2008 Y LOS JUICIOS ORALES

La reforma en materia de seguridad pública y justicia penal en el proceso legislativo el 18 de junio de 2008─ de diez artículos constitucionales además de los once transitorios─ sentó las bases para la implementación del nuevo procedimiento penal ―juicios orales― y con ello el Código Nacional de Procedimientos Penales en adelante CNPP, debido a éste cambio paradigmático y estructural es "posible hablar de una "reforma histórica", aunque también sea factible decir –como en efecto se ha dicho– que la historia es un camino de doble sentido: se recorre hacia atrás o hacia adelante. Lo ha hecho la reforma"[1023], este comentario viene a colación ya que en anteriores momentos de nuestra historia hemos tenido juicios orales en materia penal.

De los diez artículos reformados[1024] encontramos que "en algunos casos hay cambios específicos, acotados, aunque no menores; en otros, prácticamente se ha reelaborado el precepto"[1025]nos abocaremos a mencionar los más sobresalientes.

[1020] Ídem.

[1021] Cáceres, E., *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, UNAM, IIJ, 2007, p. XIII.

[1022] González Ibarra Juan de Dios y Peña Rangel Emilio, "Epistemología e historia del juicio penal oral", Boletín Mexicano del Derecho Comparado, nueva serie, años XLI, núm., 123 septiembre-diciembre de 2008, p. 1297.

[1023] García Ramírez, Sergio, "Reseña legislativa sobre la reforma constitucional de 2007-2008 en materia de seguridad pública y justicia penal" Boletín Mexicano del Derecho Comparado, nueva serie, años XLI, núm., 123 septiembre-diciembre de 2008, p. 1564.

[1024] Artículos constitucionales reformados 16,17,18,19,20,21,22, 73, 115 y 123

[1025] Ídem.

García Ramírez señala los claro obscuros de la reforma de lo que destacamos en el artículo 16 que "fueron excluidos tanto la posibilidad, en manos del Ministerio Público, de recabar información reservada sin autorización judicial, como el allanamiento policial de domicilios privados, además que le parece preocupante la flexibilidad en cuanto al ejercicio de la acción y la aprehensión al requerir que la denuncia o querella versen sobre "un hecho que la ley señale como delito" y "obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho, cuestión que resulta ambigua, pues se ha reducido el llamado "estándar" probatorio, aduciendo que el verdadero juicio se sigue ante el tribunal, no ante el Ministerio Público[1026], como punto interesante resaltamos que el artículo en comento

> …contiene una caracterización (¿tipo penal? ¿Núcleo del futuro tipo legal?) Acerca de la delincuencia organizada; caracterización sumamente vaga, general, fuera de lugar en un texto constitucional, que ha motivado reproches. Con apoyo en esa descripción pudiera abrirse la puerta de muy amplia e indiscriminadas persecuciones penales. No ha sido la intención, manifiesta el legislador. Pero el riesgo se halla a la vista.[1027]

El mismo artículo, destaca García Ramírez, tiene uno de los desaciertos mayores de la reforma, y lo nombra bifurcación constitucional del sistema penal mexicano, que de tener un solo régimen ahora tiene dos:

"El sistema ordinario, con mayores garantías y derechos y el especial sobre delincuencia organizada, con reducción o relativización de aquello. Este no es el rumbo del orden penal propio de una sociedad democrática, aunque algunas sociedades instalas bajo esa calificación lo hayan practicado"[1028]

Aunado a estos pasos en falso, se resalta la incorporación de un progreso muy importante, al crear la figura del "juez de control", que supervisa la constitucionalidad sobre actuaciones del Ministerio Público, esta nueva institución está llamada a mejorar las garantías del indiciado, brindar protección a las víctimas y ofendidos y "asear" una etapa crucial del enjuiciamiento. Valdría la pena excluir de sus atribuciones cualesquiera decisiones de fondo (así, las relativas

[1026] Ídem.
[1027] ibídem p.1565.
[1028] ídem. 1565.

a juicios abreviados[1029]), que no corresponde a la naturaleza de esta importante jurisdicción garantista.[1030]

Continuando el análisis del Artículo 17 que proscribe la justicia por propia mano, señala que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversia. En materia penal regularan su aplicación, aseguraran la reparación del daño y establecerán los casos que se requerirá supervisión judicial, el experto jurídico refiere además que la disposición del artículo 17, bajo la reforma, debe ser enlazada con la adopción del principio de oportunidad en el artículo 21, me parece importante resaltar que "el éxito del nuevo enjuiciamiento penal ordinario) será producto de la eficacia y fluidez de los mecanismos alternativos. Así lo sugiere la experiencia…[1031]

También encontramos otro acierto bajo la reforma en comento, relativa a la garantía de defensa, tanto del inculpado como de las personas en general, y garantiza "la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población" y se advierte que las percepciones no podrán ser inferiores a las que correspondas a los agentes del Ministerio Público, y con ello se amplían las posibilidades de acceso universal a la justicia a través de la defensa pública.[1032]

Derivado de la reforma a los artículos en mencionados citaremos entonces los principales aspectos que caracterizan al nuevo sistema de justicia penal en México:

> a) establecimiento del proceso acusatorio; b) principios procesales; c) derechos del imputado; d) derechos del ofendido y de la víctima; e) orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso; f) precisiones procesales y terminológicas; g) modificaciones al Ministerio Público; h) nuevo perfil del órgano jurisdiccional; i) mecanismos alternos de solución de controversias; j) delincuencia organizada; k) sistema nacional de seguridad pública.[1033]

Para Ferrusola "se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que le compete la carga de la prueba, enfrentada, a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción."[1034]En

[1029]Considerado como una salida alterna, es un modo que dependiendo las circunstancias puede terminar con el proceso penal, con la característica que no hay una sentencia razonada por pruebas, alegatos, y toda la maquinaria alrededor de la etapa de juicio oral, sino por el contrario es un acuerdo por iniciativa del ministerio público, que tiene que aceptado por ambas partes (el imputado y la víctima) y ser aprobado por el juez de control.

[1030] ibídem. p.1566.

[1031] ídem

[1032] ibídem p.1567.

[1033]Valencia Carmona, Salvador, "*Constitución y Nuevo Proceso Penal*", *Reforma Judicial*. Revista Mexicana de Justicia, núm., 13, enero-junio de 2008, pp. 39-62.

[1034] Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1995, p. 563

contraste con el sistema inquisitivo "donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de defensa.[1035] Tenemos entonces que solamente será admitido y valorado el material probatorio recabado de conformidad con la ley y que cualquier prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales será nula.[1036]

El CNPP[1037] en armonía con la reforma garantista, establece en el artículo 4o. los principios rectores y características del proceso penal; que será acusatorio adversarial y oral, en él se observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y aquellos previstos en la Constitución, Tratados y demás leyes. Este Código y la legislación aplicable establecerán las excepciones a los principios antes señalados, de conformidad con lo previsto en la Constitución.

El cambio de paradigma de este sistema penal que privilegia en todo momento "el derecho a la presunción de inocencia"[1038], que también es un principio que "constituye una exigencia jurídica fundamental en el sistema de un Estado democrático de derecho y limita el ejercicio del *ius puniendo* de la autoridad jurisdiccional en el debido proceso legal".[1039] Por ello, el derecho a ser juzgado mediante un proceso público ─principio de publicidad─ "constituye uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho que surge en oposición al secreto característico de la acción del Estado en el Antiguo Régimen".[1040]

González Ibarra Juan de Dios y Peña Rangel Emilio consideran que se encuentran asentadas las bases, del nuevo sistema de justicia penal en México, "apoyado en el principio de oralidad, con el fin de construir un sistema de juicio acusatorio penal transparente que permita combatir la corrupción, hacer realidad por fin el principio de justica pronto y expedita, elevando la calidad de la procuración, administración e impartición de justicia penal en nuestro país, para

---

[1035]Ídem.

[1036] Reforma al Artículo 20, apartado A, fracción IX de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de febrero de 2014.

[1037] Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. Este Código entrará en vigor a nivel federal gradualmente en los términos previstos en la Declaratoria que al efecto emita el Congreso de la Unión previa solicitud conjunta del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016.

[1038]Cortés Mayorga, Antonio, "*El derecho a la presunción de inocencia en el sistema de justicia penal"*, en *Principio de inocencia en el nuevo sistema penal acusatorio*, México, Tribunal Superior de Justicia, 2013, p. 11.

[1039]ídem.

[1040]Serra Cristóbal, Rosario, "Intimidad de la víctima en el proceso. Un ejemplo en la mujer víctima de la trata", en Jareño Leal, Ángeles (coord.), La protección jurídica de la intimidad, España, Iustel, 2010, p.234.

colocarlo a la altura de este milenio, dejando atrás vicios, opacidades, impunidades y corruptelas, para continuar hacia otras áreas de lo social",[1041] subrayamos que como sociedad deseosa de ver una justicia pronta y expedita, que no encontramos en el sistema inquisitorio apostamos por los principios de la oralidad, que lógicamente encontraremos considerables grietas, sin embargo en términos generales, se puede afirmar que los juicios orales van avanzando en la dirección esperada. Un aliciente en la convicción de que el sistema procesal acusatorio y adversarial es superior al que por décadas se aplicó en México, es que los estados reformados al conversar con jueces, ministerios públicos, abogados litigantes y víctimas, después de hacer un repaso por las dificultades, la brecha entre lo deseable y lo alcanzado, así como las amenazas, en algunos casos cumplidas, de contra-reformas y regresiones, termino con el cuestionamiento sobre si valdría la pena retornar al viejo sistema inquisitivo. Más del 90% de los entrevistados han respondido, sin titubeos, que no.[1042]

Porque se ha comprobado el anterior sistema es violatorio de derechos humanos, y con un alto grado de impunidad, además de que la percepción de los ciudadanos es negativa, por ello la citada reforma del 2008 deriva en una serie de adecuaciones en esta materia, como lo es entre otras el código de procedimientos penales que se observará en el 2016 en todo el país, ordenamiento que cambia la vida jurídico-penal de México.

IV. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTO PENALES

Como hemos visto con la implementación de los juicios orales, en materia penal, los actores procesales tendrán acceso a la información[1043] que se genere en los procesos, en base a los principios rectores que hemos señalado, los medios de comunicación también tendrán acceso a la información, como parte de estos principios señalados, en concreto el de publicidad, mismo que se encuentra regulado en el CNPP, por ello el periodista —a través de los medios de comunicación—, informará de un hecho delictivo de forma profesional identificando los hechos de interés para la opinión pública allegándose a las fuentes directas a través de los

[1041] González Ibarra Juan de Dios y Peña Rangel Emilio, op. cit., p. 1297.

[1042] Zepeda Lecuona, Guillermo, "Seguridad ciudadana y juicios orales en México", en García Ramírez, Sergio y González Mariscal Olga Islas, (coords.), *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre justicia pena*l, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 273.

[1043] Artículo 109. Derechos de la víctima u ofendido. En los procedimientos previstos en este Código, la víctima u ofendido tendrán los siguientes derechos: Frac. I. A ser informado de los derechos que en su favor le reconoce la Constitución; XXII. A tener acceso a los registros de la investigación durante el procedimiento, así como a obtener copia gratuita de éstos, salvo que la información esté sujeta a reserva así determinada por el Órgano jurisdiccional. *Código Nacional de Procedimientos Penales*, 3ªed., México, Editorial Cajica, p. 62.

actores procesales, con el objetivo de garantizar la transparencia, y legalidad por medio del principio señalado.

Es importante conocer que en lo que respecta al principio de publicidad, el CNPP señala excepciones en el artículo 64, que indica que se puede desarrollar el procedimiento de forma total o parcial.[1044]

1. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS JUICIOS ORALES

Cortés Mayorga Considera que "el principio de publicidad hace la que actividad procesal penal sea más transparente. Dentro de las actuaciones judiciales, la publicidad es una regla de cualquier sistema de juicios orales, que garantiza a la sociedad la posibilidad de controlar la administración de justicia y asegura al acusado la realización de un buen proceso, esto motiva a que en la justicia exista una mayor credibilidad".[1045]

El cambio de esquema permite que el Ministerio Público[1046]realice las actividades de investigación y acusación, a diferencia del viejo modelo[1047]que considera al inculpado como sujeto del proceso penal y no como objeto[1048]. Ahora bien, al aplicar los nuevos principios procesales se abandonará el obsoleto y secreto sistema de expedientes, además de dar paso, en el aspecto material, al uso de la tecnología propia de nuestros días, puesta al servicio de la pronta y transparente administración de justicia,[1049] con la gran ventaja que durante el proceso, las autoridades deberán respetar y proteger tanto la dignidad de la víctima como la del imputado; para ello el principio de publicidad y el debido proceso juegan un factor determinante en lo tocante a la publicidad debe atenderse armonizando los derechos fundamentales de las personas involucradas y el juez tiene una gran responsabilidad de cuidar

---

[1044] El debate será público, pero el Órgano jurisdiccional podrá resolver excepcionalmente, aun de oficio, que se desarrolle total o parcialmente a puerta cerrada cuando: I. Pueda afectar la integridad de alguna de las partes, o de alguna persona citada para participar en él; II. La seguridad pública o la seguridad nacional puedan verse gravemente afectadas; III. Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible; IV. El Órgano jurisdiccional estime conveniente; V. Se afecte el Interés Superior del Niño y de la Niña en términos de lo establecido por los Tratados y las leyes en la materia.Ibídem. p.39.

[1045]Cortés Mayorga, Antonio, *op. cit.*, p. 14.

[1046]Actualmente Fiscal investigador.

[1047] El sistema inquisitivo.

[1048] Aguilar López, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia, en El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio desde la Perspectiva Constitucional*, México, Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación, 2011, p.83.

[1049] Zamudio Arias, Rafael, *Principios rectores del nuevo proceso penal, aplicaciones e implicaciones: oralidad, inmediación, contradicción, concentración, El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio desde la Perspectiva Constitucional*, México, Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación, 2011, p. 63.

el derecho a la información de la sociedad, pero también el derecho de aquel (víctima o imputado) que puede verse perjudicado por el propio sistema de justicia o a través de la estigmatización o etiquetamiento por parte de los medios de comunicación.[1050]

La publicidad en el nuevo proceso acusatorio se considera como un elemento inseparable de la oralidad, que unidas a la inmediación, contradicción, concentración y continuidad en una audiencia, promoverá la asistencia del público para conocer el modo en el que la justicia penal se administra en su ciudad, permitiendo con ello incentivar a la ciudadanía a ser participa de la justicia, al valor la actuación de las partes y del tribunal en el juicio; a diferencia de las diligencias discontinuas y separadas en el tiempo, que caracterizan al Sistema Inquisitivo-Mixto y que sirven para integrar un expediente, lo que aunado a la incomodidad de los inadecuados espacios para este tipo de actuaciones, hacen de los procesos penales actos oscuros y casi secretos que pueden ocultar abusos y violaciones a los derecho de las partes.[1051]

Otro aspecto que no podemos ignorar es que la publicidad "contribuye a informar a la opinión pública sobre la actuación de uno de los poderes del Estado, en este caso del poder judicial"[1052], vemos entonces como

El principio de publicidad de los juicios se conecta -así con el derecho a comunicar y recibir información, la publicidad no solo coadyuva a garantizar la legalidad del proceso, sino, que en principio, también cumple la función de informar a la opinión pública sobre lo que acontece en la sociedad, los riesgos de carácter delictivo que existen, el modo en el que reaccionan los poderes públicos ante ellos, como se persigue y castiga el delito, etc.[1053]

Se considera entonces para efectos de que exista transparencia en el proceso que "la información sobre un procedimiento penal es una comunicación que recae sobre un asunto noticiable que genera una expectación o interés en la opinión pública",[1054] que tiene derecho a estar correctamente informada, en este sentido la figura del periodista cobra una gran relevancia porque

---

[1050] Luna Castro, José Nieves, "*Introducción y características generales del Nuevo Sistema de Justicia Penal", en El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio desde la Perspectiva Constitucion*al, México, Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación, 2011, p. 44.

[1051] Hermoso Laragoiti, Héctor Arturo, Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio adversarial en México, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2011, p. 713.

[1052] Serra Cristóbal, op. cit., p.235

[1053] Ibídem. p.236.

[1054] Ibídem. p.244.

La información habilita a la persona para formar criterio, de modo que pueda ejercer de mejor manera derechos y cumplir obligaciones. En suma, la ausencia de información vulnera la democracia porque hace que la participación ciudadana y el escrutinio público tengan apenas un cometido formal. Y en este proceso el periodista juega un papel de importancia capital en la medida en que es el vehículo de transmisión de ideas y hechos de interés público[1055] para informar a la comunidad. Aquí se encuentra el argumento central que explica porque al proteger al periodista, la sociedad lo que hace es protegerse a sí misma.[1056]

Asumimos que "ser periodista no es tanto un derecho, como una responsabilidad; no es tampoco un instrumento de satisfacción de reducidos intereses personales al amparo del amplio manto de las libertades públicas. Ser periodista implica, sobre todo, un compromiso con el interés del público y con el bien común",[1057] claro está, ponderando siempre el derecho a "restringir la publicidad que los medios de comunicación dan a los distintos asuntos penales, bien a limitar el acceso a las audiencias del juicio oral mediante el acuerdo de que las sesiones se celebren a puerta cerrada, o bien a restringir la divulgación de los datos personales de las víctimas,[1058] si es que el caso en concreto lo justifica, toda vez que

Por muy esencial que sea el principio de publicidad del proceso, como otros principios o derechos, tampoco tiene carácter absoluto, sino que, por el contrario, está sujeto a límites. De hecho, tan importante como la norma que reconoce un derecho es la que fija negativamente su contenido concretando sus límites. Aun entendiendo la función que desarrollan los medios de comunicación en un proceso, como apuntábamos anteriormente, no podemos olvidar las desventajas que pueden derivarse de una excesiva presencia de los medios en los juicios. Pensemos, por ejemplo, en el fenómeno de los juicios paralelos[1059] o la transformación del proceso mismo en una especie de espectáculo.[1060]

[1055] No es de interés público "lo recogido por una revista aun cuando sea veraz, si carece de interés general y trascendencia pública, no afecta al pluralismo político, ni contribuye a la formación de criterios o ideas de interés general, social o económica que pueda primar sobre el derecho a la dignidad, e intimidad personal no es noticia prevaleciente y representante de la libertad de expresión". Pérez Fuentes Gisela María y Hernández Domínguez, Enma Estela, op. cit., p.84.

[1056]. Villanueva Ernesto, *La defensoría de la audiencia*, op. cit., p.38.

[1057] Villanueva Ernesto, Publicidad oficial transparencia y equidad. 2da ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 18.

[1058]Serra Cristóbal, Rosario, op. cit., p.253.

[1059] Es el seguimiento mediático de un proceso jurisdiccional en donde el medio y el periodista no se limitan a informar sobre el proceso, sino que construyen sus propios puntos de vista. Este juicio mediático tiene adeptos y adversarios. Los adeptos sostienen que estos seguimientos informativos son resultado de la ausencia de

Consideramos que la "libertad y responsabilidad son dos caras de una misma moneda: el derecho a la información, en su más amplia expresión[1061], y el derecho a la intimidad y protección de datos personales por el otro. Por lo que respecta al derecho a la intimidad, vida privada y datos personales[1062] tanto de la víctima, el ofendido, así mismo como la del el imputado, será tratado como inocente, hasta que no se demuestre lo contrario, mediante sentencia.

2. PRINCIPIOS RECTORES DEL SISTEMA ACUSATORIO Y EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Además del citado principio de publicidad señalaremos principios rectores del sistema acusatorio, que implementa los juicios orales ―continuidad, igualdad, presunción de inocencia y el debido proceso― en relación al periodista y con la finalidad de darle trasparencia al proceso, atendiendo al principio de continuidad las audiencias se desarrollarán en un mismo día, salvo los recesos que el Órgano jurisdiccional dicte; los medios de comunicación observarán cómo los procesos son relativamente cortos en relación al anterior sistema penal, asimismo verificará que en lo concerniente al principio de inmediación el Órgano jurisdiccional debe estar presente en todo el proceso penal, por lo tanto el periodista constatará en las audiencias cuando el Juez de control por ejemplo, decida sobre los plazos, la admisión de datos de prueba, en las primeras etapas del proceso, así como también durante el juicio oral que puede estar formado por uno o tres jueces.

En relación al principio de igualdad ante la ley, igualdad entre las partes, la víctima, el ofendido y el imputado[1063] gozaran del mismo trato y oportunidades para acusar y defenderse, según sea el caso, por ello el periodista en su ejercicio debe tener esto en cuenta y esto se

información del proceso, de la presunción de eventual corrupción en juzgadores y de la necesidad de que la sociedad sepa de primera mano qué sucede con un caso judicial relevante. Villanueva Ernesto, *La defensoría de la audiencia*, México, UNAM,IIJ, 2011, p. 108.

[1060]Serra Cristóbal, Rosario, op. cit., p.238.

[1061]Villanueva, Ernesto, *Publicidad oficial transparencia y equidad*, op. cit. p. 19.

[1062] Artículo 15.Derecho a la intimidad y a la privacidad. En todo procedimiento penal se respetará el derecho a la intimidad de cualquier persona que intervenga en él, asimismo se protegerá la información que se refiere a la vida privada y los datos personales, en los términos y con las excepciones que fijan la Constitución, este Código y la legislación aplicable. . *Código Nacional de Procedimientos Penales, op. cit., p. 15.*

[1063] Artículo 112. Denominación. Se le denominará genéricamente imputado a quien sea señalado por el Ministerio Público como posible autor o partícipe de un hecho que la ley señale como delito. Además, se denominará acusado a la persona contra quien se ha formulado acusación y sentenciado a aquel sobre quien ha recaído una sentencia aunque no haya sido declarada firme. Ibídem. p.68.

relaciona también con el principio de presunción de inocencia[1064], que como se ha señalado debe ser tratado como tal en cuanto no se haya señalado su responsabilidad penal por el Órgano jurisdiccional.

El periodista no debe presentar al imputado denotándolo como criminal, presunto culpable, probable responsable, etc., y de esta forma exponer ante la sociedad a la persona que, es inocente mientras no se compruebe lo contrario, como es señalado en el primer apartado del artículo 113. El imputado tendrá los siguientes derechos: "I. A ser considerado y tratado como inocente hasta que se demuestre su responsabilidad",[1065] en cuanto a la víctima u ofendido, el periodista tiene que conocer estos derechos, estar atento al momento de describir detalles de los casos que no son necesarios para la opinión pública, pero si los hacen públicos, se pueden ver vulnerados derechos fundamentales de los actores señalados.[1066]

La libertad de expresión y nuevo sistema acusatorio que implementa los juicios orales, involucra activamente al periodista como garante de la transparencia y el cumplimiento del debido proceso,[1067] regulados en el CNPP, por ello es imprescindible que la prensa conozca bien el referido código para llevar el seguimiento del proceso de una forma profesional y con ello contribuir a la legitimidad del proceso además que la información la tendrá de primera mano[1068], es decir directamente de la autoridad, por lo que hace a este sistema penal el principio de publicidad, podemos decir que contribuye en la legalidad, transparencia del nuevo sistema de justicia en México, tenemos consecuentemente que "el periodismo es una de las

[1064]Artículo 13. Principio de presunción de inocencia. "Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados por este Código" *ibídem*. p. 15.

[1065]I*bídem*. p. 68.

[1066] Artículo 106. Reserva de identidad. En ningún caso se podrá hacer referencia o comunicar a terceros no legitimados la información confidencial relativa a los datos personales de los sujetos del procedimiento penal o de cualquier persona relacionada o mencionada en éste.

Toda violación al deber de reserva por parte de los servidores públicos, será sancionada por la legislación. En los casos de personas sustraídas de la acción de la justicia, se admitirá la publicación de los datos que permitan la identificación del imputado para ejecutar la orden judicial de aprehensión o de comparecencia. Ibídem. p. 61.

[1067] Artículo 12. Principio de juicio previo y debido proceso. Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ella emanen. Ibídem. p. 15.

[1068] Artículo 50. Acceso a las carpetas digitales. Las partes siempre tendrán acceso al contenido de las carpetas digitales consistente en los registros de las audiencias y complementarios. Dichos registros también podrán ser consultados por terceros cuando dieren cuenta de actuaciones que fueren públicas, salvo que durante el proceso el Órgano jurisdiccional restrinja el acceso para evitar que se afecte su normal sustanciación, el principio de presunción de inocencia o los derechos a la privacidad o a la intimidad de las partes, o bien, que se encuentre expresamente prohibido en la ley de la materia. Ibídem. p. 34.

principales manifestaciones de la libertad de expresión, y por lo tanto es obligación del Estado garantizar a los comunicadores de todos los medios un ejercicio profesional digno y seguro."[1069] En este tenor vemos como un acierto que el CNPP establece la protección del periodista en el artículo 21 que citaremos textualmente:

Artículo 21. Facultad de atracción de los delitos cometidos contra la libertad de expresión

En los casos de delitos del fuero común cometidos contra algún periodista, persona o instalación, que dolosamente afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta, el Ministerio Público de la Federación podrá ejercer la facultad de atracción para conocerlos y perseguirlos, y los Órganos jurisdiccionales federales tendrán, asimismo, competencia para juzgarlos. Esta facultad se ejercerá cuando se presente alguna de las siguientes circunstancias:

I. Existan indicios de que en el hecho constitutivo de delito haya participado algún servidor público de los órdenes estatal o municipal;

II. En la denuncia o querella u otro requisito equivalente, la víctima u ofendido hubiere señalado como probable autor o partícipe a algún servidor público de los órdenes estatal o municipal;

III. Se trate de delitos graves así calificados por este Código y legislación aplicable para prisión preventiva oficiosa;

IV. La vida o integridad física de la víctima u ofendido se encuentre en riesgo real;

V. Lo solicite la autoridad competente de la Entidad federativa de que se trate;

VI. Los hechos constitutivos de delito impacten de manera trascendente al ejercicio del derecho a la información o a las libertades de expresión o imprenta;

VII. En la Entidad federativa en la que se hubiere realizado el hecho constitutivo de delito o se hubieren manifestado sus resultados, existan circunstancias objetivas y generalizadas de riesgo para el ejercicio del derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta;

VIII. El hecho constitutivo de delito trascienda el ámbito de una o más Entidades federativas, o

[1069] Gutiérrez Contreras Juan Carlos, Bordier, Diana Patricia "Derecho a la libertad de expresión y acceso a la información", en Gutiérrez Contreras Juan Carlos (coord.), *Derechos humanos y libertad de expresión en México. Memorias del seminario internacional de los derechos humanos y la libertad de expresión en México*, México, Comisión Europea, Secretaria de Relaciones Exteriores, 2006, p. 478.

IX. Por sentencia o resolución de un Órgano previsto en cualquier Tratado, se hubiere determinado la responsabilidad internacional del Estado mexicano por defecto u omisión en la investigación, persecución o enjuiciamiento de delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta.

En cualquiera de los supuestos anteriores, la víctima u ofendido podrá solicitar al Ministerio Público de la Federación el ejercicio de la facultad de atracción.[1070]

De este artículo cómo en el nuevo sistema penal, que implementa los juicios orales los medios de comunicación tendrán acceso a la información, y la libertad de expresión del periodista se encuentra protegida. El CNPP contiene además del anterior varios artículos que especifican con claridad el derecho a la libertad de expresión e información en cuanto al ejercicio periodístico en el proceso de justicia penal, además se señala concretamente la forma de cubrir la noticia sin detrimento al derecho a la libertad de expresión e información ni de los actores procesales.

De los artículos del multicitado código que comprenden el derecho a la libertad de expresión a través del principio de publicidad; advertimos los numerales 5, 55 y 113, por lo que destacamos que el artículo 5º, refiere que "los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia"[1071] en los casos y condiciones que determine el Órgano jurisdiccional…"[1072], condiciones que están contempladas en el

Artículo 55. "…el Órgano jurisdiccional podrá limitar el ingreso del público a una cantidad determinada de personas, según la capacidad de la sala de audiencia, así como de conformidad con las disposiciones aplicables" , y mismo artículo puntualiza en otro párrafo que "los periodistas, o los medios de comunicación acreditados, deberán informar de su presencia al Órgano jurisdiccional con el objeto de ubicarlos en un lugar adecuado para tal fin y deberán abstenerse de grabar y transmitir por cualquier medio la audiencia" .[1073]

Por otra parte el artículo 113 del comentado CNPP, señala los derechos del imputado en cuanto a los medios de comunicación, el imputado tiene derecho "XIV. A no ser expuesto a

[1070] *Código Nacional de Procedimientos Penales,* op. cit., p. 18.
[1071] ibídem, p.13.
[1072] El Juez de control, el Tribunal de enjuiciamiento o el Tribunal de alzada ya sea del fuero federal o común. Ibídem. p.11.
[1073] Ibídem. p. 36.

los medios de comunicación y XV. A no ser presentado ante la comunidad como culpable".[1074] Las audiencias serán públicas y podrán acceder a ellas no sólo las partes involucradas en el proceso, sino también público en general, —lo que incluye a los medios de comunicación debidamente acreditados—,[1075] que deben observar la disciplina en las audiencias[1076]. Con el acceso a las audiencias, los periodistas y personal que trabaja en los medios de comunicación, conocerán de primera mano detalles como los argumentos y alegatos de las partes, las pruebas y los testigos presentados, las resoluciones de los Órganos jurisdiccionales y todo lo que suceda en el proceso. En algunas excepciones, una audiencia (o una parte de ella) puede ser decretada por el Órgano jurisdiccional como privada. En esos casos, únicamente se podrá acceder a la información proporcionada por el Juez.[1077]

Los actores o partes involucradas podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como defenderse y oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte. Es importante, entonces, que los periodistas puedan documentar las audiencias, la presentación de datos de pruebas, así como el momento de rechazar y por tanto debatir los distintos medios probatorios que presentan ante el Juez de Control, la etapa intermedia y la etapa de juicio oral según sea el caso.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Podemos establecer algunas consideraciones en esta investigación que la libertad de expresión en el contexto del sistema penal que implementa los el juicio oral, se encuentra presente "al realizarse las audiencias en espacios adecuados, podrá lograrse que se aplique efectivamente el

---

[1074] Ibídem. p. 70.

[1075] Artículo 55. Restricciones de acceso a las audiencias.El Órgano jurisdiccional podrá limitar el ingreso del público a una cantidad determinada de personas, según la capacidad de la sala de audiencia así como de conformidad con las legislaciones aplicable.

Los periodistas o los medios de comunicación acreditados, deberán informar de su presencia al Órgano jurisdiccional con el objeto de ubicarlos en un lugar adecuado para tal fin y deberán abstenerse de grabar y transmitir por cualquier medio la audiencia. Ibídem. p. 35.

[1076] Artículo 53. Disciplina en las audiencias. "…Antes y durante las audiencias, el imputado tendrá derecho a comunicarse con su Defensor, pero no con el público. Si infringe esa disposición, el Órgano jurisdiccional podrá imponerle una medida de apremio. Párrafo tercero .Si alguna persona del público se comunica o intenta comunicarse con alguna de las partes, el Órgano jurisdiccional podrá ordenar que sea retirada de la audiencia e imponerle una medida de apremio. Ídem.

[1077] Las audiencias, o parte de ellas, podrían ser decretadas como privadas (donde solo participan el Juez, las partes y otros intervinientes) cuando, por ejemplo, se pueda afectar la integridad de alguna de las partes; la seguridad pública o la seguridad nacional puedan verse gravemente afectadas; peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida pueda constituir un delito; se afecte el interés superior del niño y de la niña en términos de lo establecido por los Tratados y las leyes en la materia o cuando los jueces lo estimen conveniente. En estos casos, los órganos jurisdiccionales deberán argumentar y motivar las razones por los cuales una audiencia deber ser a puerta cerrada.

principio de publicidad. De esta manera, cualquier persona, en general, tendrá la posibilidad de presenciarlas",[1078] abonando a la transparencia y la legalidad del sistema.

Otro punto que deseamos destacar el que la libertad de expresión ─como todos los derechos─ no es un derecho absoluto, tiene límites marcados por otros derechos, la colisión entre derechos se puede resolver mediante un ejercicio de ponderación, para proteger un mayor derecho como por ejemplo puede ser que en un determinado momento el derecho a la intimidad y protección de datos personales, de los actores procesales, establecido en el CNPP, deba priorizarse, es de igual manera fundamental proteger al periodista porque la transparencia y legalidad del proceso dependen del ejercicio profesional de los medios de comunicación, por lo que la labor periodística es de suma importancia en este nuevo sistema.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia, en El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio desde la Perspectiva Constitucional*, México, Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación, 2011.

CÁCERES, E., *Constructivismo jurídico y meta teoría del derecho*, México, UNAM, IIJ, 2007.

CORTÉS MAYORGA, Antonio, "*El derecho a la presunción de inocencia en el sistema de justicia penal"*, en *Principio de inocencia en el nuevo sistema penal acusatorio*, México, Tribunal Superior de Justicia, 2013.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Teoría del garantizo penal, Madrid, Trota, 1995.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Reseña legislativa sobre la reforma constitucional de 2007-2008 en materia de seguridad pública y justicia penal" Boletín Mexicano del Derecho Comparado, nueva serie, años XLI, núm., 123 septiembre-diciembre de 2008.

GARCÍA RICCI, Diego, "el derecho a la privacidad en las redes sociales en internet" Rev., Derechos Humanos México, revista del centro nacional de derechos humanos, años 4, número 12, 2009.

GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios y Peña Rangel Emilio, "Epistemología e historia del juicio penal oral", Boletín Mexicano del Derecho Comparado, nueva serie, años XLI, núm., 123 septiembre-diciembre de 2008.

GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal, Manual práctico del Juicio Oral, 3ª. ed., México, Tirant lo Blanch, INACIPE, 2014.

GUTIÉRREZ CONTRERAS Juan Carlos, BORDIER, Diana Patricia "Derecho a la libertad de expresión y acceso a la información", en Gutiérrez Contreras Juan Carlos (coord.), *Derechos humanos y libertad de expresión en México. Memorias del seminario internacional de los derechos humanos y la libertad de expresión en México*, México, Comisión Europea, Secretaria de Relaciones Exteriores, 2006,

HERMOSO LARAGOITI, Héctor Arturo, *Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio adversarial en México*, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2011.

LUNA CASTRO, José Nieves, "Introducción y características generales del Nuevo Sistema de Justicia Penal*", en El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio desde la Perspectiva Constitucional*, México, Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación, 2011.

PÉREZ FUENTES, Gisela María y HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Enna Estela, "Una posición ante el derecho a la intimidad de la figura pública*",* en *Temas selectos de derecho a la información derecho a la intimidad transparencia y datos personales*, Pérez Fuentes Gisela María (coord.), México, Editorial Sixta, 2010.

[1078] González Obregón, Diana Cristal, *Manual práctico del Juicio Oral*, 3ª. ed., México, Tirant lo Blanch, INACIPE, 2014, p. 44.

SALAZAR UGARTE, Pedro Y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación, tensiones, relaciones e implicaciones,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario, "Intimidad de la víctima en el proceso. Un ejemplo en la mujer víctima de la trata", en Jareo Leal, Ángeles (coord.), *La protección jurídica de la intimidad,* España, Yuste, 2010.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Derechos Humanos parte general, Serie derechos humanos,* t.1, México, SCJN, 2014.

VALENCIA CARMONA, Salvador, "*Constitución y Nuevo Proceso Penal*", *Reforma Judicial.* Revista Mexicana de Justicia, núm., 13, enero-junio de 2008.

VILLANUEVA, Ernesto, *La defensoría de la audiencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

VILLANUEVA, Ernesto, Publicidad oficial transparencia y equidad. 2da ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

ZAMUDIO ARIAS, Rafael, *"*Principios rectores del nuevo proceso penal, aplicaciones e implicaciones: oralidad, inmediación, contradicción, concentración"*, en El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio desde la Perspectiva Constitucional*, México, Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación, 2011.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo, "Seguridad ciudadana y juicios orales en México", en García Ramírez, Sergio y González Mariscal Olga Islas, (coords.), *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre justicia penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

LEGISLACIÓN

Código Nacional de Procedimientos Penales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

http://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm

http://www.sre.gob.mx/index.php/direccion-general-de-derechos-humanos/iidh

CAPÍTULO VI. ARBITRAJE Y DERECHOS HUMANOS

James Graham*

SUMARIO:

A - El derecho humano al arbitraje. B – Los derechos humanos en el arbitraje. a) Arbitraje en general. b) Arbitraje sobre inversión extranjera.

RESUMEN:

Las reformas de la *Carta Magna* de 2010 y 2011 nos conllevan a ver tanto el derecho humano al arbitraje, como la aplicación de los derechos humanos en el arbitraje. Con respecto al último punto, es pedagógico distinguir entre el arbitraje en general, tanto comercial como sectorial, y el arbitraje sobre inversión extranjera en el cual no se trata tanto saber si los derechos humanos se apliquen, sino resolver el conflicto entre derechos, tal como el derecho a la salud que justifica la expropiación y el derecho a la propiedad que se opone a la expropiación.

ABSTRACT:

The reforms of the Constitution of 2010 and 2011 lead us to see both the human right to arbitration and the application of human rights in arbitration. Regarding the last point , it is pedagogical distinguish between arbitration in general, commercial and sectoral arbitration and foreign investment which is not so much whether human rights are applied, but resolve the conflict between rights as the right to health which justifies the expropriation and the right to property which is opposed to expropriation.

1. La reforma de 2010 ha insertado un nuevo párrafo en el artículo 17 de la Constitución mexicana que establece que "las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias". Esta disposición tiene que ser leída en conjunto con la reforma de la *Carta Magna* de 2011, que establece en su primer numeral la protección de los derechos humanos en todas las circunstancias:

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

*Licenciado en Derecho por la Universidad de Paris II; licenciado en Ciencias políticas, Universidad de Paris 2; licenciado en Relaciones internacionales por el Instituto de los Altos Estudios Internacionales de Paris. Doctor en Derecho por la Universidad de Paris I. Profesor titular, Facultad de Derecho y Criminología, UANL. Socio, *3CT*. Contacto: graham@3-ct.com. Expresidente de la Asociación nacional de abogados de empresas, sección NL; Expresidente del Colegio de Doctores en Derecho de Nuevo León. Ex Vicepresidente del Comité de arbitraje de la Barra de Abogados Estados Unidos – México. Presidente de la Comisión de Derecho & Negocios internacionales de la Barra Mexicana, capítulo NL. Presidente de la Academia Mexicana del Derecho del Deporte. Presidente de la Asociación Mexicana del Derecho del Futbol. Miembro numerario de la Academia Mexicana de Derecho internacional privado.

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.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. […]

Dos situaciones distintas existen. La primera se refiere a si el derecho de ir al arbitraje es un derecho humano, mientras que la segunda concierne la aplicación de los derechos humanos en los procedimientos arbitrales.

A. EL DERECHO HUMANO AL ARBITRAJE

2. El hecho de que la reforma puso la constitucionalización de los MASC en la parte de "derechos fundamentales" de la Constitución, tiene como consecuencia que existe un "derecho fundamental" a la mediación o el arbitraje *vis-à-vis* del Estado, no del particular. Si una parte quiere arbitraje, y que si no existe cláusula arbitral, la contraparte no tiene que aceptar contra su voluntad el arbitraje, porque la parte actora no tiene el derecho fundamental a un arbitraje en su contra. Hasta ahora, ninguna decisión se ha dictado en el asunto. Sin embargo, en nuestra opinión, está claro que no existe tal derecho. El derecho al arbitraje implica la voluntad de las partes para arbitrar sus conflictos futuros. Lo que se protege constitucionalmente, es que las partes tengan derecho a celebrar acuerdos de arbitraje; pero no para forzar a alguien a arbitraje si él nunca ha había expresado su voluntad para hacerlo. Los tribunales federales ya han establecido, a través de un precedente vinculante[1079], que en México el arbitraje es forzoso, o según la expresión de Jan Paulsson, "*without privity*", no existe[1080]. La conclusión debe estar orientada en que sí que existe un derecho fundamental de los ciudadanos para contar con leyes que permitan resolver los conflictos a través de los MASC. Pero la ley establece las condiciones en las que las partes pueden utilizarlos. Y la ley exige, no sólo para el arbitraje, sino también para la mediación y la conciliación, que todas las partes en conflicto deben libremente

1079 Tesis de jurisprudencia 49/2008. Amparo en revisión 1122/2006. 12/03/2008.

1080*ICSID Review*, 1995.232.

aceptar someterse a los MASC. Es de recordar que el derecho de acceso a la justicia estatal también es una garantía fundamental en virtud del artículo 17 de la Constitución.

3. Ahora bien, el hecho de que el arbitraje ha sido constitucionalizado implica que tiene que ser leído y aplicado conjuntamente con el artículo 1 de la Carta Magna, que prevé la protección de los derechos humanos. En un caso muy interesante, los estatutos de una sociedad establecieron que todas las disputas entre los socios y la empresa debían ser resueltas por un panel de arbitraje compuesto al menos por un miembro de la junta directiva. En lugar de considerar que la cláusula de arbitraje es válida, pero la composición del tribunal es parcial porque el conflicto entre un socio y la empresa implica automáticamente los intereses de la junta directiva, y en lo sucesivo simplemente permitir recusar al director-árbitro designado de la junta, el Colegiado dictaminó que dicha cláusula es nula porque viola el derecho humano básico a un tribunal imparcial, derecho que está protegido por el artículo 17 de la Constitución:

> Si bien es cierto que el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su cuarto párrafo, reconoce como formas de resolver un diferendo, a los mecanismos alternativos de solución de controversias, que se hacen consistir en diversos procedimientos, mediante los cuales las personas pueden resolver sus diferencias sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (auto composición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición), también lo es que la cláusula por la cual se pretende constreñir a los gobernados, a someter sus conflictos respecto a la administración de una persona moral de la cual son miembros, a un organismo corporativo que pertenece a esta misma, no puede considerarse una cláusula compromisoria de arbitraje, pues contraría uno de los principios básicos en que se sustenta tal medio alterno de solución de controversias, consistente en que el diferendo sea resuelto por un tercero imparcial; lo anterior tiene una importancia capital, pues no puede pasar desapercibido que como parte de los derechos humanos, que prevén los artículos 17 constitucional, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentra en que los gobernados puedan acceder a soluciones justas a sus diferencias, lo que representa la obtención de una resolución imparcial por tribunales ajenos a los intereses de las partes, resolviendo la contienda sin inclinaciones o preferencias, lo cual debe aplicarse, por mayoría de razón, a cualquier persona que juzgue la conducta de otra, con el fin de obtener una resolución justa; de ahí que el arbitraje deba ser decidido siempre por una tercera persona, por lo tanto, en aplicación del principio general de derecho que reza nemo iudex in causa sua (nadie puede ser Juez en su propia causa), que parte del principio de que el ser humano tiende a la auto justificación, como medio de redimirse de sus errores (lo que

implica que esa situación de conciencia, por sí misma, sea incompatible con el hecho de que los seres humanos viven en sociedad), no podrían resolverse las diferencias entre las personas, con base sólo en la justificación que realizaran de sí mismas y, por lo tanto, el pacto de voluntades en estudio, no tiene el efecto de otorgar a una entidad corporativa que integra a una de las partes en el conflicto, la facultad para resolver el correspondiente diferendo[1081].

Este fallo puede ser puesto junto con una decisión la Corte de Apelaciones de París del 17 de noviembre de 2011[1082], que estableció que las Reglas de la CCI que no procedan con la reconvención si no se paga el requerido anticipo, son contrarias al principio de derecho humano del acceso a la justicia[1083]. Sin embargo, como se puede ver, no se trata de un derecho humano al arbitraje, sino que el arbitraje es un modo de jurisdicción que está regulado por los derechos humanos, como el del acceso a una justicia imparcial.

B. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ARBITRAJE

4. En relación con los derechos humanos en el arbitral es pedagógico distinguir entre el arbitraje en general, tanto comercial como sectorial, y el arbitraje sobre inversión extranjera en el cual no se trata tanto saber si los derechos humanos se aplican, sino resolver el conflicto entre derechos, tal como el derecho a la salud que justifica la expropiación y el derecho a la propiedad que se opone a la expropiación.

5. Es importante también de bien entender el tema de los derechos humanos en el arbitraje, cuestión que no se confunde con aquella si el tribunal arbitral es autoridad para efectos del amparo (confusión bastante común en México). En efecto, como lo veremos, los árbitros no tienen que aplicar los derechos humanos porque son una autoridad, sino porque los derechos humanos son parte del orden público internacional, y las violaciones a dichos derechos conlleven la nulidad del laudo.

a) Arbitraje en general.

[1081] Amparo en revisión 278/2012.Alfonso Ponce Rodríguez y otros. 13/09/2012.

[1082] # 09-24.158.

[1083] Por lo tanto la versión 2012 de la Reglas CCI aún tendría que ser contrario al mencionado principio visto que prevé: "Cuando no se haya satisfecho una solicitud de provisión para gastos del arbitraje, el Secretario General puede, previa consulta al tribunal arbitral, indicar a éste que suspenda sus actividades y fijar un plazo, que no puede ser inferior a 15 días, al vencimiento del cual la correspondiente demanda se considerará retirada. Si la parte interesada desea oponerse a tal medida, deberá solicitar, en el plazo antes mencionado, que el asunto sea decidido por la Corte. Dicho retiro no priva a la parte interesada del derecho a formular posteriormente la misma demanda en otro proceso." (art. 36.6).

En los años 80, la cuestión de la interacción de los derechos humanos y el arbitraje surgió de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en lo que respecta a la pregunta de si un panel arbitral era un ¨tribunal independiente e imparcial¨ en virtud del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y si por lo tanto se deben aplicar sus disposiciones, especialmente las relativas al debido proceso[1084]. Hoy, no hay duda de que la respuesta es afirmativa[1085]. La misma respuesta tiene que ser dada para los arbitrajes en México. El argumento para negarlo consiste en la afirmación que un tribunal arbitral no es autoridad por efectos de amparo, más que carece de legitimidad. Se debe de distinguir entre los actos procesales del tribunal arbitral y el laudo[1086]. La cuestión si los árbitros son

[1084]CEDH, Regent Company v. Ukraine, 29/09/2008.

[1085]París, *République de Guinée*, 28/01/1987; París, *Unesco c/ Boulois*, 19/06/1998;París, # 09-24.158, 17/11/2011. En relación con el TAS, la jurisprudencia es contradictoria: en favor: TAS, *Abel Xavier & Everton FC /UEFA*, 2/2/2001; en contra: TAS, *Fenerbahçe SK vs UEFA*, 05/12/2013.

[1086] En este sentido se puede leer con gran interés la siguiente tesis: PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. FACTORES PARA MEDIR LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. A consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al reconocer la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, es siempre en el entendido de que dicha eficacia es matizada, es decir, con un alcance que tendrá que ser graduado o modulado en cada caso atendiendo al peso relativo de los derechos o intereses con los que aquéllos entran en colisión. Asimismo, al establecer la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el principio de igualdad, no pretende imponer rígidamente a cada individuo que trate a los demás con exquisita igualdad en sus relaciones recíprocas, obligándole a justificar de forma objetiva cualquier desviación de esa regla. Es decir, un ordenamiento jurídico como el nuestro -que se aleja de los paradigmas totalitarios-, permite un espacio de espontaneidad y hasta de arbitrariedad en las relaciones que se suceden entre particulares. Así, es indudable que existe una esfera de actuación puramente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en el que los individuos son libres de discriminar a la hora de seleccionar las personas con las que van a relacionarse (pueden contraer matrimonio con quien gusten, invitar a su casa a quienes crean conveniente, asociarse con quienes deseen y negarse a entrar en un determinado establecimiento, por los motivos que sean); de regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias) y de comportarse, en general, de una manera que le está vedado a los órganos públicos regular. En pocas palabras, cuanto más cercana es una relación interpersonal, más limitada debe ser la interferencia en la autonomía individual. Por el contrario, cuanto más nos alejamos de esa esfera íntima de proximidad, mayor alcance tendrá el principio de igualdad. Así, previo al juicio de ponderación y razonabilidad, el intérprete tendrá que analizar el tipo de relación que se está sucediendo entre los particulares y contextualizarla de forma adecuada. En esta lógica, existen tres factores que, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resultan útiles a la hora de medir la incidencia de los derechos fundamentales, y en particular la prohibición de no discriminación en el tráfico jurídico-privado, cuando se ve enfrentado con el principio de autonomía de la voluntad. En primer lugar, la presencia de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra. Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible. Dicho de otro modo, cuanto menor sea la libertad de la parte débil de la relación, mayor es la necesidad de protección. El segundo factor a tomar en cuenta es la repercusión social de la discriminación, es decir la existencia de un patrón de conducta generalizado o bastante extendido, desde un punto de vista sociológico. Cuando concurre esta circunstancia, la decisión discriminatoria deja de ser un asunto estrictamente privado y pasa a ser un asunto de relevancia pública. El tercer factor, por último, es valorar la posible afectación al núcleo esencial de la dignidad

una autoridad sólo tiene sentido para los actos procesales donde el quejoso intenta ampararse en contra de este acta de autoridad. Distinto es el caso del laudo. No hay necesidad de reflexionar sobre el hecho si el laudo es un acta de autoridad o no[1087], porque simplemente un laudo que viola los derechos humanos o que fue rendido en circunstancias donde durante el procedimiento se violó los derechos humanos de una parte, es nulo por ser contrario al orden publico internacional el cual integra sin ninguna duda los derechos humanos. Se puede mencionar en este sentido el fallo *Matuzalem* del Tribunal Suizo Federal[1088], que expresamente prevé que la violación de un derecho humano es violatoria del orden público internacional. El jugador Matuzalem rescindió de manera unilateral y antes que su contrato se terminará sus obligaciones con el club Shakhtar Donetsk para contratarse con el Real Zaragoza. Shakhtar Donetsk recurrió a la FIFA, la cual condenó a Matuzalem a pagar una multa severa por violación del contrato. Ni Matuzalem, ni el Real Zaragoza tuvieron la capacidad financiera de pagar dicha multa. Matuzalem consecuentemente demandó ante el TAS, cuyo panel arbitral condenó de nueva cuenta a Matuzalem y el Real Zaragoza de pagar las indemnizaciones por violación del contrato. La decisión fue confirmada por el TFS. Sin embargo, como tanto el jugador como el nuevo club continuaron a alegar la imposibilidad financiera de pagar, la FIFA, en aplicación de su reglamento, prohibió a Matuzalem de jugar hasta que la multa sea pagada. Matuzalem de nueva cuenta demandó ante el TAS, mas se confirmó la prohibición de jugar hasta que las mencionadas indemnizaciones fueran pagadas. En el recurso de revisión ante el TFS, los magistrados anularon el laudo por razones de violación del orden público internacional. La prohibición ilimitada de jugar viola los derechos humanos del individuo, en particular el de la libertad económica. No hay razón de pensar, porque sea diferente en México.

b) Arbitraje sobre inversión extranjera

---

de la persona discriminada. Por tanto, asumida la necesidad de que los órganos judiciales deben dilucidar en cada caso y mediante la correspondiente ponderación del derecho en el concreto conflicto surgido entre particulares, se evita el riesgo que algún sector de la doctrina advierte respecto a la supuesta desaparición de la autonomía de la voluntad como consecuencia de las posiciones que defienden la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. No se trata sólo de declarar en abstracto que un derecho es eficaz entre particulares, sino, más bien, determinar la medida o intensidad de esa eficacia. Amparo directo en revisión 992/2014.Rosario del Carmen Pacheco Mena y otros. 12/11/2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Esta tesis se publicó el viernes 05 de diciembre de 2014 a las 10:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

[1087] *Infra#* .

[1088] 27/03/2012.

6. En materia de inversión extranjera, los derechos humanos tienen un papel particular. En efecto, si un Estado expropia una concesión de distribución de agua por ejemplo, invocando el derecho humano al agua, a la salud, y a la vida, esa expropiación también puede violar el derecho humano a la propiedad del inversionista.

7. Hasta la fecha, no existe una decisión de un tribunal arbitral sobre el cómo resolver esa antonimia de derechos, a suponer que los derechos humanos se apliquen en esos arbitrajes. En *Border Timbers*, los árbitros consideraron que no necesariamente hay una obligación de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos:

no evidence or support for [the Petitioners'] assertion that international investment law and international human rights law are interdependent such that any decision of these Arbitral Tribunals which did not consider the content of international human rights norms would be legally incomplete[1089]

En *SAUR*, el tribunal arbitral estableció que se debe tomar en consideración el derecho humano al agua como una de las fuentes de Derecho para la resolución de las disputas sobre expropiación, mas "contrabalancearlo" con los derechos del inversionista bajo el amparo de un BIT[1090]. Sin embargo, en el caso concreto no se pronunció en el fondo sobre la cuestión. El laudo *EDF v. Argentina* mencionó que los principios básicos de los derechos humanos son parte del *jus cogens* y por lo tanto el tribunal tiene que ser "sensible" sobre esta cuestión[1091]. En realidad, la postura de los diversos tribunales se entiende, porque parten del principio de que el Estado tiene que respectar tanto las obligaciones de derechos humanos como las de los BITs:

[Argentina is] subject to both international obligations, i.e. human rights and treaty obligation, and must respect both of them equally. Under the circumstances of these cases, Argentina's human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive.

[1089]ICSID, Border Timbers Limited and others v. Republic of Zimbabwe, and, Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, Procedural Order #2, 26/06/2012 (Fortier; Williams, Chen), #58.
[1090]ICSID, *SAUR v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 06/06/2012 (Fernández-Armesto; Hanotiau, Tomuschat), #330.
[1091]ICSID, *EDF v. Argentina*, 11/06/2012 (Kaufmann-Kohler; Remón, Park), #909.

Sin embargo, se ve también que el conflicto puede ser directo y brutal. Es así que en el caso *Chevron*, el tribunal arbitral ordenó a Ecuador tomar todas las medidas necesarias para que sus tribunales suspendieron la ejecución del fallo condenatorio de Chevron[1092]. Sin embargo, la Corte rechazó suspender la ejecución porque, *inter alia*, el poder judicial tiene la obligación de respetar la Convención americana de Derechos humanos que impone el *due process*, lo que implica ordenar la ejecución del fallo que es final[1093] y constituye un derecho adquirido para las partes vencedoras.

CONCLUSIONES

En conclusión, para el arbitraje comercial y sectorial como el arbitraje deportivo, no cabe duda que el tribunal arbitral tiene que aplicar los tratados de derechos humanos. En lo que concierne, el arbitraje sobre inversión extranjera, en nuestra opinión los derechos humanos también tienen que aplicarse. Sin embargo, la dificultad es de conciliar los diversos derechos humanos que choquen como el derecho a la igualdad y no-discriminación vs el derecho a la propiedad. El ejemplo ilustrativo es *Foresti*[1094] donde el nuevo gobierno surafricano impuso a las compañías minerías una cierta cuota para su accionariado; cuota que tiene por objetivo que la población africana tenga acceso a la explotación económica del país. Sin embargo, tal cuota es expropiatoria. ¿Se debe respetar el derecho humano a la no-discriminación, o el derecho a la propiedad? Tal cual la pregunta no tiene respuesta. En realidad, todo depende del caso, y en nuestro ejemplo, el gobierno hubiera tenido que buscar otras medidas que la expropiación para obtener la igualdad buscada. En otras palabras, los meros derechos humanos no pueden dar lugar a cualquier protección, como lo subraya la siguiente tesis de la primera Sala de la SCJN:

OPERACIONES CONTRACTUALES. SUPUESTOS EN LOS QUE SE CONSIDERAN DE EXPLOTACIÓN PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 21.3 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

El hecho de que una operación contractual sea ventajosa para una de las partes o que los beneficios de ésta no estén distribuidos de forma equilibrada entre ellos, no debe interpretarse como un caso de explotación del hombre por el hombre, ya que dicha categoría está reservada a casos graves en los que no sólo se obtiene un provecho económico o material, sino que también afectan la dignidad de las

[1092] CPA, Chevron v. Ecuador, Second interim award, 16/02/2012 (Grigera Naón; Lowe, Veeder).
[1093] Decisión 01/03/2012.
[1094]ICSID, *Foresti v. Republic of South Africa*, 04/08/2010 (Lowe; Brower, Matthews).

personas, los cuales pueden considerarse como casos de explotación prohibidos por el artículo 21.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[1095].

Los tribunales arbitrales no se oponen a las acciones del Estado de implementar la protección de los derechos humanos, pero esa aplicación no es absoluta ni a cualquier precio. La aplicación tiene que quedarse razonable y proporcional, y no ser contraria a los demás derechos que existen. Tal tiene que ser la postura de cualquier tribunal arbitral. Al menos en nuestra opinión.

BIBLIOGRAFÍA

Amparo directo en revisión 460/2014.5 de noviembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

CPA, Chevron v. Ecuador, Second interim award, 16/02/2012 (Grigera Naón; Lowe, Veeder).

ICSID, Border Timbers Limited and others v. Republic of Zimbabwe, and, Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, Procedural Order #2, 26/06/2012 (Fortier; Williams, Chen), #58.

ICSID, EDF v. Argentina, 11/06/2012 (Kaufmann-Kohler; Remón, Park), #909.

ICSID, Foresti v. Republic of South Africa, 04/08/2010 (Lowe; Brower, Matthews).

ICSID, SAUR v. Argentina, Decision on Jurisdiction, 06/06/2012 (Fernández-Armesto; Hanotiau, Tomuschat), #330.

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. FACTORES PARA MEDIR LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. Amparo directo en revisión 992/2014.Rosario del Carmen Pacheco Mena y otros. 12/11/2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Esta tesis se publicó el viernes 05 de diciembre de 2014 a las 10:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Tesis de jurisprudencia 49/2008. Amparo en revisión 1122/2006. 12/03/2008.

[1095]Amparo directo en revisión 460/2014.5 de noviembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

CAPÍTULO VII. EL DERECHO PROCESAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

El caso los tribunales especializados en materia de Telecomunicaciones en México

Leticia Palomeque Cruz* y Jose Alonso Rodríguez Cruz**

SUMARIO:

Introducción; I. Antecedentes; II. Planteamiento del problema; III. Justificación; IV. Objetivos; V. Algunos contenidos del derecho procesal especial en materia de telecomunicaciones; VI. Los juicios de amparo en contra de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; VII. Conclusiones. Bibliografía.

IRESUMEN:

El propósito general de esta ponencia es la de esbozar algunos de los contenidos del identificado como derecho procesal de las telecomunicaciones en México, el cual se puede definir de manera preliminar como una rama procesal especial que regula el proceso jurisdiccional, mediante el cual se resuelven las controversias legales, suscitadas con motivo de las impugnaciones de normas generales, o de los actos y resoluciones emitidas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones, impugnaciones que son conocidas y resueltas a través de los juicios de amparo, por los juzgados de distritos y tribunales colegiados especializados en esta materia y eventualmente resolutos en última instancia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

PALABRAS CLAVE: Derecho Procesal, Telecomunicaciones y Juicio de Amparo.

ABSTRACT:

The overall purpose of this paper is to outline some of the contents of the identified as procedural law of telecommunications in Mexico, which can be defined on a preliminary basis as a special procedural branch that regulates the jurisdictional process, through which are resolved the legal disputes, raised on the occasion of the challenges of general rules, or the acts and resolutions issued by the Federal Institute for Telecommunications, challenges that are known and resolved through the *Amparo* trial, by the Federal District and Collegiate Courts specialized in this area and eventually ultimately resolved by the Supreme Court of Justice of the Nation.

KEY WORDS: Procedural Law, Telecommunications, and *Amparo* trial.

* Doctora en Derecho Judicial y Profesora Investigadora en la UJAT. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Calle Seis No. 177 Fraccionamiento Bonanza, Villahermosa, Tabasco Correo: leticruz_acuario@hotmail.com. Cel. 9932238091.

** Doctorante en Estudios Jurídicos UJAT-PNPC-CONACYT. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Calle Seis No. 177 Fraccionamiento Bonanza, Villahermosa, Tabasco. Correo: alonsotabasco2@hotmail.com. Cel. 9932675974

INTRODUCCIÓN

La pretensión de esta ponencia, es dar cuenta del surgimiento y desarrollo del denominado derecho procesal en materia de telecomunicaciones en México.

El objetivo general de este análisis, es proporcionar elementos teóricos argumentativos en torno a esta parte especial del derecho procesal para identificar los conceptos, principios e instituciones establecidas en el sistema jurídico mexicano con la finalidad de solucionar las impugnaciones de los actos o de las resoluciones o normas generales en materia de telecomunicaciones.

La hipótesis que se sustenta es que el derecho procesal de las telecomunicaciones en México, es una parte especial de derecho procesal que tiene un renovado impulso con los cambios constitucionales y legales definidos a favor de la judicialización de los diferendos en materia de telecomunicaciones, mismos que en términos de seguridad jurídica representa un avance, en razón de que constituye una decisión importante para poner punto final a los laberintos procesales que representaban las posibilidades de varias vías para combatir los actos y normas generales en esta materia especializada.

I. Antecedente

El once de junio de dos mil trece, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6, 7, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, mediante el cual se creó el Instituto Federal de Telecomunicaciones y se establecieron nuevos principios, derechos y lineamientos en materia de telecomunicaciones y radiodifusión.

Posteriormente, el catorce de julio de dos mil catorce fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se expidieron la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano.

Con este nuevo marco constitucional y legal adquirieron vigencia normas jurídicas tanto sustantivas como adjetivas que impactaron de manera sustancial tanto el derecho de las

telecomunicaciones como el surgimiento y desarrollo del derecho procesal en materia de telecomunicaciones.

En el apartado siguiente se aborda el planteamiento del problema del cual se parte para el desarrollo de esta disertación.

II. Planteamiento de problema

Las telecomunicaciones se definen como la trasmisión de información a distancia, independientemente del medio o tecnología que se ocupe.

Como punto de partida se sostiene que si el contenido del derecho de las telecomunicaciones lo constituye las normas de derecho sustantivo sobre esta materia y que corresponde al derecho procesal de las telecomunicaciones las normas de derecho instrumental o adjetivo, tiene sentido cuestionarse respecto de cual es el contenido de esta parte especial de derecho procesal.

Acorde a lo anterior, señalamos que la pregunta guía de esta disertación es la siguiente:

¿Cuáles son los contenidos del denominado derecho procesal de las telecomunicaciones en México?

En el apartado siguiente se precisa los argumentos que justifican la realización de esta investigación sobre los que se funda esta ponencia.

III. Justificación

A través del derecho de las telecomunicaciones se ha estudiado de manera sistemática el derecho sustantivo vinculado a esta materia, sin embargo es casi inexistente las investigaciones desde la óptica procesal de esta materia.

En este sentido, el tema de investigación tratado en esta ponencia, se justifica desde una perspectiva teórica, pues busca avanzar en la comprensión y explicación del contexto general del surgimiento y desarrollo del derecho procesal de las telecomunicaciones.

IV. Objetivo

El objetivo de la investigación que se presenta en esta ponencia, es proporcionar elementos teóricos argumentativos en favor de desarrollo de esta parte especial del derecho procesal, de la cual nos hacemos cargo en esta ponencia.

V. Algunos contenidos del derecho procesal especial en materia de Telecomunicaciones en México

Es factible definir el derecho procesal de las telecomunicaciones en México como una rama procesal especial que regula el proceso jurisdiccional, mediante el cual se resuelven las controversias legales, suscitadas con motivo de las impugnaciones de normas generales, o de los actos y resoluciones emitidas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones, impugnaciones que son conocidas y resueltas a través de los juicios de amparo, por los juzgados de distritos y tribunales colegiados especializados en esta materia y eventualmente resolutos en última instancia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De la definición antes descrita y retomando la tesis del profesor Fix-Zamudio, en el sentido de que en la actualidad el juicio de amparo ha adquirido una estructura jurídica cada vez más compleja equiparable a una federación de instrumentos procesales, en donde cada uno de tales instrumentos posee una función tutelar específica que requieren un análisis autónomo, tesis en la cual el profesor Fix-Zamudio, identificaba cinco funciones diversas: 1. para tutelar la libertad personal; 2. Para combatir leyes inconstitucionales; 3. Como medio para impugnar sentencias judiciales; 4. Para reclamar los actos y resoluciones de la administración; y 5. Para proteger los derechos sociales de los campesinos[1096]; resulta evidente que con la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones, esa federación de instrumentos procesales, de la que nos habla en emérito investigado, se sostiene que constitucionalmente se ha conferido al juicio de amparo una sexta función tutelar, la de ser un medio de impugnación de las resoluciones definitivas del órgano constitucionalmente autónomo Instituto Federal de Telecomunicaciones.

[1096] Fix-Zamudio, Héctor, Ensayos sobre el derecho de amparo, 3º ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp.18 y 19.

Un análisis autónomo de este instrumento procesal que se suma a la federación de funciones atribuibles constitucionalmente al Juicio de Amparo en México, nos conduce a señalar que el amparo en materia de telecomunicaciones es uno de los contenidos del denominado Derecho Procesal de la Telecomunicaciones, que amerita un estudio sistemático.

En efecto el juicio de amparo en materia de telecomunicaciones, como ya se ha mencionado, tiene una finalidad constitucionalmente establecida, el ser un medio de impugnación de los actos y resoluciones emitidas por el IFT.

Pero además este instrumento procesal, constitucionalmente también presenta características distintas, tales como que el mismo solamente procede en contra de la resolución definitiva emitida en su caso por el IFT, es decir, no procede contra el inicio de un procedimiento ante el IFT, o contra los acuerdos o resoluciones intermedias en el mismo.

De igual forma, esta nueva función del juicio de amparo, se distingue por que en esta materia, por mandato constitucional, no procede la suspensión del acto reclamado.

En cumplimiento al artículo décimo segundo transitorio del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece, mediante el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de telecomunicaciones; el 7 de agosto de 2013, en sesión del Pleno del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de la Federación (en adelante CJF), emitió el acuerdo de creación de los órganos jurisdiccionales federales especializados en materia de competencia económica y telecomunicaciones, recayendo tales atribuciones en el Juzgado Primero y Segundo de Distrito y el Primer y Segundo Tribunal Colegiado de Circuito, todos ellos en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal, y jurisdicción en toda la República.[1097]

[1097] Para materializar el cumplimiento al artículo décimo segundo transitorio de la referida reforma constitucional el Pleno del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de la Federación, emitió el Acuerdo General 22/2013, el cual pude consultarse en la siguiente dirección electrónica: http://www.cjf.gob.mx

Asimismo en sesión del Pleno del CJF, de fecha 18 de septiembre de 2013, se emitió el acuerdo relativo a la comisión temporal de los Magistrados y Jueces de Distrito, para ocuparse del cargo como titulares de los referidos órganos jurisdiccionales.[1098]

Para citar datos concretos, es oportuno señalar que en lo que respecta a los primeros asuntos que las instancias judiciales especializadas recibieron a finales del año 2013, fue de 37 juicios de amparo indirectos en el Juzgados Primero y 38 juicios en el Juzgado Segundo de Distrito ambos Especializados en Materia de Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. En lo que respecta al Primer Tribunal Colegiado de referencia, recibió en esta misma anualidad 20 asuntos y por su parte el Segundo Tribunal Colegiado citado, recibió en el mismo periodo solo 23 asuntos.[1099]

En el año 2014, los litigios especializados en materia de telecomunicaciones, cuantitativamente presentaron un incremento significativo. Para dimensionar el mismo, basta referir que la carga de trabajo por lo que respecta de los Juzgados de Distrito en cuestión se presentaron demandas por el orden de los 680 juicios de amparo indirectos, 340 de ellos tramitados por el Juzgados Primero y 340 juicios recibidos por el Juzgado Segundo de Distrito ambos Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones.[1100]

Los datos descritos muestran la escala ascendente del fenómeno de la judicialización de las telecomunicaciones, siendo evidente también que con la reforma constitucional de 2013, en términos de celeridad y seguridad jurídica la sola entrada en vigor de la nueva marco regulatorio, constituye un avance importante para poner punto final a los laberintos procesales

---

[1098] El Pleno del CJF designo comisionar de manera temporal a los Magistrados de Circuito Jean Claude André Tron Petit, Rosa Elena González Tirado y Óscar Germán Cendejas Gleason para integrar el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en cuestión y designo a la Jueza Irma Leticia Flores Díaz como titular del Juzgado Primero de Distrito; en relación con la integración del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito fueron designados a los Magistrados de Circuito Arturo Iturbe Rivas, Adriana Leticia Campuzano Gallegos y Filiberto Javier Mijangos Navarro y de igual forma fue designada como titular del Juzgado Segundo a la Jueza Silvia Cerón Fernández; este Acuerdo del Pleno del CJF puede consultarse en:
http://www.cjf.gob.mx/noticias/docs_noticias/2013/ACUERDO%20DE%20ASIGNACION%20TEMPORAL%20EN%20LOS%20ORGANOS%20JURISDICCIONALES%20ESPECIALIZADOS_09_18.pdf

[1099] Según base de datos de elaboración propia con información de las estadísticas judiciales publicitadas en la dirección electrónica siguiente: http://www.cjf.gob.mx

[1100] *Ibídem.*

que permitían que las empresas operadores del sector tuvieran múltiples vías jurídicas para combatir y suspender, las resoluciones iniciales, intermedias y decisiones definitivas del órgano regulador del sector.

Por otra parte es importante destacar que la creación de juzgados y tribunales colegiados especializados en materia de telecomunicaciones, si bien tiene un fundamento constitucional, su integración y funcionamiento depende del marco legal secundario de cualquier juzgado de distrito especializado y de cualquier tribunal colegiado especializado por materia, es decir, se integran y se rigen por las competencias previstas en la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

La consideración anterior resulta relevante, en razón de que si bien con la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones se estableció una vía exclusiva para procesar las impugnaciones en contra de las resoluciones del órgano constitucionalmente autónomo IFT, ante los juzgados de distrito y tribunales colegiados especializados en esa materia, con facultades para verificar la regularidad constitucional de sus resoluciones, los titulares de los mismos, son nombrados por el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de la Federación y pueden ser cambiados de adscripción mediante acuerdo general, como cualquier juez de distrito o magistrado de tribunal colegiado, lo que evidentemente constituye una característica que no puede dejarse pasar por alto.

De igual forma, es pertinente destacar que como ocurre con cualquier materia en tratándose de los amparo en revisión en materia de telecomunicaciones en los que se impugne sentencias emitidas por jueces de distritos en donde se estimar la inconstitucionalidad de normas generales o se realicen interpretaciones directas de la constitución, la función de los tribunales colegiados, solamente consistirá en cerciorarse de que tal problema de constitucionalidad subsiste y en tal caso, remitir el expediente ante la SCJN, para que ella y solo ella, resuelva lo atinente a tal Amparo en Revisión, ello por así preverlo el artículo 83 de la vigente ley de amparo.

Lo anterior, es una nota importante de destacar, en razón de que con ello, claramente se deja en claro que la instancia ultima que se reserva el monopolio exclusivo para resolver los

problemas de constitucionalidad en materia de telecomunicaciones como en cualquier otra materia de amparo, es la SCJN[1101].

VI. Los juicios de amparo en contra de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión

Dentro de las impugnaciones vía demandas de amparos indirectos presentados contra la entrada en vigor de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (en adelante LFTR), sin demerito de un sin número de demandas presentadas por diversos quejosos, se destaca la promovida por un grupo de académicos, litigantes y periodistas, la cual fue radicada bajo el Juicio de Amparo Indirecto No. 127/2014, interpuesta el 23 de septiembre de 2014 y radicado ante el JPD[1102], toda vez en este caso se hacen cuestionamientos en contra de diversos preceptos de la LFTR, de suma importancia, presentando argumentos sólidos que muchos de ellos ni siquiera formaron parte del debate legislativo previo a la aprobación de la referida ley.

Como causa de pedir de los quejosos relacionados con el Juicio de amparo Indirecto No. 127/2014, radicado en el citado JPD, se aducen en síntesis los siguientes temas:

1. El artículo 237, fracción I, de la LFTR, al establecer un porcentaje de publicidad máxima por tiempo total por trasmisión por día y no por hora, violación el derecho humano de acceso a la información, a la cultura y a los servicios de radiodifusión de calidad, plurales, con aportaciones culturales y salvaguardando los derechos de las audiencias, así como el equilibrio entre la publicidad y la programación.

2. Los artículos 3 fracciones XXXVI y L; 237 fracción I; y 240 de la LFTR, al establecer la figura de "programación de oferta de productos" y de "espacio comercializados dentro de la programación", son regresivos porque en lugar de buscar un equilibrio con un máximo de

[1101] Lo anterior puede ilustrarse con claridad en lo acontecido con la impugnación del caso de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, en donde es la SCJN que resolverá los juicios de amparos sobre la materia en donde mediante resolución previa de los Tribunales Colegiados, se determinó la subsistencia de los problemas de constitucionalidad, remitiendo los expediente a la SCJN. Al respecto ver los cuadros 1 y 2, adjuntos a esta ponencia.

[1102] Los promoventes quejosos de este juicio son: la Dr. Clara Luz Álvarez González de Castilla, el Dr. Luis Manuel Pérez de Acha, el Dr. Ernesto Villanueva Villanueva, el Dr. Enrique Carpizo Aguilar, el Dr. Jorge Alberto Witker Velásquez, Miguel Carriendo Téllez, Primavera Téllez Girón García, Jenaro Villamil Rodríguez y Mony Sacha de Swan Addati.

publicidad por hora, establecen esta dos figuras como casos exentos para contabilizarse dentro del tiempo de publicidad, lo que materialmente constituye una manera de incrementar los límites de la publicidad, por lo que de igual forma tales artículos son contrarios al derecho humano de acceso a la información, a la cultura y a los servicios de radiodifusión de calidad, plurales, con aportaciones culturales y salvaguardando los derechos de las audiencias, así como el equilibrio entre la publicidad y la programación.

3. Que los artículos 247 y 248 en relación con el diverso artículo 3 fracciones XLVII y XLVIII de la LFTR, al contener hipótesis legales en donde los concesionarios pueden incrementar la publicidad en un 2% y en un 5% por producción nacional y producción nacional independiente, ello rompe con el equilibrio entre publicidad y programación, lo que restringe aún más el derecho a la información, de acceso a la cultura, de audiencia y a la radiodifusión; 4. Respecto a los artículos 223, 230, 231, 245, 246, 256, 258 y 259 de la LFTR, al establecer la figura del defensor de la audiencia como único recurso que el ciudadano tiene para hacer valer y defender sus derechos constituye una violación al derecho fundamental de acceso a la justicia y aun recurso efectivo.

5. Que los artículos 189 y 190 de la LFTR, transgreden el principio de legalidad, seguridad y certidumbre jurídica, al no establecer con claridad cuáles son las autoridades que pueden participar en la geolocalización de equipos de comunicación móviles, aunado a que los citados artículos no exponen cual es el fin legítimo que persigue, por lo que hace imposible el análisis en torno a que si la medida es idónea, razonable y lo menos restrictiva de derechos humanos, adicionalmente se sostiene que los artículos en cuestión carecen de limites e cuanto a los supuestos en que las autoridades pueden pedir la geolocalización, siendo también inconstitucional que no se establezca en la LFTR la obligación de notificar en algún momento que se fue objeto de geolocalización, para poder estar en posibilidad de ejercer algún recurso, en caso de considerar injustificadamente dicha medida, ni se justifica la idoneidad del plazo de veinticuatro meses del resguardo de los datos referidos, ni se contempla el destino de la información que obre en poder de las autoridades, ni establece los principios que deben regir el tratamiento de los datos personales.

La enumeración de las cuestiones planteadas en la respectiva demanda de amparo indirecto No. 127/2014, del índice del JPD, sin lugar dudas sintetiza la base argumentativa de

una gran cantidad de temas que sin lugar a dudas tornan interesante el debate judicial iniciado a parir de cuestionamientos de este tipo.

En el apartado siguiente se hace referencia a las primeras sentencias pronunciadas por los JPD y JSD, referente a los amparos indirectos contra la LFTR, radicados ante estos órganos especializados.

Recientemente tanto el JPD y el JSD, han emitido sentencia en los primeros juicios de amparo promovidos por ciudadanos quejosos en los que se impugnaban la inconstitucionalidad específicamente contra los artículos 180 y 190 de la LFTYR.

De manera coincidente los jueces de ambos juzgados resolvieron que no era procedente entrar al estudio de los conceptos de violación aducidos por los quejosos al existir en dichos casos una causal de improcedencia, consistente en la falta de interés jurídico de los quejosos, en específico por lo siguiente:

> "Ha sido criterio reiterado de los órganos del Poder Judicial de la Federación, que ante la impugnación de normas autoaplicativas, el interés jurídico se acredita si el gobernado demuestra ser destinatario de tales disposiciones, ya que sólo así cabe considerar que desde el inicio de su vigencia, le afecta en su esfera de derechos. El artículo 189 reclamado está dirigido a dos clases de destinatarios: 1. Los concesionarios, sus autorizados y proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos; y, 2. Los suscriptores de equipos de comunicación móvil, en cualquier modalidad. Por tanto, quien impugna tales preceptos en vía de amparo, debe demostrar estar en cualquiera de tales hipótesis, a efecto de demostrar su interés y legitimación para promover el juicio de garantías. En el caso, la promovente no demostró estar ubicada en alguna de las hipótesis descritas y, en esa medida, mucho menos acreditó estar obligada a desplegar las conductas reguladas en las fracciones del artículo 190 que reclama, que se circunscriben a la operatividad de los dispositivos de comunicación móvil, entre ellas, la localización geográfica de dichos equipos, la implementación de un registro y control de determinados datos, la suspensión y bloqueo del servicio de telefonía celular, de radiocomunicación o de transmisión de datos o imagen dentro de determinados perímetros, así como la implementación de un número único armonizado para servicios de emergencia. De ahí que si la quejosa no aportó prueba alguna para acreditar

fehacientemente que los preceptos que reclama, le generan un menoscabo en su esfera de derechos subjetivos, al crear, modificar o extinguir una situación jurídica a su favor; mucho menos demostró el agravio personal real y directo con motivo de la expedición de las disposiciones que impugna. Por tanto, al no estar demostrado el interés jurídico de la parte quejosa, ha lugar a tener por acreditada la causa de improcedencia citada por la autoridad y, en consecuencia, sobreseer en el juicio, en términos del artículo 63, fracción V de la ley de la materia".[1103]

Del considerando antes trascrito se desprende que un ciudadano para probar su interés jurídico al impugnar en específico los artículos 189 y 190 de la LFTR, tenía que acreditar que, previo a la entrada en vigor de la ley impugnada, tenía la calidad de "suscriptores de equipos de comunicación móvil, en cualquier modalidad"; extremo que sería acreditable con el contrato correspondiente con el cual se adquirieron los servicios de telefonía móvil, o con los recibos de pago de dicho servicio, entre otros medios de prueba.

Particularmente llama la atención el incuestionable hecho de que a los ciudadanos quejosos se le hayan admitido sus respectivas demandas, sin exhibir tales documentos con los cuales acreditaran el tener la calidad de suscriptores de algún servicio de telefonía móvil, lo que trascendió en el dictado de una sentencia de sobreseimiento, cuando en términos del artículo 114 de la Ley de Amparo, se prevé la obligación de los órganos jurisdiccionales de prevenir toda demanda, ante la deficiencia, las irregularidades u omisiones de la misma. Con fundamento en tal disposición los jueces de distrito, válidamente tenían previo a la admisión de la demanda, que prevenir y requerir al quejoso, para que exhibiera el documento base con el cual acreditará su calidad de suscriptor de algún servicio de telefonía móvil, pero el órgano jurisdiccional no cumplió con tal obligación, lo que bien podría constituir una violación procesal reclamable en los respectivos Recurso de Revisión en contra de las sentencias de

[1103] El énfasis y el subrayado es nuestro, y la cita corresponde al considerando Quinto de la Sentencia dictada por el JPD, en el Juicio de Amparo Indirecto No. 122/2014, promovido por el quejoso Carlos Enrique Medina Blanc; el texto íntegro de la sentencia puede consultarse en la dirección electrónica siguiente:
http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1301/13010000159596940012012.doc_1&sec=José_Ignacio_Salinas_Díaz&svp=1

sobreseimiento, y podría originar la reposición del procedimiento tal y como se prevé la fracción IV del artículo 93 de la Ley de Amparo[1104].

Por otra parte y con idéntico criterio el JPD ha resuelto sobresee los juicios de amparo indirectos 104/2014, 115/2014, 116/2014, 120/2014, 126/2014, y 214/2014 y por su parte el JSD ha resuelto los juicios 87/2014, 108/2014, 110/2014, 223/2014, 244/2014, 245/2014, y 254/2014; en todos ellos los quejosos son ciudadanos, a los cuales se les resolvió sin decidir el fondo de sus planteamientos[1105].

Con la aplicación de este criterio, los juzgadores especializados, seguramente estarán emitiendo resoluciones de sobreseimiento con los cuales parcialmente se pone fin a una vía judicial, sin que exista pronunciamiento de dicha instancia, respecto al fondo del problema jurídico de las disposiciones de la LFTR, impugnadas de inconstitucional por los ciudadanos quejosos. Los formalismos procesales propios del Juicio de Amparo, tal y como lo constatamos en las primeras sentencias dictadas por los jueces de distrito, dejan claro un primer límite de la vía judicial como canal institucional eficiente para lograr la invalidez de una norma.

Sin embargo de confirmarse los fallos dictados inicialmente por los órganos jurisdiccionales antes descritos, por la misma estructura formal del Juicio de Amparo, los ciudadanos, deberán esperar un primer acto concreto de aplicación, para recurrir de nuevo a la instancia judicial federal, quien ahora sí, no tendrá argumentos formalistas, para definir los problemas de constitucionalidad inherentes al caso de la impugnada LFTR.

Aunado a los casos resueltos por los Juzgados de Distritos enunciados en el apartado anterior, cabe destacar que los Tribunales Colegiados se encuentran tramitando y resolviendo los respectivos recursos de revisión interpuestos contra tales fallos de primera instancia.

[1104] Al respecto existe la Tesis: IV.3o.A. J/18 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t.5, libro III, diciembre de 2011, p.3709, Rubro: REVISIÓN EN EL AMPARO. LA OMISIÓN DEL JUEZ DE DISTRITO DE REQUERIR AL QUEJOSO PARA QUE ACLARE SU DEMANDA CUANDO ÉSTA ES OSCURA E IMPRECISA AL SEÑALAR EL ACTO RECLAMADO, DA LUGAR A QUE EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO QUE CONOZCA DEL RECURSO ORDENE LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA QUE SE SUBSANE LA FALTA.

[1105] Están pendiente por resolver los juicios de amparos promovidos por concesionarios y autorizados y proveedores de servicios de telecomunicaciones a los que sí está dirigida la norma específica contenida en las disposiciones de la LFTYR, hay que esperar un poco más, para ver cuál será el criterio que defina las sentencias en estos casos.

Por otra parte, es importante señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conservará para su resolución los Amparos en Revisión que versen sobre la constitucionalidad de normas generales federales, previos sentencia dictada por el Tribunal Colegiado en la que verifique el problema de constitucionalidad planteado por los quejosos y remisión del expediente ante el máximo tribunal, quien resolverá el fondo del asunto[1106].

Anexo a este apartado se adjunta los cuadros en los que se concentran los casos de los Amparos en Revisión que a la fecha, han sido remitido ante la SCJN para la resolución sobre la constitucionalidad de diversos artículos de la LFTR.

Al respecto dentro de los supuestos antes descritos se encuentran los casos siguientes:

Caso de los permisionarios Gaia FM A.C.

La persona moral denominada Gaia FM A.C. y Fundación Radiodifusora Capital A.C.; con permisos para usar con fines culturales las frecuencias de radiodifusión 106.3 MHz en Playa del Carmen, Quintana Roo, 105.9 MHz, en Puerto Vallarta, Jalisco, 102.1 MHz, en Comala, Colima, 99.3 MHz, en Cancún, Quintana Roo- y 97.3 MHz, en Morelia, Michoacán[1107]; al entran en vigor la LFTR, presentó ante el JPD el Juicio de Amparo Indirecto No. 84/2014, el cual seguido en todas sus etapas finalizó mediante Sentencia dictada el veintiuno de noviembre de dos mil catorce y terminada de engrosar el once de diciembre de dos mil catorce, en la cual en su resolutivo primero sobresee el juicio y en su resolutivo segundo, niega el amparo solicitado por la quejosa.

La persona moral quejosa presentó ante el PTC, el Amparo en Revisión No. 17/2015, mismo que fue resuelto mediante Sentencia dictada en sesión de fecha 28 de mayo de 2015, en la parte que interesa destacar, en su resolutivo cuarto estimó procedente levantar el sobreseimiento respecto a los artículos 89, fracción VII, séptimo y décimo séptimo transitorios

[1106] El fundamento de tal competencia encuentra sustento en los artículos 81, fracción I, inciso e), y 84 de la Ley de Amparo, 37, fracción II y 38, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; en el Acuerdo General 22/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, publicado el nueve de agosto de dos mil trece en el Diario Oficial de la Federación6, el diverso Acuerdo CCNO/16/2014 de la Comisión de Creación de Nuevos Órganos del propio Consejo, y, en los puntos Segundo, fracción III, y Tercero del Acuerdo General 5/2013, de trece de mayo de dos mil trece, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la determinación de los asuntos que conservará para su resolución y el envío de su competencia originaria a las Salas y Tribunales Colegiados de Circuito.

[1107] Los datos de los permisos de referencia se citan en la sentencia dictada por el Primer Tribunal Colegiado en cuestión en el Recurso de Revisión 17/2015 en su párrafo 85.

de la LFTR; y de igual forma en su punto resolutivos sexto, el PTC se declaró incompetente para resolver el problema de constitucionalidad planteado por la quejosa respecto de los artículos antes citados.

Aunado a lo anterior, en el punto resolutivo séptimo, el PTC, remitió el expediente ante la SCJN, para que resuelva el problema de constitucionalidad aducido por la persona moral quejosa.

Acorde a lo anterior, la SCJN, admitió el expediente remitido por el PTC, bajo el Amparo en Revisión No, 756/2015, turnado a la Primera Sala bajo la ponencia del Ministro Pardo Rebolledo, mismo que se encuentra pendiente de dictar sentencia.

En este caso, la Primera Sala de la SCJN, al dictar sentencia, se pronunciará sobre el problema de constitucionalidad del artículo 89, fracción VII, séptimo y décimo séptimo transitorio de la LFTR, respecto del cual la quejosa alega una inconstitucional trato discriminatorio diferenciado entre el mandato de transición al régimen de concesión única, el cual señala como optativo para las concesiones de telecomunicaciones, tanto comerciales, sociales, públicas o privadas, que transitan del régimen de concesión, permiso o autorización de telecomunicaciones; y establece como obligatorio y plazo fatal a los permisos de radiodifusión, que deberán transitar al régimen de concesión de radiodifusión pública o social[1108].

El caso de Radioigual S.A. de C.V.

La sociedad anónima denomina Radioigual S.A. de C.V., presentó ante el JPD el Juicio de Amparo Indirecto No. 94/2014, el cual seguido en todas sus etapas finalizó mediante Sentencia terminada de engrosar el treinta y uno de diciembre de dos mil catorce, en la cual en su resolutivo único sobresee, solicitado por la quejosa.

La quejosa Radioigual S.A. de C.V., presentó ante el PTC, el Amparo en Revisión No. 25/2015, mismo que fue resuelto mediante Sentencia dictada en sesión de fecha 23 de abril de 2015, en la parte que interesa destacar, en su resolutivo cuarto estimó procedente levantar el sobreseimiento respecto a los artículos 223, 224, 238, 251 y 253 de la LFTR; y de igual forma

[1108] Argumento sostenido por la concesionaria quejosa, que se plasma y sintetiza en el párrafo 91, de la Sentencia dictada por el referido Tribunal Colegiado en el Recurso de Revisión 17/2015.

en su punto resolutivos sexto, el PTC se declaró incompetente para resolver el problema de constitucionalidad planteado por la quejosa respecto de los artículos antes citados.

Aunado a lo anterior, en el punto resolutivo séptimo, el PTC, remitió el expediente ante la SCJN, para que resuelva el problema de constitucionalidad aducido por la persona moral quejosa.

Por su parte la SCJN, admitió el expediente remitido por el PTC, bajo el Amparo en Revisión No, 578/2015, turnado a la Primera Sala bajo la ponencia del Ministro Ortiz Mena, mismo que se encuentra pendiente de dictar sentencia.

En este caso, la Primera Sala de la SCJN, al dictar sentencia, se pronunciará sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los artículos 223, 224, 238, 251 y 253 de la LFTR[1109].

El caso de la impugnación de los artículos 189 y 190

Carlos Alberto Brito Ocampo y cuarenta y dos ciudadanos más, presentaron ante el JSD el Juicio de Amparo Indirecto No. 116/2014, el cual seguido en todas sus etapas finalizó mediante Sentencia terminada de engrosar el 16 de febrero de 2015, en la cual en su resolutivo primero sobresee y en segundo resolutivo negó el amparo, solicitado por los quejosos.

Los quejosos, presentaron ante el PTC, el Amparo en Revisión No. 50/2015, mismo que fue resuelto mediante Sentencia dictada en sesión de fecha 9 de julio de 2015, en la parte que interesa destacar, en su resolutivo segundo estimó procedente levantar el sobreseimiento respecto a los artículos 189 y 190 de la LFTR; y de igual forma en su punto resolutivos tercero, el PTC, remitió el expediente ante la SCJN, para que resuelva el problema de constitucionalidad aducido por los ciudadanos quejosos.Por su parte la SCJN, admitió el expediente remitido por el PTC, bajo el Amparo en Revisión No, 964/2015, turnado a la Segunda Sala bajo la ponencia del Ministro Pérez Dayan, mismo que se encuentra pendiente de dictar sentencia. En este caso, la Segunda Sala de la SCJN, al dictar sentencia, se

[1109] De igual forma la SCJN, se pronunciará sobre el problema de constitucionalidad de los artículos 223, 224, 238, 251 y 253 de la LFTR223, 224, 238, 251 y 253 de la LFTR, en los Amparos en Revisión 757/2015 de la Primera Sala, el Amparo en Revisión 690/2015 de la Segunda Sala, Amparo en Revisión 678/2015 y 677/2015 de la Primera Sala y el Amparo en Revisión 917/2015 de la Segunda Sala de la SCJN.

pronunciará sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los artículos 189 y 190 de la LFTR[1110].

Cuadro 1: Amparos en Revisión conocidos por el PTC, en el que por subsistir temas referentes al problema de constitucionalidad fueron remitidos ante la SCJN y que se encuentran pendiente de resolución:

	Quejosos:	Expediente de AR ante el PTC.	Expediente de AR ante la SCJN	Sala de la SCJN en la que se encuentra radicado el AR.	Artículos de la LFTR vinculado al problema de constitucionalidad a resolver.
1	Gaia FM AC y Fundación Radiodifusora Capital AC	AR 17/2015	AR 756/2015	PS	Los artículos 89, fracción VII, séptimo y décimo séptimo transitorio
2	Radioigual SA de CV	AR 25/2015	AR 578/2015	PS	Los artículos 223, 224, 238, 251 y 253.
3	Emisora de Durango SA	AR 27/2015	AR 757/2015	PS	Los artículos 223, 224, 238, 251, 252 y 253.
4	XEHX, SA de CV; Radio Cajeme SA de CV; Jasz Radio, SA de CV; Óscar Bravo, SA de CV; y, Radio Mina, SA	AR 45/2015	AR 690/2015	SS	Artículos 223, 224, 238, 251, 252 y 253.
5	Carlos Alberto Brito Ocampo y otros.	AR 50/2015	AR 964/2015	SS	Los artículos 189 y 190, fracciones I, II y III.
6	María del Rosario Arce Escalante, por su propio derecho y como representante legal de Asesoría Profesional en Contaduría y Administración, Sociedad Civil Particular	AR 77/2015	AR 937/2015	SS	Los artículos 189 y 190.

Fuente: Elaboración Propia

SCJN equivale a Suprema Corte de Justicia de la Nación; PTC equivale a Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones; AR equivale a Amparo en Revisión; PS equivale a Primera Sala; SS equivale a Segunda Sala.

Cuadro 2: Amparos en Revisión conocidos por el STC, en el que por subsistir temas referentes al problema de constitucionalidad fueron remitidos ante la SCJN y que se encuentran pendiente de resolución:

[1110] De igual forma la SCJN, se pronunciará sobre el problema de constitucionalidad de los artículos 189 y 190 de la LFTR, en el Amparos en Revisión 937/2015 de la Segunda Sala.

	Quejosos:	Expediente de AR ante el STC.	Expediente de AR ante la SCJN	Sala de la SCJN en la que se encuentra radicado el AR.	Artículos de la LFTR vinculado al problema de constitucionalidad a resolver.
1	Organización Sonora SA de CV	AR 10/2015	AR 678/2015	PS	Los artículos 251 y 252.
2	Impulsora Radiofónica SA	AR 21/2015	AR 677/2015	PS	Los artículos 251 y 252.
3	*	AR 30/2015	AR 918/2015	PS	Artículos 122; 125, último párrafo; y 190, fracciones II, párrafo tercero, III y IX,
4	*	AR 43/2015	AR 917/2015	SS	Los artículos 223, 251,252 y 253.

Fuente: Elaboración propia.

SCJN equivale a Suprema Corte de Justicia de la Nación; STC equivale a Segundo Tribunal Colegiados en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones; AR equivale a Amparo en Revisión; PS equivale a Primera Sala; SS equivale a Segunda Sala; * equivale a nombre del quejoso reservado como dato confidencial.

VII Conclusiones

Con los contenidos bosquejados en esta ponencia se han aportado argumentos que afirman y contrastan nuestra hipótesis en el sentido de que el derecho procesal de las telecomunicaciones en México, es una parte especial de derecho procesal que tiene un renovado impulso con los cambios constitucionales y legales definidos a favor de la judicialización de los diferendos en materia de telecomunicaciones.

Como conclusión preliminar podemos señalar que el derecho procesal de las telecomunicaciones en México se define como una rama procesal especial que regula el proceso jurisdiccional, mediante el cual se resuelven las controversias legales, suscitadas con motivo de las impugnaciones de normas generales, o de los actos y resoluciones emitidas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones, impugnaciones que son conocidas y resueltas a través de los juicios de amparo, por los juzgados de distritos y tribunales colegiados especializados en esta materia y eventualmente resolutos en última instancia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De igual forma se puede concluir que con la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones en México, esa federación de instrumentos procesales, de la que nos habla en emérito investigado Héctor Fix-Zamudio (refiriéndose al amparo mexicano), nuevamente se ha trasformado y constitucionalmente se ha conferido al juicio de amparo una nueva función tutelar, la de ser un medio de impugnación de las resoluciones definitivas del órgano constitucionalmente autónomo Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Sin lugar a dudas esta parte especial del derecho procesal, que actualmente se encuentra en desarrollo, será objeto de estudios sistemáticos que contribuirán a su consolidación, sirva esta ponencia, como testimonio de interés sobre naciente rama.

Bibliografía

Acuerdo del Pleno del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI) tomado en sesión pública de fecha 13 de agosto de 2013, por lo que se resolvió no interponer acción de inconstitucionalidad en contra de diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión

Acuerdo General 22/2013, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal de fecha seis de agosto de dos mil trece, relativo a la conclusión de funciones de los Juzgados Cuarto y Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región, y su transformación como Juzgados Primero y Segundo de Distrito en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal, y jurisdicción territorial en toda la República y a la conclusión de funciones de los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región y su transformación como Primer y Segundo Tribunales Colegiados de Circuito en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República, así como su domicilio, fecha de inicio de funcionamiento y a las reglas de turno, sistema de recepción y distribución de asuntos entre los órganos jurisdiccionales indicados. y al cambio de denominación de la oficina de correspondencia común del Centro Auxiliar de la Primera Región.

Acuerdo del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, correspondiente a la sesión ordinaria celebrada el dieciocho de septiembre de dos mil trece, relativo a la comisión temporal de los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito titulares de los órganos jurisdiccionales en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

ALVAREZ GONZALEZ DE CASTILLA, Clara Luz, *Internet y Derechos Fundamentales*, México, Porrúa, 2011.

_____, *Derecho de las Telecomunicaciones*, México, 2° ed., Universidad Nacional Autónoma de México-IIJ, 2013.

_____, *Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información*, México, Novum, 2014.

ARELLANO TOLEDO, Wilma, Política y derecho de las telecomunicaciones en Europa, Norteamérica y México, Cámara de Diputados XL-Porrúa, 2009.

_____, "Políticas y derecho de las telecomunicaciones en américa del norte: la regulación de las telecomunicaciones en Canadá y Estados Unidos: competencia y servicio universal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie año XLII, núm. 124, 2009.

CALERO SANCHEZ, Natalia, "El nuevo IFAI: una caricatura de la Autonomía Constitucional", En Blog de la Revista Nexos "El juego de la Corte", México. Está disponible la siguiente dirección electrónica:
http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=4008

CULEBRO M., Jorge E. y GONZALEZ LAPORTE, Christian, "Regulación y evolución de organismos reguladores en telecomunicaciones: el caso de México y Francia", *Gestión y Políticas Públicas*, México, CIDE, Vol. XXII, Núm. 1, I Semestre, 2013.

DELPIAZZO, Carlos E., Derecho de las telecomunicaciones, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2005.

DEVI GRANADO, Isaac Alfonso, Derecho de los usuarios de las telecomunicaciones, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008.

Documento que contiene el análisis de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, relativo al Decreto por el que se expide la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano; y se reforman adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Consultable en la dirección electrónica:
http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/07/telecom-210714.pdf

ELIZONDO MEYER-SERRA, Carlos, "Constitución y telecom", *Letras Libres*, México, mayo, 2013.

_____, "¿Una nueva constitución en el 2013?: el capítulo económico", *Cuestiones constitucionales Revista Mexicana de derecho constitucional*, México, núm. 31, julio-diciembre 2014.

ESTEINOU MADRID, Javier, "La reforma constitucional de las telecomunicaciones y los cambios comunicativos para el país", *El Cotidiano. Revista de la realidad Mexicana actual*, México, UAM, año 30, núm. 181, septiembre-octubre, 2013.

HERNANDEZ OCHOA, Cesar Emilio, Efectividad de la regulación económica en el ordenamiento jurídico mexicano: el caso de las telecomunicaciones (Tesis Doctoral), México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

_____, *"III. La regulación y el sistema judicial se dan la mano: Los litigios del espectro radioeléctrico 2008-2011",* en: MARISCAL, Judith (editora), Licitación 21: Lecciones de políticas públicas en telecomunicaciones, México, CIDE, 2014.

LEVY MUSTRI, Irene y HABIB ORTIZ, Yamil (Coords.), Derecho de las Telecomunicaciones, Porrúa-Centro de Investigación e Informática-Escuela Libre de Derecho, México, 2014.

MONTERO PASCUAL, Juan José, Derecho de las Telecomunicaciones, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

_____, Regulación económica. La actividad administrativa de la regulación de los mercados, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.

ROLDAN XOPA, José, "IV. La Licitación 21. Intereses, jueces y estrategias en "justicia cautelar", en: *MARISCAL, Judith (editora), Licitación 21: Lecciones de políticas públicas en telecomunicaciones*, México, CIDE, 2014.

Sentencias analizadas:

Ejecutoria dictada en el Juicio de Amparo Indirecto No. 104/2014, del índice del H. Juzgado Primero en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Juicio de Amparo Indirecto No. 115/2014, del índice del H. Juzgado Primero en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Juicio de Amparo Indirecto No. 116/2014, del índice del H. Juzgado Primero en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Juicio de Amparo Indirecto No. 120/2014, del índice del H. Juzgado Primero en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Juicio de Amparo Indirecto No. 122/2014, del índice del H. Juzgado Primero en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Juicio de Amparo Indirecto No. 127/2014, del índice del H. Juzgado Primero en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Juicio de Amparo Indirecto No. 87/2014, del índice del H. Juzgado Segundo en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Juicio de Amparo Indirecto No. 108/2014, del índice del H. Juzgado Segundo en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Juicio de Amparo Indirecto No. 110/2014, del índice del H. Juzgado Segundo en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Juicio de Amparo Indirecto No. 223/2014, del índice del H. Juzgado Segundo en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Juicio de Amparo Indirecto No. 244/2014, del índice del H. Juzgado Segundo en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Juicio de Amparo Indirecto No. 254/2014, del índice del H. Juzgado Segundo en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Recurso de Revisión 17/2015 del índice del H. Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Recurso de Revisión 25/2015 del índice del H. Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Recurso de Revisión 27/2015 del índice del H. Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Recurso de Revisión 45/2015 del índice del H. Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Recurso de Revisión 50/2015 del índice del H. Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Recurso de Revisión 77/2015 del índice del H. Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Recurso de Revisión AR 10/2016, AR 21/2015; AR 30/2015, AR 43/2015, del índice del H. Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Recurso de Revisión 21/2015, del índice del H. Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Recurso de Revisión 30/2015, del índice del H. Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Ejecutoria dictada en el Recurso de Revisión 43/2015, del índice del H. Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República.

Reportes estadísticos contenidos en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE), del Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y Jurisdicción en toda la República, referentes a 249 expedientes de juicios de amparos indirectos del 77/2014 al 326/2014, consultables en línea en la dirección electrónica: http://www.dgepj.cjf.gob.mx

Reportes estadísticos contenidos en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE), del Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y Jurisdicción en toda la República, referentes a 244 expedientes de juicios de amparos indirectos del 75/2014 al 319/2014, consultables en línea en la dirección electrónica: http://www.dgepj.cjf.gob.mx

CAPÍTULO VIII. EL ACUERDO REPARATORIO EN EL JUICIO ORAL

Beatriz Gallegos Pérez[1111]

RESUMEN

El Estado mexicano se encuentra en la transición de un sistema inquisitivo a uno oral y acusatorio en donde destaca la importancia de la justicia alternativa, este Sistema de Justicia Penal establece los medios alternativos para responder a una concepción del proceso penal que privilegia la resolución de conflictos entre la víctima y el imputado haciendo mínima la intervención del Estado. Lo importante es que las partes, los implicados y los afectados por el delito se pongan de acuerdo sobre la mejor manera de resolver la controversia surgida y la forma en que se reparen los daños causados a la víctima, estableciéndose con ello la figura jurídica de los acuerdos reparatorios. Debemos reconocer un aspecto de gran importancia y fundamental en este trabajo, en el cual se estudiará al acuerdo reparatorio como un gran avance, ya que es una medida por demás efectiva para despresurizar el Sistema y evitar que todos los asuntos tengan que llegar al juicio oral, con la posibilidad de solucionar sus conflictos con medios alternativos que van a mejorar el Sistema ya que además de cumplir con los fines mediatos de la pena, van a asegurar la reparación del daño.

PALABRAS CLAVE: Juicio oral, reparación del daño, justicia restaurativa, acuerdo reparatorio, mecanismos alternativos, responsabilidad civil, responsabilidad penal.

ABSTRACT

The Mexican state is in the transition from one oral and adversarial inquisitorial system which highlights the importance of alternative justice, the Criminal Justice System provides alternative means to respond to a conception of the criminal process that favors conflict resolution between the victim and the person making minimum government intervention. What is important is that the parties involved and affected by crime to agree on the best way to resolve the dispute arose and how the damage caused to the victim is repaired, thereby establishing the legal form of the compensation agreements. We must recognize an issue of great importance and essential in this work, in which the compensation agreements as a breakthrough will be studied because it is a measure by other effective to depressurize the system and prevent all matters having to come to trial with the possibility of resolving their disputes by alternative means that will improve the system as well as meet mediate purposes of punishment, will ensure reparations.

KEY WORDS: Trial, reparations, restorative justice, compensation agreements, alternative mechanisms, civil liability, criminal liability.

[1111] Licenciada en Derecho por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Estudiante de la Maestría en Estudios Jurídicos con orientación en Derecho Constitucional y Derecho de la Persona, incorporadas al Programa Nacional de Posgrados de Calidad del CONACYT de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco en la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades. De forma escolarizada, con Matricula141F30001. Universidad Juárez de Tabasco. Correo: beatrizgallegos12@hotmail.com

I.- NOTA INTRODUCTORIA

En México el modelo de justicia del Sistema Mixto Inquisitivo había sido superado por la realidad en que nos encontrábamos inmersos, es decir procedimientos muy largos y con excesivos formalismos donde el derecho de la víctima a obtener la reparación del daño presentaba graves dificultades. Por ello la necesidad del cambio del sistema mixto inquisitivo a uno oral y acusatorio, llevándose a efecto la reforma Constitucional en materia de justicia penal el 18 de junio del 2008.

Donde se implementan los principios penales reconocidos internacionalmente, por ejemplo: La relevancia de la acusación, la imparcialidad del juez, la presunción de inocencia, el esclarecimiento judicial de los hechos y la importancia a la responsabilidad civil (reparación del daño), a través de la celebración del acuerdo reparatorio correspondiente.

Situaciones que mejoran la procuración de justicia, por todas las bondades que contempla el Sistema Penal Acusatorio, por ejemplo: Establece los mecanismos alternativos de solución de controversias y los procedimientos especiales, donde los acuerdos reparatorios obtienen gran importancia por mandato Constitucional, procurando asegurar la reparación del daño, sujetas a supervisión judicial en los términos que la legislación secundaria lo determine.

La celebración de los acuerdos reparatorios genera economía procesal, además de alcanzar un objetivo fundamental, como es lograr que la víctima de un delito esté cobijada y que el inculpado se responsabilice de sus acciones reparando el daño causado.

Esta investigación se desarrolló utilizando la DOCTRINA ANALÍTICA. Como método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de un hecho en particular. Es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia. Este método nos permite conocer más del objeto de estudio, con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías.

SOCIOLOGIA JURIDICA: La sociología es una ciencia social que estudia, describe, analiza y explica la causalidad de los procesos propios de la vida en la sociedad; busca comprender las interrelaciones de los hechos sociales desde una perspectiva histórica;

mediante el empleo de métodos sistemáticos de investigación científica, pretende ubicar el carácter de los conflictos y los problemas de la sociedad y sus relaciones con los individuos. Con un enfoque comparativo busca examinar las bases del desarrollo social y las tendencias propias de las comunidades en su nivel socio-político, económico y cultural. Es una ciencia relativamente nueva que se desarrolló a mediados del siglo XIX.

DERECHO COMPARADO: El derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un determinado país.

El derecho comparado obedece a que el ordenamiento jurídico difiere de un país a otro. Así, su estudio es necesario para apreciar tanto las diferencias y las semejanzas como los defectos y los aciertos de ese orden, esto con el fin de perfeccionar las instituciones de un país y, por ende, su sistema jurídico.

HISTORIA CRITICA: La crítica interna y externa son técnicas del método crítico de investigación que entienden a la consideración previa de que los productos culturales del hombre, materiales y espirituales, ocurren en el tiempo y en espacio. Otra técnica de la investigación crítica de la historia consiste en la heurística que se ocupa de recoger toda la información escrita sobre el asunto investigado. La crítica interna se ocupa de analizar la información que se obtiene del objeto en sí mismo, trátese de documentos escritos o no.

II.- ¿QUÉ ES EL JUICIO ORAL?

Si nos referimos a juicio oral como una etapa procesal se le considerara como la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación en el que deberá asegurar la efectiva vigencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad. Donde el juzgador que presida la audiencia de juicio después de desahogar las pruebas otorgará sucesivamente la palabra al

Ministerio Público, al Asesor jurídico de la víctima u ofendido del delito y al Defensor para que expongan sus alegatos de clausura.[1112]

Ahora bien si nos referimos al Sistema de Justicia Penal Acusatorio conocido y llamado de forma coloquial como juicio oral en su forma general describimos a una novedosa manera de administrar justicia en materia penal que acorta los tiempos, transparenta las determinaciones y reduce los gastos, ajustándose a las características y principios siguientes:

Características: Acusatorio y Oral.

Principios: Inmediación, Inmediatez, Contradicción, Concentración y Publicidad.[1113]

III.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

El decreto publicado en Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, que implementa en nuestro país el sistema de procedimiento penal acusatorio (juicios orales), estableció en el artículo 20 Constitucional, apartado A, fracción I, como uno de sus principios generales que: El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

En el apartado C, fracción IV, de este mismo artículo, con referente a los derechos de la víctima o del ofendido se expresa que: Se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

En este mismo apartado pero en la fracción VII, se establece el derecho de la víctima para impugnar ante la autoridad jurisdiccional el desistimiento de la acción penal o la suspensión del procedimiento cuando no se le haya reparado el daño ocasionado, porque si el Ministerio Público aplica un criterio de oportunidad para no continuar con el ejercicio de la

[1112] Código Nacional de Procedimientos Penales, Última reforma DOF 29 – 12- 2014, Artículo 399.
[1113] Poder Judicial del Estado de Chiapas, Juzgados de Control y Tribunal de Enjuiciamiento, p. 1, Juzgados de garantía y juicio oral- Poder Judicial del Estado…..
www.poderjudicialchiapas.gob.mx/..../juiciosorales.php

acción penal, o bien, ante la o el juez de control se decreta la suspensión del procedimiento, necesariamente debe garantizarse la reparación del daño en su totalidad. [1114]

IV.- ¿QUÉ ES LA JUSTICIA RESTAURATIVA?

La ley de acceso a la justicia alternativa para el Estado de Tabasco tiene su propio concepto donde menciona que la justicia restaurativa es el mecanismo mediante el cual la victima u ofendido, el imputado y la comunidad implicada trabajan en la solución de las consecuencias derivadas del delito, el delito pasa a ser considerado en primer lugar como una ofensa a las relaciones humanas y en segundo lugar una violación a la ley; es decir, es observado como la manifestación de un conflicto social; una incompatibilidad de conductas, percepciones, objetivos y afectos entre individuos o grupos; un proceso internacional antagónico en el que suele predominar la vía agresiva para el logro de los objetivos.

Se buscara la realización de un acuerdo que tome en cuenta las necesidades y responsabilidades individuales o colectivas de las partes.[1115]

La justicia restaurativa busca que después de la comisión del hecho delictivo existan nuevas oportunidades. Aprecia la realidad después del delito como un periodo de aprendizaje. El diálogo se percibe como algo beneficioso para el infractor, siendo de esta forma más consciente del daño que ha provocado en la víctima que en el proceso penal Mixto Inquisitivo. Se atienden las verdaderas necesidades creadas por el acto delictivo, tales como la seguridad, la reparación del daño, el restablecimiento de las relaciones o del daño físico. Se reconoce la existencia de otras víctimas además de la directamente afectada por el delito, así como a los miembros de la familia, amigos o personas cercanas a ella. Prevalecen las ideas de proceso comunicacional, la noción de partes y la existencia de acuerdos restauradores; que permiten la participación activa en el proceso, lo que no tiene cabida en el procedimiento penal tradicional Mixto Inquisitivo. Así, los valores presentes en la justicia reparadora se concentran en: compensar, en lugar de castigar, reintegrar, en lugar de excluir, y mediar, en lugar de imponer.

1114 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Última reforma publicada DOF 27-05-2015 Última reforma publicada DOF 27-05-2015, Artículo, 20.

[1115] Ley de Acceso a la Justicia Restaurativa para el Estado de Tabasco, Publicada en el Diario Oficial SUP. D: 7302 del 29 de agosto del 2012, Artículo 3, inciso IV.

Nos encontramos ante un tipo de justicia en que se destaca la importancia de incrementar la participación de las víctimas y de las comunidades en el proceso de recreación del sistema para que los victimarios se consideren como responsables de sus actos, ofreciéndoles al mismo tiempo la oportunidad de enmendar directamente su conducta ante las personas y la comunidad a quienes violentaron. Lo que no debe confundirse en ningún caso, es el término de justicia reparadora, con el término de justicia restaurativa, puesto que no es lo mismo. La justicia reparadora se centra fundamentalmente en la recuperación y reintegración del delincuente, mientras que la restaurativa se dirige no sólo al infractor, sino a la víctima y a la colectividad.[1116]

V.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Después de estudiar los juicios orales resulta indispensable el análisis de las formas alternativas de justicia, por medio de las cuales se pueden evitar que innumerables conflictos se ventilen en los tribunales. Las formas alternativas de justicia se encuentran plasmadas como mandato en nuestra Constitución mexicana establecidas en el artículo 17 en su párrafo tercero expresa que se aplicarán mecanismos alternativos para la solución de controversias, siendo de gran importancia para su aplicación la reparación del daño, considerándolo un gran avance para la solución de los problemas con referencia a la reparación del daño, ya que la víctima no tendrá que tramitar todo un proceso jurisdiccional para poder solucionar el problema penal que tenga, para ello podrá recurrir a lo que se denomina justicia alternativa, siendo esta una respuesta de menor contenido represivo pero de mayor calidad si se compara con una pena privativa de libertad, ya que cumple con mayor certeza con el carácter resocializador al que un sistema penal debe aspirar.[1117]

VI.- ¿QUÉ SON LOS ACUERDOS REPARATORIOS?

[1116] Martínez Sánchez, Cristina, *La justicia restaurativa: un cambio de paradigma en el sistema penal de justicia*, Trabajo de fin de Master, Universidad Zaragoza, España, 2014.
[1117] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Última reforma publicada DOF 27-05-2015 Última reforma publicada DOF 27-05-2015, Artículo, 17.

El Código Nacional de Procedimientos Penales contiene el concepto del acuerdo reparatorio pronunciando que son aquéllos que se efectúan entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal.[1118]

Una vez redactado el acuerdo y cumplidos los requisitos de procedencia, el juez de garantía debe aprobar el respectivo acuerdo reparatorio para que produzca efectos jurídicos. Previamente de aprobar dicho acuerdo, el juez debe cuidar que las partes hayan dado su consentimiento de manera libre y con pleno conocimiento de sus derechos, es decir, el juez de garantía realiza un control de legalidad respecto del cumplimiento de los requisitos formales para alcanzar el acuerdo, el Tribunal está obligado a aceptar el contenido del acuerdo. De esta manera se evitara que las personas que tienen más poder ejerzan su influencia sobre otras. Si no existiera ese control de parte del juez en defensa de los más débiles, se haría realidad la crítica que se ha planteado en el sentido de que el derecho penal se transformaría en un instrumento que ampliaría las diferencias entre poderosos y los débiles en el proceso penal. Buscando de esta manera que la intervención del juez de garantía ponga límites y controle esta situación.

Para confirmar la situación descrita en el párrafo anterior, el juez podrá realizar un interrogatorio a las partes en la audiencia y rechazar el acuerdo si considera que este requisito no concurre respecto de cualquiera de ellas.[1119]

VII.- OBJETIVO DEL ACUERDO REPARATORIO

El objetivo principal y de mayor importancia es conseguir que la víctima se sienta reparada por las disculpas o por la reparación del daño expresado en el acuerdo reparatorio, diferenciándose con esta característica del Sistema Penal Mixto Inquisitivo.

El acuerdo reparatorio también tiene como objetivo hacer responsable al delincuente de su conducta, su reintegración social, que junto con la víctima, resultó dañada por el hecho delictivo.[1120]

[1118] Código Nacional de Procedimientos Penales, Última Reforma DOF. 29-12-2014, Artículo 186.
[1119] Videla Bustillos, Lino, "*Los acuerdos reparatorios a la Luz del concepto de reparación",* Revista d Estudios de Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, n 13, año 2010, p. 310

Resulta importante reconocer que el delito no solo produce un daño material evaluable en dinero, sino también y muchas veces igual de importante el daño

Psicológico o emocional, el miedo, la angustia, la intranquilidad por la intromisión de un individuo en nuestras vidas así como de un hecho perturbador de nuestro equilibrio. Nuestra Constitución es muy clara al expresar que las leyes secundarias tendrán la prevención de aplicar los mecanismos alternativos de controversias para proteger a la víctima, así mismo y determinantemente se refiere que en la materia penal se regularan y se preverán el uso de estos mecanismos pero sobre todo destaca que se garantizara la reparación del daño[1121], me parece importante mencionar que dicha reparación no debe ser limitada a los conceptos tradicionales de indemnización, por ejemplo: no significa necesariamente la indemnización sea en sumas de dinero, la restitución del bien o el pago de su valor. Se han aceptado la adopción de conductas tales como el perdón del ofendido, la petición personal o pública de las disculpas, la actitud de no reclamar absolutamente nada y pedir que el caso se archive, es decir, ni siquiera pedir disculpas ni nada, dejando también la posibilidad que sea a través de un servicio a favor de la víctima o de la comunidad, incluso, mediante compromisos personales como son el asistir a cursos obligatorios, a programas de tratamiento, etc. Lo importante es que la víctima se sienta beneficiada o satisfecha, por ello se ha considerado que el cumplimiento de esta reparación no necesariamente tiene que ser inmediata, su realización puede llevarse a efecto en plazos, tampoco debe ser idéntica al daño causado. Otro caso es la adjudicación de bienes. Se puede decir que sea cual sea la condición que se imponga para la reparación del daño y las condicionantes de conducta estas deberán ser aceptadas voluntariamente por el imputado. Esta aceptación voluntaria, además de respetar sus derechos constitucionales, nos demostrara que el imputado tiene toda la disponibilidad de cumplirlas, sin olvidar que debe prevalecer el principio de proporcionalidad. Las condicionantes de conducta deben ser posibles de realizarse por el imputado, observándose un límite para estas pues su aplicación deberán estar tuteladas por el principio de legalidad que exige que todas las medidas que se impongan estén previstas en la ley.[1122]

[1120] Hurtado Poma, Juan, Teoría y práctica de los acuerdos reparatorios y justicia restaurativa en el nuevo proceso penal, Editorial Grijley, Perú, 2011, p. 195 y 196

[1121] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Última reforma publicada DOF 27-05-2015 Última reforma publicada DOF 27-05-2015, Artículo, 17.

[1122] Vasconcelos Méndez, *Rubén, Principio de oportunidad y salidas alternativas en el nuevo proceso penal mexicano,* Editorial Flores Editor, México, 2012, p. 189- 191.

VIII.- SUJETOS LEGITIMADOS PARA EL ACUERDO REPARATORIO

En México el Código Nacional de Procedimientos Penales reconoce como sujetos legitimados para efectuar un acuerdo reparatorio a los siguientes:

1.- El imputado

Toda persona que el Ministerio Público señale como posible autor o participe de un hecho cuando la ley considere que este hecho es un delito se le llamara generalmente imputado, a la persona que se le formule una acusación se le llamara acusado y cuando la sentencia ha recaído en una persona aunque no haya sido declarada firme esta sentencia se le llamara sentenciado.[1123]

2.- La víctima u ofendido

Cuando una afectación producida por la conducta delictiva la resienta directamente sobre su persona un sujeto pasivo a este se le considerará como víctima. A hora cuando el bien jurídico se ha lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión y se prevenga en la ley penal como delito se denominará como ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado.

En aquellos delitos donde se cause la muerte de la víctima o en aquellos casos donde esta no pueda ejercerlos personalmente se tomarán como ofendidos a los siguientes en este orden: El o la cónyuge, la concubina o concubinario, el conviviente, los parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima.

En nuestra Constitución Política así como en todos aquellos ordenamientos jurídicos aplicables se reconoce que la víctima u ofendido tienen derechos y prerrogativas.[1124]

Los derechos de la víctima se encuentran expresados en el Código Nacional de Procedimientos Penales así como en la Ley General de Víctimas. El primero otorga el

[1123] Código Nacional de Procedimientos Penales, Última Reforma DOF 29-12-2014, Artículo 112

[1124] La Constitución Mexicana en su Artículo 17, en su párrafo quinto manifiesta que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en que se requerirá supervisión judicial.

derecho de participar en los mecanismos alternativos de solución de controversias, a que se le garantice la reparación del daño durante el procedimiento en cualquiera de las formas prevista en el Código Nacional de Procedimientos Penales, a que se le repare el daño causado por la comisión del delito, pudiendo solicitarlo directamente al Órgano Jurisdiccional, sin perjuicio de que el Ministerio Público lo solicite[1125]. EL segundo en mención reconoce como derechos a la víctima: A tomar decisiones informadas sobre las vías de acceso a la justicia o mecanismos alternativos, a una investigación pronta y efectiva que lleve a la identificación, captura, procesamiento y sanción de manera adecuada de todos los responsables del daño, al esclarecimiento de los hechos y a la reparación del daño.[1126]

3.- El ministerio público

Se denominará como Ministerio Público a la Fiscalía u órgano acusador, tanto en el ámbito federal como en las entidades federativas, quien tendrá la obligación de iniciar la investigación cuando así proceda, será el representante de la sociedad ejerciendo la acción penal en nombre del Estado. Entre sus funciones estará la de ordenar que se efectué la recolección de indicios y medios de prueba para ser consideradas en sus resoluciones y en las del órgano jurisdiccional.

Para la reparación del daño tendrá que recabar los elementos necesarios que determinen el daño causado por el delito, y así poder tener una cuantificación del mismo para efectuar su reparación, con esta información procederá a solicitar el pago de la reparación del daño a favor de la víctima u ofendido del delito, sin perjuicio de que éstos lo pudieran solicitar directamente.[1127]

4.- El juez de control

Al referirnos al Juez de Control esta función recaerá en el órgano jurisdiccional del fuero federal o del fuero común que tendrá su intervención desde el principio del procedimiento concluyendo hasta dictado el auto de apertura a juicio, ya sea local o federal.

[1125] Código Nacional de Procedimientos Penales, Última Reforma DOF 29-12-2014, Artículo, 109
[1126] Ley General de Víctimas, Última reforma DOF, 03-05-2013, Artículo 7.
[1127] Código Nacional de Procedimientos Penales, Última Reforma DOF 29-12-2014, Artículo, 131.

La víctima, el ofendido o el Ministerio Público podrán solicitar al Juez de Control providencias precautorias para que con ellas se garantice la reparación del daño.[1128]

El juez podrá decretar las providencias precautorias cuando la víctima, ofendido o Ministerio Público, aporten datos de prueba que garanticen la posibilidad de que el imputado será responsable de repararlo. Solo a petición del imputado o de terceros interesados la providencia precautoria ya decretada podrá ser revisada, modificada, sustituida o cancelada, donde previamente la víctima u ofendido y el Ministerio Público deberán ser escuchados.

Estas providencias podrán ser canceladas solo si el imputado garantiza o page la reparación del daño.

También podrán ser canceladas si fueron decretadas antes de la audiencia inicial o cuando el Ministerio Público no las promueva o no solicite una orden de aprehensión en los términos que señala el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Cuando se declare fundada la solicitud que cancele el embargo y fue solicitada por la persona a la cual se le decreto dicho embargo o de un tercero, así como cuando se dicte sentencia absolutoria, se decretara el sobreseimiento o se absuelve a esta persona de la reparación del daño. En caso contrario si la sentencia que condena a reparar el daño cause ejecutoria estas providencias serán efectivas a favor de la víctima u ofendido.

El Código Federal de Procedimientos Civil nos dirigirá hacia las reglas generales para hacer efectivo el embargo.

Cuando se impongan medidas de protección y providencias precautorias estas no podrán excederse de 60 días naturales, pudiendo solicitar una prórroga hasta por 30 días más. Solo el imputado, su defensor o el Ministerio Público podrán solicitar al juez de control que deje sin efecto estas medidas o providencias siempre y cuando la causa que dio origen a la medida decretada desaparezca.[1129]

IX.- RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

La responsabilidad civil y penal pueden concurrir y de ahí su posible confusión.

[1128] Podrán ser providencias precautorias las siguientes: El embargo de bienes y la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero.
[1129] Código Nacional de Procedimientos Penales, Última Reforma DOF 29-12-2014, Artículo, 3, 138 y139.

Por ello expondremos algunas características que nos darán las diferencias entre ellas y tener más claro sus conceptos y posteriormente estudiaremos cuáles son sus concurrencias.

Como responsabilidad penal entendemos que es aquella que se realiza ante las leyes por la comisión de actos delictivos, esto es, basados en el dolo o voluntad de hacer daño o quebrantar la ley (cuales quiera que sean los fines que se persigan). Esta clase de responsabilidad hace a la persona que realiza un hecho considerado como delito idónea de ser juzgada y eventualmente condenada a sufrir una pena, que es la satisfacción que reclama la sociedad para restablecer el equilibrio que ha sido alterado con la acción dolosa. La pena consiste por lo general en la privación de la libertad del ofensor, pero también puede significar la retribución de una cantidad de dinero por concepto de multa. Se parte del supuesto de que en este tipo de actos antijurídicos la sociedad como un todo es ofendida y por lo tanto la satisfacción que se impone se dirige a esa misma sociedad.

La pena surge por la realización de la conducta descrita en la ley penal que tiene como elementos básicos que la acción debe ser típica, esto es que la conducta punible esté descrita previamente en la ley; antijurídica, que, sin justa causa, ponga en peligro (tentativas) o lesione el bien jurídico tutelado y culpable, es decir que el autor haya actuado con dolo directo, culpa o preterintención. La obligación de indemnizar surge por un daño a un tercero causado con una conducta dolosa o culposa.[1130]

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis aislada define el concepto y clasificación de la Responsabilidad Civil de la manera siguiente:

La responsabilidad civil conlleva la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados por un incumplimiento a las obligaciones asumidas (fuente contractual) o por virtud de un hecho ilícito o riesgo creado (fuente extracontractual); de ahí que, de ser posible, la reparación del daño debe consistir en el establecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios. Ahora bien, la responsabilidad civil extracontractual puede ser de naturaleza: 1) objetiva, derivada del uso de objetos peligrosos que crean un estado de riesgo para los demás, independientemente de que la conducta del agente no haya sido culposa, y de que no haya obrado ilícitamente, la cual se apoya en un elemento ajeno a la conducta; o 2) subjetiva, la cual deriva de la comisión de un

[1130] Velásquez Posada, Obdulio, *Responsabilidad Civil extracontractual,* Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2011, p. 25

hecho ilícito que, para su configuración requiere de una conducta antijurídica, culposa y dañosa.[1131]

El delito penal puede ser fuente de responsabilidad patrimonial, es decir, hacer nacer la obligación en cabeza del autor del delito o del civilmente responsable de indemnizar, reparar un daño patrimonial por el hecho punible. Lo anterior ha obligado a autores, legisladores y jueces a exponer en no pocas oportunidades las diferencias y semejanzas entre los dos tipos de responsabilidad, por un mismo acto humano, por ejemplo un homicidio, se genera responsabilidad penal (prisión) y al mismo tiempo responsabilidad civil (obligación de indemnizar a los familiares de la víctima y a toda persona que le haya acarreado un daño esa muerte). [1132]

Como se ve, el que ambas responsabilidades, penal y civil, tengan la misma fuente: la conducta realizada por una persona de matar a otro (en los casos de homicidio), y que se puedan procesalmente tramitar conjuntamente las dos acciones (penal y civil) no significa que ambas se confundan o no tengan una naturaleza jurídica propia.

La responsabilidad penal por su parte gira en torno de la pena y la medida de aseguramiento, que rige por los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.[1133]

X.- TIPOS DE DELITOS QUE PUEDEN GENERAR UN ACUERDO REPARATORIO

1.- Delitos que se persiguen por querella

En este caso se trata del requisito de procedibilidad, cuando la persona titular del bien jurídico afectado, ya sea por sí o por su representante legal, hace del conocimiento del delito a la autoridad competente (ministerio público) para dar inicio a la averiguación previa. Por ejemplo, daño a la propiedad privada, fraude, o aquellos cuyos resultados de afectación sea inferior a cinco mil salarios mínimo.[1134]

[1131] Tesis 1ª LII/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Tomo I, febrero 3 de 2014, p. 683.
[1132] Posada Velázquez, Obdulio, *La responsabilidad…….* op cit, p. 23
[1133] Ídem.
[1134] La Constitución mexicana en su artículo 16, párrafo tercero instituye la denuncia y la querella como las únicas formas legales a partir de las cuales puede iniciarse una investigación ministerial. Lo que coloca a estas figuras jurídicas como requisitos de procedibilidad, es decir, como condiciones sin cuyo cumplimiento no se puede iniciar o continuar con la averiguación previa.

2.- Delitos culposos

Éste se refiere cuando el agente que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.[1135]

3.- Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre la persona

El Código Penal para el Distrito Federal ha contemplado nueve figuras para proteger los distintos elementos del patrimonio, mismo que sí se efectúan sin violencia sobre la persona víctima de estos delitos podrán ser considerados para efectuar un acuerdo reparatorio, a continuación mencionaremos aquellos delitos que refiere este Código:

1.- Robo

2.- Abuso de confianza

3.- Fraude

4.- Administración fraudulenta

5.- Insolvencia fraudulenta en perjuicio de acreedores

6.- Extorción

7.- Despojo

8.- Daño a la propiedad

9.- Encubrimiento por receptación[1136]

XI.- ETAPA PROCESAL PARA CELEBRAR EL ACUERDO REPARATORIO

El acuerdo reparatorio podrá solicitarse desde la presentación de la denuncia o querella, en cualquier momento siempre y cuando se realice antes de acordarse la apertura a juicio oral, esta oportunidad surge en el momento en que el imputado o el asunto es puesto a disposición o dado a conocer al Ministerio Público, quien en la audiencia de formalización de la investigación hará la invitación a las partes para efectuar un acuerdo reparatorio, debiendo informarles a las partes los efectos del acuerdo. Se podrá llevar a efecto en una audiencia

[1135] Código Penal Federal, Última reforma publicada DOF 12 – 03- 2015, Artículo, 9.
26 Código Penal para el Distrito Federal, Última reforma publicada DOF 18- Diciembre- 2014, Título Décimo Quinto " Delitos contra el Patrimonio" 1.- Artículos 220-226, 2.- Artículos 227 – 229, 3.- Artículos 230- 233, 4.- Artículo 234, 5.- Artículo 235, 6.- Artículo 236, 7.- Artículo 237-238, 8.- Artículos 239- 242, 9.- Artículos 243-245.

especialmente solicitada por cualquiera de las partes en la etapa de investigación inicial, estos acuerdos deberán ser aprobados por el Ministerio público.

Dentro de los cinco días siguientes a la aprobación del acuerdo las partes tendrán el derecho de acudir con el juez de control en caso que ellos consideren que el mecanismo alternativo de solución de controversias no se desarrolló conforme a los principios del acuerdo reparatorio.

Ahora bien si el juez de control determina que no se dieron las condiciones para efectuar el acuerdo, podrá declarar como no celebrado el acuerdo reparatorio, procediendo a realizar las modificaciones que nuevamente se acuerde entre las partes.

Es importante mencionar que antes de ser aprobado el acuerdo por el juez de control o por el ministerio público, dependiendo de la etapa del procedimiento en que se encuentre estos funcionarios tendrán que verificar que las obligaciones que se expresen no resulten desproporcionadas y que las partes o intervinientes estuvieron en condiciones de igualdad para negociar, así como que ninguno haya aceptado o actuado bajo condiciones de intimidación, amenaza o coacción.

A partir de la etapa de investigación complementaria los acuerdos deberán ser aprobados por el juez de control, si ya sea dictado el auto de vinculación a proceso pero no sea dictado el auto de apertura a juicio las partes podrán solicitar al juez de control que suspenda el proceso penal hasta por treinta días con la finalidad de llevar a efecto un acuerdo reparatorio, en la audiencia donde se resuelva la solicitud de la suspensión condicional del proceso, el imputado deberá plantear, un plan de reparación de daños y el plazo para cumplirlo.

Ahora bien si las partes llegarán a realizar el acuerdo reparatorio solo ellas podrán determinar el tiempo para realizarlo, en caso de que el cumplimiento sea de forma diferida pero no se señale el plazo para concluirlo este se entenderá que será por un año, en el transcurso de este año quedara suspendido el trámite del proceso y la prescripción penal. Pero si el imputado sin causa justificada no cumple sus obligaciones pactadas, la investigación o el proceso continuará como si no se hubiera celebrado el acuerdo.

Si se cumpliese el acuerdo en su totalidad de tiempo y forma el juez de control procederá a decretar la extinción de la acción dicho decreto será considerado como sentencia ejecutoriada.[1137]

CONCLUSIÓN

Este trabajo pretende mostrar la forma en que sea regulado el acuerdo reparatorio como una salida alternativa en el nuevo proceso penal, después de su estudio podemos concluir que sin duda alguna se obtuvieron avances en el Sistema Jurídico Mexicano.

1.- Podemos decir que la inclusión de los mecanismos alternativos de solución de controversias en el nuevo proceso penal mexicano, nos ha forjado un nuevo concepto sobre la procuración e impartición de justicia, considerando a estos mecanismos como un gran avance, ya que son una medida por demás efectiva para despresurizar el sistema y evitar que todos los asuntos tengan que llegar al juicio oral, con la posibilidad de solucionar los conflictos con estos mecanismos alternativos mejorando así al sistema jurídico porque además de cumplir con los fines mediatos de la pena, van a asegurar la reparación del daño.

2.- Con la existencia del acuerdo reparatorio no solo se beneficia el Estado al obtener una mayor fluidez en el proceso, también la víctima u ofendido será favorecida pues estos mecanismos asegurarán la reparación del daño, garantía consagrada en nuestra Constitución, la cual busca, la amplia participación de la víctima en el procedimiento, en el que debe ser tratada de manera respetuosa y justa, pero que además de ser escuchada, recupere las pérdidas que el delito le provocó, tales como la dignidad, la seguridad, la tranquilidad, etc. Es decir se trata de que la víctima obtenga la reparación del daño causado por un delito, pero sobre todo que se sienta satisfecha con las medidas acordadas. Por eso uno de los ejes fundamentales del sistema Penal Acusatorio de México es la protección integral de los derechos de la persona que es la víctima del delito, el cual constituye el gran reto a garantizar en nuestro país, otorgando a los ciudadanos confianza y credibilidad en las instituciones encargadas de la

[1137] Código Nacional de Procedimientos Penales, Última Reforma DOF 29-12-2014, Artículos 188 y189.

procuración de justicia, cambiando así la idea que existe en nuestro país de que todo aquello donde se lleva un proceso penal o civil existe corrupción, la victima ya no quiere procesos tan largos, que la prisión no sea la única forma de hacer justicia, que el delincuente reintegre el patrimonio que sustrajo, que page el daño que ocasionó.

3.- Los acuerdos reparatorios también han considerado que el imputado es beneficiado con los mecanismos alternativos de solución de controversias, pues al lograr que el imputado se sienta responsable de sus actos repare el daño de forma voluntaria, y obtenga beneficios, puede hacerse acreedor a la suspensión del proceso a prueba, donde evitara la continuación de la persecución penal y la eventual imposición de una sanción punitiva al imputado que podría ocasionarle una estigmatización social por un tiempo indeterminado, evitara el trámite del proceso, lo cual le traería ahorro de recursos económicos y físicos para el imputado como para los familiares que lo acompañan en el proceso, así como su introducción a los reclusorios.

BIBLIOGRAFÍA

Código Nacional de Procedimientos Penales, Última reforma DOF 29 – 12- 2014.

Código Penal Federal, Última reforma publicada DOF 12 – 03- 2015.

Código Penal para el Distrito Federal, Última reforma publicada DOF 18- Diciembre- 2014.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Última reforma publicada DOF 27-05-2015.

Hurtado Poma, Juan, *Teoría y práctica de los acuerdos reparatorios y justicia restaurativa en el nuevo proceso penal*, Editorial Grijley, Perú, 2011.

Ley de Acceso a la Justicia Restaurativa para el Estado de Tabasco, Publicada en el Diario Oficial SUP. D: 7302 del 29 de agosto del 2012.

Ley General de Víctimas, Última reforma DOF, 03-05-2013.

Martínez Sánchez, Cristina, *La justicia restaurativa: un cambio de paradigma en el sistema penal de justicia*, Trabajo de fin de Master, Universidad Zaragoza, España, 2014.

Poder Judicial del Estado de Chiapas, Juzgados de Control y Tribunal de Enjuiciamiento, p. 1, Juzgados de garantía y juicio oral- Poder Judicial del Estado…..

Tesis 1ª LII/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Tomo I, febrero 3 de 2014, p. 683.

Vasconcelos Méndez, *Rubén, Principio de oportunidad y salidas alternativas en el nuevo proceso penal mexicano*, Editorial Flores Editor, México, 2012.

Velásquez Posada, Obdulio, *Responsabilidad Civil extracontractual*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2011.

Videla Bustillos, Lino, "*Los acuerdos reparatorios a la Luz del concepto de reparación",* Revista de Estudios de Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, n 13, año 2010, www.poderjudicialchiapas.gob.mx/..../juiciosorales.php

CAPÍTULO IX. TRANSFERENCIA DE DATOS PERSONALES EN MÉXICO. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Miguel De la Cruz De la Cruz[*]

SUMARIO:

I. *Introducción*. II. *Planteamiento del problema*. III. *Definición de trasferencia de datos personales y sujetos activos*. IV. *Tipos de transferencia de datos personales.* V. *autodeterminación informativa* y el aviso de privacidad. VI. *Derechos protegidos: dignidad, intimidad, vida privada, privacidad vs transferencia de datos personales*. VII. *Marco jurídico nacional e internacional*. VIII. Criterio jurisprudencial 2015 sobre la a*plicabilidad de la Directiva 95/46/CE: España y Estados Unidos de América*. IX. *Flujo transfronterizo de datos, perspectivas de protección en México*. X. *Conclusiones*. XI. *Bibliografía.*

RESUMEN:

Este artículo presenta de manera sistemática y objetiva los avances en materia de transferencia de datos personales en México desde la expedición de diversas leyes secundarias sobre el derecho a la protección de datos personales -2002 al 2015- en posesión de un ente público o privado, ya que ha generado una serie de debate público en la que se expone la falta de recursos efectivos para tutelar de manera idónea los derechos fundamentales contenidas en la Constitución; para esto se propuso el análisis jurídico-crítico y comparativo entre la legislación vigente nacional e internacional sobre los sistemas de protección y su eficacia ante la transferencia de datos personales, con el propósito de plantear posibles soluciones que encuentren sustento en los principios *pro homine*, dignidad de la persona y autodeterminación informativa.

PALABRAS CLAVES: Transferencia de datos, protección de datos personales, flujo transfronterizo de datos, autodeterminación informativa.

ABSTRACT:

This article presents a systematic and objective manner progress on transfer of personal data in Mexico since the issuance of various secondary laws on the right to the protection of personal data -2015 -2002- to hold a public or private entity, and which it has generated a series of public debate in which the lack of effective remedies set forth in an appropriate way to safeguard the fundamental rights contained in the Constitution; for this legal-critical and comparative analysis of national and international legislation on protection systems and effectively to the transfer of personal data set, in order to propose possible solutions to find support in the principle of the supremacy, dignity of the person and informational self-determination .

KEYWORDS: Data transfer, protection of personal data, border flow of personal data, informational self-determination.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de la protección de datos personales, México ha reformado diversos normativos internos comenzando con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos -en

[*]Estudiante de la Maestría en Estudios Jurídicos por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, becario del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

adelante Constitución- reconociendo así en su segundo párrafo del artículo 16,[1138] como derecho fundamental; del cual prevé una serie de principios y deberes que los sujetos obligados deben de observar durante el tratamiento de datos personales y crear mecanismos o procedimientos específicos que faciliten el acceso, rectificación, oposición y cancelación de los mismos.

Derivado de lo anterior, diversas leyes secundarias han establecido la regulación procedimental sobre el tratamiento de los datos personales en respuesta a la protección contenida en la Constitución entre ellas están la: Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental -LFTAIPG-,[1139] Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares -LFPDPP-,[1140] Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública – LGTAIP-.[1141]

En tales consideraciones, por criterio metodológico del proceso deductivo-inductivo, se parte en el presente trabajo de investigación de conceptos sobre de qué se entiende por transferencia de datos, tipos de transferencia de datos, los sujetos activos en la transferencia; su vinculación con definiciones referentes a la dignidad, intimidad, vida privada, privacidad, autodeterminación informativa; después el marco normativo vigente en México y en el derecho internacional sobre la protección y transferencia de datos personales; continuando con las normativas vigentes en los países como España y Estados Unidos de América, del tribunal internacional como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; que, mediante el análisis y uso del método jurídico-crítico, derecho comparado contrastar la realidad jurídica existente en México sobre transferencia de los datos personales en posesión del Estado y de los particulares.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

[1138] DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2009, Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 01 de junio de 2009.

[1139] DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2002, Decreto por el que se expide la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, México, *DOF*, 11 de junio de 2002.

[1140] DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2010, Decreto por el que se expide la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, México, *DOF*, 05 de julio de 2010.

[1141] DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2015, Decreto por el que se expide la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, México, *DOF*, 11 de junio de 2015,

De la internalización de los derechos humanos, el Estado mexicano a fin de crear certeza y seguridad jurídica, ha emprendido diversas reformas a la Constitución como principal garante protectora de los derechos fundamentales; es así que para garantizar el derecho de todo gobernado a la protección de sus datos personales ha expedido diversas leyes secundarias, reglamentos, acuerdos institucionales de organismos autónomos que especifican los procedimientos y lineamientos que regulan el tratamiento de aquellos datos esenciales de toda persona que debe permanecer privada y secreta salvo el consentimiento expreso para su divulgación o transferencia.

En materia de protección de datos personales el poder legislativo ha expedido de manera subsecuente las siguientes leyes: Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental -2002-, Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares -2010-y la reciente expedición de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública -2015-. Así mismo, del alcance jurídico que ha generado la aplicación de estas leyes en comparación al derecho internacional respecto de países como España y Estados Unidos de América y de tribunales internacionales como el Tribunal de Justicia Europeo, la respectiva aplicación de criterios protectores de derechos humanos dignidad, vida privada, protección de datos personales, autodeterminación informativa y demás derechos fundamentales. Esto genera una pregunta, ¿en el pragmatismo jurídico[1142] de la realidad social existente en México, ha sido suficiente o no los medios de control sobre la transferencia de datos personales tanto de manera interna –sector público y privado- como externa hacia otros países en comparación a las normas de derecho internacional?

Criterio de comparación con países europeos que han sentado las bases jurídicas sobre la transferencia de datos en la Comunidad Europea que se observarán a lo largo de este trabajo de investigación acorde a criterios metodológicos, así como reconocer y analizar las

[1142] UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO, "Concepto de pragmatismo", *biblioteca virtual latinoamericana*, *Diccionario de filosofía latinoamericana*, México, UNAM, en la cual define al pragmatismo "Es una concepción filosófica acerca de la verdad, es un método de análisis del significado de las proposiciones a partir de las consecuencias prácticas y efectos que generan tales enunciados. El método pragmático trata de interpretar cada noción, trazando su respectiva consecuencia práctica", es decir define al pragmatismo teniendo como fin principal la utilidad práctica y funcional al valor práctico; concepto que a trasladando a este trabajo de investigación es la relación existente entre la utilidad práctica de las leyes de protección de datos personales en México referente a la transferencia de los mismos, disponible en: *http://www.cialc.unam.mx/pensamientoycultura/biblioteca%20virtual/diccionario/pragmatismo.htm*

distorsiones derivadas de trasferencia de datos personales para llegar al análisis sobre la necesidad de proteger esa trasferencia de datos personales garantizados en la Constitución Mexicana.

III. DEFINICIÓN DE TRASFERENCIA DE DATOS PERSONALES Y SUJETOS ACTIVOS

La Constitución establece una serie de garantías de protección en la que el gobernado obtiene herramientas jurídicas para poder enfrentar las intromisiones ajenas que vulneren sus derechos fundamentales; el derecho a la protección de datos personales es la que protege la intromisión no deseada de actos de autoridad y de particulares que pretenden hacer uso de los datos generales, así como las más sensibles. Los datos personales se definen como: "Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable"[1143] y, datos sensibles como:

> Aquellos datos personales que afecten a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. En particular, se consideran sensibles aquellos que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente y futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas, preferencia sexual.[1144]

De la definición dada, el legislador tomó en cuenta diversos criterios axiológicos al valorar que es necesaria proteger la esfera más íntima de cada persona, en especial aquellos datos que vinculen a esa intimidad, catalogando de manera enunciativa mas no limitativa como datos totalmente sensibles aquellos que revelen el origen racial, étnico, genéticos, preferencia sexual, etc., en donde el uso de manera arbitraria por parte de aquellos sujetos responsables u obligados[1145] que generen discriminación, y por tanto un daño totalmente irreparable o cuantificable a su persona ante la sociedad.

[1143] LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE LOS PARTICULARES, artículo 3º., fracción V.

[1144] *Ibídem*, artículo 3º., fracción VI.

[1145] La diferencia conceptual entre sujeto responsable y sujeto obligado, debe ser entendida de conformidad al ámbito de aplicación material de las normas en cuestión. Sujeto responsable es definida en el artículo 3º., fracción XIV, de la *Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares*, "Persona física o moral de carácter privado que decide sobre el tratamiento de datos personales", regula el derecho privado entre particulares y; sujeto obligado definida en el artículo 23: "Son sujetos obligados a transparentar y permitir el acceso a su información y proteger los datos personales que obren en su poder: cualquier autoridad, entidad,

En cuanto a la transferencia de datos personales puede desprenderse de la definición dado por la LFPDPP como "La obtención, uso, divulgación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio. El uso abarca cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales".[1146] De tal manera que la transferencia puede distinguirse de dos formas, una como parte del proceso de uso que se le dé en el tratamiento de datos personales y, por otra, que la misma ley en comento define como "Toda comunicación de datos realizada a persona distinta del responsable o encargado del tratamiento.[1147] Materializada como un acto externo del cual puede no formar parte del tratamiento al que dio origen la recolección de datos personales.

No obstante que la trasferencia de datos personales obliga al nuevo receptor de la información a seguir por el cumplimiento a la normatividad que le dio origen del tratamiento de la información. En palabras de los abogados Alejandro del conde y Edgardo Martínez reafirman que "En virtud de una trasferencia de datos personales, al responsable también se le llama transferente y al tercero, receptor. Así, el tercero receptor asume las mismas obligaciones del responsable que transfirió la información, por lo que se convierte en otro responsable".[1148]

Por su parte el maestro en Derecho Miguel Recio, coincidiendo la definición de los sujetos que interviene en la trasferencia de datos –transferente y receptor, de los autores mencionados en líneas anteriores- que el tercero, el nuevo receptor, se convierte en nuevo responsable de la protección de los datos personales; por ello, recalca que es necesario distinguir la trasferencia de la remisión de datos personales.

> La remisión se produce entre un responsable y un encargado del tratamiento, pudiendo ser también nacional o internacional. Pero a diferencia de la trasferencia, que se produce entre dos responsables, se lleva a cabo entre un responsable y un encargado del tratamiento que tratara los datos personales siguiendo las instrucciones dadas por el responsable, sin que el encargado pueda

---

órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en los ámbitos federal, de las Entidades Federativas y municipal" de la *Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*.

[1146] *Ibídem*, artículo 3º., fracción XVIII.

[1147] I*bídem*, artículo 3º., fracción XIX.

[1148] Conde Ugarte, Alejandro del y Martínez Rojas, Edgardo, "Sujetos que intervienen en la relación jurídica que se genera derivado del tratamiento de datos personales: caso del responsable, encargado y tercero", en Piñar Mañas, José Luis y Ornelas Núñez Lina (coords.), *La protección de datos personales en México*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 170.

> decidir sobre el tratamiento de los datos personales, ya que esta potestad compete únicamente al responsable.[1149]

Lo anterior resulta interesante distinguir claramente las diferencias existentes entre la transferencia y la remisión de datos personales. La trasferencia se da entre responsables[1150] quienes, de conformidad con la ley -LFPDPPP-, tiene facultades de decisión sobre los datos personales que se encuentran en su posesión; en cambio, la remisión se da entre el responsable y el encargado de la protección de los datos personales, en donde este último está supeditado a la decisión que tome el responsable -transferente de la información-. Apunta el autor que también existe otra característica esencial en la trasferencia de datos personales, referente a que es necesario solicitar por escrito el consentimiento del titular.

IV. TIPOS DE TRANSFERENCIA DE DATOS PERSONALES

En México la LFPDPPP, establece que puede haber dos tipos de transferencia: nacional e internacional. Será nacional cuando la trasferencia de datos personales se haga en territorio mexicano obtenida del titular a un responsable del tratamiento y, de este a otro sujeto responsable. Se considera internacional cuando el responsable se encuentre dentro del territorio mexicano y este transfiera los datos personales a otro entre responsable que se encuentra en otro país.

> En ambos casos los requisitos jurídicos van a ser diferentes, ya que como veremos, México exige garantías especificas en caso de que los datos personales vayan a salir fuera de su territorio. Lo anterior encuentra su justificación en el hecho que los datos van a salir fuera del ámbito de jurisdicción de las autoridades competentes mexicanas, ya sean administrativas o judiciales, y en aras a garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales de los titulares.[1151]

El propósito de una ley es regular y propiciar las conciliaciones jurídicas en que se deben de desenvolver las actividades entre particulares y el Estado, en plena armonía en

---

[1149] Recio Gayo, Miguel, "Sujetos que intervienen en la relación jurídica que se genera derivado del tratamiento de datos personales: caso del responsable, encargado y tercero", en Piñar Mañas, José Luis y Ornelas Núñez Lina (coords.), *La protección de datos personales en México*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 170.

[1150] Las figuras de Responsable, Encargado, y Tercero, se encuentran contenidas en la Ley Federal De Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, artículo 3º., fracción XIV, XVI, IX, respectivamente.

[1151] Recio Gayo, Miguel, *op. cit*., p. 214.

sociedad. Para ello el Estado Mexicano debe de proveer reglas claras que deje sin lugar a dudas el interés por proteger los datos personales de todos los gobernados, garantizando a la vez la protección más amplia de sus derechos fundamentales.

V. AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y EL AVISO DE PRIVACIDAD

El derecho a autodeterminación informativa considero, a efecto de comparación como la causa y efecto, gracias al reconocimiento de la libertad de decidir sobre el tratamiento de los datos personales contenida en la Constitución, la persona puede oponerse a ese tratamiento de sus datos, pero ¿cómo enterarse de tal situación? para ello la ley prevé un mecanismo de control, que sería el aviso de privacidad. Sin este medio obligatorio para los sujetos obligados o responsables, el documento de aviso sería solo una notificación en sentido estricto.

La autodeterminación informativa se encuentra regulado en el artículo 16 de la Constitución, donde se protege el derecho fundamental a la protección de datos personales, pero a la vez se encuentra supedita a las excepciones que la ley prevé, tratándose de seguridad nacional, orden público, seguridad y salud pública, y derechos de terceros.

> Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.[1152]

En Constitución al reconocer explícitamente que el titular de la información puede tener acceso a la rectificación, cancelación de sus datos personales y manifestar su oposición; bajo este contacto se reconoce la libertad de poder decidir qué hacer con sus propios datos personales, derecho que se extiende a poder decidir si se transfiere o no esos datos de un responsable a otro tercero adquirente de aquellos información y también de la misma obligación de preservar y proteger el contenido de esa transferencia.

La doctora Karla Cantoral Domínguez menciona que la autodeterminación informativa protege varios derechos referidos a la privacidad e intimidad, ya que se considera que el Estado reconoce a la persona el poder de disposición y de elección de sus datos personales;

[1152] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *DOF*, última reforma 10 de julio de 2015, articulo 16, párrafo segundo.

por tanto, saber quién los posee y para que permite en cualquier momento si a así lo considera el titular de los datos personales.

> La doctrina de España, acepta dos posturas al respecto: la de aquellos que defienden la libertad informática como derecho fundamental autónomo y de aquellos que consideran la autodeterminación informativa, bien como una especificación, bien como una ampliación del derecho a la intimidad, que a diferencia de la Constitución alemana, sí se encuentra establecido el artículo 18 de la Constitución Española[1153]

Al respecto en la doctrina española se sostiene que a autodeterminación puede considerarse un derecho autónomo, a lo que considero es correcto ya que nuestra Constitución reconoce, al igual que la Constitución Española el derecho a la oposición del tratamiento de los datos personales y además protege diversos derechos que entre ellas se encuentra la dignidad, la intimidad y privacidad. Es por esto que la autora en comento describe la necesidad de hacer efectivos el derecho a la protección de datos personales mediante la autodeterminación informativa; es decir, que el titular de los datos personales tiene derecho a ser informado de si se utiliza o transfiere sus datos, evitando violaciones graves a los derechos fundamentales.

> Es imprescindible la valoración del derecho a la autodeterminación informativa en México, para efectos de que podamos hacer efectivo el derecho a la protección de datos personales…podemos afirmar que el derecho a la autodeterminación informativa es la garantía que permite hacer eficaz el derecho fundamental a la protección de datos personales. Finalmente, es necesaria la participación del Estado y la sociedad civil, para que se creen los mecanismos de ponderación y coexistencia necesarios para la protección de los derechos humanos en nuestro país.[1154]

Dicho lo anterior, el aviso de privacidad es el "documento físico, electrónico o en cualquier otro formato (Como puede ser visual o sonoro) generado por el responsable que es puesto a disposición del titular, previo al tratamiento de sus datos personales, de conformidad con lo que establece la ley".[1155] Cuyo contenido del documento es declararle al titular de los datos personales sobre: quien, que, para que, se recaba la información; y respecto al desarrollo de esta investigación si acepta o no que sus datos recolectados se *transfieran* a terceros.

[1153] Cantoral Domínguez, Karla, "Derecho a la autodeterminación informativa: "Mecanismo de protección de la persona frente al tratamiento de su información de carácter personal", en Pérez Fuentes, Gisela María (coord.), *Temas Selectos de derecho a la intimidad, transparencia y datos personales*, ITAIP-UJAT-Editorial Sista, Villahermosa, 2010, p. 134.

[1154] *Ibídem*, p. 140.

[1155] INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS, 2011, Guía práctica para generar el aviso de privacidad, México, IFAI, p.1

Para este documento de aviso de privacidad en ella se establece que es obligación del responsable del tratamiento de los datos personales informar a los titulares los fines y alcances de la recolección de la información transparentando de manera clara y concreta los fines que dieron origen al tratamiento de la información.

> El aviso de privacidad deberá informar sobre los mecanismos que ofrece el responsable para que el titular pueda limitar el uso o divulgación de sus datos personales, así como la forma de instrumentarlos, tales como las trasferencias que se hayan consentido anteriormente, deshabilitar las *cookies* o *web beacons*, o bien las opciones para dejar de recibir mensajes promocionales, por citar ejemplos.[1156]

Al respecto la LGTAIP,[1157] menciona que en el caso de la trasferencia de datos personales el consentimiento debe ser expreso del titular por escrito o de algún otro medio similar que autentifique su voluntad, salvo las excepciones que marca la ley. tratándose de información confidencial, en donde los datos personales de una persona que puede ser identifica es considerada como tal, al igual "…los secretos bancario, fiduciario, industrial, comercial, fiscal, bursátil y postal, cuya titularidad corresponda a particulares, sujetos de derecho internacional o a sujetos obligados cuando no involucren el ejercicio de recursos públicos".[1158]

VI. DERECHOS PROTEGIDOS: DIGNIDAD, INTIMIDAD, VIDA PRIVADA, PRIVACIDAD *VS* TRANSFERENCIA DE DATOS PERSONALES

[1156] *Ibídem*, p. 9.

[1157] En la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, expedida en 2015, refiere en sus artículos siguientes sobre las obligaciones que tiene los sujetos obligados:

"Artículo 68. Los sujetos obligados serán responsables de los datos personales en su posesión y, en relación con éstos, deberán: […]

"VI. Adoptar las medidas necesarias que garanticen la seguridad de los datos personales y eviten su alteración, pérdida, *transmisión* y acceso no autorizado.

"Los sujetos obligados no podrán difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información, desarrollados en el ejercicio de sus funciones, salvo que haya mediado el consentimiento expreso, por escrito o por un medio de autenticación similar, de los individuos a que haga referencia la información de acuerdo a la normatividad aplicable. Lo anterior, sin perjuicio a lo establecido por el artículo 120 de esta Ley.

"Artículo 69. Los particulares, sin perjuicio de que sean considerados sujetos obligados de conformidad con la presente Ley, serán responsables de los datos personales de conformidad con la normatividad aplicable para la protección de datos personales en posesión de los particulares.

[1158] LEY GENERAL DE TRANSPARENCIA…, *op. cit.*

El derecho más elemental consagrado en la Constitución mexicana es el derecho a la protección a la dignidad, que un momento dado puede ser vulnerada mediante las intromisiones no autorizadas por el titular de los datos personales no existiendo una causa legamente fundada y motivada para los actos de molestia para el gobernado que los justifique. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Unión ha establecido los alcances del artículo 16, segundo párrafo de la Constitución:

> DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD. ESTÁ PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. En el Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en general, la garantía de seguridad jurídica de todo gobernado a no ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, sino cuando medie mandato de autoridad competente debidamente fundado y motivado, de lo que deriva la inviolabilidad del domicilio, cuya finalidad primordial es el respeto a un ámbito de la vida privada personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, con la limitante que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece para las autoridades. De forma general, la garantía puede extenderse a una protección que va más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que se desenvuelve normalmente la privacidad o la intimidad, de lo cual deriva el reconocimiento en el artículo 16, primer párrafo, constitucional, de un derecho a la intimidad o vida privada de los gobernados que abarca las intromisiones o molestias que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida[1159]

La dignidad humana es la característica inherente al ser humano, que la vivifica en su sentido más amplio, este bien jurídico es tutelado por el sistema jurídico mexicano, pues se considera como elemento esencial que, sin la dignidad, el ser humano no tendría sentido de ser, porque encuentra sustentada en valores axiológicos que motivan a los operadores jurídicos a darles el enfoque de protección mas amplia. Al respecto el doctor Alfredo islas Colín menciona que la dignidad contiene dos aspectos claramente distinguibles, a saber:

> La dignidad la podemos conocer por una parte de una manera general; y por otra parte, de una manera específica. De una manera general, se presenta así actualmente: los derechos humanos son concebidos como derechos subjetivos y naturales que tienden a asegurar el respeto debido a la dignidad de la persona humana. Dos elementos de esta concepción puede ser presentada: primero, la idea de que la dignidad de la persona humana debe ser respetada, en la medida en la que todo el sistema de valores al cual se adhiere la conciencia colectiva deriva de ella (la dignidad como principio); segundo, la idea de que los derechos humanos son derechos subjetivos, esto es, derechos

[1159] Tesis: 2a. LXIII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo 2008, Tomo XXVIII, p. 229.

que pertenecen a los individuos, porque la conciencia colectiva explica su vinculación a la primacía del individuo sobre la sociedad.[1160]

Esta conciencia colectiva es la que impulsa que la dignidad humana sea reconocida por la sociedad civil, por las Instituciones de derecho y por el órgano jurisdiccional, hasta ser plenamente acogida por la Constitución. Es así que el máximo tribunal del país ha descrito que la dignidad no es solo un concepto moral, sino que es la base del disfrute de los demás derechos, obligatoriedad que no es solo de las autoridades jurisdiccionales del país sino de también frente a los particulares:

DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA. La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- 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.[1161]

El derecho a la intimidad se encuentra vinculado al concepto de vida privada, pues esta última abarca el concepto de intimidad. Estos conceptos al tener una línea de separación muy estrecha, se hizo necesario que el órgano jurisdiccional fijara las bases para su distinción entre ambos conceptos. De tal manera, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido el contenido de cada una de ellas y el nivel en que deben ser comprendidos para otorgar seguridad jurídica a las personas que en un momento dado sufran de alguna violación a su esfera más privada:

[1160] Islas Colín, Alfredo, "Derecho a la Dignidad", *Perfiles de las ciencias sociales*, Villahermosa, año I, vol. 1, núm. 1, julio-diciembre 2013, p. 125.

[1161] Tesis: 1a. CCCLIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, Tomo I, octubre de 2014, p. 602.

> VIDA PRIVADA E INTIMIDAD. SI BIEN SON DERECHOS DISTINTOS, ÉSTA FORMA PARTE DE AQUÉLLA. La vida se constituye por el ámbito privado reservado para cada persona y del que quedan excluidos los demás, mientras que la intimidad se integra con los extremos más personales de la vida y del entorno familiar, cuyo conocimiento se reserva para los integrantes de la unidad familiar. Así, el concepto de vida privada comprende a la intimidad como el núcleo protegido con mayor celo y fuerza porque se entiende como esencial en la configuración de la persona, esto es, la vida privada es lo genéricamente reservado y la intimidad -como parte de aquélla- lo radicalmente vedado, lo más personal; de ahí que si bien son derechos distintos, al formar parte uno del otro, cuando se afecta la intimidad, se agravia a la vida privada.

En el proceso de trasferencia de datos personales lo que se pretende es dar seguridad jurídica a los datos transferidos, sean cuidadosamente tratados conforme a la ley y que el tercero adquirente tenga las mismas responsabilidades de velar por los principios que dieron origen al tratamiento de datos; ya que se trata de información vinculada con una persona identificable a la cual hay que cuidar su vida privada y por tanto su intimidad.

VII. MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

El reconocimiento de los derechos de la personalidad ha encauzado en proteger los derechos humanos más esenciales del ser humano: vida privada e intimidad; mediante teorías[1162] formuladas en el derecho internacional como la corriente alemana de la teoría de las esferas, o la corriente española de la teoría del mosaico. El Estado mexicano ha propuesto adecuar la Constitución y expedir leyes, reglamentos que justifiquen la urgente necesidad de proteger los datos personales para estar en concordancia a los lineamientos internacionales, de las cuales se mencionan a continuación.

a) Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos. Protección de datos que se encuentra contenida en los artículos 7º. donde se establece que los límites a la libertad de escribir y publicar es la vida privada, la moral y paz pública; artículo 16, párrafo primero "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento", párrafo segundo, menciona

[1162] Cfr., Pérez fuentes, Gisela María y Hernández Domínguez, Enma Estela, "Una posición ante el derecho a la intimidad de la figura pública", en Pérez Fuentes, Gisela María (coord.), *Temas Selectos de derecho a la intimidad, transparencia y datos personales*, ITAIP-UJAT-Editorial Sista, Villahermosa, 2010, p. 134.

específicamente el derecho a la protección de datos personales y su excepción tratándose de seguridad nacional orden público, salud pública o derechos de tercero.

b) Ley Federal de Transparencia Y Acceso a la Información Pública Gubernamental. El objeto de esta ley se encuentra en el artículo 1º. "…garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal". En materia de trasferencia de datos personales, el artículo 20, fracción VI, sobre adoptar medidas que garanticen la seguridad, la alteración o transmisión de datos y acceso no autorizados como una responsabilidad de los sujetos obligados. Además, condiciona la difusión, distribución o comercialización de los datos personales salvo el consentimiento expreso del titular; pero también enumera los casos en que no es necesaria recabar el consentimiento: por razones de estadísticas, interés general, una orden judicial, o "cuando se transmitan entre sujetos obligados o entre dependencias y entidades, siempre y cuando los datos se utilicen para el ejercicio de facultades propias de los mismos".

c) Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. Esta ley fue necesaria su expedición debido a ley anterior mencionada en el inciso anterior, regulaba la información en posesión de instituciones de gobierno; ante ello esta ley tiene por objeto regular la protección de los datos personales en posesión de los particulares, garantizando el derecho a la privacidad y a la autodeterminación informativa, mediante los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición del titular de los datos protegidos. Se define los conceptos de responsable, encargado, tercero, tratamiento y trasferencia de datos personales; de igual forma se establecen los criterios sobre la transferencia de datos en la que se hace exigible el consentimiento del titular haciendo uso del aviso de privacidad, salvo excepciones que establezca la ley.

d) Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. El objetivo de esta ley es establecer los procedimientos y bases generales para garantizar el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad, órganos autónomos, partidos políticos, sindicatos, que hagan uso de los recursos públicos en los distintos niveles de gobierno, Federal, Estatal y municipal. Se implementó la creación de un Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos

Personales con la finalidad de fortalecer los mecanismos transparencia en las entidades públicas mencionadas en líneas anteriores.

En consecuencia, la obligación del Estado Mexicano de establecer criterios y mecanismos para garantizar el efectivo derecho a la protección de los datos personales, plantea nuevos retos, expedición de nuevas leyes y sus respetivos reglamentos que generen nuevas expectativas de la relación público-privado entre el Estado y sus gobernados que durante décadas han estado inalteradas.

Ahora bien, en el marco internacional existen diversos instrumentos que regulan el derecho fundamental a la vida privada, los instrumentos internacionales enumerados en los incisos a), b), c) son aplicados en diversos países que hayan formado los convenios o adheridos con posterioridad; el inciso d) es aplicado en los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos; en el inciso e), f), y g) son de aplicación en la Comunidad Europea, del cual se sustenta el derecho a la protección de datos personales, los más principales son los siguientes:

a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos. En el artículo 12, "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".[1163]
b) El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en el artículo 8º. reconoce el derecho de "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". [1164]
c) El Pacto de derechos Civiles y Políticos, reconoce en su artículo 17, "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, ni ataques a su honra y reputación, 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".[1165]
d) Convención Americana de Derechos Humanos. Contenida en el artículo 11:

[1163] Disponible en: *http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html.*

[1164] Disponible en: *http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/index.htm#a8.*

[1165] Disponible en: *http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx.*

"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.[1166]

e) Convenio 108 del Consejo de Europa. Se puede considerar que es el primer convenio en Europa en tratar sobre el tema de la protección de los personales, aplicable a cualquier sector de la sociedad, ente público o privado, dentro de la Comunidad Europea. Al respecto el artículo 1 señala su objetivo:

"…es garantizar, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona («protección de datos»)"[1167]

f) Directiva 95/46/CE.

1. Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la Protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, el derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales.
2. los Estados miembros no podrán restringir ni prohibir la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros por motivos relacionados con la protección garantizada en virtud del apartado 1.[1168]

g) Reglamento CE 45/2001

1. las instituciones y organismos creados por los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas o en virtud de dichos Tratados, en lo sucesivo denominado <<instituciones y organismos comunitarios>>, garantizarán, de conformidad con el presente Reglamento, la protección de los derechos y las libertades de las personas físicas, y en particular su derecho a la intimidad, en lo que respecta el tratamiento de los datos personales, y no limitaran ni prohibirán la libre circulación de datos personales, y destinatarios sujetos al derecho nacional de los Estados miembros adoptados en aplicación de la directiva 95/46/CE.
2. La autoridad de control independientemente establecida por el presente reglamento, en lo sucesivo <<Supervisor Europeo de Protección de Datos, supervisara la aplicación de las disposiciones del presente reglamento a todas las operaciones de tratamiento realizadas por las instituciones y organismos comunitarios.[1169]

[1166] Disponible en: *http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.*

[1167] Convenio 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, 28 de enero de 1981, Disponible en: *https://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/textosynormas/textos_consejo_europa/common/PDFs/B.28-cp--CONVENIO-N-1o--108-DEL-CONSEJO-DE-EUROPA.pdf.*

[1168] Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas y a la libre circulación de estos datos, de 24 de octubre de 1995, disponible en: *http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_es.pdf.*

[1169] Reglamento no. 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta el tratamiento de daos personales por las instituciones y organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. Disponible en: *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:008:0001:0022:es:PDF.*

h) Directrices de la OCDE[1170]

> La directiva de Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, relativas a la protección de la intimidad y de la circulación transfronteriza de datos personales, adoptada el 23 de septiembre de 1980. En artículo 1º., Define el flujo transfronterizo de datos personales como "…los desplazamientos de datos personales más allá de las fronteras nacionales"[1171]. El fin de estas directrices es la ofrecer a los estados miembros el flujo de datos personales para proteger la intimidad en base a los principios básicos: limitación de recogida de datos, calidad de los datos, especificación del propósito, licitud, limitación de uso, seguridad, transparencia.

El Convenio 108 del Consejo de Europa, Directiva 95/46/CE, Reglamento CE 45/2001, son base del esfuerzo del parlamento europeo para la tutela de los derechos humanos, de la protección de los datos personales de las cuales se encuentran el tratamiento, transferencia mediante los diversos medios electrónicos en la actualidad. El convenio 108 del Consejo de Europa establece por primera vez de manera vinculante para la comunidad europea el tratamiento automatizado de los datos personales debida al avance tecnológico de los sistemas de información.

La Directiva 95/46/CE, propuso definir lo que debe de entenderse por datos personales y por persona identificada en el artículo 2º. como "toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social".

> Dicha Directiva establece normas vinculantes tanto para el sector público como para el privado y logra el necesario equilibrio entre el principio de acceso a la información del sector público y la protección de los datos personales. Es de obligado cumplimiento en los casos de datos personales en manos del sector público.[1172]

El reglamento CE 45/2001, en sus artículos 7º, 8º y 9º. Especifica que la transmisión de datos personales entre las instituciones u organismos propios de la Comunidad Europea y

---

[1170] La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es un foro único en donde 34 naciones democráticas trabajan conjuntamente para afrontar los retos que la globalización impone a la economía global, el medio ambiente y la sociedad. Anualmente, la organización reúne a los ministros de sus países miembros para discutir los temas más importantes de la agenda internacional. Disponible en: *http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/comercio-exterior/organismos-multilaterales/organizacion-para-la-cooperacion-y-desarrollo-economico-ocde.*

[1171] Disponible en: *http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Directrices_OCDE_privacidad.pdf*

[1172] COMISIÓN EUROPEA, 1999, "la información del sector público: un recurso clave para Europa", *Libro verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información*, p.18.

solamente podrán transferirse fuera de la Comunidad Europea cuando el destinatario –país receptor- garantice el nivel de protección suficiente, mediante la comunicación y autorización de la Comisión y al supervisor Europeo de Protección de Datos Personales. Este reglamento del año 2000, contiene lo que actualmente se conoce como derecho ARCO, derecho de acceso, rectificación, bloqueo, supresión y oposición del titular de los datos personales.

VII. CRITERIO JURISPRUDENCIAL 2015 SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En este apartado se analiza la aplicabilidad de la directiva 95/46/CE en dos ordenamientos jurídicos, el europeo y el anglosajón. En donde este último es de transcendencia debido a que su regulación se basa en la práctica jurídica, con poca regulación normativa a favor de los principios internacionales de protección y con estricto nivel se seguridad para el flujo de información nacional como internacional.

La aplicabilidad de la Directiva 95/46/CE, en la Comunidad Europea, obliga a todos los Estados miembros tener un "nivel de protección adecuado"[1173] para garantizar la protección del flujo transfronterizo de los datos personales, normativa establecida en el artículo 25, el cual ese nivel adecuado se analizará de acuerdo a todos los medios disponibles y las circunstancias en que se de esa transferencia, tomando en cuenta la naturaleza de los datos a transferir, la finalidad, la duración del tratamiento, el país de origen, el país destinatario, las normas internas y las medidas seguridad.

La regla general es, si la transferencia de datos personales es entre países miembros de la Comunidad Europea y que tengan medidas internas de seguridad totalmente adecuado no es necesario la autorización del titular que haya designado la normativa interna de autorizar la transferencia de datos de carácter personal; pero en caso de ser un país tercero deberá de reunir los requisitos requeridos mencionados en el párrafo anterior, y además se requiere del titular designado para emitir la autorización.

[1173] Página electrónica en la que es posible observar el listado de los países que cuentan con autoridad de protección de datos personales http://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/Proteccion_datos_mundo/common/Paises_autoridad_Proteccion_Datos_Miembro_Conferencia_Internacional.pdf

1. *Nivel de protección adecuada, caso: España*

En el caso de España, la protección de datos personales está regulada por la Ley Orgánica 15/1999,[1174] el artículo 33, establece que para transferir datos de carácter personal con destino a otros países que no tienen el nivel de protección equiparable al de España, se requiere la previa autorización del Director de la Agencia Española de Protección de Datos; además, que el carácter o nivel de protección requerido será evaluada por la misma Agencia, tomando en cuenta la finalidad, el derecho interno del país de origen y el del destinatario y los informes de la comisión de la Unión Europea.

Actualmente España ha intentado flexibilizar las condiciones sobre la transferencia de datos personales, mediante la emisión de autorizaciones como un nuevo modelo bajo la figura de una subcontratación de servicios previo cumplimento de los principios y niveles de seguridad requerida por la Directiva 95/46/CE, salvaguardando la garantía de protección de los datos de carácter personal.

> El director de la Agencia Española de Protección de Datos ha dictado una resolución por la que, por primera vez, se autoriza una transferencia internacional de datos de carácter personal entre un prestador de servicios/exportador de datos, establecido en España, y un subcontratista/importador de datos, situado en un país que no garantiza un nivel adecuado de protección de datos personales, en el marco de una subcontratación de servicios.[1175]

Con este nuevo modelo beneficia a diversas empresas u organismos del sector comercial debido a la flexibilidad de para subcontratación de servicios con entidades que se encuentran fuera del territorio español con previo registro y notificación en el Registro General de Protección de Datos de España, garantizando los medios de seguridad requeridos en caso de vulneración de los derechos de protección de que cuentan los titulares de la información.

2. *Nivel de protección adecuada, caso: Estados Unidos de América*

[1174] Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, última modificación: 5 de marzo de 2011, referencia BOE-A-1999-23750.

[1175] Agencia española de protección de datos, "La AEPD autoriza un nuevo modelo de transferencia internacional de datos en el marco de una subcontratación de servicios", disponible en: *https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canalresponsable/transferencias_internacionales/common/121023_Nota_TI.pdf.*

La Comisión Europea emitió la declaratoria de reconocimiento del nivel de seguridad en los Estados Unidos de América, Decisión 2000/520/CE de la Comisión[1176], de 26 de julio de 2000, bajo el tenor siguiente en el artículo 1º.

> A los efectos del apartado 2 del artículo 25 de la Directiva 95/46/CE, para todas las actividades cubiertas por la misma, se considerará que los principios de puerto seguro, (en lo sucesivo denominados «los principios»), que figuran en el anexo I de la presente Decisión, aplicados de conformidad con la orientación que proporcionan las preguntas más frecuentes (en lo sucesivo denominadas «FAQ») publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América con fecha 21 de julio de 2000, que figuran en el anexo II de la presente Decisión, garantizan un nivel adecuado de protección de los datos personales transferidos desde la Comunidad a entidades establecidas en Estados Unidos de América, habida cuenta de los siguientes documentos publicados por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América[1177]

Esto en respuesta al documento llamado Principios de Puerto Seguro (protección a la vida privada) o mejor conocido como *safe harbor*, publicado por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América, el día 22 de julio de 2000, que en punto referente a la transmisión ulterior de datos especifica algo muy similar a la Directiva 95/46/CE, en la que preserva el derecho a la protección de los datos personales.

> Para revelar información a terceros, las entidades deberán aplicar los principios de notificación y opción. Cuando una entidad desee transferir los datos a un tercero que actúe como agente, como se describe en la nota final, podrá hacerlo si previamente se asegura de que éste suscribe los principios, si es objeto de una resolución sobre su «adecuación» con arreglo a la Directiva u otra disposición o si firma con él un convenio por escrito para que ofrezca como mínimo el mismo nivel de protección de la vida privada que el requerido por dichos principios. Si la entidad cumple estos requisitos, no será responsable (a menos que la propia entidad acuerde lo contrario) del tratamiento realizado por el tercero a quien haya transferido este tipo de información y que vulnere las limitaciones o estipulaciones establecidas, a menos que la entidad sepa, o debiera saber, que el tercero realizaría dicho tratamiento y no haya adoptado medidas razonables para impedir o detener tal tratamiento.

El documento mencionado permitió que libremente las empresas estadounidenses se adhieran a dicho convenio y de tal manera, la Comisión Europea aprobaría el dictamen 2000/520/CE, para garantizar al pueblo estadounidense que los Estados Unidos de América

---

[1176] Decisión de la Comisión, de 26 de julio de 2000, 2000/520/CE, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados unidos de América. *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:215:0007:0047:ES:PDF.*

[1177] *Ibídem*, L 215/8

estaba acorde a los principios internacionales y que permitiría el intercambio del comercio exterior y fortalecería el vínculo económico entre ambos continentes.

Diversos casos de controversias han suscitados entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, después de las catástrofes ocurridas en 2001 intensificaron la seguridad nacional, por tanto, todo aquel que transmitiera información era escudriñada por sistemas de vigilancia para así proteger los intereses de la Nación y su seguridad. Precisamente tratándose de aerolíneas[1178], era revisada los datos personales de los pasajeros que entraban y salían del territorio estadounidense, en la que el Parlamento Europeo solicitó la anulación de las Decisiones 2004/496/CE y 2004/535/CE sobre el previo "Acuerdo celebrado entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos".[1179]

IX. FLUJO TRANSFRONTERIZO DE DATOS, PERSPECTIVAS DE PROTECCIÓN EN MÉXICO

La necesidad de entablar relaciones comerciales de México entre los distintos países de diversos continentes y en especial de Europa por el avance tecnológico, económico y cultural que ella representa en era de la globalización, ha encauzado que las propuestas de protección a los derechos fundamentales, entre las cuales figura la protección de los datos personales en sus diferentes modalidades, sea acorde a las exigencias de los distintos sectores comerciales del derecho privado. Esto debido al enorme flujo de información de los datos personales en posesión de los particulares, ya sea celebrado mediante convenios contractuales.

Además, en México existen diversas disposiciones legales que regulan situaciones concernientes a la protección de datos personales en el sector comercial, como la Ley federal de Derecho de Autor, la Ley Federal de Protección al Consumidor, el Código de Comercio, la

[1178] Cfr. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala), C-317/04 y C-318/04, Decisión 2004/496/CE, Decisión 2004/535/CE, de 30 de mayo de 2006, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCIQFjABahUKEwjtodaugMbIAhVCGj4KHWUHD9g&url=http%3A%2F%2Fhome.aubg.bg%2Ffaculty%2Fygueorguiev%2FEU%2520terminology%2FTextos%2520de%2520prensa.doc&usg=AFQjCNEzf1_H6D9eT_6Pl-0knvOYuUaHKw&bvm=bv.105039540,d.cWw&cad=rja

[1179] *Ibídem*.

Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, la Ley de Instituciones de Créditos, que protegen el derecho a la privacidad en la medida que satisfaga los intereses financieros y comerciales.

En el caso europeo el convenio 108 del Consejo de Europa, regula el flujo transfronterizo de los datos de carácter personal en el artículo 12, en donde un Estado Parte no podrá prohibir o someter a medidas más estrictas que las que estipula el convenio, pero sí es posible establecer una excepción para la trasferencia de datos personales cuando se tenga un reglamentación específica y cuando un Estado no perteneciente a la Comunidad Europea intente obtener información burlando los mecanismo de protección existente mediante el uso de estrategias legales no recomendables por la legislación del Estado Parte.

El día 6 de octubre de 2015, mediante la sentencia C-362/14, el Tribunal de Justicia (gran sala) decidió declarar la invalidez de la Decisión 2000/520/CE, de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada, mencionado que el Nivel de protección es inadecuado bajo los siguientes argumentos:

> 90. Por otro lado, el análisis precedente de la Decisión 2000/520 se confirma por la apreciación que la misma Comisión ha realizado sobre la situación resultante de la aplicación de esa Decisión. En efecto, en particular en los puntos 2 y 3.2 de la Comunicación COM(2013) 846 final y en los puntos 7.1, 7.2 y 8 de la Comunicación COM(2013) 847 final, cuyo contenido se expone respectivamente en los apartados 13 a 16, y 22, 23 y 25 de la presente sentencia, la Comisión constató que las autoridades estadounidenses podían acceder a los datos personales transferidos a partir de los Estados miembros a Estados Unidos y tratarlos de manera incompatible con las finalidades de esa transferencia, que va más allá de lo que era estrictamente necesario y proporcionado para la protección de la seguridad nacional. De igual modo, la Comisión apreció que las personas afectadas no disponían de vías jurídicas administrativas o judiciales que les permitieran acceder a los datos que les concernían y obtener, en su caso, su rectificación o supresión.
>
> 91. En lo que atañe al nivel de protección de las libertades y derechos fundamentales garantizado en la Unión, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una normativa de ésta que haga posible una injerencia en los derechos fundamentales garantizados por los artículos 7 y 8 de la Carta debe contener reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de una medida e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos personales resulten afectados dispongan de garantías suficientes que permitan proteger eficazmente sus datos personales contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso o utilización ilícitos de éstos. La necesidad de disponer de esas garantías es aún más importante cuando los datos personales se someten a un tratamiento automático y existe un riesgo elevado de acceso ilícito a ellos (sentencia Digital *Rights Ireland* y otros, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238, apartados 54 y 55 y la jurisprudencia citada.[1180]

[1180]Sentencia del Tribunal de justicia (gran sala), C-203/14, 6 de octubre de 2015.

La decisión tomada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, deriva de la denuncia hecha por el Sr. *Maximilian Schrems* contra *Facebook Ireland Ltd*, litigio que llegó hasta la corte mediante el apoyo del Comisario para la Protección de Datos -*Data Protection Commissioner*-, el señor Schrems, decide ante la autoridad irlandesa serias acusaciones que el *safe harbor* de los Estados Unidos de América no garantizaba la protección de los datos personales alojado en la red social mencionada. Pues sus datos son recabados, en país de Irlanda y transferidos automáticamente a los Estados unidos de América para su almacenamiento y posterior tratamiento para un uso distinto al que fue destinado.

Sin duda la transferencia de datos personales en las redes sociales y en el internet, hasta ahora inevitable, las grandes compañías transnacionales diariamente transfieren datos de carácter personal a distintos puntos en cualquier continente sin el debido aviso de privacidad, generando dudas y desconfianza de la sociedad, pues el uso de los nuevos sistemas de comunicación sitúa al gobernado en un dilema de entregar o no sus datos personales.

X. CONCLUSIONES

Referirse a la transferencia de datos personales de un país como México a otro país destinario de la información, encentra dificultades por las diferencias entre las legislaciones aplicables al tratamiento de datos, considerando los intereses económicos latentes entre uno y otro país. El Estado mexicano por su parte ha incorporado diversas legislaciones mencionadas a lo largo de este trabajo investigación, tratándose de ajustarse a los requerimientos de los distintos organismos públicos o privados, instituciones, países, que regulan los mecanismos de protección y estrategias de intercambio de información mediante cesiones de datos de manera contractual, diversas a los que regula las leyes mexicanas ya que solo mencionan dos tipos de transferencias de datos personales: la transferencia nacional y, la transferencia internacional.

---

http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dd4b16bb88944649e9b608bdf7f0405501.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRbx10?text=&docid=169181&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=331209.

La autodeterminación informativa mediante el aviso de privacidad ha sido incorporada en la legislación mexicana, con el propósito de transparentar las acciones de tratamiento de datos personales por parte de particulares, del sector público; garantizando la protección de los derechos fundamentales como la dignidad humana, vida privada, intimidad.

Para la transferencia de datos personales de España a otro país no integrante de la Comunidad Europea se debe cumplir con un requisito de importante y obligatorio inclusive en la propia Comunidad Europea: con las medidas de seguridad que cumplan un nivel adecuado de protección. Esto me permite llegar a la conclusión de la emergente necesidad existente en el Estado mexicano de crear mecanismos más ágiles y efectivos que garanticen el tratamiento, transferencia de los datos personales en posesión del Estado y de los particulares.

BIBLIOGRAFÍA.

CANTORAL Domínguez, Karla, "Derecho a la autodeterminación informativa: "Mecanismo de protección de la persona frente al tratamiento de su información de carácter personal", en Pérez Fuentes, Gisela María (coord.), *Temas Selectos de derecho a la intimidad, transparencia y datos personales*, ITAIP-UJAT-Editorial Sista, Villahermosa, 2010.

COMISIÓN EUROPEA, 1999, "la información del sector público: un recurso clave para Europa", *Libro verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información*.

CONDE Ugarte, Alejandro del y Martínez Rojas, Edgardo, "Sujetos que intervienen en la relación jurídica que se genera derivado del tratamiento de datos personales: caso del responsable, encargado y tercero", en Piñar Mañas, José Luis y Ornelas Núñez Lina (coords.), *La protección de datos personales en México*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS, 2011, Guía práctica para generar el aviso de privacidad, México, IFAI.

ISLAS Colín, Alfredo, "Derecho a la Dignidad", *Perfiles de las ciencias sociales*, Villahermosa, año I, vol. 1, núm. 1, julio-diciembre 2013.

PÉREZ fuentes, Gisela María y Hernández Domínguez, Enma Estela, "Una posición ante el derecho a la intimidad de la figura pública", en Pérez Fuentes, Gisela María (coord.), *Temas Selectos de derecho a la intimidad, transparencia y datos personales*, ITAIP-UJAT-Editorial Sista, Villahermosa, 2010.

RECIO Gayo, Miguel, "Sujetos que intervienen en la relación jurídica que se genera derivado del tratamiento de datos personales: caso del responsable, encargado y tercero", en Piñar Mañas, José Luis y Ornelas Núñez Lina (coords.), *La protección de datos personales en México*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *DOF*, última reforma 10 de julio de 2015, articulo 16, párrafo segundo.

LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE LOS PARTICULARES, artículo 3º., fracción V.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2009, Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 01 de junio de 2009.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2002, Decreto por el que se expide la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, México, *DOF*, 11 de junio de 2002.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2010, Decreto por el que se expide la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, México, *DOF*, 05 de julio de 2010.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2015, Decreto por el que se expide la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, México, *DOF*, 11 de junio de 2015.

Tesis: 2a. LXIII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo 2008, Tomo XXVIII, p. 229.

Tesis: 1a. CCCLIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, Tomo I, octubre de 2014, p. 602.

Convenio 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, 28 de enero de 1981, Disponible en: *https://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/textosynormas/textos_consejo_europa/common/PDFs/B.28-cp--CONVENIO-N-1o--108-DEL-CONSEJO-DE-EUROPA.pdf*

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas y a la libre circulación de estos datos, de 24 de octubre de 1995, disponible en: *http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_es.pdf.*

Decisión de la Comisión, de 26 de julio de 2000, 2000/520/CE, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados unidos de América. *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:215:0007:0047:ES:PDF*.

Reglamento no. 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta el tratamiento de daos personales por las instituciones y organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. Disponible en: *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:008:0001:0022:es:PDF*.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala), C-317/04 y C-318/04, Decisión 2004/496/CE, Decisión 2004/535/CE, de 30 de mayo de 2006, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCIQFjABahUKEwjtodaugMbIAhVCGj4KHWUHD9g&url=http%3A%2F%2Fhome.aubg.bg%2Ffaculty%2Fygueorguiev%2FEU%2520terminology%2FTextos%2520de%2520prensa.doc&usg=AFQjCNEzf1_H6D9eT_6Pl-0knvOYuUaHKw&bvm=bv.105039540,d.cWw&cad=rja.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (GRAN SALA), C-203/14, 6 de octubre de 2015.

http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dd4b16bb88944649e9b608bdf7f0405501.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRbx10?text=&docid=169181&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=331209.

http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html.

http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/index.htm#a8.

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Directrices_OCDE_privacidad.pdf.

http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/comercio-exterior/organismos-multilaterales/organizacion-para-la-cooperacion-y-desarrollo-economico-ocde.

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/Proteccion_datos_mundo/common/Paises_autoridad_Proteccion_Datos_Miembro_Conferencia_Internacional.pdf.

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canalresponsable/transferencias_internacionales/common/121023_Nota_TI.pdf.

CAPÍTULO X. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Joselyn Janeth López Capetillo[1181]

SUMARIO

I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusiones. IV. Bibliohemerografía

RESUMEN

La contratación masiva de bienes y servicios por parte de los consumidores y el auge en las tecnologías de la información incrementó el acceso de los proveedores a los datos personales de los consumidores, quienes han sufrido del uso indebido de éstos por diversas causas, el derecho a la protección de datos personales protege y tutela que éstos no sean vulnerados estableciendo los mecanismos para hacerlos valer, como el procedimiento de protección de los mismos, los cuales tienen cifras poco alentadoras respecto a la protección de ambos derechos.
PALABRAS CLAVE: consumidor, datos personales, procedimiento de protección de datos personales

ABSTRACT

The massive hiring of goods and services by consumers and the growth of information and communication technologies has increased the access for providers to consumers' personal data, as a result of this, consumers have suffered the unauthorized use of their personal data by several reasons, the right to personal data protection defend and safeguard personal data from being harmed by stablishing the guidelines for those rights to be valid, just like the personal data protection procedure, never the less, these rights report poor numbers regarding to the protection of personal data.
KEY WORDS: consumer, personal data, personal data protection procedure

INTRODUCCIÓN

El estudio de resoluciones del año 2014 y 2015 de procedimientos de datos personales solicitadas por consumidores, presentó datos preocupantes en cuanto a la educación e información del consumidor respecto de su derecho de protección de datos personales, las autoridades garantes de estos derechos han realizado pocos esfuerzos por educar al consumidor y aprovechar las plataformas a su alcance proporcionadas por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, lo que ha afectado directamente el correcto ejercicio de su derecho a la protección de sus intereses jurídicos y en ese sentido el ejercicio de sus derechos ARCO.

[1181] Licenciada en Derecho y estudiante de la Maestría en Estudios Jurídicos con Orientación en Derecho Constitucional y Derechos de la Persona en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

DESARROLLO

La importancia de la protección a los consumidores radica en la posición de desventaja que tiene respecto del proveedor, su protección legal tiene una importancia excepcional en la sociedad, ya que contrarresta las diferencias existentes en las relaciones entre los consumidores y los proveedores derivados de la oferta y la demanda de los productos, se caracteriza por restablecer la igualdad jurídica que debe compensar la desigualdad económica y mantener así el equilibrio entre las prestaciones de ambas partes[1182]. De manera que los derechos de los consumidores estén en igualdad de circunstancias frente a las empresas prestadoras de bienes y servicios.

La LFPC en el artículo 2, fracción I define al consumidor como "la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios", es consumidor quien reúne las siguientes características: 1. Ser persona física o moral; 2. Adquirir, realizar o disfrutar bienes, productos o servicios; y 3. Ser destinatario final de éstos bienes, productos o servicios.

En la nueva era de las tecnologías de la información y la comunicación la información puede ser obtenida, almacenada y transferida en muy corto tiempo, lo que permite que los consumidores intercambien información y autoricen a proveedores el uso de datos personales para la adquisición de bienes y servicios con mayor rapidez a través de la contratación masiva, ante esta situación se presentó el aumento en el uso indiscriminado de los datos personales sin consentimiento y afectando con esto la esfera personal de los consumidores.

Es así que con el almacenamiento de los datos en bases, con el auge de las tecnologías de la información hizo necesario que los Estados comenzaran a legislar sobre la protección de estos otorgando a los particulares la facultad de decidir qué información proporcionar y la forma en la que esta podría ser utilizada. El derecho a la protección de datos personales es un derecho reconocido y garantizado en las constituciones y ordenamientos de diversos países puesto que "un derecho a la protección de datos personales en pleno siglo XXI también debe implicar el reconocimiento de éste último derecho como fundamental"[1183].

[1182] Cas, Gérard y Ferrer, Didier, "El derecho del consumidor y sus repercusiones en relación con las instituciones financieras", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, Nueva Serie, año XXVI, núm. 77, mayo-agosto 1993, p. 555.

[1183] García González, Aristeo, "La protección de datos personales un derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, vol. XL, núm. 120, septiembre-diciembre, p. 753

En México con la reforma del artículo 16 a la constitución mexicana en 2009 se reconoció al derecho a la protección de datos personales como un derecho humano

> Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.[1184]

Por lo que en 2010 se publicó el 5 de julio en el Diario Oficial de la Federación la ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, en la que en su artículo 3 fracción V define a los datos personales como "cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable", esta ley tiene como objetivo regular el tratamiento de los datos personales que los particulares hacen de las personas, estableciendo los mecanismos y autoridades por los cuales los titulares pueden hacer valer su derecho, así como la definición de los conceptos fundamentales en la ley y los principios que deben regir el tratamiento de los mismos.

La protección de datos personales necesita de una serie de principios que garanticen su cumplimiento por parte de quienes ostenten la calidad de responsables y encargados del tratamiento de los mismos, de manera que estos se traduzcan en obligaciones para los responsables, y al mismo tiempo en derechos para los titulares de los datos personales "los principios alcanzan pleno significado desde el reconocimiento de que el derecho fundamental a la protección de datos se fundamenta en el poder de disposición y control de los datos personales por su titular, y en que tales datos son sometidos a tratamiento"[1185] por tanto quien trate datos de acuerdo a la definición que se proporciona de responsable, no trata datos que son propios, sino de alguien más, mismos que debe tratar con estricto respeto a la dignidad de la persona, lo que explica perfectamente los principios. De acuerdo con la LFPDPPP los principios que rigen la protección de los datos personales son los siguientes.

A. *Licitud.* El artículo 7 de la Ley estable que los "datos personales deberán recabarse y tratarse de manera lícita conforme a las disposiciones establecidas

[1184] Párrafo adicionado a la Constitución mediante la Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 01 de junio de 2009

[1185] Piñar Mañas, José Luis y Ornelas Nuñez, Lina (coords.), "Los principios de la protección de datos personales", *La protección de datos personales en México,* México, Tirant Lo Blanch, 2013, p.59.

por esta ley y demás normatividad aplicable. La obtención de datos no debe hacer por medios engañosos o fraudulentos"; Vanessa Díaz[1186] nos dice que este principio debe existir por dos razones, el primero tiene que ver con ese deber de confidencialidad respecto del tratamiento de los datos que se efectúe y que va en función del derecho que estará implicado cuando de este tratamiento de datos se trata, este es el derecho a la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa[1187], el segundo que si bien la intimidad es ese derecho que tenemos a tener un espacio propio y reservado a los demás, este adquiere pleno sentido cuando es oponible a terceros. Por lo tanto este principio tiene que ver con que el tratamiento de los datos tiene que ir acorde a lo establecido con la ley, "para ser lícito el tratamiento de los datos personales tiene que ser con apego a la Ley, cumpliendo los principios de la protección de datos personales"[1188]

B. *Consentimiento*. Este principio tiene que ver con esa autonomía de la voluntad que tenemos como individuos de decidir quién y cómo puede efectuar el tratamiento de nuestros datos personales, que tiene que ver y está relacionado directamente con ese llamado derecho de autodeterminación informativa. Está regulado en el artículo 8 de la LFPDPPP que dice "todo tratamiento de datos personales estará sujeto al consentimiento de su titular, salvo las excepciones previstas por la presente ley". Las formas en las que se puede manifestar el consentimiento son dos, ya sea expreso o tácito, debe de caracterizarse por ser previo, libre, inequívoco, informado y por último, este puede ser revocado por el individuo de acuerdo a la ley .Así mismo establece que los datos patrimoniales o financieros requieren que para su tratamiento el consentimiento tiene que ser únicamente expreso, salvo excepciones en el artículo 10 y el 37 de la misma ley[1189], así mismo el consentimiento expreso debe de manifestarse para el tratamiento de los llamados datos personales sensibles.

[1186] Participó comentando el artículo 7 de la LFPDPPP en la obra Villanueva Ernesto y Nucci Hilda *op. cit.*

[1187] Es necesario aclarar que Vanessa Díaz hace referencia a que este derecho que implica puede ser el de Intimidad o el de la autodeterminación informativa como nuevo derecho reconocido, esto en virtud de que depende de la posición que se adopte, pues autores que optan por establecer que es uno o es el otro derecho, sin embargo mi posición es que implica ambos, pues si bien el segundo ahora es un derecho autónomo surge como una evolución del primero.

[1188] Piñar Mañas, José Luis y Ornelas Núñez, Lina (coords.), *op. cit.,* p.61

[1189] El artículo 10 de la LFPDPPP indica "no será necesario el consentimiento para el tratamiento de los datos personales cuando: I. Esté previsto en una Ley; II. Los datos figuren en fuentes de acceso público; III. Los datos personales se sometan a un procedimiento previo de disociación; IV. Tenga el propósito de cumplir obligaciones derivadas de una relación jurídica entre el titular y el responsable; V. Exista una situación de emergencia que potencialmente pueda dañar a un individuo en su persona o en sus bienes; VI. Sean indispensables para la atención médica, la prevención, diagnóstico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, mientras el titular no esté en condiciones de otorgar el consentimiento, en los términos que establece la Ley General de Salud y demás disposiciones jurídicas aplicables y que dicho tratamiento de datos se realice por una persona sujeta al secreto profesional u obligación equivalente, o VII. Se dicte resolución de autoridad competente".

C. *Información*. Este principio tiene que ver con el derecho que tienen los titulares de ser informados a través del aviso de privacidad proporcionado por el responsable, sobre los términos y la forma en que serán tratados los datos, es decir, cuál será la finalidad de recabar dichos datos y la forma en que serán protegidos. El artículo 3 de la LFPDPPP en su fracción primera define al aviso de privacidad como el "documento físico, electrónico o en cualquier otro formato generado por el responsable que es puesto a disposición del titular, previo al tratamiento de sus datos personales de conformidad con el artículo 15 de la ley".

D. *Calidad*. Este principio tiene que ver con la exactitud y veracidad de los datos de los titulares que se contengan en los ficheros, de manera tal que éstos reflejen de manera fiel, la realidad de la información tratada; el artículo 36 del Reglamento de la LFPDPPP nos dice que se cumple con este principio cuando los datos personales tratados sean exactos, completos, pertinentes, correctos y actualizados según se requiera para el cumplimiento de la finalidad para la cual son tratados", el tratamiento contrario a dicho principio supondría mantener datos personales inexactos, lo que puede llevar a una infracción cuando esta sea imputable al responsable.

E. *Finalidad.* Para el tratamiento de los datos personales, los responsables deben establecer con claridad cuál es el objeto por el cuál serán tratados dichos datos solicitados, es de mencionar que dicha finalidad debe de ser determinada, explícita y legítima relacionada con la actividad del responsable. Es de mencionarse que este principio está ligado a los principios de calidad, consentimiento e información. Este principio está regulado en el artículo 40 del reglamento de la LFPDPPP que indica "Los datos personales sólo podrán ser tratados para el cumplimiento de la finalidad o finalidades establecidas en el aviso de privacidad, en términos del artículo 12 de la Ley… la finalidad o las finalidades establecidas en el aviso de privacidad deberán ser determinadas, lo cual se logra cuando con claridad, sin lugar a confusión y de manera objetiva se especifica para qué objeto serán tratados los datos personales"

F. *Lealtad.* El segundo párrafo del artículo 7 de la ley establece que la obtención de los datos no debe de hacerse mediante medios fraudulentos o engañosos, de

---

A su vez el artículo 37 nos indica: "Las transferencias nacionales o internacionales de datos podrán llevarse a cabo sin el consentimiento del titular cuando se dé alguno de los siguientes supuestos: I. Cuando la transferencia esté prevista en una Ley o Tratado en los que México sea parte; II. Cuando la transferencia sea necesaria para la prevención o el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamiento médico o la gestión de servicios sanitarios; III. Cuando la transferencia sea efectuada a sociedades controladoras, subsidiarias o afiliadas bajo el control común del responsable, o a una sociedad matriz o a cualquier sociedad del mismo grupo del responsable que opere bajo los mismos procesos y políticas internas; IV. Cuando la transferencia sea necesaria por virtud de un contrato celebrado o por celebrar en interés del titular, por el responsable y un tercero; V. Cuando la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público, o para la procuración o administración de justicia; VI. Cuando la transferencia sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial, y VII. Cuando la transferencia sea precisa para el mantenimiento o cumplimiento de una relación jurídica entre el responsable y el titular."

manera que este principio implica que los datos personales deben de hacerse de manera que se proteja al titular, traduciéndose en que el tratamiento no sea fraudulento y tome en cuenta la expectativa razonable de privacidad, entendida esta última como "la confianza que deposita cualquier persona en otra, respecto de que los datos personales proporcionados serán tratados conforme a lo que acordaron las partes en los términos establecidos por la Ley"[1190]

G. *Proporcionalidad.* Este principio atiende a la proporcionalidad que debe de haber entre la necesidad, adecuación y relevancia de los datos que soliciten de acuerdo a la finalidad con que vayan a ser tratados, Arellano Méndez nos dice que este principio tiene dos sentidos, uno amplio y uno estricto; el primero nos dice que es amplio en virtud de que el responsable tiene que hacer un ejercicio de ponderación entre los posibles riesgos que corre una persona al proporcionar sus datos para un tratamiento y la pretensión de perseguir un fin concreto mediante esta recolección[1191], y el sentido estricto de este principio responde a la idea de evitar la recolección desmedida de los datos personales. Como podemos ver este principio se integra por tres elementos indispensables, el de necesidad, adecuación y relevancia.

H. *Responsabilidad*. El artículo 47 del Reglamento de la LFPDPPP nos dice que el responsable tiene la obligación de velar y responder por el tratamiento de los datos personales que se encuentren bajo su custodia, por tanto el responsable siempre tendrá la obligación de velar por el cumplimiento de los principios que rigen el tratamiento y protección de los datos personales.

La relación que tienen los datos personales con el consumo es que en el proceso de adquisición de un bien o servicio ofertado por un proveedor, supone la firma de un contrato en el que es necesario el intercambio de datos personales por parte del consumidor, la masiva comercialización de estos bienes y servicios y la adquisición en la misma proporción, tiene como consecuencia que los proveedores recolecten, almacenen e intercambien infinidad de datos sobre los consumidores, los cuales deberían de ser tratados conforme a los principios de tratamiento establecido por la ley de protección de datos, protegiendo en este sentido no sólo este derecho sino también los derechos de los consumidores.

Uno de los problemas que enfrentan frecuentemente los consumidores son las llamadas telefónicas por parte de los despachos de cobros, en las que no son el cliente deudor, se da una cobranza indebida puesto que ya se realizó el pago, o no son el obligado solidario.

[1190] Díaz Vanessa, "Artículo 7", en Villanueva Ernesto y Nucci Hilda *op. cit.*, p. 67
[1191] Arellano Méndez, Alberto, "Artículo 13", en Villanueva Ernesto y Nucci Hilda *op. cit.*, p. 107

En el año 2014 la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) mediante el comunicado número 81[1192] dio a conocer el número de acciones por cobranza indebida, de las 15,743 acciones en un periodo de 8 meses, 67% es referente a personas que no eran clientes, ante lo que se tiene como consecuencia un tratamiento indebido de los datos personales de éstos consumidores, quienes pueden hacer valer ante estas instituciones sus derechos ARCO solicitando el acceso y cese en el tratamiento de los mismos, y en determinado caso iniciar un procedimiento de protección de datos personales.

En este sentido el Instituto Nacional de Acceso a la Información conoció de una controversia de este tipo en el expediente PPD.0068/14[1193], en el que la titular del dato personal inicio el procedimiento por inconformidad con la respuesta del responsable a su petición de cancelar su número telefónico durante el ejercicio de sus derechos ARCO, puesto que le llamaban para cobrar a un tercero desconocido y ella era la nueva titular de esa línea telefónica, por lo que había solicitado cancelar su número telefónico como dato personal, la respuesta del responsable fue rechazar su solicitud fundándola en el artículo 26[1194] de la LFPDPPP, dentro de la solicitud de inicio del procedimiento, la titular alegó que el supuesto del artículo 26 de la ley no se cumplía en su caso, puesto que si bien era cliente ella no había proporcionado en ninguno de sus contratos el número telefónico del que era nueva titular por lo que no había dado su consentimiento para el tratamiento del mismo incumpliendo el responsable con los principios de tratamiento establecidos en la ley, además de que estaba vinculado a una tercera persona por lo que el responsable no cumplía con el requisito del artículo 11[1195] de tener la información correcta, actualizada y pertinente.

Durante el procedimiento el responsable dio cumplimiento a la solicitud de la titular cancelando el dato personal, si bien la titular manifestó parcial conformidad en cuanto a la

---

[1192] El comunicado puede ser consultado en la siguiente liga *http://www.condusef.gob.mx/index.php/comunicados-de-prensa/1100-se-publican-nuevas-reglas-para-los-despachos-de-cobranza*

[1193] Dicha resolución puede ser consultada en la siguiente liga dentro dela página del INAI *http://inicio.ifai.org.mx/pdf/resoluciones/2014/PPD%2068.pdf*

[1194] Artículo 26.- El responsable no estará obligado a cancelar los datos personales cuando: I. Se refiera a las partes de un contrato privado, social o administrativo y sean necesarios para su desarrollo y cumplimiento…

[1195]Artículo 11.- El responsable procurará que los datos personales contenidos en las bases de datos sean pertinentes, correctos y actualizados para los fines para los cuales fueron recabados. Cuando los datos de carácter personal hayan dejado de ser necesarios para el cumplimiento de las finalidades previstas por el aviso de privacidad y las disposiciones legales aplicables, deberán ser cancelados…

respuesta, si estuvo conforme en cuanto a la cancelación del dato, por lo que el instituto procedió a dictar resolución sobreseyendo el caso por quedar sin materia[1196] al estar el titular conforme con la respuesta del responsable.

Lo que se debe tener presente es que el derecho a la protección de datos personales debe de ir acompañado y en coadyuvancia de los derechos de los consumidores, como se ha planteado a cinco años de la publicación de la ley de protección de datos, los consumidores siguen teniendo problemas y afectaciones en su esfera privada por el uso no autorizado de sus datos personales, en el año 2012 el INAI (en aquel entonces denominado IFAI) celebró un convenio[1197] de colaboración con la Procuraduría Federal del Consumidor en el que convinieron la promoción de la transparencia, la protección de los datos y el respeto a los derechos de los consumidores, lo que no ha rendido demasiados frutos, puesto que los consumidores no ha sido suficientemente educados respecto a sus derechos, a los que se debería de agregar la educación respecto a la protección de sus datos personales, y las formas en las que pueden hacerlo valer y sobre todo la existencia de mecanismos preventivos como el Registro Público para Evitar Publicidad (PREPEP) creado desde el año 2007, a través del cual los consumidores pueden evitar ser molestados en su privacidad y sobre todo evitar que sus datos personales sean utilizados para fines mercadotécnicos o publicitarios.

La fracción VI del artículo 2 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, establece el derecho a la información y facilidades para la defensa de los derechos de los consumidores directamente relacionado con el derecho a su educación y direccionado a la formación de estos con pleno conocimiento de todos sus derechos derivados de su estatus y que como ciudadano debería de tener en materia de consumo relacionados con la protección de sus datos personales.

A continuación se presenta el estudio del procedimiento de protección de datos personales y cuál es el impacto que ha tenido la escasa educación e información del consumidor respecto de su derecho de protección de datos personales.

DE LOS PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LOS CONSUMIDORES

[1196] Artículo 51 fracción I y artículo 53 fracción IV

[1197] Comunicado 26 de 16 de marzo de 2012, de la Procuraduría Federal del Consumidor, *http://www.profeco.gob.mx/prensa/prensa12/marzo12/bol26.asp*

Para que el procedimiento de protección de datos personales se lleve a cabo, primero debe de haberse hecho valer el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (ARCO) ante el responsable del tratamiento de los datos.

a) Del ejercicio de los derechos ARCO

Éstos derechos son el mecanismo a través del cual las personas pueden hacer valer y exigir el respeto y protección de sus datos personales, pues mediante ellos mantendrán el control de los datos que tienen los responsables "son un plexo de valiosas herramientas para que el titular del dato se convierta en un sujeto activo respecto de su información personal. Estos le permiten controlar la cantidad, calidad y uso de sus datos personales"[1198]. Su importancia y protección viene desde el más alto nivel jerárquico puesto que están establecidos en nuestra constitución nacional[1199].

El derecho de acceso supone el derecho del titular a conocer cuáles son los datos personales que el responsable está tratando y cuál es la finalidad indicada en el aviso de privacidad, es decir tener información acerca de sus datos que están en tratamiento; el derecho de rectificación es en cuanto aquellos datos que son inexactos o incompletos solicitando sean corregidos; el derecho de cancelación, requiere la eliminación de la información del titular tratada por parte del responsable cuando estos no estén siendo tratados de acuerdo a la ley, para lo cual se prevé primero el bloqueo[1200] de la información para cesar con el tratamiento y posteriormente la supresión de los mismos; el derecho de oposición da la facultad de evitar el tratamiento de datos personales .

De acuerdo con la LFPDPPP en su artículo 28 establece el derecho que tiene el titular de los datos personales de solicitar los derechos ARCO al responsable, de ésta disposición tenemos que, el titular o su representante legal podrán solicitar al responsable en cualquier momento el acceso, rectificación, cancelación u oposición, respecto de los datos personales que le conciernen.

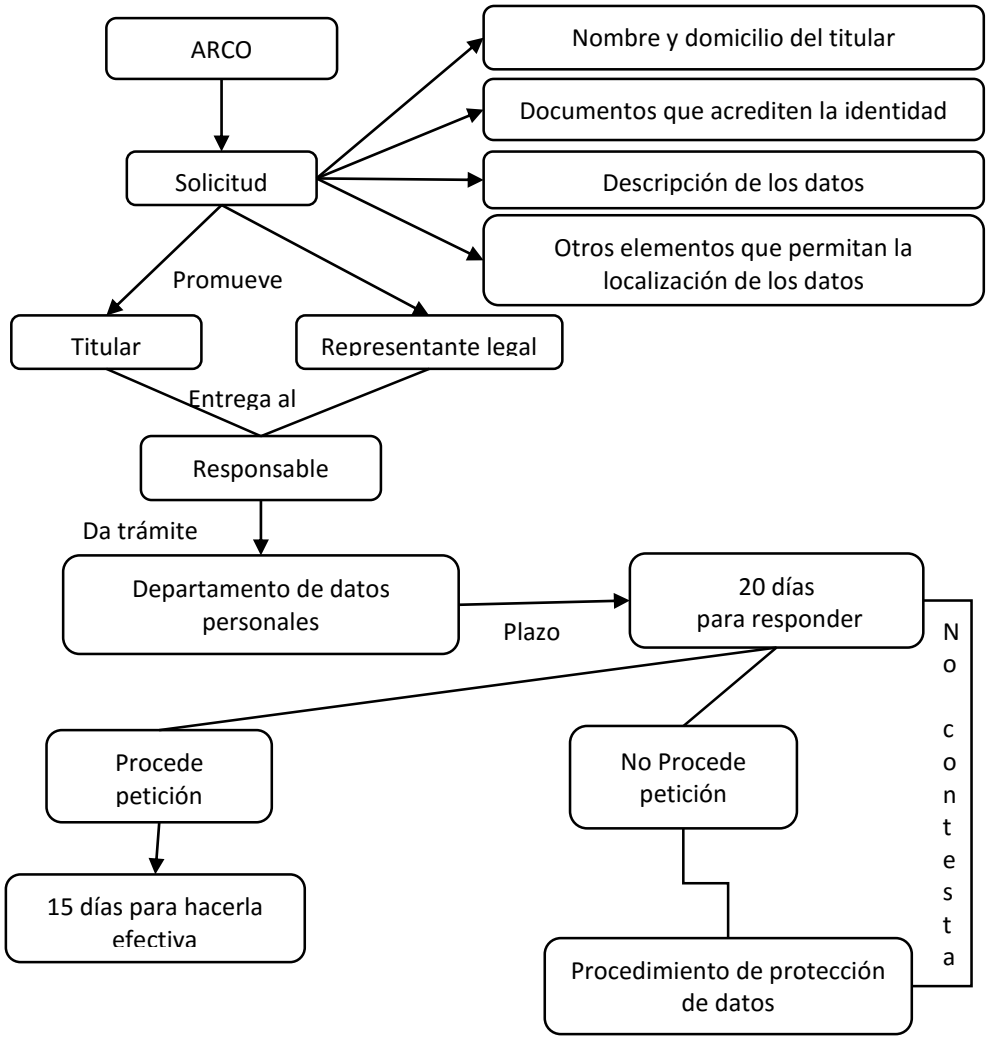
[1198] Remolina Angarita, Nelson, "Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en la ley de datos personales y su reglamento", en Piñar, José Luis y Ornelas, Lina (coords.), *La protección de datos personales en México,* México, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 182.

[1199] El artículo 16 de la constitución, establece que las personas tiene derecho al "acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición en los términos que fije la ley".

[1200] Se maneja el bloqueo para efectos de responsabilidad, por lo que el responsable debe seguir teniendo en su posesión los datos personales, pero no puede tratarlos ni dar el acceso a terceros.

Se debe tener en cuenta que el derecho de protección de datos personales tiene la característica de ser personalísima, pues concierne a información y datos individuales que permiten a su vez la protección de los derechos de la personalidad.

A continuación se presenta un mapa conceptual que presenta el proceso de ejercicio de los derechos de los derechos ARCO.



Siguiendo la línea del mapa conceptual tenemos que el procedimiento de datos personales se podrá iniciar en dos casos, cuando presentada la solicitud de ejercicio de los derechos ARCO ante el responsable, éste no proceda a llevar a cabo la solicitud del titular, y cuando el responsable no conteste a la petición del mismo.

Específicamente el reglamento de la LFPDPPP en el artículo 115 establece las causas de procedencia del procedimiento de protección y son las siguientes

I. El titular no haya recibido respuesta por parte del responsable;

II. El responsable no otorgue acceso a los datos personales solicitados o lo haga en un formato incomprensible;

III. El responsable se niegue a efectuar las rectificaciones a los datos personales;

IV. El titular no esté conforme con la información entregada por considerar que es incompleta o no corresponde a la solicitada, o bien, con el costo o modalidad de la reproducción;

V. El responsable se niegue a cancelar los datos personales;

VI. El responsable persista en el tratamiento a pesar de haber procedido la solicitud de oposición, o bien, se niegue a atender la solicitud de oposición, y

VII. Por otras causas que a juicio del Instituto sean procedentes conforme a la Ley o al presente Reglamento.

El plazo de solicitud es de 15 días (artículo 45) a partir de que se le notifique la respuesta del responsable o en caso de no obtener respuesta al vencimiento del plazo que tenía éste para emitirla, en este último caso se plantea la situación de que no tiene un plazo de presentación de la solicitud, sino que tal y como nos dicen Dayana Sevilla y Diego García, la solicitud se puede presentar en cualquier momento a partir del vencimiento del plazo para la emisión de la respuesta por parte del responsable[1201].

De los procedimientos que se pueden consultar en la página del INAI en cuanto a procedimientos de protección de datos personales, 25 son de consumidores en 2014 y 3 en 2015. Las siguientes tablas presentan un resumen de dichas solicitudes.

	Expediente	Responsable	Resolución	Motivo
1	PPD.0003/14	Buholegal, S. de R.L. de C.V.	Procede solicitud	Falta de respuesta Cancelación y oposición
2	PPD.0009/14	Comunicaciones de Nextel, S.A.	Sobreseída por desistimiento	Falta de respuesta acceso y cancelación
3	PPD.0015/14	Best Travel	Sobreseída por	Falta de respuesta,

[1201] Sevilla Osornio y García Ricci, Diego, “Artículo 45”, en Villanueva Ernesto y Nucci Hilda (coords.), *Comentarios a la ley federal de protección de datos personales en posesión de particulares,* México, Novum, 2012, p.

		Riviera, S.A. de C.V.	desistimiento	acceso
4	PPD.0017/14	Buholegal, S. de R.L. de C.V.	Sobreseimiento por quedar sin materia. El responsable atendió la solicitud	Inconformidad por respuesta, oposición y cancelación
5	PPD.0026/14	Invex Controladora, S.A.B. de C.V.	Sobreseimiento por quedar sin materia. Conformidad con respuesta durante el procedimiento	Falta de respuesta, acceso
6	PPD.0027/14	Persona privada	Desechada por extemporánea	Inconformidad con la respuesta de acceso
7	PPD.0029/14	Metlife México, S.A. de C.V.	Desechada por extemporánea	Inconformidad con la respuesta, acceso
8	PPD.0036/14	Buholegal, S. de R.L. de C.V.	Sobreseimiento por quedar sin materia. Conformidad con respuesta durante el procedimiento	Falta de respuesta, cancelación
9	PPD.0038/14	HSBC México, S.A. Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero HSBC	Desechada por improcedente, falta de competencia Conocer datos de un tercero, no amparado por la LFPDPPP	Inconformidad con la respuesta. Acceso
10	PPD.0039/14	First Generation Technology, S.A. de C.V.	Sobreseimiento por desistimiento. Conformidad con respuesta durante el procedimiento	Falta de respuesta, acceso
11	PPD.0040/14	Corporación Novavisión, S. de R.L. de C.V.	Sobreseimiento por desistimiento.	Falta de respuesta. Oposición y cancelación
12	PPD.0057/14	Corporación Novavisión, S. de R.L. de C.V.	Sobreseimiento por extemporánea. Responsable si acredito dar respuesta	Falta de respuesta. Oposición y cancelación
13	PPD.0058/14	Persona física y/o Cervecería Cuauhtémoc Moctezuma, S.A. de C.V.	Sobreseimiento por desistimiento	Falta de respuesta. Acceso
14	PPD.0062/14	Universidad del Valle de México, S. C.	Sobreseída por desistimiento	Falta de respuesta. Acceso
15	PPD.0064/14	Hospital	Desechada. Datos de	Inconformidad con

		Ángeles Roma	persona fallecida	la respuesta. Acceso
16	PPD.0068/14	Banco Mercantil del Norte, S.A. , Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Banorte	Sobreseimiento por quedar sin materia. Responsable atendió solicitud durante el procedimiento.	Inconformidad con la respuesta. Cancelación
17	PPD.0069/14	Banco Nacional de México, S.A., integrante del Grupo Financiero Banamex.	Sobreseimiento por quedar sin materia. Conformidad con respuesta durante el procedimiento	Falta de respuesta. Cancelación
18	PPD.VISTA. 0071/14	Cablevisión	Sobreseimiento por desistimiento	Oposición
19	PPD.0080/14	Profuturo GNP, S.A. de C.V.	Sobreseimiento por desistimiento	Acceso
20	PPD.0094/14	Google México, S. de R.L. de C.V.	Revoca respuesta de responsable, procede protección de derechos, se ordena iniciar procedimiento de imposición de sanciones	Falta de respuesta. Cancelación y oposición.
21	PPD.0095/14	Scotiabank lnverlat S.A. Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Scotiabank lnverlat.	Sobreseimiento por desistimiento, el responsable atendió la solicitud	Inconformidad con la respuesta. Cancelación
22	PPD.0103/14	Publimail, S.C.	Sobreseimiento por quedar sin materia. Conformidad con respuesta durante el procedimiento	Falta de respuesta. Cancelación
23	PPD.0106/14	HSBC México, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero HSBC	Desechada por improcedente, falta de competencia	
24	PPD.0107/14	Banco Nacional de México, S.A., integrante	Desechada por extemporánea	Inconformidad con la respuesta. Cancelación

		del Grupo Financiero Banamex.		
25	PPD.0121/14	Google México	Desechada por extemporánea	Inconformidad con la respuesta. Cancelación

Tabla 1. Solicitudes de procedimiento de protección de datos personales de consumidores en 2014

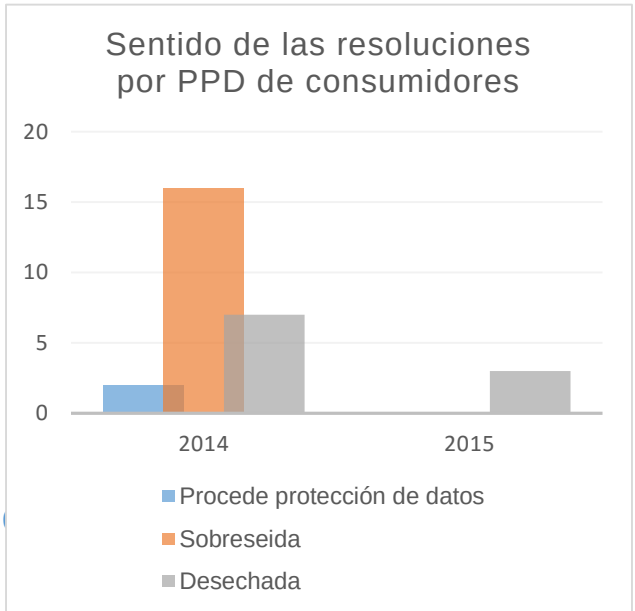
1	PPD.0015/15	Google México, S. de RL. de C.V. y Yahoo de México, S.A. de C.V.	Desechada por extemporánea	Inconformidad con la respuesta. Cancelación
2	PPD.0016/15	Google México, S. de RL. de C.V. y Yahoo de México, S.A. de C.V.	Desechada por extemporánea	Inconformidad con la respuesta. Cancelación
3	PPD.0017/15	Google México, S. de RL. de C.V. y Yahoo de México, S.A. de C.V.	Desechada por extemporánea	Inconformidad con la respuesta. Cancelación

Tabla 2. Solicitudes de procedimiento de protección de datos personales de consumidores en 2015

De estas tablas podemos sacar los siguientes resultados, los procedimientos de 2015 fueron desechados por extemporáneos, es decir la solicitud fue presentada cuando ya se había vencido el plazo establecido en la ley.

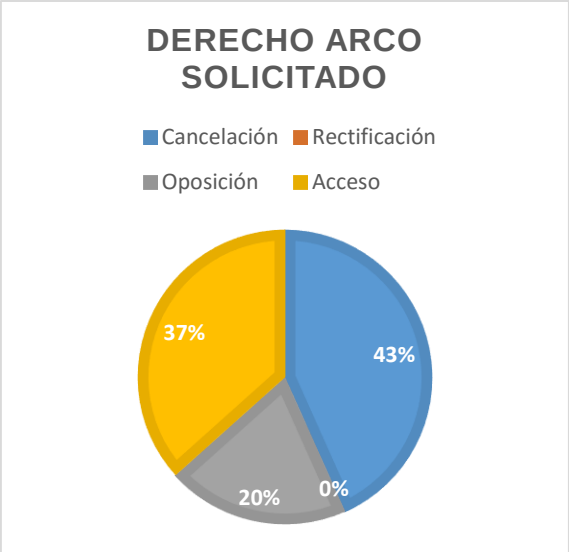
De los procedimientos de 2014, 16 fueron sobreseídas, 7 fueron desechadas y de sólo dos solicitudes procedió la solicitud de protección.

De las solicitudes sobreseídas nueve fueron por desistimiento, y las demás por haber quedado sin materia. En cuanto a las



desechadas 4 fueron por extemporáneas y dos por incompetencia.

Si se habla de los derechos ARCO de los que más se solicitaba la protección a través del procedimiento son los de acceso y cancelación, el último derivado de un indebido tratamiento de los datos como el caso de la resolución que se mencionó anteriormente.



En cuanto a la causa de procedencia la más alta es por falta de contestación a la solicitud de derechos ARCO ante el responsable, lo que se debe criticar es la falta de una imposición de sanción o multa por no haber cumplido con el plazo para contestar la solicitud de derechos ARCO del titular, puesto que las solicitudes en este caso se resolvieron la mayoría por una conformidad con la respuesta del responsable hecha durante el procedimiento.

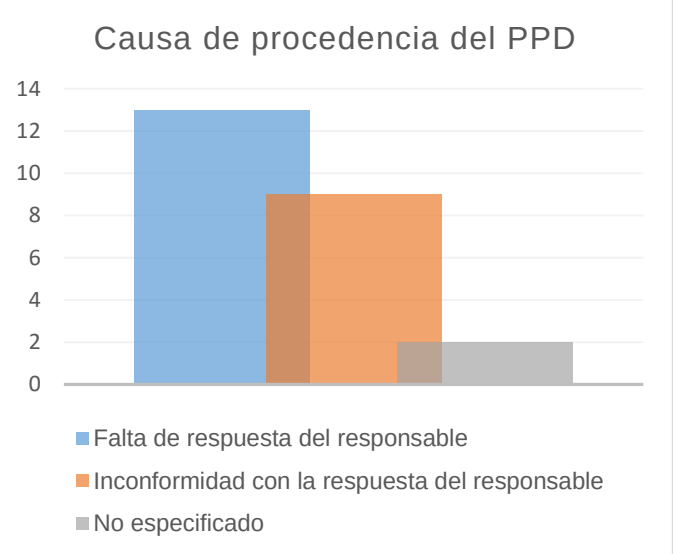
La contestación a esta solicitud debería traducirse en una obligación del responsable puesto que el titular está ejerciendo sus derechos y el recibir una respuesta también es uno de ellos, por lo que la falta de contestación además de ser una causa de procedencia del procedimiento debería tener como consecuencia una sanción o multa para el responsable que omitió dar una contestación, máxime cuando el titular prueba tener la recepción de dicha solicitud, y no simplemente sobreseerse por quedar sin materia.

El supuesto de infracción de acuerdo con la ley que podría fijarse en este sentido sería la fracción II del artículo 63 “constituyen infracciones a esta Ley, las siguientes conductas llevadas a cabo por el responsable: II. Actuar con negligencia o dolo en la tramitación y respuesta de solicitudes de acceso, rectificación, cancelación u oposición de datos personales…” sin embargo el instituto al momento de resolver no la ha estimado de esa manera y sin más el responsable queda sin ninguna sanción restándole importancia a las solicitudes ARCO a sabiendas que en determinado caso puede realizar la contestación durante el procedimiento sin consecuencia alguna.

Así mismo considero que las sentencias desechadas por extemporaneidad son consecuencia de la falta de educación como derecho del consumidor, puesto que no se ha

procurado la enseñanza del mismo en coadyuvancia con la protección de datos personales para la educación respecto a los plazos en que se pueden hacer valer los derechos, en este sentido se siguen los objetivos propuestos por Pereña Pinedo sobre el derecho a la educación

> Los objetivos se incluyen en dos categorías diferenciadas, una de carácter más directo o inmediato, y otra de naturaleza más general. Dentro de la primera se incluyen finalidades como facilitar la comprensión y utilización de la información en materia de consumo, la divulgación de los derechos y deberes del consumidor y usuario en tanto que mejor modo de protegerlos, o la promoción de los servicios que pueden derivarse del consumo de bienes o usos de servicios. En segundo lugar, se pretende promocionar una mayor libertad y racionalidad en el consumo de bienes y en el uso de servicios, el establecimiento y fomento de la formación de los educadores en materia de consumo y, finalmente, el acomodo de las pautas sociales de consumo a una racional utilización de los recursos naturales.[1202]



A estos objetivos se agregan la divulgación de otros derechos como el de la protección de datos personales que deben ir armonizados con los derechos del consumidor y que su respeto debe ser en tanto los principios de todos los derechos involucrados.

Las cifras que presenta la PROFECO en cuanto a los servicios de educación y divulgación son poco alentadores, en el documento "Resultados de la encuesta sobre los servicios de la Coordinación General de Educación y Divulgación"[1203] demuestran que la población conoce poco de los programas con que cuenta para su educación e información de sus derechos, de las tres publicaciones impresas sólo tienen buen conocimiento de la existencia de la Revista del Consumidor con un 91% mientras

[1202] Pereña Pinedo, Ignacio, *Los derechos de los consumidores y usuarios,* Madrid, año 2005, p. 39
[1203] Puede ser consultada en la siguiente liga *http://www.profeco.gob.mx/encuesta/mirador/2015/Resultados%20Encuesta%20Indicador%20CGED%202015-1.pdf*

que de los trípticos y folletos el porcentaje es de 30.7% y de “La Canasta” sólo un 12.4% conoce de la existencia de esta publicación.

En cuanto a las plataformas de internet respecto a la información que aportan en beneficio del consumidor 9 de las 10 sobrepasan el 50% de desconocimiento por lo que en igual proporción no han visto ni consultado la información a través de ellas.

Las redes sociales no han sido un factor importante para la divulgación de los derechos del consumidor tal como se ha dado en otras áreas, y por tanto no la consultan o lo hacen en muy pocas ocasiones, pero un 83.3% no sigue la cuenta de *Facebook* de la PROFECO y un 85.8 la de *Twitter*.

En cuanto a la información que se consulta en estas redes sociales en el canal de *YouTube* 3.5 no la ha consultado en ninguna ocasión, 43.4 una o dos veces y 22.1% de tres a cuatro veces; en *Facebook*, 5.9 no ha consultado la información que se proporciona y 23.8% una o dos veces; en *Twitter* 7.3% no ha consultado y 34.1% una o dos veces.

De los programas de radio y televisión 54% no tiene conocimiento del primero y 35.3 del segundo; de los comerciales que se transmiten por estas plataformas en un periodo de diciembre de 2015 a junio de 2015, un 34% no ha visto ninguno en la TV y un 48.9% no ha escuchado en la radio. Además de que de estos comerciales vistos un 50.6% no recuerda o no puso atención en cuanto al tema en TV y un 50.8 % en la radio.

CONCLUSIONES

Como se ha venido desarrollando a lo largo del presente trabajo, las autoridades responsables de ambos derechos no han cumplido a cabalidad a casi tres años de la firma del convenio de cooperación para la protección de los datos personales del consumidor, hacen falta más esfuerzos por educar a los consumidores en cuanto a sus derechos como tales y también de aquellos otros que se involucran con motivo de la contratación masiva de bienes y servicios que involucran el tratamiento de datos personales.

Hace falta que las autoridades aprovechen el auge de las nuevas tecnologías para diseñar mecanismos atractivos que sirvan para educar e informar al consumidor, las plataforma electrónicas y de telecomunicación deben de ser usadas en beneficio de la educación de los derechos del consumidor que a su vez sean efectivos en el ejercicio de su

derecho a la protección de sus intereses jurídicos mediante el procedimiento de protección de datos personales.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

CAS, Gérard y FERRER, Didier, "El derecho del consumidor y sus repercusiones en relación con las instituciones financieras", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Nueva Serie, año XXVI, núm. 77, mayo-agosto 1993.

GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, "La protección de datos personales un derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. XL, núm. 120, septiembre-diciembre, pp.

PEREÑA PINEDO, Ignacio, Los derechos de los consumidores y usuarios, Madrid, año 2005

PIÑAR, José Luis y ORNELAS, Lina (coords.), *La protección de datos personales en México*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.

VILLANUEVA Ernesto y NUCCI, Hilda (coords.), *Comentarios a la ley federal de protección de datos personales en posesión de particulares*, México, Novum, 2012.

http://www.condusef.gob.mx/index.php/comunicados-de-prensa/1100-se-publican-nuevas-reglas-para-los-despachos-de-cobranza

http://www.profeco.gob.mx/prensa/prensa12/marzo12/bol26.asp

http://inicio.ifai.org.mx/pdf/resoluciones/2014/PPD%2068.pdf

http://www.profeco.gob.mx/encuesta/mirador/2015/Resultados%20Encuesta%20Indicador%20CGED%202015-1.pdf

CUARTA PARTE:

DEMOCRACÍA, PROTECCIÓN JURISDICCIONAL Y SISTEMA PENAL

CAPÍTULO I. DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: CRITERIOS JURISDICCIONALES EN MATERIA ELECTORAL CON ENFOQUE EN DERECHOS HUMANOS

Maday Merino Damián[1204]

Las instituciones se fortalecen cuando existe un Estado de Derecho Democrático, con leyes que generan estabilidad y gobernabilidad, en pro del ciudadano.

SUMARIO:

I. Introducción. II. un estado de derecho democrático y la protección de los derechos civiles y políticos. III. La interpretación jurisdiccional del bloque convencional y constitucional de DH. IV. Algunos criterios del tribunal electoral federal en el proceso electoral 2014-2015. 1. Paridad de género en candidaturas de diputados y presidentes municipales presentadas por los PP. 2. Paridad de género en integración del congreso por el principio de RP. 3. Principios generales. Conclusiones**.**

RESUMEN:

Este análisis, está dentro del contexto del proceso electoral 2014-2015. Establece dos momentos, el primero se refiere a la obligación que tienen los jueces mexicanos para hacer uso del bloque convencional y constitucional de protección de DH; el segundo refiérase a la aplicación de estos DH en las resoluciones del TEPJF, en temas como la paridad de género. Es decir, analizaremos como el TEPJF, utiliza y aplica los DH, a través de los principios de: interpretación conforme, la acción ex officio del juzgador, el principio pro hommine, interpretación de mayor beneficio para el gobernado y el uso del control difuso y concentrado de la convencionalidad y constitucionalidad.

PALABRAS CLAVE: Estado garantista, estado de derecho, acciones afirmativas, interpretación conforme, derechos fundamentales, paridad de género.

ABSTRACT:

This analysis is within the context of the electoral process from 2014 to 2015. It establishes two moments, the former refers to the obligation of the Mexican judges to make use of conventional block and DH constitutional protection; the second refer to the implementation of these resolutions DH Electoral Tribunal on issues such as gender parity. That is, we as the Electoral Tribunal, uses and applies the DH, through the following principles: consistent interpretation, the prosecution ex officio of the judge, the first pro hommine interpretation of greater benefit to the governed and the use of fuzzy control and concentrate constitutionality and conventionality.

KEYWORDS: Guarantor state, rule of law, affirmative action, consistent interpretation, fundamental rights, gender parity.

I. INTRODUCCIÓN

El fortalecimiento de todas las instituciones del estado, dependerán de la calidad de democratización que demuestre el estado de derecho; es decir, deberá justificar en: organizar el estado, permitir acceder a participar en elecciones libres, acceso a la justicia, bajo los principios rectores de garantizar la máxima protección al gobernado.

[1204] Licenciada en Derecho por la UJAT, maestra en Derecho Civil por la UJAT, Doctorando en Relaciones Exteriores y Derecho Internacional, por el Instituto Ortega y Gasset, Madrid, España, profesora de la UJAT, miembro del SEI, líneas de investigación: Derecho Internacional Público, Derechos Humanos, Sistema Democrático mexicano, el e-Gobierno y protección del medio ambiente, docente a nivel licenciatura en materias relativas al Derecho Internacional Público y Privado en UJAT, docente a nivel licenciatura en la UVM campus Villahermosa, en materias relativas a el Derecho Civil y docente a nivel maestría en la Universidad Autónoma de Guadalajara campus Villahermosa, en materias relativas al Derecho de Autor.

En gobernabilidad, convergen ideas y actores, que bajo el amparo de una ley justa y jueces comprometidos, con las normas convencionales y constitucionales proteccionistas, procuran un sistema de gobierno responsable.

Un estado con gobernabilidad permite que florezca los derechos civiles y políticos, es decir permite que las medidas adoptadas sean efectivas, principio de ***effet utile***[1205]**.**

Es de importancia resaltar que el uso de estos principios en materia de protección a los DH, ha sido un producto generado por un estado de derecho de características demócratas.

El estado mexicano se perfila, en esta transición, a un sistema democrático de derecho, indiscutiblemente esta vinculado a la norma convencional y constitucional en lo general, para hacer funcionar su sistema de gobierno a través de estos principios generadores de garantías para los gobernados; es sin duda un esquema adoptado y adaptado también al sistema nacional electoral.

Se entiende que es democrático, porque ha creado leyes e instituciones que funcionan bajo los principios de equidad e igualdad para sus gobernados. Es decir, es un estado impregnado del alto sentido de la justicia, donde los derechos humanos ocupan un estado privilegiado en el reconocimiento, cuidado y ejecución a través de sus sistemas jurisdiccionales y de creación de normas.

Este análisis procura dos temas concernientes a la forma y el fondo de la interpretación por parte de los operadores jurisdiccionales, con especialidad en derecho electoral. Enfocado a los principios vertidos en las resoluciones de las salas regionales y sala superior del TEPJF, en casos concretos del proceso electoral 2014-2015.

El estado mexicano, en esta transición, ha procurado a través de sus distintos tribunales y en especial por el TEPJF, formar criterios que den certeza jurídica; no menos cierto es que aún falta, en algunos temas generar certeza y homogeneizar sus interpretaciones: el caso de la paridad de género, situación muy recurrida en este proceso electoral.

El nuevo sistema electoral, a partir de la reforma de 2014, refleja el sentido de unificar y homogeneizar funciones electorales para dar un sentido de igualdad constitucional. El estado,

[1205] Caso Ivcher Bronstein *Vs.* Perú, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrafo 37, http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es

visto desde la perspectiva de un sujeto público que garantiza[1206] de forma efectiva, correcta y completa a través de la acción comunicativa, se convierte en un garantista máximo de protección a los derechos humanos, dándole la certidumbre y validez al concepto mismo del derecho.

A partir de esta idea, igualdad y la legalidad, dependerán de cómo lo conceptualiza el estado, cómo lo aplica y cómo se compromete con los valores fundamentales relativos a la justicia, bien común y seguridad jurídica que brinde, a través de sus instituciones[1207].

Es aquí donde el concepto de los Derechos Humanos, debiera ser la columna vertebral de esta validez y legitimación, para de esta forma entender los compromisos, obligaciones internacionales del estado mexicano.

Es importante destacar que se maneja la idea de transición porque aún la norma interna del estado, los criterios jurisdiccionales y las instituciones están armonizando los temas relativos a los compromisos convencionales contraídos en razón de la protección de los DH. También, no es menos cierto que, hemos logrado grandes avances en esta armonización ya que ha habido voluntad por parte de actores políticos del Estado[1208].

Creemos en la obligación que tiene el estado, para actuar de muto proprio en pro de los compromisos internacionales contraídos para garantizar los DH, y se ha visto a través de las grandes reformas constitucionales como lo es la de 2011 en materia de DH y la de 2014 específicamente la relativa nuevo sistema electoral mexicano.[1209]

[1206] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías: La ley del más débil* Madrid, 2a edición, *Validez y Vigencia*. *Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, 2001, pág. 87.

[1207] Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho* Barcelona, Gedisa. 1997. p. 87. Gerardo Durango, Álvarez, Revista de derecho", universidad del norte, 33: 247-276, 2010, núm. 251.

[1208] Arrocha, Olabuenaga, Pablo, "Considerations About The Rule of Law in The International Level"**.** **(**Consideraciones sobre el Estado de Derecho en el Plano Internacional*),* Anuario de Derecho Internacional, vol. X, 2010, pp. 173-197.

[1209] En el caso Benavides, puntualiza el deber del estado de actuar sin esperar a que exista una ley o una posición jurisdiccional. En el párrafo 46: *Aunque la Comisión no hubiera planteado la supuesta violación del artículo 2 de la Convención en su demanda ante la Corte, esta última estaría facultada para examinar la materia motu proprio. El artículo 2 de la Convención, al igual que el artículo 1.1, consagra una obligación general -que se suma a las obligaciones específicas en relación con cada uno de los derechos protegidos- cuyo cumplimiento, por los Estados Partes, tiene la Corte el deber de examinar de oficio, como órgano judicial de supervisión de la Convención. El Estado demandado no puede, por medio de una excepción preliminar, pretender sustraer de la Corte esta facultad que es inherente a su jurisdicción. Por lo tanto, la Corte desestima la quinta excepción preliminar interpuesta por el Estado.* Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 3 de septiembre de 1998, párrafo 46, http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es.

II. UN ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

El estado demócrata, legitima su poder a través del ejercicio efectivo de sus funciones, llámesele: jurisdiccionales, legales y ejecutivas; todas estas en pro del sujeto llamado gobernado con principios rectores de igualdad para proveer de una seguridad jurídica enfocada siempre a la protección del ser humano, en todas sus dimensiones.

En este nuevo paradigma que estamos viviendo de gobernabilidad enfocada a los DH, hemos visto como las instituciones internacionales como la Corte IDH y la Comisión IDH, han logrado influir dentro de los estados que somos llamados partes del bloque latinoamericano.

La Corte IDH, en sus numerosas resoluciones ha dejado claro, por lo menos al estado mexicano, de la importancia que tienen todos los estados partes de armonizar la normativa interna e integrar a las instituciones de los distintos estados, en la obligación y responsabilidad que tenemos para adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar los derechos y libertades contenidas en la *Convención Americana de los Derechos Humanos.*

Estas obligaciones internacionales adquiridas por los estados complementa la idea de estado demócrata. Procurando de esta manera, un estado de gobernabilidad en donde sus normas son efectivas, estos criterios de la Corte IDH, han adoptado la idea de que cuando un estado no armoniza sus normas, genera un estado de incumplimiento a sus obligaciones y compromisos internacionales.[1210]

Pero esta legitimación del poder, se ve vulnerada por la falta de una consistente política normativa enfocada a los derechos fundamentales del ser humano, por consecuencia, el sentido de democracia, no cumplimenta el sentido de seguridad jurídica, que necesita todo estado para tener el estatus de legítimo.

Es necesario que el estado, proponga en su política normativa, el privilegiar los derechos humanos universales a través de garantizar la existencia en su sistema jurídico, simplificando los procesos y agilizando el prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, si esto así fuera, estaríamos en un verdadero estado de derecho, estamos en un estado garantista.

[1210] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Osorio Rivera Y Familiares Vs. Perú, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, (interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 2016. Http://Www.Corteidh.Or.Cr/Cf/Jurisprudencia2/Busqueda_Casos_Contenciosos.Cfm?Lang=Es.

El carácter universal de estos derechos, nos lleva al plano internacional en donde su función es el alcance y armonía con todos los otros pueblos, puesto que la existencia del derecho internacional debe ser la consolidación del *Estado de Derecho*[1211].

En la resolución A/Res/60/1, de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 16 de septiembre de 2005, hace mención a la importancia de "una adhesión universal al imperio de la ley y a su aplicación en los planos nacional e internacional"[1212].

México, ha sido respetuoso en cuanto al reconocimiento a través de instrumentos internacionales los derechos internacionales, creemos que donde ha habido un poco de complejidad es al momento de hacer efectivos los derechos, es decir, al momento de ejecutar o crear mecanismos que lo hagan del todo efectivo; sin embargo con la transición que vive desde la resolución dictada por la Corte IDH por el caso Radilla Pacheco, creemos que se ha venido forjando el nuevo paradigma de estado de derecho, por parte de nuestras instituciones. [1213]

En este esquema de trabajo que ha tenido el estado mexicano, importante es mencionar, los compromisos contraídos a través del pacto de los derechos Civiles y Políticos, el cual entra en vigor para México el 24 de Junio de 1981; se hace mención que de acuerdo a la Carta de las Naciones Unidas se deben respetar los principios de libertad, justicia y paz; asimismo reconoce que la Declaración Universal de los DH, se desarrolla sobre la base de la protección de los derechos del hombre, el cual debe disfrutar de libertades civiles y políticas, liberado del temor y la miseria (económicos, sociales y culturales).

Este Pacto dispone claramente de preceptos que los Estados democráticos deberán de garantizar, como son los siguientes:

1. Igualdad entre hombres y mujeres para garantizar el goce de sus derechos civiles y políticos. (art. 3).
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de estos derechos. (art. 5.2).
3. Derecho a la vida (art. 6).
4. Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos. (art.7)
5. Está prohibida la esclavitud y cualquier trabajo degradante al que sea obligado a ejercer (8)

[1211] Sin embargo, como ya lo hacía notar el filósofo de Königsberg en 1795, la premisa que da pie a la existencia del derecho internacional debe ser la consolidación del *Estado de derecho* en el plano Internacional[*]. *Considerations about the rule of law in the international level*,

[1212] Así, y en atención a dicho compromiso, el 11 de mayo de 2006, los Gobiernos de México y Liechtenstein conjuntamente solicitaron a la Asamblea General de la ONU la inclusión del tema "El Estado de derecho en los planos nacional e internacional" en la agenda de la Sexta Comisión, propuesta que fue aceptada por este órgano. En consecuencia, la Asamblea General emitió su resolución A/Res/61/39, del 4 de diciembre de 2006, mediante la cual se estableció que este tema se debatiría en su 62o. periodo de sesiones. Arrocha, Olabuenaga Pablo, *op.cit.*

[1213] Idem.

6. Acceso a la justicia, derecho al debido proceso (art.9)
7. Respeto a la dignidad humana en sujetos privados de la libertad y la prohibición de ser encarcelados por deudas contractuales (art.10 y 11).
8. Libertad de tránsito en su propio país (art. 12).
9. Derecho de todo extranjero a un debido proceso en caso de expulsión (art.13).
10. Derecho a un debido proceso, derecho a la intimidad, secrecía, principio de presunción de inocencia, igualdad en garantías en el proceso, justicia pronta expedita. (art. 14).
11. Derecho a una aplicación de pena justa desacuerdo a la norma. (art.15)
12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación y el derecho a ejercitar acciones legales para defensa. (art 17)
13. Libertad religiosa (art. 18).
14. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho 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. puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. (art. 19).
15. Derecho a la reunión pacífica (art. 21).
16. Libertad de asociación. l ejercicio de tal derecho sólo podrá 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 pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. (art. 22).
17. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derecho y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país. (art. 25).
18. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (art.26).[1214]

Como lo hemos mencionado ya, la resolución de la Corte IDH, en el caso Radilla Pacheco, impone al estado mexicano la obligación de hacer efectivas a través de sus distintas instituciones los DH.

En consecuencia tenemos las reformas constitucionales de 2011, en las cuales hace la reforma relativa a los DH, elevándolo a rango constitucional. Asimismo, se da una reforma de trascendencia para la materia que nos ocupa, la electoral, el 31 de enero de 2014, se promulgó la Reforma Constitucional en Materia Político-Electoral, aprobada por el Congreso de la Unión y la mayoría de las legislaturas estatales, a través de la cual determina un nuevo sistema electoral nacional, el cual se encuentra en su primera etapa de aplicación. También, con fecha diez de febrero de dos mil catorce, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el Decreto

[1214] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx

por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia político-electoral.

Todo esto con la finalidad de crear un sistema político-electoral único y homogéneo. Permitiendo al estado mexicano establecer normas equitativas y permitir el acceso a los derechos político-electorales de forma semejante en la mayoría de los casos en nuestro estado. Con la salvedad de las regiones indígenas, pero también haciendo valer derechos que son iguales a todos en todas las regiones de nuestro México.

III. LA INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL DEL BLOQUE CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL DE DH

El bloque convencional de protección a los DH, fundamentales, está integrado por normas:

a) Norma convencionales
b) Normas consuetudinarias
c) Ius cogens[1215]

La protección a los DH, está garantizada por un estado de derecho, pero en casos específicos, cuando este estado sufre de inestabilidad para garantizar la protección de los DH, es necesario que los derechos fundamentales del ser humano queden salvaguardados, por ello la importancia de generar un bloque que distinga sobre cualquier circunstancia la dignidad humana como columna vertebral de este sistema internacional.

La Corte Internacional de Justicia, ha dicho que, el conjunto de normas convencionales aplicables en tiempo de conflicto en un Estado es: *"fundamental para el respeto de la persona humana y de consideraciones elementales de humanidad´"*[1216]

Es por esta expresión que la **Corte considera que el Derecho Humanitario y el Derecho de los Derechos humanos tienen los mismos valores éticos fundamentales.**

En cuanto a la opinión consultiva relativa a la licitud de la amenaza del empleo de las armas nucleares, reconoce la complementación de estos dos derechos:

> "La Corte observa que la protección dispuesta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, salvo cuando se aplica el artículo 4, que permite la derogación de algunas disposiciones en situaciones de emergencia nacional. El respeto del derecho a la vida (garantizado por el

[1215]Este derecho está regulado por dos tipos de normas: el Derecho de la Haya, cuyas disposiciones se refieren a las limitaciones y prohibiciones y métodos específicos de guerra, y el derecho de Ginebra, que se refiere a la protección de las victimas de conflictos armados, de los no combatientes y los que no participan en las hostilidades o dejan de hacerlo, asimismo la aprobación de los protocolos adicionales de 1977.

[1216] Vallarta, Ramón, José Luis, Anuario de Derecho Internacional Biblioteca Jurídica Virtual UNAM 2010, "*la argumentación jurídica en torno al ius cogens internacional*[*], *Juridical Argumentation Around International* Ius Cogens, *http://www.bibliojurídica.org/estrev/derint/cont/10/art/art1.htm* **.**

> artículo 6 del Pacto Internacional) no cabe, sin embargo, entre esas disposiciones. En principio, el derecho de las personas a no ser privadas arbitrariamente de la vida también se aplica durante las hostilidades. Sin embargo, la prueba de qué constituye una privación arbitraria de la vida ha de ser determinada por la lex specialis aplicable, es decir, el derecho aplicable en conflictos armados concebido para regular la conducción de las hostilidades. Así pues, la decisión de si una pérdida de vida en particular, a través del empleo de cierta arma en la guerra, debe ser considerada una privación arbitraria de la vida que contradice lo dispuesto en el artículo 6 del Pacto, sólo podrá zanjarse haciendo referencia al derecho aplicable en los conflictos armados y no efectuando deducciones de las disposiciones del Pacto mismo"[1217]

El Ius *Cogens*, definido por primera vez en el art 53 del tratado de Viena de 1969, dice: Es una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

La Corte Internacional, ha considerado que el *ius cogens*, tienen una obligatoriedad *erga omnes*, en especial en Derechos Humanos fundamentales.

La primera observación que hace la corte al concepto erga omnes, fue en la opinión consultiva sobre reservas a la Convención para la prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 28 de mayo de 1951, en ella reconoce que la prohibición del genocidio es una obligación erga omnes.

En el plano nacional, a partir de la resolución de la corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Radilla Pacheco, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado una resolución, en donde reafirma la obligación que tiene el estado de salvaguardar los derechos humanos, a través del control de convencionalidad, obligando a los tres poderes de la Unión y a los tres nivele de gobierno, para establecer un vínculo directo con la protección de estos derechos contenidos en los instrumentos internacionales firmados y ratificados por México, así como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que vinculan a México en casos específicos.[1218]

Derivado de lo anterior, la SCJN emite criterios que vinculan al poder judicial, en el expediente "Varios 912/2010", establece en el punto sexto las siguientes obligaciones hacia el Poder Judicial de la Federación:

[1217] ibidem

[1218] Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Radilla Pacheco *vs.* Estados unidos mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009, ***(****Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas****),*** *HTTP://WWW.CORTEIDH.OR.CR/*.

1. Los jueces deben llevar un control de convencionalidad *ex officio,* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
2. Deberá restringirse la aplicación del fuero militar en casos concretos
3. El Poder Judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivada de la sentencia de la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco.

Según el expediente Varios 912/2010, en su punto séptimo, define al control de convencionalidad ***ex officio*** como un modelo de control difuso de constitucionalidad. Esto es todo juzgador se encuentra obligado a observar siempre los DH, en sus resoluciones judiciales sean constitucionales o convencionales, y aplicando la norma que mayor beneficios de al sujeto.

El Poder Judicial de la Federación, ha construido a través de sus distintas resoluciones un bloque de principios jurisprudenciales que han abonado en gran medida a este control de convencionalidad *ex officio.* Obligando de esta manera a los juzgadores al control difuso y concentrado de la constitucionalidad y convencionalidad, según sea el caso. Asimismo este control difuso converge con el control concentrado de constitucionalidad referido solo a los juzgadores federales en temas de figuras específicas contenidas en la constitución de las cuales solo el poder judicial federal podrá hacer efectivas.

El Tribunal Electoral a través de la reforma constitucional de primero de julio de 2008, en el sexto párrafo del artículo 99 constitucional, otorga facultad de no aplicar leyes contrarias a la Constitución (en materia de DH), lo que en su momento garantiza la construcción de este medio de control constitucional concentrado, por parte del PJF.

Lo anterior no significa que el juez pueda dejar sin efecto una norma, por el hecho de ser contraria a estos principios rectores de los DH, pero si puede en su caso dejar de aplicarla, para hacer uso del principio *pro homine, según la interpretación conforme*.

Las reformas constitucionales de 10 y 06 de Junio de 2011, es el reflejo de la acción que finalmente el legislador toma como parte de su responsabilidad para armonizar los temas sobre la interpretación conforme, bajo el principio *pro homine*. Para de esta forma generar la certeza constitucional.

Asimismo, la SCJN, ha establecido que los resolutivos de la Corte IDH, tienen dos vertientes para ser interpretados y aplicados:

Primero: se consideran criterios vinculantes para el estado mexicano, todos aquellos que se resuelvan en los que México sea parte, y

Segundo: se consideran criterios orientadores todos aquellos en los que México no sea parte.

Para generar un estado garantista, proteccionista en el sentido amplio de los DH, sería saludable considerar todos los criterios de la Corte IDH, como vinculantes; es decir, no esperar que el estado sea parte, con el simple hecho de saber que hay un criterio que no se observa en el actuar del estado, deberá hacerlo efectivo para el gobernado.

Los DH, se analizan bajo los principios de: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Luego entonces, es importante determinar que la aplicación de los criterios internacionales en materia de protección de DH, deben ser considerados como norma aplicable en el estado mexicano.

Tal vez, sea, ambicioso por parte de los que nos interesa la protección más amplia, en este sistema de protección de derechos, pero la teoría parte de la naturaleza universal de estos derechos, para propiciar la seguridad del sujeto para su desarrollo integral dentro del Estado.[1219]

Podemos decir que para los operadores jurisdiccionales, existe un sistema de control complejo, sobre interpretación enfocada a los DH. Este sistema de control es un sistema mixto, por una parte el control concentrado de constitucionalidad (Amparos, Acciones de Inconstitucionalidad y Controversia Constitucional) a través de las figuras establecidas en la constitución, las cuales se aplican a través de jueces federales; el control difuso de constitucionalidad para desaplicar una ley interna cuando el beneficio es mayor en cualquier norma contenida en los bloques constitucionales y convencionales; vinculado este último al control difuso de la convencionalidad; en la cual podrá cualquier juzgador hacer uso del bloque de los DH, contenidos en resoluciones de la Corte IDH, Comisión IDH, pactos, tratados, convenios internacionales y todo instrumento internacional ratificado por México; para interpretar conforme y en beneficio del hombre.

IV. ALGUNOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL ELECTORAL FEDERAL EN EL PROCESO ELECTORAL 2014-2015

[1219] Barranco, Avilés María del Carmen, *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, editorial Dikinsson, 2000, pág.75

Es importante dejar en claro que todos los Tribunales del estado mexicano se encuentran en la obligación de hacer efectivos los derechos civiles y políticos de los ciudadanos procurando siempre el mayor beneficio que la ley le otorga, sea esta ley local, federal o internacional.

En el desarrollo de este análisis hemos visto como esta obligación de los operadores jurisdiccionales operan bajo un sistema de control mixto de convencionalidad y constitucionalidad, por un lado tenemos el control concentrado y por el otro el control difuso. El primero, se encuentra regulado por nuestras propia norma interna y el segundo refiérase a temas que no están regulados internamente pero deberán ser aplicados en cualquier nivel de jerarquía jurisdiccional.

En este tenor, para tratar el tema específico de los tribunales federales electorales, haremos puntual énfasis en el tema de paridad de género y el fundamento aludido por los operadores jurisdiccionales en sus resoluciones que han sido materia de este proceso electoral 2014-2015.

Brevemente expondré como los Tribunales electorales permiten vislumbrar el camino que llevan para entender el sistema de protección de los DH, en México.

Para esto lo divido en dos momentos, el primero refiere a la paridad de género en la integración de las candidaturas en de diputaciones locales y de presidentes municipales; el segundo refiere a la paridad de género para integrar los congresos de los estados a través de los diputados de RP.

1. PARIDAD DE GÉNERO EN CANDIDATURAS DE DIPUTADOS Y PRESIDENTES MUNICIPALES PRESENTADAS POR LOS PP

Esta primera tesis destaca en resumen la siguiente obligación: los partidos políticos y las autoridades administrativas en materia electoral, se encuentran obligados para hacer valer el principio de paridad de género en la presentación de candidaturas para las elecciones de diputados locales y de presidentes municipales bajo el esquema de paridad horizontal y vertical.

El tema novedoso para muchos actores políticos fue la paridad horizontal, tema que fue sumamente recurrido en este proceso electoral y sobre el cual los tribunales asumieron la siguiente postura con los fundamentos de DH en breve referidos:

En este sentido, mencionaré los temas que a nivel nacional quedaron revisados y aplicados para este proceso electoral.

> La **Sentencia del expediente TET-JDC-47/2015-I.** El diecinueve de mayo del año en curso, el Tribunal Electoral de Tabasco resolvió el expediente mencionado, en el sentido de revocar el acuerdo

> **CE/2015/030**, a efecto de que el Consejo Estatal del Instituto Electoral local verificara que las listas regionales de diputados locales por el principio de representación proporcional presentadas por los partidos políticos cumplieran con la paridad de género. **Acuerdo CE/2015/041.** El veinticinco de mayo siguiente, el Consejo Estatal del Instituto Electoral y de Participación Ciudadana de Tabasco, en cumplimiento a la sentencia antes mencionada.[1220]

En este caso, se obliga a los pp, a integrar sus listas de forma horizontal y vertical con el principio de paridad de género. Asimismo en sus principales como en sus suplencias.

> **La Sentencia juicio de revisión constitucional.** El veintiséis de abril de dos mil quince, la Sala Regional Xalapa resolvió el juicio de revisión constitucional electoral SX-JRC-79/2015, en el sentido de revocar el acuerdo CE/2015/029, sobre la base de que la autoridad administrativa electoral local debía de verificar que los registros de las candidaturas relativos a presidentes municipales cumplieran con el criterio de paridad de género horizontal. Por lo que, al existir diecisiete ayuntamientos, los partidos políticos tenían que haber registrado a nueve candidatos a presidente municipal de un género y ocho del otro.

El cual fue acatado con fecha 27 de abril de 2015, por acuerdo CE/2015/033, con los parámetros de paridad de género mandatado.[1221]

Los temas que los recurrentes hicieron valer ante la Sala Superior para dejar sin efecto la paridad de género fueron los siguientes:

> señalan que la resolución impugnada transgrede lo previsto en los artículo 41, Base V, 105, Fracción II, penúltimo párrafo y 116, fracción IV, inciso b) de la Constitución federal, ya que la Sala Regional responsable viola el principio de certeza en la contienda electoral que prohíbe modificar la reglas que rigen los procesos electorales, con noventa días anteriores al inicio del citado proceso, máxime si la normativa constitucional y legal en la materia no establece expresamente que los partidos políticos deben proponer como candidatos a presidentes municipales la mitad de un género y la mitad de otro, por lo que no era dable exigir el registro de candidatos que cumplieran con dicha paridad al inicio del proceso electoral y cuando se encontraban en la etapa de campañas electorales, transgrediendo la prohibición de realizar modificaciones sustanciales en las normas que regulan el proceso electoral, de forma que se quebranten los principios de certeza en la materia y el de autodeterminación de los partidos políticos.[1222]

Los tales, fueron analizados por la Sala Superior, considerados como INFUNDADOS, dadas las siguientes consideraciones:

Lo **infundado** de los agravios radica en que la Sala Regional responsable le otorgó un valor superior a la paridad de género como principio previsto en las normas constitucionales y convencionales en la materia, aunado a que el orden de prelación de la lista de planilla de candidatos para integrar un Ayuntamiento debe garantizar la alternancia tanto en el registro como en la asignación respectiva a fin de hacer efectiva la participación más equilibrada de

---

[1220] SUP-REC-242/2015 Y ACUMULADO. http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2015/REC/SUP-REC-00242-2015.htm

[1221] SUP-SFA-21/2015 http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2015/SFA/SUP-SFA-00021-2015.htm

[1222] SUP-REC-128/2015 Y ACUMULADOS http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2015/REC/SUP-REC-00128-2015.htm

hombres y mujeres en los procesos político-electorales y en la integración de los Ayuntamientos.

La Sala Superior estima que en el caso en estudio, la observancia y aplicación del principio de paridad horizontal no genera una afectación a los principios de certeza y autodeterminación de los partidos políticos, y por el contrario, acceder a la pretensión de los recurrentes, si podría constituir una vulneración al primero de los principios referidos.

Considerando lo siguiente:

a) Que al existir diecisiete ayuntamientos, para cumplir con el criterio de horizontalidad en los cargos de presidentes municipales, debía verificar que los partidos políticos que hayan registrado planillas de candidatos para contender en todos ellos, postulen a nueve candidatos a presidente municipal de un género y ocho del otro género.

b) En el caso de los partidos políticos que no hayan registrado planillas de candidatos para contender por todos los ayuntamientos, pero el número de ayuntamientos en los cuáles solicitó registro sea par, el instituto debía verificar que la mitad de candidatos a presidentes municipales fueran de un género y la otra mitad del otro. Si registraron planillas de candidatos para un número impar de ayuntamientos, de acuerdo al artículo 185, párrafo 6, de la Ley Electoral y de Partidos Políticos del Estado de Tabasco, el partido debía determinar libremente el género de la última fórmula que exceda el criterio de paridad.

c) Para que los partidos políticos que decidieron unirse bajo la figura de las candidaturas comunes cumplieran con el criterio de horizontalidad, se contarían tanto las planillas que postularan bajo esa modalidad en conjunto con las que postularan de forma individual.

d) Así, cada partido, aun cuando compitieran bajo la figura de candidaturas comunes en algunos municipios, e individualmente en otros, tendrían que postular nueve candidatos a presidentes municipales de un género y ocho del otro.

e) Asegurarse que las planillas registradas tanto por los institutos políticos como por candidatos independientes cumplieran con el criterio de

alternancia de género. Lo anterior, debiendo abarcar a los ayuntamientos que cuentan con dos síndicos así como a los que cuentan con uno. Igualmente, esa alternancia debía reflejarse en los regidores.

En este sentido, la Sala Superior, fundamenta la acción afirmativa de la siguiente manera:

a. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al reconocer los derechos humanos a la igualdad y no discriminación, dispone lo siguiente:

> "**Artículo 1°.** […]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 sexuales, 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.
> **Artículo 4o.** El varón y la mujer son iguales ante la ley. […]".
> De la normativa transcrita, se advierte que la Ley Suprema proscribe toda discriminación que esté motivada por el género y reconoce que tanto el varón como la mujer son iguales ante la ley[1223].

Asimismo, es conveniente señalar que la igualdad jurídica, entre el hombre y la mujer ante la ley, está relacionada con el principio general de igualdad para los gobernados, previsto en el citado artículo 1º constitucional, el cual establece que todo individuo gozará de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal y en los tratados de los que el Estado Mexicano sea parte, en el entendido que éstos no se podrán restringir ni suspender, sino en los casos y con las condiciones que ésta consigne, lo que pone de manifiesto el propósito de la sociedad en su actual desarrollo cultural, de superar las situaciones discriminatorias que con frecuencia afectaban a uno u otro individuo por razón de su género.

De manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que estén en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor.

Por otra parte, el artículo 41, base I, párrafo segundo, de la Constitución, establece que los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. Lo anterior hace patente que una de las manifestaciones del liderazgo político de las mujeres que deben fomentar tales partidos es, precisamente, la postulación de mujeres, en condiciones de

[1223] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

paridad con los candidatos de sexo masculino tanto a cargos de elección popular, como para integrar órganos partidarios.[1224]

[1224] Asimismo, existen diversos instrumentos de los cuales el Estado Mexicano es parte, y que buscan proteger y garantizar la igualdad entre el hombre y la mujer así como de lograr su participación en condiciones de igualdad en la vida política del país, que sirven como parámetro necesario de interpretación y aplicación de la normativa interna legal y estatutaria**- Declaración Universal de Derechos Humanos**- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, se deben comportar fraternalmente los unos con los otros (artículo 1).- Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin distinción alguna, entre otras, por razón de sexo (artículo 2).**- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**- Cada uno de los Estados parte del Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que estén en su territorio y bajo su jurisdicción no hacer distinción alguna, entre otras causas, por razón de sexo (artículo 2).- Los Estados se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de sus derechos civiles y políticos (artículo 3).- Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección, ya sea entre otros motivos, por razón de sexo (artículo 26).**- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**- Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en la Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna (preámbulo y numeral II).En relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la cual, el Estado Mexicano se encuentra sujeto desde el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno, en la parte que interesa, establece lo siguiente: "**Artículo 1***Obligación de Respetar los Derechos*1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación alguna por motivos de** raza, color, **sexo**, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.[…]**Artículo 24**Igualdad ante la Ley **Todas las personas son iguales ante la ley**. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. "Sobre el sentido y alcance de tales preceptos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido diversos criterios, de entre los cuales, son de destacar los siguientes: En la *Opinión Consultiva OC-4/84*, de diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que 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 en tal situación de inferioridad. Asimismo, sostuvo que no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no correspondan con su única e idéntica naturaleza; sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato se puede considerar ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. En ese orden de ideas, el mencionado órgano jurisdiccional interamericano precisó que la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "*en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos"* definió que es discriminatoria una distinción cuando "*carece de justificación objetiva y razonable*". En este sentido, razonó que existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia; ya que por el contrario, pueden ser un medio eficaz para proteger a quienes se encuentren en circunstancias de desventaja. Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de fondo, reparaciones y costas, emitida el veinticuatro de febrero de dos mil doce, en el caso denominado *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, estableció en el párrafo identificado como 79 (setenta y nueve), en su parte conducente, lo siguiente:*"[…]sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que 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. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e*

Asimismo, hace mención del caso *Castañeda Gutman Vs. México*, en esta resolución hace mención a la diferencia entre *distinciones* y *discriminaciones*, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables, proporcionales y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos.

Determina entonces la Sala Superior, que es válido sostener que cualquier acto del que derive una situación de desigualdad entre el hombre y la mujer, es discriminatorio y, por tanto, vulnera los derechos de los ciudadanos que se encuentren en desventaja. Por tanto solo se consideran conforme a Derecho aquellas distinciones que sean razonables, proporcionales y objetivas, ya que en tales circunstancias esa distinción no sería arbitraria ni redundaría en detrimento de los derechos humanos.[1225]

Asimismo, considera dentro de sus afirmaciones que, estas acciones afirmativas son de carácter temporal, entre tanto se hace efectiva y determinante la igualdad entre hombres y mujeres; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato, tomando todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a votar en todas las elecciones y referéndum públicos y ser elegible para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas; participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales, y participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.[1226]

---

internacional y permean todo el ordenamiento jurídico […]".

[1225] Por otra parte, en los artículos 1°, 2°, 3, 4, 5, 7 y 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación Contra la Mujer (CEDAW) se establece que los Estados Partes convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, consagraran el principio de la igualdad del hombre y de la mujer en las esferas política, social, económica y cultural, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

[1226] En otro orden, en los artículos 1°, 23 y 24 de la Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), los Estados Partes en la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Asimismo se establece que todas las personas son iguales ante la ley y que todos los ciudadanos deben gozar, entre otros derechos y oportunidades, el de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones

En este sentido distingue que la finalidad de la paridad es el adecuado equilibrio en la participación política de hombres y mujeres, en el caso, en la integración de los Ayuntamientos y con ello lograr la participación política efectiva en la toma de decisiones del mencionado ente público colegiado, en un plano de igualdad sustancial, con el objetivo de consolidar dicha paridad de género como práctica política.

Se estiman **infundados** los agravios relativos a que la sentencia impugnada viola el derecho de autodeterminación de los partidos al imponer una obligación-carga que la ley del Estado no contempla, ya que se coarta el derecho del partido y de sus militantes que son postulados en las listas de candidatos a Presidentes Municipales.

Lo infundado de los agravios radica en que, contrario a lo argumentado por los recurrentes, la Sala responsable en la sentencia controvertida, no limita del principio de auto-organización y autodeterminación de los partidos políticos previsto en el artículo 41 constitucional, ya que lo que realizó fue, como se dijo en párrafos precedentes, hacer cumplir la paridad de género horizontal a efecto de preservar los principios propios de la materia electoral, esto es, la obligación de observar y de garantizar la aplicación al principio de paridad de género dentro de los procesos internos de selección y la postulación de candidatos que deben cumplir los distintos institutos políticos. Lo anterior es acorde con el propósito de las acciones afirmativas, que es revertir escenarios de desigualdad histórica y de facto que enfrentan ciertos grupos humanos en el ejercicio de sus derechos, y con ello, garantizarles un plano de igualdad sustancial, en el caso específico, a acceder a las mismas oportunidades para ocupar un cargo importante de representación como es el de las Presidencias Municipales.

Por tanto la limitación es evitar actuaciones arbitrarias o en desapego a las normas constitucionales, convencionales y legales en la materia, dado que ello atentaría, precisamente, en contra de ese principio y de los derechos de los integrantes de la asociación política, en este

---

públicas de su país. En los artículos 4, 5, 13 y 14 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), se establece que 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 tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones. Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos.

tenor lo dictaminado por la sala regional Xalapa, se considera como medidas afirmativas de ayuda para el proceso de igualdad que transitan en el tema de horizontalidad.[1227]

2. PARIDAD DE GÉNERO EN INTEGRACIÓN DEL CONGRESO POR EL PRINCIPIO DE RP

En el caso de la paridad de género en integración de los congresos locales a través del principio de RP, el análisis de la Sala Superior ha sido un tanto distinto porque en este sentido da prioridad a derechos de auto-organización de los PP, pero también distingue entre autoritarismo y la aplicación de los derechos de igualdad ya descritos antes en este análisis.

Del análisis de la Sala Superior en este sentido, se destaca su argumento y fundamento al respecto de la siguiente manera:

- La paridad implica un aspecto cuantitativo y cualitativo, pues lo que busca es la participación política efectiva en la vida política del país de hombres y mujeres, en un plano de igualdad sustancial, sin favorecer a un género u otro en particular; es decir, lo que procura es un equilibrio razonable entre ellos, incluso para alcanzarla, se exige la adopción de medidas temporales.
- La paridad es una exigencia de la democracia representativa y una meta para erradicar la exclusión estructural de alguno de los géneros, por tanto, busca lograr una situación permanente en la que el poder político sea compartido por hombres y mujeres.
- Lo anterior resulta acorde con la obligación del Estado de promover las condiciones para que la igualdad de las personas sea real y efectiva, y de eliminar los obstáculos que impidan su pleno desarrollo y la verdadera participación de forma equilibrada de hombres y mujeres en la vida política, mandatos que suponen directivas de interpretación para los órganos jurisdiccionales.

En este sentido apunta que los criterios en este sentido deben ser interpretados y aplicados con criterios que favorezcan su optimización, es decir, lograr su mayor extensión y eficacia posible, por tanto es necesario la regla que orienta a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano; es decir, que debe hacerse una interpretación extensiva de sus alcances y restrictiva de sus limitaciones.

En este último tema relativo a la restricción de sus limitaciones, es en donde creemos se fundamenta la resolución relativa al criterio en razón de no establecer la paridad de género en la integración de los congresos a través del principio de RP.

[1227] SUP-REC-128/2015 Y ACUMULADOS http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2015/REC/SUP-REC-00128-2015.htm

Asimismo, al momento de la integración del congreso a través de las diputaciones locales de RP, se vertieron criterios que no estaban a la par del primer criterio de paridad de género en el sentido estricto de hacer uso de la paridad de género al momento de la asignación sin tomar en consideración las listas, en cuyo caso la sala superior dictaminó el siguiente criterio jurisprudencial:

3. PRINCIPIOS GENERALES

En efecto, los principios son normas que establecen que algo está prohibido, permitido u obligado siempre que se presente la ocasión para ello, conteniendo un mandato de optimización, es decir, la disposición de que algo sea realizado en la mayor medida posible, lo cual dependerá, entre otros aspectos, de las otras normas o pautas jurídicas que resulten aplicables al caso individual, pues los principios se encuentran limitados por los otros principios y reglas con las que interactúa.

En casos como el presente confluyen, entre otros, un entramado de principios constitucionales que es preciso ponderar: **paridad de género en la integración de los órganos representativos**, **democrático**, **alternancia**, **auto organización** y certeza, enmarcados en el sistema electoral mexicano de carácter mixto y en la fórmula democrática establecida en el artículo 40 de la Constitución Federal, una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación según los principios de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El ***principio democrático*** tiene dos sentidos: el amplio y el restringido. En el primero de los sentidos, el amplio, el principio democrático incluye, entre otros aspectos, la idea de una democracia sustancial, el postulado de la soberanía popular y la separación de poderes, al paso que el sentido restringido se refiere fundamentalmente a la voluntad ciudadana expresada en las urnas a través del sufragio libre y directo, como un acto fundante de la legitimidad democrática, teniendo en cuenta los efectos múltiples del voto de la ciudadanía. De esta forma, cuando se afirma que el **principio de paridad de género** en la **integración de los órganos representativos ha de ponderarse con otros principios constitucionales**, ha de entenderse que se sopesa con el principio democrático en sentido estricto, mas no con el principio democrático en sentido lato, ya que éste es inconmensurable.

Es de entender que la Sala Superior, pondera el principio de paridad tanto con la voluntad de la ciudadanía expresada en las urnas (principio democrático en sentido estricto) como con el derecho de auto-organización de los partidos políticos. En este sentido, la paridad de género en la integración de los órganos legislativos constituye una norma o pauta fundamental del orden jurídico mexicano, en consonancia con el derecho convencional y el derecho internacional, pero en el estricto sentido de los diputados de mayoría relativa.

Asimismo, dijo que en un sentido más general, la paridad de género puede considerarse como un **principio constitucional** y, por tanto, como un **mandato de optimización**, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. El referido principio es una medida permanente y permea la totalidad del ordenamiento, de conformidad con el artículo 41, en relación con el 1º, 4º y 133 de la Constitución Federal. El derecho de auto-organización implica respetar las decisiones adoptadas por los partidos políticos, derivadas de su organización interna, en relación con los derechos de las y los candidatos.

En cuanto al principio de alternancia dijo que: consiste en colocar en forma sucesiva una mujer seguida de un hombre, o viceversa, de modo tal que el mismo género no se encuentre en dos lugares consecutivos del segmento respectivo. Su finalidad es el equilibrio de género entre las candidaturas a fin de lograr la participación política efectiva de hombres y mujeres, en un plano de igualdad sustancial, real y efectiva, con el objetivo de mejorar la calidad de la representación política y de eliminar los obstáculos que impiden el pleno desarrollo de las personas y su efectiva participación en la vida política, de modo que los partidos políticos cumplan con el deber de promover la igualdad de oportunidades, garantizar la paridad de género en la vida política del país y desarrollar el liderazgo político de las mujeres a través de postulaciones a cargos de elección popular, puesto que incrementa la posibilidad de que los representantes electos a través de ese sistema electoral sean de ambos géneros.

Ahora, para determinar el alcance del principio de paridad de género en este sentido, al momento de la integración de un órgano de representación popular deben atenderse las reglas específicas previstas en la normativa aplicable, y armonizar los principios, reglas y derechos que sustentan la implementación de una medida afirmativa en la asignación de diputaciones por el principio de representación proporcional con los principios y derechos tutelados en las contiendas electorales y hacer una ponderación a fin de que la incidencia de las medidas

tendentes a alcanzar la paridad no impliquen una afectación desproporcionada o innecesaria de otros principios.

Es decir, que debe tomarse en consideración el caso concreto y específico para no vulnerar estos derechos de grupos, esto no necesariamente vulnera desproporcionadamente otros principios, particularmente el principio democrático y el de auto-organización de los partidos, siempre que se pondere dicha incidencia.[1228]

Como podemos observar ambos criterios tienen connotaciones diferentes al momento del análisis, en la primera es obligado el actor político a integrar de forma paritaria en sentido horizontal y transversal el género y en el segundo criterio el cual tiene que ver con la integración real de los congresos niega la paridad en caso de las diputaciones de RP.

Aun cuando pareciera contradictorio, lo que si vemos es un arduo avance en los demás de argumentar y fundamentar de las decisiones de los tribunales federales apegados a los principios constitucionales y convencionales de los DH, tema que sabemos traerá a nuestro estado mexicano un nuevo paradigma en cuanto a la interpretación jurisdiccional.

CONCLUSIONES

El nuevo sistema electoral nacional, considera su parámetro de fundamento y argumentación los Derechos Humanos, contenidos en normas nacionales e internacionales.

El estado mexicano está obligado a cumplir los principios generadores de garantías como el Derecho a la tutela judicial efectiva.[1229]

La garantía fundamental del estado será que éste acepte, sin negociaciones, de forma plena, este sistema de derechos. Para lograr que los sujetos tengan la seguridad de que el estado actuará anteponiendo a la norma escrita, la justicia, la moral y la ética. [1230]

Las actuales resoluciones en materia de derecho electoral, ordena un nuevo paradigma en el sentido de generar certeza a través de aplicar los principios de DH convencionales. El estado estará frente a una obligación *erga omnes*, por lo tanto deberá reconocer, aceptar y ejecutar las resoluciones de las cortes de derechos humanos aun cuando no sean parte.

[1228] SUP-REC-0675-2015 http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2015/REC/SUP-REC-00675-2015.htm

[1229] SUP-REC-141/2015 http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2015/REC/SUP-REC-00141-2015.htm

[1230] Fix-Zamudio, Héctor**,** *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 1998,Unión Europea,341.245 C827-1, Corte Interamericana de Derechos Humanos Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria -Volumen II. - San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

El debido proceso, en materia electoral ha obligado a establecer principios generales, por tanto deben estar presentes las garantías judiciales y de protección judicial[1231].

La paridad de género en materia electoral aplica pero bajo una interpretación sistemática, legitimadora de la acción del sujeto, pero sin menoscabo de un tercero.

Las acciones afirmativas son temporales en tanto se convierta en una acción permanente en el planteamiento de la acción de estado.[1232]

Los jueces deben actuar con autonomía de sus funciones, y de esta manera garantizar su verticalidad y su apego a los principios rectores de los DH y fundamentales del ser humano.[1233]

La reforma constitucional de 2011, ha permitido la debida diligencia estatal para hacer efectiva la justicia, al gobernado al establecer un nuevo sistema constitucional protector de DH. [1234]

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert, El concepto y la validez del derecho Barcelona, Gedisa. 1997. p. 87. Gerardo Durango, Álvarez, "Revista de derecho", universidad del norte, 33: 247-276, 2010, núm. 251.

Arrocha, Olabuenaga, Pablo, "Considerations About The Rule of Law in The International Level". (Consideraciones sobre el Estado de Derecho en el Plano Internacional), Anuario de Derecho Internacional, vol. X, 2010, pp. 173-197.

Barranco, Avilés María del Carmen, *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales,* Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, editorial Dikinsson, 2000, pág.75.

Dellanegra, Pedraza, Luis, Revista Jurídica Electrónica de la UNAM "El principio de la Responsabilidad Internacional", Buenos Aires, 2002.

Ferrajoli, Luigi, Derechos y Garantías: La ley del más débil Madrid, 2a edición, Validez y Vigencia. Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho, 2001, pág. 87.

Fix-Zamudio, Héctor, Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 1998,Unión Europea, 341.245 C827-1, Corte Interamericana de Derechos Humanos Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria -Volumen II. - San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

[1231] Ruiz, Chiriboga, Oswaldo, "La Valoración de la prueba de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. X, México, 2010, pp. 149-172

[1232]Dellanegra, Pedraza, Luis, Revista Jurídica Electrónica de la UNAM "El principio de la Responsabilidad Internacional", Buenos Aires, 2002.

[1233] Ruiz, Chiriboga, Oswaldo, La Valoración de la prueba de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. X, México, 2010, pp. 149-172

[1234] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia 29 de Julio de 1988. Según el art. 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, los Estados tienen el Derecho de Garantizar el ejercicio de los Derechos Humanos a las personas bajo su territorio o jurisdicción y no sólo a los ciudadanos. Y en este caso la Corte hizo mención de esa obligación, a través de un caso de desaparición forzada de Honduras, en donde no se sabia quienes eran los autores, llamándole "debida diligencia" a el esfuerzo que debe hacer el Estado para cumplir con su obligación.

Ruiz, Chiriboga, Oswaldo, "La Valoración de la prueba de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. X, México, 2010, pp. 149-172.

PÁGINAS DE INTERNET:
http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx
http://www.bibliojurídica.org/estrev/derint/cont/10/art/art1.htm .
http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2015/REC/SUP-REC-00242-2015.htm
http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2015/SFA/SUP-SFA-00021-2015.htm
http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2015/SFA/SUP-SFA-00021-2015.htm
http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2015/REC/SUP-REC-00128-2015.htm
http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2015/REC/SUP-REC-00675-2015.htm
http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2015/REC/SUP-REC-00141-2015.htm

CASOS ANTE LA CORTE:
Caso Ivcher Bronstein *Vs*. Perú, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrafo 37, http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es
Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 3 de septiembre de 1998, párrafo 46, http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Osorio Rivera Y Familiares Vs. Perú, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, (interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 2016. Http://Www.Corteidh.Or.Cr/Cf/Jurisprudencia2/Busqueda_Casos_Contenciosos.Cfm?Lang=Es.
Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Radilla Pacheco *vs.* Estados unidos mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009, ***(****Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas****),*** *http://www.corteidh.or.cr/.*
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia 29 de Julio de 1988.

CAPÍTULO II. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, LA SOLUCIÓN FINAL

Oscar Luis Barajas Sánchez[1235]

SUMARIO:

I. Introducción. II. Rasgos característicos del derecho penal del enemigo. III. Tentativa y derecho penal del enemigo. 1. Punto de vista de Eduardo Martínez-Bastida. 2. Punto de vista de Zaffaroni. 3. Punto de vista de Günther Jakobs. 4. Punto de vista de Miguel Polaino-Orts. IV. Toma de postura.

RESUMEN:

En la presente monografía se pretende dar una visión general del llamado derecho penal del enemigo y de las distintas visiones que se han ido desarrollando con respecto a este tema. Tomando como base el pensamiento de Jakobs y su idea del adelantamiento de la pena en el estadios previo a la lesión del bien jurídico.

PALABRAS CLAVE: Jakobs, tentativa, derecho penal del enemigo, tentativa, peligrosidad, ejecución, preparación, bien jurídico.

ABSTRACT:

In this paper aims to give an overview of the so-called enemy criminal law and the different views that have been developed with respect to this issue. Based on the thought of Jakobs and his idea of overtaking it in the pre-injury legally stadiums.

KEYWORDS: Jakobs, attempt, legally enemy criminal law, attempt, dangerous, execution, preparation.

I. INTRODUCCIÓN

Quiero comenzar con el poema de Martin Niemoeller, cuando los nazis vinieron:

Cuando los nazis vinieron a llevarse a los comunistas,
Guardé silencio,
Porque yo no era comunista.
Cuando encarcelaron a los socialdemócratas,
Guardé silencio,
Porque yo no era socialdemócrata.
Cuando vinieron a buscar a los sindicalistas,
No protesté,
Porque yo no era sindicalista.
Cuando vinieron a llevarse a los judíos,
No protesté,
Porque yo no era judío.
Cuando vinieron a buscarme,
No había nadie más que pudiera protestar

Hace algunos años presente una ponencia, que titule ¿realmente nos dirigimos a un estado constitucional y convencional de derecho?, donde ponía en duda que el Estado mexicano,

[1235] Licenciado en derecho, maestro en ciencias penales, perito en criminalística general, especialidad en grafoscopía, documentoscopia y dactiloscopia, miembro del colegio de abogados procesalistas latinoamericanos, miembro de la asociación mundial de justicia constitucional, presidente de la academia de derecho de la universidad del sur, académico del instituto profesional educativo del sureste (ipes).

estuviera realmente dirigiendo a convertirse en un estado garantista de los derechos humanos. El día de hoy considero que esto está, cada vez menos cerca de la realidad.

Con el presente ensayo, pretendo hablar del tema conocido como derecho penal del enemigo, del cual ya han comentado muchos, de manera sarcástica, le agrego frase la solución final haciendo referencia, a la decisión tomada por el gobierno Nazi durante la segunda guerra mundial, con respecto a la forma de eliminar a los indeseados, al enemigo.

En primer lugar tratare de explicar el origen y fundamento de esta forma de pensamiento desarrollado por un jurista alemán de gran renombre como es: Günther Jakobs. A quien se le reconoce como el ideólogo y principal generador de este concepto. En palabras de su alumno Miguel Polaino-Orts, sostiene que el concepto de Derecho penal del enemigo en realidad fue acuñado, concretamente en 1985, cuando Jakobs dio una conferencia la cual se titulaba "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", donde lo que se planteaba era la anticipación de las barreras de punibilidad en casos de especial peligrosidad[1236].

La idea de peligrosidad dentro del derecho penal no es algo reciente, sino que tiene ya su historia, para muchos esta idea se desarrolla a partir de del pensamiento de Von Feurbach (1775-1833) quien participa en la preparación del Código Penal de Baviera, entendiendo al delito como la lesión o la puesta en riesgo de un derecho subjetivo público[1237], y definiendo a la peligrosidad como "La cualidad de una persona que hace presumir fundadamente que violara el derecho"[1238].

Luego este tema será introducido en la criminología, por Rafael Garofalo, con el nombre de temibilidad, la cual es considera que se integra de dos componentes: capacidad criminal y adaptabilidad social[1239].

Por esta peligrosidad, es que propone Jakobs, normas de flanqueo, que posibilitan la criminalización de la acción desde los más tempranos signos de peligro para el bien jurídico[1240]. En base que los ciudadanos dentro de una sociedad cuentan con las llamadas, expectativas normativas, las cuales pueden mantenerse en la medida que los problemas de la

[1236] Polaino-Orts, Miguel, El Derecho Penal del Enemigo ante el Estado de Derecho, Editorial Flores, México, 2013, Pág. 14.
[1237] Quintino Zepeda, Rubén, La ciencia penal a través de sus autores, Flores editor, México, 2009, Pág. 2.
[1238] Rodríguez Manzanera, Luis, Criminología Clínica, Porrúa, México, 2011, Pág, 88.
[1239] Rodríguez Manzanera, Luis, Óp. Cit., Pág. 92.
[1240] Polaino-Orts, Miguel, Óp. Cit., Pág. 15.

sociedad relacionados a su existencia sean resueltos mediante la imputación[1241]. Entiendo esto como la idea, de que, dentro de una sociedad, las personas tiene la "expectativa" de que no recibirán daño alguno a su persona o patrimonio, puesto que existe un sistema jurídico que regula los comportamientos, el problema se presenta cuando uno de esos ciudadanos no respeta las normas establecidas y entonces surge la necesidad de implementar nuevas formas de control, para que el sistema normativo, no sé quede con un contenido vacío.

Jakobs afirma el autor contradice la norma mediante su comportamiento, y, después de dicho "contra enunciado" sobre el "enunciado" de la norma, debe decirse si el comportamiento del autor debe mantenerse sujetado a la norma, o si debe ser tratado en adelante como algo tolerable, o como algo decisivo[1242].

Siendo así que ciertas conductas puedan ser toleradas por el Estado, permitiendo que se realicen aun cuando puedan representar un peligro para la sociedad, por ejemplo la situación de conducir vehículos automotores, estos representan un peligro para los que transitan dentro de una ciudad, además de ser una de las principales causas de lesiones, muerte y daños en propiedad. De manera contraria existen actividades que al ser peligrosas para la sociedad, y al representar un peligro tan alto pudiendo destruir la base de dicha organización social el Estado las limita y las restringe a tal grado que no existe necesidad de que se encuentren consumadas sino que pueden ser combatidas en estadios previos a la consumación. Esto se aprecia notoriamente en el ámbito del riesgo permitido, cuyos límites serán siempre más estrechos en una sociedad con aversión por el riesgo, y más inclinados a la laxitud en una sociedad abierta al riesgo. En esta adaptación del riesgo permitido siempre forma parte de sus contornos también una confirmación del centro del campo[1243].

Por lo cual el Jakobs propone que la refutación contra el autor por su conducta quebrantadora de la norma opera en el derecho penal no solo de manera comunicativa, o mediante la constatación del defecto y su explicación, que nada cambia, sino ella se da más bien acosta a costa del defraudante; es decir, ella no se efectúa únicamente por medio de su descalificación

[1241] Jakobs, Günther, El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal, Expectativas normativas, intervención delictiva, derecho penal del enemigo, Editorial Flores, México, 2015, Pág. 69.
[1242] Jakobs, Günther, Óp. Cit., Pág. 61.
[1243] Jakobs, Günther, Óp. Cit., Pág. 61.

generada por la condena, sino también mediante una violencia no comunicativa, como puede ser el caso del despojo de la libertad o la incautación del dinero[1244].

El reproche no acompañado de un mal, ni de un dolor, confirma la configuración normativa de la estructura de la sociedad, pero no mejora su poder de continuidad; en todo momento, y reiteradamente hasta el final, la expectativa normativa defraudada se mantendrá como una "nirvana" normativa…

Con ello podemos ver que, la propuesta es, que si no se hace algo contra aquellos que infringen la norma entonces con el paso del tiempo la norma jurídica, caerá en un limbo y la expectativa normativa del ciudadano, es una falsa expectativa. La estructura normativa debe ser confirmada especialmente después de una contradicción de la norma. Dice Jakobs…, forma parte del concepto de expectativa normativa el que ella tenga una resistencia contrafáctica, pero, para que dicha resistencia sea efectiva, debe ser asegurada a causa de su defraudación no se repita continuamente[1245].

La medida de flanqueo funciona primeramente como autoprotección, por ejemplo: considerándose así a la legítima defensa, como la facultad de defenderse de un ataque de un agresor. Por ello cuando no se puede confiar en lo mínimo en una persona y esta pérdida de confianza se relaciona con un deterioro amenazador de singular importancia, esta seguridad debe ser obtenida mediante las normas de flanqueo, las cuales pueden llegar al grado de autorizar la punición en el estadio previo a las lesiones del derecho.

II. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Adelantamiento de la punibilidad[1246]: cuando aparecen los primeros síntomas objetivos de peligrosidad criminal, el derecho penal entra en acción en un estadio previo y se anticipa al resultado material.

Cambio de paradigma de la intervención del derecho penal[1247]: se pasa de la reacción frente a un hecho ya cometido a la prevención de un hecho futuro.

[1244] Jakobs, Günther, Óp. Cit., Pág. 62.
[1245] Jakobs, Günther, Óp. Cit., Pág. 63.
[1246] Polaino-Orts, Miguel, Sobre el contenido de injusto del crimen organizado, en revista sistema penal acusatorio, Editorial flores, Nueva época Núm. 1, México, 2014, Pág. 232.
[1247] Polaino-Orts, Miguel, Óp. Cit., Pág. 232.

Restricción de la esfera de personalidad del autor como único modo de mantener la mínima seguridad colectiva[1248]: se combate a un sujeto de manera especialmente asegurativa.

Mantenimiento de una penalidad contundente[1249]: esto es la falta de reducción de la pena de manera proporcional a la mencionada anticipación. Se sanciona dicha conducta como delito consumado.

Reducción de algunas garantías procesales y penitenciarias[1250]: Ampliación de plazos de prisión preventiva y reducción de beneficios penitenciarios.

III. TENTATIVA Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

La dogmática penal ha servido como dique para controlar al poder punitivo y de esa manera evitar la irracionalidad de aquellos que detentan dicho poder. Por ello se ha construido un sistema para determinar cuándo una conducta debe ser considerada delito, así como a partir de qué momento se debe punir. El derecho penal no será una ciencia asquerosa solo cuando asume su verdadera función, aunque justo es reconocer que no siempre lo hizo y lo hace. […], su función no es legitimar el poder punitivo, sino contenerlo y reducirlo, lo que es indispensable para que el estado de derecho subsista y no sea reemplazado brutalmente por el estado totalitario[1251].

Históricamente un grupo de juristas denominado "Los Prácticos" (siglo XVI), concibieron al delito como un proceso dinámico, compuesto de múltiples piezas, ellos identificaron al "iter criminis" (camino del delito). Alciato uno de los prácticos fue el primero en utilizar la expresión iter criminis y Tiberio Deciano hizo por primera vez mención referencia al "principio de ejecución", en los casos de tentativa[1252]. Surgiendo así la teoría de que el delito se puede punir a partir del momento de la ejecución, no antes.

A continuación presento un esquema del iter criminis tomado de la obra de Rodolfo García García, con respecto a las etapas del camino del delito propuesto por este jurista.

[1248] Polaino-Orts, Miguel, Óp. Cit., Pág. 233.
[1249] Polaino-Orts, Miguel, Óp. Cit., Pág. 233.
[1250] Polaino-Orts, Miguel, Óp. Cit., Pág. 234.
[1251] Zaffaroni, Eugenio Raúl, y otros, Manual de derecho penal mexicano, parte general, Porrúa, México, 2013, Pág. 5.
[1252] Quintino Zepeda, Rubén, Cien momentos clave del Derecho Penal en este Bicentenario (1810-2010) Cronología, Editorial Flores, México, 2010, Pág. 2.

Figura 1. Iter Criminis

Fuente: Rodolfo García García[1253]

a) **Fase interna:** Los delitos dolosos se originan en la mente de los sujetos activos, quienes luego de su concepción, deliberan sobre la posibilidad de su logro, analizan su contenido, lo planean y finalmente resuelven realizarlo, nos encontramos así en el ámbito de la fase interna del iter criminis.
b) **Fase de exteriorización:** la manifestación de la idea conforma una fase particular del iter criminis, por una parte ya no está en la mente del sujeto activo y por la otra no implica la realización de actos materiales tendientes a perpetrar el delito.
c) **Fase de preparación del delito:** es opinión común que los actos preparatorios son equívocos, ya que no revelan con claridad la voluntad de delinquir, de donde resultaría más dañoso que eficaz sancionarlos; no hay todavía en ellos un principio de violación de la norma penal; revela muy escasa peligrosidad.
d) **Fase de ejecución del delito:** los actos ejecutivos pueden presentar distintas formas de manifestación o de aparición del delito, pudiendo ser tentativa, consumación o agotamiento[1254].

Con respecto a esta temática la opinión mayoritaria es que solo son punibles los actos realizados a partir del momento de ejecución y los actos anteriores se consideran impunes. Con el derecho penal del enemigo lo que se pretende es el adelantamiento de la pena, por lo cual se convierten en punibles aquellos actos que se ubican dentro de la preparación, por ser considerados peligroso para el cumplimiento de las expectativas de derecho de los ciudadanos. Que dando dentro de las llamadas normas de flanqueo.

[1253]García García, Rodolfo, Tratado sobre la tentativa, Porrúa, México, 2014, pago. 27.
[1254] García García, Rodolfo, Óp. Cit., Pág. 28-33.

1. Punto de vista de Eduardo Martínez-Bastida

Entendemos por derecho penal del enemigo el constructo lingüístico de naturaleza artificial que legitima la decisión deontológica de excluir, de manera parcial, la calidad de personas a un individuo para incluirle en el catálogo de riesgos y peligros sociales.

El derecho penal del enemigo, en base a criterios eficientistas, se caracteriza por una creciente ampliación o expansión del derecho penal material que, implícitamente, conlleva una disminución de los Derechos Humanos en el ámbito procesal, así como la anticipación de la punibilidad a actos preparatorios desestructurando la lógica dogmática de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo, la aplicación de largas penas privativas de libertad en sistemas celulares con la supresión de beneficios y sustitutivos penitenciarios[1255].

2. Punto de vista de Zaffaroni

Nuestra tesis es que el enemigo de la sociedad o extraño, es decir, el ser humano considerado como ente peligroso o dañino y no como persona con autonomía ética, desde la teoría política, solo es compatible con un modelo de estado absoluto total y, por ende, que las concesiones del penalismo han sido, rémoras absolutistas que la doctrina penal ha puesto como piedras en el sendero de la realización de los estados constitucionales de derecho.

Las racionalizaciones de la doctrina penal para ocultar la admisión de la categoría de enemigo en el derecho penal, leídas desde la teoría política, son concesiones del estado liberal al estado absoluto, que debilitan el modelo orientador del estado de derecho,…[1256]

3. Punto de vista de Günther Jakobs

El concepto de "Derecho penal del enemigo" no es un término propio y privativo del Derecho penal sino un concepto jurídico científico, esto es, un concepto que resulta de echar una mirada desde fuera al Derecho junto a la interpretación objetiva de este, de donde se infiere la diferencia siguiente: en parte, el Derecho reacciona con penas que se imponen penas y, con ellas también medidas de seguridad, únicamente como medios para prevenir hechos futuros, de manera que lo que en última lugar hemos denominado " penas" fungen de facto como medidas preventivas más que como sanción penal. Solo de esa forma pueden

[1255] Martínez-Bastida, Eduardo, Derecho Penal del Enemigo, Raúl Juárez Carro Editorial, México, 2013, Pág. 26 y 27.

[1256] Raúl Zaffaroni, Eugenio, El enemigo en el derecho penal, Coyoacán, México, 2011, Pág. 13.

entenderse, por ejemplo, las elevadas penas que corresponden a la constitución de una organización terrorista o de una banda armada. Tratar a alguien de esa forma mediante el derecho penal (o, por mejor decir, mediante el Derecho de medidas de seguridad) no se corresponde con el trato de ciudadano, ni si quiera de aquel que incidentalmente se equivoca, tropieza o "da incidentalmente un traspié", sino que, más bien, se dirige contra alguien que se erige por principio en un adversario frontal, esto es, en un enemigo[1257].

4. Punto de vista de Miguel Polaino-Orts

Persona en derecho es quien normalmente se orienta por la norma, aunque eventual o puntualmente la infrinja; enemigo es quien, con su comportamiento, imposibilita o dificulta que los demás se orienten por la norma. El primero deja intacta la personalidad ajena, aunque atente contra alguno de sus bienes. El segundo supone un impedimento para el desarrollo de la personalidad de los demás[1258].

IV. TOMA DE POSTURA

El principio jurídico, "Cogitationes poenam nemo patitur", que significa: el pensamiento no delinque, tiene la finalidad de evitar, que en, aquellos estadios previos a la etapa de ejecución del delito sean considerados como punibles, sino por el contrario limitar las medidas de represión penal por el solo hecho del pensamiento o la llamada etapa de preparación que como ya hemos dicho es equivoca puesto que no nos revelan con seguridad la existencia de un delito.

Por más benéfico que pueda ser el derecho penal del enemigo, es muy grande el riesgo que se corre al otorgarle esta facultad al estado, porque cuando el estado termine con un enemigo, comenzara a buscar un nuevo enemigo y como mencionaba al principio de este ensayo, fundándome en el poema "Cuando los Nazis vinieron", el estado pasa de un enemigo a otro con una facilidad enorme, primero persiguió al extranjero, al extraño, luego a la mujer con la idea de que era bruja, al judío durante la Alemania nazi, al gánster en Norte América durante la época de la prohibición, al narcotráfico en nuestro país, etc.

El no levantar la voz y señalar que si pretendemos decir que somos un Estado constitucional de derecho esto debe ser evidente, a la hora del reconocimiento de los mismos

[1257] Jakobs, Günther, Polaino- Orts, Miguel, Criminalidad organizada, formas de combate mediante el derecho penal, Editorial flores, México, 2013, Pág. XIV.
[1258]Polaino-Orts, Miguel, El Derecho Penal del Enemigo ante el Estado de Derecho, Óp. Cit. Pág. 6.

derechos y garantías para todos los ciudadanos, sin hacer distinciones y sin despersonalizaciones.

Tomemos en cuenta que el día de mañana el estado puede llegar a considerar a los abogados como el nuevo enemigo, porque son aquellos que defiende a delincuentes que representan el riesgo la peligrosidad latente que no permite el desarrollo de la personalidad ni el buen funcionamiento de la sociedad.

Por lo cual mi toma de postura es a favor, de no admitir un derecho penal del enemigo, ni por fines de prevención o como política criminal, sino por el contrario mi punto de vista se orienta a colocarle la mayor cantidad de limites pero al estado, al poder punitivo, recordando que uno de los principales peligros y generador de crímenes es el mismo estado, con el delito más grave de todos, "El Genocidio", si por el contrario le abrimos las puertas con el derecho penal del enemigo, nosotros mismos le estamos permitiendo que el día de mañana seamos considerados enemigos , y el estado con la ley en la mano nos extermine.

BIBLIOGRAFÍA

García García, Rodolfo, Tratado sobre la tentativa, Porrúa, México, 2014.

Jakobs, Günther, El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal, Expectativas normativas, intervención delictiva, derecho penal del enemigo, Editorial Flores, México, 2015.

Jakobs, Günther, Polaino- Orts, Miguel, Criminalidad organizada, formas de combate mediante el derecho penal, Editorial flores, México, 2013.

Martínez-Bastida, Eduardo, Derecho Penal del Enemigo, Raúl Juárez Carro Editorial, México, 2013.

Polaino-Orts, Miguel, El Derecho Penal del Enemigo ante el Estado de Derecho, Editorial Flores, México, 2013.

Polaino-Orts, Miguel, Sobre el contenido de injusto del crimen organizado, en revista sistema penal acusatorio, Editorial flores, Nueva época Núm. 1, México, 2014.

Quintino Zepeda, Rubén, Cien momentos clave del Derecho Penal en este Bicentenario (1810-2010) Cronología, Editorial Flores, México, 2010.

Quintino Zepeda, Rubén, La ciencia penal a través de sus autores, Flores editor, México, 2009.

Raúl Zaffaroni, Eugenio, El enemigo en el derecho penal, Coyoacán, México, 2011.

Rodríguez Manzanera, Luis, Criminología Clínica, Porrúa, México, 2011.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, y otros, Manual de derecho penal mexicano, parte general, Porrúa, México, 2013.

CAPÍTULO III. DESAFIOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

Irina Graciela Cervantes Bravo♣

SUMARIO:

I. Introducción. II. El modelo de justicia constitucional electoral en México. A) Federal. B) Local. III. Articulación del control de la constitucionalidad electoral en las leyes de justicia estatal. IV. Acción de inconstitucionalidad y omisión legislativa en materia electoral. V. Análisis del control abstracto y difuso de la constitucionalidad electoral. A) Control abstracto mediante acción de inconstitucionalidad. B) Demanda. C) contestación. D) Substanciación del procedimiento. E) Sentencia. VI. Control difuso de constitucionalidad electoral. Conclusiones.

RESUMEN:

Los tribunales constitucionales tienen un papel protagonista a la consolidación del Estado de derecho y el derecho democrático, sin duda México no es la excepción, por lo que su modelo de justicia constitucional y convencional se ha fortalecido, pero todavía mucho camino por recorrer, para la consolidación del Estado constitucional mexicano, acosan grandes problemas entre ellos; la inseguridad, la desigualdad social entre los distintos estratos sociales, la violación reiterada por las autoridades en materia de derechos fundamentales, el centralismo, sin embargo, mucho progreso que prevalece en la democracia. Ciertamente, el fortalecimiento de la democracia en nuestro país el protagonismo lo asume el tribunal electoral, acusó no sólo arbitrar disputas electorales, sino también de ejercer un control específico de constitucionalidad y convencionalidad en materia electoral para que las leyes, los actos y las autoridades electorales para que respeten los principios, los derechos fundamentales y contenido general de la Ley Suprema y las normas internacionales.

PALABRAS CLAVE: Justicia Constitucional, control de convencionalidad, Electorales derechos políticos, Democracia, Procedimientos Electorales Constitucionales, desafíos y perspectivas.

ABSTRACT:

The constitutional courts have a role leading to the consolidation of the constitutional State and democratic right, certainly Mexico is no exception, therefore its constitutional and conventional justice model has been strengthened but still long way to go, for the consolidation of the Mexican constitutional State, beset it major problems among them; insecurity, social inequality between the different social strata, rape reiterated by authorities on fundamental rights, the prevailing centralism, however, much progress in democracy. Certainly the strengthening of democracy in our country the leading role assumes it the electoral court, charged not only arbitrate electoral disputes but also of exercising specific control of constitutionality and conventionality in electoral matters so that laws, acts, and electoral authorities to respect the principles, fundamental rights and general content of the Supreme Law and international rules.

KEYWORDS: Constitutional Justice, Control of Conventionality, Electoral Political Rights, Democracy, Constitutional Monitoring Electoral Procedures, Challenges and Perspectives.

I. INTRODUCCIÓN

♣ CERVANTES BRAVO, Irina Doctora en Derecho Procesal por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Docente-Investigadora de la Universidad Autónoma de Nayarit. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1, Perfil PROMEP y reconocimiento a la trayectoria académica, coordinadora del Doctorado Interinstitucional en Derecho en la Universidad Autónoma de Nayarit(PNPC). Email. irinagraciela@hotmail.com

En los diversos sistemas jurídicos del mundo los Tribunales Constitucional tiene un papel protagónico para la consolidación del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, desde luego México no es la excepción, en consecuencia se ha fortalecido su modelo de justicia constitucional y convencional pero aún falta mucho camino por recorrer, para la consolidación del Estado constitucional mexicano, lo aquejan grandes problemas entre ellos; la inseguridad, desigualdad social que existe entre los distinto estratos sociales, la violación reiterada por las autoridades a los derechos fundamentales, el centralismo imperante, no obstante, mucho se ha avanzado sobre todo en democracia, la normativa electoral se ha mejorado a fin de propiciar contiendas electorales equitativas entre las distintas fuerzas políticas contendientes, la administración de las elecciones se realiza por el Instituto Federal Electoral, se reconoció la figura de las candidaturas independientes, y se ha normado el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación, regulándose los periodos de campañas y precampañas, se ha implementado un procedimiento especial sancionatorio[1259] por medio del cual se aplican sanciones a los partidos políticos y candidatos por vulnerar la legislación electoral, por ejemplo; acto de campaña anticipada, con tal control jurisdiccional tanto federal como local se garantiza la eficacia de la norma electoral. Ciertamente el fortalecimiento de la democracia mexicana el papel protagónico lo asume el órgano jurisdiccional electoral, encargado no sólo de arbitrar los conflictos electorales sino también de ejercer el control concreto de constitucionalidad y convencionalidad en materia electoral a fin de que las leyes, actos, y autoridades electorales respeten los principios, los derechos fundamentales y en general el contenido de la Ley Suprema y normas convencionales como un centro en el que todo converger, espacio en el que lo importante no es sólo la ejecución de la Constitución, sino la realización de la misma a través de controles efectivos depositados en manos de la jurisdicción[1260].

México no es ajeno a este movimiento constitucionalizador , por el contrario su ingería constitucional sigue trabajando en el diseño de su justicia interna, incorporando mecanismo de control que permitan la emancipación de la entidades federativas del monopolio atesorado por el órgano federal, por eso en la última década el legislador local a partir de la experiencia veracruzana en el año 2000 se ha preocupado por estructurar el marco de acción de la justicia

[1259] Véase artículos Procedimiento especial

[1260] ZAGREBELSKY, Gustavo, *el derecho dúctil: Ley, Derechos Justicia*, 8ª edición, Ed. Trotta, Madrid, 2008. p. 14.

constitucional local como pieza clave para el desarrollo del federalismo, es decir este control de la constitucionalidad no solo se realiza respecto a la Ley Suprema Federal, sino que cada entidad federativa protege su carta magna local, por consiguiente el presente trabajo se propone examinar de manera general el diseño establecido por las leyes de Justicia Constitucional Estatal de los diferentes instrumentos a través de los cuales se realiza el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, nuestro objeto de estudio se circunscribe sólo aquellas leyes locales que han extendido la tutela de la constitucionalidad al ámbito electoral, dejando de lado el análisis de aquéllos sistemas que no sólo no la regulan, sino que expresamente excluyen la tutela constitucional electoral.

Confrontamos el contenido de cada una de las legislación que prevén la tutela constitucional electoral como son Coahuila, Veracruz, Querétaro, Tlaxcala, Estado de México y Nayarit, lo cierto es que el modelo circular que tomamos como base de la comparación es el establecido por Legislación de Justicia Constitucional Estatal de Coahuila y Nayarit al presentar la regulación más acabada en este tipo de control, esperamos que estés trabajo propicie el debate académico que tanta falta hace en la doctrina mexicana, pues tal como afirma Ferrajoli: *"a la ciencia jurídica le corresponde no solamente describir su objeto de estudio, sino también contribuye a configurarlo, dotándolo de contenido y proyectando su evolución futura*"[1261].

II. EL MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ELECTORAL EN MÉXICO

En la doctrina es un tema zanjado los dos grandes modelos originarios de control constitucional; difuso y concentrado[1262], por tanto su análisis lo dejamos para otro momento, basta con decir que el sistema mexicano de justicia constitucional pertenece a un híbrido modelo de justicia constitucional, que se encuentra por así decirlo a caballo entre el control difuso y el concentrado, pues conforme a lo dispuesto en los artículos 103, 105 y 107 de la Carta Magna Federal la Suprema Corte de Justicia de la Nación ostenta la supremacía interpretativa del texto constitucional federal, no obstante, otros órganos del mismo Poder Judicial Federal realizan el control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad, Tribunales Colegiados y Unitarios de circuito, los Jueces de Distritos y las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal, además con la reforma constitucional del 10 de junio del 2011, es claro que ese control difuso se ejerce en el momento de que cualquier juez ordinario

[1261] FERRAJOLI citado por Carbonell en prologo a la obra ZAGREBELSKY, Gustavo, Historia y Constitución, Ed. Trotta, Madrid, 2005 p.22

[1262] El caso Marbury contra Madison se consideran el embrión del nacimiento de la justicia constitucional.

al enjuiciar un caso concreto inaplique una Ley ordinaria al considerarla contraria a la Constitución o convención internacional. Sin embargo, ello no es una cuestión novedosa si tomamos en cuenta que el artículo 133 de la Constitución federal desde antaño establece una supremacía jerárquica de los tratados, constituyendo el bloque de constitucionalidad[1263], no obstante, el legislador mexicano considero necesario reforzar dicho control de la convencionalidad al consagrarlo en el artículo primero constitucional, con tal control aparece como señala Gozaíni un ingrediente no previsto, como lo es "*la idea de jurisdicción trasnacional, que aporta reglas y principios comunes para todos los Estados Partes que deben articular sus normas internas con los postulados de los derechos humanos*"[1264]. Por tanto ese control difuso puede efectuarse por cualquier juez, no sólo porque la norma electoral que se aplica en el proceso para resolver el conflicto va en contra de la constitución sino porque va en contra de un convenio internacional suscrito y ratificado por México.

Al efecto, el Estado federal mexicano implica la existencia de dos niveles o esferas de gobierno judicial; federal y local, dos órdenes autónomos y no subordinados el uno con el otro, lo cierto es, que el poder judicial federal puede anular decisiones de los jueces ordinarios o tribunales locales y no a la inversa. No obstante, a fin de atemperar este monopolio en la justicia constitucional impropio de un verdadero federalismo, los gobiernos estaduales en la última década se han preocupado por diseñar un marco normativo que les permita salvaguardar su autonomía y el control que deben ejercer sobre la Carta Magna Local.

A) FEDERAL

En el ámbito federal la Reforma constitucional de 2007 [1265] dibujó un nuevo escenario para la justicia constitucional electoral en México, con la adición del párrafo sexto del artículo 99 de la Ley Suprema federal se delinea claramente en materia electoral un sistema de control constitucional compartido entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, tal reforma permitió poner punto final al debate

[1263] Véase la sentencia SUP-JDC-695/2007 dictada por la Sala Superior en el caso *Hank Rhon vs. Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del estado de Baja California*,

[1264]GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs activismo judicial), Ed. FUNDAP, México, 2002, p.23.

[1265] Reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de Febrero del 2007 y su correlativo artículo 6 numeral 4 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en materia electoral.

(*guerra delle due Corti*)[1266] sobre los limites competenciales en el control de la constitucionalidad en materia electoral efectuado por uno u otro órgano[1267]. Respecto al primer órgano, este sigue ostentando competencia exclusiva en el control abstracto de la constitucionalidad en materia electoral a través de la acción de inconstitucionalidad, instrumento que tiene por objeto denunciar la posible contradicción entre una norma de carácter general electoral, por una parte, y la constitución federal por la otra. Tal acción deberá plantearse dentro de un plazo de 30 días naturales contados a partir del día siguiente de la fecha de publicación de la ley impugnada. Se encuentran legitimados para interponerla la acción de inconstitucionalidad el 33% de los miembros del parlamento en cada una de las cámaras del Congreso del Unión, de cada una de las legislaturas de los estados o de la asamblea del distrito federal, el Procurador General de la Republica, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los partidos políticos federales y locales, respecto a estos últimos, su legitimación se limita a impugnar leyes electorales locales. La sentencia recaídas en este juicio cuando es votada por mayoría calificada de ocho ministros, tiene el efecto *erga omnes* de declarar la invalidez de la norma que colisiona con el texto constitucional (Art. 105 fracción II CPEUM)[1268]. Es conveniente además añadir que la Ley Suprema limita temporalmente al parlamento en cuanto a la promulgación de leyes electorales pues sólo podrán expedir las mismas, noventas días antes de que inicie el proceso electoral para efectos de su aplicación y

[1266] Tal como lo cita ASTUDILLO REYES, Cesar, *El sistema Mexicano de Justicia Constitucional: Notas para su definición, a 10 años de la reforma constitucional de 1994* enhttp://www.iidpc.org/pdf/doctrinr4Astudillo.pdf p.40.

[1267]Controversia generada a raíz de la jurisprudencia en la que el pleno de la Corte monopolizó el control de la constitucionalidad electoral negando contradicción de tesis al Tribunal Electoral Federal por considerar que no eran órganos jurisdiccionales con competencia análoga en cuestiones de constitucionalidad de la norma electoral, al entender que el Tribunal Electoral Federal carecía de dicha competencia en tanto la Corte Suprema tenia competencia exclusiva en el control de constitucionalidad de las leyes electorales conforme a la voluntad del órgano reformador[contradicción de tesis 2 y 4/2000 P./J 2/2002 y P/J 24/2002] [1267]. De igual forma, esta apreciación se fortalece en la jurisprudencia número [P/J 26/2002] al reiterar la Suprema Corte: " *El Tribunal Electoral no está facultado para hacer consideraciones ni pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma general electoral, por ser una atribución exclusiva de este Alto Tribunal, así sea con la única finalidad de determinar su posible inaplicación, o establece la interpretación de un precepto constitucional distinta a la contenida en una jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia*", Tesis jurisprudencia 26/2002 Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación, 9ª época México, 2002.p.83.

[1268] Con la reforma constitucional de 1996 se otorgó a la Corte Suprema competencia para conocer de las acciones inconstitucionales contra leyes generales electorales, eliminándose la prohibición expresa que hasta entonces existía en la fracción II del articulo 105 constitucional, para un analisis detallado véase Franco González Salas, José Fernando, "Evolución del Contencioso electoral federal mexicano 1916-1996, *Revista Justicia Electoral*, Ed. Tribunal Federal Electoral, núm. 8, México, 1996.p. 42.

durante el desarrollo del proceso electoral respectivo no podrán reformarse o alterarse ningún aspectos fundamental de dicha normativa.

Por su parte, el control concreto de la constitucionalidad en materia electoral se ejerce a través de la sala Superior y cada una de las cinco salas regionales, al momento de enjuiciar las controversias electorales sometidas a su jurisdicción puede desaplicar al caso concreto la norma electoral que trastoque el texto constitucional federal o un tratado internacional. Conforme al sistema federal, los tribunales electorales locales no depende de la estructura orgánica del Tribunal Electoral Federal, sin embargo se encuentran vinculados a la jurisdicción que ejerce este órgano federal, toda vez que el Tribunal Electoral Federal tiene plena jurisdicción para revocar o modificar todo acto o resolución que considere violatorio de legalidad o constitucionalidad electoral, incluso puede dictar un nuevo fallo entrando a dirimir el fondo de la controversia sustituyendo al órgano jurisdiccional local electoral que lo emitió (*artículo 6 numeral tercero Ley General del Sistema de Medios de impugnación*). Así el control concreto de la constitucionalidad electoral la realiza el órgano jurisdiccional federal en los juicios de su competencia como son; Juicio de Inconformidad[1269], Recurso de Apelación[1270], Recurso de Reconsideración[1271], Juicio de Revisión Constitucional y Juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano. Con este abanico de medios impugnativos el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ejerce control sobre el Ejecutivo Federal y Local al calificar su elección, control sobre los miembros del parlamento federal o local y sobre la legislación que estos emiten, inaplicándola al caso concreto, preservando con ello la supremacía del texto constitucional y de los tratados internacionales. Las resoluciones emitidas por la Sala Superior del Tribunal Electoral no pueden ser revisadas por ningún otro órgano Estatal al ser definitiva e inatacables.

[1269]La Sala Superior a través del **juicio de inconformidad** resolverá única instancia como órgano de legalidad y constitucionalidad las impugnaciones que se presenten sobre la elección de Presidente de la República Mexicana respecto a violaciones constitucionales o legales cometidas por autoridades electorales federales. Lo mismo se reclama ante las Salas Regionales respecto a la elección de Senadores y Diputados Federales, una vez resuelta todas las impugnaciones relacionadas con la elección presidencial se realizara la declaración de validez de dicha elección y se proclama presidente electo al candidato que obtuvo el mayor número de votos.

[1270] La Sala Superior y regionales conocerán en única instancia **recurso de apelación** que se interpone para denunciar irregularidades en los actos de funcionarios electorales federales (IFE) durante la preparación de las elecciones por vulnerar normas constitucionales o legales.

[1271] La Sala Superior tiene competencia exclusiva para conocer el **Recurso de reconsideración** procede para impugnar las sentencias dictadas por las salas regionales en el juicio de inconformidad y en aquellos asuntos donde las Salas realicen el control concreto de la constitucionalidad inaplicando la ley electoral por contradecir la constitución suprema

B) LOCAL

En el ámbito local el control de la constitucionalidad en materia electoral aún está perfilándose, falta precisión legal en el diseño que envuelve su marco de acción, además son escasos los estudios doctrinales que existen en torno a este tema, por tanto resulta pertinente su disquisición teórica a fin de contribuir al avance de la justicia constitucional electoral local como pieza clave en el desarrollo no sólo de la democracia sino también del federalismo. El control difuso de la constitucionalidad electoral se deja en manos de un órgano especializado (Tribunal Electoral) que funciona bien como órgano independiente o como en el caso de las entidades analizadas incardinado a la estructura al poder judicial estatal. Sin embargo, el marco normativo del control difuso de la constitucionalidad electoral es inexistente sólo la Ley suprema de Coahuila expresamente autoriza al juez local electoral a desaplicar las normas electorales inconstitucional al momento de enjuiciar el caso concreto tal como sucede en la esfera federal[1272]. Todas las demás constituciones locales nada dicen en torno a ello, se limitan a reconocer Tribunal Electoral como órgano de legalidad, sin embargo, ello no es óbice para que este órgano jurisdiccional electoral local a través del sistema de medios de impugnación pueda ejercer ese control difuso de la constitucionalidad máxime cuando son los órganos encargados de velar por que los actos electorales se ciñan a los principios de constitucionalidad y legalidad, por tanto nada impide ejercer ese control concreto de constitucionalidad, pues tal como afirma Astudillo Reyes "*para que el tribunal pueda discernir la constitucionalidad del acto tiene que valorar, de forma inexorable, si la ley es constitucional, auxiliándose del cúmulo de leyes que mediatizan sus disposiciones y que constituyen una especie de parámetro extendido en donde la constitución representa el parámetro de parámetros*[1273] ". Claro está, que los efectos de la sentencia deberán limitarse a dejar insubsistente el acto aplicativo, sin hacer una declaración general de inconstitucionalidad de la norma, dado que los jueces electorales locales están limitados a emitir sentencias con efectos *inter-partes,* no pueden dictar una resolución abstracta con efectos erga omnes, porque ello es ajeno al ámbito de su competencia.

[1272] Expresamente el artículo 158 segundo párrafo del numeral cuatro indica: "La única vía para plantear la inconstitucionalidad de leyes decretos o acuerdos legislativos en materia electoral, es la prevista en este artículo, sin perjuicio del control difuso que ejercerá el Tribunal Electoral del Poder Judicial en los términos de esta constitución".

[1273] ASTUDILLO REYES, Cesar, *Op. Cit.,* p. 42

Este control difuso de la constitucionalidad electoral la realiza el órgano jurisdiccional electoral local a través de medios impugnativos establecido en su legislación electoral, instrumentos que si bien en las distintas entidades federativas analizadas presentan matices y cambian su denominación, en general no varía sustancialmente su regulación, contenidos y alcances. Tanto este control difuso como el control abstracto de la constitucionalidad en materia electoral para salvaguardar intereses objetivos en las entidades federativas en comento, lo analizaremos con mayor detenimiento en los siguientes epígrafes.

III. ARTICULACIÓN DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD ELECTORAL EN LAS LEYES DE JUSTICIA ESTATAL

Ciertamente el sistema de control constitucional estadual ha evolucionado a fin de hacer efectivas las competencia de las entidades federativas, sin embargo, el análisis de la legislación estatal de justicia constitucional reflejan que es escueta la normativa sobre control de la constitucionalidad en materia electoral pues salvo Coahuila, las demás entidades se olvidan de fijar en la legislación un tratamiento específico para el control de la constitucionalidad en materia electoral, incluso algunas de ellas como Chiapas, Guanajuato y Quintana Roo[1274] expresamente prohíben que los jueces constitucionales otorguen la tutela constitucional en materia electoral, por consiguiente en tales entidades existe un vacío legal para la defensa de la constitución local cuando contra ella colisione una norma o disposición de carácter electoral, en consecuencia, el monopolio de la constitucionalidad electoral en abstracto en las citadas entidades federativas lo conserva la Corte Suprema de la Nación.

La tutela constitucional en materia electoral adquiere singular importancia en razón de que el juez constitucional debe velar porque el legislador no restrinja los derechos gracias a los cuales el proceso político mantiene su calidad democrática pues como sostiene Ely: "*los tribunales deben salvaguardar los derechos que permiten a los ciudadanos a participar en el proceso político con voz y con su voto. Si los derechos de libertad de expresión y de sufragio, y otros derechos conexos, no son objeto de la adecuada protección, se menoscaba el correcto*

[1274] La constitución de Guanajuato en su artículo 89 B expresa "Quedan excluidos los conflictos o acciones de carácter electoral". Por su parte el artículo 56 párrafo tercero de la Carta Magna chiapaneca expresamente dispone: "Para el cumplimiento de las atribuciones del control constitucional local señaladas en la fracciones I y II del artículo 51 de esta constitución el Tribunal Constitucional conocerá y resolverá en los términos que establezca la ley, con excepción en la materia electoral, de los medios de control constitucional …

funcionamiento del proceso político"[1275]. Aunado a lo anterior, la importancia práctica del control constitucional electoral local lo encontramos en el fortalecimiento del Estado federal, en razón de que la constitucionalidad en entidades federativa atiende a las necesidades propias de su región, misma que son diferentes a lo previsto por la Ley Suprema Federal. Además, los indicadores objetivos de la eficacia practica del control constitucional electoral lo podemos advertir en las sentencias emitidas por las Salas del Tribunal electoral del Poder Judicial de la federación, resoluciones que demuestran la existencia de normas electorales inconstitucionales en el ámbito local[1276], por lo que resulta apremiante un diseño normativo acabado para la tutela constitucional electoral que realiza los tribunales o salas constitucionales salvaguardando ante todo la supremacía de la constitución local y expulsando del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones electorales inconstitucionales que de lo contrario seguirán subsistiendo.

Aclarada la importación que reviste el control de la constitucionalidad electoral local, es momento de abordar su articulación en las Leyes de Justicia Constitucional electoral, precisando que tomamos como parámetros el régimen establecido por legislación de Coahuila y Nayarit, por la vaguedad que presentan el resto de las legislaciones, pero sin dejar de realizar precisiones en torno a ellas, porque si bien son omisas tampoco prohíben el control constitucional en material electoral.

Una de las cuestión a dilucidar en el control concreto de la constitucionalidad electoral es la figura del amparo local previsto en la legislación de Veracruz, Nayarit, Tlaxcala y Querétaro, y su coexistencia con el Juicio para la Protección de los Derechos Políticos Electorales, pues dichos juicios no son compartimientos estancos, por el contrario ambos comparte la protección de los derechos fundamentales establecidos por la Ley Suprema Local, sólo que el primero tiene el campo de actuación más amplio al proteger el catálogo de derechos fundamentales consagrado por la constitución local respectiva, además permite dejar sin efecto el acto aplicativo al inaplicar en el caso concreto la norma que vulnere el derecho constitucional protegido, en tanto en el segundo se limita a la protección de los derechos político-electorales, exigiendo para su procedencia una serie de requisitos tales como agotar la instancias impugnativas intrapartidista lo que limita el ámbito de acción de este instrumento

[1275] ELY *Democracy and Distrust* citado por FERRERES Víctor, en *Control Judicial de la Constitucionalidad de la Ley*, Ed. Fontamara México, 2008. 59

[1276] SUP-JRC 494/2007 y su acumulado SUP JRC 496/2007, y SUP-JRC 27/2009 complementar

impugnativo y el plazo para su interposición es menor. Por ello, en nuestra opinión resulta inadecuado que la legislación de Veracruz restrinja el objeto de control del amparo en materia electoral[1277]. En cambio consideramos acertado que la legislación Tlaxcalteca amplíe la procedencia del amparo en materia electoral al preceptuar que el "*juicio procede contra normas jurídicas de cualquier autoridad estatal o municipal sin importan la materia*" (Art. 65 fracción I LCCT) , por su parte la Ley de Control Constitucionalidad del Estado de Nayarit, amplia el ámbito de protección pues no sólo por acción la autoridad puede conculcar derechos fundamentales sino también por omisión, sin restringir la procedencia del amparo en la materia electoral (art. 88 LCCEN), tales legislaciones nos parecen acertadas porque implica que el ciudadano tenga en sus manos este mecanismo de control de constitucionalidad en materia electoral en virtud de que existe un sinfín de supuestos en materia electoral donde no alcanza a llegar el Juicio para la Protección de los Derechos Políticos Electorales. Así lo ha entendido la corte Interamericana de Derecho Humanos en la sentencia de fecha 6 de agosto de 2008, emitida en el Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos al considerar que México era responsable por la violación del derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención Americana), por no ofrecer al accionante un recurso idóneo para reclamar la violación a su derecho político a ser elegido, "*Falta de idoneidad, accesibilidad y/o efectividad de los recursos existentes en México para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una ley electoral que te afecte en la esfera personal".* En argumentación de la Corte Interamericana el juicio de protección de los derechos político-electorales no era accesible al impugnante puesto que esa ley en sus artículos correspondientes, exigía que el peticionario fuera propuesto por un partido político. Respecto de su efectividad, señaló que para restituir a la presunta víctima en el goce de su derecho a ser elegido mediante el voto popular, el juicio para la protección de los derechos político-electorales debía permitir que el Tribunal Electoral (TRIFE) evaluara si la norma del Código Electoral que lo restringía (en este caso el artículo 175 COFIPE), era compatible con la Constitución Federal, puesto que este control no era posible, considero que el recurso no era

[1277] Así lo dispone la Ley de Justicia constitucional del estado de Querétaro en su artículo 25 fracción IV "Los procesos constitucionales serán improcedentes, cuando se promuevan: Contra actos en material electoral". En tanto la Ley del Juicio de protección de Derechos Humanos del Estado de Veracruz en su el artículo 30 ordena: "El juicio será improcedente en los siguientes casos: contra actos de autoridades electorales". Cfr. sentencia Corte IDH Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia, de fecha 6 de agosto de 2008. p. 55

efectivo. Por consiguiente debido a que el recurso de amparo no era idóneo para la materia electoral, que la acción de inconstitucionalidad era un recurso extraordinario limitado en su legitimación activa y el juicio de protección era inaccesible a la víctima e inefectivo para impugnar la constitucionalidad de una ley, la Corte Interamericana concluyó *que "no había en México un recurso que permitiera cuestionar la regulación legal del derecho político a ser elegido previsto en la Convención Americana, por lo que ese estado había violado el artículo 25 del Tratado"*. Tal parece que este criterio asumido por la Corte Interamericana fue adoptado por la Ley de Justicia Constitucional del Estado de Querétaro al establecer un modelo de control constitucional electoral atípico (control abstracto), que por un lado prohíbe la procedencia del amparo en materia electoral, pero por el otro, otorga la legitimación a cualquier persona para instar la acción de inconstitucionalidad para combatir leyes (incluyendo electorales) que vulnere derechos fundamentales[1278].

Al efecto, junto a los instrumentos de tutela de derecho fundamentales, conviven otros instrumentos que se encargan del control abstracto de normas electorales tal es el caso de la acción de inconstitucionalidad prevista en las leyes de justicia constitución estatal de Nayarit, Coahuila, Estado de México, Querétaro, Tlaxcala y Veracruz. Sin embargo, algunas de esta leyes se olvidan de otorgar legitimación a los partidos políticos para impugnar la inconstitucionalidad electoral, tal es el caso de Nayarit, Veracruz y Estado de México. En tanto la tutela constitucional electoral vía omisión legislativa puede ser efectuada Coahuila, Tlaxcala, Veracruz y Nayarit en este último la legitimación es muy amplia dado que permite instar la inconstitucionalidad por Omisión cualquier autoridad o vecino del Estado (art.77 LCCN).

IV. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y OMISIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA ELECTORAL

El inacabado diseño normativo de la justicia constitucional electoral en las leyes estatales permite apreciar que la acción de inconstitucionalidad y la omisión legislativa se establecen como procesos constitucionales tendentes a defender la supremacía de la constitución descalificando sus violaciones u omisiones, en consecuencia depurando del ordenamiento

[1278] Resulta lógico pensar que el criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se adopta por la Ley de Justicia Constitucional del Estado de Querétaro dado que su publicación es posterior a la emisión de la sentencia en comento, pues fue publicada el 27 de marzo de 2009. Además confróntese lo dispuesto en los artículos 25 fracción IV, 74 fracción IV y 79 fracción V, de la ley antes citada.

jurídico leyes electorales que atenta contra su contenido, o bien, completando su regulación cuando es omisa para hacer efectivo tal contenido.

La acción de inconstitucionalidad y la acción por omisión legislativa en materia electoral, sigue en general los mismos parámetros establecidos para la procedencia de estos mecanismos en cualquier otra materia, sin hacer distinciones, por tanto, nos limitaremos a señalar las particularidades que por propia naturaleza requiere la justicia constitucional electoral estatal para su control eficaz .

A pesar de la falta de disposición expresa se sobreentiende que el objeto de control de la acción de inconstitucionalidad electoral en las entidades de Coahuila, Nayarit, Estado de México, Querétaro, Tlaxcala y Veracruz se configura para denunciar la posible coalición entre la Constitución local y una norma general de carácter electoral, en consecuencia a través de este instrumentos puede ser impugnados las disposiciones previstas en la Ley o Código Electoral estatal, las leyes que establecen el sistema de medios de impugnación, la leyes de participación ciudadana, en general cualquier otra que norma de naturaleza electoral, incluso en el Estado de México, Tlaxcala y Coahuila la competencia se amplia para controlar reglamentos y decretos generales, por ende son impugnables a través este cauce los reglamentos interiores tanto del Tribunal Electoral local como del Instituto Estatal Electoral. Vale aclarar que en Nayarit es improcedente cualquier medio de control constitucional (amparo, acción, omisión y cuestión) contra normas generales o actos en materia electoral que fueran impugnadas en vía de controversia constitucional (art. 22 fracciones II LCCEN).

Por su parte el objeto del proceso en la acción por **omisión legislativa** en materia electoral se constriñe a evitar un posible el daño por la conducta pasiva del legislador al no legislar sobre contenidos electorales consagrados por la Ley Suprema estatal, en virtud de que el silencio del legislador provoca un indebido cierre de la pirámide constitucional[1279], pues tal como afirma Víctor Bazán: *"la Constitución puede ser vulnerada no sólo por acción, sino, también, por omisión, concretamente, en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se legisla deficientemente"*[1280].

[1279] *Vid.* SAMANIEGO SANTAMARIA, Luis Gerardo, "La Acción por Omisión Legislativa como medio de control constitucional en el Estado de Quintana Roo", en *Derecho Constitucional Estatal Memorias del VI y VII Congresos Nacionales de Derechos Constitucionales de los Es*tados, Ed. UNAM. Mexico, 2009. p. 411 y ss.

[1280] Bazán, Víctor, "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las Omisiones Inconstitucionales, una visión de derecho comparado", en Carbonell, Miguel (coordinador), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión,* UNAM, México, 2003, p. 99.

Por ello, la legislación de justicia constitucional estatal se pronuncia por evitar la falta de expedición de leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, circulares, bando de policía y gobierno, por parte del parlamento, ejecutivo, Ayuntamiento y consejeros municipales o cualquier autoridad a quien la Constitución o la Ley ordene legislar, no emita tal norma general y dicha omisión provoque vulneración a la Ley Suprema local, su actuar omiso será impugnado.

Ahora bien, un aspecto de singular importancia en el control de constitucionalidad de la norma electoral es el relativo al plazo de la interposición de esta acción, La importancia de esta cuestión salta a la vista de inmediato toda vez que en materia electoral, los plazos no son una cuestión menor, por el contrario resultan determinantes durante el desarrollo del proceso electoral, por ello la carta magna federal expresamente limita al legislador a no efectuar ninguna modificación trascendente durante el proceso electoral ni dentro de los noventas días en que el mismo vaya a iniciarse. Limitante que no se refleja en ninguna de las constitucionales locales de las entidades federativa en comento. Así el computo de los plazo de la acción de inconstitucionalidad electoral se somete al mismo tratamiento que en cualquier otra materia, pues salvo Coahuila que expresamente indica que el computo de los plazos en el proceso de inconstitucionalidad electoral todo los días son hábiles (art.72 LJCC), Querétaro y Estado de México que acota el plazo para que la autoridad rinda su informe tratándose de la impugnación en materia electoral (arts. 81 y 82 LJQC, 58 LREM), por lo demás ninguna de las restantes legislaciones en comento establecen un cómputo diferenciado de los plazos. Ciertamente la falta de límite en relación al plazo para el planteamiento de la acción de inconstitucionalidad no representa mayor problema dado que generalmente los legisladores locales respetan el plazo señalado por la Constitución federal para realizar reformas o emitir leyes en materia electoral, sin embargo el plazo para la interposición de la acción de inconstitucionalidad por omisión, si es criticable dado la característica propias del contenido que regula la norma electoral, toda vez que en legislaciones como la Ley de Control Constitucional de Nayarit el plazo es abierto de forma tal que el ciudadano puede plantear la acción en cualquier momento mientras subsista la omisión (art. 77LCCEN), cuestión nada deseable durante el proceso electoral no sólo porque el órgano jurisdiccional que competente es el mismo que se encarga de velar por la legalidad en el proceso electoral (Sala Constitucional-Electoral), sino porque durante el desarrollo del proceso electoral no es pertinente ordenar al legislador omiso la modificación de la normativa electoral.

V. ANÁLISIS DEL CONTROL ABSTRACTO Y DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD ELECTORAL

Llegados a este punto, es momento de analizar el procedimiento previsto en las leyes de justicia constitucional estatal para que el órgano jurisdiccional actuando en pleno o en sala constitucional, se pronuncie acerca de la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la norma electoral ante él planteada, así como el control difuso de constitucionalidad en todos los recursos electorales sometidos a su conocimiento.

A) CONTROL ABSTRACTO MEDIANTE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.- Los sujetos legitimados para incoar la acción de inconstitucionalidad electoral son los siguientes:

a) Los legisladores cuyo porcentaje exigido representativo de miembros es variable, mientras que en Nayarit, Veracruz, Querétaro se requieren que la demanda la firmen el equivalente a una tercera parte de los miembros del congreso, en el Estado de México el treinta y tres por ciento de los legisladores. Lo porcentajes más bajos los exigen Tlaxcala y Coahuila, el veinticinco por ciento el primero y en el segundo basta que apoyen esta acción el diez por cierto de los integrantes de su parlamento;
b) *El* Gobernador *del Estado* salvo en Tlaxcala que no se le otorga legitimación.
c) Los Ayuntamientos o Consejos Municipales exigiéndoles una cuota de representación porcentual que va del de treinta y tres por ciento (Estado de México), una tercera parte(Nayarit), veinticinco por ciento (Tlaxcala), diez por ciento (Coahuila) y sin ningún porcentaje (Querétaro).
d) El Procurador Estatal (Tlaxcala y Nayarit)
e) Los partidos políticos nacionales y estatales salvo en Veracruz, Nayarit y Estado de México.

Además, de la anteriores encontramos la legitimación individual que indica la legislación de Querétaro, o cuando se legitima en esta acción a ciertas instituciones como la Comisión de Derechos Humanos (Nayarit, Tlaxcala y Coahuila), Universidad Autónoma de Tlaxcala, los Organismos Públicos Autónomos (Querétaro y Coahuila), en estas últimas entidades tal legitimación no es extensiva al ámbito electoral, pues carecen de competencia para instar la

acción de inconstitucionalidad fuera de la competencia que expresamente le señala la legislación de justicia constitucional respectiva.

Por otro lado, en virtud del objeto del proceso en el que recae este tipo de proceso constitucional, el sujeto pasivo de la relación lo asume el órgano que emitió y promulgo la disposición normativa impugnada.

B) DEMANDA.

El contenido de la demanda para promover la acción de inconstitucionalidad electoral debe contener entre otros los requisitos siguientes:

a) Los Datos individualizadores del proceso constitucional que se inicia.- Entre los que se encuentran la identificación de la Sala o Tribunal ante el que se promueve, datos identificativos del demandante(es), el representante común cuando así proceda, datos del órgano o autoridad responsable que haya emitido o promulgado en su caso la disposición impugnada, domicilio para recibir notificaciones, notificación al fiscal del estado (. Art. 33 LCCEN).

b) El petito y los fundamentos de la pretensión.- debe el acciónate identificar su pretensión, los conceptos de invalidez, los datos de identificación de la norma general, decreto o reglamento cuya invalidez se pide, citando la fecha y medio de su publicación. Asimismo como apoyo a sus fundamentos debe expresarse los conceptos de invalidez y los preceptos constitucionales que se estimen vulnerados.

c) *Pruebas.* Aun cuando en la mayoría de la legislación en comento, la pruebas no aparecen como un requisito *sine qua no* de la demanda (salvo en Tlaxcala), es recomendable acompañar a la demanda pruebas documentales tales como copia fotostática certificada del texto original de la norma impugnada, y acta de la sesión del parlamento o Cabildo en el que se haya aprobado la norma[1281]. Incluso se permite el ofrecimiento de todo tipo de pruebas y en cualquier tiempo siempre que las mismas tengan el carácter de supervenientes (art. 34 LJCQ).

Finalmente la demanda debe ir firmada por los prominentes de acuerdo con el porcentaje legal de procedencia requerido.

[1281] La Legislación tlaxcalteca señala que admitida la demanda deberá solicitarse al Director del Periódico Oficial del Gobierno estatal que remita al juez constitucional un ejemplar del periódico donde se haya publicado la norma impugnado, este ejemplar se engrosan al expediente. *Cfr*. Art. 82 de la Ley de Control Constitucional del Estado de Tlaxcala.

C) CONTESTACIÒN.

Si bien es verdad que en el proceso de acción de inconstitucionalidad no existe un enfrentamiento directo entre las partes, pues este medio de control se promueve con el interés general de preservar, de modo directo y único, la supremacía constitucional, sin adoptar posiciones que defiendan intereses personales[1282], lo cierto es que en estricto apego a las garantías de audiencia y contradicción en el proceso, una vez que es admitida la demanda se le otorga un plazo[1283] al órgano que emitió la norma impugnada para ser escuchado, a fin de que a través de su contestación esté en posibilidad de sostener la validez de la norma controvertida. Expresamente la legislación de Querétaro y Coahuila indica que en la impugnación de leyes electorales el plazo para rendir este informe tendente a sostener la constitucionalidad de la norma por parte de la autoridad se acota a seis días (arts. 81 L JCQ y 79 LJCC)

Los requisitos generales que el escrito de contestación debe contener son entre otros, identificación del juicio, del órgano emisor, el carácter con el que comparece, la contestación a los hechos planteados en la demanda, las razones y fundamentos pertinentes para sostener la validez de la norma impugnada, las pruebas respectivas y la firma de quien formula la contestación.

Concretamente la Ley de Justicia Constitucional de Querétaro establece que la falta de contestación arroja una presunción negativa en contra del órgano que incurre en rebeldía, presumiéndose como ciertos el hecho impugnado, salvo prueba en contrario (art. 31 LJCQ)

D) SUBSTANCIACIÒN DEL PROCEDIMIENTO

Admitida la demanda y la contestación que en su caso se formule, el magistrado instructor podrá los autos a la vista de las partes a fin de que en un plazo de tres días formulen los alegatos que considere pertinente (art.82 LJCQ y 81 LJCC). Para la emisión de su veredicto el magistrado instructor si lo considera pertinente podrá solicitar la opinión del Tribunal Electoral sobre la cuestión de inconstitucionalidad que enjuicia (art. 82 LJCC). Concluido

[1282] Vèase lo expuesto por FIGUEROA MEJIA, Giovanni, p 9.

[1283] El plazo de contestación es variable mientras que la Ley de Justicia Constitucional de Querétaro y Coahuila (artículos 81 y 79 respectivamente) establece un plazo de quince días para formularla, en cambio la legislación tlaxcalteca sólo otorga diez días (artículo 77LCCT) y de ocho dìas en el caso de la legislación mexiquense (art 57 LREM).

este periodo de alegatos, el proyecto de sentencia se somete al pleno para su discusión y votación.

Vale puntualizar que el juez a petición de parte o de oficio hasta antes de que se dicte sentencia podrá conceder la suspensión del acto que motivare a la norma impugnada (art. 33 LJCC)

E) SENTENCIA

El veredicto recaído el proceso promovido vía acción de inconstitucionalidad deberá contener los requisitos de forma y fondo que se enumeran a continuación:

a) La fijación breve y precisa de las leyes, reglamentos, disposiciones generales o actos objeto del procedimiento y, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos o no por demostrados;
b) Fundamentos de derecho;
c) Argumentos que justifiquen el fallo, expresados de la forma más completa y clara posible, vinculando la norma aplicable con las pruebas rendidas;
d) Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento o declaren la validez o invalidez de la ley respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda (art.38 LJCC y 51 LJCQ)
e) Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión los órganos obligados a cumplirla, las leyes o actos respecto los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia;
f) En su caso, el plazo en que la parte condenada deberá realizar una actuación.

Específicamente el artículo 85 de la Ley de Justicia Constitucional de Coahuila indica que: "*las sentencias que dicte el pleno señalando la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución, sólo podrán referirse a la violación de los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial*", por tanto, no existe suplencia de agravios en este tutela constitucional electoral, sólo se permite como en caso de la legislación del Estado de México enmendar los errores de las partes respecto a la cita de preceptos equivocados (art. 63 LREM).

Finalmente los efectos generados por la sentencia depende de cumplir con los límites de aprobación establecido por cada una de las legislación en comento pues para que se declare la invalidez de la norma electoral impugnada produciendo efecto *erga omnes* en los estados de

Veracruz, Tlaxcala, Estado de México y Coahuila, se requiere que el proyecto de sentencia se aprueba por las dos terceras partes de los miembros del órgano constitucional respectivo, en tanto en Querétaro únicamente se necesita que la votación aprobatoria la realice una mayoría simple de los integrantes del Pleno del Tribunal, de no alcanzarse tales cuotas de aprobación a favor de la declaración de inconstitucionalidad de la norma controvertida, se desestimara la acción y se declara el archivo del juicio.

VI. CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD ELECTORAL

Con la reforma constitucional del 10 de junio del 2011 del artículo primero, queda claro que los órganos jurisdiccionales locales y federales en los juicios sometidos a su conocimiento deben efectuar un control difuso de convencionalidad y constitucionalidad a efecto de proteger derechos fundamentales.Al efecto, los jueces ordinarios de cualquier esfera judicial pueden conocer y decidir cuestiones de incovencionalidad al momento de juzgar, si bien no están facultados para expulsar las disposiciones legislativas del sistema jurídico que consideran contrarias a los instrumentos internacionales, pues ello es competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que es quien decide sobre la constitucionalidad de las leyes[1284], sí que pueden dejar de aplicar el artículo o norma que vaya en contra de un tratado internacional al momento de resolver el proceso ordinario en los que son competente. Ciertamente la línea jurisprudencial marcada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación al control de la convencionalidad es reciente a partir de la sentencia emitida por la Corte Interamericana Derechos Humanos en el asunto ***Rosendo Radilla,*** estableciendo entre otras cosas que las sentencia emitidas por la Corte Interamericana cuando México es parte son vinculantes y obligatorias en el orden interno. El control de la convencionalidad presupone que los jueces interpreten el orden jurídico a favor de los derechos humanos reconocidos tanto en la Ley Suprema como en los tratados internacionales donde México sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia. Los órganos jurisdiccionales están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en

[1284] Los orígenes de *control constitucional concentrando* los encontramos en la Constitución Austriaca de 1920 reformada sustancialmente en 1929, en su título IV apartado b) diseña un Tribunal Constitucional como guardián de la constitución, autónomo del Poder Judicial, Hans Kelsen es el padre de este órgano especializado en control de la constitucionalidad, el estudio de tal control se aborda científicamente hasta 1928 en la doctrina generada por Kelsen en torno a la justicia que imparte este órgano y por la opinión encontrada que recibe de Carl Schmitt en relación a la naturaleza de este Tribunal. Véase Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Colección Derecho, Administración y Política,* México, 2002. pp.24-29.

la Constitución y en los tratados de derechos fundamentales que amplíen la cobertura de protección de los derechos fundamentales.

Al reconocerse el control de la convencionalidad a los jueces locales se materializa **un** verdadero pacto federal en la administración de justicia[1285]. Resulta variable la posición de la Suprema Corte mexicana respecto a la posición que adquieren los tratados internacionales al momento de impactar en el ordenamiento interno, lo que si se ha dejado claro que forman parte del bloque de constitucional y el primer paso es compatibilizar las normas internacionales con la Ley Suprema federal, pues más que un conflicto normativo de lo que se trata es que los órganos jurisdiccional amplíe la protección de derechos fundamentales por la Ley que mejor los proteja. El control lo tiene el órgano jurisdiccional en su conjunto, sin importar jerarquía para resolver cuestiones de constitucionalidad, se plantea por las partes o por el juez que conoce de una controversia concreta, la justificación de este tipo de control radica en que los órganos jurisdiccionales están sujetos a la Constitución y a los tratados, si la constitución es superior a cualquier otra ley ordinaria, debe ser la Constitución, y no la ley ordinaria la que prevalece, en el caso en que ambas normas sean aplicables[1286].

Ahora bien, este control difuso en materia electoral puede realizarse por el órgano jurisdiccional de oficio, sin que medie petición previa de las partes? A priori diríamos que sí, no obstante no existe en la práctica judicial una posición unánime dado que han resuelto conflictos electorales análogos con resultados diverso, ejerciéndose generalmente el control difuso cuando es solicitado por alguna de la partes. En relación a la forma de aplicar el control difuso en materia electoral consideramos que es apremiante que los órganos jurisdiccionales electorales fije criterios claros para su aplicación mediante un lineamiento jurisprudencial o bien mediante un protocolo de actuación, porque no es posible otorgarle seguridad jurídica al

---

[1285] Desde antaño**,** autores como SANCHÈZ GIL considera que la parte final del artículo 133 de la Ley Suprema que ordena: "… *Los jueces de cada Estado se arreglaran a dicha Constitución, Leyes y tratados, a pesar de la disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados*". La *interpretación de tal precepto faculta a los órganos jurisdiccionales a preferir la Constitución a las leyes ordinarias, en cada caso concreto en que ésta pugne con aquélla*, este control difuso de la constitucional no afectaría al control que realizan los órganos jurisdiccionales federales.

[1286] El control difuso de constitucionalidad encuentra sus orígenes en *rule of law* de la Carta Magna de 1215, en ellas se planteaba el intento de los barones ingleses de someter la voluntad del soberano Juan sin Tierra al imperio del derecho**.** Sin embargo, es hasta el célebre proceso de **"Marbury vs. Madison**" que tuvo lugar en los Estados Unidos al comenzar el siglo XX, ante el juez *John Marshall* como *Chief Justice de la Supreme Court norteamericana* (1801- 1835) donde realmente se edificaron las bases del control difuso. La resolución de *Marhal*l consistió en inaplicar la norma legal que motivaba el conflicto, por contrariar la constitución, sentando jurisprudencia en el sentido de que todo tribunal norteamericano debía aplicar la Constitución antes que una ley ordinaria opuesta a ella.

justiciable ni una tutela judicial efectiva si finalmente el impugnante no tiene conocimiento de la forma de actuación del órgano judicial si actuara como órgano de legalidad dado que no se solicitó un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

Otro punto, en el que vale la pena reflexionar es el efecto de las sentencias inter-partes que emita el órgano jurisdiccional electoral estimando la inconstitucionalidad o inconvencionalidad del precepto electoral, inaplicando la ley o invalidación del acto en el caso concreto, tal la resolución tiene efecto sólo para las partes que litigaron en el proceso, en consecuencia es una decisión puramente instrumental que no produce efectos generales, no obstante no debemos olvidar que en la materia electoral la mayoría de los conflictos son de interés público cuyas decisiones trasciende el ámbito de legitimación de los sujetos que plantearon el conflicto ante los tribunales, si no se aplica un precepto electoral por considerarlo inconstitucional al caso concreto, este pervive en el sistema jurídico con riesgo de que se aplique para un conflicto electoral cuyo actor no sea un conocedor de la materia, ni solicite el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Por tanto es factible que se revise en algunos proceso como el de Juicio de Revisión Constitucional que el control difuso tenga el efecto de expulsar la norma electoral del ordenamiento jurídico, generando un efecto *erga homnes* en tanto se mantenga el efecto inter-*partes* en las sentencias recaídas a los procesos electorales incoados por los ciudadanos por su propio derecho como es el caso del Juicio para la protección de los derechos político-electorales.

CONCUSIONES

El presente análisis sobre la legislación de justicia constitucional estatal, nos permite tener una radiografía general de su diseño normativo y permite concluir que en la esfera local, la justicia constitucional electoral presenta un modelo inacabado, falta introducir elementos para eficientar su control, sobre todo introducir un régimen propio que responda a las particularidades de esta materia, además es omisa la Justicia Constitucional de Chiapas, Guanajuato y Quintana Roo en cuanto a la tutela constitucional electoral, por consiguiente es pertinente que el legislador local en dichas entidades genere la normativa que permita y eficiente tal tutela , pues si se pretende fortalecer los sistemas de justicia Constitucional Local, el control constitucional electoral es un elemento clave. Ciertamente los ingredientes están puestos para que los jueces electorales locales y federales pueden realizar de oficio ese control difuso de constitucionalidad y en ciertos juicios que las sentencias generen un efecto

erga omnes, si la partes se inconforman con el resultado del órganos jurisdiccional local cabe la posibilidad plantear su impugnación ante órganos jurisdiccionales electorales federales, para que ellos decidan en última instancia y como un motivo tasado si es correcta o no la aplicación del control difuso de constitucional y convencionalidad. Dado que lo importante es lograr un equilibrio judicial electoral entre los dos círculos competenciales; federal y estatal, fortaleciendo el federalismo.

BIBLIOGRAFÍA

BREWER-CARIAS, Allan R. "Instituciones políticas y constitucionales". Tomo VI, La Justicia Constitucional, Editorial Jurídica Venezolana - Universidad Católica del Táchira, Venezuela, 1996.

BUSTILLOS, julio, *Amparo Federal vs Amparo Local*, la Incertidumbre de la protección constitucional local frente a la jurisdicción federal consultado en http: //biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/15/cle/cle7.pdf, el 21 de julio del 2013

CARBONELL, Miguel, *Igualdad y Libertad propuestas de renovación constitucional*, Ed. IIJ-UNAM, México, 2007.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (1982). "Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)", *Revista española de Derecho Constitucional* Nº 5, Madrid, España.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica. Una visión comparativa". Ed. CIEDLA, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, Argentina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* 3era edición, Ed Trotta, España, 2001.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coordinadores). "La jurisdicción constitucional en Iberoamérica". Editorial Dykinson y otras, Madrid, España, 1997.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs activismo judicial)*, Ed. FUNDAP, México, 2002.

GONZÁLES ROMERO VERDUSCO, Alonso, *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Ed. PORRUA- UNAM, México 2000

HABERLE, Peter, La libertad fundamental en el Estado Constitucional, Ed. PUCP-MDC Fondo Editorial, Peru, 1997,

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Pilar, "Constitución y Derechos Fundamentales", *en Boletin Mexicano de Derecho Comparado,* consultado el 25 de julio del 2013 en http://juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/84/art/art5.htm

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal en torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Ed. IIJ-UNAM, México, 2006.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y Europa", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional Nº 4, Madrid, España, 2000, páginas 243-307.

KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, México, UNAM, 1965, P.306 y ss. El razonamiento kelseniano citado por GIOVANNELLI, Adriano, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1983.

RUBIO LLORENTE, Francisco (1997). *La forma del poder*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.

SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo, Análisis de la Regulación de la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en México, en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/27.pdf consultado el 20 de Julio del 20013. pp. 683, 685 y 686.

URIBE ALZATE, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México,* Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Ed. Trotta, 2008.

_____ Derecho procesal constitucional, y otros ensayos de justicia constitucional, Ed. FUNDAP, México, 2004.

ASTUDILLO REYES, Cesar, *El sistema Mexicano de Justicia Constitucional: Notas para su definición, a 10 años de la reforma constitucional de 1994*enhttp://www.iidpc.org/pdf/doctrinr4Astudillo.pdf p.40.

Aragón Reyes, Manuel, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997, Temas de Derecho Público, núm. 44, Bogotá, p. 30.

Franco González Salas, José Fernando, "Evolución del Contencioso electoral federal mexicano 1916-1996, *Revista Justicia Electoral*, Ed. Tribunal Federal Electoral, núm. 8, México, 1996.p. 42.

Ferrajoli, Luigi, "Hacia una teoría jurídica de la democracia", en varios autores, *Teoría de la democracia, dos perspectivas comparadas*, trad. de Lorenzo Córdova, México, IFE, 2002.

. _____ *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2000.

FERRERES Víctor, en *Control Judicial de la Constitucionalidad de la Ley*, Ed. Fontamara Mèxico, 2008. 59

GALVAN RIVERA, Flavio, "control de la constitucionalidad de actos y resoluciones de autoridades electorales" *Control de la Constitucionalidad* en http://www.bibliojuridica.org/libros/1/240/10.pdf, p. 1092

Hamilton, A, et al. El Federalista, 2ª ed. Ed. Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2002.

SAMANIEGO SANTAMARIA, Luis Gerardo, "La Acción por Omisión Legislativa como medio de control constitucional en el Estado de Quintana Roo", en *Derecho Constitucional Estatal Memorias del VI y VII Congresos Nacionales de Derechos Constitucionales de los Es*tados, Ed. UNAM. Mexico, 2009. p. 411 y ss.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *el derecho dúctil: Ley, Derechos Justicia*, 8ª edición, Ed. Trotta, Madrid, 2008. p. 14.

_____, Historia y Constitución, Trad. por Carbonell Ed. Trotta, Madrid, 2005 p.22

CAPÍTULO IV. JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC: ACCESIBILIDAD A LA JUSTICIA POR POBLACIONES VERNACULARES Y LA TUTELA DE DERECHOS LINGUISTICOS

Manuel Bermúdez Tapia[1287]

SUMARIO:

Introducción. I. La comunicación forense en el perú. 1. Factores sociales, culturales, económicos condicionantes. a) La sociedad. b) El contexto cultural. c) El contexto económico. 2. Los factores personales. a) El factor "género" que incide en el machismo. b) El factor litigiosidad en el peruano promedio. c) La comunicación forense. II. El acceso a la justicia y las trabas en la comunicación forense. A). Teoría de la comunicación. A. Emisor. A1. El esmisor formal (institución). A2. El Emisor informal. B. Receptor. C. Canal. D. Mensaje. E. Código. III. Los derechos lingüísticos y la administración pública.

RESUMEN:

Uno de los grandes problemas en la evaluación de los servicios públicos en un país plurilingüe y multicultural está vinculado al modo en que los vernáculos hablantes se vinculan con el Estado. En el ámbito de la participación en un proceso judicial, los justiciables vernáculos hablantes asumen una condición limitativa que condiciona negativamente su estatus, sin que ello pudiera ser solucionado por las entidades que conforman el Sistema de Impartición de Justicia en el Perú.

PALABRAS CLAVE: Derecho al Idioma, Oficialidad de idiomas, Justiciabilidad de Derechos económicos, sociales y culturales, Acceso y accesibilidad a la justicia, Derechos fundamentales de una persona vernáculo hablante.

ABSTRACT:

One of the big problems in the evaluation of public services in a multilingual and multicultural country is linked to the way the native language speakers are linked to the state. In the field of participation in a judicial process, litigants native language speakers assume a limiting condition which adversely affects their status, but this could be solved by the entities that make up the system of administration of justice in Peru.

KEYWORDS: Language and right, Officiality language, Justiciability of economic, social and cultural rights, Access and accessibility to justice, Right´s native languages peaker.

I. INTRODUCCIÓN

El encuentro del ciudadano peruano "de a pié" con el Poder Judicial, Ministerio Público y Tribunal Constitucional (Sistema jurisdiccional), las normas jurídicas y en general con todos los operadores que actúan en el Sistema Jurídico, constituye una situación similar a la de un choque frontal traumático, puesto que nuestro Sistema se muestran ante el justiciable como una sumatoria de lenguajes y códigos lingüísticos que escapan a la comprensión del individuo (comunicación forense).

Bajo esta premisa preliminar, se puede inferir que para el justiciable la comunicación con los operadores jurisdiccionales, con el letrado de su causa (su abogado), e inclusive la comunicación con la "mesa de partes" del despacho judicial que ve su caso, constituye un

[1287] Abogado. Magíster en Derecho. Docente de Posgrado en las Universidades UNMSM, Pedro Ruiz Gallo, Universidad Nacional de Trujillo, Antenor Orrego, San Antonio Abad del Cusco, Hermilio Valdizán, San Cristóbal de Huamanga y Academia de la Magistratura.

problema de acceso a la justicia, porque no puede interactuar en forma autónoma e independientemente.

El Sistema Jurisdiccional por tanto constituye un camino (semejante al de un túnel), por el cual el justiciable debería, deberá y obligatoriamente transitará[1288] para acceder a la justicia, para lo cual contará con el auxilio de un operador "abogado", que no necesariamente lo guiará en línea recta y directa. Si las premisas son correctas, ¿de qué Justicia estaríamos hablando en el Perú?

Si realizáramos una operación de cambio de variables y nos trasladáramos a zonas rurales de nuestro país, ¿Podríamos hablar que existe un correcto acceso a la justicia?

Si para un promedio superior a los seis millones de peruanos vernáculo hablantes, con conocimiento del castellano como segunda lengua[1289], les es complicada una comunicación con el castellano, les resultará más traumatizante una comunicación con la Administración Pública, por lo que nuevamente quepa plantear: ¿De qué Justicia estaríamos hablando en el Perú?

Por tanto, podríamos plantear algunas hipótesis preliminares que definen nuestro Sistema Jurisdiccional y Sistema Jurídico frente al justiciable.

Los ámbitos jurídico y procesal se perfilan como áreas ajenas y ambiguas para los no profesionales del Derecho, en particular porque el ciudadano no ha recibido información y educación en cuestiones legales durante su etapa escolar[1290], universitaria y profesional, en particular respecto de las implicancias de una Ley y respecto de las facultades de acción individual para defenderse, actuar y admitir una eventual comunicación estatal, generalmente en el sentido criminal, administrativo o tutelar.

Situación compleja que puede tener como agravante el hecho de que la realidad de todo ciudadano está vinculada al ámbito jurídico, respecto de la concretización, defensa, ampliación o defensa de sus derechos, posiciones subjetivas o intereses. Bayo Delgado, en este sentido señala que la Ley incide en el ciudadano, *desde que se levanta por la mañana y enciende la luz eléctrica, de la que dispone en virtud de un contrato de suministro*[1291].

[1288] El poco empleo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos demuestra nuestra afirmación.

[1289] Bermúdez Tapia, Manuel. *Los derechos lingüísticos*. Lima: Ediciones Legales, 2002.

[1290] Bayo Delgado, Joaquín. *La formación básica del ciudadano y el mundo del Derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial.* En: *Lenguaje Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998. p. 12

[1291] Bayo Delgado, Joaquín, Ob. Cit. p. 11.

¿A qué se debe entonces esta diglosia jurídica social? Las respuestas son múltiples:

- Por un lado nos encontramos con normas procesales que se articulan en torno al formalismo extremo[1292], aplicado no sólo a la especificidad del ***lenguaje forense***[1293], sino también a un ritual ceremonial durante el desarrollo del proceso (***comunicación forense***)

- Por otro lado tenemos a un receptor, que aparece como ajeno al acto comunicativo con la Administración Pública, cuyo destinatario último es él mismo, a pesar de no ser susceptible de cumplir con su labor onomasiológica[1294]; Es decir, que no es capaz de desentrañar el significado del contenido que a él se dirige.
- En forma complementaria, la misma Administración Pública procura que su lenguaje sea ajeno al destinatario, a efectos de dejar zanjada su posición de "autoridad" frente a los ciudadanos.

José Sánchez, en este sentido, describe que los trámites de la Administración Pública resultan con un lenguaje convencional, hipócrita, que falsea todo y en la cual nadie (los ciudadanos) cree, aunque todos aparentan lo contrario por el temor que infunde el poder (de la Administración)[1295].

Este lenguaje adicional es empleado bajo una parafernalia simbólica presente en la mayor parte de sistemas de Impartición de Justicia, que se traduce en una simbología jurídica previa a la emisión de actos procesales jurisdiccionales (comunicación forense).

En el sistema anglosajón la parafernalia del magistrado lo distingue de los otros operadores jurisdiccionales y le da el aire solemne (togas, birretes, peluca, etc.[1296]). En el ámbito peruano, el uso de las cintas de magistrado, de abogado, de sellos de magistrado, el uso de la campanilla

---

[1292] Botero Uribe, Darío. *Teoría social del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005. P. 7

[1293] Denominaremos al "Lenguaje Forense" como aquel Lenguaje utilizado en el ámbito del sistema jurisdiccional y jurídico.

[1294] La perspectiva onomasiológica donde nos situamos conduce a adoptar de entrada criterios puramente semánticos. Ver: Rastier, Fracois. *Semántica interpretativa.* México: Siglo Veintiuno Editores, 2005. p. 59

[1295] Sánchez Gonzales, José Juan. *Reforma, modernización e innovación en la m ñltykghistoria de la administración pública en México.* México: Porrúa, 2004. P. 192

[1296] Al respecto, desde octubre 2008, en Inglaterra y Gales se facultó a los jueces a dejar de utilizar la peluca de reglamento; dicha medida que buscaba dar una mejor imagen al magistrado, fue rechazada por los mismos jueces. Ver: http://www.elpais.com/articulo/internacional/jueces/britanicos/pierden/peluca/elpepuint/20080514elpepuint_4/Tes

para iniciar o finalizar una audiencia (rito místico que tiene por origen la llamada a los Dioses para que "observen" los actos humanos), es la manifestación de nuestro simbolismo.

Igualmente la posición y ubicación de las partes procesales, donde el juez (ubicado en un altar), el fiscal (ubicado en un púlpito) y el acusado (ubicado debajo de los otros dos), confirman una conducta simbólica del sistema procesal inquisitivo originario de la Santa Inquisición católica que proviene de una percepción de la trinidad divina (un solo cuerpo procesal, con tres partes independientes).

Esta referencia podría parecer insulsa y hasta intrascendente; Sin embargo, a los magistrados de los Distritos Judiciales donde el Sistema Procesal Oral y Adversarial se viene implementado les resulta complejo asimilar esta variación de roles y posiciones. La igualdad de armas entre el fiscal y el acusado, rompe la tradición en la cual el juez era quien tenía toda la perspectiva y representación del Estado; Variación profunda que permite al Fiscal ser el verdadero eje del nuevo Sistema Procesal Penal.

A efectos de interrelacionar estos tres niveles, a modo de señalar un ejemplo, podemos señalar que el Código Penal peruano establece tipos de pena, sin embargo cualquier procesado (primario, por dar una categoría) cuando escucha la lectura de su sentencia condenatoria, **no** puede realizar mentalmente la definición y diferenciación de los tipos de pena existentes, resultándole complejo el realizar la operación mental: "condena = cárcel".

El proceso judicial por lo antes mencionado, puede convertirse para el ciudadano medio y no letrado en derecho, en un laberinto decididamente incomprensible cuyas reglas desconoce; un mundo en el que se encuentra perdido y, por qué no decirlo, está desprotegido, de modo que la utilización de un lenguaje que se manifiesta insondable para el ciudadano puede conllevar la consiguiente indefensión y la vulneración de la tutela judicial efectiva y del debido proceso previstos en el inciso 3, del artículo 139 de la Constitución peruana de 1993.

Esta parece ser efectivamente la sensación experimentada por Joseph K, personaje de ficción de Kafka, atrapado en los herméticos engranajes de la novela "El Proceso"[1297], donde queda envuelto sin saber de qué se le acusa ni por dónde anda su asunto, entre innumerables abogados y *borrosos* jueces[1298], casi similares a la figura de un cuadro, que describía a un

[1297] Kafka, Franz. *El Proceso.* Santiago de Chile: Andrés Bello, 1998. P. 51, 53, 54, 56, 66, entre otras.

[1298] Daría lo mismo para este personaje si se le informe de su arresto, detención y procesamiento judicial en una resolución judicial conteniendo sólo referencias legislativas que en un documento redactado en japonés o filipino.

"*hombre vestido con la toda de juez, sentado en un elevado sitial cuyas numerosas molduras doradas se destacaban vigorosamente del cuadro. Lo curioso es que aquel juez no aparecía sentado con dignidad, sino que tenía el brazo izquierdo fuertemente apretado contra el respaldo y el brazo izquierdo del sillón*"[1299].

Sin necesidad de una lectura mediana y de referencias de la literatura o del derecho comparado, basta con observar cómo se desarrollan los procesos judiciales en la mayor parte de nuestro país, donde la multiculturalidad, el pluralismo jurídico, el multilingüismo y la diversidad socio cultural siendo problemas complejos, determinan y condicionan el derecho procesal actual[1300].

Si las reglas del lenguaje procesal son muy complejas, la comunicación entre operadores jurisdiccionales y ciudadano común requiere de una reconfiguración para así plantear una reforma integral de nuestro sistema de administración de justicia para garantizar las reglas del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva y de este modo un acceso a la justicia.

Con el presente ensayo pretendemos realizar un estudio de los condicionantes que rodean las comunicaciones en el ámbito de la administración pública, con especial incidencia en el sistema judicial. Para ello, utilizaremos nuestra experiencia en el ámbito de la capacitación de magistrados, la reforma del sistema de justicia y la experiencia en la protección de los derechos lingüísticos de grupos vulnerables[1301], desarrollando un enfoque particular, desde una perspectiva cuyos fundamentos la encontramos en la Pragmática y en la Teoría de la Comunicación.

Para ello señalaremos las características principales de ambas teorías.

- La *Pragmática* es la síntesis multidisciplinaria de la lingüística, filosofía y sociología; adopta las diferentes disciplinas y procura explicar cómo se utiliza el "lenguaje" en un contexto determinado.

Bajo esta naturaleza multidisciplinaria, la Pragmática estudia la comunicación en su conjunto, incidiendo con mayor énfasis en los elementos ajenos a la misma comunicación: las relaciones

---

Ver: Kafka, Franz. *El Proceso. El Proceso.* Santiago de Chile: Andrés Bello, 1998. P. 8 y P. 31; en el mismo sentido: González Restrepo, Mario. *El Proceso.* Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2008. p. 28 y 29

[1299] Kafka, Franz. Ob. Cit. P. 127

[1300] Nuestro sistema procesal penal contiene la siguiente normatividad: Código Penal, Código de Procedimientos penales, Código Procesal Penal (artículos vigentes), Código de Ejecución Penal, Leyes penales especiales, Reglamento de normas penales especiales.

[1301] Bermúdez Tapia, Manuel. *Lenguas de trabajo.* Madrid: Cuadernos de la Unión Europea, 2003.

entre los participantes, las distancias entre ellos, el valor de los actos y códigos lingüísticos, entre otros factores[1302].

La utilidad de la Pragmática para nuestro tema de estudio, radica en el hecho objetivo de que el *lenguaje forense* se adapta perfectamente a esta disciplina, toda vez que el área de estudio requiere no sólo la comprensión del lenguaje descriptivo, literal o codificado, sino también involucra un lenguaje simbólico, excluyente y condicionado[1303], el mismo que nosotros lo denominación *comunicación forense*.

Inclusive, Teresa Turell señala que el lenguaje forense es definida como una forma muy general interfaz entre *Lengua* y *Derecho*[1304].

- La *Teoría de la Comunicación,* donde la teorización proviene principalmente del libro de Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*[1305].

Manifestamos que la *Teoría de la Comunicación* resulta importante porque en la comunicación está la base de la comprensión y lectura de los diferentes procesos sociales como elementos discursivos de comunicación e interacción entre los diferentes actores sociales[1306].

Estos actores sociales generarán la "acción social", que como proceso social resulta claramente determinado en cuestiones de vinculación, relación, oposición, exclusión cuando estos son evaluados desde una perspectiva comunicativa[1307].

La sociedad peruana bajo este parámetro, podría desarrollar la explicación de las razones del uso de un lenguaje simbólico para mantener sus niveles de segregación, exclusión, marginación y discriminación. Exclusión en el contexto de la comunicación, que inclusive se vuelve patológico, al volverse sumiso frente a lo alógeno, producto de la heteroglosía lingüística nacional que comprende el contacto, la interferencia y conflicto entre las numerosas lenguas y dialectos nacionales[1308].

[1302] Reyes, Graciela. *La Pragmática Lingüística. El Estudio del uso del lenguaje.* Barcelona: Montesinos, 1994. 2º edición. P. 17

[1303] Turell, Teresa. *Lingüística forense, lengua y derecho: conceptos, métodos y aplicaciones.* Barcelona: Universitat Pompeu Fabra - Documenta Universitaria, 2005. P. 13.

[1304] Turell, Teresa. Ob. Cit. P. 14.

[1305] Habermas, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa.* Madrid: Taurus Humanidades, 1999.

[1306] López García, Guillermo. *Comunicación electoral y formación de la opinión pública: las elecciones generales de 2000 en la prensa española.* Valencia: Universidad de Valencia, 2004. P. 64

[1307] Dader, José Luis. 1992. *El periodista en el espacio público.* Barcelona: Bosch, 1992. P. 47-48

[1308] Ballón Aguirre, Enrique. *Literatura oral peruana una hipótesis de organización discursiva.* En: Hopkins Rodríguez, Eduardo. *Homenaje a Luis Jaime Cisneros.* Lima: PUCP, 2002. P 539.

Basta citar en este sentido a modo de ejemplo, el hecho de que en el ámbito jurídico, en especial en los Juzgados de Familia y en los ambientes que rodean a estas instancias, se utiliza un lenguaje que incide y exacerba los niveles de violencia social: El varón es el "malo", el varón no tiene derechos y las "mujeres" son siempre víctimas.

Toda vez que nuestra línea de investigación es multidisciplinaria, pasaremos a explicar la comunicación forense en el Perú.

I. LA COMUNICACIÓN FORENSE EN EL PERÚ.

Usualmente los lingüistas y teóricos jurídicos suelen hacer explicación y definición del lenguaje forense, sin trascender las circunstancias que motivan la comunicación.

Bajo este marco metodológico, haremos uso de la Pragmática para explicar los siguientes elementos.

1. Factores sociales, culturales, económicos condicionantes.

A efectos de señalar el marco panorámico de nuestra realidad, señalaremos sólo algunos aspectos que nos vinculan con el tema de estudio.

a) La sociedad.

El Perú es un país multicultural en el ámbito sociológico, plano que es complementado con un pluralismo jurídico que hace inviable la comprensión de una "ley" general y abstracta en todo el país.

b) El contexto cultural.

Adicional a la realidad multicultural nuestro país tiene una naturaleza disfuncional entre sus diferentes sectores sociales, en particular debido a los parámetros culturales diferentes.

Nuestra sociedad es eminentemente católica en estadística, pero la población evangélica podría superar el 40% del universo nacional[1309]; los índices de alfabetización son prácticamente extraordinarios, sin embargo la población escolar (y también la adulta) no comprende lo que leen[1310]; la población urbana tiene una visión cultural "occidental" pero sin

[1309] Marzal, Manuel; Romero, Catalina y Sánchez Paredes, José. *La religión en el Perú al filo del milenio.* Lima: PUCP, 2000. P. 35

[1310] Lynch, Nicolás. *Los últimos de la clase: aliados, adversarios y enemigos de la reforma educativa.* Lima: UNMSM, 2006. P. 21

embargo suele ejecutar acciones "tradicionales" como "limpias", "rezadas", "pasadas de cuy/gallina/huevo" para atraer la suerte[1311].

Estos hechos son sólo una muestra de que la realidad jurídica hace mucho tiempo fue sobrepasada por la realidad social y por ello los procesos de reforma judicial no tienen el impacto positivo que la sociedad espera, principalmente porque la clase política y los tecnócratas jurisdiccionales piensan que su limitada y excluyente esfera social y profesional, es suficiente para calibrar un proyecto aplicable a todo el país[1312].

c) El contexto económico.

Téngase presente, en primer lugar, estos tres hechos económicos:

- La Remuneración Mínima Vital es de S/. 550 (quinientos nuevos soles).
- La pobreza y pobreza extrema en el país es del 44% (poco menos que la mitad de la población nacional)
- El promedio de ingresos per cápita es de S/. 2685[1313].

En forma complementaria, Huancavelica, Cajamarca, la sierra de La Libertad, Abancay, Puno y las provincias de Cusco representan el 1% del Producto Bruto Interno, a pesar de que proveen la mayor parte de las exportaciones por commodities minerales[1314] y gasíferos.

Bajo estas perspectivas, nuestro país presenta la siguiente realidad económica que se refleja en el ámbito jurisdiccional: Una fragmentación económica exacerbada por la pobreza endémica y estructural de la sierra peruana, que impide el manejo de métodos de análisis de costeo económico en el desarrollo de conflictos inter-subjetivos en sede judicial.

¿Qué significa lo descrito? Que la mayor parte de la población peruana vive una irrealidad económica y que esa perspectiva impide al peruano promedio evaluar la viabilidad y consecuencia económica de un proceso judicial, una negociación o una conciliación; Cualquiera que fuese el resultado de un proceso judicial finalmente resultara una catástrofe para el litigante promedio o ciudadano "de a pie" y por ello le resulta extraña cualquier política de reforma judicial.

2. Los factores personales.

[1311] Gushiken, José: Shattuck, Sim y Douglas, Dianne. *Tuno, el curandero: maestro de la medicina folklórica en la edad moderna.* Nueva York: Edwin Mellen Press, 2002. P. 10

[1312] Basta con observar cuantos "especialistas", "consultores" y "funcionarios" vinculados con este rubro operan en el país. El escaso número de profesionales convierte a esta especialidad en una especie de clase, a la cual resulta imposible acceder.

[1313] Datos obtenidos de la página web del Instituto Nacional de Estadística www.ineigob.pe

[1314] Ver: Centro de Asesoría Laboral. *Actualidad económica del Perú.* Lima: Centro de Asesoría Laboral, 2008.

La sociedad peruana es machista en exceso[1315], y aunque resulte imposible de admitir, son las mujeres quienes proyectan una sociedad machista[1316].

Bajo esta perspectiva, en el Sistema Judicial en su conjunto se observa un porcentaje significativo de procesos en trámite a raíz de situaciones provocadas por el machismo social:

- Violencia familiar,
- Violencia psicológica,
- Divorcios por causal (adulterio e infidelidad sobre todo),
- Problemas en la tenencia, régimen de visitas y sustracción de los hijos,
- Alimentos
- Sucesiones y problemas en el trámite de la herencia, etc.

El elevado número de causas y una proyección en crecimiento de procesos de naturaleza socio familiar cuestiona cualquier política iniciada por el Estado; los fracasos de tales políticas públicas o iniciativas legislativas responden al hecho de que los legisladores no toman en cuenta los diferentes estudios sociales existentes que analizan las diferentes realidades en el país.

Para la gran mayoría de parlamentarios del período 2006-2011, plantearles que hagan uso de dichos estudios técnicos, resulta un pedido sobredimensionado, absurdo e inútil, porque sus limitaciones son abrumadoras. Y esa penosa realidad excede cualquier intención de hacer leyes coherentes, dando como resultado que la ciudadanía salga perjudicada en general y los operadores jurisdiccionales que tendrán que hacer uso de leyes incoherentes, tendrán problemas en el desarrollo de sus procesos, no pudiendo satisfacer los intereses y planteamientos de los litigantes.

a) El factor litigiosidad en el peruano promedio.

Los peruanos, como casi todos los latinoamericanos y los que tenemos como sistema jurídico preponderante el Sistema Romano Germánico Canónico Francés, solemos ser litigiosos, y es un hecho que desde que Luis Pásara lo describiera en 1982[1317], y habiendo pasado más de veinte años, el contexto no haya variado en lo absoluto.

[1315] Fuller Osores, Norma. *Dilemas de la femineidad: mujeres clase media en el Perú.* Lima: PUCP, 1998. P. 69
[1316] Aggleton, Peter. *Se hombre en el Perú de hoy.* Lima: REDESS Jóvenes, 2002. P. 57
[1317] Pásara, Luis. *Jueces, Justicia y poder en el Perú.* Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, 1982. P. 161

Sin embargo y para mala fortuna para el Sistema Judicial, a este factor de litigiosidad se le ha sumado la exagerada actitud temeraria y maliciosa del litigante peruano, que actúa impunemente porque cuenta con la "ratificación judicial" (que efectúa el Consejo Nacional de la Magistratura) y la fiscalización judicial (que hace el Órgano Nacional de Control de la Magistratura) a su favor y por ello puede quejar, denunciar y poner en situación de apremio al juez que no le otorgó una resolución favorable.

Complementariamente el hecho de que no existan trabas efectivas para acceder a las máximas instancias o al mismo Tribunal Constitucional, le permite al litigante peruano proceder a un litigar con un plazo de tiempo sumamente exagerado, oneroso e ineficaz.

3. La comunicación forense.

En este apartado explicaremos sobre todo el aspecto lingüístico del acto de la comunicación, y a medida del avance de los puntos analizados se explicarán las estrategias no lingüísticas encontradas en una comunicación forense.

Bajo esta perspectiva, debemos iniciar con la explicación de que la relación que se establece entre el juez, el fiscal y el ciudadano ha de calificarse como un acto comunicativo, ya que aparecen todos sus elementos constitutivos, es decir, se encuentran a la misma vez: un emisor, un receptor, un código, un mensaje y un canal, y por lo tanto, ha de ser estudiado como tal. Además entendemos que en un proceso judicial la comunicación se realiza no solamente en base a estrategias lingüísticas, sino también a estrategias no lingüísticas[1318].

Por tanto debemos mencionar que los elementos a ser analizados corresponden al ámbito de la *lingüística* (al no ser conceptos jurídicos) y pueden ser encontrados en todos los tratados sobre *Teoría de la comunicación* y *Pragmática*.

Nuestro trabajo y objetivo, finalmente, se centra en relacionar dos áreas de investigación para poder comprender por qué la comunicación forense es complicada y no es homogénea en el Perú.

A) Teoría de la Comunicación.

a) El emisor.

[1318] El abandono, las apelaciones judiciales, las posiciones que se exigen para la realización de algún acto procesal como la "lectura de sentencia".

El *emisor* es el codificador por excelencia en toda comunicación, al seleccionar en su interior un *código* con un cierto número de señales que le permiten transmitir un *mensaje* a través de un *canal* para que llegue al *receptor* que es el descodificador.

Sin embargo, para efectos de la comunicación forense, existen dos niveles de emisores:

a.1. El emisor formal (institucional)

El papel comunicativo del emisor está desempeñado por excelencia por el juez y en menor medida por el fiscal.

a.2. El emisor no institucional.

En este nivel se encuentran los litigantes, sus abogados y los terceros que intervienen en un proceso judicial.

Se les considera no institucionales porque su mismo "lenguaje" difiere del de los emisores formales, para lo cual pueden comunicarse con un lenguaje claro, sencillo, directo, como también en un lenguaje técnico, oscuro y ambiguo.

En este sentido, por ejemplo Graciela Reyes da cuenta del concepto de "erotismo lingüístico" y de la teoría de la seducción desarrollada por Felman (*Le scandale du corps parlant)* el cual usualmente emplean los litigantes a efectos de convencer al juez sobre la calidad de sus pretensiones[1319].

Sin embargo, y para ambos niveles de emisores, debemos considerar que sus emisiones no son actos que pudieran catalogarse como locutivos, o que cumplan una función meramente enunciativa, sino que se trata de actos ilocutivos o perlocutivos, los cuales se describen de la siguiente manera:

- A través del *acto locutivo*, se articulan y combinan sonidos y se evocan y combinan sintácticamente las nociones representadas por las palabras.
- Esa emisión será *ilocutiva*, en la medida que la enunciación de la oración constituye en sí misma un cierto acto.

Así por ejemplo la fórmula "Dispongo que…", constituye en sí misma una disposición, o cuando se dispone la disolución del vínculo matrimonial no se enuncia una realidad, sino que a

[1319] Reyes, Graciela. *Pragmática Lingüística. El estudio del uso del lenguaje*. Montesinos: Barcelona, 1990. p. 50; Felman, Shoshana. *Le scandale du corps parlant* (traducción "El arte de la seducción en los siglos XIX y XX) Valencia: Universitat de Valencia, 1998.

través del lenguaje (resolución) se crea y configura una situación que no existía con anterioridad y que es originada por la palabra emitida por el magistrado[1320].

- Por último, un acto podrá ser *perlocutivo* cuando lo que se pretende es causar un efecto en el interlocutor, o hacer derivar de él una acción.

En este sentido, la aparente pregunta en los pliegos interrogatorios ¿Indique usted si cometió adulterio?, ha de ser interpretada como una interrogante y requiere del receptor la acción de absolver la misma.

Las respuestas eventualmente no serán *locutivas*: podrán ser gestuales o materializables en un acto procesal: desistimiento, allanamiento, abandono, etc.

Vertidas estas aclaraciones sobre conceptos de Pragmática[1321], hemos de afirmar que el mensaje emitido por el magistrado en las resoluciones judiciales no pretende simplemente hacer constar una realidad, representarla a través del lenguaje, sino que sus locuciones están investidas con el poder de modificarla. El magistrado, con su acto lingüístico, y en virtud del mismo, incide en la realidad (con su fuerza ilocutiva) y la dirige hacia un determinado desenvolvimiento (a través de la fuerza perlocutiva).

- *Fuerza ilocutiva*

Es el poder del lenguaje empleado por el magistrado en los actos procesales y reside en que sus locuciones no son meros enunciados, por cuanto a través de sus resoluciones puede representar o construir una realidad (jurídica).

En este sentido, el juez (sobretodo) construirá una verdad formal o procesal a través del estudio, análisis y toma de posición respecto de las pruebas aportadas en el proceso tanto por la parte demandante (o denunciante) como por la parte demandada (o acusada) [1322]. De este modo se construye la máxima romana: *Lo que no está en los autos, no está en el expediente.*

La verdad formal o procesal una vez sea determinada por el Juez, puede que no coincida con la verdad material, en particular por el uso de las "presunciones legales" y por disposición expresa de la Ley.

[1320] Pregunta: ¿el magistrado crea, administra derechos, imparte derechos, reconoce derechos u otorga derechos?

[1321] Levinson, Stephen. *Pragmatics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983; Turell, Teresa. *Lingüística forense, lengua y derecho: conceptos, métodos y aplicaciones.* Barcelona: Universitat Pompeu Fabra - Documenta Universitaria, 2005. P. 13.

[1322] Gascón Abellán, Marina: *Los hechos en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales SA, 1999, p. 41.

Por ejemplo, la presunción de una relación laboral, en la cual sin acreditarse un contrato laboral, puede desprenderse esta condición con la acreditación de otros elementos, como
En otro sentido, la verdad formal o procesal pueda que no se construya en forma directa a la verdad material por deficiencia de los medios probatorios presentados, los cuales resultan insuficientes o no son convincentes o estos sean considerados maliciosos o temerarios.

Por ejemplo, en casos de denuncia de adulterio, una partida de nacimiento del hijo extramatrimonial de un cónyuge es considerada una prueba irrelevante, que perjudica a la contraparte (generalmente mujer).
«Que, en cuanto a la causal de adulterio, este extremo no está acreditado debidamente en autos, siendo que la copia fotostática del acta de nacimiento de la menor XXX que corre a fojas tres no es prueba suficiente para acreditar este extremo, habida cuenta que no aparece el demandado como declarante en señal de reconocimiento de la menor, que, en cuanto a las cuatro cartas amorosas presentadas como prueba de adulterio tampoco producen plena convicción en el juzgador, en razón de que no está demostrada la autoría de dichas correspondencias, ni que el destinatario sea realmente el demandado, de forma que tampoco cabe amparar la recurrida en este extremo». *(Expediente Nº 363-98, Sala Nº 6, Lima, 11 de mayo de 1998)*[1323]. (Subrayado nuestro)
Al no poder acreditarse una relación sexual (coito) resultará irrelevante cualquier manifestación formulada por el cónyuge adultero si es que niega el registro de su hijo.

b) Receptor

En cuanto al receptor debemos señalar que es aquel que desempeña la función de "recepcionar" una comunicación o información, emitido por otra persona, por la Autoridad Pública o por información recepcionada (por ejemplo, cuando se notifica a domicilio equivocado, el dueño de este podrá devolver la misma)

c) Canal

Se define el canal como: "El medio por el cual en el proceso de comunicación los signos del código son transmitidos. Es el soporte físico necesario para la manifestación del código bajo la forma de un mensaje"[1324].

[1323] Varsi, Enrique. *Divorcio y Separación de Cuerpos*. Lima: Grijley, JUS, 2007. p. 43
[1324] Dubois, Jean et alii: *Diccionario de lingüística*, Madrid, Alianza, 1979.

En el caso de la comunicación oral, el aire es el canal mediante el cual se transmiten los signos del código lingüístico. Cuando se trata de un mensaje escrito, el canal o soporte material es el documento emitido (resolución judicial, dictamen fiscal o resolución administrativa).

d) Mensaje

Como veíamos, los *mensajes* emitidos por los jueces o fiscales pueden ser orales o escritos. El lenguaje escrito es un lenguaje mucho más conservador que el oral, y es donde encontraremos un mayor número de fórmulas jurídicas estereotipadas (vistos, autos, téngase presente, etc.) y arcaísmos que dificultan la comprensión global del texto.

e) El Código

Vidal Lamiquiz define al código, como: "El conjunto de señales que, por un lado, es arbitrario y, por otra parte, debe estar organizado perfectamente de antemano"[1325].

En principio, el código lingüístico utilizado en toda la administración pública peruana es el castellano pese a que nuestra constitución política desarrolla la cooficialidad lingüística en todo ámbito de la esfera pública[1326].

Sin embargo, producto de la escasa vigencia administrativa de las lenguas vernaculares, la diglosia lingüística y el atavismo respecto de las lenguas maternas, debemos referirnos obligatoriamente a "lenguas de trabajo"[1327].

En la doctrina comparada, se han empleado otros términos para referirse al problema de la diglosia lingüística jurídica en un país. En Francia se resuelve la diglosia con la "*langue spécialisée",* en Alemania con "*Fachsprache",* en Inglaterra con la *"Language for special purpose",* donde se ha generalizado en todo el contexto europeo el empleo de una "lengua para un propósito especial", aludida normalmente por las siglas LSP en diferentes documentos jurisdiccionales europeos[1328].

En esta definición aparece una de las características fundamentales de las lenguas de especialidad, y es que se refieren a un área científica concreta, es decir, que nos remiten a un universo de conocimientos particulares, por lo que en ocasiones, si no se está familiarizado con los hallazgos científicos o con la mecánica técnica de un determinado ámbito de

[1325] Vidal Lamiquiz, Pedro. *Lengua Española. Método y estructuras lingüísticas*. Editorial Ariel, Barcelona, 1989, pág. 12

[1326] Artículo 48, Constitución política del Perú de 1993.

[1327] Bermúdez Tapia, Manuel. Lenguas de Trabajo. Madrid: Cuadernos de la Unión Europea, 2003.

[1328] Bermúdez Tapia, Manuel. Lenguas de Trabajo. Madrid: Cuadernos de la Unión Europea, 2003 y Lerat, Piérre; *Las Lenguas especializadas* Barcelona: Ariel, 1997.

conocimiento, difícilmente podrá comprenderse la lengua producida y emanada desde dicha ciencia.

Esto ocurre *a fortiori* en la ciencia jurídica, ya que la casuística, los conflictos de los que conoce, son tan ricos como lo es la dinámica social y las relaciones regidas por las leyes, y tan pronto pueden atañer al ámbito de la economía, como de la informática, al financiero o al médico, al de la biología o la genética.

Por eso, en las sentencias podemos encontrar no sólo términos referentes al mundo del Derecho sino también a otras ciencias, por lo que la multidisciplinariedad o interdisciplinariedad se consagra como un rasgo conformante del lenguaje forense, característica, que vendrá a complicar aún más el panorama de este lenguaje técnico o tecnolecto.

II. LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Partiremos primero por analizar que se entiende por derechos lingüísticos y cómo es la relación existente con la administración pública.

Para analizar la naturaleza jurídica de los derechos lingüísticos, debemos partir por los efectos duales que tiene puesto que a la misma vez es un *medio* de expresión como de comunicación.

Como medio de expresión, vemos el derecho a opinar, el derecho al lenguaje forma parte de los derechos humanos fundamentales, al igual que el derecho a la libertad de conciencia, religión, creencia u opinión, ya que éstos se consideran atributos naturales de todo individuo. Cuando se refieren a la función de comunicación que tiene el lenguaje, los derechos lingüísticos pierden su carácter absoluto, de derechos fundamentales y se asocian más bien con la categoría de derechos económicos, sociales y culturales, que tienen que ser creados por iniciativa del Estado.[1329]

A la misma vez los derechos lingüísticos aglutinan dos derechos componentes diferentes entre sí:

a. El derecho a utilizar la lengua materna en las actividades de la administración, en las actividades sociales tanto a nivel oficial como informal, a utilizarlo en el centro de trabajo, en el centro de estudio, etc.

[1329] Hamel, Rainer Enrique. *Derechos lingüísticos como derechos humanos: debates y perspectivas*. P 14-15. En: Alteridades. Año 5, Vol. 10, 1995.

b. El derecho a no ser discriminado por el empleo de una lengua diferente a la oficial u otra nacional y a no ser discriminado por el desconocimiento del idioma oficial más extendido.

Conceptos que desarrollados bajo una perspectiva rawlsiana sobre los principios de justicia (aplicados en nuestro caso con relación al idioma), se puede llegar a la conclusión:

1. Que cada persona debe tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatibles con un sistema similar de libertad para todos, que le permitirá emplear en la medida de sus posibilidades su propia lengua.

2. Que la existencia de una desigualdad entre niveles de oficialidad entre los idiomas en el Perú, debe resolverse estructurando un sistema que permita:

a. La concesión y aplicación de mayores beneficios a favor de las lenguas vernáculas, materializadas en programas educativos y políticas lingüísticas.

b. El mayor acceso posible a los vernáculos hablantes monolingües a los servicios brindados por el Estado, permitiendo mejores condiciones de equiparación de derechos y deberes entre todos los ciudadanos peruanos.[1330]

De lo analizado llegamos a comprender que en un estado democrático de derecho, la libertad individual de una persona de comunicarse con la administración pública y en este caso con el sistema de administración de justicia debería partir primero por la aceptación, respeto y defensa de los derechos fundamentales de dicho ciudadano. Partiendo de dicha relación, por tanto el derecho de comunicarse y solicitar algún efecto administrativo por parte de la Administración pública debería (debe) ser en aquella lengua o lenguaje común, no en un sistema lingüístico diferente al suyo.

Por tanto, de que oficialidad de idiomas se puede hablar en el Perú si en las Leyes orgánicas tanto del Poder Judicial y Ministerio Público, el ciudadano vernáculo hablante no tiene garantizada su participación con su lengua materna en el seguimiento de un proceso judicial castellanizado.

El criterio y derecho del traductor bajo este contexto podría garantizar la defensa de aquella persona lingüísticamente diferente al de los operadores judiciales, sin embargo este artificio de la comunicación forense no garantizará del mismo modo la defensa o posición del litigante

[1330] Hernando Nieto. Eduardo. *Pensando peligrosamente: El pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*. Lima: PUCP, 2000. P 208

vernáculo hablante al mismo nivel que el de un litigante que utiliza el mismo código lingüístico de los otros operadores.

Por último de los traductores oficiales reconocidos en nuestro sistema judicial, el criterio de selección, preparación y capacitación no es el adecuado toda vez que no existen informes oficiales al respecto, menos aún copias de los seguimientos de las traducciones judiciales.

Finalizando este acápite podríamos concluir que los derechos lingüísticos en la administración de justicia en el Perú y en la mayoría de países con problemas de multiculturalidad y pluralismo lingüístico evidencian un problema de indefensión de los vernáculo hablantes que impedirían materializar la consolidación de un estado de derecho a inicios del siglo XXI, toda vez que el individuo concebido y protegido según artículo 1° de nuestra constitución no encuentra sustento material ni social.

I. EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LAS TRABAS EN LA COMUNICACIÓN FORENSE.

Respecto al "acceso a la justicia" debemos partir con la mención expresa que este tema por su propia connotación vinculante a la responsabilidad del Estado respecto de la protección de los derechos de los ciudadanos, constituye un área muy poco desarrollada en el ámbito doctrinario[1331].

Pocos son los trabajos vinculados a la temática del acceso a la justicia desde el punto de vista de los derechos lingüísticos, pudiendo citar los trabajos de Benito Morales[1332], Roberto Pineda[1333], Diego Valadés[1334], Wilfredo Ardito[1335] y el autor del presente texto[1336].

Eventualmente la causa de esta situación, responde al hecho objetivo de que es el mismo Estado quien no facilita el estudio de sus falencias, en particular de aquellas en las cuales

---

[1331] Pastor, Santos. *El análisis económico del Acceso a la Justicia.* Madrid: ministerio de Comercio, 1990. P. 247

[1332] Morales Laynez, Benito. *El acceso a la justicia en el propio idioma*. Guatemala: Asociación por el avance de las Ciencias Sociales, 2001.

[1333] Pineda Camacho, Roberto. *El derecho a la lengua: una historia de la política lingüística en Colombia*. Bogotá: Uniandes, 2000.

[1334] Valadés, Diego. La lengua del derecho y el derecho a la lengua. México: UNAM, 2005

[1335] Ardito Vega, Wilfredo. *Justicia de paz: nuevas tendencias y tareas pendientes.* Lima, IDL, 2002.

[1336] Bermúdez Tapia, Manuel. Ver: *Lenguas de trabajo.* Madrid: Cuadernos de la Unión Europea, 2003; *Los derechos lingüísticos.* En: Centro Interdepartimentale Di Studi SullAmerica Indigena. Universidad degli Studi di Siena. Siena, Italia; *Le droit a la langue*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tours (Francia) Revue International de Peuples Autochtones, 2001; *El idioma materno como derecho*. En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2003; *Visión jurídica de la realidad sociolingüística peruana.* En: Revista Pueblos Indígenas y Educación. Quito: Abya Yala, 2003.

evidencia una negligencia institucional e histórica, como ocurre con la Administración e Impartición de Justicia, como servicio público.

Por lo señalado y coincidiendo con Haydée Rigin y Beatriz Kohen respecto de la naturaleza jurídica del acceso a la justicia como un derecho fundamental[1337], consideramos complementariamente que por su especial connotación, este derecho constituye la contraparte a otro derecho fundamental: el debido proceso.

La complementación entre ambos derechos fundamentales, radica respecto de su incidencia en el ámbito de la tutela efectiva de derechos; mientras que el *debido proceso* procura alcanzar niveles procesales, el *acceso a la justicia* está vinculado a la etapa pre-procesal, la cual en múltiples casos se convierte en una barrera casi imposible de superar para la gran mayoría de la población.

Barreras por lo general constituidas por circunstancias estructurales que la diferencian de las barreras políticas, por cuanto no existen elementos específicos que impidan su ejecución. En este sentido, podemos considerar como barreras limitativas a un acceso a la justicia:

a. La pobreza endémica y estructural de la población, la cual impide el acceso a una asesoría técnica óptima.

La facultad de acceder a una tutela judicial efectiva en calidad de "demandante" y de plantear su derecho a una "acción" procesalmente, constituye un serio inconveniente para quienes no pueden acceder a una defensa próxima a sus intereses económicos.

En este nivel adicional, podríamos encontrar a las madres de familia que no plantean procesos de alimentos o reconocimiento judicial de sus hijos frente a sus antiguas parejas, en particular por no acceder a los medios económicos para sufragar una remuneración del abogado asesor o no poder pagar las tasas judiciales, sin que ello implique la inexistencia de centros de asesoría judicial especializados en temas de derecho de familia que actúen en forma gratuita y se dispense el pago de tasas judiciales por auxilio procesal.

b. La escasa cultura jurídica para determinar la calidad de un derecho o expectativa de parte de los justiciables.

[1337] Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz. *El acceso a la justicia como derecho.* P. 15. En: Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz (compiladoras). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas.* Buenos Aires: Biblos, 2006. http://books.google.com.pe/books?id=-YfatUXpwq4C&printsec=frontcover#PPA15,M1

No la consideramos vinculada a la pobreza, porque eventualmente existen muchas situaciones que escapan a la primera barrera para acceder a la justicia.

En este sentido por ejemplo podríamos mencionar los casos vinculados a la determinación de los daños provocados por uso del internet (honor, reputación, uso de imagen).

c. Los niveles de corrupción e ineficiencia del Sistema de Justicia, toda vez que determinan un factor importante para el justiciable: tiempo + proyección de un eventual resultado.

El justiciable al no tener la previsión de cuanto demorará un proceso judicial y no poder determinar el resultado procesal, estará tentado a acceder a mecanismos ilícitos para garantizar alguna expectativa, dando origen al proceso de corrupción, con la generación de la "necesidad".

d. La diglosia lingüística forense, manifestada en el hecho de que la "justicia" como sector profesional tiene una mala imagen social y se le suele asociar a un ambiente proclive a lo ilícito o a lo anti-ético.

Por tanto, si un justiciable requiere acceder a cualquier nivel jurisdiccional, requerirá de un asesor.

Dicho asesor lamentablemente exacerbará dichas sensaciones en el justiciable cuando fundamente sus proposiciones argumentativas y escritos jurídicos con un lenguaje técnico y complejo, con lo cual construirá o fortalecerá una barrera lingüística entre el Sistema con el Justiciable.

En la eventualidad se llegasen a superar estas barreras previas al acceso a la justicia, este derecho implicará[1338]:

a. El acceso a la justicia, propiamente dicho; que implica contar con una asesoría técnica y materializar una pretensión, ejerciendo el derecho procesal a la "acción".
b. La disponibilidad de un servicio de justicia óptimo, gratuito, justo y efectivo.
c. La posibilidad de sostener un proceso, en particular para quienes por la indisponibilidad de manejar sus recursos económicos por la atención de otras prioridades.
d. El conocimiento del derecho subjetivo planteable en sede judicial.

[1338] Tomado principalmente de: Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz. *El acceso a la justicia como derecho.* P. 20. En: Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz (compiladoras). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas.* Buenos Aires: Biblos, 2006.

Fernández Valle[1339], señala que es necesario desarrollar una serie de acciones complementarias para así eliminar o reducir las barreras que impiden una justicia inmediata, eficaz y gratuita, como:

- Una alfabetización jurídica en los diferentes niveles sociales, económicos y culturales de cada país, que puede ser a través de campañas de información y concientización de derechos.

- La eliminación de los sobre costos económicos requeridos para el acceso, permanencia y conclusión de un trámite judicial o administrativo.
- La creación de redes institucionales prestadoras de servicios jurídicos gratuitos (clínicas jurídicas)
- Mejorar la oferta de justicia, con la implementación de mecanismos extra judiciales, entre otras acciones[1340].

Sin embargo, a nuestro criterio, sin embargo, consideramos que la gran mayoría de las trabas pueden ser superadas, salvo la barrera lingüística, situación que nos permite señalar que el acceso a la justicia implica el derecho a la eliminación de todos y cada uno de los obstáculos que impidan su consecución.

BIBLIOGRAFÍA

AGGLETON, Peter. *Se hombre en el Perú de hoy*. Lima: REDESS Jóvenes, 2002.

ARDITO VEGA, Wilfredo. *Justicia de paz: nuevas tendencias y tareas pendientes.* Lima, IDL, 2002.

BALLÓN AGUIRRE, Enrique. *Literatura oral peruana una hipótesis de organización discursiva.* En: Hopkins Rodríguez, Eduardo. *Homenaje a Luis Jaime Cisneros.* Lima: PUCP, 2002.

BAYO DELGADO, Joaquín. *La formación básica del ciudadano y el mundo del Derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial.* En: *Lenguaje Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. *Lenguas de trabajo.* Madrid: Cuadernos de la Unión Europea, 2003.

BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. *Los derechos lingüísticos*. Lima: Ediciones Legales, 2002.

BIRGIN, Haydée y KOHEN, Beatriz. *El acceso a la justicia como derecho.* En: BIRGIN, Haydée y KOHEN, Beatriz (compiladoras). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas.* Buenos Aires: Biblos, 2006.

[1339] Fernández Valle, Mariano. *El acceso a la justicia de los sectores en desventaja económica y social. Pp. 39-58.* En: Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz (compiladoras). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas.* Buenos Aires: Biblos, 2006

[1340] Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz. *Introducción.* P. 10. En: Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz (compiladoras). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas.* Buenos Aires: Biblos, 2006.

BIRGIN, Haydée y KOHEN, Beatriz. *El acceso a la justicia como derecho.* En: BIRGIN, Haydée y KOHEN, Beatriz (compiladoras). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas.* Buenos Aires: Biblos, 2006.

BOTERO URIBE, Darío. *Teoría social del Derecho.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.

CENTRO DE ASESORÍA LABORAL. *Actualidad económica del Perú.* Lima: Centro de Asesoría Laboral, 2008.

DADER, José Luis. 1992. *El periodista en el espacio público.* Barcelona: Bosch, 1992.

DUBOIS, Jean et alii: *Diccionario de lingüística*, Madrid, Alianza, 1979.

FELMAN, Shoshana. *Le scandale du corps parlant* (traducción "El arte de la seducción en los siglos XIX y XX) Valencia: Universitat de Valencia, 1998.

FERNÁNDEZ VALLE, Mariano. *El acceso a la justicia de los sectores en desventaja económica y social.* En: BIRGIN, Haydée y KOHEN, Beatriz (compiladoras). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas.* Buenos Aires: Biblos, 2006

FULLER Osores, Norma. *Dilemas de la femineidad: mujeres clase media en el Perú.* Lima: PUCP, 1998.

GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Los hechos en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales SA, 1999

GONZÁLEZ RESTREPO, Mario. *El Proceso.* Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2008.

GUSHIKEN, José: SHATTUCK, Sim y DOUGLAS, Dianne. *Tuno, el curandero: maestro de la medicina folklórica en la edad moderna.* Nueva York: Edwin Mellen Press, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa.* Madrid: Taurus Humanidades, 1999.

HAMEL, Rainer Enrique. *Derechos lingüísticos como derechos humanos: debates y perspectivas*. En: Alteridades. Año 5, Vol. 10, 1995.

HERNANDO NIETO, Eduardo. *Pensando peligrosamente: El pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*. Lima: PUCP, 2000.

KAFKA, Franz. *El Proceso. El Proceso.* Santiago de Chile: Andrés Bello, 1998.

KAFKA, Franz. *El Proceso.* Santiago de Chile: Andrés Bello, 1998.

LERAT, Piérre; *Las Lenguas especializadas* Barcelona: Ariel, 1997.

LEVINSON, Stephen. *Pragmatics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983;

LÓPEZ GARCÍA, Guillermo. *Comunicación electoral y formación de la opinión pública: las elecciones generales de 2000 en la prensa española.* Valencia: Universidad de Valencia, 2004.

LYNCH, Nicolás. *Los últimos de la clase: aliados, adversarios y enemigos de la reforma educativa.* Lima: UNMSM, 2006. P. 21

MARZAL, Manuel; Romero, Catalina y Sánchez Paredes, José. *La religión en el Perú al filo del milenio.* Lima: PUCP, 2000

MORALES LAYNEZ, Benito. *El acceso a la justicia en el propio idioma*. Guatemala: Asociación por el avance de las Ciencias Sociales, 2001.

PÁSARA, Luis. *Jueces, Justicia y poder en el Perú.* Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, 1982.

PASTOR, Santos. *El análisis económico del Acceso a la Justicia.* Madrid: ministerio de Comercio, 1990.

PINEDA CAMACHO, Roberto. *El derecho a la lengua: una historia de la política lingüística en Colombia*. Bogotá: Uniandes, 2000.

RASTIER, Fracois. *Semántica interpretativa*. México: Siglo Veintiuno Editores, 2005.

REYES, Graciela. *La Pragmática Lingüística. El Estudio del uso del lenguaje.* Barcelona: Montesinos, 1994. 2º edición.

REYES, Graciela. *Pragmática Lingüística. El estudio del uso del lenguaje*. Montesinos: Barcelona, 1990.

SÁNCHEZ GONZALES, José Juan. *Reforma, modernización e innovación en la m ñltykghistoria de la administración pública en México.* México: Porrúa, 2004.

TURELL, Teresa. *Lingüística forense, lengua y derecho: conceptos, métodos y aplicaciones.* Barcelona: Universitat Pompeu Fabra - Documenta Universitaria, 2005.

VALADÉS, Diego. La lengua del derecho y el derecho a la lengua. México: UNAM, 2005

VARSI, Enrique. *Divorcio y Separación de Cuerpos*. Lima: Grijley, JUS, 2007

VIDAL LAMIQUIZ, Pedro. *Lengua Española. Método y estructuras lingüísticas*. Editorial Ariel, Barcelona, 1989

CAPÍTULO V. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL, COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA GARANTIZAR DERECHOS HUMANOS, SUS OBSTÁCULOS Y RETOS.

Lorena Denis Trinidad[1341]

SUMARIO:

I.- Marco teórico jurídico de la independencia judicial. II. Factores y barreras que pueden generar fragilidad en la Independencia Judicial. III. Retos de la Independencia Judicial y IV. Conclusiones.

RESUMEN:

Existe todo un marco jurídico nacional e internacional que prevé la independencia judicial como una condición necesaria para garantizar derechos humanos. Ante ello, se identifica y describen los obstáculos que pueden infringirla, así como los retos que tienen los Países de Latinoamérica para fortalecer y consolidar un Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVES: Poder judicial, derechos humanos, independencia judicial, garantismo, orden jurídico.

ABSTRACT:

There is a whole national and international legal framework which provides for judicial independence as a necessary condition to guarantee human rights. In response, they identify and describes the obstacles that may infringe, as well as the challenges facing the countries of Latin America to strengthen and consolidate the rule of law.

KEYWORDS: Judiciary, human rights, judicial independence, guarantees, legal order.

INTRODUCCIÓN

Los ordenamientos y lineamientos Jurídicos Nacionales e Internacionales, contemplan a la independencia judicial como una condición necesaria para garantizar derechos humanos.

El estado del sistema judicial en Latinoamérica es preocupante, las personas han dejado de creer en el sistema de Justicia. Jueces que continuamente son objeto de crítica ante niveles altos de corrupción, el Poder Judicial se ha politizado, pareciera que los nombramientos de Presidentes, Magistrados, Consejeros y Jueces tienen tinte partidista.

Los sistemas Judiciales a través de sus jueces, tienen que estar sujetos a persecuciones, presiones políticas, a vivir en la zozobra de que partido asumirá el control del Estado, hacer partícipe de una dependencia presupuestaria en relación a otros poderes públicos. Los jueces son sometidos a procedimientos disciplinarios, a visitas ordinarias o extraordinarias sin causa

[1341] Jueza de Primera Instancia del Distrito Judicial Tabasco. Cel. 9931055755. Correo electrónico: lorenadenis@outlook.com

justificada aparente, y sin que existan reglas claras del procedimiento administrativo, muchas veces sin darle oportunidad al derecho de defensa.

Los operadores Judiciales deben enfrentar cambios de adscripción repentinos. A permanecer con un nombramiento provisional, a no tener las mismas oportunidades en los concursos de oposición, pues ellos obedecen a decisiones políticas, favoritismo o compadrazgos y no a un concurso donde se privilegie las capacidades, aptitudes y conocimientos. Se enfrentan a falta de recursos para desarrollar la función que se le encomienda, salarios bajos y falta de capacitación.

Pareciera que quien se encarga de garantizar los derechos humanos de todas las personas, sea víctima de violaciones a estos derechos.

Ante este panorama, es necesario reconocer que existen factores o barreras que pueden llegar a infringir la independencia Judicial de los operadores Judiciales: Falta de diseños Institucionales que hace que existan presiones de otros Poderes Públicos, Dependencia financiera en las asignaciones presupuestales realizadas por el poder legislativo, Falta de autonomía del Poder Judicial en relación a la designación oportuna, en propiedad, y con el respeto de un adecuado y transparente proceso de elección y nombramiento de sus integrante, la ausencia de procedimientos adecuados para nombramiento, selección de Jueces, ausencia de Procedimientos adecuados para la permanencia del juez y cambio de adscripción**;** Falta de garantías en los procedimientos de carácter disciplinario, Falta de garantías en las visitas ordinarias y extraordinarias. Falta de provisión de recursos materiales y logísticos, de capacitación, sin dejar de ponderar, la influencia que pueden generar los medos de comunicación.

Estudio que se realiza haciendo referencia a la dogmática existente, así como al sin números de casos reales que se ha presentado en años recientes en países Latinoamericanos, ponderando evaluaciones y recomendaciones de los relatores de la Organización de las Naciones Unidas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y otros organismos Internacionales.

Y entonces, podremos cuestionarnos: ¿Es la independencia del Juez un tema tradicional? ¿Es la independencia del juez un derecho humano? ¿Cuáles son los obstáculos que existen en los países Latinoamericanos para garantizar la independencia en el sistema judicial? ¿De quién o

quienes es independiente un juez? ¿Qué consecuencias produce la ausencia de independencia judicial? ¿Qué mecanismos la hacen efectiva y real?

Finalmente, se analizarán cuáles son los retos y mecanismos que los Estados deben emplear para garantizar la independencia judicial en su sistema jurídico.

Las personas requieren como un derecho humanos de Jueces independientes, de un sistema judicial sin factores internos o externos que influyan en él, pues son los principales actores para lograr la protección judicial de los derechos humanos en un Estado democrático.

I.- Marco teórico jurídico de la independencia judicial.

Existen diferentes ordenamientos, lineamientos, principios, directrices nacionales e internacionales que contemplan a la independencia judicial como condición necesaria para el respeto de los derechos humanos, como se analiza a continuación.

Las principales regulaciones jurídicas sobre el Poder Judicial están contenidas en las Constituciones vigentes en los países de Centroamérica y Latinoamérica. En efecto, las cartas constitucionales suelen regular los aspectos más relevantes de la organización y funcionamiento de la judicatura. La división de Poderes ajenos, de ese modo, se otorga mayores garantías de rigidez y permanencia al régimen jurídico del Poder Judicial, limitando las posibilidades de que sea alterado y manipulado con fines políticos. Y es que, si el régimen jurídico institucional está previsto en la Constitución, para su cambio se requiere seguir el procedimiento especial de reforma constitucional, lo que supone cumplir mayores exigencias formales y votaciones superiores a las establecidas respecto de la aprobación de las leyes ordinarias.[1342]

En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) la Asamblea General estableció en el año de 1985, los *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura*, los cuales especifican las garantías mínimas a observarse para asegurar la independencia en la función jurisdiccional[1343]. Principios formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de garantizar y promover la independencia de la judicatura, ponderando que los Jueces deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de la legislación y la práctica nacionales. Estos principios se han elaborado teniendo

[1342]Manual para el fortalecimiento de la Independencia y la Transparencia del Poder Judicial en América Central, Washington, Dplf. Due Process of low Foundation, 2011, p. 23.

[1343]http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx

presentes principalmente a jueces profesionales, pero se aplican igualmente, cuando sea procedente, a los jueces legos donde éstos existan. Principios en los que se hace referencia a que el Estado debe garantizar la independencia judicial y que debe evitarse cualquier intromisión indebida o injustificada en un proceso judicial, ponderando entre otros: Libertad de expresión y asociación, competencia profesional, selección y formación, condiciones de servicio de inmovilidad, el secreto profesional y las medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo.

A la fecha existen un sin número de documentos y manuales que establecen estudios, diagnósticos, directrices y parámetros en relación a la independencia judicial. [1344]

De los artículos 8 y 25 de la Convención Americana[1345] que textualmente dicen:

"… **Artículo 8. Garantías Judiciales** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, *independiente* e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter…"

"… **Artículo 25. Protección Judicial** 1. Toda persona tiene derecho 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 reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a

---

Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Comité de Derechos Humanos. Volumen I, A/64/40 (Vol. I), Tanzania, 91.21).
Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, A/HRC/8/4,13 de mayo de 2008, párr. 23.
Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. Resolución No. 1994/41 del 4 de marzo de 1994.
Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, A/HRC/8/4, 13 de mayo de 2008, párr. 42.
Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, A/HRC/20/19, 7 de junio de 2012; Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, A/HRC/11/41, 24 de marzo de 2009, párr. 19; Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, A/HRC/8/4, 13 de mayo de 2008, párr. 41; e Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, A/HRC/4/25,18 de diciembre de 2006, párr. 24.

[1345] Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos Humanos, San José Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso…"

Se desprenden una serie de obligaciones estatales que se deben garantizar a las personas afectadas en sus derechos para la búsqueda de justicia en sus respectivos casos. Adicionalmente, de dichas obligaciones estatales se desprenden determinadas garantías que los Estados deben brindar a las y los operadores de justicia a efecto de garantizar su ejercicio independiente y posibilitar así que el Estado cumpla con su obligación de brindar acceso a la justicia a las personas.

Por su parte, el artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 58 de su Reglamento, con el objetivo específico de identificar las obligaciones que los Estados partes de la Organización de Estados Americanos (OEA) han asumido para asegurar el acceso a la justicia a través de garantías que deben ofrecer a las y los operadores de justicia para una actuación independiente, ampliando la sistematización de los estándares de derecho internacional e identificando algunos obstáculos que persisten en los Estados del hemisferio.

La Comisión Interamericana, ha reiterado que las juezas y los jueces son los principales actores para lograr la protección judicial de los derechos humanos en un Estado democrático, así como del debido proceso que debe observarse cuando el Estado puede establecer una sanción en contra de dichos funcionarios. [1346]

A ese respecto, cabe citar dos casos emblemáticos en relación a la independencia judicial. El (caso *Reverón Trujillo vs Venezuela)*[1347] donde la Corte precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con determinadas garantías debido a la independencia necesaria del Poder judicial para los justiciables, lo cual la Corte ha entendido como "esencial para el ejercicio de la función judicial". Dichas garantías son un corolario del derecho de acceso a la justicia que asiste a todas las personas y se traducen por ejemplo, en el caso de las juezas y jueces provisorios y que requieren de estabilidad, se analizó que la independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías de debido proceso, por lo cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las

[1346]CIDH. Informe sobre la situación de derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 4 rev. 1., 24 de octubre de 2003, párr. 150.

[1347]http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_esp.pdf. P. 63, 64.

instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. Definiendo entonces, la Corte Interamericana que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive en situaciones especiales.

Y el (Caso Apitz Barbera y otros, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo *vs.* Venezuela), en donde la corte condena a la necesidad de adecuación del Derecho Interno atendiendo a los parámetros de la Convención, a fin de que se adoptara "medidas inmediatas para lograr un impulso eficaz de la aprobación del Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolanos, a de que exista orden y reconocimiento en la labor de los jueces y en su jurisdicción disciplinaria, de tal forma que se asegure que "dicha jurisdicción sea conforme con la Convención Americana y permita garantizar la independencia e imparcialidad del Poder Judicial, debiéndose asegurar que en el proceso de selección de los jueces no intervengan criterios políticos u otras consideraciones indebidas.[1348]

El código Iberoamericano de ética judicial en su exposición de motivos, destaca como antecedentes, el estatuto del juez Iberoamericano aprobado en canarias en el año 2001, así como la carta de derechos de las personas ante la justicia en el ámbito judicial Iberoamericano (Cancún 2002), en los citados instrumentos de corte internacional, emitidos en el seno de las cumbres Iberoamericanas de presidentes de cortes supremas y Tribunales Supremos de Justicia, se alude a la evolución que las sociedades han tenido, que sin duda alguna vuelve aún más complejas las relaciones entre los gobernados y entre éstos y quienes detentan el poder público, circunstancias que sin duda alguna han situado al juez como encargado de ejercer la jurisdicción en nombre del estado para resolver los conflictos, en una situación de protagonismo no intencional, ni provocada con el afán de captar reflectores incongruentes con su labor cotidiana, sino por el hecho de que se hayan aumentados los conflictos y las materias sobre las que versan, que no es más que el reflejo de la dinámica social cambiantes, así como de la necesidad latente de legitimar en muchos de los casos las decisiones provenientes del poder ejecutivo y/o del legislativo, quienes al carecer de credibilidad ante los ciudadanos, han optado por plantear ciertos litigios en instancias legales, con el fin de que ésta en funciones de árbitro judicial, determine lo procedente, otorgando a la decisión el carácter preponderante de verdad legal, que acabe en la mayoría de los casos con los cuestionamientos derivados de la

[1348] www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

falta de credibilidad y confianza en la sociedad, es decir que se ha tomado a los tribunales como instancias legitimadoras de un gran número de decisiones derivadas de los otros dos poderes con quienes co-gobierna.

La problemática que se plantea, exige desde luego, que el poder judicial y específicamente los jueces, respondan adecuadamente a esa demanda de apertura y sensibilidad en relación con las necesidades expresadas por diversos sectores y agentes sociales y adapte sus tradicionales métodos de trabajo y actitudes a esas nuevas necesidades, que realmente los jueces respondan a esa clara idoneidad técnica, profesional y ética, porque de ellos depende en último término la calidad de la justicia que se ofrece a la sociedad en general.

Se requiere evolucionar hacia la consecución o consolidación de su independencia, no como un privilegio de los jueces, sino como un derecho de los ciudadanos y garantía del correcto funcionamiento del estado constitucional y democrático de derecho que asegure una justicia accesible, eficiente y previsible.[1349]

Sobre el tema de la independencia judicial, se han escrito diversos artículos, obras completas y se han dedicado proyectos de investigación, que sin duda alguna no terminan por agotar o abordar las múltiples aristas, dada la complejidad que en sí mismo encierra la temática, ¿pero será la independencia del juez un tema tradicional? pues aun cuando se han esgrimido numerosos escritos, la realidad es que aún existen muchos obstáculos para que los jueces obtengan independencia judicial.

La independencia judicial, se manifiesta en el acto mismo de juzgar ejerciendo con libertad absoluta, la facultad jurisdiccional, al emitir una sentencia en un determinado caso concreto sometido a su consideración, puesto que tal acto y en consecuencia el producto emanado del mismo (resolución judicial definitiva), deben obedecer únicamente a las constancias de los autos con exclusión de toda influencia externa o interna que pudiera afectarla con tintes de parcialidad[1350], sin embargo, la exigencia en la mayoría de los casos, se ha pretendido hacerla recaer en la persona del juez, como agente activo y protagonista de la pieza escrita

[1349]Exposición de motivos del Estatuto del Juez Iberoamericano, Santa Cruz de Tenerife, canarias España, 23,24 y 25 de mayo de 2001.

[1350]Cfr. Martínez Ortiz, José Hugo, "La independencia Judicial, comentarios dirigidos a los estudiantes que se inician en la carrera de derecho" JUS, Nueva Época, no. 13, noviembre-diciembre 2004, Durango México, pg. 57

denominada sentencia que en suma contiene la decisión final del litigio sometido a su consideración.[1351]

II.- Factores que pueden generar fragilidad en la Independencia Judicial.

Es innegable la importancia de la independencia judicial para consolidar la democracia del Estado, sin embargo, lo cierto es, que existen numerosos factores externos o barreras que generan fragilidad en la actuación de un juez.

Falta de diseños Institucionales que hace que existan presiones de otros Poderes Públicos del Estado al Poder Judicial.

En un Estado Democrático, respetuoso de los Derechos Humanos, no pueden existir situaciones de subordinación o dependencia con los otros poderes públicos. Se requiere de un Poder Judicial independiente.

La Constitución Política de los Estados, en América Latina, prievere inicialmente la separación de Poderes, los cuales se forman como frenos o contrapesos aun régimen presidencia, tomando como fuente de inspiración los modelos de Constituyentes Liberales del siglo XIX. Cuyo objetivo era la de evitar abusos de poder otorgada a las ramas de gobiernos, usurpación de funciones, entre otros. [1352]

Actualmente, los países Latinoamericanos, pueden optar con la alternativa de mantener la separación de poderes, pero de una separación real, evitando que existas conflictos entre el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, para ello, es necesario que existan reformas institucionales que otorgue al último, que los Estados cuenten con un verdadero sistema de protección de derechos humanos, creando servicios de carrera, dotando de mayor independencia recursos y poder a jueces.

La Comisión Interamericana[1353] ha insistido en que la independencia del Poder judicial, debe darse con la clara separación respecto de los otros poderes, que esta debe ser respetada y garantizada tanto por el Poder ejecutivo como por el Poder Legislativo, lo cual parte por el reconocimiento normativo de su independencia y la no injerencia de otros poderes.

[1351]Cfr. Art. 6, del Estatuto del Juez Iberoamericano.

[1352]Negretto, Gabriel L, " Diseño Constitucional de Poderes en América Latina", *Revista Mexicana de Sociología,* México, año 65, número 1, Enero – Marzo 2003, pp43-72

[1353]Comisión Interamericana de Derechos Humanos *"Garantías para la independencia de las y los operadores de Justicia. Hacia el fortalecimiento de acceso a la Justicia y el Estado de Derecho en las Américas",* OEA/SERC.C/V/II. Doc. 44 5 diciembre 2003.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta garantía, además de estar establecida en el marco normativo a través del reconocimiento del principio de separación de poderes, debe manifestarse en la práctica.

Y esto se logra, entre otras formas, *evitando la dependencia financiera en las asignaciones presupuestales realizadas por el poder legislativo*.

Es necesario respetar la autonomía del Poder Judicial, y para ello el primer paso, es que este presupuesto no esté a capricho de otro Poder, del legislativo o Ejecutivo, sino por el contrario, la garantía de independencia que se prevé constitucionalmente, se garantiza cuando se pondera la importancia de este Poder en la administración de Justicia y en el respeto de todas las garantías de Derechos Humanos.

Algunos pueblos de Latinoamérica ya han reconocido esta necesidad, y han introducido en sus constituciones previsiones como que la asignación dependa de un porcentaje fijo, como lo es, la cantidad de población en relación al total de gasto: Panamá, Honduras, Paraguay, Guatemala y Costa Rica han adoptado este supuesto[1354], e incluso se considera que esta regulación es viable siempre y cuando las necesidades del Poder Judicial no resulten ser superiores a las necesidades del Poder Judicial, pues entonces, se tendría que hacer los ajustes correspondientes.

Este presupuesto debe fijarse tomando en cuenta factores como las necesidades del Poder Judicial, estudios técnicos, planes de la Institución, cantidad de población, cantidad de asuntos[1355]. Se asegura una mayor independencia al Poder Judicial, asignándole una suma global del Presupuesto, fijada en la Constitución. Eso le permitirá ejercer su alto cometido, libre de toda preocupación por su estabilidad económica. Nada existe hoy que pueda justificar ningún temor, pero siempre es preferible que los instrumentos legales garanticen lo que hasta ahora ha sido norma de buena conducta de los funcionarios públicos. El disponer de un porcentaje o suma global permitirá a la Corte o Poderes Judiciales elaborar sus proyectos de acuerdo con las necesidades que confronte en cada oportunidad. Podrá crear nuevos

[1354]Andrade Sánchez, Eduardo, " El presupuesto, instrumento de independencia Judicial" *p.153 . www. biblio.juridicas.unam.mx/libros/95/10.pdf*
[1355]Ídem.

Tribunales, construir edificios y dotarlos de elementos y materiales de trabajo, así como garantizar la seguridad económica y de los funcionarios judiciales. [1356]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación o el Tribunal Superior de Justicia, tendrán la garantía constitucional de que sus presupuestos no serán alterados por razones de orden administrativo diferentes de la función judicial, dentro del porcentaje legal. Ni hacer acuerdos en lo oscurito, como suele decirse para la aprobación del presupuesto que requiere.

No se pretende que la autonomía presupuestaría signifique la disposición arbitraria de recursos del erario, sino el ejercicio libre, transparente y en condiciones de equidad y suficiencia del gasto vinculado a la tutela de los derechos del gobernado y se consolide así la independencia judicial y un Estado Democrático, respetuoso de los derechos humanos.

Asimismo, esta autonomía del Poder Judicial en relación a otros poderes públicos, debe en *la designación oportuna, en propiedad, y con el respeto de un adecuado y transparente proceso de elección y nombramiento de su Presidente, de los magistrados y magistradas de las Altas Cortes*, así como en el respeto de la independencia de magistrados y magistradas en sus procesos de deliberación, decisión y funcionamiento en general del Poder judicial, y en procesos disciplinarios que ofrezcan las debidas garantías. Varios de estos aspectos serán analizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente puede observarse en las Garantías para la Independencia de las y los Operadores de Justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la Justicia y el Estado de Derecho en las Américas. [1357]

Que la designación de presidente, magistrados y Jueces no dependa de la designación, voto o imposición de otro poder, mucho menos que se deba a negociaciones políticas para su integración.

Pero aún más grave, es que en algunos países de Latinoamérica, se está dando el fenómeno de que la permanencia del funcionario judicial depende en mucho de la ideología política a la cual permanezca, o deba seguir.

De ningún modo, se puede politizar la Judicatura, ni mucho menos las decisiones de los Jueces, pues el trabajo de ellos, debe estar por encima de cualquier manipulación del partido político en el poder, de ideologías y de cumplir cometidos partidistas.

[1356]Biaciotti, Ricardo S. *"Independencia del Poder judicial y Presupuesto"* Anuario de derecho Público, Buenos Aires, año 2007, número 10.p.54.

[1357]Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op.cit. nota 12

La permanencia de un funcionario judicial, no puede estar influenciada por el Partido político que se encuentre en el poder.

A este respecto, la Organización de la Naciones Unidas, ha manifestado y hecho patente su preocupación por la falta de independencia de jueces, en algunos países latinos, como por ejemplo: "Venezuela", en donde la relatora especial de la ONU,[1358] Gabriela Knaul[1359], afirmó en junio del 2014, estar muy preocupada por la falta de independencia de magistrados y procuradores en Venezuela.

En su informe, adujó:

"…Tengo gran inquietud por la interferencia del poder político en el poder judicial y el incremento de incidentes que vulneran los derechos humanos de los jueces y fiscales en Venezuela…"

"…Desde que comenzó mi mandato hace cinco años ha recibido innumerables denuncias sobre la falta de independencia de jueces y los fiscales…"

"… La independencia es inherente a la separación de poderes…"

"… Aliento a quienes están luchando en Venezuela por mantener la independencia de jueces, fiscales y el libre ejercicio sin amenazas e intimidaciones…"

"… Recordó que la inamovilidad de jueces es un estándar internacional.."

Preocupación que también se ha hecho patente por la Organización de Estados Americanos, quien en su página oficial, a través de un comunicado de prensa, del 3 de enero del 2013[1360], destaca la importancia de la Independencia Judicial en Honduras, y en donde, hace público internacionalmente, la destitución de cinco magistrados en ese país por una

[1358]En 1994, la Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 1994/41, tomando nota de los atentados a la independencia de que son víctimas con frecuencia cada vez mayor los magistrados y los abogados, así como el personal y los auxiliares de justicia y, por otra parte, de la relación que existe entre el menoscabo de las garantías del poder judicial y de la abogacía y la intensidad y frecuencia de las violaciones de los derechos humanos, decidió nombrar, por un período de tres años, un Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados. Al igual que otros procedimientos especiales, este mandato fue asumido por el Consejo de Derechos Humanos (resolución 60/251 de la Asamblea General), y prorrogado por un año, con sujeción al examen que llevó a cabo el Consejo (decisión 2006/102 del Consejo de Derechos Humanos).

[1359]El Relator Especial determina la mejor manera de proceder sobre la base de la información presentada a su atención en relación con presuntos casos de violación de la independencia e imparcialidad del poder judicial y la independencia de los abogados mediante el envío de cartas de denuncia y llamamientos urgentes a los gobiernos interesados para aclarar los casos y/o ponerlos en conocimiento de éstos. El Relator Especial elabora un resumen de estas comunicaciones así como de las respuestas recibidas de los gobiernos y, junto con sus observaciones sobre la situación en varios países, los incluye en un informe anual que presenta al Consejo de Derechos humanos. El Relator Especial realiza visitas a los países conforme a una invitación cursada por el gobierno interesado y luego presenta al Consejo de Derechos Humanos un informe de la visita con sus resultados, conclusiones y recomendaciones.

[1360]www.oas.org/es/**cidh**/prensa/comunicados/2013/003.asp

decisión que determinó la inconstitucionalidad de una ley que autorizaba la depuración de policías en seis meses. Haciendo notar que "las sanciones disciplinarias que se impongan a jueces o juezas, en ningún caso puede estar motivadas en un juicio jurídico que se hubiere desarrollado en alguna de sus resoluciones." Que uno de los objetivos principales de la separación de poderes públicos es la separación de sus jueces.

Un informe reciente es el informe presentado sobre la situación de derechos humanos en Guatemala, identificado como informe 154 Guatemala[1361] presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Washington del 13 al 27 de marzo del 2015, siendo que el rubro precisamente de Derechos Humanos e Independencia Judicial en Guatemala, la CIDH hace patente su preocupación sobre la posible injerencia de otros poderes en el poder Judicial y sobre las irregularidades que presenta la selección y nombramiento de magistrados y magistradas.

Otra barrera, que puede influir en la independencia judicial, es la ausencia de procedimientos adecuados para nombramiento, selección de Jueces.

Existen muchos Tribunales de Justicia que no cuentan con mecanismos o lineamientos claros en la selección del Presidente, Magistrados y Jueces, dándose factores como discriminación, falta de participación de mujeres y que la selección no dependa del mérito y capacidad racional del sustentante.

Presentándose la inexistencia de lineamientos claros para la selección. Inexistencia de Carrera Judicial.

Corrupción en la Selección.

Intervención de otros Poderes Judiciales.

Falta de equidad de Género.

En algunos casos, que no son procedimientos públicos.

La carrera judicial debe regirse por los principios de legalidad, permanencia, especialización, capacitación permanente, evaluación en el desempeño, reconocimiento de méritos, remuneración justa, equitativa y suficiente.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que debe existir en América, un proceso adecuado de nombramiento y selección constituye un presupuesto esencial para

[1361]http://www.dplf.org/es/resources/informe-presentado-en-audiencia-derechos-humanos-e-independencia-judicial-en-guatemala-154

garantizar la independencia de las y los operadores de justicia. El derecho internacional ha establecido algunos criterios mínimos para que los procedimientos para el nombramiento de las y los operadores de justicia seleccionados se verifiquen que reúnan condiciones que se traduzcan en un verdadero régimen independiente que permita el acceso a la justicia. La Comisión consideró que si no se respetan ciertos parámetros básicos, el régimen de selección y nombramiento podría facilitar un alto grado de discrecionalidad por parte de las autoridades que participan en el proceso, en virtud de lo cual, las personas escogidas no serían, necesariamente, las más idóneas

*Ausencia de Procedimientos adecuados para la permanencia del juez y el cambio de adscripción***.**

La duración del nombramiento del cargo de un operador de justicia constituye un corolario de su independencia. Un período de duración definido y suficiente permite al operador de justicia contar con la estabilidad necesaria para realizar con independencia y autonomía sus labores sin presiones ni temor de estar sujeto a una confirmación o ratificación posterior.

Cuántos Jueces ante el temor de ser trasladados a lugares remotos o ante la inseguridad de un nombramiento provisional, deben acceder a indicaciones de otros funcionarios de un Consejo de Judicatura o de sus Superiores.

Ello trae como consecuencia inseguridad del propio funcionario, interferencia de otros factores externos que infringen la independencia judicial. Situación que ha analizado la Corte Interamericana, en los casos inicialmente referidos en este trabajo.

Falta de garantías en los procedimientos de carácter disciplinario.

Los procedimientos disciplinarios, no deberían ser una pesadilla para los Jueces, deberían servir para que exista un justo equilibrio, se sancione realmente al Juez que no cumpla debidamente con su deber, pero no como una herramienta para atemorizar, mantener en la zozobra a funcionarios judiciales.

Existen procedimientos en los que carecen de un procedimiento y lineamientos claros y públicos, se deja a los Jueces sin defensas ante los procedimientos disciplinarios, al argumentarse que como “expertos en la materia”, pueden llevar sus propias defensas, sin embargo, el Juez tiene que continuar con sus funciones diarias, con tratar de soportar las cargas de trabajo que hay en la mayoría de los Tribunales .¿ En qué horario podría llevar una

adecuada defensa?, se dan términos para rendir informes sin siquiera tener acceso ya a los procesos judiciales.

Los procesos disciplinarios son necesarios pero debe darse a los Jueces las garantías mínimas para someterse a estos procedimientos. De lo contrario, todos ellos sirven de mecanismo de presión al Juez e interfiere en su independencia Judicial.

Dentro de ésta misma temática, se recomienda la depuración de los sistemas de nombramiento, para que se realicen con mayor respeto a las calificaciones y antecedentes de los candidatos y al propio tiempo se brinde mayor estabilidad en el cargo; la aprobación de sistemas de carrera judicial puede ser una solución efectiva al problema.

El juez no puede ser sometido al régimen disciplinario en relación con lo resuelto en el caso concreto. La capacidad o incapacidad profesional o intelectual del juez tampoco puede establecerse por lo resuelto en un caso.

No debemos olvidar que aunque con una función de dioses, el juez es un ser humano y en tal razón falible- la propia nomenclatura acepta esa dirección, existen Cortes Supremas, Tribunales Supremos y Tribunales Superiores, por ejemplo, cuando en realidad los que se da es una distribución de la competencia por razones de la materia, la cuantía o el territorio. La jurisdicción es una sola y se la distribuyen los diferentes tribunales según sus reglas de competencia previamente establecidas.

Falta de garantías en las visitas ordinarias y extraordinarias.

La independencia Judicial debe garantizarse en todo momento, de tal manera que los Tribunales no pueden hacer uso de visitas a los Juzgados y revisiones, sin que existan lineamientos y reglas claros de ellos. En qué casos y bajo que situaciones podría darse.

De lo contrario, podría hacerse uso de este mecanismo para levantar sin causa justificada alguna sendas actas administrativas, tener sendos procedimientos administrativos, sin siquiera haber sido ordenadas por una parte legitima.

Falta de provisión de recursos materiales y logísticos.

Se requieren de Jueces independientes, pero esa independencia no se puede lograr sin otorgarles los recursos mínimos para desarrollar su trabajo, hablamos desde requerimientos básicos desde hojas y tinta para imprimir, pues existen Tribunales que limitan esos recursos, dando lugar a que el Juez lo ponga de su bolsa o en algunos casos le sea solicitado a las partes

en un juicio, situación que evidentemente es contrario a todo acceso a la justicia, a las garantías mínimas que debe tener todo procedimiento judicial. De salarios justos y equitativos.

Los medios de comunicación.

Los medios de comunicación, constituyen un factor muy importante en este siglo, pues pueden influir positivamente o negativamente. Y en este sentido, muchos de ellos, a través de notas de cualquier índole, que pueden provenir hasta del mismo Tribunal o inclusive de terceros, tratan de ejercer presión contra Jueces, sin tomar en cuenta, la influencia negativa que puede ejercer sobre operadores Jurídicos. Los cuales deben ser independientes a cualquier factor externo

El tema de la independencia judicial, no puede ser analizado desde el enfoque subjetivo o personal del juzgador como responsable de lograr tal aspiración, porque como todo ciudadano, este se encuentra inmerso dentro del entramado de relaciones sociales propias de su condición humana y resulta ser un gobernado más, sujeto a las condicionantes de las directrices de la política del gobernante en turno, de ahí la necesidad de determinar los alcances y las repercusiones positivas o negativas que conlleva, el logro de una justa división del ejercicio del poder, como una condición necesaria, para que el judicial, pueda cumplir con su encomienda de impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes respectivas, pero sobre todo, de forma independiente e imparcial.

Bajo la temática que venimos analizando, debemos precisar que existen razones que impedirían de algún modo que los miembros de un poder judicial y específicamente sus jueces, lleguen a ser independientes, mismas que analizaremos en el siguiente orden:

a.- Internamente:

- Frente a sus superiores
- Frente a los órganos disciplinarios
- Frente a la legislación
- Frente a las partes

b.- Externamente:

- Frente a los otros poderes del estado
- Frente a los medios de información colectiva
- Frente al conglomerado social

a)- Internamente, se presenta cuando en forma reiterada el tribunal le indica al juez de instancia, que la norma a aplicar en el caso concreto, debe ser interpretada de la siguiente manera adicionada con la amenaza de aplicar una sanción disciplinaria si en lo sucesivo, "el inferior" no se amolda al criterio que se le señala.

El juez que debe consultar lo que resuelva, no es un juez independiente, su utilización dentro del sistema es meramente utilitaria, a efecto de que se entienda de asuntos menores en la tramitación, pues su criterio no es el que puede- en ningún caso- resolver lo planteado, ya que el único válido es el de su superior, a quien debe consultarle necesariamente lo que se disponga.

b) externamente- la función de garantía que deben cumplir los jueces en un estado democrático es desconocida en los de rango autoritario y por ello el juez no puede ser independiente en los estados con organización política de esa condición.

El juez debe estar protegido de toda injerencia externa e interna al resolver, debe ser imparcial, sea no comprometido con ninguna de las partes, sin perjuicios a favor o en contra de las partes, pues sólo de esa forma puede reconocer el derecho que a cada una le corresponde.

La estabilidad en el cargo es una de esas condiciones que puede fácilmente verse influido por motivaciones externas impuestas por quienes tiene a su haber la posibilidad de mantenerlo en el cargo.

Al juez debe protegérsele de innecesarias congojas económicas, para que ellas no se constituyen un aliciente para la conducta ilegitima. La carrera judicial puede constituirse, en sistemas como los nuestros, en otra garantía relacionada con el nombramiento, a efecto de que este se vea lo menos posible influenciado por el favorecimiento injusto.

Por ello los procedimientos administrativos necesita de una pluralidad de casos, no pudiendo valorar la capacidad o competencia de un juez por un solo pronunciamiento- salvo que se trate de un error, manifiestamente absurdo y de gran gravedad -, porque ello sería facultarlo para evaluar el contenido jurídico de los fallos jurisdiccionales, lo que bajo de ningún punto de vista es posible.[1362]

III. Los retos y desafíos de la independencia Judicial.

[1362]Mora Mora, Luis Paulino, La independencia del Juez como derecho humano, San José Costa Rica, Secretaría de la corte interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 1082-1089.

El reto que tienen los Estados, es reconocer inicialmente que la Independencia Judicial, no es un privilegio de Jueces, sino que es un Derecho Humano. Todas las personas requieren y merecen un Poder Judicial Independiente, alejando de todo situación interna o externa que pudiera impedírselo.

Si los Países, tomaran en cuenta la importancia del principio de independencia judicial, sus obstáculos, consolidaran las reformas necesarias y establecerían las políticas públicas a que diera lugar, garantizarían en su Estado los derechos humanos y por ende, la consolidación de un Estado Democrático, en el que exista un efectivo control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público.

Es innegable el impacto que tienen las resoluciones de los Jueces en cualquier sociedad, siendo que en ellas se garantizan un sin números de derechos humanos, el derecho al acceso a la Justicia, al debido proceso.

La Convención Americana sobre derechos humanos establece la independencia del juez como un derecho humano, pues toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, *independiente* e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter.

Otro reto, lo es, el de garantizar la independencia de Jueces. Tal pareciere, que quienes son los encargados de garantizar los derechos humanos, son los más vulnerados y a quienes se le violentan más este derecho, infringiendo lo previsto por los artículos 5 y 6 del Código Iberoamericano de ética, que ordena el reconocimiento de derechos y el deber de denunciar por parte del juzgador cualquier intento de perturbación a su independencia.

El estatuto del juez iberoamericano, de forma análoga refiere en los artículos 2 y 5 sobre la necesidad de proveer de la seguridad y confianza en los juzgadores, como garantes de derechos humanos.

Los Estados deben reconocer que la independencia judicial garantiza el acceso a la Justicia.

La independencia judicial garantiza el acceso a la justicia, tal y como lo ha reconocido la propia Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de Defensores de Derechos Humanos, en el sentido de que las y los operadores de justicia contribuyen a que se logre el

acceso efectivo a la justicia y realizan "un esfuerzo especial en un proceso para que se imparta justicia de manera independiente e imparcial y garantizar así los derechos de las víctimas, puede decirse que actúan como defensores de los derechos humanos". [1363] Bajo dicha perspectiva, en el ámbito de la Comisión Interamericana, la Relatoría sobre Defensores y Defensoras de Derechos Humanos ha sido el punto focal encargado de realizar el seguimiento y monitoreo respecto de la situación de operadoras y operadores de justicia reconociendo la función esencial que realizan para la defensa de los derechos humanos en su condición de garantes del derecho de acceso a la justicia[1364].

Pero además, son los Jueces Independientes que garantizan el debido proceso, el que cualquier persona acuda con la garantía que tendrá un proceso, cuya decisión no podrá estar mermada por ningún agente exterior.

El Estado debe adoptar mecanismos para consolidar su sistema de justicia, debe realizar *reformas Judiciales estructurales, que consoliden sistemas judiciales eficientes, independientes y responsables.*

Es cierto que el panorama de la Independencia Judicial es preocupante, sin embargo, lo cierto es que muchos países de Latinoamérica han tomado medidas importantes para transformar su sistema judicial, evitando abusos de poder, intervención de los otros poderes, mal uso de recursos. Los objetivos serán consolidar un sistema judicial sólido e independiente como actor clave de la política democrática,[1365] la modernización judicial, nuevos procedimientos, fortalecimiento de la institución, eliminación de vicios tradicionales, independencia presupuestaria, la mayor accesibilidad a un rango de protección de derechos, equidad, capacitación y tribunales especializados y resolución efectiva de conflictos.

[1363]Relatora Especial sobre la cuestión de Defensores de la ONU. Folleto No. 29. Los Defensores de los Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los derechos, pág. 9.Así, en su Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, la Comisión subrayó la importante labor de defensa de derechos humanos que realizan las personas encargadas de impartir justicia e investigar las violaciones a los derechos humanos. CIDH. *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 marzo 2006, párr.110. Asimismo, en su Segundo Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de los derechos humanos en las Américas, la Comisión se refirió a la labor de defensa de los derechos humanos realizada por jueces y juezas, fiscales, procuradores, procuradoras, defensoras y defensores públicos y agentes de la administración de justicia. CIDH. *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas,* OEA/Ser.L/V/II, Doc. 66, 31 diciembre 2011, párr. 349.

[1364]Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la Justicia y el Estado de Derecho en las Américas. Op. Cit.

[1365]Sousa, Mariana, El estado de las reformas en América Latina, Breve panorama de la reforma judicial en Amèrica Latina, objetivo, desafíos y resultados, Ediciones Mayol octubre 2006, p.p. 100-136.

Objetivos que deben hacerse en forma conjunta el propio sistema judicial, los Jueces, grupos de interés, grupos de acción cívica, gremios de abogados, grupos cívicos y toda la sociedad. La Independencia Judicial beneficia a todos, y como tal, debe asumirse una corresponsabilidad para su consolidación.

El estado del sistema de justicia en países de Latinoamérica, ha presentado los siguientes obstáculos[1366]:

Argentina. La rama ejecutiva nombra jueces con preferencias similares; abogados poderosos ejercen lobby para el nombramiento de jueces; ciertos jueces nombrados políticamente.

Bolivia. Bajos salarios para los jueces, lo que lleva a la corrupción y a la baja calificación; no hay evaluación periódica de jueces ni incentivos para su promoción; régimen disciplinario inadecuado; presiones externas, en especial sobre los jueces nombrados antes de las reformas de 1998; áreas sensibles (como tráfico de drogas) que están especialmente sujetas a presiones internacionales; presión de los medios y la opinión pública; el proceso de reforma mismo, que requiere que los jueces se actualicen constantemente.

Brasil. Sistema judicial todavía lento en extremo (la duración de los casos es alta y costosa); en algunas campos, como el laboral, la decisión siempre favorece al empleado.

Chile. La legitimidad social del sector, especialmente dadas sus omisiones al tratar con los temas de derechos humanos durante la dictadura militar; excesiva estructura jerárquica (los jueces de la Corte Suprema ejercen presión sobre los de los tribunales inferiores); reglas de procedimiento que permiten a los abogados ejercer lobby para el nombramiento de jueces.

Colombia. No hay autonomía presupuestaria de facto; niveles de corrupción todavía altos.

Costa Rica. La clase política cree que el sector judicial no necesita cambios mayores en su organización; esta visión la comparten los miembros de la élite judicial (en especial dentro de la Corte Suprema); estructura vertical, jerárquica y concentrada del sistema judicial; falta de independencia interna; concentración de los medios sobre el acceso a la justicia y mejoras en la rapidez del proceso de adjudicación.

Ecuador "Activismo selectivo" de la Corte Constitucional; deficientes condiciones de trabajo y falta de estabilidad en la carrera; no existe revisión o evaluación de desempeño; falta de previsión; deficiencia en capacitación de jueces; sistema legal sobrecargado y susceptible a la corrupción.

[1366]Idem.p.p. 111-113.

El Salvador Ausencia de una carrera judicial de facto; inestabilidad política y deficiente institucionalización; sistema sobrecargado con tareas administrativas; corrupción de empleados del sector judicial.

Guatemala Falta de conciencia de su importancia política por parte de los jueces de las Cortes inferiores; inestabilidad laboral; posibilidad de promoción de jueces por razones políticas; tradición de hacer declaraciones a los medios sin ninguna evidencia fáctica; amenazas contra los jueces y sus familias, especialmente cuando están implicados en casos de derechos humanos; no hay política institucional para la protección de personas que denuncian crímenes; abrumadora carga de casos que ocasiona delegación de decisiones a asistentes; constante amenaza del Ministerio Público cuando los jueces toman decisiones desfavorables.

Honduras Deficiente preparación académica de jueces; bajos salarios; influencia jerárquica de superiores; los nombramientos todavía se hacen según los resultados de las elecciones presidenciales; influencia de poderosos grupos económicos en las decisiones de los jueces; emisión de noticias sobre partidos en las audiencias, que pueden no ser ciertas, pero terminan influyendo en la opinión pública y en las decisiones de los jueces.

México. Uso de sobornos para cualquier acción oficial; los jueces raramente modifican las decisiones de los presidentes que los nombraron; el sistema judicial ha otorgado gran discreción al presidente incorporando la doctrina de "no Justiciabilidad" por la cual las Cortes se rehúsan a atender un caso porque los jueces creen que decidirán sobre un asunto que es de naturaleza política y debería resolverlo el presidente; falta de confianza pública en el sistema judicial.

Nicaragua. Falta de capacitación profesional; corrupción; procedimientos lentos e ineficientes de gestión de casos; falta de asistencia legal y de defensa pública.

Panamá. Falta de capacitación profesional; bajos salarios con excepción de los jueces de la Corte Suprema de Justicia; pobre opinión pública.

Paraguay. Corrupción generalizada; falta de autonomía presupuestal de facto; falta de credibilidad pública; falta de seguridad laboral; influencia de partidos políticos y abogados poderosos; los medios. **Perú.** Falta de criterios uniformes de jurisprudencia; corrupción. Inadecuados códigos sustantivos y de procedimientos; falta de estabilidad laboral.

República Dominicana. Audiencias lentas; falta de acceso al sistema judicial y de confianza pública en el mismo; sistema jerárquico y centralizado; las fuerzas políticas se inmiscuyen en la independencia judicial mediante el control de su presupuesto.

Uruguay. Restricciones financieras; oficinas judiciales inadecuadas; insuficiente equipo de procesamiento de información; falta de especialización en los problemas y crímenes económicos y financieros; falta de independencia financiera; limitados poderes de revisión judicial.

Venezuela. Lucha de poderes entre el consejo judicial y la Corte Suprema; control ejecutivo de nombramiento de jueces.

Por ende, los Estados deben asumir el reto de consolidar la independencia judicial, estableciendo los mecanismo que se han expuesto y garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos.

CONCLUSIONES

La independencia judicial constituye un derecho humano fundamental, que se encuentra reconocido nacional e internacionalmente por diversos ordenamientos, lineamientos, principios, recomendaciones, sentencias, algunos de ellos: Constitución Política de cada Estado Latinoamericano, Convención Americana de Derechos Humanos, por las Organización de Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, en los principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura, en cada recomendación realizada por relatores en la visita a países latinoamericanos, en las conclusiones emitidas por la Comisión interamericana de Derechos Humanos, en las Sentencias y Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estatuto de Juez Iberoamericano, Código iberoamericano de Ética.

Existen factores que generan fragilidad en la independencia judicial: Falta de diseños Institucionales que hace que existan presiones de otros Poderes Públicos del Estado al Poder Judicial, dependencia financiera en las asignaciones presupuestales realizadas por el poder legislativo, falta de autonomía del Poder Judicial en relación a la designación oportuna, en propiedad, y con el respeto de un adecuado y transparente proceso de elección y nombramiento de sus integrantes, la ausencia de procedimientos adecuados para nombramiento, selección de Jueces, ausencia de Procedimientos adecuados para la permanencia del juez y el cambio de adscripción**,** falta de garantías en los procedimientos de carácter disciplinario, falta de garantías en las visitas ordinarias y extraordinarias, falta de

provisión de recursos materiales y logísticos y la influencia que pueden generar los medios de comunicación.

Los retos y desafíos que presenta la independencia del Estado, son esencialmente el de reconocerla como un derecho humano que debe protegerse, defenderse y consolidarse en la realidad, por lo que debe transformarse cada sistema judicial, estableciendo mecanismos que impulsen las reformas internas pertinentes a fin de evitar la corrupción, los abusos de poder de otros poderes, la politización del sistema judicial, la dependencia presupuestaria. Debe realizarse una modernización judicial en la que se incluya capacitación y tribunales especializados, en donde existan reglas claras en los procedimientos de selección, permanencia, cambios de adscripción, visitas ordinarias y extraordinarias y destitución de algún funcionario judicial, dándose al funcionario la oportunidad de defenderse, la sociedad de tener la garantía que la decisión de un juez, jamás debe depender de factores internos o externos, sino del criterio jurídico de mismo.

Debe reconocerse el papel fundamental que tiene el juez, como defensor, garante y protector de derechos humanos.

El tema de "independencia judicial" aún cuando es clásico o tradicional, debe seguir siendo analizado, hay mucho por hacer.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel, cuestiones judiciales, Editorial Fontamara, México, 2001

BIACOTTI, Ricardo S. "Independencia del Poder judicial y Presupuesto "Anuario de derecho Público, Buenos Aires, año 2007, número 10.p.54.

CARNELUTI, Francesco, Clásicos del Derecho, volumen 5, Editorial Oxford, México, 2000.

COSSIO D. José Ramón, Cambios social, cambio jurídico, 1ra. Edición, Editorial ITAM, México, 2001.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *"Juicio político a jueces, independencia judicial y desvío de poder" sobre el caso constitucional vs Ecuador),* Revista Juridica de la Unam, México 2015.

GONZALEZ PLACENCIA, Luis, "*La formación de los Formadores Judiciales En México",* Revista del Instituto de Judicatura Federal, México, 2003.

HERRENDORF, Daniel, El poder de los Jueces, 3ra. Edición, AbeledoPerrot, Buenos Aires.

HIGUERA CORONA, *"Jorge, La independencia judicial, columna vertebral de los restantes principios, valores y virtudes de la función judicial".* Revista Jurídica de la Unam, México 2015.

LOPEZ RAMOS, Autonomía e independencia Judicial garantizan la plena defensa de los derechos humanos, Editorial laguna, s.a. de c.v., Coahuila, México, 2012.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los Jueces, Editorial Legis, Colombia, 2002.

MARTIN ORTIZ, José Hugo, "La independencia Judicial, comentarios Dirigidos a los estudiantes que se inician en la carrera de derecho" JUS, Nueva Época, no. 13, noviembre-diciembre 2004, Durango México.

MORA MORA, Luis Paulino, La independencia del Juez como derecho Humano, San José Costa Rica, Secretaría de la corte interamericana de Derechos Humanos, 1998.

NEGRETTO, Gabriel L, "Diseño Constitucional de Poderes en América Latina", Revista Mexicana de Sociología, México, año 65, número 1, Enero – Marzo 2003, pp43-72

PARODI REMÓN, Carlos, La Carrera Judicial en América latina, Unam, México, 2002.

REYNOSO DAVILA, Roberto, La misión del juez ante la Ley injusta, editorial Porrúa, México, 2002.

RICO, José ma. Independencia judicial en América latina, Florida Internacional, University, Miami, Fla U.S.A, Editorial Lil, S.A. San José Costa Rica. 1990

SOUSA, Mariana, El estado de las reformas en América Latina, Breve Panorama de la reforma judicial en América Latina, objetivo, desafíos y resultados, Ediciones Mayo octubre 2006.

PIERO, Calamandrei, Derecho Procesal Civil, Biblioteca Clásicos del Derecho, volumen 2, Oxford, México, 2002

ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil, 4ª. Edición, editorial Trotta, s.a. 2012.

Leyes, Manuales, Códigos, recomendaciones, resoluciones.

CIDH. Informe sobre la situación de derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 4 rev. 1., 24 de octubre de 2003, párr. 150.

CIDH "Garantías para la independencia de las y los Operadores de Justicia. Hacia el fortalecimiento de acceso a la Justicia y el Estado de Derecho en las Américas", OEA/SERC.C/V/II. Doc. 44 5 diciembre 2003.

Estatuto del Juez Iberoamericano, Santa Cruz de Tenerife, canarias España, 23,24 y 25 de mayo de 2001.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Informe del Comité de Derechos Humanos. Volumen I, A/64/40 (Vol. I), Tanzania, 91.21).

NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, A/HRC/8/4,13 de mayo de 2008, párr. 23.

NACIONES UNIDAS Comisión de Derechos Humanos. Resolución No. 1994/41 del 4 de marzo de 1994.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, A/HRC/8/4, 13 de mayo de 2008, párr. 42.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, A/HRC/20/19, 7 de junio de 2012; Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, A/HRC/11/41, 24 de marzo de 2009, párr. 19; Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy,

A/HRC/8/4, 13 de mayo de 2008, párr. 41; e Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, A/HRC/4/25,18 de diciembre de 2006, párr. 24.

Manual para el fortalecimiento de la Independencia y la Transparencia del Poder Judicial en América Central, Washington, Dplf. Due Process of low Foundation, 2011.

Páginas de internet.

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

www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

http: www. biblio.juridicas.unam.mx/libros/95/10.pdf

www.oas.org/es/**cidh**/prensa/comunicados/2013/003.asp

http://www.dplf.org/es/resources/informe-presentado-en-audiencia-derechos__humanos-e-independencia-judicial-en-guatemala-154.

Http: www.congresobc.gobmx.

www.un.org/es/icj/

www.ohchr.org

www.ordenjuridico.gob.mx

www.juridicas.unam.mx

https://cejil.org/.../organizaciones-cuestionan-ante-la-**cidh**-**independencia**

https://www.oas.org/es/**cidh**/defensores/.../Operadores-de-Justicia-2013.

CAPÍTULO VI. REGULACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN PATRIMONIAL POR ERROR JUDICIAL A LA LUZ DEL PARADIGMA DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO.

Luis Abraham Paz Medina, Marisol González Hernández

y Carlos Romeo Rodríguez Mazariego[1367]

SUMARIO

Introducción. Desarrollo metodológico. Análisis de resultados. Conclusiones

RESUMEN:

La reforma Constitucional del año 2011 en materia de derechos humanos trajo como consecuencia un "cambio de paradigma", ya que a partir de ésta, los tratados internacionales en materia de derechos humanos están colocados al mismo nivel de la Constitución, los derechos humanos de fuente internacional tienen la misma eficacia normativa que los previstos en la Constitución, por lo que las normas internacionales de derechos humanos obligan a todos los Estados que hayan suscrito convenciones internacionales en esta materia ya que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, porque tienen el mismo rango constitucional. Indudablemente esta modifica la recepción del derecho internacional convencional en el sistema jurídico mexicano, ya que los tratados en materia de derechos humanos adquieren jerarquía constitucional, pues el artículo 1º constitucional crea un bloque de constitucionalidad, es decir, un sistema de protección de derechos humanos reconocidos en la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, bloque de constitucionalidad, Estado de Derecho.

ABSTRACT:

The constitutional reform of 2011 on human rights brought about a "paradigm shift" because from it, international treaties on human rights are placed at the same level of the Constitution, human rights source International regulations are equally effective as those provided in the Constitution, so that international human rights standards binding on all States that have signed international conventions in this field and that international treaties are part of the Mexican legal system, because they have the same constitutional status. Undoubtedly this modifies the reception of conventional international law in the Mexican legal system, and that treaties on human rights become constitutional status, since Article 1 of the Constitution creates a constitutional bloc, ie, a system of protection of human rights in the Constitution.

KEYWORDS: Human rights, constitucionality bloch, the rule of law.

INTRODUCCIÓN

La reforma Constitucional del año 2011 en materia de derechos humanos en el Estado mexicano trajo consigo un **"cambio de paradigma**,**"**[1368] ya que a partir de ésta, los tratados o

[1367] Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (División Académica Multidisciplinaria de los Ríos) Ubicada en Km. 1 Carretera Tenosique-Estapilla, C.P. 86901, teléfono 045934 2603672. E-mail: licapm76@hotmail.com y magohe76@hotmail.com

[1368] La palabra PARADIGMA deriva del griego **Paradeima** = Modelo, tipo, Ejemplo. Un paradigma es el resultado de los usos, y costumbres, de creencias establecidas de verdades a medias; un paradigma es ley, hasta que es desbancado por otro nuevo. Un cambio de Paradigma **implica un profundo cambio de mentalidad** de la época, de los valores que forman una visión particular de la realidad en turno. En esta época de cambios de paradigmas la variante es la **velocidad y la profundidad del cambio**. Esto se está dando en todos los niveles tanto social, como espiritual, conceptual, político, jurídico, económico etc.

convenciones internacionales de derechos humanos **están colocados al mismo nivel de la Constitución**,[1369] es decir, los derechos humanos de fuente internacional tienen la misma eficacia normativa que los previstos en la Constitución, por lo que las normas internacionales de derechos humanos obligan a todos los Estados que hayan suscrito convenciones internacionales en esta materia ya que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico mexicano**,** porque tienen el mismo rango constitucional.

Indudablemente la reforma constitucional del 2011modificó la recepción del derecho internacional convencional en el sistema jurídico mexicano, ya que los tratados en materia de derechos humanos adquieren jerarquía constitucional, derivado de que el artículo 1º constitucional crea un bloque de constitucionalidad, es decir, un sistema de protección de derechos humanos reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, incluyendo los derechos humanos que se encuentren en tratados internacionales que no específicamente los contengan, este bloque de constitucionalidad está reforzado por el artículo 15 constitucional que prohíbe celebrar tratados internacionales que "alteren los derechos humanos."

Los derechos humanos son objeto legítimo del derecho internacional y del escrutinio de la comunidad internacional. A partir de este cambio de paradigma, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley están obligados a conocer y aplicar las normas internacionales de derechos humanos, ya que éstos emanan de la dignidad inherente a la persona humana. El Estado es el encargado de hacer cumplir la ley, respetará, protegerá la dignidad humana,

---

[1369] Esto es lo que se conoce con el nombre de **bloque de constitucionalidad.** Aunque el bloque de constitucionalidad no tenga un significado preciso generalmente aceptado y se considere que tiene gran elasticidad semántica, en términos generales podemos sostener: Que **se trata de una categoría jurídica (un concepto) del derecho constitucional comparado que se refiere al conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país**; así, el bloque de constitucionalidad parte del supuesto según el cual **"las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite".**

La existencia de un bloque de constitucionalidad **implica identificar todas las normas** (principios y reglas) **y valores que, pese a no estar expresamente establecidas en la Constitución escrita, son *materialmente* constitucionales**. Dentro de tales normas y valores integrados a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (por remisión expresa o tácita de ésta), principalmente encontramos los estándares internacionales sobre derechos humanos. Los Tratados Internacionales (en materia de derechos humanos) de los que el Estado mexicano sea parte tienen la misma jerarquía que la propia Constitución ya que forman parte de su texto.

RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, *et al.*, *Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos, Bloque de Constitucionalidad*, coeditado por Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Bloque de constitucionalidad.pdf

defenderá y hará respetar los derechos humanos de todas las personas, tal y como lo dispone nuestra Constitución en su artículo 1º.

La reforma del año 2011 en materia de derechos humanos es trascendental, ya que a partir de ésta los derechos humanos se positivaron, al ser incorporados al texto de la norma fundamental, el primer párrafo del artículo 1º constitucional señala que todas las personas gozarán de los derechos reconocidos por la propia Constitución y por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte,[1370] de aquí se desprende la enorme importancia que tienen en México los **tratados internacionales de derechos humanos**, es decir, los tratados firmados y ratificados por México son Constitución, no están por debajo o por arriba sino que *forman parte de su texto*, llegando incluso a ser aplicados en forma prevalente respecto de alguna norma o precepto constitucional, siempre que ofrezcan una protección más amplia de cierto derecho, criterio definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 293/2011, ya que como expresamos los tratados en materia de derechos humanos tienen la misma eficacia normativa que la Constitución, por eso se les reconoce el mismo rango constitucional**,** por ello podemos afirmar que estamos en presencia de la transición de la internacionalización del Derecho Constitucional a la **Constitucionalización del Derecho Internacional de los derechos humanos**, es decir, pasamos de la "*Constitución nacional a la Constitución Convencionalizada"*.

DESARROLLO METODOLÓGICO.

De acuerdo con Ernesto A. Rodríguez Moguel en su libro Metodología de la Investigación[1371], al ser el presente trabajo de investigación jurídico propositivo abordará el método deductivo-sintético que consiste en obtener conclusiones particulares a partir de un fenómeno general y relacionar hechos aparentemente aislados formulando conclusiones que nos permitan unificar los diversos elementos que integran la investigación. En el caso particular haremos un análisis de la convencionalidad suscrita por el Estado mexicano en materia de derechos humanos

---

[1370] **Artículo 1o. "**En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos **reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte**, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Párrafo reformado DOF 10-06-2011

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".** Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible para consulta en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm

[1371] RODRÍGUEZ MOGUEL, Ernesto A., *Metodología de la Investigación,* 1ª edic. en la Colección Héctor Merino Rodríguez, editado por Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Villahermosa, Tabasco, agosto de 2003, págs.

(fenómeno general) concluyendo que la legislación mexicana es omisa en materia de indemnización patrimonial derivada de un error judicial (conclusión particular), y al ser omisa la Norma fundamental en esta materia ello conlleva a que nuestro país no está cumpliendo compromisos previamente contraídos como la obligación que tiene de indemnizar a los gobernados que hayan sido sentenciados por una deficiente actividad jurisdiccional irregular.

Por ello los tratados internacionales ha sido un motor esencial en el desarrollo reciente de los derechos fundamentales en todo el mundo, ya que en ellos pueden encontrarse derechos que no están previstos en nuestra Constitución, como "perspectivas complementarias" a las que ofrece la norma fundamental (como la contenida en el artículo 10 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, relativa al Derecho que tiene toda persona **de ser indemnizada conforme a la ley**, **en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial**, figura que en el ordenamiento jurídico fundamental de nuestro **país no existe**, **ni tampoco en el ordenamiento federal secundario** y que motiva el presente trabajo, por lo que el proceso de codificación internacional de estos derechos ha sido intenso, la reforma comentada ha traído consigo que se amplíe el catalogo (tanto constitucional como convencional) de derechos humanos.

Una de las funciones primordiales del Estado moderno, es la de permitir a sus gobernados el acceso a la impartición de justicia pronta y expedita que implica el reconocimiento al derecho humano del acceso a la justicia (garantías judiciales) como negación de la venganza privada, pero además debe ser pronta, completa, imparcial y eficaz, es decir, no basta con que el particular o gobernado pueda acudir a un tribunal a reclamar sus derechos violados, sino que es necesario que dicho tribunal realmente realice su función y dicte sentencias apegadas a derecho en cumplimiento a la garantía de legalidad y del debido proceso consagrados en nuestra Norma fundamental, en las que se les restituyan sus derechos violentados y en su caso sancionando realmente a aquellas personas que hayan perturbado la paz, la justicia y la adecuada convivencia social. El Estado debe procurar en todo momento, **tutelar los derechos humanos de las partes que intervienen en un proceso judicial**, incluyendo en materia penal las del probable responsable y en su caso las del procesado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que todos los jueces del Estado mexicano están obligados a observar lo que señalan los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Si una norma de rango legislativo entra en pugna con cualquier tratado, los

jueces mexicanos deben dejar de aplicar la norma interna y acogerse a lo señalado por el tratado, este criterio nació de la resolución del expediente Varios 912/2010 (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de octubre de 2011), naciendo en dicha sentencia el llamado *"Control de Convencionalidad"*.

Para ello dentro de este contexto, el estado Mexicano ha suscrito diversos instrumentos internacionales en los que se obliga a tutelar nuestros derechos fundamentales, uno de los más importantes es la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José),[1372] celebrada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado mexicano el 18 diciembre 1980, entrando en vigor en nuestro País el 24 marzo de 1981. Lo que eleva su texto a rango constitucional y en consecuencia su obligatoria aplicación de conformidad con el artículo 133 de nuestra Carta Magna, que establece cuales son los requisitos para que un tratado internacional pueda ser considerado **Ley Suprema de toda la Unión.**

Por la trascendencia, magnitud e importancia que implica el desarrollo de la presente ponencia, nos permitimos explicar en este punto la parte medular que constituye su eje rector:

El artículo 1º del Ordenamiento convencional en cita dispone que:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. "Los Estados Partes en esta Convención **se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella** y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

"Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, **los Estados Partes** se **comprometen a adoptar**, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las **medidas legislativas** o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades**"**.

[1372] Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Como acabamos de precisar los artículos 1 y 2 del citado Ordenamiento Convencional sientan "deberes" específicos para los Estados a ella adheridos, incluyendo a México por supuesto. El primero establece esencialmente dos: a) **respetar los derechos de la Convención,** y b) **garantizarlos**, sin discriminación alguna. A su vez el artículo 2º los obliga adoptar "disposiciones legislativas o de otro carácter" necesarias para efectivizar aquellas garantías. Esto significa que el Estado mexicano tiene la obligación de respetar, pero también la de garantizar los derechos previstos en los ordenamientos internacionales de los que es parte, tal y como lo mandata el artículo 1º constitucional.

La convención además reconoce "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**, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.**"**

Sobre el particular Ferrer Mac-Gregor considera que:

"El artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran medida, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La obligación de los Estados parte del Pacto de San José de "respetar" los derechos y libertades ahí contenidos y "garantizar" su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción "sin discriminación alguna", permea en el objeto y fin del tratado y, consecuentemente, en el entendimiento que deben tener todos los operadores jurídicos (nacionales e internacionales) para lograr la plena efectividad de los derechos y libertades que contiene. Así, este dispositivo no constituye una "norma pragmática". La Convención Americana tiene aplicación directa en todos sus preceptos cuando un Estado Americano la ha firmado, ratificado o se ha adherido a ella." [1373]

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 tiene como uno de sus pilares fundamentales la apertura del sistema jurídico mexicano al ordenamiento internacional con todo lo que ello conlleva: recepción de los tratados e incorporación de los mismos al

[1373] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *et al.,* "La Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Una Fuente convencional del Derecho Procesal Constitucional", en Zaldívar Lelo de Larrea (comp.), *Derecho Procesal Constitucional Obra Jurídica Enciclopédica* en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario, 1ª ed., México, Coeditado por Editorial Porrúa y Centro de Investigación e Informática Jurídica (ELD), 2012, p. 203.

derecho interno con rango constitucional y el reconocimiento del derecho derivado de los propios tratados, por ello se precisa que el control de convencionalidad constituye uno de los puntos culminantes que trajo consigo la reforma.

ANÁLISIS DE RESULTADOS

Sin lugar a dudas aspecto medular y fundamental dentro de la protección de los derechos humanos es la seguridad jurídica, que es uno de los valores que cualquier ordenamiento jurídico aspira a alcanzar.

La seguridad jurídica tiene una estrecha relación con el concepto del Estado de Derecho en sentido formal, que puede entenderse como el "conjunto de reglas del juego de carácter fundamentalmente procedimental", que los órganos públicos estatales deben respetar en su organización y funcionamiento y en su relación con los individuos que forman parte de una determinada comunidad política. Se trata del concepto formal de Estado de Derecho, en el que las autoridades se encuentran sujetas a la ley o norma jurídica, esto tiene que ver con la sujeción de los órganos estatales con lo que establece la norma primaria y suprema y las contenidas en las leyes secundarias (principio de legalidad), ya que en ellas se establecen los requisitos que deben cumplir y observar las autoridades (como órganos de Estado) para molestar a una persona, en su familia, papeles o posesiones (como acto de autoridad frente al particular que se da en una relación de supra a subordinación o dualidad cualitativa subjetiva, donde el particular o gobernado es el sujeto activo y el Estado y sus autoridades el sujeto pasivo u obligado) contenidas en el primer párrafo del artículo 16 constitucional: mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento; distribución en el ámbito de las competencias de las autoridades y niveles de gobierno, la imposibilidad de aplicar hacia el pasado las nuevas leyes (irretroactividad de la ley, prohibida por el artículo 14 constitucional), las reglas de carácter procesal para privar a una persona de su libertad (contenidas en el párrafo segundo del artículo 14 constitucional como regla general y como caso de excepción en el párrafo quinto del artículo 16 constitucional, además de los aún todavía vigentes Códigos Procesales Penales de los distintos Estados de la República, y del recientemente promulgado Código Nacional de Procedimientos Penales que homologó a nivel nacional el proceso penal dentro del nuevo sistema de justicia penal acusatorio).

Condiciones de corrupción e impunidad, marginalidad, violencia y exclusión del sistema social**,** han convertido a muchos en presas fáciles o carne de cañón para sufrir abusos por parte de las autoridades del Estado y ser víctimas de procesos penales injustos**.** En los que sí para suerte del procesado se logra demostrar su inocencia, el Estado evadirá su responsabilidad para con sus gobernados por el error cometido.

La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de un error judicial, prevista en el artículo 10 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos relativo al *Derecho a Indemnización***,** establece que:

"Toda persona tiene derecho a **ser indemnizada** conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme **por error judicial"**.

"Al que se define como la obligación que tiene el Estado de indemnizar a las personas por los daños y perjuicios que se les haya causado por una sentencia judicial dictada erróneamente**"**.

La protección de los derechos humanos va unida a la restricción del ejercicio del poder estatal. La comunidad internacional reconoce la existencia de estos derechos y obliga objetivamente a los Estados a no vulnerar ni obstaculizar su pleno goce y ejercicio, garantizar su plena vigencia en sus respectivos territorios, bajo pena de reparar y responder frente a la comunidad internacional.

Por esta razón los tratados internacionales de derechos humanos gozan de operatividad, es decir, a través de ellos se deben garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos como autoejecutivos, y por ende los Estados parte deben adecuar las normas pragmáticas con la ley necesaria o medidas de otro carácter en un tiempo razonable ya que al no hacerlo incurren en responsabilidad frente a la comunidad internacional en virtud de la operatividad de las convenciones internacionales.

Los derechos, garantías y libertades contenidos y protegidos en un tratado internacional de derechos humanos, por su propia naturaleza son operativos ya que el objeto y razón de ser de una convención de ésta naturaleza, es reconocer a favor de las personas derechos y libertades y no propiamente regular sus relaciones entre sí.

El deber general del artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos (obligación convencional vigente para el Estado mexicano) implica la adopción de medidas en dos vertientes: por una parte, la supresión o eliminación de normas y prácticas de cualquier

naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en dicho instrumento, y por la otra la *expedición de normas conducentes* a la efectiva observancia de dichas garantías.

Sobre el particular la Corte Interamericana ha precisado que los Estados americanos tienen, como parte de sus obligaciones un *deber positivo de garantía* con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción, para ello es necesario que tomen las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que sus ciudadanos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.

Como bien señala Pereira Anabalón no se trata sólo de proclamar los derechos fundamentales de la persona, promoverlos o protegerlos,

"sino de la obligación de los Estados de respetarlos y de adoptar los instrumentos adecuados para que sean reales y efectivos. Estas obligaciones se asumen no solamente en función de los seres humanos, sin distinciones de ninguna clase, sino también frente a los demás Estados y a la comunidad internacional." [1374]

Agustín Gordillo, precisa que los tratados internacionales establecen principios y derechos, que han sido incorporados al derecho interno de cada país:

"Constituyen no solamente derecho supranacional sino también y cuanto menos, al propio tiempo, derecho interno, vigente, operativo, aplicable de pleno derecho a toda situación que quepa encuadrar en sus normas… Esa adicional nota de derecho interno es ahora de nivel constitucional". [1375]

La obligación de los Estados parte implica que las medidas de derecho interno han de ser *efectivas*, lo que significa adoptar todo lo necesario para que lo establecido en la Convención realmente sea cumplido en el orden jurídico del derecho interno. El compromiso adquirido para cumplir con sus obligaciones convencionales no involucran a uno sólo de los poderes federales sino al Estado en su conjunto, a todos sus órganos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, ninguno de ellos podrá sustraerse de los compromisos adquiridos por el Estado, so pretexto de que sólo atañen al Ejecutivo, lo anterior conlleva a organizar todo el aparato gubernamental y estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que

[1374] PEREIRA ANABALÓN, Hugo, "La protección de los derechos humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XL, núms. 172-174, julio-diciembre de 1996, p. 238.

[1375] GORDILLO, Agustín, *et al*., *Derechos Humanos*, 4ª ed., Buenos Aires, Argentina, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 1999, p.238.

el Estado tenga la capacidad de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

La Corte Interamericana también ha precisado que en virtud del principio de buena fe consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si un Estado (como el mexicano) suscribe y ratifica un tratado internacional de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para adecuar sus normas jurídicas a la legislación internacional que por voluntad propia se obligó a cumplir.

Por lo anteriormente expresado y por la reciente reforma constitucional en la materia, consideramos que el artículo 10 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, forma parte del sistema jurídico mexicano y goza de plena operatividad, obligatoriedad y puede ser invocado por cualquier persona que se encuentre en el supuesto que previene, sin embargo, no existe ningún mecanismo en el ámbito del derecho interno para ser efectivo el cumplimiento de la indemnización patrimonial motivada por un error judicial.

A pesar de lo manifestado anteriormente, de la trascedente e importante reforma en el derecho interno mexicano en materia de derechos humanos, con firmeza y sin temor de equivocación podemos afirmar categóricamente que a la fecha no encontramos ningún arreglo constitucional que siente las bases para el reconocimiento de la responsabilidad del Estado en materia de impartición de justicia ni mucho menos el pleno reconocimiento de la figura del error judicial que regule la forma, medios, supuestos, procedimientos, parámetros para exigirle al Estado mexicano la indemnización cuando se actualice el supuesto de que una persona sea sentenciada y condenada injustificadamente y con posterioridad logre acreditar su inocencia.

El Estado mexicano no está cumpliendo con la obligación convencional o deber jurídico contenido en el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que voluntariamente ha aceptado, por lo que es responsable por omisión legislativa, al no cumplir con lo mandatado en su artículo 2º, en cuanto al deber de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivo el derecho a la indemnización por error judicial, de ahí que al aceptar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, pudiera ser condenado por este órgano jurisdiccional por el incumplimiento de legislar en materia de responsabilidad patrimonial en su vertiente judicial.

Nos queda claro que si bien es cierto, consecuentemente con la reforma en materia de derechos humanos, la de amparo, modificó el contenido del artículo 103 constitucional,[1376] que eleva a rango constitucional la garantía del gobernado para accionar en contra del Estado en su conjunto por violación de sus derechos humanos, también lo es que no se suprimió el amparo por invasión en las esferas de competencias, por lo que ante la falta de legislación constitucional y legal, sería inútil intentar promover un juicio de amparo indirecto porque dentro de los actos reclamados necesariamente tendría que alegarse por el quejoso ante el juez de distrito la omisión legislativa del Congreso de la Unión para regular la indemnización patrimonial por causa de un error judicial, ya que el Juez de amparo sobreseería el juicio porque de conceder la protección constitucional, obligaría a la autoridad señalada como responsable a legislar sobre el particular, lo que implicaría una invasión a la esfera de competencia de la clásica división de poderes.

En razón de lo anterior, tenemos que la única forma de hacer viable el derecho de indemnización por error judicial en el Estado mexicano sería acudir ante los organismos interamericanos de protección a demandar el cumplimiento de los compromisos internacionales que adquirió al suscribir los tratados de los que es parte, si hay una violación a una disposición contenida en el "Pacto de San José", debemos instar ante los organismos que la misma Convención contempla para hacerlos valer, así, dentro del mismo instrumento internacional encontramos dos órganos competentes para ocurrir ante ellos y demandar el cumplimiento vía sentencia ejecutoria: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es justamente aquí donde encontramos la necesidad y utilidad de este trabajo por la necesidad de regulación constitucional para la debida aplicación del paradigma convencional para garantizar la indemnización patrimonial por error judicial en México, pues a nivel del derecho interno no existe el reconocimiento de dicha figura.

[1376] Artículo 103. **"**Los Tribunales de la Federación **resolverán toda controversia** que se suscite:
I. Por normas generales, **actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos** y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, **así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte**;
II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y
III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.**"**
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo reformado DOF 31-12-1994, 06-06-2011, disponible para consulta en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf

El **Estado mexicano** en fiel cumplimiento a lo concertado en la citada Convención, debe establecer leyes que garanticen al ciudadano que la impartición de justicia en caso de ser aplicada erróneamente, puedan ser indemnizados y resarcirles así por lo menos en el plano económico el daño causado, pues no basta el que la autoridad responsable termine su actuación con un "Usted disculpe, nos equivocamos", sin tener el particular o gobernado afectado la obligación jurídica de soportar una afectación, daño o lesión antijurídica, ya que al no hacerlo incumple con la obligación de adoptar en el derecho interno una legislación que se adecué al texto del tratado (art. 2º de la Convención).

Expresa Miguel Carbonell, que:

"Los Estados nacionales, cuando firman un tratado internacional, deben hacer todo aquello que esté a su alcance para cumplirlo, lo que incluye adaptaciones normativas, puesta en marcha de diagnósticos, implementación de políticas públicas y reorganización. Los tratados **obligan a todas las autoridades**, de todos los niveles de gobierno como sucede en México, sin que sea posible oponer ninguna norma o interpretación de derecho interno para dejar de observarlos." [1377]

Es importante señalar que en el ámbito del derecho constitucional y legal mexicano no está prevista la figura de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en el Funcionamiento de la Administración de Justicia por los daños causados por los órganos encargados de impartirla, quienes al interpretar las normas jurídicas para dirimir las controversias planteadas por los particulares pueden llegar a causar daños como el error judicial o el funcionamiento anormal de dicha administración, y ante el vacío legal para promover una acción indemnizatoria sea hace necesaria y patente la plena adecuación mediante una reforma al marco jurídico constitucional que regule la Responsabilidad Patrimonial del Estado para garantizar la indemnización patrimonial derivada por error judicial, en la que se garantice el pleno respeto a los derechos humanos, por ello es necesario la debida aplicación del paradigma constitucional y convencional para consagrar la indemnización por error judicial en México.

La Responsabilidad Patrimonial administrativa del Estado mexicano está prevista en el párrafo segundo del artículo 113 Constitucional en materia de indemnizaciones por parte del Estado mexicano, pero este precepto resulta insuficiente y omiso para la protección de los derechos

[1377] CARBONELL, Miguel, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, 1ª ed., México, Coeditado por Editorial Porrúa-UNAM, 2013, pág. 6.

humanos y en franca violación al Artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), toda vez que al suscribir dicho pacto internacional el Estado Mexicano adquirió la obligación de indemnizar conforme a la ley, a sus gobernados en caso de haber sido condenados en sentencia firme por error judicial, la actual redacción del artículo 113 constitucional, establece:

"La **responsabilidad del Estado por los daños** que, con motivo de su **actividad administrativa irregular**, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. **Los particulares tendrán derecho a una indemnización** conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes**"**.

Nuestra Constitución no establece la indemnización por error judicial, pues acotó la materia de indemnización solo a la actividad administrativa irregular**,** dejando fuera **la actividad jurisdiccional irregular,** lo que significa que la Constitución no admite el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por los daños producidos en el ejercicio de su función jurisdiccional.

En México no hay una legislación mediante la cual se pueda reconocer que hubo error judicial y responsabilidad del Estado en esta materia**,** por lo que la ausencia de disposiciones normativas específicas sobre el particular en nuestro país en el ámbito federal, ha propiciado un estado de vulnerabilidad para las personas que una vez que enfrentan al sistema de justicia y son declaradas inocentes mediante una sentencia absolutoria, buscan resarcir las afectaciones motivadas por errores judiciales de esa naturaleza, ya que no existe norma alguna que establezca el mecanismo y parámetros para fijar dicha indemnización por lo que los afectados quedan en un completo estado de indefensión y en franca violación a sus derechos humanos,

En México la falta de reconocimiento jurídico de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en el funcionamiento de la Administración de Justicia, trae como consecuencia por un lado la **imposibilidad legal del particular de obtener una indemnización por los daños causados por la actividad estatal** a través de procedimientos ágiles y sencillos, y por otro que **la ausencia de regulación genera incertidumbre** entre los usuarios de éste servicio, dando cabida a su flexibilización, atenuación, excepcionalidad e incluso corrupción.

Pese al avance que significara en su momento la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la posibilidad de que el Estado asuma una responsabilidad patrimonial derivada de errores o deficiencias en el proceso de procuración y administración de justicia, es

un tema pendiente dentro de la Reforma del Estado en su vertiente judicial. Además de la reforma Constitucional que el país requiere en esta materia, es necesario, una ley secundaria que establezca las hipótesis en la que se estaría en presencia de un error judicial atribuible al Estado, así como una forma de tasar la indemnización por el daño provocado.

La falta de dicha regulación obligaría a los ciudadanos que se encuentren en la hipótesis de haber sido sentenciados por error judicial, una vez liberados acudieran a las instancias previstas en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en primera instancia ante la Comisión Americana y en segunda a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como instancia jurisdiccional, ante la ausencia de la expedición de normas que detallen y tiendan a hacer efectivos los derechos establecidos en la Convención Americana de los Derechos Humanos, en caso de no haber encontrado solución en el ámbito del derecho interno, en contra del Estado Mexicano, para primero demostrar la responsabilidad del Estado por su condena errónea y poder así alcanzar la citada indemnización, con lo que nuevamente se le violan sus derechos humanos.

El Derecho Internacional contemporáneo, se ha enfocado de forma particularmente cuidadosa a establecer por medio de diversas convenciones y tratados internacionales, la salvaguarda de los aspectos vinculados a los Derechos Humanos, y de forma específica al tema de las garantías en los procesos jurídicos y al funcionamiento de la estructura administrativa y procesal del sistema de justicia de las naciones, tan es así que México en relación a la protección de los Derechos Fundamentales del Hombre ha suscrito una serie de acuerdos de naturaleza internacional que al cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 133 constitucional son considerados como Ley Suprema de toda la Unión.

Aunado a lo antes expuesto México ha celebrado y ratificado por el Senado de la República, además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**,[1378] y la **Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**,[1379] sin embargo y pese a que de acuerdo al artículo 133

[1378] Adopción: Nueva York, EUA, 16 de diciembre de 1966
Adhesión de México: 24 de marzo de 1981
Decreto Promulgatorio publicado en el DOF de fecha 20 de mayo de 1981
Fe de Erratas DO 22 de junio de 1981,
Disponible en http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf

[1379] Aprobada en la fecha: 10 de diciembre de 1984.
Lugar: Nueva York, EUA.

constitucional tales tratados deben ser tenidos como ley suprema en nuestro país, las disposiciones contenidas en ellos, *no han tenido como consecuencia la expedición de una normatividad a nivel federal que señale la responsabilidad patrimonial del Estado en los casos de errores judiciales o frente a un eventual funcionamiento inadecuado de la administración de justicia,* de donde se desprende entonces que nuestro País ha estado incumpliendo de manera sistemática el artículo 10 del Pacto de San José que regula el Derecho a la Indemnización, por lo que dicha omisión constituye una franca violación a los derechos humanos.

En la suscripción del Pacto de San José, México no manifestó ni declaraciones ni reservas sobre el contenido del artículo 10 de dicho tratado –que es el apartado que aborda el tema de las indemnizaciones en caso de error judicial- razón por la que dicho instrumento se encuentra plenamente vigente y obligatorio para el Estado Mexicano, por lo que entonces es necesario y urgente una reforma constitucional que garantice la responsabilidad del Estado derivada del servicio público de administración de justicia irregular, para que de esta manera, el Estado garantice a sus ciudadanos la inviolabilidad de sus garantías, estableciendo en caso de menoscabo de éstas, **los fundamentos para restablecer el derecho violado y obtener la indemnización por el perjuicio sufrido**.

En el ámbito constitucional mexicano esta responsabilidad del Estado no se encuentra delimitada; ya que cuando se causa un daño nace una obligación respecto de su reparación y una sanción para el responsable. En la responsabilidad estatal el agente agresor se identifica como agente del Estado, de ahí que el sistema jurídico nacional no regula adecuadamente la responsabilidad del Estado por una actividad jurisdiccional irregular.

Si bien es cierto que la figura de la indemnización patrimonial derivada del error judicial consagrada en el artículo 10 del Pacto de San José está circunscrita exclusivamente al ámbito penal, también es necesario que el Estado mexicano deba responder por los daños ocasionados por la impartición de Justicia en cualquier ámbito del derecho donde el error judicial esté

Por: La Asamblea General de la ONU.
Resolución: 39/46
Entrada en vigor general: 26 /VI /1987, de conformidad con el Art. 27.
Vinculación de México: 23 de enero de 1986. Ratificación.
Publicación en el Diario Oficial de la Federación: 6 de marzo de 1986.
Entrada en vigor para México: 26 de junio de 1987
Disponible en http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/11-A-2.pdf

presente, no sólo por los daños en el ejercicio de la función judicial en el ámbito penal, sino también en el civil, mercantil, laboral, familiar, etc.

La regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado mexicano,[1380] es limitada, porque nuestra Constitución la acotó a su actividad administrativa irregular, dicha responsabilidad no la prevé respecto de las actividades de los poderes Judicial y Legislativo. En la actualidad en México los juzgadores y legisladores no son sujetos de responsabilidad patrimonial por los daños que generen a la sociedad, por lo que el Estado sigue siendo irresponsable por sus actos desde estas perspectivas.

En México el reconocimiento de la figura del error judicial como causal de responsabilidad patrimonial del Estado-Juez, no existe en la normativa constitucional. El marco jurídico mexicano no permite exigirle al Estado una responsabilidad directa y objetiva por los daños causados por los órganos encargados de impartir justicia, quienes al interpretar las normas jurídicas y dirimir las controversias planteadas por los particulares o como inquisidor en materia penal pueden llegar a causar daños como el error judicial por el anormal, deficiente o irregular funcionamiento de la administración e impartición de justicia.

Nuestro ordenamiento Constitucional y legal permanece al margen de la figura de la Responsabilidad Patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia, no cabe duda que también la impartición de justicia puede causar lesiones patrimoniales o de otra índole a los particulares, es imprescindible entender que los responsabilidad por los actos del juzgador necesariamente deben imputarse de manera directa al Estado, con independencia de la forma en que se hayan generado los daños.

Si bien es cierto, la reforma constitucional del 14 de junio del 2002 incorporó al sistema jurídico mexicano la responsabilidad patrimonial del Estado directa y objetiva por su actividad administrativa irregular, *excluyó la responsabilidad por error judicial* y omisión legislativa, cabe destacar que el constituyente permanente o poder revisor de la Constitución en la exposición de motivos de la reforma constitucional en cita, argumentó lo siguiente:

[1380] Artículo 49. **"**El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en **Legislativo, Ejecutivo y Judicial.**

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar**"**.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible para consulta en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf

"No se niega que se pueda causar daños por actos legislativos, o incluso judiciales; ésta es la razón de que en algunas legislaciones extranjeras se contemple la responsabilidad del Estado por error judicial; sin embargo, la naturaleza y caracteres de los actos legislativos y judiciales nos llevas a excluirlos, cuando menos por ahora, de la responsabilidad patrimonial." [1381]

Sin embargo, en el ámbito jurisdiccional a pesar del esfuerzo para garantizar una serie de derechos a los particulares cuando se encuentran en un juicio, la posibilidad de que se regulen las disposiciones tendientes a tutelar el derecho a una indemnización cuando se generan daños y perjuicios provenientes de un error judicial o del funcionamiento anormal en la administración de justicia continua siendo ambigua en nuestro país. Así por ejemplo, en el ámbito penal tratándose de un error judicial, repugna más un condenado inocente que un culpable absuelto, en el caso del funcionamiento anormal, el retraso, la lentitud y las disfunciones producen un alejamiento de la impartición de justicia de las personas, ya que se van desprestigiando los órganos ante la vista de los particulares que son los directamente afectados.

La responsabilidad del Estado por error judicial y anormal funcionamiento de la administración de justicia es un tema que produce serias consecuencias, ya que son los particulares los que a diario se ven afectados ante innumerables errores y deficiencias producidas por los órganos encargados de Administrar Justicia, pues aunque la sabiduría popular dice que "errar es de humanos", la pregunta que surge ante este escenario es ¿hasta qué punto los particulares estamos obligados a soportar estas fallas en uno de los poderes u órganos del Estado?

En nuestro país no hay una legislación mediante la cual se reconozca que hubo error judicial y responsabilidad del Estado, por lo que la ausencia de disposiciones normativas específicas sobre el particular en el ámbito constitucional y legal, ha propiciado un estado de vulnerabilidad para las personas que una vez que enfrentan al sistema de justicia y son declaradas inocentes mediante una sentencia absolutoria, buscan resarcir las afectaciones motivadas por errores judiciales, ya que no existe norma alguna que establezca el mecanismo

[1381] Citado por LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, "La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial", *Estudios sobre la Responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México,* México, UNAM, 2007, p. 576.

ni los parámetros para fijar dicha indemnización por lo que los afectados quedan en un completo estado de indefensión y en franca violación a sus derechos humanos.

En México la falta de reconocimiento jurídico de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en el funcionamiento de la Administración de Justicia, trae como consecuencia por un lado la imposibilidad legal del particular de obtener una indemnización por los daños causados por la actividad estatal a través de procedimientos ágiles y sencillos, y por otro la ausencia de regulación genera incertidumbre entre los usuarios de éste servicio, dando cabida a su flexibilización, atenuación, excepcionalidad e incluso corrupción dentro de las esferas de todos los niveles.

Pese al avance que significara en su momento la reforma constitucional que introdujo el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado, la posibilidad de que el Estado asuma una responsabilidad patrimonial derivada de errores o deficiencias en el proceso de administración e impartición de justicia, es un tema que todavía hoy se encuentra pendiente en el proceso de la Reforma Política del Estado en su vertiente judicial. Cienfuegos Salgado define la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de un error judicial como:

"La obligación que tiene el Estado de indemnizar a las personas por los daños y perjuicios que se les haya causado en su esfera patrimonial por una sentencia judicial dictada erróneamente. El fundamento de la responsabilidad aparece con el principio general de que cuando se causa un daño nace una obligación respecto de su reparación e incluso una sanción para el responsable."[1382]

Marroquín Zaleta precisa que el error judicial es una realidad, puede ser causa de que el justiciable pierda injustamente su libertad, su patrimonio, su honra; puede destruir a su familia o destruirlo a él, puede producir la impunidad del autor de un hecho ilícito, y provocar que el juzgador descuidado o inepto otorgue en una resolución al autor de aquél algo que no le corresponda. El error judicial, por su propia naturaleza es siempre imputable al juzgador.[1383]

Por su parte Cienfuegos Salgado sostiene que el fundamento de la responsabilidad aparece con el principio general de que *cuando se causa un daño nace la obligación respecto de su*

[1382] CIENFUEGOS SALGADO, David, "Responsabilidad Estatal y Error Judicial en México", *Revista Lex, Difusión y Análisis*, México, tercera época, año VI, número 62, agosto 2000, p. 294.

[1383] MARROQUÍN ZALETA, Jaime Manuel, "El Error Judicial Inexcusable como causa de Responsabilidad Administrativa", *Ensayos Jurídicos en Memoria de José María Cájica Camacho*, 1ª ed., Puebla, Pue., Editorial Cájica, S.A. de C.V., 2002, Vol. II, p. 559.

reparación, e incluso una sanción para el responsable. Este sistema, adoptado generalmente, en el caso de la responsabilidad del Estado tiene algunas características notables: el *agente agresor se identifica como agente del Estado*. El Estado, en su caracterización tradicional, es un ente de derecho que traslada facultades y obligaciones a los órganos y agentes que lo componen y que en algunos casos se confunden con el mismo. Por ello, la clásica división del poder público es punto de referencia para quienes hablan de responsabilidad del Estado-administrador, Estado legislador y Estado Juez.[1384]

La *responsabilidad* debe entenderse *como la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra los daños y perjuicios, que se le han causado en su esfera patrimonial*. Entre el responsable y la víctima surge un vínculo de obligación, el responsable se convierte en deudor de la víctima, quien a su vez, se convierte en su acreedor surgiendo así un derecho de crédito o personal (en este caso entre el Estado y la víctima), por ello una vez más se hace patente una reforma constitucional como obligación del Estado para garantizar su responsabilidad por órgano judicial (derivado del error judicial y el anormal funcionamiento de la administración e impartición de justicia).

La reparación implica una **indemnización** que es el mecanismo jurídico a través del cual los afectados por el hecho dañoso se ven restituidos en el goce de los bienes o derechos dañados. Para que de esta manera constitucional y convencionalmente quien se vea afectado por un error judicial tenga derecho a recibir una indemnización equitativa cuando sufra un daño en sus bienes o se afecten derechos con motivo de la actividad del Estado, ya que sería éste el obligado directo para resarcir los daños y perjuicios.

La responsabilidad del Estado-Juez, proviene de lo que se conoce como el error judicial, en el que por negligencia, equivocado conocimiento o apreciación de los hechos, se dicta una resolución judicial que no se ajusta a la verdad, y con la cual se genera una afectación en la que no existe la obligación jurídica de soportarla. También se presenta esta responsabilidad en caso de funcionamiento anormal del servicio jurisdiccional, que se traduce en el retraso o tardanza de la administración e impartición de justicia en el que existe el derecho a la indemnización para resarcirle al particular afectado los daños ocasionados por el Estado,

[1384] CIENFUEGOS SALGADO, David, "Responsabilidad Estatal y Error Judicial en México", *Revista Lex, Difusión y Análisis*, México, tercera época, año VI, número 62, agosto 2000, p. 294.

cuando aquél no tiene la obligación jurídica de soportarlos, es justamente aquí donde encontramos la importancia y desarrollo de este trabajo de investigación jurídica.

Álvaro Castro Estrada, define la responsabilidad patrimonial del Estado como:

"La institución jurídica que mediante criterios objetivos de derecho público, establece la obligación directa del Estado de indemnizar a los particulares que hayan sido lesionados antijurídicamente en sus bienes o derechos, como consecuencia del propio Estado.**"** [1385]

En tanto que la responsabilidad patrimonial del estado derivada de un error judicial es definida como la "obligación que tiene del Estado de indemnizar a las personas por los daños y perjuicios que se les haya ocasionado por una sentencia judicial dictada erróneamente".

CONCLUSIONES

Nuestra Constitución tiene el rango de ordenamiento fundamental en la vida del Estado, por ser expresión de la soberanía del pueblo, sin embargo y pese al avance parcial legislativo para incorporar la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado y con ello superar las añejas concepciones civilistas que tenían como fundamento la culpa del servidor público, es una realidad innegable que la Ley Fundamental no establece la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial y por el anormal funcionamiento de la administración e impartición de justicia en el ámbito federal, pues como ya quedó plenamente evidenciado acotó la materia de indemnización solo a la actividad administrativa irregular, dejando fuera la actividad jurisdiccional irregular, es decir, no está consagrada constitucionalmente la responsabilidad patrimonial del Estado mexicano en materia judicial, en caso de error judicial.

Hay consenso unánime de que la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro país es escasa y además limitada porque la Constitución según ya expresamos, la restringió a la actividad administrativa irregular del Estado, por tanto no se prevé respecto de las actividades derivadas de la función pública de los poderes Judicial y Legislativo. En la actualidad los juzgadores y legisladores mexicanos no son sujetos de responsabilidad patrimonial por los daños que generen a la sociedad. El Estado mexicano sigue siendo irresponsable por sus actos en su función pública legislativa y judicial, hay una exclusión expresa por parte del legislador mexicano de la responsabilidad patrimonial por error judicial y anormal funcionamiento de la administración e impartición de justicia.

[1385] CASTRO ESTRADA, Álvaro, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México. Fundamento Constitucional y Legislativo", *Estudios sobre la Responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México,* México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2007, p. 546.

La redacción actual del artículo 113 Constitucional en materia de indemnizaciones por parte del Estado mexicano, resulta insuficiente para la protección de los derechos humanos y en franca violación al Artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), toda vez que al suscribir dicho pacto internacional el Estado Mexicano adquirió la obligación de indemnizar conforme a la ley, a sus gobernados en caso de haber sido condenados en sentencia firme por error judicial, la actual redacción del artículo 113 constitucional, establece que:

"La **responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular**, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes."

Nuestra Constitución no establece la indemnización por error judicial, pues acotó la materia de indemnización solo a la actividad administrativa irregular, dejando fuera la actividad jurisdiccional irregular. **En México no hay una legislación mediante la cual se pueda reconocer que hubo error judicial y responsabilidad del Estado.**

Es importantísimo precisar que con la reforma en materia de derechos humanos se plasmaron grandes cambios en el paradigma constitucional en lo **sustantivo** y en lo **operativo**. Los *cambios sustantivos* se derivan básicamente en la armonización constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos (armonía del paradigma constitucional con el convencional), el problema que vemos en este proceso no se da en los cambios sustantivos, sino en los *cambios operativos*, porque si bien es cierto la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial se encuentra vigente en nuestro país de manera sustantiva y obligatoria por lo establecido en el artículo 10 de la Convención Americana de los Derechos Humanos por ser ésta parte del derecho interno, donde encontramos la falla es en los cambios operativos, que se traduce en la imposibilidad procesal de hacer valer el derecho a ser indemnizado por error judicial ya que en México no existen las herramientas, mecanismos y procedimientos para garantizar su cumplimiento, y es justamente aquí donde radica la esencia del problema planteado.

El catálogo de los derechos humanos no es cerrado y como sabemos no está limitado a los que se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución, porque las normas internacionales de derechos humanos vienen a complementar la lista de los derechos consagrados en la Norma

Fundamental, por lo cual los tratados y convenciones internacionales actúan como normas subsidiarias del texto constitucional, esto representa los cambios sustantivos a que he hecho mención, ya que la protección y defensa de los derechos humanos hoy día no es asunto cuya competencia sea exclusiva de la jurisdicción de cada Estado, sino que es un asunto de corresponsabilidad que también compete a la comunidad internacional, ya que los derechos fundamentales al igual que los derechos humanos son parte integrante del concepto moderno de Constitución.

El Estado mexicano no puede optar por satisfacer o considerar como derechos sólo algunos y dejar a un lado o fuera de consideración y protección a otros, como el derecho a la indemnización por error judicial y anormal funcionamiento de la administración e impartición de la justicia en México, ya que el ser humano es el titular de todos los derechos reconocidos y no se le pueden menoscabar, regatear, escatimar o desconocer por la razón que fuere ninguno de sus derechos.

Los órganos del Estado, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en cumplimiento de los tratados internacionales deben abstenerse de determinadas conductas, pero tienen que realizar actos positivos de protección, adecuaciones legislativas, modificación de prácticas administrativas y tutela jurisdiccional de los derechos que se ha obligado a respetar dicho Estado, es decir, cada órgano del Estado debe, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicar los tratados internacionales haciendo efectivos los derechos que ellos consagran.

Esto permite afirmar y dejar en claro que los compromisos y deberes que los Estados adquieren a través de los tratados de Derechos Humanos **corren a cargo de sus órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales**. De esta forma, el deber de los Estados se transmite a todos los órganos que lo componen y, de igual manera, cualquiera de éstos puede generar la responsabilidad internacional del Estado por acciones u omisiones que signifiquen una violación a los compromisos internacionales derivados de un tratado de Derechos Humanos.

Cabe destacar que los preceptos que contienen los tratados enuncian normas de diverso alcance, categoría y, por lo tanto, efectividad. Por eso, hay normas cuya aplicación directa no significa mayor problema, toda vez que su redacción es tajante, no requieren ser detalladas legislativamente y, por lo general, no admiten excepciones. En otras ocasiones, las normas poseen un contenido genérico y abstracto que requieren posteriores actos legislativos que las

detallen o hagan posible su aplicación a casos concretos como el derecho a ser indemnizado por error judicial previsto en el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que entra dentro de esta categoría, generalmente son mandatos al legislador, pero esto no debe ser obstáculo para que el resto de los órganos administrativos y judiciales las tomen en cuenta como pautas de actuación o interpretación, al realizar las labores que les son propias. Finalmente, otras normas establecen límites al goce y disfrute de determinados derechos, dejando en manos de cada Estado establecer sus alcances, de acuerdo con las limitaciones que imponen nociones como las de orden público o seguridad nacional, entre otras.[1386]

Si bien es cierto que en las convenciones internacionales de derechos humanos *pueden encontrarse derechos que no están previstos* en nuestra Constitución, como "perspectivas complementarias" a las que ofrece la norma fundamental (como la contenida en el artículo 10 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, relativa al Derecho que tiene toda persona de ser indemnizada conforme a la ley, en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial, figura que en el ordenamiento jurídico fundamental de nuestro país no existe, también lo es que tampoco en el ordenamiento federal secundario existe un procedimiento para cuantificar el monto a indemnizar.

En México la falta de reconocimiento jurídico de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en el funcionamiento de la Administración de Justicia, trae como consecuencia la **imposibilidad legal del particular para obtener una indemnización por los daños causados por la actividad jurisdiccional estatal** a través de procedimientos ágiles y sencillos, y por otro que la ausencia de regulación genera incertidumbre entre los usuarios de éste servicio, dando cabida a su flexibilización, atenuación, excepcionalidad e incluso corrupción.

Para identificar el contexto prevaleciente en nuestro país sobre el tema del error judicial y de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada del mismo, resulta ilustrativo remitirnos a un señalamiento que al respecto emitiera el señor Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), José Ramón Cossío Díaz, quien indicó que en México no existe recurso

[1386] CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "México y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en *Transición Democrática y Protección a los Derechos Humanos. Protección Universal de los Derechos Humanos*, 1ª ed., México, D.F., Editado por Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), 2004, t. III, pp. 51-53.

legal para que las personas que fueron puestas en libertad, después de permanecer en prisión, actúen en contra de los que los encarcelaron. Según Cossío Díaz:

"No tenemos esto, en algunos otros países lo tienen por algunas figuras que se llama el error judicial, nosotros no lo hemos incorporado a nuestra legislación, de manera que eso no se da." [1387]

Frente a la carencia de disposiciones normativas que a nivel federal establezcan la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de errores judiciales es menester efectuar una **propuesta de reforma legislativa** presentada ante el Congreso de la Unión para regular dicha figura en nuestro país.

México no ha tenido la voluntad política para adecuar y armonizar el marco constitucional con el convencional, porque la generalidad de los ciudadanos mexicanos tienen una pésima idea del sistema de impartición de justicia prevaleciente en nuestro país, y no dudan en pensar de que personas inocentes están encarceladas, por ello este trabajo patentiza la idea de la *urgente necesidad de regulación constitucional en nuestro país de la indemnización patrimonial por error judicial para la debida aplicación del paradigma convencional*. Países como Chile, Colombia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Perú, la República Bolivariana de Venezuela, han cumplido con lo establecido en el artículo 2º de la Convención Americana ya que han adoptado las disposiciones de derecho interno con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades consagrados en dicho instrumento convencional, lo que en la realidad práctica de los hechos el Estado mexicano no cumplido plenamente, por lo que es responsable internacionalmente de esta omisión legislativa que constituye una evidente y clara violación de derechos humanos en agravio y perjuicio de sus gobernados.

Pensamos que una adecuada declaración normativa a nivel constitucional en cuanto al derecho indemnizatorio por error judicial y conociendo los presupuestos de su naturaleza jurídica, permitirá al Estado-Juez que conozca esta causa el tener que adoptar mejores criterios para llenar los vacíos legales de índole constitucional en cuanto a la satisfacción real del

[1387] El pronunciamiento del Ministro Cossío se expresó en el marco del llamado "Caso Acteal", en donde la SCJN ordenó la liberación inmediata de 20 personas por violaciones procesales en sus respectivos juicios, situación que llevó a desvirtuar el material probatorio de las acusaciones. Información citada en GONZALEZ RODRIGUEZ, José de Jesús, *op. cit.*, nota 169, p.15

resarcimiento por errores judiciales, en aras del respeto de la dignidad de la persona que tutela la misma Constitución y los tratados internacionales de la materia.

Por tanto como solución y respuesta a la problemática planteada frente a la ausencia del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en su función jurisdiccional, podemos considerar como válida y necesaria que nuestra Constitución sea modificada en la redacción del artículo 113 constitucional para que con ello se logre el reconocimiento y la obligatoriedad indemnizatoria por error judicial y anormal funcionamiento de la administración e impartición de justicia, competencia exclusiva de los Tribunales del Estado, para que en México haya una adecuada regulación de la indemnización patrimonial por error judicial a la luz del paradigma de convencionalidad, respetándose la integridad patrimonial de los gobernados cuando sufran daños por causa de una actividad jurisdiccional estatal que sea contraria a derecho o a los criterios generales que deben regir su desempeño.

Para los fines de las conclusiones a las que hemos arribado anteriormente y que el planteamiento del problema presentado pueda tener una solución viable que satisfaga la necesidad observada en materia legislativa y de esta manera hacer compatible y lograr la armonía del paradigma constitucional con el convencional respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración e impartición de justicia; se hace necesario por la carencia de disposiciones normativas que establezcan la responsabilidad patrimonial del Estado derivada por errores judiciales con el propósito de proteger a los gobernados en sus derechos frente a los actos de autoridad que lesionen su patrimonio y prerrogativas fundamentales, una reforma y adición al segundo párrafo del artículo 113 constitucional que defina sobre líneas esenciales ese régimen de responsabilidad, para quedar como sigue:

"La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, **por error judicial así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración e impartición de justicia**, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización a cargo del Estado conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes." (Énfasis añadido).

Bibliografía.

CARBONELL, Miguel, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, 1ª ed., México, Coeditado por Editorial Porrúa-UNAM, 2013.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible para consulta en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "México y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en *Transición Democrática y Protección a los Derechos Humanos. Protección Universal de los Derechos Humanos*, 1ª ed., México, D.F., Editado por Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), 2004, t. III.

CASTRO ESTRADA, Álvaro, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México. Fundamento Constitucional y Legislativo", *Estudios sobre la Responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México,* México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2007.

CIENFUEGOS SALGADO, David, "Responsabilidad Estatal y Error Judicial en México", *Revista Lex, Difusión y Análisis*, México, tercera época, año VI, número 62, agosto 2000, p. 294.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *et al.,* "La Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Una Fuente convencional del Derecho Procesal Constitucional", en Zaldívar Lelo de Larrea (comp.), *Derecho Procesal Constitucional Obra Jurídica Enciclopédica* en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario, 1ª ed., México, Coeditado por Editorial Porrúa y Centro de Investigación e Informática Jurídica (ELD), 2012.

GORDILLO, Agustín, *et al*., *Derechos Humanos*, 4ª ed., Buenos Aires, Argentina, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 1999.

LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, "La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial", *Estudios sobre la Responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México,* México, UNAM, 2007.

MARROQUÍN ZALETA, Jaime Manuel, "El Error Judicial Inexcusable como causa de Responsabilidad Administrativa", *Ensayos Jurídicos en Memoria de José María Cájica Camacho*, 1ª ed., Puebla, Pue., Editorial Cájica, S.A. de C.V., 2002, Vol. II.

PEREIRA ANABALÓN, Hugo, "La protección de los derechos humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XL, núms. 172-174, julio-diciembre de 1996.

RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, *et al., Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos, Bloque de Constitucionalidad*, coeditado por Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Bloque de constitucionalidad.pdf

RODRÍGUEZ MOGUEL, Ernesto A., *Metodología de la Investigación*, 1ª edic. En la Colección Héctor Merino Rodríguez, editado por Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Villahermosa, Tabasco, agosto de 2003.

CAPÍTULO VII. LA PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA COMO PROYECCIÓN DEL DERECHO AL MíNIMO VITAL.

Ángel Morales Velueta[1388]

SUMARIO:

Introducción. Desarrollo metodológico. Análisis de resultados. 1. El desarrollo de las teorías del sacrificio: las teorías del sacrificio absoluto igual del sacrificio proporcional igual y del sacrificio marginal igual. 2. El origen de los índices de la capacidad económica. 3. Principio de Proporcionalidad en la Constitución Política en México. 4. En los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Conclusiones.

RESUMEN:

La suprema corte de justicia ha establecido el derecho al mínimo vital como proyección del principio de proporcionalidad tributaria, y ha establecido que es una garantía para los gobernados que consiste en que el legislador debe respetar un umbral libre o aminorado de tributación, es decir, esa proporción de ingresos que obtiene un ciudadano con sacrificio debe quedar exceptuado de gravámenes con la finalidad de salvaguardar la dignidad humana, sin embargo, este principio en su acepción y evolución histórica tiene arraigado conceptos que surgen de la ciencia económica y es por ello que pretendemos estudiar la confronta en cada de una de las etapas hasta esta interpretación sistemática con connotación de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVES: Proporcionalidad, mínimo vital, renta, propiedad, gastos.

ABSTRACT:

The Supreme Court has established the right to a living wage as a projection of the principle of tax proportionality, and has established that it is a guarantee for the citizens that is that the legislature must respect free threshold or lessened taxation, ie, that proportion of revenue derived sacrifice a citizen should be exempted from taxes in order to safeguard human dignity, however, this principle in its meaning and historical development is rooted concepts arising from economic science and that is why we intend to study confronts each one of the stages to this systematic interpretation connotation of human rights.

KEYWORDS: Proportionality, minimum living, income, property expenses.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analiza la evolución histórica del principio de proporcionalidad desde la concepción económica de las teorías del sacrificio de Jhon Stuart Mill, estudiados por los economistas Cohen Stuart y Edgeworth, estableciendo como la proporción de ingresos de una persona debe sacrificarse en razón del beneficio que se obtiene, tomando en cuenta la colectividad y la forma en que ese sacrificio puede reflejarse en un beneficio para toda la sociedad, de ahí pasaremos a las etapas de la proporcionalidad denominado también como capacidad económica y las formas de manifestación de riqueza en la rentabilidad, propiedad o

[1388] División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Prolongación de Av. Paseo Usumacinta s/n, Ranchería González 1ª Sección, C.P. 86280 Villahermosa Tabasco, México. Correo: mastervelueta@hotmail.com.

el gasto, y culminaremos este estudio en la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos así como también desde los criterios en la suprema corte de justicia de la nación.

DESARROLLO METODOLÓGICO.

La metodología utilizada fue a través de técnicas de investigación bibliográfica, documental. La bibliografía útil fue de diversos autores, Internet, documentos de archivos, así mismo para el trabajo un enfoque metodológico cuantitativo y cualitativo, basado en observación, revisión y análisis de los contenido relacionados con el sistema tributario vigente, pudiéndose precisar casos reales y la descripción del fenómeno.

ANALISIS DE RESULTADOS.

1. **El desarrollo de las teorías del sacrificio: las teorías del sacrificio absoluto igual del sacrificio proporcional igual y del sacrificio marginal igual.**

Se debe a los economistas COHEN STUART y EDGEWORTH [1389] el mérito de diferenciar con precisión tres conceptos o principios del sacrificio, tomando como punto de partida la idea del "sacrificio igual" de Mill. Dichos principios son:

1.- *Sacrificio absoluto igual*: según esta interpretación, cada contribuyente debe abonar un impuesto tal que su pago le ocasione un sacrificio igual al que experimentan los demás contribuyentes. Es decir, la utilidad de las unidades monetarias de renta substraídas debe ser la misma para todos los contribuyentes.

De todas las posibles interpretaciones del principio de Mill, la teoría del sacrificio absoluto igual es la que menos elementos distributivos encierra, ya que todos los contribuyentes ceden la misma utilidad a la Hacienda Pública con independencia de la proporción que dicha utilidad represente sobre el total.

2.- *Sacrificio proporcional igual*: Esta interpretación exige que cada uno de los contribuyentes debe pagar aquella suma impositiva que le ocasione un sacrificio que sea idéntica proporción de la utilidad total de que disfruta antes del impuesto. Es decir, la utilidad de las unidades de renta substraídas, para todos los contribuyentes, debe ser proporcional a la utilidad de la totalidad de la renta que tenían antes del impuesto. Esta definición del principio del sacrificio

[1389]Cohen Stuart Arnold Jacob. Brijdrage tot de Theorie der progressieve Inkomstenbelasting. Ed. Martinus Nijhoff, La Haya, Holanda, 1889 y EDGEWORTH, Francis Ysidro. Paper is Relaiing to política! Economy. Ed. Macmillan and Co., Ltd., Londres, 1925, vol. 11, pág. 100 y ss. Se encuentran extractos en castellano de estas obras en ALBI IBÁÑEZ, Emilio. "Clásicos del enfoque de la capacidad de pago", en Hacienda Pública Española nº 39, 1976, pág. 169.

igual tiene el mérito de mantener las situaciones relativas de los contribuyentes, haciendo que el desplazamiento de utilidad sea mayor para aquél que más tiene.

3.- *Sacrificio mínimo o sacrificio marginal igual.* Según esta versión del principio, cada uno de los contribuyentes debe pagar aquel impuesto que ocasione a la colectividad un sacrificio total mínimo. Mill creyó que era suficiente con exigir que los individuos tributasen según el principio del sacrificio igual para lograr la minimización del sacrificio de la colectividad. En este sentido, afirmaba que "los sacrificios que les exija deben, por así decir, presionar a todos por igual en la medida de lo posible, lo cual debe observarse que es la manera de que el sacrificio para el conjunto sea menor.

Sin embargo, la consecución del sacrificio mínimo requiere, en palabras de PIGOU[1390] que la carga tributaria se distribuya "de tal forma que la utilidad marginal del dinero que se gasta en tributar sea igual para todos los contribuyentes.

Esta interpretación del principio del sacrificio igual se configura como la versión más beligerante en la incorporación de elementos distributivos, de forma que tiende a eliminar radicalmente las diferencias iniciales de utilidad entre los contribuyentes"

Pese a que todos los cultivadores de la Economía financiera coinciden en la acertada formulación del principio del sacrificio igual conforme a estas tres posibles interpretaciones, no existe, sin embargo, una posición unánime respecto a cuál de ellas constituye la opción óptima.

Este planteamiento, llevado hasta sus últimas consecuencias, no sólo constituiría la máxima de una distribución justa de la carga tributaria, sino que "si el volumen de la recaudación que se precisa no es bastante para absorber la totalidad de los excedentes por encima del mínimo - en palabras de Edgeworth, si la tributación no es suficiente para que alcance a todos - , el procedimiento lógico para atender la necesidades públicas sería detraer la parte superior de las rentas más elevadas y continuar posteriormente gravando las rentas medias, otorgando subvenciones con la recaudación que se obtenga a las rentas más pequeñas hasta lograr una nivelación absoluta de la igualdad[1391].

2. El origen de los índices de la capacidad económica.

[1390] PIGOU, Arthur C. Hacienda Pública. (Traducido por Gonzalo Guasp). Ed. Instituto deEstudios Fiscales, Madrid, 1974, pág. 107.

[1391] PIGOU, A.C., ob. cu., págs. 107-108.

Las personas se muestran económicamente como unos que adquieren unas rentas poseen unos bienes y realizan unos gastos de este modo podemos definir unas realidades económicas que aunque indudablemente relacionadas entre sí pueden configurar manifestaciones diferentes de capacidad económica

Por ello la cuestión inmediata la cuestión que se plantea cuando se acepta la tributación conforme al principio de capacidad económica consiste en decantarse por algunas de estas realidades económicas (o por una combinación de ellas) como el índice óptimo de expresión de la capacidad económica de los contribuyentes.

a. *La propiedad y la renta como índices de capacidad económica.*

Comúnmente se mantenido que la propiedad constituyo el primer índice utilizado para medir la capacidad de pago de los individuos seguidos en estas exposición SELIGMAN[1392] su adopción seria la superación del impuesto de capitación que se utilizaban en las sociedad primitivas como una toca manifestación de justicia tributaria dada la igualdad aproximada de las habilidades de sus miembros.

Una vez comenzada la diferencia social y sobre todo económica el impuesto de capitación sobrevino necesariamente injusto la existencia de desigualdades en relación a la propiedad de las cosas hizo necesarios adoptar un criterio de justicia que tomase a la propiedad como el índice más adecuado de manifestación de la capacidad económica.

De este modo indica SELIGMAN[1393] las leyes de pobres dictadas por Isabel de Inglaterra en 1596 constituyen el intento más antiguo de recepción de la propiedad como índice de justicia tributaria así el sustento de las clases más necesitadas era financiada gracias a los impuestos regulados en esta norma que recaían sobre los propietarios de bienes.

No obstante fue frecuente que la fórmula empleada para establecer los tributos fuese en gravamen del producto bruto lo que no debe extrañarnos si consideramos que en una economía agrícola donde los gastos de cultivo pueden variar muy poco existe una estrecha relación entre

[1392] SELIGMAN Essays taxativos new your 1895 cap.1 existe una traducción del castellano en el capítulo primero de dicha obra bajo el título del desarrollo de la imposición en hacienda pública española pág.149 ss.

[1393] SELIGMAN E.R. el desarrollo de la imposición ob. cid.pag.157

el producto bruto de la tierra y el valor de la propiedad en una prueba bastante exacta de la capacidad de pago.[1394]

La llegada de la revolución industrial finales del X VIII y principios del XIX introdujo un factor de diferenciación en la rentabilidad del capital a partir del capital deja de ser casi exclusivamente inmobiliario para dar paso a un puntaje capital mobiliario que introduce una mayor heterogeneidad en la tasa de la rentabilidad del mismo.

Por esta razón, el producto bruto, al variar la cuantía de los gastos según el tipo de capital utilizado, pierde fiabilidad como índice de capacidad económica siendo precisa su sustitución por el producto neto que se define como el propio producto bruto menos los gastos necesarios de producción.[1395]

Sin embargo el sistema no era enteramente satisfactorio ya que los tributos valoraban más el producto de la fuente que la persona que percibía la renta. Habrá que esperar al desarrollo de la tesis sobre la personalización de los tributos para alcanzar la última fase de la evolución cuyo elemento más característico consiste en el establecimiento de un impuesto personal que recayese sobre la renta del contribuyente.[1396]

No obstante destaca SELIGMAN este último estadio implica importantes dificultades administrativas y presupone una avanzada fase moralidad y probidad política donde todavía no se alcanzado esta fase sería mejor continuar con el sistema de impuesto con el producto.[1397]

En definitiva podemos constatar como los estudiosos de la actividad financiera a considerado la renta gravada preferentemente a través de un impuesto personal como el primer índice de la capacidad de pago en este sentido NEUMARK ha firmado que desde Adán Smith como más tarde se ha impuesto la renta del que impuesto contribuyente constituye sino la única si la mejor capacidad tributaria.[1398]

Esta preferencia por el gravamen de la renta personal, como mejor indicador de la capacidad económica, va unida a las posibilidades que ofrece este impuesto para introducir cierto grado

---

[1394] IBIDEM pág. 159.
[1395] IBIDEM pág. 159.
[1396] FUENTES QUINTANA sostiene que la adopción de la renta como índice más expresivo de la capacidad de pago solo puede hacerse a principios de siglo, tras el desarrollo de la contabilidad. El citado autor afirma que la renta es un concepto "contable y subjetivo". Se basa en un cálculo contable y exige siempre la existencia de una persona. Mientras no se produjo la aplicación general de la contabilidad al mundo de la empresa, el concepto de renta no penetró en la vida económica o fiscal. La renta como concepto económico precede a la renta como idea fiscal, EN FUENTES QUINTANA E. Hacienda pública principios y estructura de la imposición op. cit. pág. 63.
[1397] SELIGMAR., E.R ob, cit. Pag., 151
[1398] Neumark F. Principios de la imposición, ob. Cit., pág., 151.

de progresividad y ajustarse a las circunstancias familiares y personales del contribuyente (situación familiar estado civil edad etc.,) frente a la presunta regresividad que acompaña siempre -en opinión a los autores- a los impuestos sobre el consumo.

En la década de los setentas, dos documentos muy conocidos vinieron a confirmar esta línea de pensamiento: el informe neuma (1962) y el informe Carter (1966).[1399]

El primer informe nació con el principal objetivo de facilitar la construcción del mercado común europeo, para lo cual era preciso un acercamiento de las diferentes legislaciones tributarias nacionales, confluyendo hacia un sistema tributario ideal cuyos fines serian la justicia, la eficacia de la asignación de recursos, la estabilidad económica, el desarrollo económico y la eficacia operativa o técnica. El citado trabajo proponía un sistema tributario que escogiese un sistema de índices de capacidad de pago, si bien la renta y el patrimonio se configuraban como índices básicos, junto con el gasto como índice complementario.

El informe de Carter acentuaba, aún más, la preponderancia de la renta como eje central de la capacidad de pago del individuo. El citado trabajo –elaborado en Canadá proponía un impuesto sobre la renta de base muy amplia, que absorbiese en su configuración al impuesto sobre sucesiones y donaciones que alcanzan un alto grado de integración con el impuesto sobre sociedades.[1400]

Además, entendía que la existencia sobre un impuesto sobre el patrimonio y de unos impuestos que graven los bienes de consumo era contraria al principio de capacidad económica. A juicio del citado estudio, "se debería o bien renunciar a ellos o integrarlos en el impuesto sobre la renta de las personas físicas…mediante el establecimiento de una desgravación específica, que podría aplicarse al impuesto sobre la renta de los particulares, del cual éstos últimos podrían, según el caso, obtener un reembolso".[1401]

Con carácter general, pues, puedo afirmar que las diversas propuestas de reforma tributaria han sido dirigidas a la ampliación del concepto fiscal de renta, partiendo siempre de la tesis

[1399] Existen versiones en el castellano de ambos informes en informe del Comité Fiscal y Financiero De La Comunidad Económica Europea (Informe Neumark) estudios fiscales de Madrid, 1975.

[1400] En realidad, la propuesta del informe Carter requería la supresión del impuesto sobre sociedades y la tributación en el impuesto sobre la renta de los socios de cualquier plusvalía que generase la tenencia de participaciones de una sociedad, con independencia de su efectiva realización.

[1401] Ibidem, págs. 40-41.

tradicional elaborada por HAIG-SIMONS que configuraba la renta como la suma del consumo más el incremento patrimonial neto.[1402]

b. El gasto como unidad de medición de la capacidad económica.

Por otra parte, siempre han existido opiniones que han sostenido que la renta constituía un índice de capacidad de pago de menor significación que el gasto o el consumo.

En esta línea, podemos remontarnos a HOBBES cuando afirmaba que "la igualdad de imposición consiste más bien en la igualdad de aquello que es consumido que de las riquezas de las personas que lo consumen. Pero ¿qué razón hay para que aquel que trabaja mucho y, ahorrando los frutos de su labor, consume poco, tenga que soportar más cargas que aquél que, viviendo en la ociosidad, obtiene poco, y gasta cuanto obtiene, si uno no tiene más protección de la República que el otro?[1403]

No obstante, los hacendistas han venido considerando a Mill como el artífice de los primeros argumentos económicos en favor de un impuesto sobre el gasto en sustitución del gravamen sobre la renta.

En honor a la verdad, el pensamiento de Mill responde más a una consideración sobre la injusticia del gravamen de determinado tipo de rentas, en concreto la tributación del ahorro'", que a favor de la instauración de un impuesto sobre el gasto.

Incluso, llegó a manifestarse contrario a la propuesta de instauración de un impuesto directo sobre el gasto efectuada por un contemporáneo suyo (REYANS) sobre la base de una mayor seguridad en la veracidad de las declaraciones de los contribuyentes. Así, MILL afirmaba que "no hay razón para suponer que sus declaraciones serían más dignas de confianza con respecto a sus gastos que con respecto a sus ingresos; sobre todo porque, como los gastos de la mayor parte de las personas se componen de más partidas que los ingresos, sería mucho mayor la posibilidad de ocultación y supresión de los detalles de los gastos que de los ingresos"[1404]

Con posterioridad, varios autores han mostrado sus preferencias hacia la tributación del gasto como criterio más acertado de medición de la capacidad de pago de los contribuyentes, como -

[1402] Una visión detallada de la evolución del concepto de renta, elaborado por la Hacienda Pública, puede verse en Fuentes Quintana, E. Hacienda Pública . Principios y Estructuras de la imposición., ob cit., pág 191.
[1403] HOBBES. T. ob. cit,. pág. 417.
[1404]MILL, J.S., ob. cit., pág. 712.

por ejemplo- MARSHALL y FISHER, aunque modernamente se deba a KALDOR la aportación más sugerente en esta materia.

En su obra En Expeditare Tax, el último de los autores citados aboga por un impuesto personal y progresivo sobre el gasto como mejor criterio de justicia en el reparto de la carga tributaria, ya que un tributo de semejantes características favorecería la eficiencia y progreso económico sin desmerecer los objetivos igualitarios o redistributivos que se han predicado siempre del impuesto personal sobre la renta.

Según KALDOR, la contraposición de objetivos entre eficiencia y progreso económico, por un lado, e igualdad y redistribución de riqueza, por otro, es una consecuencia necesaria de la existencia de un impuesto progresivo sobre la renta, pero "si se estableciera la imposición progresiva sobre una base de gasto, en vez de sobre la base de ingreso, sería posible avanzar hacia una sociedad igualitaria, y mejorar al mismo tiempo la eficiencia de funcionamiento y la tasa de desarrollo de la economía".[1405]

El gasto como criterio de capacidad gravable -capacidad de pago en KALDOR- configura un sistema tributario regresivo en la medida en que se materialice en un impuesto proporcional sobre el gasto real. Como es razonable suponer, una vez cubierto un mínimo indispensable, conforme se incremente la capacidad de gasto de una persona, menor será la proporción de gasto real que la misma realice'".[1406]

Por ello, la tributación sobre el gasto real no ofrece una alternativa de justicia frente a un impuesto progresivo sobre la renta. Sin embargo, en opinión de KALDOR, la renta tampoco constituye el criterio más plausible de capacidad de pago, ya que, por un lado, existen numerosas fuentes de capacidad adquisitiva y resulta imposible (excepto sobre bases muy arbitrarias) reducir a un común denominador los aumentos nominales de las mismas provocados por el efecto de la inflación y, por otro lado, en los impuestos sobre la renta suelen introducirse importantes distorsiones fruto, entre otras cosas, de la discrecionalidad política que supone eximir algunas formas de ahorro frente a otras que permanecen gravadas'"[1407]

Como corolario de sus apreciaciones, KALDOR propone un impuesto progresivo sobre el gasto basado en la noción de capacidad de gasto como criterio de capacidad gravable,

[1405] KALDOR, N., ob. cit., pág. 15.

[1406] Como afirma el propio KALDOR " aunque "la capacidad de gasto" es, con mucho, la determinante mas importante del gasto real, la una no guarda una rígida relación lineal con la otra; mientras mayor es la capacidad del gasto de un hombre, mas tiende a rezagarse su gasto real" (ibdem, pag. 48)

[1407] Ibidem, pág. 47.

mediante el que los contribuyentes tributen no sobre su gasto real (que en última instancia depende en gran medida de su propia voluntad) sino con fundamento en su potencialidad para efectuar gastos, ya que "la cantidad que un hombre puede gastar, parece al lego una medida más razonable de su capacidad gravable, que la cantidad que elige gastar".[1408]

Formulada su propuesta en estos términos, el autor británico se apresura a solucionar las dificultades que la misma comporta, anticipándose, de este modo, a las posibles críticas que los detractores de la imposición sobre el gasto le pudiera objetar.

La primera objeción que podría hacerse a un impuesto como el que plantea KALDOR consiste en la dificultad que comporta su gestión, en la medida en que sea necesario obligar a los contribuyentes a mantener registros precisos de su gasto personal. Ello podría suponer una fuerte imposición indirecta y exigiría incrementar el volumen de la Administración financiera para corroborar la veracidad de los citados registros.

Sin embargo, como afirma KALDOR, "se dejó a Irving Fisher que demostrara que los expedientes amplios de gasto personal de hecho son innecesarios para la Administración del impuesto, ya que el gasto podría computarse, en principio, como la diferencia entre ciertas entradas y salidas monetarias":[1409]

De este modo, para el autor citado, el gasto bruto sería la resultante, por un lado, de sumar los depósitos bancarios y efectivo al principio del año más los diferentes ingresos -en dinero o en especie- provenientes de sueldos y salarios, intereses y dividendos, así como todas las demás clases de ingresos a los que se aplique el actual impuesto sobre la renta, sin olvidar las herencias, donaciones, ganancias del juego, etc.; y adicionando también el dinero tomado a préstamo o recibido como pago de préstamos y el producto de la venta de inversiones; y, por otro lado, de restar los saldos bancarios y efectivo al final del año, así como el dinero prestado o pagado por empréstitos anteriores y la compra de inversiones.

Finalmente, el gasto gravable sería el resultado de sustraer del gasto bruto, en los términos descritos en el párrafo anterior, los gastos exentos (que constituiría un auténtico mínimo exento) y de sumar o restar, según proceda, diversos ajustes imprescindibles para computar el consumo de los bienes duraderos cuya utilización se extiende a varios años.[1410]

[1408] Ibidem, pág. 29.
[1409] Ibidem, pág. 193.
[1410] Ibidem, págs. 194-195.

Pero, probablemente la crítica más profunda que podría efectuarse a un impuesto sobre el gasto, como sustituto de un impuesto sobre la renta, se centra en el posible incremento de la desigualdad que provocaría las facilidades dadas a la acumulación de grandes fortunas, que en definitiva benefician a aquellos que más renta poseen, como consecuencia de la no tributación del ahorro.

Abundando en dicho argumento, MUSGRAVE elabora un ejemplo en el que puede apreciarse claramente como un impuesto sobre el gasto personal provocaría los mismos efectos económicos que un impuesto sobre la renta que excluyese de su base las rentas del capital, gravando exclusivamente las rentas salariales. [1411]

No parece que sea necesario insistir mucho para alcanzar la convicción de la profunda injusticia que supondría gravar únicamente las rentas de los que viven de su propio trabajo, dejando incólumes las rentas del capital, salvo que -a nuestro juicio- se introdujese una tributación complementaria sobre el patrimonio que restaurase la justicia perdida por la acción exclusiva de un impuesto sobre el gasto.

KALDOR sostiene que un impuesto sobre el gasto personal constituye un importante estímulo para el ahorro y desalentará la desinversión. Sin embargo, disiente en que esta circunstancia sea suficiente para provocar un incremento de la desigualdad, ya que la distribución final del ahorro dependerá de la escala de progresividad que adopte el impuesto. De este modo, la configuración de dicha escala puede manipularse de forma que la progresividad del impuesto sobre el gasto llegue a ser incluso mayor que la que existía previamente con un impuesto sobre la renta'".[1412]

Pese a todo, KALDOR es consciente del acierto -al menos en parte- de la objeción que venimos comentando, por lo que se ve obligado a apelar a otras consideraciones que justifiquen la generación de cierto grado de desigualdad económica: "también puede alegarse que si un impuesto al gasto, a diferencia de un impuesto al ingreso, brinda la oportunidad a hombres excepcionales de hacer fortunas a través de sus empresas, hay una clara ganancia social en la mayor acumulación de capital, que compensa con creces cualquier pérdida tangible en forma de una mayor desigualdad económica o social.[1413]

[1411] MUSGRA VE, Richard A. & MUSGRAVE, Peggy B. Hacienda Pública Teórica y Aplicada. Ed. Mc Graw-Hill, 5ª edición, 1992, pág. 274.
[1412] KALDOR, N., ob. cit., pág. 49.
[1413] Ibidem, pág. 50.

El punto de partida de la propuesta de KALDOR fue siempre su intención de hacer compatible los objetivos de crecimiento económico y de redistribución de riqueza en el diseño del sistema tributario. Por esta razón, era previsible que, en un contexto de bonanza económica como el vivido durante las décadas de los cincuenta y sesenta, sus ideas no tuvieran una gran acogida.

Sin embargo, la crisis económica de los años setenta obligó a replantearse los objetivos del sistema tributario que hasta ahora giraba en torno a los impuestos personales y progresivos sobre la renta, diseñados con la intención de conseguir cierto grado de redistribución de la renta, de modo que se traslada al primer plano de la discusión científica las cuestiones de crecimiento y eficacia económica, hasta el punto de que MUSGRAVE, a la vista de la literatura económica de los últimos años, ha afirmado que "la eficacia ha suplantado a la equidad como tema fundamental".[1414]

Como consecuencia de esta tendencia han aparecido diversos informes, siendo el más conocido el informe Meade, que han recogido la propuesta de instauración de un impuesto sobre el gasto personal, en la línea del pensamiento expresado por KALDOR, como alternativa a los tradicionales impuestos sobre la renta.

La comisión Meade, que comenzó sus trabajos en 1975, se encontraba fuertemente condicionada por la situación de recesión generalizada de la económica mundial, lo que, sin duda, explica su primordial preocupación por la consecución de los objetivos de eficacia y crecimiento económico.

Ello no significa, en modo alguno, que se produjese un olvido de los objetivos de equidad, que siguen estando presentes en el mencionado informe, sino que se subraya su posible enfrentamiento con los objetivos de eficacia y crecimiento económico. Por ello, en palabras de los redactores del informe, "buscamos las disposiciones fiscales más neutrales posibles en sus efectos en el mercado respecto de su influencia sobre las decisiones y preferencias del contribuyente. El propósito de esta búsqueda es encontrar una estructura que introduzca cuantas menos distorsiones no planificadas sea posible. En otras palabras, mi opinión es que, lo antes posible, se debe comenzar con la base firme de una estructura general interrelacionada

[1414] MUSGRAVE, Richard A. "Los principios de equidad en la Hacienda Pública", en La influencia de la Hacienda Pública en el quehacer político. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, pág. 165.

de impuestos generales que sea lo más neutral posible respecto de sus efectos sobre las decisiones de mercado".[1415]

Para conseguir tan anhelado objetivo de neutralidad se propone -como solución modélica- un cambio de rumbo en el sistema tributario británico, de forma que el eje de la tributación recaiga sobre un impuesto universal sobre el gasto, aunque, a continuación, se reconocen los serios problemas de transición que en la práctica comportaría su adopción. Por esta razón, cuando se juzgue inoportuna la vía de la tributación sobre el gasto, se propone como alternativa la ampliación de la base imponible con el fin de obtener un impuesto extensivo sobre la renta".[1416]

c. El patrimonio como unidad de medida de la capacidad económica.

Pero las discusiones en torno al índice que mejor expresa la capacidad económica del contribuyente no se agotan en la disyuntiva entre la renta y el gasto. Los estudiosos de la Hacienda Pública han sostenido la posibilidad -no exenta de opiniones críticas- de gravar el patrimonio como tercera manifestación de la capacidad económica de los individuos.

La posición contraria a la existencia de un impuesto sobre el patrimonio se ha sustentado fundamentalmente sobre dos argumentos: en primer lugar, se ha afirmado que el patrimonio no expresa una capacidad económica autónoma respecto de la renta y, en segundo lugar, se ha sostenido que pueden existir serias dificultades administrativas para la puesta en funcionamiento de un impuesto sobre el patrimonio global de los contribuyentes. Esta última circunstancia explicaría el establecimiento de unos tipos muy reducidos en los países en que existe este impuesto.

Con respecto a la primera cuestión, los autores que aprecian una falta de autonomía del patrimonio como índice de capacidad económica respecto de la renta que genera dicho patrimonio basan su razonamiento en una equiparación entre capital y patrimonio, arguyendo los peligros que su gravamen comporta para la acumulación del capital y para el consiguiente crecimiento económico.

Como afirma NEUMARK, estos autores consideran el mantenimiento intacto del capital como una regla fundamental de la conducta económica racional que debe ser respetada por la

[1415] COMISIÓN MEADE. Estructura y reforma de la imposición indirecta. (Traducido por Emilio Albi lbáñez). Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, pág. 75

[1416] Ibidem, pág. 743.

autoridad impositiva. Por ello, no puede pensarse en el patrimonio como fuente tributaria más allá de la renta que dicho patrimonio sea capaz de generar."[1417]

En este orden de ideas, una de las opiniones más radicales al respecto la ha aportado GAFFURI. Desde una interpretación jurídica del artículo 53 de la Constitución italiana, según la cual el principio de capacidad económica exige que los impuestos recaigan sobre hechos que denoten fuerza económica, pero respetando siempre la subsistencia de la económica privada[1418]; el citado autor sostiene que los medios de producción no expresan aptitud para la contribución y, por tanto, un impuesto sobre el patrimonio estaría viciado de inconstitucionalidad en la medida en que pueda gravar dichos medios, siendo únicamente la renta que los mismos generan susceptible de cargas tributarias".[1419]

Por mi parte, no me atrevo a compartir esta opinión ya que creo -como señala NEUMARK- que la mera posesión de un patrimonio confiere, en sí misma, una capacidad de pago con independencia de la rentabilidad del mismo. Como advierte el autor citado, no cabe confundir patrimonio con capital, debido a que, por una parte, existen bienes improductivos -y como tales no generadores de rendimientos- que forman parte del patrimonio y, por otra, los propios bienes productivos expresan una capacidad económica diferente de aquella que denotan las rentas obtenidas de los mismos"'[1420]

En este mismo sentido, KALDOR afirma que dos individuos que poseen la misma renta no expresan la misma capacidad económica si, para uno de ellos, dicha renta proviene del trabajo personal y, para el otro, constituye una renta derivada del capital.

Según palabras textuales del mencionado autor, ello "se debe a que la posesión de una propiedad dota a un hombre de capacidad de gasto per se, independientemente del ingreso que le produce. Algunas personas objetarán seriamente este punto de vista, sobre la base de que el valor deducido de su futuro rendimiento, la riqueza vista como existencia y como corriente, constituye simplemente dos aspectos diferentes de la misma cosa, y no dos cosas diferentes; considerar el valor descontado de la corriente de riqueza, como algo adicional a la corriente de la propia riqueza significa contar la misma cosa dos veces. Todo esto bien puede ser cierto desde algunos puntos de vista, pero desde el punto de vista de la medición de la capacidad

[1417] NEUMARK, F. Principios de la Imposición, ob. cit., pág. 178.
[1418]GAFFURI, Franco. L'auitudine a/la contribuzione. Ed. Giuffre, Milano, 1969, pág. 102.
[1419] lbidem, págs. 160-161.
[1420] NEUMARK, F. Principios de la Imposición, ob. cit., pág. 179.

gravable -que es el único propósito que se persigue aquí- no es correcto decir que uno es simplemente el reflejo del otro".[1421]

En opinión de FUENTES QUINTANA, el gravamen del patrimonio no sólo es factible, desde la óptica del principio de capacidad económica, sino que incluso su existencia es inexcusable en la consecución de la justicia tributaria: "un sistema tributario que aspire a cumplir con los principios de la imposición no puede comprender tan sólo los gravámenes sobre la renta y el gasto. El patrimonio debe ser una tercera base para levantar esa fiscalidad justa y económicamente racional, a la que se aspira en las distintas sociedades contemporáneas" [1422]

Compartimos plenamente las opiniones precedentes y consideramos, pues, que el patrimonio constituye un índice de capacidad económica propio e independiente de la renta y el gasto, ya que como subrayaba el informe Mede "el patrimonio además de proporcionar una fuente de ingresos que es compatible con una vida de ocio, ofrece oportunidades, seguridad, poder social, influencia e independencia. Por este motivo puede mantenerse que, por muy bien que se establezca un sistema de imposición sobre la renta o el consumo, la equidad requiere que el patrimonio en sí se incluya en la base de la imposición progresiva (...) Puede mantenerse que el patrimonio en sí, y no la renta producida por la inversión del mismo, debe constituir base imponible".[1423]

Bien es cierto que la imposición sobre el patrimonio ha estado marcada comúnmente por su carácter complementario respecto de la tributación sobre la renta o incluso sobre el gasto, pero siempre a través de figuras tributarias cuyo objetivo fundamental -más o menos reconocido- era asegurar el control de otros impuestos o introducir cierto grado de discriminación en perjuicio de las rentas del capital".[1424]

Con respecto a la segunda de las objeciones planteadas, referente a las posibles dificultades en la gestión de un impuesto sobre el patrimonio neto, la experiencia reciente española demuestra

---

[1421] KALDOR, N., ob. cit., pág. 31.

[1422] FUENTES QUINTANA, Enrique. "Introducción a la obra de Fritz Neumark, Principios de la Imposición". Ed. Instituto de Estudios Fiscales, 2ª edición, Madrid, 1994, pág. 43.

[1423] COMISIÓN MEADE, ob. cit., pág. 119.

[1424] Esta es la opinión de BREÑA CRUZ y GARCÍA MARTÍN, quienes, pese a considerar que el impuesto sobre el patrimonio puede desarrollar una función autónoma respecto del principio de capacidad económica, opinan que el anterior impuesto extraordinario sobre el patrimonio (aprobado por ley 44/78, de 8 de septiembre) apenas cumplía con la función de discriminación cualitativa de las rentas y con la función de control censal de conocimiento de las fuentes de renta, en BREÑA CRUZ, Fernando y GARCÍA MARTÍN, José Aurelio. El Impuesto sobre el Patrimonio Neto. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, págs. 85 y 100-101.

la plena viabilidad de dicha gestión, aunque no puede ocultarse la existencia de ciertos problemas -como las cuestiones relativas a la valoración de los bienes- que, a nuestro juicio, no deben servir de argumento para denostar dicho impuesto sino, más bien, tienen que ser un acicate para la investigación en la resolución de dichos problemas.

Por lo anterior no existen obstáculos para que la renta, el gasto o el patrimonio se configuren como instrumentos de expresión de la capacidad económica de los ciudadanos, e incluso creemos que sería muy conveniente -y seguramente imprescindible según el desarrollo político y económico de las sociedades occidentales actuales- que se diseñase un sistema tributario que incluya un pluralidad de figuras impositivas destinadas a cubrir los tres índices de capacidad de pago mencionados.

3. Principio de Proporcionalidad en la Constitución Política en México.

La fracción IV del artículo 31 constitucional dice que los ciudadanos mexicanos están obligados a contribuir de manera proporcional y equitativa a los gastos públicos y, aunque en principio no se reconoció el carácter de garantía individual a esas normas, su Justiciabilidad mediante el juicio de amparo le ha dado carta de naturaleza ius fundamental, lo cual nos parece correcto atento a que la posibilidad de que los tributos sean una forma de opresión del poder público. La garantía de proporcionalidad tributaria consiste en "que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad económica",[1425] de modo que aquellos con capacidad superior lo hagan en una proporción mayor a la de contribuyentes de posibilidades económicas más reducidas.

Esta capacidad se encuentra vinculada a tarifas progresivas de cada individuo; es decir, tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, esto es que se hará una valoración en la riqueza propia de cada persona. El principio de proporcionalidad se basa en la cuestión de porcentajes de contribución al momento de exigir un porcentaje elevado en el caso de ganancias altas, y un porcentaje menor en ganancias pequeñas.

Como en todo orden jurídico, la idea de "proporcionalidad" también está presente en el mexicano, al ser una manifestación del valor de "justicia" o "razonabilidad" que lo informa lo cual, no siempre exenta discusiones. Hasta hace algunos años, ese concepto resultaba muy vago e indeterminado, simplemente equivalía a una cierta correspondencia entre intereses

[1425] Sánchez Gil,Rubén, El principio de proporcionalidad, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, , edición, 2007, pag.37.

jurídicamente protegidos, que se establecía con parámetros equívocos o inaprehensibles, cuyos alcances acaso se profundizaron sobre un tema en particular: la "proporcionalidad tributaria"; nunca se había dado en México ese concepto, un alcance tan preciso como lo tiene por la recepción del principio de proporcionalidad en sentido amplio en la jurisprudencia.

El principio de proporcionalidad también existente en nuestra legislación, toma una importancia mayor, al mostrar el interés que se tiene por proteger y salvaguardar los intereses en un sentido amplio.

En décadas recientes, dada la compleja estructura de los ordenamientos constitucionales y de los conflictos entre sus principios integrantes, la idea de proporcionalidad se ha puesto en relieve como un recurso indispensable para adecuar bienes constitucionalmente promovidos o exigidos y de satisfacción opuesta en un caso concreto, mediante la aplicación del principio del mismo nombre, cuya paradigma es el examen de la licitud de una medida legislativa en los derechos fundamentales y la que referiremos principalmente a lo largo del presente estudio.

Cuando se habla de proporcionalidad fiscal, se hace referencia a la existencia de un principio en materia tributaria, la cual debe consistir en que la proporción de ingresos que una persona física o moral que por percibir ingresos por encima del mínimo de su subsistencia, se ve obligado a pagar una cantidad proporcional y equitativa al estado sobre el impuesto.

Los criterios del principio de proporcionalidad sirven en un conflicto entre normas constitucionales, una que exige o promueve la concreta intervención legislativa en los derechos fundamentales y otra que la prohíbe, para definir en el caso concreto las fronteras de sus respectivos ámbitos de aplicación y establecer si su sentido normativo se extiende o no a él; en tales hipótesis precisa el significado de las disposiciones constitucionales a las que se adscriben ambas normas, es decir a la interpretación de aquéllas.

Entre el principio de proporcionalidad y las normas constitucionales existen diversos conflictos, debido a que mientras uno busca la reciprocidad de los gastos y el pago de impuestos de manera justa, las normas constitucionales solo establecen el cumplimiento de estos impuestos, sin el previo conocimiento de que no todas las personas ya sean físicas o colectivas son generadoras de impuesto, y por lo tanto no son responsables del pago del mismo. Sin duda alguna debe existir una buena interpretación respecto a ambos conceptos, pues de este se deriva el pago y la responsabilidad del impuesto.

La constitución mexicana en materia tributaria reconoce los principios de proporcionalidad y equidad. Sin embargo, solo se toma su aspecto objetivo, por lo que la capacidad contributiva en nuestro país implica aludir la potencialidad económica del sujeto pasivo, no así a sus circunstancias personales o familiares.

Por lo que el principio de capacidad contributiva en el sistema tributario mexicano no implica que se tenga un verdadero conocimiento de su contenido y que consecuentemente su aplicación no resulte tan efectiva como en otros países.

El sistema tributario mexicano requiere un significado concreto sobre el principio de capacidad contributiva por lo cual el principio de capacidad contributiva podrá tener una funcionalidad eficaz en aras de la justicia tributaria que es necesaria en nuestro país, para crear un ambiente de verdadera confianza entre los contribuyentes y el estado.

4. En los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado, con cierta claridad, las bases de aplicación del principio de proporcionalidad en México y podrían referirse casos en los que aplicó el examen de alguno de los sub principios del mismo. Los criterios de nuestro Tribunal Constitucional que mencionen genéricamente al principio de proporcionalidad lato sensu.

Una jurisprudencia fundamental la estableció el Pleno de la Corte sobre la equidad tributaria, sosteniendo que los "aspectos relevantes" para la constitucionalidad de una distinción legislativa en esa materia, y también en otras al ser ese principio una mera concreción fiscal del genérico de igualdad, deben establecerse según el principio de proporcionalidad.

Según unos de los criterios de la suprema corte menciona; que cada causante contribuya a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad económica, esta aportación debe ser justo y adecuado a sus ingresos, rendimientos o utilidades.

La garantía de proporcionalidad tributaria consiste "en que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad económica", de modo que aquellos con capacidad superior lo hagan en una "proporción" mayor a la de contribuyentes de posibilidades económicas más reducidas.

La proporcionalidad tributaria es una disposición constitucional sustantiva aplicable primariamente a una materia específica y para un caso muy concreto (cuantificar el monto de las contribuciones), no es como el principio de proporcionalidad una regla procedimental para

adecuar la relación casuística entre bienes jurídicos que pueden ser muy disímiles y aun carentes de una inmediata y natural relación entre sí y, sobre todo, diferentes a él.[1426]

Aunque la Suprema Corte lo haya negado en algunas ocasiones, la proporcionalidad tributaria no es más que una concreta aplicación, enfatizada por el Constituyente, del principio general de igualdad y de la misma equidad tributaria que a su vez deriva de ella; pues su fin último es "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales", lo que fiscalmente se traduce en que los contribuyentes pudientes solventen contribuciones de un importe mayor que las pagadas por los de menores recursos.

Existe una tesis llamada IMPUESTOS en la que la SCJN establece que está capacitada para atender aquellos actos en los que a la luz del PJF aparezca un impuesto que se estime exorbitante y ruinoso, o bien el Poder Legislativo se excedió en sus facultades, puesto que en amparos promovidos en materia contra impuestos se reitera que aquellos tributos que se decreten deben ser ajustados a la constitución por las respectivas autoridades.

Debido a ello, la SCJN aumentó su trabajo puesto que comenzó a sumarse el análisis constitucional de los impuestos, imponiéndole así nuevos retos.

En algún momento, la Corte incurrió en que el hecho de que un impuesto sea elevado o incluso que aumente considerablemente, no implica que se viole el artículo 31, fracción IV de la Constitución; puesto que se deben tomar en cuenta diversos factores.

La SCJN señala a la proporcionalidad como el "sacrificio" que cada gobernado debe realizar para contribuir al gasto público, siendo analizado constitucionalmente únicamente en las tasas.[1427]

La interpretación judicial de dicho principio atiende las características económicas de cada uno de los contribuyentes, por lo que bajo dicho criterio resulta complicado demostrar la desproporcionalidad de un tributo exclusivamente con argumentos jurídicos; así como también la SCJN atiende la naturaleza del tributo, es decir, a los impuestos indirectos y a los derechos.

Cabe destacar la tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de justicia de la Nación de rubro "CAPACIDAD CONTRIBUTIVA. CONSISTE EN LA POTENCIALIDAD REAL DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS PÚBLICOS.". Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación,

[1426] Tesis Aislada número: P. XXXV/2010 , Novena época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Número: XXXII Paginas: 243

[1427] Díaz Delgado, Joaquín, Los nuevos supuestos para fincar capitales constitutivos, México, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 2009

ha sostenido que el principio de proporcionalidad tributaria exigido por el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consiste en que los sujetos pasivos de un tributo deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad contributiva. Lo anterior significa que para que un gravamen sea proporcional, se requiere que el hecho imponible del tributo establecido por el Estado, refleje una auténtica manifestación de capacidad económica del sujeto pasivo, entendida ésta como la potencialidad real de contribuir a los gastos públicos. Ahora bien, tomando en consideración que todos los presupuestos de hecho de los impuestos deben tener una naturaleza económica en forma de una situación o de un movimiento de riqueza y que las consecuencias tributarias son medidas en función de esta riqueza, debe concluirse que es necesaria una estrecha relación entre el hecho imponible y la base gravable a la que se aplica la tasa o tarifa del impuesto. Así tenemos, que el principio de proporcionalidad es igual al principio de capacidad contributiva, establecida por otras legislaciones como la española, y que si bien en cuestiones de terminología es más acertado el segundo, este no lo quita sus alcances a este principio reconocido por nuestra carta magna.

CONCLUSIONES.

En realidad, si pudiera confiarse en la conciencia de los contribuyentes o asegurarse de la exactitud de sus declaraciones tomando determinadas precauciones, la mejor manera de tasar un impuesto sobre el ingreso sería gravar sólo la parte del ingreso que se dedicara a gastos, eximiendo la que se ahorra. Pues cuanto se ahorra y se invierte (y en términos generales, todos los ahorros se invierten) desde ese momento paga impuesto sobre el interés o la ganancia que produce, a pesar de que ya se gravó en el principal

La capacidad económica en materia fiscal es un elemento importante a tener en cuenta a la hora de implementar impuestos, puesto que los impuestos deben corresponder a la capacidad que tiene el sujeto pasivo para asumirlos.

El legislador, a la hora de crear un nuevo tributo, o de ampliar uno ya existente, entre los aspectos a considerar está la capacidad económica que tienen los sujetos pasivos para pagar el nuevo tributo, puesto que no se puede [o no se debería] gravar a una persona que no tienen ninguna capacidad para asumir el pago de un impuesto.

BIBLIOGRAFÍA.

Albi Ibáñez, Emilio. "Clásicos del enfoque de la capacidad de pago", en Hacienda Pública Española nº 39, 1976, pág. 169.

COMISIÓN MEADE. Estructura y reforma de la imposición indirecta. (Traducido por Emilio Albi Ibáñez). Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, pág. 75.

Díaz Delgado, Joaquín, Los nuevos supuestos para fincar capitales constitutivos, México, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 2009.

Fuentes Quintana, Enrique. "Introducción a la obra de Fritz Neumark, Principios de la Imposición". Ed. Instituto de Estudios Fiscales, 2ª edición, Madrid, 1994, pág. 43.

GaffurI, Franco. L'auitudine a/la contribuzione. Ed. Giuffre, Milano, 1969, pág. 102.

Musgrave, Richard A. "Los principios de equidad en la Hacienda Pública", en La influencia de la Hacienda Pública en el quehacer político. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, pág. 165.

Musgrave, Richard A. & MUSGRAVE, Peggy B. Hacienda Pública Teórica y Aplicada. Ed. Mc Graw-Hill, 5ª edición, 1992, pág. 274.

Neumark, F. Principios de la Imposición, ob. cit., pág. 178.

Pigou, Arthur C. Hacienda Pública. (Traducido por Gonzalo Guasp). Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974, pág. 107.

Sánchez Gil,Rubén, El principio de proporcionalidad, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, , edición, 2007, pag.37.

Tesis Aislada número: P. XXXV/2010 , Novena época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Número: XXXII Paginas: 243

CAPÍTULO VIII. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA LOGRAR LA LEGITIMIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Juan Marcelino González Garcete[1428]

SUMARIO

I. Introducción. II. Antecedentes y evolución histórica. III. Aproximación conceptual. IV. Argumentos metodológicos y su clasificación. V. Ponderación y argumentación. 1. La ponderación. 2. Los argumentos VI. ¿Por qué es necesario que el juez argumente?. Conclusiones.

RESUMEN:

En momentos en los que se debate una reforma a la administración de justicia y se experimenta lo que ha sido inevitable en otros países que poseen un modelo de control constitucional (un choque de trenes) , se estima pertinente una propuesta (al menos un intento) de solución al problema referido a los límites que se deben imponer al titular del control de constitucionalidad. Acorde con las transformaciones de la teoría jurídica en la segunda mitad del siglo XX, una alternativa en tal sentido debe incorporar aspectos sustantivos y metodológicos representados en una teoría de los principios jurídicos y de la argumentación jurídica, respectivamente. La exigencia de una teoría de los principios, entendidos como normas que legitiman el ejercicio del poder del Estado, como concreción máxima de la moral pretendida por una comunidad y elementos fundantes del ordenamiento jurídico, en conjunto con una argumentación en los niveles normativo, pragmático y valorativo, sirven de alianza estratégica para el control de la discrecionalidad en el ejercicio del control difuso y concentrado de constitucionalidad.

PALABRAS CLAVE: Argumentación jurídica, principios, valores, control de constitucionalidad, límites al ejercicio del control, validez, justicia, eficacia.

ABSTRACT:

In a moment where there is a debate on a reform for the Administration of justice and where we are witnessing what has been inevitable in other countries that have a model of constitutional control (trains collision), it becomes pertinent to formulate a proposal (at least to try to) that would solve the problem referring to the limits of constitutional control. According to the transformations of the juridical theory during the second half of the 20th century, any alternative in this sense should incorporate substantial and methodological aspects that are represented in a theory of juridical principles and of juridical argumentation, respectively.

KEYWORDS: Juridical argumentation, principles, values, constitutionality control, limits to exercising control, validity, justice, emfficiency.

INTRODUCCIÓN

El texto que presentamos a continuación no es más que una breve mirada panorámica de los elementos centrales de la argumentación jurídica, actividad fundamental de los juristas; tema

[1428] Abogado. Notario y escribano público. Doctor en derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Medalla de oro y mejor egresado de la promoción año 2.000. Master en ciencias criminológicas. Diplomados en derecho constitucional, procesal civil, procesal penal por la universidad nacional de asunción. Profesor de las cátedras de derecho constitucional, procesal y administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro de la Asociación Mundial de Derecho Administrativo. Miembro de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana. Miembro y socio fundador de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional.

que viene provocando creciente interés tanto en académicos como en operadores del sistema jurídico, entre quienes cumplen un rol de singular trascendencia.

El interés de los teóricos del derecho por la *argumentación jurídica* es un ingrediente importante de la experiencia judicial, la cual ha aumentado enormemente en los últimos tiempos. Especialmente a partir de los años 50 cuando se produce un gran resurgimiento con la aplicación de la «lógica al derecho», en parte por la posibilidad de aplicar al mismo las herramientas de la «nueva» lógica matemática[1429] y en parte como consecuencia del nacimiento de la lógica deontológica de las normas.[1430]

Justicia sea dicha, este título de la obra y mi deseo de profundizarlo surgió en el Congreso de Derecho Procesal Constitucional que fuera llevado en la ciudad de Panamá, en donde la Dra. Liliana Damaris Pabón Giraldo, había presentado una potencia titulada **«La argumentación jurídica como presupuesto de legitimidad de la decisión jurisdiccional en el Estado Constitucional»**. De allí surgió mi interés y mi deseo de enfocarlo desde la óptica de los derechos humanos y no simplemente desde el derecho constitucional.

Adelanto que por la complejidad del tema —y por cuestiones metodológicas—no ahondaré en temas tangenciales[1431] sino básicamente desde la óptica del título de la obra, ya que encararlo en toda su dimensión no sólo requeriría extenderme en demasía—que por la finalidad de la obra colectiva sería imposible— y, debido principalmente a que la intención del autor es solo *abrir el debate sobre este tema tan sensible, actual e importante*, que a veces pasa desapercibido; debiendo reencausar su presencia *en los temas del derecho procesal y más bien desde la perspectiva de los derechos humanos*.

Debemos advertir, que son poco los jueces —al menos lo que yo conozco—que reconocen las ***diversas dificultades*** que implican «redactar» las diversas sentencias que deben dictar en ejercicio de sus funciones.

[1429] Con la publicación en 1951 de la lógica jurídica de Ulrich Klug.
[1430] Con el primer trabajo de Wrigth de 1951.
[1431] Como ser la función de la interpretación en el derecho y la controversia en cuanto a su alcance en algunas de las teorías del derecho.

En ese sentido, mi amigo Luis Alberto Petit Guerra, expresa:
«(…) de la lectura de cientos de fallos en general, y específicamente en el área de la justicia constitucional de los distintos sistemas, encontramos ciertas falencias —no de simple orden cosmético—. No en cuanto a la erudición —donde los juristas podemos sobresalir—, sino en la construcción "práctica" de toda sentencia; sobre todo al momento de hacer aquellos razonamientos "generales" (obiter) que preparen el discurso –en su clímax-para conducirlo a las razones donde queremos (ratio).

Esta tesis se presenta como pragmática, y no busca responder los elementos a distinguir para "formar" el razonamiento judicial, ni proponer un método, pues eso está fuera de nuestro propósito. El asunto está en que cuando se haga una lectura de sentencias constitucionales, pueda aproximarse en forma "directa", a qué parte se refiere el tribunal como obiter; y a qué parte (del mismo fallo) el tribunal está razonando en términos de verdaderas razones que constituyen su precedente –en los casos que tengan esa característica.

Sin entrar a las consideraciones acerca de la independencia judicial que "debe" gobernar a las instancias judiciales en general y en mayor distingo en las mediaciones de la justicia constitucional; sostenemos que dentro de la "libertad" que tiene cada juez en la elaboración de sus propios fallos, deberíamos puntualizar una serie de componentes que, sin mayor formalidad, "informen" fehacientemente al lector (justiciable), qué aspectos de cada sentencia constituyen únicamente las vacilaciones que hace todo operador para "aterrizar sus ideas" –y que como son obiter no son por tanto "obligantes"-; frente a aquellas ya no solo elucubraciones; como sí, las verdaderas razones jurídicas para determinar o resolver el tema decidendum, y que constituirían en ese contexto la ratio decidendi. Se trata de señalar unas pautas al juzgador en la construcción de los fallos; sin imponer un modelo de sus fallos…».[1432]

La creciente atención que se le ha dedicado al tema de la «argumentación jurídica» sobre todo la judicial en las últimas décadas, obedece a que son los magistrados judiciales— según nuestro modesto entender—, los únicos que verdaderamente argumentan sus decisiones, con

[1432] PETIT GUERRA, Luis Alberto. Las sentencias constitucionales frente a las confusiones de los "obiter dictum" y la "ratio decidendi" respecto a su vinculatoriedad, pág. 285. Obra colectiva "La justicia constitucional y la justicia administrativa como garante de los derechos humanos reconocidos en la Constitución".

un estilo persuasivo, legitimando su actuación, a través de la racionalidad y razonabilidad de sus resoluciones judiciales.[1433]

Crece por tanto el interés por la **argumentación judicial**[1434], al mismo tiempo que disminuye la confianza en el principio de legalidad. Y esto sucede precisamente por la crisis de aquella imagen del **juez ecuánime y sin pasiones** que siempre encontraba la respuesta adecuada al caso a resolver.

Sin embargo, era el legislador y no el juez, la ley y no la sentencia, quien pronunciaba el fallo, al no existir en esos tiempos la necesidad de explicar «con esmero y empeño» cada una de las decisiones judiciales, interpretando las normas de manera, literal, silogística y mecánica, tal y cual lo señala el Dr. Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo Luis Vigo.[1435]

Si la tarea del juzgador se limitara a la *interpretación gramatical de la ley o en la subsunción lógica* de la misma, el Derecho entonces carecería de bases científicas, pues éste no se circunscribe a la literalidad de la ley. Razones por las que se demandan conocimientos serios y científicos sobre la materia de *Interpretación y Argumentación Jurídica*.[1436]

Por ello, en la actualidad, el motivar o argumentar no puede significar una simple mención de artículos, leyes, o parte de jurisprudencias, como tampoco una acumulación de palabras inventadas por el Juzgador, sino que corresponde, más bien a razonamientos o formas argumentativas, hiladas de forma congruente.

[1433] Por lo menos así debería ser según la teoría.
[1434] La argumentación es quizá la coextensiva a la existencia del lenguaje, pero la reflexión sobre ella y su posterior codificación se remonta a la aparición de técnicas de verdad en el pensamiento griego clásico.
[1435] ALARCÓN CABRERA, Carlos. VIGO, Rodolfo Luis. Interpretación y Argumentación Jurídica. Editorial Marcial Pons. Año 2011, pág. 145
[1436] El razonamiento es la operación intelectual en virtud de la cual pasamos de una cosa conocida a una desconocida. Es así entonces un encadenamiento de proposiciones que se desarrolla en la mente de una persona en concreto y que implica lógicamente el tránsito mediante el cual de un juicio elaboramos otro por interferencia, ilación o conexión, y esto constituye la forma lógica del discurso. Del mismo modo que el término es la envoltura en palabras del concepto y la proposición, la verbalización del juicio, el argumento es la expresión verbal del raciocinio. Tiene su razón de ser en el diálogo, en la discusión o en el debate y constituye el objeto de la dialéctica.

Siendo el argumento la parte más importante del razonamiento jurídico, ya que se encarga de darle apoyo o fuerza lógica específica para hacer más evidente la verdad o falsedad de una proposición.

En ese orden de ideas podemos decir que se encuentra el argumento relacionado con otros elementos de la lógica como la inducción, deducción y la analogía.

El autor Germán Cisneros Farías señala que:

«…el argumento jurídico es la parte del razonamiento general a la que damos fuerza lógica probable, para hacer evidente la verdad o la falsedad de una proposición».[1437]

Coincidimos plenamente —en número, género y grado—puesto que nadie puede dudar o debatir que la práctica del Derecho, consiste fundamentalmente en **argumentar** y que la cualidad que mejor define a un buen jurista, abogado, magistrado y/o auxiliar de la justicia, es tal vez la capacidad para idear y manejar con habilidad argumentos.

En relación al término **argumentación**, **Toulmin** indica que éste se usa para referirse:

«…a la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, refutando esas críticas, etc»[1438]

En ese orden de ideas, la **argumentación jurídica en este tipo de Estado cumple un papel fundamental**, ya que cuanto se alude a la necesidad de una argumentación jurídica en la decisión jurisdiccional, lo que se pretende es una correcta manifestación de las razones de la decisión, de tal forma que se garanticen los principios procesales a las partes dentro del proceso; es tratar de garantizar un perfecto contradictorio en un proceso dialógico, es una

[1437] CISNEROS FARÍAS, German. Argumentación y Discurso Jurídico. Acentos constitucionales y Administrativos. México. Editorial Trillas. 2012, pág. 8

[1438] Citado por ATIENZA, Manuel. Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica. 31 Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Constitucionales. España. Gráficas Robel. 1993. Pág. 106

garantía para los individuos, destinada a generar un convencimiento no sólo frente a quien se dirige, sino frente a la sociedad en general; lo que permite un mayor control de la actividad jurisdiccional por parte de los diversos órganos de control de la decisión, trátese de la opinión general, las partes, la academia, la comunidad científica y los superiores jerárquicos en grado de conocimiento de quien emita la decisión.

Circunstancia que necesariamente conduce a afirmar que sólo con la argumentación jurídica se establecen claramente las razones de la decisión[1439] y por ende se elimina la arbitrariedad, siempre que se haga con parámetros racionales, para que finalmente conforme a ese criterio de racionalidad se torne aceptable, en tanto lo racional es lo que lleva al acuerdo y es éste el que finalmente da legitimidad a la decisión.[1440]

Por tanto, existe una conexión entre el «argumento» y el «razonamiento», al ser el primero la expresión del segundo. Constituyendo el razonamiento el todo, mientras que el argumento, tal y como lo señalamos en líneas precedentes es el énfasis, acento, apoyo o fuerza que se da a este razonamiento.[1441]

Cabe destacar además que tanto en el razonamiento en la argumentación, se presenta la lógica para razonar y demostrar algo, pero en la argumentación jurídica, la lógica adquiere más importancia, pues en ella se razona, se demuestra y se obtiene una conclusión lógica. Siendo la lógica, según afirma CISNEROS FARÍAS, el hilo conductor de ambas, por lo que sin sentido lógico, los conceptos anteriores serían palabras vacías, carentes de significado.[1442]

[1439] El argumento tiene dos aspectos muy importantes que son la prueba y la demostración. En términos generales la prueba juega en el ámbito de la facticidad y tiende a la acreditación de la veracidad o falsedad de los hechos y la demostración funciona en el ámbito de las justificaciones abstractas. Se podría decir entonces que la prueba judicial y la demostración matemática podrían ser dos ejemplos paradigmáticos de esta bipartición que, huelga anotarlo, ya había sido presentida por Aristóteles.

[1440] PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris. La Argumentación Jurídica como Presupuesto de Legitimidad de la Decisión Jurisdiccional en el Estado Constitucional. Pág. 18. Obra colectiva "La Administración de Justicia en el Estado Constitucional". Ediciones Nueva Jurídica. 2015

[1441] Sin embargo,

[1442] CISNEROS FARÍAS, obra citada, pág. 11

Debe haber entonces una **verdad** o **razón** que al darle *fuerza lógica*, adquiera la calidad de argumento, de lo contrario, lo que expresamos mediante el lenguaje serían simples palabras.[1443]

Es así como el objeto y función de la argumentación jurídica es dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación del derecho, consistente en justificar la elección entre alternativas jurídicas justas, correctas y válidas, mediante los criterios de racionalidad y razonabilidad, donde se quiere persuadir y convencer a quienes va dirigido el argumento.

II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Sucintamente desarrollaremos este acápite, y solamente a los efectos de ilustrar de manera muy superficial la evolución del método de la argumentación jurídica.

En Grecia, la argumentación nace como un medio para persuadir a un auditorio determinado, utilizando como medio el lenguaje. Por lo que a través del discurso se formaba la opinión pública.

Los griegos inventaron tres técnicas de verdad porque quizá hay sólo tres modos de argumentación autónomos y legítimos.

Uno, la demostración que corresponde a la esfera de transmisión ideal de los conocimientos desde la ciencia.

Otro, del modo dialéctico que corresponde a la esfera de las convicciones personales y a las reglas ideales del debate de ideas.

El tercero, el modo retórico, que corresponde a la esfera del espacio público y a las reglas que permiten compartir las verdades sociales y el debate jurídico o político.

Aristóteles, con sus obras sobre argumentación:

a) Tópicos, referida a la discusión teórica de la tesis; y
b) Retórica, referida a las particularidades de los auditorios sobre argumentación, le dio trascendencia a este tema en los distintos debates políticos y judiciales.

Lo que se pretendía con dichos discursos era lograr la adhesión a la tesis planteada por el orador, considerando como eficaz aquella argumentación que lograra mayor adhesión.

[1443] En el mundo jurídico, son pertinentes ambos tramos de la problemática, ya que la prueba se desenvuelve alrededor de la cuestión de los hechos que encierra el proceso, pero también la demostración es parte del debate doctrinario, en base a argumentos que pondrían en evidencia la verdad o falsedad o más bien la adecuación al caso de las distintas tesis doctrinales sustentadas.

La Argumentación considerada como una vuelta atrás a la retórica fue calificada por Aristóteles como la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para vencer sobre la base de pruebas de persuasión, lo que en todo caso se le denomina demostración.[1444]

Perelman, indica que esa época la elocuencia práctica que implicaba los géneros judicial y deliberativo, constituía el campo predilecto en el que se presentaban distintos opositores y hombres políticos que defendían con argumentos, distintas tesis.[1445]

Asimismo se indica que los debates argumentativos que se daban en Grecia y Roma en el género judicial eran muy frecuentes, ya que los juicios eran orales donde los oradores presentaban sus alegatos, argumentos y conclusiones con el propósito de persuadir al juzgador y al auditorio.

Siguiendo a los Profesores Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo Luis Vigo[1446], diremos como conclusión de este capítulo de sus antecedentes y evolución que:

«(…)la cuestión que voy abordar en esta intervención es la de si la interpretación de la Constitución en una sociedad multicultural es especial. Dicho de otro modo, si el hecho de estar en una sociedad multicultural es relevante a la hora de interpretar la Constitución.

Se trata, en todo caso, de una cuestión condicionada, no sólo por la relevancia que se quiera dar al pluralismo cultural, sino también por, al menos, otros tres problemas. Dos de ellos de índole conceptual, y el otro, aparentemente técnico. En efecto, esta cuestión depende, en primer lugar, del concepto de interpretación; en segundo lugar, del concepto de Constitución, y, en tercer lugar, de la posición que se maneje sobre la especificidad o no de la interpretación constitucional respecto a la interpretación jurídica en general; máxime aun cuando estén en juego «cuestiones constitucionales».

Existen, como es sabido, diferentes conceptos de interpretación —que se fueron desarrollando en el trascurso de la historia—como un acto de conocimiento (concepción cognitiva) y aquella que considera la interpretación como un acto de decisión (concepción escéptica).

[1444] ARISTÓTELES. Retórica. Traducción de Q. Racionero. Editorial Credos. S.A. Madrid. 1990, pág. 167
[1445] Citado por CISNEROS FARÍAS. Argumentación y Discurso Jurídico, pág. 24
[1446] ALARCÓN CABRERA, Carlos. VIGO, Luis Rodolfo. Interpretación y argumentación jurídica. Editorial Marcial Pons. 2011, pág. 72-75

La concepción cognitiva de la interpretación considera que interpretar es descubrir el significado de un precepto, esto es, verificar su significado. Por su parte, para la concepción escéptica, interpretar es decidir el significado, esto es, atribuir significado a un texto.[1447]

III. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

A manera de introito consideramos oportuno definir grosso modo los conceptos de retórica, interpretación y argumentación propiamente tal.

En lo que respecta a la *retórica*, tal como lo señalamos en el punto dos sobre la evolución histórica, se remonta a los orígenes griegos y surge como un arte o técnica de la persuasión, basándose únicamente en las posibilidades emotivas que los discursos pudieran ejercer sobre los oyentes, intentando movilizar el espíritu y alma de los receptores, a través de sentimientos y afectos, sin necesidad de una explicación racional.

Sobre ello, consideramos que en los tiempos actuales la retórica es usada frecuentemente por los juristas, no como una disciplina, pero sí como parte de su discurso diario ante los Tribunales de Justicia, tratando de convencer a los destinatarios, que en el caso concreto, son los jueces, magistrados y jurados de conciencia.

En cambio la *interpretación* en la vida diaria es desentrañar el verdadero sentido de algo, poniendo quien interpreta su propia visión o subjetividad.

Al respecto H. Bonilla Domínguez señala que la interpretación es el descubrimiento del significado de formulaciones normativas, cuyo uso es necesario para la aplicación de textos legales oscuros, siendo una *ciencia* al buscar las reglas o métodos para la correcta interpretación, pero también es *arte* al utilizar diestramente dichas reglas.[1448]

Por otro lado *argumentar* consiste en la exposición de razones que justifican algo, ya sea una tesis o una idea. Sin embargo, para que sea válida y creíble debe realizarse con base a pruebas y razonamientos fundados.

En esa línea considera Londoño Ayala que la capacidad para argumentar correctamente suele ir emparejada con la capacidad de influir sobre las personas, lo que nos lleva a

---

[14471447] Detrás de estas dos concepciones está una discusión clásica en el mundo jurídico: la polémica entre razón y voluntad a la hora de plantearse un concepto de Derecho. Desde este punto de vista, la concepción cognitiva suele desenvolverse dentro de una posición que subraya el elemento racional dentro del concepto de Derecho; mientras que la concepción escéptica normalmente maneja un concepto de Derecho en términos de voluntad. Y esta discusión suele traducirse, en definitiva, en la adopción de un modelo jurídico iusnaturalista, en el primer caso, e iuspositivista en el segundo.

[1448] Citado por PANDILLA ZAMBRANO, Armando Andrés. Interpretación Constitucional. Argumentación e Interpretación Constitucional. Editorial Mizrachi & Pujol. S.A. Panamá. 1999, pág. 50 y siguientes.

determinar que la argumentación es una variedad discursiva con la cual se pretende defender una opinión y persuadir de ella a un receptor mediante pruebas y razonamientos que están relacionados con la lógica, la dialéctica y a la retórica.[1449]

Ampliando aún más sobre este tema, Cisneros Farías en su libro "Lógica Jurídica", afirma que el concepto *"Argumentación"* se encuentra directamente relacionado con otros conceptos de la lógica tales como el razonamiento, deducción, inducción y analogía. Mediante la cual se le da apoyo o fuerza lógica específica al razonamiento, para hacer evidente la verdad o la falsedad de una proposición.[1450]

A renglón seguido este autor expone que los argumentos lógicos pueden ser concluyentes, (la demostración y la prueba) cuando de un modo decisivo y categórico, nos muestra la evidencia o la certeza respecto a la verdad o falsedad de una proposición; el argumento *probable*, (la congruencia y la hipótesis), donde sin llegar a la evidencia o certeza se aproxima a ella; y el comparativo, (los argumentos analógicos), los cuales establecen relaciones de semejanza o desemejanza entre concepto y objetos para facilitar la conclusión.[1451]

Tanto en el *argumento*, como en el *razonamiento*, en el discurso jurídico se plantean tres elementos, los cuales son: **razonamiento, demostración e ilación lógica**.

Antes de desarrollar los argumentos metodológicos y su clasificación, es importante destacar el **«enfoque del derecho como argumentación»**, en ese sentido tenemos que:

«El Profesor Atienza destaca que el siglo XX existieron tres grandes concepciones acerca del derecho, que respondieron a cuestiones esenciales como la determinación de sus elementos básicos, su función, su relación con respecto a la moral y al poder; sus límites, y su interpretación y aplicación, entre otras. Estas concepciones son el normativismo positivista, el realismo y el iusnaturalismo. Además, coexistieron con las anteriores otros dos enfoques acerca del derecho: el formalismo jurídico y las concepciones escépticas del derecho (las corrientes de inspiración marxista).

[1449] LONDOÑO AYALA, Nelson Leonardo. Argumentación Jurídica. Segunda Edición. Ediciones Nueva Jurídica. Colombia. 2012, pág. 31
[1450] CISNEROS FARÍAS, ob. cit. p. 83-84
[1451] CISNEROS FARÍAS, ob. cit. p. 93-94

De todas estas concepciones destacan el positivismo y el iusnaturalismo, y su importancia para el estudio sobre el razonamiento judicial reside en que, frente a ellas, como se indica a continuación, se alza la teoría de la argumentación jurídica…»[1452]

De hecho la teoría de la argumentación implica además de la lógica, la retórica, entendida como la persuasión para alcanzar lo verosímil.

Los diferentes paradigmas en la evolución de la argumentación jurídica ha llevado a conceptuar la argumentación jurídica o la teoría de la argumentación jurídica haciendo referencia a "un tipo de investigación que no se limita al uso de la lógica formal (el análisis lógico-formal sería solo una parte de la misma) e incluso a veces a un tipo de investigación que se contrapone al de la lógica (al de la lógica formal).

El juez formalista busca sólo legitimidad en sus sentencias, coherencia entre derecho y hecho, sin preocuparse de evaluar no solo los efectos de su fallo ni de los mensajes que recibe la sociedad a través de sus decisiones. Los enfoques en el siglo XX acerca de los fines de la lógica formal y la lógica jurídica dan una nueva perspectiva al razonamiento deductivo desde la óptica de la tesis, argumento y la razón elementos todos de la demostración; el enfoque del Derecho como fenómeno social y la necesaria motivación de las sentencias después de la Revolución Francesa han dado preponderancia a la teoría de la argumentación.

Convengamos—el derecho no es una esfera aislada, separada del universo de la actividad humana, plantea por lo tanto problemas objetivos y concretos.

Con la obligación de motivas las sentencias se cierra un período de desconocimiento absoluto de las razones que llevaron al juez a una determinada solución y se abre un capítulo de luz en el que se consigna ostensiblemente los motivos de la decisión.

Fundamentalmente, con la obligación de motivar las sentencias se logra: permitir a las partes estar en condiciones de conocer la o las justificaciones que fundamentan un fallo en concreto y a partir de eso a esas justificaciones atacar la sentencia por la vía disponible de los recursos abiertos, así como enviar mensajes claros de que deberá interpretarse o entender en la aplicación de una norma concreta o como serán aplicadas esas normas a un hecho específico.

Beneficiar a la sociedad, pues, a partir de la motivación de las sentencias, está en condiciones de diagnosticar y predecir los resultados de los detalles llevados ante los

[1452] SOCORRO, Juan Carlos. CRUCETA, José Alberto. Argumentación Jurídica. Editorial Escuela Nacional de la Judicatura. 2008, pág. 25

tribunales y de alguna manera, poder evaluar la eficacia legislativa a partir del desempeño judicial.

Posibilitar el control judicial en relación a los méritos de las sentencias emanadas de los magistrados inferiores, puesto que, con la argumentación los jueces, como manifestación racional, se pueden calibrar los méritos de la sentencia y de los recursos interpuestos por las partes contra las mismas y beneficiar al mismo magistrado, quien podrá montar y demostrar sus argumentos para juzgarlos.

IV. ARGUMENTOS METODOLÓGICOS Y SU CLASIFICACIÓN

Los argumentos jurídicos metodológicos se consideran propios de la tarea que ejercen los jueces y magistrados al dictar sus decisiones.

Esto es así ya que le sirven para su organización interna, tanto en el aspecto de la fundamentación como de la motivación de sus sentencias.

Cisneros Farías al respecto señala que:

«Funcionan como razonamiento deductivo, por lo que no aparecen de manera específica en el cuerpo de su resolución, pero forman parte de su razonamiento metodológico mental»[1453]

Añade que mientras el razonamiento puede quedar retenido en la mente del sujeto, pensante, sin trascender, el argumento en general, por el contrario, trasciende de la mente de quien lo formula, ya que debido a su propia naturaleza se dirige siempre a otros sujetos para los cuales se argumenta.

Sobre lo anterior explica el autor en referencia que el razonamiento deductivo es interno, ya que sólo en la mente del juzgador, por lo que en las resoluciones judiciales, sólo se verá de manera lógica, objetiva y contundente el razonamiento.

Así tenemos que en la obra de Derecho Sistemático se señala que el juzgador, al organizar su sentencia, puede otorgar como motivos de su decisión, algunos argumentos aceptados por el derecho, en concordancia con sus bases filosóficas, con los principios de la lógica y con la metodología.

Argumentos estos que por no estar conectados directamente con la lógica, son denominados, argumentos autónomos.

Se hace una clasificación de dichos argumentos metodológicos, iniciando con el **argumento de equidad o equitativo**, indicándose que lo justo y lo equitativo son lo mismo y siendo

[1453] CISNEROS FARÍAS, Germán. obra citada, pág. 49

ambos buenos, lo equitativo es con todo, superior. Por tanto la naturaleza de lo equitativo es ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general.

En torno al argumento teleológico se señala que el concepto de *finalidad* acepta varios significados, considerándolo como un concepto polisémico. Esto es así ya que lo mismo puede referirse a una intención, a un objetivo o a un propósito determinado. Y se puede referir a la función de un sistema o también al sentido o tendencia de una actividad humana.

Se identifica en la práctica tratando de identificar el fin concreto del precepto, tomando en cuenta que el legislador al momento de crear una norma, lo hace para conseguir un objetivo determinado.

Lo difícil en este argumento es determinar cuáles son esos fines, toda vez que el fin parece el resultado y no el presupuesto de la interpretación.

El *argumento pragmático*, llamado también consecuencialista consiste en *justificar un significado a partir de las consecuencias favorables que de él se derivan, o la inconveniencia de otro significado posible de un enunciado por las consecuencias desfavorables que de él se derivan.*[1454]

Este argumento, justifica en caso de existir un enunciado, con dos significados distintos, se opte por el que le da mayor efectividad.

En esta forma de razonar pragmática, lo característico es que no se siente la necesidad de justificar, ni la bondad de las consecuencias, ni el nexo que une la causa con las consecuencias.

Mediante el argumento por *el absurdo* se justifica rechazar un significado de un enunciado por las consecuencias absurdas a las que conduce. No obstante, el problema de este argumento es determinar el parámetro que permita concluir en lo absurdo de las consecuencias a las que conduce el significado que es rechazado.

Se define el *argumento psicológico* como aquel al que se atribuye a una regla el significado que se corresponda como aquel al que se atribuye a una regla el significado que se corresponda con la voluntad del emisor o autor de la misma, del legislador que históricamente la redactó.

Aquí se destaca que la voluntad es elemento más importante en el derecho, dependiendo de ella, el giro, la finalidad y la intención en el momento de creación de la norma.

[1454] CISNEROS FARÍAS, Germán. obra citada, pág. 89

En ese sentido la doctrina con frecuencia se pregunta:

¿Cuál es la voluntad del legislador? Y ¿Cómo puede lograrse?

Contestando a renglón seguido, que para ello había que remitirse a los documentos básicos. (Exposición de motivos, los trabajos preparatorios, y los preámbulos).

El *argumento histórico,* al igual que el teleológico y el psicológico, obedecen a la intención o voluntad del sujeto que crea o aplica la norma. Es considerado el argumento histórico como el de mayor tradición en el derecho, donde el intérprete analiza históricamente, la evolución jurídica, cultural, económica y moral de una sociedad.

Son muchos los que opinan que se base el *argumento moral o de énfasis* que el contenido del concepto moral, es una tarea difícil. Y que todo supuesto jurídico, cuyo contenido normativo a la conservación de la vida o afecte una actitud de supervivencia humana, es un supuesto jurídico, contrario a la moral.

Indica además que por moral en el derecho se entiende, es el respeto al pacto ordinario, aceptado ya se por adhesión implícita o por adhesión declarativa. Y es en esa línea que los habitantes de un Estado aceptamos vivir dentro del marco de la Constitución y la Ley.

V. PONDERACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

1. La ponderación

Otra forma de razonamiento judicial es la ponderación. Esta parte, como presupuesto, de la ausencia de una norma jurídica (una situación de laguna normativa) para resolver el supuesto enjuiciado, o, ante la realidad de la norma, de la incompatibilidad de ésta con los valores y los principios del sistema (lo que se ha denominado una “laguna axiológica”).

En ese caso la tarea argumentativa consistirá en establecer o definir un conjunto de reglas (a veces, una “constelación de reglas”) a partir de unos principios ideológicos o valores, y, a continuación, en aplicar dichas reglas en el caso concreto según el modelo subsuntivo o finalista de argumentar.

Es decir, con la ponderación, se trae el principio, se crea la norma y se subsume.

En este supuesto la solución judicial del caso dependerá de:

1°) la definición, en bruto, de los principios o valores contrapuestos;

2°) la atribución de la prioridad de un principio sobre otro, lo que resulta la operación más delicada; y

3°) el establecimiento de una regla que constituirá la base a partir de la cual decidir según el modelo subsuntivo o finalista argumentar.[1455]

Uno de los postulados que se destacan más en la actualidad es el referente al método de la *ponderación,* por medio del cual se estudia y analiza la forma en que aplican los principios jurídicos, es decir, aquellas normas que tienen la estructura de mandatos de optimización en aquellos casos donde existen incompatibilidades entre categorías de normas para así determinar cuál de ellos debe determinar la solución de un caso en particular.

Eduardo Aldunate Lizana, señala al respecto que la *ponderación* sería:

«el método más adecuado para el manejo de categorías morales que, por una parte, no se dejan aplicar como las reglas por la vía de la subsunción y que por otra sostienen una pretensión de validez que no se ve desplazada por las reglas tradicionales empleadas para la solución de antinomias o colisiones normativas»[1456]

Señala en ese sentido que los principios conservan siempre a nivel normativo su misma validez, las circunstancias del caso concreto pueden introducir elementos de juicio que permitan dar mayor peso a uno frente al otro, sin que ello quiera decir, que en otro caso concreto se le de prevalencia que en caso anterior ha sido preterido.

Por su parte, Riccardo Guastini afirma que:

«La ponderación consiste en establecer entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil. Una jerarquía axiológica móvil es una relación de valor creada (no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional, mediante un juicio de valor comparativo, o sea, un enunciado que tiene la forma lógica: El principio P1 tiene más valor que el principio P2". Instituir una jerarquía axiológica se traduce en otorgarle a uno de los principios en conflicto un peso, una importancia ético—política, mayor respecto del otro. En consecuencia el principio que tiene más valor prevalece sobre el otro: se aplica mientras el otro se deja de lado»[1457]

[1455] A nuestro modesto entender, el problema más importante que se plantea en la ponderación, es como se ha apuntado, establecer la prioridad o precedencia de un principio sobre otro caso en el caso concreto.

[1456] ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Aproximación Conceptual y Crítica al Neoconstitucionalismo. Revista de Derecho Valdivia. Volumen 23. Julio 2010, pág. 210

[1457] GUASTINI, Ricardo. Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Madrid. Editorial Trotta. 1997, pág. 88

Robert Alexy[1458] indica que el modelo de la fundamentación de la ponderación evita una serie de dificultades, vinculadas con el concepto de la ponderación, ya que esta no es un procedimiento en el que un bien se obtiene a costa del otro, sino que su resultado es un enunciado de preferencia condicionado que de acuerdo a la ley de colisión surge de una regla diferenciada de decisión.

Afirma este autor que:

«en la ponderación no se trata de un asunto de todo o nada, sino de una tarea de optimización»[1459].

Explica además que en las ponderaciones de derecho constitucional de lo que se trata no es de qué tan importante considere alguien tal a determinado principio, sino de qué tan importantes deben ser considerados estos principios para el caso concreto.

Aldunate Lizana, expone que el método de ponderación puede apreciarse en sentido estricto desde dos perspectivas: la primera, desde el punto de vista de la estructura lógica en la cual coloca al operador jurídico donde se plantea el problema, justificando normativamente la preferencia de uno frente a otro, con el mayor peso que se otorga a uno u otro valor en determinado caso.

Señala que las razones por las que opera la preferencia en la que consiste el juicio de ponderación son independientes de tales valores.

La segunda perspectiva guarda relación de que el método de ponderación permite superar al de subsunción propio del positivismo.

Opina este autor que si lo que quiere enfrentar el método de ponderación es al método subsuntivo desde estar consciente debe estar consciente de que, de aquellas posteriores a la Segunda Guerra Mundial casi no hay teoría de interpretación o aplicación del derecho que sostenga que el método de aplicación del derecho es de carácter subsuntivo.

[1458] Este autor, considera que para determinar cuál de los principios ha de prevalecer en el caso enjuiciado hay que tener en cuenta tres elementos: 1) Una "ley de ponderación", según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro". 2°) Una fórmula de "peso" de los principios, puesto que Alexy atribuye un valor numérocio en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto de los mismos, según que aquel o éste sea leve, medio o intenso, y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, se clasifican, según el caso concreto, de seguras, plausible, o no evidentemente falsas. 3°) Las que llama "cargas de la argumentación". Según Alexi, la prioridad de un principio sobre otro depende de tres elementos o variables: la afectación de los principios, el peso abstracto de los mismos, y la mayor o menor certeza de las afirmaciones empíricas.

[1459] ALEXI, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda edición en Castellano 2.007, pág. 144

Según explica Prieto Sanchís la idea de los principios y el método de la ponderación, aparecen indisolublemente unidos, representan un riesgo para la supremacía del legislador y con ello para la regla de las mayorías que es fundamento de la democracia, pero considera que es un riesgo inevitable si quiere mantenerse una versión fuerte del constitucionalismo.

Por otro lado debemos destacar que como pudiesen existir dos posturas o construcciones doctrinales de orden apriorístico en relación al elemento de la carga argumentativa dentro del método de ponderación: la prevalencia de los principios de la libertad y la igualdad jurídica y la preferencia del Principio Democrático, ambas tienen que valorarse dentro del procedimiento de ponderación, donde en algunos casos habrá empates a favor de lo determinado por el legislador y en otros podrá haber predilección a los principios de libertad e igualdad jurídica.[1460]

A. Los argumentos

En los últimos tiempos se han desarrollado diversos sistemas de "lógica dialéctica", esto es, sistemas o formalismos que tratan de representar la estructura de los proceso de argumentación con contextos dialécticos, de manera de ahí juegen un papel no únicamente los argumentos en sentido estricto, sino también los actores (según se trate, por ejemplo, del proponente –el defensor de una tesis – o del oponente – el contradictor-), cada uno de las jugadas o movidas (actos ilocucionario que ejecutan, los compromisos que contraen".[1461]

En cuanto al tema de la **argumentación** es importante señalar que el nuevo siglo demanda la articulación de un nuevo paradigma donde todos los ciudadanos puedan sentirse autores racionales de las decisiones que emanan de los órganos del poder, logrando éstos la adhesión voluntaria de las formas y contenidos del ejercicio del mandato público.[1462]

En consecuencia deben las decisiones estar apoyadas en las reglas de la racionalidad, es decir, las decisiones judiciales deben estar motivadas, utilizando los operadores judiciales razonamientos que las expliquen, indicando las razones y pruebas que la fundamenten. Sólo se justifica los resultados de una decisión si están debidamente motivadas, previa confrontación de las mismas, donde rige la racionalidad, y por ende prevalece la razón que ha sido demostrada mediante pruebas.

[1460] VÁSQUEZ GÓMEZ, Jean Paul. Los Principios Rectores y las Garantías Procesales en el Sistema de Enjuiciamiento Penal Colombiano. Revista Justicia Iuris. Volumen 8. Octubre 2007-marzo. 2009, pág. 78

[1461] VÁSQUEZ GÓMEZ, Jean Paul. Obra citada, pág. 98

[1462] PANDILLA ZAMBRANO, Armando Andrés. La motivación en las Decisiones Judiciales. Obra citada pág. 2

Sobre la argumentación se han dado diversidad de teorías. Las formalistas, por ejemplo, señalan que las decisiones judiciales son fríos silogismos; los realistas en cambio han indicado que le razonamiento jurídico guarda relación con la ideología, las emociones, más no con la lógica, mientras que en la actualidad se ha rescatado de la antigüedad la retórica, concibiendo el razonamiento jurídico como una técnica de persuasión y de convencimiento.

Según lo expone Londoño Ayala:

«La teoría de la argumentación intenta situarse en un punto medio por parte de la posibilidad de un análisis racional de los procesos argumentativos, pero también reconoce las limitaciones que este análisis presenta en el mundo del Derecho. Entonces la teoría de la Argumentación Jurídica hace referencia al análisis teórico de los procesos argumentativos en el derecho»[1463].

Resulta necesario por tanto en estos tiempos, institucionalizar las reglas de la ética en el derecho "para que en palabras de Jürgen Habermas: *la moral no flote sobre el derecho (como sugiere el derecho natural respecto al conjunto suprapositivo de normas), sino que "emigre al interior" del derecho positivo".*[1464]

Según Habermas, el mejor argumento surge cuando impera una:

«situación de diálogo, allí, los argumentos aducidos deben ser verdaderos, sinceros y el hablante debe presentar pruebas que apoyen su postura»[1465]

El objeto y función de la argumentación jurídica es dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación del derecho, consistente en justificar la elección entre las alternativas jurídicamente justas, correctas y válidas, mediante los criterios de racionalidad y razonabilidad, donde se quiere persuadir y convencer a aquellos a quienes va dirigido el argumento.

Por otro lado, debemos indicar que existen posiciones contrapuestas en torno a sí mediante el procedimiento argumentativo puede alcanzarse la respuesta correcta, sobre todo en los casos difíciles, existiendo una versión fuerte, donde se sostiene que la respuesta correcta sí existe, donde **"***según Dworkin, sólo un juez portentoso, algo así como un semidiós, llamado por él, Hércules, estaría en condiciones de hallar la respuesta correcta. Mientras que una versión*

[1463] LONDOÑO AYALA, Nelson Leonardo. Argumentación Jurídica. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición 2012. Bogotá. Pág. 36

[1464] HABERMAS. J. Teoría de la Acción Comunicativa. Taurus Ediciones. 1° Edición. Madrid. 1992, Segundo Tomo, pág. 3

[1465] Obra citada, pág. 8

débil defendida por Alexy, acepta que hay una respuesta correcta, pero duda que existan posibilidades de descubrirla".[1466]

Finalmente, no podemos cerrar este punto sobre la argumentación sin hacer mención al Principio regulativo de Aarnio, como directriz del razonamiento jurídico, el cual consiste en que "en la decisión de un caso difícil se debe tratar de alcanzar una solución tal y una justificación tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad jurídica pueda aceptar esa solución y esa justificación".[1467]

Repasemos a vuelo de pájaro, algunos argumentos característicos del ámbito jurídico.

Existen múltiples argumentos de uso frecuente en el ámbito jurídico, en esta ocasión se señalarán solo algunos de los que arbitrariamente considero como los más frecuentes:

a) Argumento de autoridad: Son argumentos de autoridad los derivados del contenido de la ley, de la jurisprudencia de los tribunales superiores, y de las teorías de los juristas. Se debe advertir la trasferencia de autoridad en que se cree que un especialista es docto en todas las materias.

b) Argumento a contrario: Opera como criterio binario de exclusión. Según Tarello: "dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término perteneciente a un enunciado destinado a un sujeto o una clase de sujeto, se debe evitar extender el significado de aquel término de tal modo que comprenda a un sujeto o clases de sujetos no estricta y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo".[1468]

c) Argumento a fortiori: Es una expansión que se produce cuando una norma valida de mayor extensión es atribuida a otra menor. La proposición normativa que obliga a un sujeto se aplica con mayor razón a otro sujeto quien tiene una obligación mayor que el primero. Se materializa de dos maneras diferentes. A minori ad maius conocido frecuentemente por medio de enunciado: "si está prohibido caminar por el césped con mayor razón está prohibido correr sobre el mismo". Y a maiore ad minus conocido frecuentemente por el enunciado "quien puede lo más puede lo menos".

[1466] AARNIO. A. Lo Racional como Razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Traducción de E. Garzón Valdéz. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991, pag. 37
[1467] Obra citada, pág. 78
[1468] AARNIO. A. obra citada, pág. 40

d) **Argumento a completudine**: El argumento de completitud es un tipo de argumento sistemático que plantea que el sistema es completo y por lo tanto con las normas que lo conforman deben resolverse los litigios planteados.

e) **Argumento psicológico**: De la intención del legislador encontrada en los trabajos preparatorios se desprende la verdadera razón de la ley.

f) **Argumento a coherencia**: El legislador razonable no promulga leyes incompatibles que produzcan antinomias. El juez tiene que interpretar de tal manera la norma que su interpretación las evite.

Todo lo dicho anteriormente en relación con la argumentación en general, es aplicable al análisis de la fundamentación de las decisiones judiciales. Para ello debemos asumir que las sentencias judiciales pueden será analizadas como argumentaciones.

En una sentencia judicial el «argumento central» tiene como conclusión el contenido del acto de decisión y como premisas el enunciado normativo general y la descripción de los hechos relevantes, en tanto que en los subargumentos se expresan las razones que apoyan cada una de estas premisas.

La complejidad de una argumentación judicial y con ella la cantidad de niveles en los que se distribuyen sus subargumentos varía de acuerdo con el tipo de caso a que en ella se resuelve y con los desacuerdos que haya surgido durante el proceso a los que el juez o tribunal debe poner término.

Quisiera dejar sentado mi postura en cuanto al contenido que debe contener toda sentencia judicial para que la misma constituye realmente en una resolución judicial fundada desde la óptica de los derechos humanos.

a) **La identificación del material normativo relevante para resolver la cuestión central**: es decir, en muchas sentencias se discute la pertinencia de ciertos materiales normativos para resolver el caso (verbigracia, leyes, decretos, jurisprudencia, etc.). Esto da lugar a una gran cantidad de subargumentos para apoyar la respuesta que se da al interrogante: “Que enunciados jurídicos se deben utilizar para resolver la cuestión?”. Estos subargumentos suelen ocupar un nivel superior en relación con los subargumentos con que se defiende la premisa normativa. La respuesta necesaria para el subargumentos con el que se apoya el enunciado normativo que cumple la función de premisa en el argumento central.

b) **La forma en la que el material normativo relevante debe ser interpretado**: en muchas ocasiones no se discute la relevancia que tiene cierto enunciado normativo para resolver el caso. Lo que genera conflictos y motiva la intervención judicial en ciertos casos es la manera en la que se deben interpretar esos enunciados. La respuesta a la pregunta "cómo se deben interpretar los enunciados relevantes para resolver la cuestión central", constituye la conclusión de un subargumento que suele aparecer en el mismo nivel de argumentación que ocupan los argumentos relacionados con la identificación de los materiales normativos. Esta es otra de las premisas importantes que se suelen utilizar en la formulación del subargumento, cuya conclusión es la premisa normativa del argumento central.

c) **La prueba de los enunciados en los que se describen los hechos relevantes para resolver la cuestión central**:[1469] si las respuestas a las dos cuestiones anteriores dan lugar a subargumentos en apoyo de la premisa normativa del argumento central, la respuesta a la pregunta "cuáles son los hechos probados relevantes para resolver el caso? genera subargumentos en apoyo de su premisa fáctica. Ocupan el mismo nivel en la argumentación, pero su conclusión es una de las premisas necesarias del subargumento con el que se apoya la premisa fáctica.

d) **La calificación —o subfusión— de los hechos probados empleando los términos generales con los que se formulan los enunciados normativos relevantes para resolver la cuestión central:** Al responder la pregunta "son los hechos probados instancias de aplicación de los términos generales con los que se formuló el enunciado jurídico, y con el que se pretende fundar la decisión?, encontramos otra de las premisas fundamentales del subargumento, en apoyo de la premisa fáctica del argumento central. Esa premisa del argumento central en la que se describen las circunstancias del caso se apoya, por un lado, en los hechos probados y, por otro, en la forma en que esos hechos son calificados empleando

[1469] Se entiende que desde el punto de vista del hecho, en la toma de decisiones hay que tomar en cuenta los diferentes tipos y la relación de estos con el derecho, tomado en consideración que esta situación está determinada en el lenguaje jurídico por la utilización conjunta de la lógica y la argumentación, la primera nos ayudará hacer las inferencias basadas en reglas de razonamiento que no impliquen valoración y la argumentación nos permitirá en todo momento la explicación tanto del razonamiento como de la valoración que tengamos que ejecutar para llegar a determinada conclusión sobre los hechos ya sea para describirlos de forma positiva o negativa

ciertos conceptos jurídicos. Las dos premisas deben ser defendidas mediante subargumentos de naturaleza diferente.

Es importante —dejar sentado— que estos cuatro tipos de subargumentos pueden estar presentes en una misa sentencia, pero no es necesario que ello ocurra en todos los casos. No pretendemos tampoco afirmar que estas cuatro cuestiones agotan todos los posibles problemas que un juez debe resolver al fundamentar su decisión. Como son las cuestiones que con mayor frecuencia generan subargumento en el seno de una argumentación judicial, es importante poder identificarla de manera general.

No debemos caer en el *error* de pensar que estas cuatro abarcar todas las cuestiones que pueden surgir en el interior de una argumentación judicial. Debemos enfrentarnos a la sentencia como a cualquier otro texto argumentativo, y en esta primera etapa del análisis debemos reconstruir lo que allí encontramos.

Lo dicho en este acápite constituye una *guía* —por utilizar un término más sencillo y que se ajuste a lo que estamos realizando en esta obra—para realizar una primera búsqueda de la importancia de la verdadera *argumentación jurídica* como un derecho básico y fundamental y no simplemente que sean reproducción de fórmulas preelaboradas, copias de jurisprudencias o simples enunciados normativos.

VI. ¿POR QUÉ ES NECESARIO QUE EL JUEZ ARGUMENTE?

El título me trae una reflexión que alguna vez lo había leído en un libro sobre argumentación jurídica[1470], y que decía que “los jueces han carecido, en general, de una conciencia clara y suficiente cultura acera del problema de la argumentación. De ahí que su justificación de los hechos se ha vinculado con frecuencia al plano de la responsabilidad moral, del ser o no ser justo, de la apreciación “en conciencia” de un cuadro probatorio no explicitado o no analizado individualmente.

Es necesario que el juez argumente ya que la administración de justicia no encuentra su legitimidad en la voluntad popular, como ocurre en los órganos legislativos y ejecutivo, sino que adquiere legitimidad, a través de su capacidad de articular discursos jurídicos sostenidos durante los procesos, permitiendo en esta forma que prevalezca la fuerza del mejor argumento. Consideramos en ese sentido que estos procedimientos realizados durante el juicio y todas las etapas del proceso, importados desde el campo de la ética son los que otorgan legitimidad al

[1470] FATONE, Vicente. Lógica e introducción a la Filosofía. Buenos Aires, Editorial Kapelusz. 1969, pag. 136

poder judicial en la medida en que los jueces y magistrados pronuncien sus fallos fundamentados en públicas y buenas razones.

Lo anterior se requiere pues recordemos que las funciones del Órgano Judicial tienen especial relevancia dentro de los sistemas democráticos. Siendo allí donde se dirimen los conflictos jurídicos.

De modo que con ello se asegure la vigencia de la Constitución y las leyes. Y es que sólo a través de una labor judicial ejercida de forma independiente, trasparente e imparcial es que se puede lograr la existencia de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

En razón de ello «la argumentación jurídica no poder ser ajena al modelo de Estado social, de derecho, democrático y participativo previsto en la Constitución»[1471]

No se puede olvidar en consecuencia que dentro de ese contexto, el derecho penal, es liberal, garantista, teleológico, mínimo y subsidiario al pretender tutelar bienes jurídicos.

Mans Puigarnau, afirma en su obra Lógica para Juristas que:

«El Juzgador, al aplicar la ley al caso enjuiciado y al resolver, cuando se presentan cuestiones de derecho efectúa preferentemente un razonamiento deductivo; pero al valorar la prueba y las presunciones, al inferir unos hechos de otros hechos para determinar la realidad y circunstancias del hecho sometido a su jurisdicción, en una palabra, al plantear la cuestión de hecho, se sirve con preferencia de la inducción: valiéndose, en uno y otro, de diversidad de argumentos…»[1472]

No cabe la menor duda entonces que mediante una correcta, pública y buena argumentación, los jueces obtienen una mayor legitimación y adhesión en sus delicadas funciones al momento de decidir.

En consecuencia, argumentar y motivar una decisión de carácter jurisdiccional, significa dar razones que muestren que tales decisiones, aseguran la justicia, la cual es el fin supremo del Derecho.

[1471] CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. Oralidad, Debate y Argumentación. 2° Reimpresión. Editorial Ibáñez. Bogotá, Colombia. 2002, pág. 86

[1472] Citado por CISNEROS FARÍAS, German. Interpretación Sistemática del Derecho. Obra citada pág. 160

Es así como el derecho en su visión tridimensional (como hecho, norma y valor), tal y lo expone Aguilera Portales[1473], está presente en el contexto justificativo de la decisión judicial, y por ende en la argumentación jurídica, para adoptar tal decisión.

Recordemos en ese sentido que existe un importante número de normas que conforman el ordenamiento jurídico que tiene una textura abierta, producto de la ambigüedad, lagunas, contradicciones del lenguaje jurídico, ocasionando diferencias y disputas ya que el lenguaje jurídico no siempre es claro. De allí la necesidad de argumentar.

CONCLUSIONES

Las democracias se legitiman de forma continua a partir de la formación de la voluntad política, a través de procedimientos racionales, asentados en reglas tan esenciales como la argumentación jurídica, sobre todo en el ámbito judicial.

En virtud de lo anterior, se presenta la necesidad de **motivar y argumentar** las **decisiones dictadas por jueces y magistrados**, bajo la óptica de que se trata de un **derecho fundamental de los ciudadanos**, a la vez que se convierte en un deber ético de los administradores de justicia.

En ese orden de ideas consideramos oportuno señalar que:

«…un juicio justo no sólo depende de la adhesión a reglas procedimentales, sino que asimismo exigen el cumplimiento de estándares éticos por parte de los y las juezas, entre los que se destaca la motivación…»[1474]

De modo que mediante una adecuada y correcta argumentación jurídica en las decisiones judiciales se puede generar la confianza suficiente en los usuarios sobre el sistema de justicia y contribuir en ese sentido a que acepten como justos los fallos judiciales.

Yéndonos un poco más allá —sin que esto signifique una conclusión final sobre este tema— pareciera indudable que los hechos, los "fragmentos" de realidad que llegaron a los aplicadores, a través del procedimiento probatorio, deben ser atrapados por él, de modo tal que la aprehensión no debe ser realizada, obedeciendo sólo a su inspirada e intelección, o a su caprichosa voluntad o a su intuición emocional, sino atendiendo esencialmente a las prescripciones que emanan del ordenamiento normativo.

[1473] CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. Oralidad, Debate y Argumentación. 2° Edición. Editorial Ibañez. 2.002, pag. 102

[1474] PADILLA ZAMBRANO, Armando Andrés. Motivación de las Decisiones Judiciales desde el Código de Iberoamericano de Ética Judicial. Editorial del Órgano Judicial de Panamá. 2010, pág. 4.

Este caso creo que nos viene muy bien para ensayar nuestro punto de vista, ya que hay varios «hechos de la realidad», que al ser captados en los diferentes actos decisorios dictados, merecieron una calificación distinta.

Como corolario debemos advertir que **la argumentación jurídica desde la perspectiva de los derechos humanos para lograr la legitimidad en la Administración de Justicia**, creemos que podría ensayarse desde un traslado teórico de los principios básicos de una razonable valoración argumental en el manejo de los hechos controvertidos que fundamentalmente cuándo, cómo y por qué se consideran relevantes determinados hechos controvertidos —máxime aún donde están en juego derechos humanos— que fundadamente cuándo, cómo y porqué se consideran relevantes determinados hechos que concurren a plasmar la decisión y a su vez cuándo, cómo y por qué se descartan otros que merecieron otra calificación por otros jueces, en el mismo o en anteriores pronunciamientos.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Portales, Rafael Enrique. Teoría de los Derechos Humanos. Editorial Gryley, Perú 2011.

Alexy Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. Segunda Edición en castellano. 2.007.

Aarnio. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Traducción de E. Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.

Aristóteles. Retórica. Traducción de Q. Racionero. Editorial Credos. S.A. Madrid. 1990.

Atienza, Manuel. Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica. 31 Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Constitucionales. España. Gráficas Robel. 1993.

_____, Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona. Editorial Ariel. 2004.

Aguiló Regla, Josep. Notas sobre presunciones de Daniel Mendoca. Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho. Número 22. 1999.

Anduretta, Armando S. Teoría general de la argumentación Forense. Cordoba: Alveloni. Ediciones. 2.003.

Barranco, María del Carmen. Derechos y decisiones interpretativas. Madrid. Marcial Pons. Universidad Carlos III de Madrid. 2.004.

Cano Jaramillo, Carlos Arturo. Oralidad, Debate y Argumentación. 2° Edición. Editorial Ibañez. 2.002.

Couture, Eduardo. Los mandamientos del Abogado. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1988.

Cisneros Farías, German. Argumentación y Discurso jurídico. Editorial Trillas, México. 2012.

_____,Lógica Jurídica. Editorial Porrúa. México. 2012.

Da Silveira, Pablo. Cómo ganar discusiones. Buenos Aires. Editora Tauros. 2.005

Dion Martínez, Carlos. Curso de lógica. México. Mc Graw Hill. 1990

Echave, Delia, Urquijo, María, GUIBOURG, Ricardo. Lógica, proposición y norma. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2002

Fatone, Vicente. Lógica e introducción a la Filosofía. Buenos Aires, Editorial Kapelusz. 1969.

Garcia, Carmen. El Arte de la Lógica. Madrid. Editoriales Tecnos. 1993

Klug, Ulrich. Lógica Jurídica. Bogotá. Editorial Temis S.A. 1998.

Guastini, Ricardo. Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Madrid. Editorial Trotta. 1997

López, Eduardo. Derecho y Argumentación. Bogotá. Eco Ediciones. 2001

Mans Puigarnau, Jaime. Lógica para Juristas. Barcelona: BOSCH Casa Editorial. 1978

Marmor, Andres. Interpretación y Teoría del Derecho. Barcelona. Gedisa Editorial. 2.000

Moreno, Gloria. Teoría del Derecho. México. Mc Graw Hill. 2.000

Pabón, Germán. Lógica del Indicio en Materia Criminal. Bogotá. Editorial Temis. 1995

Santiago, Carlos. Introducción al análisis del Derecho. Barcelona. Editorial Ariel. 1999.
Weston, Anthony. Las claves de la Argumentación. Barcelona. Editorial Ariel. 2005

CAPÍTULO IX. LOS JUECES DEL SIGLO XXI ANTE LA FIGURA DE LA ALIENACIÓN PARENTAL

Rolando Castillo Santiago

SUMARIO:

I. *Introducción,* II. *Las TIC y las nuevas formas de abuso al menor,* III. *El grooming como conducta transgresora del derecho al sano desarrollo del menor, I*V. *Legislación internacional en torno al grooming,* V. *La legislación mexicana y las conductas que afectan a los menores,* VI. *Conclusiones,* VII. *Bibliografía.*

RESUMEN:

La evolución de la sociedad trajo consigo cambios estructurales profundos en el interior de las familias, las relaciones familiares e interpersonales se han ido diversificando, por lo que el Estado, en ejercicio de su facultad normativa, ha regulado las nuevas formas de estructuras y convivencia familiar, en consonancia con los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales y nuestra Constitución. Sin embargo, y a pesar del esfuerzo de los legisladores, las familias y las relaciones entre sus miembros se tornan tan complejas, que ante las problemáticas que son llevadas ante los Juzgados Familiares, el Juez debe hacer uso de sus facultades, siempre en consideración de los derechos del menor, los principios constitucionales y procesales vigentes. La alienación parental, y su falta de regulación explícita en la norma, plantean serios desafíos al quehacer del Juez del siglo XXI.

PALABRAS CLAVE: Alienación parental, Menores de edad, adulto, sano desarrollo del menor, evolución de la autonomía de los menores, juez familiar.

ABSTRACT:

The evolution of society brought about profound structural changes within families, family and interpersonal relations have diversified, so that the State, in exercise of its legislative powers, has regulated the structures and new forms of family life in line with the human rights recognized by international treaties and our Constitution. However, despite the efforts of legislators, families and relationships among its members become so complex that to the issues that are brought before the family courts, the Court must make use of its powers, always in consideration of the child rights, constitutional principles and procedural regulations. The parental alienation and lack of explicit regulation in the norm, poses serious challenges to the work of Judge of the century.

KEYWORDS: Parental alienation, children, adult, healthy development of children, development of the autonomy of minors, family court.

I. INTRODUCCIÓN

El Síndrome de Alienación Parental (SAP), término se refiere a la conducta llevada a cabo por el padre o madre que conserva bajo su cuidado al hijo(a) y realiza actos de manipulación con la finalidad de que el menor de edad odie, tema o rechace injustificadamente al progenitor que no tiene su custodia legal.

El Dr. Richard A. Gardner, padre de la teoría del Síndrome de Alienación Parental, expresa que:

"He introducido este término para referirme a la perturbación en la que los niños están obsesionados con desaprobación y crítica de uno de los padres, una denigración que es

injustificada y/o exagerada. La noción de que a esos niños se les ha lavado el cerebro es corta. El término lavar el cerebro implica que uno de los padres está sistemáticamente y conscientemente programando al niño para denigrar al otro padre. El concepto del síndrome de alienación parental incluye el componente de lavado de cerebro pero es mucho más inclusivo. Incluye no solamente factores conscientes sino inconscientes y subconscientes dentro del padre que contribuyen a la alienación del niño. Además (y esto es extremadamente importante), incluye factores que surgen dentro del niño, independientes de las contribuciones parentales que contribuyen al desarrollo del síndrome.[1475]

Gardner establece un concepto psicológico para el comportamiento de rechazo, rencor y odio de un padre hacia el otro que afecta la idea que los hijos tienen de éste.

Como consecuencia, las visitas y convivencias que tendrían que llevarse a cabo de manera regular, en las fechas y horarios acordados por las partes, o en su defecto establecidos por el Juez que conoce del caso, enfrentan toda clase de obstáculos por parte de quien aliena o manipula, que van desde el chantaje, propiciar la culpa, la incomodidad o la pérdida de aprecio del hijo(a) hacia el otro progenitor.

El tema de la alienación parental se ha pensado de manera más frecuente en casos de separación de parejas y divorcio, sin embargo, es posible identificarlo en parejas que aún no han iniciado ese proceso.

La presente participación tiene como objetivo fundamental abordar la problemática que se presenta día con día en los tribunales del orden familiar, no sólo de nuestro Estado, sino de todas las entidades federativas que componen nuestro país, concretamente en relación con el uso y abuso que los adultos, sean padres, parientes de otro grado o inclusive terceros –como ya se dijo– hacen de los menores de edad durante la tramitación de un proceso judicial, siempre con el fin de lograr una sentencia o resolución satisfactoria a sus intereses, sin importar, consciente o inconscientemente, los perjuicios y daños irreparables que se generan a los infantes en los aspectos físicos, emocionales, educativos y en general en aquellos relacionados con un adecuado desarrollo personal; conducta que no puede atribuirse a nivel económico, profesional, religioso o de otra índole.

[1475] Gardner, Richard A. Recent Trends in Divorce and Custody Litigation. S.l.: 1985. Disponible en línea: FACT <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr85.htm>

Para José Manuel Aguilar, la alienación parental genera un síndrome (conjunto de signos y síntomas que caracterizan una enfermedad), el cual define como: *"un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición".* [1476]

Dos aspectos resultan importantes de analizar: primero, hablar de la actividad del padre o la madre, lo cual genera que el menor de edad odie a cualquiera de ellos. Al respecto, es necesario señalar que estas acciones no son exclusivas de los progenitores, ya que en muchos casos se logra identificar las técnicas de manipulación realizadas por abuelos(as), tíos(as), otros parientes e incluso, por los propios hermanos(as) del niño, niña o adolescente víctima de alienación parental.

En segundo lugar, esta conducta debe ser injustificada, ya que los vínculos entre el menor de edad y cualquiera de los progenitores puede verse afectados por conductas reales, imputables a éste.

De ser así, encontraríamos casos en los que los menores de edad se "alinean" o toman partido por aquel progenitor que no es responsable de los actos que causan la separación o rechazo.

Como lo afirma la literatura especializada, la alienación parental es una manifestación de maltrato psicológico, que puede constituirse como la base de diversas patologías infantiles que afectan la vida presente y futura de la niñez.

De lo anterior se colige que la alienación parental puede ser llevada a cabo por hombres y por mujeres, y a pesar de que algunas personas han querido darle una connotación de género, la realidad muestra que hay quien recurre a tomar a hijos e hijas como botín de guerra e instrumento para causar daño al otro(a). De igual manera, la alienación no sólo se da en parejas unidas en matrimonio, sino que puede presentarse en otro tipo de familias, cuyo origen es un acto distinto al matrimonio (concubinato, unión de hecho, etcétera).

La alienación parental produce una afectación a los derechos fundamentales de la niñez, de ahí que sea necesario darle la importancia que requiere, y por tanto llevar a cabo la prevención,

---

[1476] José Manuel Aguilar, *Síndrome de Alienación Parental: Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*, p. 23.

atención y tratamiento que demanda, para evitar que se sigan dañando sistemáticamente los derechos de la niñez.

II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA ALIENACIÓN PARENTAL Y NORMA VIGENTE

La alienación parental como actividad humana no es reciente, pero su abordaje a nivel jurídico sí, de ahí que al igual que otras problemáticas sociales, la alienación parental se encuentre sujeta a un proceso en que hay quienes aceptan su existencia y por tanto la necesidad de prevenirla, atenderla y en su caso sancionarla. Por otro lado, frente a esta postura encontramos que hay quienes sostienen que la que la alienación parental concebida como síndrome, al no estar dentro del catálogo de enfermedades mentales (DSM-IV), se considera inexistente y por tanto fuera de toda posibilidad de ser abordada desde el ámbito jurídico.

El razonamiento para negarla radica en no contar con un sustento de carácter científico en materia psicológica que soporte el planteamiento de un síndrome, sin embargo, este artículo plantea más allá de la existencia del citado síndrome, la conducta real, común y recurrente, llevada a cabo por parte de un progenitor quien genera en su hijo(a) el odio, rencor, resentimiento, desprecio y rechazo hacia el otro progenitor, de manera injustificada.

Como resultado de estas acciones, los vínculos paterno y materno filiales se verán afectados, si no es que destruidos, con el consiguiente daño para la niñez.

Ahora bien, ya que la alienación parental provoca un daño irreparable para el niño(a) que la sufre, contraviniendo su derecho fundamental de desarrollarse integralmente, así como la posibilidad de convivir con ambos progenitores aunque existan problemas entre ellos, es menester que la legislación vigente en nuestro país aborde este problema, lo conceptualice, establezca medidas de atención, e incluso sanciones de carácter familiar y administrativo.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra en su artículo 4o. los derechos de la niñez, así como las obligaciones que éstos generan a cargo de sus progenitores, tutores o demás personas que los tengan a su cargo.

A decir de Alejandro Cárdenas Camacho, este artículo:

[…] no crea la patria potestad, pero sin duda, la reconoce implícitamente, al sujetar a los ascendientes al cumplimiento del deber de preservar los derechos de aquellos, a la alimentación, salud, educación y sano esparcimiento".

Así, pues, los hijos menores cuentan, a nivel nacional, con un doble régimen por lo que se refiere a su protección y desarrollo integral: uno local, que se hace patente a través de la patria potestad, y otro constitucional que se manifiesta a través del deber que se impone a los padres y parientes con la finalidad de preservar el derecho que aquellos tienen a la satisfacción de sus necesidades.

Como resultado de lo anterior, niñas, niños y adolescentes cuentan con un mínimo de derechos y garantías que no podrán ser desconocidas por ninguna autoridad".[1477]

A partir de esta reforma al artículo 4o. constitucional[1478], los derechos de la niñez se vuelven fundamentales, siendo obligatoria su protección y garantía, no sólo para los progenitores, sino también para las autoridades del Estado Mexicano, quien se vuelve garante de tales derechos.

De la lectura de dicho precepto se puede apreciar que el desarrollo integral de la niñez no debe verse afectado por conductas de violencia, maltrato, alienación parental, o cualquier otra que contravenga este derecho, ya que con ellas se estaría violando un derecho fundamental de niñas, niños y adolescentes.

Por su parte, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, signada por el Ejecutivo Federal y ratificada por el Senado de la República[1479], establece en su artículo 9 *"la obligación del Estado firmante de velar porque las niñas y los niños sólo sean separados de sus progenitores mediante sentencia judicial que declare válida y legítimamente la necesidad de hacerlo, y de conformidad con los procedimientos legales en que se garantice el derecho de audiencia de todos los involucrados"*.

Al respecto, México ha presentado avances legislativos que se establecen en la Ley General de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y su antecesora, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en las correspondientes Leyes Estatales, así como en los Códigos Civiles y/o Familiares a nivel local, en los que de manera congruente con esta obligación se establece la posibilidad de que niñas y niños sean escuchados en cualquier procedimiento de carácter judicial que pueda afectar su situación jurídica, con el consiguiente beneficio para ellos.

[1477] Alejandro Cárdenas Camacho, *Panorama internacional del derecho de familia*, p. 559.

[1478] Llevada a cabo el 07 de abril de 2000.

[1479] El 21 de Octubre de 1990.

Por su parte el artículo 12, párrafo II de la Convención señala que: *"[…] Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento con la ley nacional".*

Tanto los códigos civiles como algunos familiares, establecen este derecho de la niñez, y por lo general toca al Sistema DIF estatal o municipal, según sea el caso, intervenir en los asuntos que afecten intereses de la niñez.

En el caso del Distrito Federal, se instituyó la figura del asistente del menor,[1480] el cual va a acompañar al niño, niña o adolescente todas las ocasiones que tenga que presentarse en el juicio, con la finalidad de garantizar que realmente va a ser escuchado y que su opinión será considerada al momento del fallo del juez (artículo 417 bis del Código Civil del D. F.).

El numeral 18 de la Convención de los Derechos del Niño establece en su primera parte que los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o en su caso a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

El contenido de este artículo consolida aún más los derechos de la niñez, al expresar la obligación y responsabilidad de ambos progenitores de buscar en todo momento el desarrollo de los hijos, así como acatar cabalmente el interés de la niñez como eje rector de cualquier actividad dirigida hacia este sector, sin importar el ámbito en el que se realice.

Más adelante el mismo artículo en el punto dos señala que:

[...] a los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

De la lectura de esta disposición se desprende el principio de corresponsabilidad en el que el Estado, a través de sus órganos y autoridades, deberá apoyar la labor de crianza que realizan

[1480] Reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 2 de febrero de 2007.

los progenitores, esto como respuesta a los compromisos contraídos al momento de suscribir y ratificar los instrumentos jurídicos internacionales de protección a la infancia.

En materia familiar, es necesario definir la alienación parental, prohibiéndola y además estableciendo de forma concreta las sanciones aplicables en materia de derechos familiares, a quienes realicen esta práctica, así como las medidas de atención y apoyo para las víctimas, a cargo de las instituciones del Estado.

Respecto a la alienación parental encontramos que actualmente el Código Civil de Aguascalientes, así como el Código Familiar de Morelos contienen artículo expreso.

Código Civil para el Estado de Aguascalientes:

Artículo 434. En la relación entre ascendentes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición. Quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente, en consecuencia, cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de alienación parental. Se entiende por alienación parental la manipulación o inducción que un progenitor realiza hacia su menor hijo, mediante la desaprobación o critica tendiente a obtener la denigración exagerada y/o injustificada del otro progenitor para producir en el menor, rechazo, rencor, odio o desprecio hacia este.

El contenido de este numeral representa un gran avance, porque además de reconocer que el problema existe, describe sus características, sujetos involucrados, acciones y el fin que se persigue con dicha conducta. Para que se dé la alienación parental debe haber personas vinculadas por lazos familiares. Respecto a los sujetos que intervienen, debe haber uno o más menores de edad, el padre o madre alienadora y el progenitor alienado, en un primer momento, además de la intención de generar cambios conductuales en el menor de edad.

La prohibición expresa de este tipo de conductas era necesaria para hacer prevención negativa. Suele ocurrir que alrededor de ciertos problemas sociales, como el que nos ocupa, se tejan una serie de ideas equívocas, mitos, falsas apreciaciones, etcétera, las cuales en el imaginario colectivo de una sociedad, llevan a generar justificaciones y hasta a legitimar conductas como la alienación parental; de ahí la necesidad de prohibirlas expresamente, como se ha venido señalando.

En el mismo tenor, el artículo 440 del Código Civil de esta entidad establece en el primer párrafo el derecho de convivencia de los padres no custodios; en el segundo párrafo, supedita a

la resolución del juez los conflictos que surjan en casos en que haya interferencia en este derecho, mientras que el tercer párrafo señala que:

En cualquier momento en que se presentare alienación parental por parte de alguno de los progenitores hacia los hijos, el juez, de oficio ordenará las medidas terapéuticas necesarias para los menores hijos, con la finalidad de restablecer la sana convivencia con ambos progenitores. Para estos efectos, ambos progenitores tendrán la obligación de colaborar en el cumplimiento de las medidas que sean determinadas, pudiendo el juez hacer uso de las medidas de apremio que establezca la ley adjetiva civil, con la facultad en caso de ser necesario, de decretar la suspensión de la custodia o convivencia previamente establecidas.

De especial importancia resulta este tercer párrafo, ya que por primera vez establece la obligación de la autoridad judicial de decretar las medidas necesarias para evitar los efectos nocivos de la alienación parental y buscar la recuperación de quienes la sufren; asimismo, procura que la convivencia se restablezca, garantizándoles a niñas y niños su derecho.

Debido a la visión de sus legisladores, este precepto puede ser considerado de avanzada y como muestra de que la alienación parental, por su importancia, debe ser definida y, por consiguiente, se requiere acompañar esta conceptualización con los cambios legislativos que ella amerita.

Por su parte, el Código Familiar del Estado de Morelos establece en su artículo 224:

Quien ejerza la patria potestad debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia, cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto de manipulación y alienación parental encaminada a producir en la niña o del niño [sic], rencor o rechazo hacia el otro progenitor, so pena de suspendérsele en su ejercicio.

Sin entrar a profundidad a conceptualizar la alienación parental, este numeral la prohíbe expresamente, al señalar a los progenitores el deber de abstenerse de inducir en los menores de edad rechazo u odio hacia el otro progenitor, de manera injustificada, salvaguardando así derechos fundamentales de la niñez.

Por su parte el código Civil de Puebla en su artículo 608 señala en su último párrafo que: *"[…] en consecuencia cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto encaminado a producir en los menores, rencor o rechazo hacia el otro progenitor".*

En este punto es posible observar que aunque no se expresa el término alienación parental, de manera tácita se habla de ella, prohibiendo conductas que puedan favorecerla.

El concepto Alienación Parental fue recogido por el Código Civil para el Distrito Federal en el 2004, establecía como causa de la suspensión de la patria potestad el no permitir la convivencia, haciendo alusión a la alienación parental.

Sin embargo, tan sólo un par de años después, en Diciembre del 2006, era aprobada la iniciativa de decreto por el que se volvía a reformar el artículo 411, para ser derogado en Febrero del 2007 del Código Civil para el Distrito Federal. Se manifestó que la figura de la alienación parental no había sido reconocida como un síndrome en los estándares internacionales de la Organización Mundial de la Salud ni la Asociación Americana de Psiquiatría. En el Diario de Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal consta que:

Respecto al artículo 411, relativo a la patria potestad, se coincide en establecer que en las relaciones entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto, con independencia de que vivan o no en el mismo domicilio. Se elimina en este artículo la alienación parental, debido a que después de revisar estándares internacionales en materia de psicología, no se encontró ese concepto, por lo cual no es adecuado regular una conducta no reconocida científicamente, basada en los supuestos del Doctor Richard Gardner […] ideas que lejos de ser científicas representan un grave riesgo para la salud psicoemocional y física de los menores y de la sociedad […]

En la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 2 de febrero de 2007 se reformaron y adicionaron diversos ordenamientos en materia civil, reformas todas ellas de interés. Sin embargo, una de ellas llama en particular la atención respecto al tema que nos ocupa. Con el objeto de que los menores de edad involucrados en un proceso judicial sobre las convivencias o guarda y custodia sean debidamente escuchados,33 se crea la figura del asistente de menores.

Artículo 417. En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores. A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado, independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

El perfil, la función y especialidad de dicha figura se detalla en el siguiente artículo:

Artículo 417 Bis. Se entenderá por asistente de menores al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente, adscrito al DIF-D.F. u otra institución avalada por éste, que asista al menor sólo para el efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicoemocional en las sesiones donde éste sea oído por el juez en privado, sin la presencia de los progenitores.

Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor.

Al entrar al análisis de la legislación civil y familiar de los otros Estados, encontramos que 25 de ellos reconocen y protegen, de manera tácita o equiparada, el derecho de convivencia paterno-materno filial y prohíben la interferencia injustificada que de éste se haga.

Tales códigos son el de: Baja California, Baja California Sur, Campeche, Colima, Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala y Veracruz.

Los códigos de Coahuila, Guerrero, Tabasco, Yucatán y Zacatecas (5 en total) son omisos al respecto.

III. DERECHOS HUMANOS Y LA NIÑEZ

Protección integral.

Para abordar el tema de la alienación parental como una afectación a los derechos humanos de la niñez, es menester remitirnos a la Doctrina de Protección Integral, así como al Principio del Interés Superior y a la Autonomía Progresiva de los Derechos de la Infancia, ya que éstos implicaron la necesidad de crear nuevos marcos teóricos y de referencia que trajeron también cambios institucionales como resultado de la búsqueda del reconocimiento de la personalidad de niñas, niños y adolescentes.

Uno de los avances alcanzados con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es el cambio de paradigma con respecto a la infancia. La Convención se fundamenta en la doctrina de la protección integral, que reconoce a los niños como sujetos de derecho, es decir, que de acuerdo con su desarrollo tienen capacidad para involucrarse en los asuntos que les

conciernen, asumiendo de igual modo las responsabilidades inherentes al cumplimiento de deberes; en suma, les otorga el ejercicio paulatino de la ciudadanía.

Con la doctrina de la protección integral ya no se habla de menores sino de niñas, niños y adolescentes o jóvenes, se reconoce su condición de sujetos de derecho, se incluye a todas y a todos, se promueven sus derechos, se asume su carácter de personas en desarrollo, capaces de ir adquiriendo responsabilidades progresivamente, con potestad para expresar su opinión.

Como se mencionó con anterioridad, hubo un cambio doctrinario: de la doctrina de la situación irregular se pasó a la doctrina de la protección integral.

La sustitución del paradigma de la niñez trajo como consecuencia la necesidad de generar un marco teórico nuevo, en el que la personalidad de la niñez es uno de sus principales referentes, así como la adquisición paulatina de su ciudadanía.

En este sentido, para autores, como Alessandro Baratta:

[…] una interpretación sistemática del artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 exige que se supere el límite sugerido por el tenor literario del primer párrafo del citado artículo que a la letra señala: 'en todas las medidas concernientes a los niños', asumiendo que normalmente todas las medidas 'tomadas por instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos' tienen directa o indirectamente relevancia para los niños.

De esta manera, el criterio del "interés superior del niño", se convierte en el principio de la relevancia universal del interés del niño, lo cual implica la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales dirigidas a la protección de los derechos de los niños.

A partir de este momento, niñas y niños y adolescentes surgen como nuevos actores sociales que demandan cambios acordes a sus necesidades específicas.

El Interés Superior del Menor se refiere al mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos humanos de la niñez, de ahí que ni el juez, padre o madre, puedan ejercer autoridad respecto de un niño o niña de manera que viole uno o más de sus derechos.

Este principio se traduce en un conjunto de acciones y procesos que buscan como objetivo final el desarrollo integral de la infancia y su derecho a una vida digna y para lograrlo se tendrán que crear las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente, garantizándoles el máximo bienestar posible.

Además, el interés superior de la infancia es un principio que establece estándares de medición en la calidad de vida de niñas, niños y adolescentes. Derivado de su cumplimiento, se podrá afirmar o no que nuestro país cumple con los compromisos internacionales contraídos en materia de garantía y protección de los derechos de la infancia.

Autonomía progresiva de los derechos de la infancia

Como es sabido, el siglo XX atestiguó una serie de cambios relacionados con el proceso de reconocimiento y protección de los derechos de la infancia (sobre todo sus últimos años). Sin embargo, desde principios de ese siglo aparecieron eventos y acontecimientos significativos en esta materia, entre ellos la expresión de principios cuyo objetivo era lograr acuerdos a nivel internacional para la protección de tales derechos, por ejemplo, en 1924, la Sociedad de Naciones adopta en su V Asamblea el primer texto formal conocido como Declaración de Ginebra; más adelante, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptará la Declaración Universal de los Derechos del Niño.

Sería hasta 1989 que finalmente se logra la cristalización de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Si se analiza este proceso normativo, es posible observar, como afirma Miguel Cillero Bruñol: *"un perfeccionamiento gradual de progreso en la garantía y protección de los derechos humanos que se expresa a través de la adopción de instrumentos jurídicos con creciente poder vinculante y el afianzamiento del principio de no discriminación".*[1481]

La propia Convención se convierte en un amplio programa de acción en favor de la infancia, señalando obligaciones específicas para los Estados parte de la misma, cuyo objetivo primordial será proteger el desarrollo integral de la niñez y garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos, subrayando que éstos son interdependientes, de ahí que se tengan que satisfacer de manera conjunta.

Hablar de autonomía progresiva remite a la necesidad de construir una nueva concepción del niño(a) y de la forma en que ahora se relaciona con su familia,[1482] comunidad, sociedad y el

[1481] Miguel Cillero Bruñol, *Infancia, autonomía y derechos, una cuestión de principios*, p. 1.

[1482] En estas nuevas relaciones la condición de las partes involucradas ha cambiado; en consecuencia, niñas, niños y adolescentes actuarán de manera diferente, ahora

Estado. Asimismo, conlleva la obligación de cambiar el paradigma tradicional e identificarlos como personas, donde la infancia sea una etapa de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica.

De ahí que el niño(a) además de ser sujeto de derechos, también sea susceptible de tener deberes a su cargo. A partir de este momento, niñas, niños y adolescentes no pueden seguir siendo definidos como objetos de protección de políticas asistencialistas, sino como titulares de derechos que ameritan una supra-protección o medidas especiales de protección, dadas con base en su condición. También se supera la definición tradicional hecha a través de su incapacidad, para pasar a ser reconocidos como sujetos de pleno derecho.

Al asumir el principio de autonomía progresiva, surge la clasificación jurídicamente relevante entre niños(as) y adolescentes, ya que el criterio cronológico sustentará la mayor o menor responsabilidad, sobre todo de los(as) adolescentes frente a la ley penal y por tanto su tratamiento, siendo ésta una de las diferencias más significativas entre ambos grupos de edad.

Es menester señalar que la mayoría de las legislaciones en América Latina recuperan en sus códigos esta distinción por edad.

Precisamente gracias al proceso que permitió cambiar la visión de la niñez de simple objeto de protección a ser niñas y niños titulares de derechos humanos a quienes se les deben garantizar sus derechos, es que los cambios en las instituciones involucradas no se hicieron esperar.

El cambio de visión acerca de quiénes son y cómo hay que percibirlos y respetarlos hizo que las instituciones que antaño dirigían sus acciones a un público objeto, cambiaran para convertirse en instituciones garantes de los derechos humanos y fundamentales de la niñez, con base en el interés superior de la infancia, el cual obliga a transversalizar este interés para que sirva como eje rector de todas las políticas públicas dirigidas a este sector de la población.

Como resultado de este cambio, es que el postulado incorporado en el artículo 12 tiene vigencia como principio general de la Convención y se refiere no solamente a la expresión verbal y las opiniones, sino también a todos los signos de la experiencia, ya sea intelectual o emotiva, y a las necesidades del niño en cada edad y situación. Se convierte en el deber de aprender de los niños para orientar su actuación.

---

con su nueva personalidad, como sujetos de derecho. Por lo tanto, la familia tendrá que realizar los cambios necesarios para garantizar una dinámica familiar sana.

El concepto de protección integral del niño tuvo su origen en el Estatuto del Niño y el Adolescente adoptado por Brasil en 1990, en una de las primeras normas jurídicas que dieron lugar a la implementación de la Convención de los Derechos del Niño. Una sección del documento describe la sucesiva oleada de reformas jurídicas que le siguieron, así como los nuevos códigos que incorporaron la doctrina de la protección integral.

A partir del reconocimiento de la autonomía progresiva de los derechos de la infancia, uno de los principales cambios a nivel institucional consistió en dejar de identificarlos como "beneficiarios" u "objetos de la protección del Estado, para pasar a ser "personas humanas portadoras de demandas sociales".

Bajo este esquema las instituciones cambiaron la planeación estratégica dirigida a este sector de la población.

IV. LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ EN RELACIÓN A LA ALIENACIÓN PARENTAL

No obstante que los derechos de la infancia son muchos, en este apartado enfatizaremos acerca de aquellos que se relacionan directamente con el tema de la alienación parental, y por lo tanto, los derechos que el Juzgador debe considerar al intervenir en un asunto dónde se analicen los derechos de un menor.

Derecho a vivir en familia

La familia es una unidad básica de reproducción no sólo biológica sino económica y representa el espacio fundamental de socialización, protección, seguridad e intimidad en el plano afectivo emocional.

Muchas son las funciones que este núcleo social lleva a cabo, por ejemplo, el cuidado, protección, alimentación, socialización y formación de individuos que se integran paulatinamente a la sociedad.

La pertenencia a la familia da identidad, permite desarrollar sentimientos de afecto, seguridad, apego y obtención de valores. Además de las importantes funciones ya mencionadas, la familia debe fomentar una autoestima sana en la niñez, que esté basada en la confianza que los progenitores transmitieron a sus hijos e hijas. De ahí que cuando esta confianza no logró transmitirse, no se creó un ser seguro de sí mismo, con el consiguiente perjuicio para la familia y la sociedad. Para abundar más aún, hay que recordar que nadie puede dar lo que no tiene.

En este sentido, a decir de Ernesto Rage, *"se suele escuchar con frecuencia todo lo que nos hicieron nuestros padres. Sin embargo, pocas veces nos ponemos a pensar que hicieron lo mejor que podían o sabían, porque entre los muchos mensajes que ellos recibieron de sus padres estaba el de educa a tus hijos como te hemos educado"*.[1483]

De lo anterior se desprende que las dinámicas de familia pueden estar altamente influidas por la forma en que las relaciones familiares se establecieron en el núcleo de origen de la ahora pareja, de manera que dependerá de cada individuo y de las herramientas personales con las que cuente, el tipo de familia, las relaciones familiares y la dinámica que se desarrolle en su entorno.

Algunas nuevas familias presentan cambios sensibles, por lo que: *"la preocupación por los sentimientos del niño, recurrir a expertos cuando presenta síntomas, la búsqueda de su mejor formación, son indicadores positivos, que dan cuenta entre otras cosas, de una creciente democratización social, donde los menores también tienen derechos y son objeto de consideración".*[1484]

Las familias son complejas, su interacción puede ser más o menos funcional, sin embargo, las crisis van a estar presentes en todas ellas, las que podrán ser o no resueltas de la mejor forma. Para algunos, las crisis son entendidas como *"la necesariamente producen transformaciones adaptativas ligadas a los cambios del entorno y a los del desarrollo de los miembros del grupo familiar".*[1485]

La forma en que cada familia resuelve sus conflictos estará determinada, como ya se mencionó, por las herramientas personales con las que cuente cada uno de sus miembros. Si en la familia de origen de la pareja se proporcionaron herramientas suficientes para enfrentar y resolver conflictos de manera pacífica, entablando diálogos y logrando acuerdos, es de esperarse que en el nuevo núcleo familiar la dinámica pueda ser similar.

Autores como Chagoya señalan que: *"la dinámica familiar normal es una mezcla de sentimientos, comportamientos y expectativas entre cada miembro de la familia que permite a*

[1483] Ernesto J. Rage Atala, *Ciclo vital de la pareja y la familia*, p. 72.

[1484] Irene Meler y Mabel Burín, *Género y familia. Poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad*, p. 190.

[1485] Luz de Lourdes Eguiluz R., *et al*., *Dinámica de la familia, un enfoque psicológico sistémico*, p. 8.

cada uno de ellos desarrollarse como individuos y que les da el sentimiento de no estar aislado y de poder contar con el apoyo de los otros miembros".[1486]

El sentido de pertenencia es de vital importancia para la estabilidad y apego que crea el ser humano, el cual marcará su vida futura.

El derecho de convivir con sus progenitores

En ocasiones, como resultado de desavenencias conyugales, el derecho a convivir con el padre y la madre, no puede ejercerse debido a la separación o el divorcio. Este derecho consiste en la posibilidad real de toda niña, niño o adolescente a vincularse con cualquiera de sus progenitores en caso de conflicto entre éstos.

Este derecho está íntimamente relacionado con el derecho a la identidad, pues los componentes que la integran derivan, en gran medida, de las relaciones y los antecedentes familiares que pueden verse seriamente dañados e incluso acabados por las conductas de manipulación de cualquiera de los progenitores en contra del otro, impidiendo el desarrollo de visitas y convivencias en caso de no continuar con la vida en pareja.

Para ampliar más lo anterior, se ha afirmado que: *"es la familia la primera mediación del yo al nosotros, a donde las personas aprenden una serie de valores y prácticas fundamentales para su desarrollo futuro".*[1487]

Las relaciones familiares son dinámicas y se interrelacionan, de ahí que, en muchas ocasiones, al presentarse la disolución del vínculo matrimonial o la separación de la pareja, en algunos casos se presente de manera recurrente el fenómeno del divorcio parental.

Este divorcio va más allá de la ruptura del vínculo matrimonial y traspasa el sistema conyugal, afectando el sistema filial, ya que hijas e hijos pueden verse afectados por la manipulación que el padre o madre alienador hace de ellos.

Derecho a la identidad

[1486] L. Chagoya, citado en José Karam Becharan, *Curso sobre el Síndrome del Niño Maltratado. Formas de agresión al niño dentro del sistema familiar*, p. 9.

[1487] Luis Mario Fuentes, "Políticas públicas dirigidas a las familias", ponencia presentada en el Ciclo de Mesa Redondas: "Valores y familias, mitos y realidades", organizado por el Grupo de Estudios sobre Familias, de la U.A.M. Xochimilco, del 24 al 28 de junio de 2001.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento internacional que reconoce como tal el concepto de un derecho a la identidad. Esta innovación se debe, en gran parte, a la participación en el proceso de redacción de la Convención de personas profundamente preocupadas por la suerte de los cientos de niños víctimas de esta afectación.

Este derecho comprende, según el artículo 8 de la Convención, el derecho a un nombre, a una nacionalidad y a "las relaciones familiares".

Para Apfelbaum, el derecho a la identidad es un derecho humano esencial, es *"el interés existencial que tiene cada persona de no ver alterada, desnaturalizada, o negada la proyección externa o social de su personalidad […]. Que no se discuta, distorsione, recorte o niegue lo que constituye el esencial patrimonio cultural del sujeto, integrado por una multiplicidad de variados aspectos como son entre otros, la identidad de origen, la identidad familiar, intelectual, etcétera".*[1488]

La identidad como constructo social tiene una faceta dinámica, debido a que se va desarrollando de manera paulatina (en circunstancias y dimensiones de tiempo y espacio). Niñas y niños van formando su personalidad, construyéndose como lo que realmente son, como "ellos mismos". Esto a través del nombre, características físicas, sentimientos, ideas, creencias, proyectos, habilidades, que le permiten desarrollarse y proyectarse en su especificidad o en su mismidad.

El artículo 7 de la Convención precisa que el niño tiene derecho *"a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"*, en la medida de lo posible.

Es indudable que una de las principales funciones de la familia es la primera socialización, así como apoyar la conformación de la personalidad de los sujetos. La presencia de figuras paternas y maternas idóneas apoyará el desarrollo de la personalidad del menor de edad. Es así que en ese núcleo primario se fomentará o en su caso se impedirá que niñas y niños desarrollen su autoestima y autoconcepto, condiciones que les acompañarán a lo largo de su vida.

Al respecto, Branden afirma que la autoestima tiene dos componentes: el sentimiento de capacidad personal y un sentimiento de valor personal. Esto quiere decir que la autoestima es la suma de la confianza y el respeto por sí mismo. Refleja el juicio implícito que cada uno

[1488] Citado en Alejandro Bonasso, "Derecho a la identidad", Ponencia presentada en el Seminario Permanente de Educación en Derechos Humanos.

hace acerca de su habilidad para enfrentar los desafíos de su vida (para comprender y superar los problemas) y también su derecho a ser feliz (respetar y defender sus intereses y sus necesidades).[1489]

Derecho a acceder a la justicia

Gabriel Zapata Bello afirma que: *"garantizar el ejercicio y el uso de los derechos y libertades prescritas por las leyes, así como valorar que los gobernados cuenten con los medios para actuar y defenderse ante cualquier órgano, autoridad o jurisdicción, son dos de los aspectos en los que se traduce el acceso a la justicia".*[1490]

De lo anterior se colige que cuando se lleva a cabo un procedimiento jurisdiccional o de carácter administrativo en el que se ventilen intereses de niñas, niños y adolescentes, éstos deberán contar con los mecanismos necesarios para defender sus derechos, así como por su minoría de edad, contar con la representación legal adecuada para lograrlo.

Durante el desarrollo de los procedimientos que involucran la lucha por obtener la guarda y custodia, la pérdida de la patria potestad sobre menores de edad, etcétera, es necesario preguntarse si una vez detectados errores jurídicos ajenos a su persona, es conveniente someter a estos infantes a nuevos juicios y a otros estudios psicológicos para subsanar dichos errores y además de que cabe la pregunta de si esto es sano para ellos.

Sin importar el juicio del que se trate, existen problemáticas que causan daño psicológico a los menores de edad. Tal sería el caso de la violencia familiar, el maltrato infantil, el descuido y abandono, entre otros, en los que la autoridad jurisdiccional tendrá que apoyarse en dictámenes especializados para normar su criterio y dictar un fallo apegado no sólo a derecho, sino a la justicia y en su caso, al interés superior de la infancia.

Derecho de audiencia

El derecho de audiencia como garantía lo tienen todas las personas, de ahí que niñas, niños y adolescentes cuenten con esta protección, la cual es retomada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño a nivel internacional y por diversas legislaciones estatales y a nivel federal.

Para que la decisión tomada por la autoridad jurisdiccional sea apegada a derecho y justa, es menester que el juez conozca no sólo el deseo del menor de edad, sino que además pueda

[1489] E. Rage, *op. cit.,* p. 24.

[1490] Íbidem, pag. 26

constatar de manera directa cuál es la opinión que éste tiene acerca de quedar bajo la guarda y custodia del padre o la madre, así como su opinión sobre el régimen de visitas y convivencias propuesto.

Al respecto, Marta Stilerman opina que: *"entendemos que la opinión del menor si bien no puede ser el único elemento a tomar en consideración en orden a dar sustento a la decisión que se tome, adquiere importancia cuando por su edad y madurez pueda ser considerada como personal y auténtica".*[1491]

Sin duda alguna, la forma en que se interrogue al niño, niña o adolescente dependerá de su edad, entre otros elementos, ya que a mayor edad se adquiere mayor capacidad de objetividad y discernimiento, lo que se traduce en que esta decisión estaría tomada de forma objetiva, que además ha sido evaluada por el sujeto y que se emite de forma seria y no de manera caprichosa.

Otras condiciones a tomar en cuenta son la forma en que el menor de edad se relaciona con la nueva familia del progenitor, situación que puede influir al momento de llevar a cabo las visitas y convivencias, las cuales usualmente se plantearían fuera del ámbito de residencia de esta nueva familia.

Por último, es ineludible comprobar la autenticidad de la opinión externada; que ésta sea realmente del menor de edad y no que sea el resultado de la influencia ejercida por alguno de los progenitores (evitando así la manipulación y probablemente más adelante, la alienación parental).

De lo anterior se concluye que *"la obligación de escuchar –no sólo oír– al menor implica que quien haya de atenderle debe asimilar sus opiniones, indagar los fundamentos de las mismas, y ponderarlas antes de tomar una decisión.*

Oír al menor es introducir su pensamiento, opinión o juicio en un proceso judicial o administrativo, que es muy diferente que él mismo exprese su voluntad o preste su consentimiento respecto a algo que le afecte".[1492]

El derecho a ser oído

[1491] Marta Stilerman, *Menores. Tenencia. Régimen de visitas*, p 71.

[1492] Marta Morillas Fernández y Abigail Quesada Páes, coords., *La protección del menor en rupturas de pareja*, p. 42.

Cuando niñas, niños o adolescentes tienen que comparecer y actuar en un procedimiento jurisdiccional o administrativo, pueden hacerlo por los siguientes medios:

1. Personalmente (según su edad y desarrollo).
2. A través de la persona que el juez designe.
3. A través de sus representantes legales.
4. A través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitir su opinión objetivamente.

Maltrato infantil

La ONU define el maltrato infantil como *"toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico y mental, descuido o trato negligente […] mientras que el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres […]"*

El Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) entiende a los menores víctimas de maltrato y el abandono como aquel segmento de la población conformado por niñas, niños y jóvenes hasta los 18 años que *"sufren ocasional o habitualmente actos de violencia […] emocional, sea en el grupo familiar […] El maltrato puede ser ejecutado por omisión, supresión o transgresión de los derechos individuales o colectivos e incluye el abandono completo o parcial".*[1493]

A lo largo del tiempo, ha habido quien trata de ubicar a la alienación parental como una forma más de maltrato o violencia familiar, de ahí la correlación que se hace.

Debido a los efectos que causa en niñas, niños y adolescentes al alterar su desarrollo emocional, su confianza y seguridad personal, este apartado trata de llamar la atención acerca de la necesidad de prevenir actos de alienación parental, así como atenderla cuando ésta ha permeado la relaciones al interior de cualquier grupo familiar.

Obligaciones de los progenitores con los menores.

De forma enunciativa, más no limitativa, al entrar al estudio de las legislaciones civiles y/o familiares, se encuentran señaladas las siguientes obligaciones y deberes a cargo de padres y madres:

Proporcionar alimentación, educación y formación; el cuidado y protección; la administración de bienes; atención y cuidado del hogar; el esparcimiento; la contribución económica y/o sostenimiento del hogar; el derecho de corrección (sin causar daño), el cual ha sido sustituido

[1493] Arturo Loredo Abdalá, *Maltrato en niños y adolescentes*, p. 19.

paulatinamente en la legislación, por el buen ejemplo que padre y madre deben dar a sus hijas e hijos, y; la obligación de favorecer la sana convivencia y comunicación familiar.

Si bien es cierto que tanto el padre como la madre tienen el deber de cuidar y vigilar a sus hijos(as), esto no significa negarle al niño un margen de libertad y autodeterminación que vaya de acuerdo con cada etapa de su desarrollo. Los conflictos que pueden manifestarse por las voluntades antinómicas de los padres y los hijos son resueltos por muchos progenitores, o sus sustitutos, mediante la imposición por la fuerza física cuando otros mecanismos de persuasión han fracasado.[1494]

Con respecto al tema que nos ocupa, la obligación de favorecer la sana convivencia y comunicación familiar es la que se incumple reiteradamente, sin importar el daño que se causa a las y los menores de edad. Algunas personas pierden de vista que niñas, niños y adolescentes son titulares de derechos, que la alienación o manipulación que sufren vulnera su calidad de vida; asimismo, que ninguna persona tiene derecho a impedir de manera injustificada la convivencia paterno o materno infantil y que esta manipulación de hijos e hijas puede dañar gravemente el normal desarrollo y estructura de la personalidad de quienes la sufren.

Dentro de las principales obligaciones de padres y madres, no sólo de carácter moral sino jurídico, se tiene la de formar individuos sanos y equilibrados, capaces de ejercer realmente su derecho a desarrollarse de manera integral.

Sin embargo, al alienarles se afecta este normal desarrollo y se pone en peligro la posibilidad de lograr una personalidad estable, en donde la autoestima, la seguridad y la toma de decisiones sin culpa sean elementos presentes.

Es importante recordar que la alienación parental, además de ser una forma de maltrato psicológico, causa en quienes la viven odio hacia el progenitor alienado, provoca distanciamiento físico y emocional no sólo del padre o la madre alienados, sino también de sus demás familiares: tíos, tías, abuela, abuelo, primos, etcétera.

Otra consecuencia más se manifiesta en que el niño o niña confunda la realidad de su relación con el padre o madre alienado.

Debido al impacto negativo que estas conductas tienen en la niñez, resulta urgente cambiar esta cultura por una basada en el respeto irrestricto a los derechos de todos los miembros de la familia, en especial de niñas, niños y adolescentes.

[1494] Cecilia Grosman P. y Silvia Mesterman, *Maltrato al menor*, p. 301.

Estos cambios están en proceso, de ahí que, como se afirma en el Manual de paternidad equitativa:[1495]

Muchos hombres y mujeres han comenzado a preguntarse con mayor frecuencia por qué son, actúan, piensan, sienten y se relacionan como lo hacen. En ocasiones, estas preguntas los han llevado a reflexionar sobre lo que significa ser mujer u hombre en la actualidad; si sólo se trata de una actitud individual o si tiene algo que ver con otros aspectos de la vida, como la familia […], incluso se han preguntado si ser hombre o ser mujer es lo mismo para cualquier persona, sin importar el país, ciudad, o comunidad en que nació, y si siempre ha sido así, o si en cada momento de la historia de la sociedad, las formas de ser mujeres y hombres han cambiado.

Estas preguntas incluyen también a la paternidad y la maternidad, es decir, la manera que los hombres tienen de ser padres y las mujeres madres.

Ante estos cambios socioculturales, no es extraño contemplar una serie de reformas y adecuaciones legislativas que consideran el interés superior de la infancia, más allá de las funciones tradicionalmente encomendadas a cada género para garantizar sus derechos.

IV. DIVORCIO PARENTAL Y SUS EFECTOS

El divorcio parental es el resultado de la incapacidad de hombres y mujeres de separar la relación conyugal de las relaciones paterno y materno filiales. En este esquema, el divorcio va más allá de la separación y disolución de la pareja, ya que como daño colateral se presenta la separación de hijos e hijas con respecto de uno de los progenitores. Como resultado de la dinámica familiar vivida antes de la separación final, de manera voluntaria o aconsejada, niñas, niños y adolescentes toman "partido" en el divorcio y apoyan a una de las partes, viendo perdido su derecho de ver y convivir con ambos progenitores.

De manera reciente se ha acuñado el término de Padrectomía, que se entiende como: *"la separación entre el padre y los hijos o hijas ocurridas de manera impuesta, social, legal o maternalmente, llevando consigo la pérdida de los vínculos afectivos y emocionales entre*

[1495] *Manual de paternidad equitativa: Una propuesta para hombres que desean mejores relaciones con sus hijas e hijos*, pp. 4 y 5.

ambas partes. Ésta puede tener también lugar de manera voluntaria como una falta de compromiso paterno real, lo cual es respaldado por la norma social imperante".[1496]

Como ya se mencionó, este divorcio es el resultado de actos de manipulación que generan odio, desconfianza, temor y rechazo del hijo(a) hacia cualquiera de los progenitores, y que da como resultado la pérdida del vínculo paterno/materno/filial, imputable al progenitor alienador.

A partir de esa pérdida se acaba la posibilidad de mantener la relación familiar con hijas e hijos y el progenitor víctima de alienación prácticamente sale de la vida de estos.

Cabe mencionar que en muchos casos el progenitor alienador puede a su vez convertirse en progenitor alienado.

Considerando la alienación parental como una problemática relacionada de manera íntima con la violencia familiar, para poder identificar su presencia podrían aplicarse las siguientes preguntas propuestas por el Dr. Lázaro Tenorio Godínez,[1497] en su obra La violencia familiar:

a) ¿Cuál es el perfil que tiene cada una de las partes en el juicio correspondiente?

b) Si en el caso concreto se ha presentado alguna conflictiva en el núcleo familiar de las partes que evidencie la existencia de violencia familiar entre ellos, y en su caso, respecto de sus hijos menores.

c) De ser afirmativo, cuáles han sido las causas que la propiciaron, así como las consecuencias que ello ha generado o podría generar en dichas personas.

d) Determinar quién o quiénes han propiciado las conductas de violencia familiar.

e) Establecer con los métodos adecuados a la materia, si los menores hijos de las partes han sido inducidos o aleccionados de alguna forma por sus progenitores para decidir con quién de ellos desean vivir.

f) De ser posible, quién es la persona más idónea para ejercer la custodia sobre los menores y que régimen de convivencia se recomienda en el caso concreto.

g) Cuáles son los métodos más adecuados para inhibir o erradicar las conductas de violencia familiar y, de ser necesario, propiciar la respectiva rehabilitación de los miembros de la familia.

[1496] Nelson Zicavo, *¿Para qué sirve ser padre?,* p. 48.

[1497] Lázaro Tenorio Godínez, *La violencia familiar en la legislación mexicana*, p. 118.

h) El margen de posibilidades de reconciliación o separación definitiva de los consortes con base en las conductas evaluadas.

Como puede apreciarse, los incisos e), f) y g) pueden ser orientadores de la labor que realicen las/los especialistas, teniendo en cuenta la problemática de la alienación parental. Los resultados de la evaluación servirán como criterios que guíen las determinaciones del juzgador. Sólo así se podrán obtener fallos apegados a derecho que respeten el interés superior de la infancia.

Para abundar aún más, Asunción Tejedor detalla los siguientes criterios para identificar a víctimas de alienación parental:

1. Manifiestan odio y desprecio al progenitor objeto de la alienación.
2. El menor de edad está seguro de sí mismo y de sus sentimientos hacia el progenitor alienado.
3. El menor afirma que la decisión de rechazar al progenitor objeto de alienación es exclusivamente propia, que nadie lo ha influenciado.
4. Eligen al progenitor con el que sienten que tienen el poder y de quien depende su supervivencia.
5. Expresan desprecio sin culpa por los sentimientos del progenitor odiado.
6. Cuentan hechos que no han vivido o que escucharon contar.
7. La animosidad se dispersa hacia la familia extensa y hacia quienes se asocian con el progenitor alienado.

Como puede observarse, la alienación causa consecuencias que podrían ser devastadoras si no se previenen y atienden oportunamente: una personalidad dañada, la realidad distorsionada que vive el menor de edad, vínculos rotos, pocas esperanzas de lograr convivencias armónicas, pérdida de tiempo valioso para afianzar relaciones paterno-maternas filiales sanas, entre otros.

Como se ha podido observar, la alienación parental es un problema complejo, multifactorial, que puede ser abordado desde diversos ángulos, de ahí que sus efectos sean diversos.

A nivel general, podemos citar los siguientes:

Psicológicos:

• Respecto a la persona que la sufre, se observa afectación emocional y psíquica, debida a la situación de estrés que se vive, afectación a la personalidad, al normal desarrollo del

individuo, agravada por múltiples evaluaciones, contradicción de criterios de validez e interpretativos, etcétera.

A este respecto, Gérard Poussin afirma que estos casos representan *"una auténtica guerra, y además una guerra sin piedad, con un saldo de muertos y heridos. Efectivamente, los progenitores mueren en calidad de representan tes de la función parental, mientras que los hijos sufren heridas perdurables como resultado de haber sido utilizados como armas en ese combate".*[1498]

El mismo autor señala que *"es posible que los padres que manipulan a su hijo no sean conscientes, en absoluto, de que lo están haciendo. Están convencidos del valor positivo de lo que hacen. Si acaso llegan a mentir alguna vez, ello será por una buena causa: se trata de mentiras piadosas; si se muestran violentos, es sólo por amor al niño, para defenderlo de los peligros espantosos a los que se expone cuando ve al otro padre. Es inútil tratar de convencer a un padre que transgrede las leyes y que ultraja los derechos del niño".*

Ante este escenario se fortalece la premisa de prevenir, desalentar y evitar cualquier acto de alienación parental, a riesgo de "deformar" a la niñez que la vive.

Jurídicos:

Los efectos en este ámbito son diversos: en primer término las partes enfrentan (en la gran mayoría de los casos) largos, intrincados y desgastantes procedimientos, cuyo costo se traduce en desgaste emocional y económico, así como en inversión de tiempo para quienes están implicados. Estos procedimientos involucran en algunos casos el cambio de guarda y custodia, la pérdida de patria potestad e incluso pueden generar la comisión de faltas administrativas o hasta delitos.

Otra secuela importante es el alto grado de riesgo de que esta niñez alienada pueda repetir estas conductas que tan bien aprendió, convirtiéndose ahora en padres o madres alienadores, con las indeseables consecuencias, formándose así un círculo vicioso que perpetúa la presencia de estos casos en los Tribunales Familiares.

Familiares:

A nivel del núcleo primario, es fácil identificar en primer término la ruptura de vínculos familiares: aislamiento del niño o la niña, pérdida de comunicación y convivencia, desgaste de

[1498] Gerard Poussin y Elizabeth Martin Lebrun, *Los hijos del divorcio: Psicología del niño y separación parental*, p. 30.

la relación afectiva, cambios en la dinámica familiar y en algunos casos pérdida o alteración de la identidad y personalidad de niñas, niños y adolescentes que la viven.

Sociales:

Sin duda alguna, los efectos de la alienación son diversos y su impacto en la conformación del tejido social es dañino, ya que no sólo afecta a niños y niñas, sino además a todas las personas que se encuentran vinculadas en su cuidado, atención, convivencia, etcétera.

Sólo a manera de ejemplo, la alienación parental es nociva en al menos tres direcciones:

1. El hijo sufrirá la falta paterna/materna y el dolor de la distancia de un ser significativo que necesita cercano.
2. El padre o la madre ven cercenados sus derechos funcionales, lo cual les puede causar dolor, culpa y resentimientos.
3. En muchos casos la madre se verá sensiblemente afectada con una sobrecarga de tareas y funciones al sentirse obligada (o por elección personal) a suplir las ausencias paternales desde su condición materna. Interpretada esta situación a contrario sensu, es probable que el padre que obtuvo la custodia y es alienador pueda llegar a presentar la misma conducta.

De lo anterior se infiere que pensar en la alienación parental como un detonador de problemas sociales no resulta tan inesperado.[1499]

Finalmente, se ha observado que quienes sufren alienación parental pueden presentar:

- Depresión crónica
- Problemas para relacionarse en ambientes psicológicos y sociales
- Trastornos de identidad e imagen
- Desesperación
- Sentimientos de culpa
- Sentimientos de aislamiento
- Comportamiento hostil
- Falta de organización

CONCLUSIONES

Las Niñas, niños y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos, los cuales tienen que ser respetados y garantizados no sólo por los progenitores, sino por quienes los tengan a su cuidado, así como por las autoridades del Estado.

[1499] N. Zicavo, *op.cit.*, p. 72.

La alienación parental afecta el derecho de toda niña, niño o adolescente a desarrollar una personalidad sana, equilibrada y armónica, violando así un derecho fundamental.

Los nuevos modelos de crianza deben rebasar los prejuicios sexistas y estereotipados que no sólo afectan a mujeres, sino también a los hombres y por tanto a sus hijos e hijas, al negarles el derecho a convivir con ambos, aún en casos en los que éstos tengan conflictos.

Los cambios sociales han de ser recuperados en las normas jurídicas vigentes, por lo que no debe perderse de vista que, independientemente de la fuente que haga surgir la relación de parentalidad, ésta puede verse afectada por separaciones o divorcios, en los que esté presente la alienación parental, situación que debe ser atendida de forma adecuada.

La alienación parental es un problema complejo, ya que su origen es multifactorial, de ahí que la atención que se proporcione a quienes la padecen deba ser especializada. El Estado Mexicano, como garante de los derechos de la infancia, debe crear las instituciones necesarias para atender esta demanda.

Para garantizar adecuadamente los derechos de la niñez, el marco jurídico que los regula debe ser revisado y actualizado, buscando su armonización a nivel federal.

Por lo tanto, todas las entidades federativas deben contar con un marco jurídico mínimo de garantías para este sector de la población, dando así cumplimiento a los compromisos contraídos a nivel internacional en esta materia.

La dificultad para lograr definir la alienación parental más allá del ámbito psicológico no debe ser obstáculo para que a nivel jurídico se determine en que consiste ésta, quiénes son los sujetos que intervienen, el fin que se persigue con estas conductas, así como los mecanismos para prevenirla, atenderla y, en su caso, sancionarla en la legislación vigente.

Frente a todas éstas problemáticas, la labor del Juez del orden familiar debe tornarse de precisión milimétrica, pues son muchos los factores que debe considerar en ejercicio de sus facultas, surgiendo siempre el problema de un cuidado profundo para no excederse en sus funciones, y al mismo tiempo cumplir con su deber al dictar sentencias acordes con la norma y procurando que ésta sean siempre en beneficio de los menores.

Ante esto, es urgente que las legislaciones estatales contemplen las nuevas figuras de familia y sus relaciones derivadas para que el operador jurídico cuente con las herramientas suficientes que garanticen los derechos de todos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, José Manuel, Síndrome de alienación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro, 3a. ed. España, Editorial Almuzara, 2006.
ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, coord., Panorama internacional del derecho de familia, culturas y sistemas jurídicos comparados, Tomo I. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
BREÑA HUERTA, Laura, Valores y familias: mitos y realidades. México, Causa Ciudadana, 2003.
BURÍN, Mabel y MELER Irene, Género y familia, poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad. Buenos Aires, Editorial Paidós, 2a. reimpresión, 2009.
CÁRDENAS CAMACHO, Alejandro, Panorama internacional del derecho de familia, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
CERVERA RIVERO, Óscar G. y BARRAGÁN ALBARRÁN Óscar, Práctica forense en Derecho Familiar. México, Editorial Inter Weiters
EGUILUZ, Luz de Lourdes, et al., Dinámica de la familia, un enfoque psicológico sistémico. México, Editorial Pax, 2003.
GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho civil, 22a. ed. México, Porrúa.
GÓMEZ FROLE, Carina, Derecho procesal de familia. México, gómez lara, Cipriano, Derecho procesal civil, 9a. ed. México, Trillas.
GROSMAN P., Cecilia y MESTERMAN, Silvia, Maltrato al menor. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1992.
LOREDO ABDALÁ, Arturo, Maltrato en niños y adolescentes. México, Editores de Textos Mexicanos, 2004.
MAGALLÓN IBARRA, Jorge, Instituciones de Derecho Civil, Vol. 1. México, Porrúa,
MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta y Quesada Páez, Abigail, coords., La protección del menor en rupturas de pareja. España, Editorial Aranzadi, 2009.
MUÑOZ CANO ETERNOD, Antonio, El derecho a la intimidad frente al derecho a la información. México, Porrúa, 2010.
PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia E., El Derecho en México: una visión de conjunto. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
POUSSIN, Gerard y MARTIN LEBRUN, Elizabeth, Los hijos del divorcio: psicología del niño y separación parental. México, Trillas, 1999.
RAGE ATALA, Ernesto J., Ciclo vital de la pareja y la familia. México, Plaza y Valdés Editores, 2002.
RODRÍGUEZ QUINTERO, Lucía, "Alienación parental y derechos humanos. Algunas consideraciones". Ponencia presentada en el "Primer Congreso Internacional sobre Alienación Parental", Monterrey, Nuevo León, 2009.
ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de derecho civil mexicano, Tomos I y II. México,
SALINAS BERISTÁIN, Laura, Derecho, género e infancia. Mujeres, niños, niñas y adolescentes en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe hispano, Universidad Nacional de Colombia, UNIFEM y Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
STILEMAN, Marta N., Menores: tenencia, régimen de visitas. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1992.
TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, La violencia familiar en la legislación mexicana. México, Porrúa, 2007.
ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson, La familia en el siglo XXI: Investigaciones y reflexiones desde América Latina. Chile, Ediciones Universidad del Bío Bío, 2009.

Legislación nacional e internacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Convención Internacional de los Derechos del Niño
Declaración Universal de los Derechos Humanos
Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Distrito Federal
Código Civil para el Distrito Federal
Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal
Códigos Civiles y Familiares de las 31 Entidades Federativas
Código de Defensa Social para el Estado de Puebla

QUINTA PARTE:
DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I. EL DERECHO HUMANO AL HONOR.

Jesús Manuel Argáez de los Santos[1500]

SUMARIO:

Introducción. Desarrollo Metodológico. Definiciones sobre el derecho al honor. Análisis Constitucional. Constitución Federal. Constitución del Estado de Tabasco. Análisis de derecho comparado de diversas constituciones. España. Alemania. Colombia. 3. Marco jurídico internacional vinculante para México. Análisis de Resultados. Conclusiones

RESUMEN:

Sabemos que el honor es un derecho humano, sin embargo, cuando se realizó la Reforma en Materia de Derechos Humanos, se dejó fuera del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De la misma manera, en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco no se encuentra este derecho, aunque sí el derecho a la honra, el cual le arropa y por tal relación, suelen ser confundidos entre sí. Nos hemos apegado al derecho comparado para analizar el derecho al honor.

PALABRAS CLAVE: Derecho al honor, Derechos humanos, Reforma constitucional, Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, Derecho constitucional.

ABSTRACT:

We know that the honor is a human right, however, when the Reformation was held on Human Rights, was left out of the text of the Constitution of the United Mexican States. Similarly, in the Constitution of the Free and Sovereign State of Tabasco this right is not found, although the right to privacy, which he clothes and such a relationship, often confused with each other. We have attached to comparative law to analyze the right to honor.

KEYWORDS: Right to honor, human rights, constitutional reform, Constitution of the Free and Sovereign State of Tabasco, constitutional law.

INTRODUCCIÓN

El derecho al honor no se encuentra establecido de manera concreta y explícita en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero esto no es óbice para su regulación por parte de leyes secundarias y que algunos preceptos de carácter constitucional se relacionen con él.

Para hablar del honor, es menester en primer lugar, abordar la doctrina y el marco jurídico general que prevalece, y que puede relacionarse con el derecho al honor, para compararlo con el marco internacional, buscando la comprensión del problema que plantean el derecho al honor con la libertad de expresión, el derecho a la información, intimidad y privacidad desde un punto de vista integral, que incluyan entre otros rubros el derecho al honor y su relación con las actuaciones de Estado, organismos de interés público, particulares y medios de comunicación, que requieren de un análisis serio y bien documentado sobre un tema

[1500] Presidente de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos y profesor de la Licenciatura en Derecho, así como de la Maestría y Doctorado del Programa Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC) de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Comisión Estatal de los Derechos Humanos. Datos de contacto: +52 (993) 315-34-45 ext. 13. jmargaez@hotmail.com.

controversial y de sumo interés en las sociedades democráticas. Motivo por el cual, iniciamos este estudio con las definiciones que la doctrina nos brinda respecto a derecho al honor y el conflicto que se da entre este y el derecho a la información de manera general.

El impacto de los medios de comunicación en la toma de decisiones, modo de pensar y conducirse de las sociedades contemporáneas, así como la forma en que se maneja la información política cuando los mismos medios no están exentos de sus propios intereses políticos y económicos, hacen necesario un exhaustivo estudio jurídico que tienda a proteger los derechos fundamentales y los bienes jurídicos tutelados por una democracia sin caer en un estado de impunidad para quienes ejercen la libertad de expresión o utilizan los medios de comunicación dañando los derechos ajenos, ni tampoco en una medida coartadora, que se utiliza como una venganza y persecución, por parte de quienes defienden el derecho al honor, cayendo en extremos que polarizan el sistema jurídico, cuando lo que debemos de pretender, es un Estado de Derecho consagrado con el cumplimiento de los fines del mismo, entre los que destaca: La Justicia. Por ello, se hace necesario el estudio comparado con otros Estados que representen democracias consolidadas o al menos más avanzadas que la mexicana, y sus aportaciones debido a su experiencia en cuanto al eterno conflicto entre libertad de expresión y los derechos a la intimidad, privacidad y el que nos ocupa: el honor; implícitamente ligado a la dignidad humana, que parece poseer hasta el peor criminal, pero, que se encuentra disminuida a figuras públicas, situación que empuja a la filosofía del derecho, la jurisprudencia, el trabajo parlamentario y el derecho comparado a trabajar para dejar perfectamente delimitado los alcances de la libertad de expresión sin afectar el derecho al honor.

DESARROLLO METODOLÓGICO.

1. Definiciones sobre el derecho al honor.

La palabra honor tiene diversos significados que se dan de los diferentes pensadores; uno de ellos es Abbagnano[1501] el cual considera al honor como "el premio de la virtud y hacer el bien" es el resultado de la ética griega, de la cual paso a la costumbre y al derecho en la tradición occidental, a través de su planteamiento aristocrático.

El autor Xavier O'Callaghan, cita a Cesare de Beccaria en su obra *"Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen",* quien en el siglo XVIII escribió que la "palabra

[1501] ABBAGNANO, Nicola. Diccionario de Filosofía, Cuarta Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p.561.

honor es una de aquellas que ha servido de base a dilatados y brillantes razonamientos sin fijarle alguna justificación estable y permanente"[1502]. Se debe destacar que este no es un concepto jurídico de honor, sino una idea social de aquel tiempo.

Otra definición nos la proporciona Eduardo Novoa Monreal quien menciona que el honor "tiene por objeto proteger la dignidad personal reflejada en la imagen que se proyecta de los demás, el honor objetivo consiste en el interés que toda persona tiene por su prestigio y buen concepto ante los demás".[1503] Lo que más resalta de esta idea es que habla sobre el "honor objetivo" que nos da la idea de que el honor es lo que se proyecta de hacia la sociedad.

Sin embargo, para Manuel Jaen Vallejo **"**El honor es una concreción de la dignidad personal y que, por consiguiente, es atribuible a todas las personas. La consecuencia de la aceptación generalizada de una serie de valores, elevados al rango constitucional, en nuestro país (España) y en los de su entorno cultural".[1504] Con la idea de este autor, podemos observar la importante relación que guardan los derechos que tenemos las personas y que deben encontrarse en el texto Constitucional, como derechos fundamentales, lo que, explicaremos más adelante, no se encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por su parte, Rafael Márquez Piñero considera que "en estricta subjetividad, alude a aquella cualidad de carácter moral que nos lleva al más rígido cumplimiento de nuestros deberes tanto respecto del prójimo como de nosotros mismos".[1505] Esta definición, como la primera que mencionamos no es de carácter jurídico, pues alude al carácter moral, teniendo así el honor como una obligación que no puede ser reclamado de manera coercitiva.

2. Análisis Constitucional.

a. Constitución Federal.

En México vinculamos el derecho al honor con la libertad de expresión y el derecho a la información, debido a que este no es mencionado expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo regulado en leyes secundarias como el Código Civil

[1502] DE BECCARIA, Cesare. *De Los Delitos y de las penas*, Madrid, Alianza Editorial, 1968, DE CUPIS Adriano, *I diritti Della personalitá*, 2ª. Edición, Milano, 1982, BAJO FERNÁNDEZ, *Protección del honor y de la intimidad, en Comentarios a la Constitución*, t.I, Madrid, 1982, cit. Por O CALLAGHAN Xavier, *Libertad de Expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, pp.37 y 38.

[1503] Cfr. NOVOA MONREAL, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos, 4ª. Ed., Siglo Veintiuno Editores, México, 1989, p.49.

[1504] Cfr. JAEN VALLEJO, Manuel. Libertad de Expresión y Delitos Contra el Honor, Editorial COLEX, p.149.

[1505] Cfr. Enciclopedia Jurídica Mexicana, Porrua-UNAM, Tomo IV, México, p.332.

Federal, la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección de la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

Tanto la libertad de expresión como el derecho a la información se encuentran establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

ARTÍCULO 6º. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

ARTÍCULO 7º. Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones.

Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito.

ARTÍCULO 16º. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

De la lectura de los artículos Constitucionales mencionados con anterioridad, podemos observar que si bien el derecho al honor no se encuentra escrito en el texto, el bien jurídico que tutela, que es la dignidad de las personas, sí se encuentra protegido cuando menciona los

derechos de terceros y la protección de datos personales como un límite a la libertad de expresión, pues estos dos pueden ser utilizados para atacar el honor de una persona.

b. Constitución del Estado de Tabasco.

Igual que en la Constitución Federal, en la Constitución del Estado de Tabasco, no se encuentra expresado en el texto el derecho al honor, sin embargo en el artículo 2° que contiene el catálogo de derechos humanos se puede observar que hay tres fracciones del párrafo cinco que pese a que no lo mencionan textualmente, sí protegen el derecho al honor al limitar el derecho a la libertad de expresión.

Artículo 2.-

…

XIV. Toda persona tiene derecho a la protección de su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, *su honra*, su reputación y su dignidad;

XVI. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. La manifestación de las ideas no será objeto de inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público;…

XVIII. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

Como pudimos observar, además de limitar otros derechos por medio de los cuales se podría vulnerar el bien jurídico que tutela este derecho, o sea, la dignidad de la persona, el numeral en comento contiene una fracción que obliga al Estado a la protección de la honra, que no es lo mismo que el derecho al honor –esto se explicará más adelante-, pero guardan una estrecha relación.

c. Análisis de derecho comparado de diversas constituciones.

Debido a que como hemos mencionado, el derecho que nos encontramos estudiando se encuentra en la Constitución mexicana a manera de derecho “implícito” y la manera de acceder a él es por medio de la interpretación, consideramos la necesidad de realizar un análisis de derecho comparado en el cual estudiaremos a Alemania, Colombia y España.

ESPAÑA

El artículo 18 de la Constitución española de 1978 que establece que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen, así como también a la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones de todo tipo y en especial a las postales y telegráficas y telefónicas y que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Y el artículo 20 de la misma Constitución reconoce y protege los derechos de expresión y difusión libre de pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio así como la libertad de información establece que dichas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos por la propia Constitución y en las leyes que los desarrolla y específicamente consagra como límite de éstas, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

El Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia STC 104/1986,FJ5º. Que el derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del art. 20.1 a) y d) […], citado como tal de modo expreso en el párrafo 4 del mismo artículo de la Constitución, sino que según el 18.1 de la Constitución es en sí mismo un derecho fundamental.[1506]

El Tribunal Supremo ha mantenido la siguiente postura a decir de O CALLAGHAN[1507]: "Se resume en la idea de que la libertad de expresión e información jamás podrá justificar el ataque al honor de una persona, o lo que es lo mismo; está limitada por el respeto de los demás, tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos…, están sujetos a limitaciones, entre las que se encuentra la del respeto a los derechos íntimos de los demás. La sentencia del 16 de marzo 1990 es rotunda cuando afirma (fundamento 3.1) *conforme a la doctrina jurisprudencial y al propio texto constitucional, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ofrecen la suficiente entidad para constituir un verdadero límite al ejercicio de la libertad de expresión"*[1508]. Y la del 18 de abril 1990 plantea los límites entre los derechos al honor, intimidad e imagen y la libertad de expresión, y afirma contundentemente: *siempre y en todo caso, la colisión entre unos y otro se ha resuelto a favor*

[1506] RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina Jurisprudencial), Editorial Ariel, Barcelona, pp.176 y177.
[1507] O CALLAGHAN, Xavier. *Libertad de Expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, p.10 y ss.
[1508] Ibíd.

de los primeros[1509]. La de 19 de junio 1990 es relativa al derecho a la intimidad y hasta en dos ocasiones afirma que es un límite al derecho de información y a la libertad de expresión:

> sin que ello pueda suponer que, partiendo de tal dato, el reportaje que como profesional aquélla pudiera realizar o fuera efectivamente a realizar no habría de tener como límite subsistente la propia intimidad (fundamento 1º.) y no quiere decir que aquel derecho a la información, que junto con el de libertad de expresión deben garantizar efectivamente la existencia de una opinión pública libre, no encuentre tope o límite cuando, como en el caso acontece, la intimidad se ve precisamente afectada (fundamento 2º.)[1510].

Son especialmente interesantes las sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de octubre 1987:

> La libertad de información es, en términos constitucionales, un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor, puesto de manifiesto por las S.T.C. 104/1936, de 17 julio, viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública, que es una institución consustancial al Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger. Este valor preferente alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción[1511].

Por su parte el Tribunal Constitucional, en sentencia de 8 de junio de 1988, ha señalado:

> Que el valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 de la Constitución –es decir, de la libertad de expresión e información- en cuanto que asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre, indispensable para la efectiva realización del pluralismo político solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen y contribuyen, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita proporcionalmente como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones e informaciones de interés general, pues así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática[1512].

Para Jaen Vallejo[1513] la jurisprudencia constitucional sobre este derecho fundamental no es muy abundante, aunque de ella se pueden extraer, al menos, dos consecuencias muy

---

[1509] Ibíd.
[1510] Ibíd.
[1511] Ibíd.
[1512] Ibíd.
[1513] Cfr. JAEN VALLEJO, Manuel, ob.cit., nota 4, pp.158 y ss.

importantes: la viabilidad constitucional de un concepto personal del honor, y la imposibilidad de su atribución a las personas jurídicas.

En algunas resoluciones, el Tribunal Constitucional parece seguir la distinción clásica entre honor subjetivo y honor objetivo. Así, en su auto 106/1980[1514] declara que el derecho al honor consiste en el derecho a la propia estimación, al buen nombre o reputación. Sin embargo en su Sentencia 50/1983[1515] se infiere la posibilidad de que la protección que deriva del reconocimiento del derecho al honor pueda verse disminuida como consecuencia del comportamiento del propio titular, cuando reconoce que ni la Constitución ni la Ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos. Ciertamente, el Tribunal Constitucional en esta Sentencia se refiere a conductas que presuntamente han incurrido en ilicitud y que han originado algún tipo de expediente administrativo o un proceso judicial. En tales casos, como el daño al honor tiene su origen en la propia conducta del afectado, éste no tiene más remedio que soportar las consecuencias que de aquélla puedan derivar. Pero, no hay razón alguna que impida extender este punto de vista a otras conductas que, aun sin ser constitutivas de algún ilícito, sean también disvaliosas socialmente, y, en consecuencia, incidan negativamente en el derecho al honor de la persona responsable. Este derecho, en ningún caso, se podrá perder, pero sí se podrá ver disminuido por el propio comportamiento. No hay razón alguna para que el Estado proteja un honor sólo aparente, e inmerecido.

Aquel razonamiento del Tribunal Constitucional lo ha llevado a declarar reiteradamente que las consecuencias de una resolución judicial no pueden constituir una lesión del derecho al honor.[1516] Sin embargo cualquier persona afectada por una Sentencia, sufrirá inevitablemente una lesión de su honor. Algo muy distinto es que aquella persona no pueda alegar la vulneración de este derecho al tener su origen esa lesión en su propia conducta.

Otra consecuencia que se puede extraer de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es la imposibilidad de atribución del derecho al honor a las personas jurídicas, colectivas o también llamadas morales. A partir de la Sentencia 107/1988 afirma que el derecho al honor tiene un significado personalista, solo referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace

[1514] De 26 de noviembre (Sala 1ª.). Recurso de Amparo No. 173/80.
[1515] De 14 de junio ("BOE" No. 168, de 15 de julio). Sala Segunda. Recurso de Amparo No. 10/83. Ponente: Magistrado Don Francisco Rubio Llorente. Deniega el amparo.
[1516] Sentencia 16/1981, de 18 de mayo; Auto de 22-5-1985 (R.A. 154/85); Auto de 12-6-1985 (R.A. 69/85); Auto de 30-10-1985 (R.A. 691/85); Auto de 13-11-1985 (R.A. 759/85).

inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de las clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto …emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que le dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor. Sobre este punto la doctrina española a cargo de Jaen Vallejo[1517] aclara que respecto a las personas jurídicas no cabe hablar de honor, así como tampoco de dignidad. Los únicos valores adecuados serían los de reputación, prestigio o autoridad moral.

ALEMANIA

La Constitución Alemana de 1949 en su artículo 5º manifiesta que los derechos de libertad de expresión, de prensa e información no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales y las disposiciones legales para los menores y el derecho al honor personal.[1518]

En Alemania, son los tipos penales de los párrafos 185 a 187 del Código Penal Alemán los que protegen el honor, siendo muy discutida la manera en que debe entenderse el honor como bien jurídico protegido. El Tribunal Supremo Alemán ha resumido su jurisprudencia de la siguiente manera: "Objeto del ataque por injuria es el honor interno correspondiente a cada persona como portadora de valores ideales y morales; además, el prestigio de aquélla fundado en estos valores; su buena fama dentro de la sociedad…Base esencial del honor interno y, de este modo, del núcleo de la honorabilidad de la persona, es la dignidad personal que ostenta de modo imperdible desde el momento de su nacimiento… Del honor interno nace el derecho, tutelado por el párrafo 185, de cualquiera a que ni su honor interno ni su buena fama externa sean juzgados con menosprecio".[1519]

En la doctrina Alemana se puede concluir que se distinguen cinco interpretaciones del concepto de honor:

a) Honor como el valor interno de la persona basado en la dignidad de la persona.
b) Honor como buena fama hacia fuera.
c) Honor como hecho subjetivo, es decir, como sentimiento de honor.
d) Honor como derecho al respeto, y
e) Honor como relación de reconocimiento que posibilita la independencia de la persona.

[1517] Cfr. JAEN VALLEJO, Manuel, ob.cit., nota 4, p. 160.
[1518] DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel. "El derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen" en *Revista Derechos Humanos*, núm. 57, Año 9, Septiembre-Octubre de 2002, México, p.63.
[1519] JAEN VALLEJO, Manuel, ob. cit., nota 4, p.155.

COLOMBIA

Derechos como el honor, tienen un carácter que depende de las normas, valores e ideales vigentes[1520]; es decir el derecho al honor desde su concepción presenta un carácter complejo y relativo, lo que implica una dificultad en su definición, y la necesidad de que se aborde desde varios puntos de vista[1521].

En un sentido lingüístico la palabra "honor" posee, entre otras acepciones, las siguientes: "Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea", la palabra "honra" se entiende como: "estima y respeto de la dignidad propia", y "buena opinión y fama adquirida por la virtud y el mérito"[1522].

En el plano jurídico, el derecho al honor protege varios aspectos de la persona humana tales como la opinión que cada cual tiene de sí mismo y la opinión que tienen los demás, y allí se encuentran intereses que tienen una relación inmediata con estos aspectos como el derecho a la intimidad o al buen nombre[1523].

El derecho al honor es un concepto relativo que se puede considerar desde dos puntos de vista, estimación del propio yo (*aspecto interno*) y apreciación por parte de los demás (*aspecto exterior*), uno subjetivo, que alude al sentimiento de aprecio propio o estimación personal en relación con la conciencia o pensamiento que se tenga del concepto de dignidad moral y otro objetivo, que está referido a la estima, buen nombre, reputación o fama que tenga una persona dentro del círculo social en el cual se desenvuelve[1524]. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en sentencia de tutela del 13 de julio de 1992, M. P.: SIMÓN RODRÍGUEZ

[1520] Que manifiestan su protección desde una perspectiva ya represiva (cfr. Código Penal col., título V, capítulo único), ya con una visión más amplia que persigue la completa indemnización en las hipótesis de vulneración (la Constitución Política colombiana, establece en su art. 21: "Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección").

[1521] Por ejemplo, CESARE BECCARIA en el siglo XVIII en su obra *De los delitos y de las penas* decía: "La palabra honor es una de aquellas ideas complejas, que son un agregado, no sólo de ideas simples, sino de ideas igualmente complicadas". ESTRADA ALONSO, autor citado por JOSÉ LUIS CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ en *Derecho de daños*, Barcelona, Bosch, 1999, sostiene lo siguiente al referirse al derecho al honor: "Un derecho de la personalidad, fundamentado en la dignidad humana, entendida como el derecho que tiene toda persona a ser respetada ante sí mismo y ante los demás".

[1522] Las dos definiciones tomadas del *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia.

[1523] Cfr. Constitución Política de Colombia; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica".

[1524] La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en sentencia de tutela del 13 de julio de 1992, M. P.: SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

RODRÍGUEZ, se ha expresado en el mismo sentido, realizando la diferenciación entre los aspectos subjetivos y objetivos del derecho al honor, distinguiendo el derecho al honor propiamente dicho entendido como apreciación personal y el derecho a la honra como aquella reputación generalizada; al respecto sostiene: "El concepto de honra se debe construir desde puntos de vista valorativos y, en consecuencia, con relación a la dignidad de la persona. Desde dicha perspectiva, la honra es un derecho de la esfera personal y se expresa en la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. Aunque honra y honor sean corrientemente considerados como sinónimos, existe una diferencia muy clara entre ellos. Honor se refiere a un valor propio que de sí mismo tiene la persona, independiente de la opinión ajena; en cambio, la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno –el sentimiento interno del honor–, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros –honra–".

3. Marco jurídico internacional vinculante para México.

El marco jurídico internacional se refiere a los distintos convenios, tratados y documentos firmados por el gobierno de México donde se reconocen los derechos a la información, el honor y la libertad de expresión teniendo como referencia La Compilación realizada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos.[1525] Por lo que toca a la jerarquía o grado de prevalencia que tienen los tratados internacionales firmados y ratificados por México, la reforma constitucional de junio de 2011 establece que los tratados internacionales firmados y ratificados por México, tales como los relativos a los derechos humanos, se ubican jerárquicamente al mismo nivel que la Constitución; interpretando la Suprema Corte de justicia de la Nación que siempre y cuando los tratados internacionales no contradigan a la Constitución federal.

A) DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE: Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, mediante resolución XXX, en Bogotá, Colombia y adoptada el 2 de mayo de 1948, señala en el artículo IV que toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión, expresión y

[1525] PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Talía, y GARCÍA HUANTE, Omar (Compiladores). *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, firmados y ratificados por México 1921-2003,* Comisión Nacional de Derechos Humanos, t.I y t.II, México, 2004, pp. 23 y ss.

difusión del pensamiento por cualquier medio y en el artículo V establece que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.[1526]

B) DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS: El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 12 establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.[1527]

C) DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES RELATIVOS A LA CONTRIBUCIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE MASAS AL FORTALECIMIENTO DE LA PAZ Y LA COMPRENSIÓN INTERNACIONAL, A LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y A LA LUCHA CONTRA EL RACISMO, EL APARTHEID Y LA INCITACIÓN A LA GUERRA: Proclamada en la Vigésima Reunión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura celebrada en París, Francia y adoptada el 28 de noviembre de 1978 en su artículo V establece que para que se respete la libertad de opinión, de expresión y de información, y para que la información refleje todos los puntos de vista, es importante que se publiquen los puntos de vista presentados por aquellos que consideren que la información publicada o difundida sobre ellos ha perjudicado gravemente sus acciones. Vemos aquí el derecho de réplica y las repercusiones que puede tener el manejo que de la información hacen los medios de comunicación.[1528]

D) PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: De fecha 16 de diciembre de 1966, establece en el artículo 17 que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación, que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. En el artículo 19 encontramos una redacción muy interesante al determinar que el ejercicio de la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que

[1526] Idem, p.25.
[1527] Idem, p.36.
[1528] Idem, p.157.

deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para: asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás.[1529]

E) CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS "PACTO SAN JOSÉ DE COSTA RICA": Con fecha de adopción 22 de noviembre de 1969, establece en el artículo 5.1 que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, sin embargo no esclarece a que se refiere con el respeto y derecho a la integridad moral de las personas. Por su parte el artículo 11 del documento en comento, se titula: Protección de la Honra y la Dignidad; y, establece: que toda persona tiene derecho a su honra y al reconocimiento de su dignidad, que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, por lo cual tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. Como se puede observar la redacción de estos textos que se encuentran por encima de la ley y por debajo de la Constitución no hace distinción de personas como es el caso de las figuras públicas.[1530]

F) CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: Adoptada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, se recuerda que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, establece en el artículo 16 que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.[1531] Esta Convención deja en claro el derecho al honor de los menores, que aunque incluidos de manera general en la Declaración Universal siempre es bueno de manera concreta, literal y formal dejarlo en claro tratándose de niños que se encuentra en la etapa más vulnerable de la vida.

De los instrumentos internacionales expuestos con anterioridad, se puede apreciar que todos estos mencionan la protección a la honra; de acuerdo a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se debe proteger a los individuos de ataques abusivos a su honra lo que no menciona cuales serían los parámetros para determinar que sea abusivo ese ataque, al contrario con la Declaración Universal de Derechos Humanos que solo menciona de

[1529] Ídem, pp. 259 y 260.
[1530] Ídem, pp. 285 y 289.
[1531] Ídem, pp.685 y 686.

la protección de ataques a la honra al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica” en el cual se encuentra en un capitulo en específico de la Protección de la honra y la dignidad en el cual establece que toda persona tiene derecho a su honra por lo cual enfatiza esa obligación que tiene el Estado de protegerlo.

La Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas; menciona algo muy importante: el respeto de la libertad de expresión que es la puerta para el derecho de réplica y la repercusión del manejo de la información, que son medulares para proteger el derecho al honor. El Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño habla sobre los ataques ilegales a la honra por lo cual que como se mencionó con otros instrumentos internacionales al momento de interpretación nos dejan imaginar todas las hipótesis necesarias para determinarlas como ilegales.

ANÁLISIS DE RESULTADOS

Este estudio siguió una metodología dogmática jurídica en la cual se analizaron diversos instrumentos internacionales, legislaciones mexicanas, el derecho comparado y a diversos autores, con la finalidad de obtener un claro ramillete de opciones para conocer del derecho al honor.

El Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión incluyendo el derecho a la información, se ha presentado en situaciones polarizadas en las cuales los sistemas jurídicos o permiten total impunidad para quienes ejercen la libertad de expresión o, por otro lado, la medida coartadora que se utiliza como una venganza y persecución por parte de los que defienden su derecho al honor.

Si bien es cierto que en México existen leyes secundarias en las cuales se especifica o solo se menciona el derecho al honor; se debe de manifestar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como un derecho fundamental, con lo expuesto del derecho comparado en el caso de España, por ejemplo.

La protección de la dignidad de la persona debería encontrarse reconocido en nuestra Carta Magna cuya tutela recaiga sobre la calificación de la dignidad personal, no solo como una valoración subjetiva de la sociedad.

Conclusión

Tanto la información como la opinión deben respetar siempre el honor universal o común a todos los hombres, en razón de su dignidad de personas, en la búsqueda de la información debe respetarse la dignidad de los protagonistas y de las fuentes informativas, el derecho al honor es parte de la dignidad humana, el honor está íntimamente relacionado con la dignidad de la persona y al derecho a ser respetado, que se refiere al prestigio y consideración que tiene un miembro de la sociedad por los demás integrantes de esa (aspecto objetivo), y la valoración de la propia persona (aspecto subjetivo) considerándose como un bien personal que debe ser tutelado y/o regulado por el orden jurídico, protegiéndolo contra actos de autoridades y de particulares, pero, reconociendo que ni la Constitución, ni la ley, pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos.

La relación entre el honor y la información, no debe ser un conflicto de derechos, puesto que, tanto el honor como la información, son derechos del individuo debidamente garantizados que tienen como componente la verdad. Es decir, si se falta a la verdad acerca de los atributos, la dignidad o el honor de una persona, no se está informando adecuadamente, y por consiguiente, no se estaría ejerciendo en forma legítima el derecho a la información. En este sentido se puede sostener que el derecho al honor prevalece sobre el derecho a la información. Es importante considerar que el sujeto afectado en su honor no necesita probar la existencia de la virtud atacada en su patrimonio moral; es quien ataca el que debe hacerlo, e incluso cuando el atentado es genérico y manifiestamente destinado a insultar, no se le admite que pruebe sus afirmaciones.

Es importante contar con una legislación reglamentaría específica y apropiada que establezca de manera clara y con un criterio objetivo lo que comprende la vida privada o ámbito íntimo del individuo para así poder establecer con precisión los límites de estos dos derechos que en ocasiones parecen confrontarse estableciéndose una lucha entre la libertad de expresión y el derecho al honor. De igual manera se establezca de manera puntual lo que se considera vida pública y vida privada, regulando de forma completa todo lo relativo a la recopilación, manejo, uso e información de datos sensibles (entendiendo por éstos todos aquéllos que revelen cuestiones de origen racial, étnico, opiniones y preferencias políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, cuestiones de salud, vida sexual, etc.), inviolabilidad de comunicaciones de todo tipo (por vía verbal directa, escrita, telefónica, telegráfica, postal, electrónica, etc.), estableciendo las sanciones correspondientes por vulnerar dichos derechos y

fijando de manera precisa el procedimiento para la reparación del daño causado y las medidas necesarias para restituir al afectado en su imagen y reputación.

La legislación secundaria debe establecer el procedimiento de protección de datos personales, mediante el cual se le dé a conocer a las personas la información que sobre ella se encuentre en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados y la finalidad de estos, así como también para que la persona pueda exigir su rectificación, actualización, inclusión, complementación, reserva, suspensión o cancelación.

Debe considerarse que la conducta del Estado en lo que respecta a la protección de la vida privada en sus múltiples aspectos no debe concretarse únicamente a una conducta pasiva del Estado, es decir, a un no hacer, y a respetar esas áreas destinadas de manera exclusiva al particular como ocurre tradicionalmente en las garantías de libertad, sino que la conducta del Estado debe ser activa como ocurre en las garantías de legalidad, realizando actos o tomando providencias tendientes a evitar la violación de esos derechos, no sólo con respecto a las autoridades sino también con respecto a otros particulares.

BIBLIOGRAFÍA

DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel, "El Derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen" en Derechos Humanos, Órgano informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, núm 57, Septiembre-Octubre, 2002.

JAEN VALLEJO, Manuel, Libertad de expresión y delitos contra el honor, Editorial COLEX.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de Derechos, 4°. Ed., Siglo Veintiuno, México, 1989

O CALLAGHAN, Xavier. Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Talía, GARCIA HUANTE, Omar (Compiladores). Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, t.I y t.II, México, 2004, pp.23 y ss.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales, Editorial Ariel, Barcelona, 1995.

FUENTES INFORMATICAS

Discos Ópticos de Compilación de Leyes, Compila, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

IUS 2006, Junio 1917 – Diciembre 2006, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, http://info.juridicas.unam.mx

Página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, www.scjn.gob.mx

OBRAS DE CONSULTA

ABBAGNANO, Nicola. Diccionario de Filosofía, Cuarta Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p.561.

Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, firmados y ratificados por México, t I y II, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2004.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS., México, 2014

Enciclopedia Jurídica Mexicana, Porrúa-UNAM, México, 2002.

CAPÍTULO II. JURISDICCIÓN PREVENTIVA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Roxana Del Valle Foglia[1532]

"Para que el debate judicial tenga sentido, las respuestas de la justicia no pueden llegar tarde ni mal. La cuña de la eficacia, que representa la anticipación de la tutela, es una de las contribuciones de nuestro tiempo…"
Augusto Mario Morello

SUMARIO:

I. Introducción. II. El deber de prevención en el sistema interamericano sobre derechos humanos. III. El deber de prevención en el sistema jurídico nacional argentino. IV. Jurisdicción preventiva civil. 1. La función preventiva en el derecho de daños. 2. La acción preventiva civil. 2.1. La acción preventiva civil y sus presupuestos. 2.2. La legitimación: interés razonable. 2.3. La sentencia preventiva. Conclusiones.

RESUMEN:

La integración y complementación entre el Derecho sustancial y el Derecho procesal está dada por cuanto interesa tanto "como" y "que "hacer, el reconocimiento de los fines dependen en gran medida de los medios arbitrados, tanto de los fines como de los medios para alcanzarlos hacen realidad la justicia efectiva; proteger a las personas contra posibles daños justos potenciales e inminentes justifican la implementación de técnicas instrumentales inhibitorias en pos de los derechos amenazados.

PALABRAS CLAVE: tutela, procesos, daños, preventivo, inhibitorio.

ABSTRAC:

The integration and complementarity between the substantive law and procedural law is given because so interested in "how" and "who" do, recognition of the purpose depend largely on media refereed both ends and the means to achieving effective justice actually do; protect people against possible damage potential and imminent just justify the implementation of inhibitory instrumental techniques after the threatened rights.

KEYWORDS: protection, processes, damages, preventive, inhibitory.

I. INTRODUCCIÓN

Enfocado el ordenamiento jurídico interno, de los Estados Partes, en la función reparadora por daños causados a las víctimas, ante violación de los derechos humanos dentro de sus respectivas jurisdicciones, se ha invisibilizado la responsabilidad objetiva internacional primordial que asoma en el compromiso asumido por los Estados Americanos ratificantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José-1969), entre otros

[1532] Abogada y Diplomada en Desarrollo Humano y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Docente de Derecho Procesal Constitucional, docente en la materia opcional Derecho de Amparo y Adscripta a las cátedras de Derecho Constitucional y Procesal Civil de esa Alta casa de estudio. Secretaria Académica de la Sala de Derecho Constitucional del Colegio de Abogados de la Ciudad de Córdoba, especializándose en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Blas Pascal, maestrando en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Lomas de Zamora, Director Dr. Alfredo Gozaíni. Buenos Aires. Argentina, maestrando en Derecho Procesal, Universidad Siglo 21 sede córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional de Argentina. Evaluadora de la Revista universitaria "Nuestra Joven Revista", de la facultad de derecho de la UNC.

instrumentos internacionales pertinentes, en respetar y garantizar el pleno goce de los derechos y garantías reconocidos a sus titulares, esto es el ser humano desde su concepción, sin discriminación, a manera enunciativa, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones política, origen, posición económica, como se expresa en el art. 1 del mencionado instrumento internacional.

Las exigencias derivadas del ius cogens obligada a virar la óptica centrada en la función preventiva en materia de Derechos Humanos, cierto es que la consolidación de una régimen de libertad de la persona, fundada en el respeto a la dignidad humana, no puede quedar recortada a su protección reparadora cuando el daño ya la ha socavado.

La tutela preventiva, enclaustrada en garantías reconocidas dentro de cada uno de los Estados Partes, ya sea que estén previstas constitucionalmente o infra normativamente citando el amparo[1533] preventivo, habeas corpus[1534] preventivo, habeas data preventivo[1535], entre ellas, se enlaza con la obligación de prevenir la violación de los derechos humanos y hace a la obligación de protección primaria a cargo de los Estados y de protección internacional del sistema americano, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria en este último nivel.

El ideal del ser humano libre y pleno sólo pude realizarse dentro de un marco protectorio preventivo, pieza fundamental en las actuales democracias constitucionales de América, integrando la judicatura uno de los eslabones de dicha cadena protectoria, como garantes de los derechos fundamentales.

El orden público internacional del ius cogens y el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional (art. 3 Convención americana DH) de las víctimas de violaciones de derechos humanos no puede quedar amputado a un enclave reparador, mereciendo citar el deber de adoptar disposiciones de derecho interno necesarias para la efectividad de los derechos y libertades (art. 2 CADH).

En consecuencia el orden jurídico interno debe prever mecanismos sustanciales y procesales que viabilicen la prevención de eminentes violaciones de los derechos humanos.

[1533] Art. 43 Constitución de la República Argentina, art. 107 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 86 Constitución Política de Colombia "Acción de tutela".
[1534] Art. 43 Constitución de la República Argentina, art. 30 Constitución Política de Colombia.
[1535] Art. 43 Constitución de la República Argentina.

El juez americano al efectuar el control de convencionalidad aún de oficio[1536], en casos sometidos a su decisión en materia de derechos humanos, debe tomar las medidas necesarias y pertinentes para tutelar los derechos humanos en ciernes de ser jaqueados, de manera cierta, potencial e inminente, por actos u omisiones del Estado o particulares, dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

II. EL DEBER DE PREVENCIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO SOBRE DERECHOS HUMANOS

La función preventiva de protección del sistema americano fue adjudicada, en pretéritos tiempos, con mayor énfasis dentro de las competencias de la Comisión Interamericana sobre los Derechos Humanos y dentro de la competencia consultiva de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (CIDH) primado en cambio en su competencia jurisdiccional la función reparadora, posición ésta última que fue superada en actuales precedentes[1537].

La propia Corte Interamericana, en anterior postura, entendió que en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa resolvía sobre la responsabilidad estatal en casos concretos, en cuanto a víctimas determinadas por violaciones de Derechos Humanos, estando imposibilitada de realizar un control preventivo de normas, actos u omisiones por parte del Estado, entendiendo que le asiste un control concreto y no abstracto.

En opinión consultiva OC-14/94, instrumento jurídico cuyos efectos fueron analizados en numerosos precedentes, se expresa:

> "La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención… la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención (Responsabilidad internacional por expedición y

[1536] Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Rodríguez Pereyra Jorge Luis c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios". Causa R 401. XLIII. Sentencia 27/11/2012; en dicho caso se expreso "La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado".

[1537]CIDH, caso *Gelmán vs. Uruguay*. Sentencia de fondo y reparaciones, del 24 de febrero de 2011, Serie C nº 221, CIDH, caso *Gelmán vs. Uruguay*. Resolución de la CIDH, de 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de Sentencia.

aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)[1538].

Sin mayores indagaciones sobre el deber de adoptar medidas positivas asumido por los Estados Partes en defensa del pleno goce de los derechos y libertades fundamentales, entre ellas adecuando el ordenamiento interno, se soslayó la naturaleza que yace tras el deber asumido, por los Estados Partes, en su doble faz preventivo y reparador, abarcando todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural en resguardo de los derechos humanos.*[1539]*

En esa mirada acotada el Estado no era responsable internacionalmente ante la promulgación de una ley inconvencional, descuidando la posible amenaza y/u obstáculo para el ejercicio efectivo de un derecho o garantía que sopesaba sobre la generalidad de los ciudadanos, sólo su aplicación era motivo del control de convencionalidad difuso por los jueces locales y concentrado por la propia Corte Americana, siempre que se *afecte "derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados".*[1540]

A partir del debate en el propio seno de la interprete auténtica de la Convención Americana, la Corte, fue elaborándose una novel doctrina de control preventivo, afirmando, en su momento, el juez A.A. Cançado Trindade, en sus votos razonados, la necesidad de hacer la reserva, en los casos concretos sometidos a su competencia, de examinar y decidir sobre la incompatibilidad o no de normas internas con lo preceptuado en la Convención Americana[1541], aún tratándose de normas que no fueron aplicadas o bien aplicadas no lo han sido respecto a las víctimas, fundándose esta postura en la brecha de impunidad que la norma vigente inconvencional pudiere construir.[1542]

[1538] CIDH, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 49.

[1539] CIDH, caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Sentencia de fondo, del 8 de diciembre de 1995, Serie C nº 22, párr. 67.

[1540] CIDH, caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Sentencia de fondo, del 8 de diciembre de 1995, Serie C nº 22, voto disidente del juez Nieto Navia.

[1541] En ocasión de analizar, en el caso "El Amparo"[1541], la solicitud de reforma previamente requerida por parte de la Comisión Interamericana, respecto de los incisos 2º y 3 º del art. 54 del Código Militar Venezolano, reglamentos e instrucciones castrenses alegando su incompatibilidad con el ordenamiento supranacional americano.

[1542] El art. 54 del Código Militar Venezolano establece: al disponer "s*on atribuciones del Presidente de la República, como funcionario de justicia militar:... 2. Ordenar que no se abra juicio militar en casos determinados, cuando así lo estime conveniente a los intereses de la Nación. 3. Ordenar el sobreseimiento de los juicios militares, cuando así lo juzgue conveniente, en cualquier estado de la causa".*

La sola vigencia de una norma, puede implicar en sí misma una amenaza a sufrir un mal en caso de ejercerse un derecho y/o garantía reconocidos, impidiendo de esa manera el Estado el pleno goce de los mismos, si bien desde el punto de vista formal se hallan garantizados.

Lentamente la función preventiva fue anclándose en el andamiaje del sistema americano en casos posteriores[1543].

La doctrina preventiva actual partió de enfatizar "*la propia existencia de una disposición legal puede per se crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana. Una ley puede ciertamente violar estos derechos en razón de su propia existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la amenaza real a la(s) persona(s)";* una ley interna incompatible con el espíritu y la letra de la Convención Americana, independientemente de su aplicación, por su propia existencia constituye una real amenaza contra los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción generando una situación continuada legislativa inconvencional[1544].

En su faz preventiva jurisdiccional del sistema americano no se exige la consumación del daño, ya sea material o moral, a efectos de impugnar normas inconvencionales, no es un control en abstracto sino en concreto de incompatibilidad con la Convención Americana.

El sistema americano se tornaría en un sistema reparador de violación de los derechos humanos si primara el requisito de un daño concreto, convirtiendo esa sistema en un mecanismo de desamparo por quienes estén en situación amenazante en el goce de sus derechos u obstaculizados en su ejercicio por una norma o acto inconvencional, sin garantía de efectiva tutela y de no repetición de los hechos.

Frente a la amenaza de sufrir un menoscabo en sus derechos ante normas, actos u hechos provenientes de los distintos poderes u órganos estatales y/o de particulares surge la *Responsabilidad objetiva Internacional del Estado Parte, por desconocer principios rectores como la buena fe y principio pacta sunt servanda en la suscripción de los Tratados Internacionales*[1545] en desmérito del ius cogens.

III. EL DEBER DE PREVENCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL ARGENTINO

[1543] CIDH, caso *Geni Lacayo vs. Nicaragua.* Sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 29 de enero de 1997, Serie C nº 30.

[1544]Voto disidente juez Cançado Trindade, CIDH, caso *El Amparo vs. Venezuela*. Sentencia de fondo, del 14 de setiembre de 1996, Serie C nº 28.

[1545] Art. 27 Convención de Viena.

El artículo 43[1546] de la Constitución Política Argentina prevé las garantías de amparo, habeas corpus y habeas data ante actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual e inminente, amenacen, arbitraria o ilegalmente, los derechos y garantías reconocidos; implica una tutela preventiva ante la sola "amenaza" de sufrir un menoscabo, sin causa legal que lo justifique.

Merece citarse la prevención en la órbita del derecho ambiental y del consumidor, prevista en los arts. 41[1547] y 42[1548] de la Carta Política, detonando infra constitucionalmente en "microsistemas" que giran alrededor del Código Civil y Comercial de la Nación o mejor dicho de la propia la Constitución Nacional.

[1546] **Artículo 43.-** Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.
Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.
Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.
Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

[1547] **Artículo 41**.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

[1548] **Artículo 42**.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.
Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.
La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

A su vez la constitucionalización del derecho privado argentino[1549] ha virado los paradigmas y principios, en pos de un sistema protectorio con pretensión de tutelar a los más débiles; el campo del derecho de Daños ha sido terreno propicio donde el hombre, por su connatural vulnerabilidad, a buscando respuestas en un mundo cada vez más hostil donde los riesgos se han intensificado y en este nuevo paradigma civilista se inserta el derecho de daños, que también es proteico.

Dentro de los principios rectores la prohibición de no dañar a otro (alterum non laedere) se localiza en el propio texto constitucional argentino[1550], existiendo un deber de no perjudicar salvo que existe una causa justificable.

El derecho a no ser víctima de daños injustos implica una visión superadora y complementaria de la concepción resarcitoria.

En consonancia el art. 3[1551] del novel código perfila un juez más activo que resuelve de manera razonablemente fundada, en virtud de esa razonabilidad se lo faculta para adoptar precauciones contra diversas contingencias, que pueden previsiblemente provocar un daño a una persona, grupo de ellas o a toda una comunidad.

El proceso judicial debe, en respuesta a este confieso paradigma protectorio, mutar en redefiniciones, en particular cuando hay posibles lesiones a derechos humanos esenciales, siendo que la dificultad en acceder a la justicia y la duración de los pleitos puede derivar en daños irreparable a quien tiene razón para clamar por justicia, en los estrados tribunalicios.

En la doctrina especializada y en la jurisprudencia, internacional y nacional, se perfilan nuevos o mejor dicho renovados institutos procesales[1552] que mejor respondan, en el caso concreto, a la tutela judicial efectiva.

[1549] Ley Nacional nº 26.994. Boletín oficial 8/10/2014. Decreto 1795/2014.

[1550] **Artículo 19**.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

[1551]Ley 26994. Sancionada 1/10/2014, promulgada 7/10/2014. Publicada Boletín Oficial 8/10/2014, entrada en vigencia 01/08/2015; art. 3°.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

[1552] Si bien se hace referencia a nuevos institutos procesales lo cierto es que autores de la talla de Calamandrei, Chiovenda, Carnelutti, entre otros, los han desarrollado en sus valiosos obras científicas; Calamandrei realizó una clasificación de las providencias cautelares entre las cuales mencionaba aquellas que deciden interinamente una relación controversial, antes de la decisión definitiva, de lo contrario podía producirse el daño irreparable, ver *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.* El Foro. Buenos. Aires. 1997.

La reforma sustancial y adjetiva del orden jurídico argentino, que va desde la incorporación de nuevos derechos y garantías (arts. 41, 42 y 43) en la Norma Fundamental (año 1994) y la consiguiente jerarquización en igual rango de ciertos Tratados sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 22) *ha gravitado de manera decisiva para la aparición de las tutelas diferenciadas claramente influidas en su diseño por las características del derecho material que buscan restaurar*[1553].

En la sociedad actual ante el peligro de nuevos riesgos se exige *una justicia de rostro más humano*[1554], en búsqueda de más eficacia, eficiencia y economía durante la tramitación del proceso civil, incluso asomando pretorianamente[1555], previo a la reforma de la norma civil, institutos procesales marcados por la necesidad de una jurisdicción preventiva.

IV. JURISDICCIÓN PREVENTIVA CIVIL

El diseño del proceso civil clásico fue perfilado para otra realidad en que los hechos no mudaban con el dinamismo actual y en un espacio globalizado, amén de la redimensión material de los derechos a tono con la exigencia de un ejercicio actual e impostergable de los mismos, por lo que la espera a recobrar su plenitud con el dictado de la sentencia judicial no responde a las exigencias de eficacia; ante la urgencia de quien reclama tutela, *los pliegues y repliegues del litigar secan la paciencia y las expectativas de quienes demandan que "se haga justicia"*[1556].

Por ello se fue haciendo eco la judicatura de los reclamos de los justiciables de una justicia más eficaz, *impulsados por la convicción de que es necesario acordar efectiva tutela a la pretensión urgente, las miradas se dirigen hacia los institutos de las medidas cautelares clásicas, "medidas autosatisfactivas" y "tutela anticipada". Estas últimas van ganando carta de ciudadanía*[1557].

1. La función preventiva en el derecho de daños

[1553] PEYRANO Jorge W., *¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?* en "Tutelas procesales diferencias – I. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2008-2, p. 23.

[1554] ARAZI Roland, *La reposición o reconsideración como instrumento "Para una justicia de rostro más humano",* en Revocatoria "In Extremis" (Director Jorge W. Peyrano). Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2012, p.131.

[1555] CSJN *Fallos 320: 1633*, Recurso de Hecho en causa "Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf S.R.L. y otros. Causa 2348. XXXII; CSJN, "Recursos de Hecho deducidos por la Defensora Oficial de P.C.P y la actora en la causa, Pardo Héctor Paulino y otro c. Di Césare, Luis Alberto y otro s/ artículo 250 del CPC", sentencia del 06/12/2011. Causa P. 24. XLVI.

[1556] MORELLO Augusto M., *Anticipación de tutela*. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata. 1996, p. 17.

[1557] CORDEIRO Clara María – GONZÁLEZ ZAMAR Leonardo, *La anticipación de la tutela. El otro punto de vista* en "Medidas Cautelares". Colección de Derecho Procesal nº 3-2008. Advocatus. Córdoba. 2008, p. 414.

En materia de responsabilidad civil [1558]hay una sistematización en el unificado código privado previendo tres funciones: preventiva, resarcitoria y disuasiva (aunque en ésta última se reserva a la facultad judicial de reducir las condenaciones pecuniarias cuando resultaren irrazonables o excesivas- art. 1714-, e incluso puede dejarla sin efecto –art. 1715).

Enlazado con los fundamentos del sistema jurídico privatista y la mentada constitucionalización, al tutelarse a la persona humana con normas que se inscriben en la tradición humanista y orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables bajo el paradigma protectorio, la regla es entonces a mayor vulnerabilidad de las víctimas mayor protección*;* adicionando la protección de los derechos de incidencia colectiva, la función preventiva no es baladí.

Lo anterior se contempla en aspectos tales como la privacidad, la identidad, etc., derechos cuyos titulares son personas reales y sujetas de derechos, merecedoras de una tutela eficaz ante el daño previsible.

La función de prevención se consagra expresamente en el art. 1710 imponiendo a todas las personas un "deber de prevención"; de tal manera el Derecho de daños esta conjuntamente en armonía con la libertad y la solidaridad, una sociedad justa y digna es sólo un ideal cuando el próximo no es tratado como prójimo.

Los alcances de la regla genérica es determinada por: a) la posibilidad de prevenir para no convertir en una carga excesiva para la persona de la cual depende evitar causar un daño injustificado; b) obrar con buena fe, conforme a las circunstancias, en la adopción de las medidas razonables para evitar la producción del daño o su agravamiento, y c) el derecho a ser reembolsado por los gastos efectuados cuando hay responsabilidad de un tercero en la previsible producción de un daño, aplicando las reglas de enriquecimiento sin causa.

Vivir en sociedad implica también responsabilidad y solidaridad trasladando en el ámbito jurídico la preocupación de prevenir ocasionar daños, girando la mirada del Derecho de daños hacia la víctima y la injusticia de los efectos; es necesario hacer lo posible para que no ocurran los daños para ello se requiere cambiar las reglas de juego imperando una prohibición rotunda: "no dañar".

2. La acción preventiva civil

[1558]Código Civil y Comercial de la República Argentina, Título V, Capítulo 1, arts. 1708 a 1780.

Uno de los rasgos del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina es la incorporación de un importante número de normas procesales, esa integración con el Derecho procesal está dada por cuanto interesa tanto “como” y “que “ hacer, el reconocimiento de los fines dependen en gran medida de los medios arbitrados, tanto de los fines como de los medios para alcanzarlos hacen realidad la justicia efectiva; proteger a las personas contra posibles daños justos potenciales e inminentes justifican la implementación de técnicas instrumentales inhibitorias en pos de los derechos amenazados.

La función preventiva se asienta en el trípode: acción, legitimación y sentencia (arts.1711, 1712 y 1713 CCCN).

La acción preventiva se configura tanto por acción o por omisión de naturaleza antijurídica que hacen previsible la producción, continuación o agravamiento del daño.

2.1. La acción preventiva civil y sus presupuestos

Ante la actual mirada del proceso cuya finalidad sea más que reparar sino prevenir perjuicios ante eventuales daños personales o patrimoniales injustificados, ante la omisión del deber de no dañar, el ordenamiento civil argentino, incorporando normas de naturaleza adjetiva, legitima al sujeto que pueda sufrir probablemente las consecuencias dañosas para entablar una acción para evitarlo, es decir, para prevenirlo.

En su vertiente clásica el Derecho de daños yace la idea de compensar a quien ha sufrido el mal injusto, en la mirada moderna se ensancha al incorporar la obligación de no causar perjuicios injustos y el deber de impedir daños, al sujeto que no los ha causado.

El clamor cada vez más acentuado de los ciudadanos por una justicia más eficiente y eficaz hace necesario otorgar herramientas que permitan a quien es probable que sufra un daño, conforme al curso natural de las cosas o en virtud de las reglas de la experiencia, enervar una demanda en sede judicial antes que la violación de no dañar a otro sea una realidad.

El derecho no puede desembarazarse del valor axiológico y esperar que exista un daño concreto y real para entrar en escena, la injusticia no es incompatible con la certeza y seguridad jurídica; la justicia no puede reposar a un lado de la balanza cerrando sus ojos a la espera del daño consumado.

Retrocederá la acción preventiva ante la omisión de no dañar[1559] siempre que se configuren los siguientes requisitos: a) autoría: quien tiene el deber de prevención del daño en su omisión u acción no cumplió con dicha carga; b) antijuricidad: por la violación del deber de prevención; c) causalidad: la amenaza del daño resulta previsible por la acción u omisión antijurídicas; d) Factor de atribución: no es exigible su concurrencia diferenciándose en este aspecto, además de su función preventiva propiamente dicha, con la acción resarcitoria.

En cuando a la autoría se enlaza con la función preventiva: la responsabilidad preventiva hace surgir una obligación frente al peligro evitando que se produzca.

2.2. La legitimación: interés razonable

La legitimación requerida es la sustancial[1560] para impetrar la demanda preventiva acreditando un interés razonable en la prevención del derecho, jaqueado por el previsible daño.

Se repara en la exigencia para acreditar la legitimación activa en base a un interés razonable quebrando su configuración clásica.

2.3. La sentencia preventiva

La resolución jurisdiccional que clausura el proceso autónomo encierra una finalidad preventiva[1561].

En lo resuelto se puede ordenar un dar, hacer, no hacer, según las circunstancias particulares del caso, teniendo en vista evitar el daño con la mejor restricción posible de los derechos en la medida de lo posible, de la manera más eficaz utilizando el medio más idóneo.

Cuando la norma civil establece que la sentencia preventiva "debe" disponer, a pedido de parte o de oficio, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda configura la idea de un juez con responsabilidad social, más eficaz integrando una justicia más eficiente.

En la búsqueda de un proceso más justo el intérprete debe razonar conforme a las reglas de la lógica formal e informal aristotélica, dentro de un proceso dialógico en paridad de armas y reglas de juego; la ponderación de los derechos en juego se realiza conforme a un sistema de normas, reglas y valores, fundada la solución adoptada en que es la mejor posible.

[1559] **Art. 1711 CC y C.** Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídicas hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

[1560] **Art. 1712 CC y C.** Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño.

[1561] **Art. 1713 CC y C**. Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

De la mano del razonamiento forense las cuestiones procesales que se han destinado a la protección y/o reparación de los derechos humanos, entre ellas las modernas herramientas como la tutela preventiva son la base en la construcción de un Derecho Internacional protectorio de los derechos, como lo explicitó la Corte Interamericana, "*no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos,…que permita alcanzar…la protección judicial requerida*[1562].

Los justiciables reclamar hoy eficacia *en concreto del proceso y de las prestaciones jurisdiccionales, principalmente en el factor temporal por la exigencia de administrarlas en tiempo razonable*[1563].

La Corte Argentina en los últimos años ha profundizado, obiter dictum, mirar al proceso no como un fin en sí mismo sino como medio, por ello se *exige poner el acento en el valor "eficacia" de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere…para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía*[1564].

CONCLUSIONES

El reconocimiento y protección efectiva de los derechos fundamentales obligan a una articulación de los mecanismos y herramientas sustanciales y procesales de manera preventiva para evitar, en lo posible, la violación de ellos.

La Jurisdicción preventiva nacional y supranacional adquiere un papel preponderante para dar cumplimiento a la reivindicación de la persona y su dignidad como principio y fin en la configuración del Estado democrático de Derecho[1565].

BIBLIOGRAFÍA

Aaron Aulis, *Lo racional como razonable.* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.

Alexy Robert, *Teoría de la argumentación jurídica.* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.
Alexy Robert, *La construcción de los derechos fundamentales.* Ad-Hoc. Buenos Aires. 2012.
Alexy Robert, *Derechos fundamentales, principios y argumentación.* Editorial Comares. Granada. 2011.

[1562] CIDH, Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C Nº 129, párr. 93.
[1563] BERIZONCE Roberto O., *La tutela anticipatoria (Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos).* Revista Jurídica Lexis Nexis OnLInenº 003/000675. JA 1998-II-905.
[1564] CSJN, 6/12/2011, "P., H. P. y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del CPC", Revista Jurídica LA LEY 15/02/2012, 5, con nota de Carlos Alberto Carbone; Graciela Medina.
[1565] CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, *Constitución, Jurisdicción y Derechos Fundamentales* en *"El Constitucionalismo de los Derechos".* Editorial Barrios&Barrios, Panamá. 2014, p. 434.

Arazi Roland, *La reposición o reconsideración como instrumento "Para una justicia de rostro más humano",* en Revocatoria "In Extremis" (Director Jorge W. Peyrano). Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina.2012.

Arazi Roland-Rojas Jorge A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.* T III. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina.2014.

Berizonce Roberto O., *La tutela anticipatoria (Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos).* Lexis Nexis OnLInenº 003/000675. Revista JA 1998-II-905.

Bidart Campos, Germán, *"El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa",* Buenos Aires, Ediar, 1995.

Calamandrei Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.* El Foro. Buenos. Aires. 1997.

Carbone Carlos A., *La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatoria y de los procesos urgentes,* en Sentencia Anticipada (despachos interinos de fondo) (Jorge W. Peyrano-Director, Carlos A. Carbone-Coordinador). Rubinzal-Culzoni editores. Santa Fe. Argentina. 2000.

Cordeiro Clara María – GONZÁLEZ ZAMAR Leonardo, *La anticipación de la tutela. El otro punto de vista* en "Medidas Cautelares". Colección de Derecho Procesal nº 3-2008. Advocatus. Córdoba. Argentina.

De Los Santos Mabel Alicia, *La flexibilización de la congruencia.* Revista Jurídica La Ley, Suplemento Especial. Cuestiones Procesales Modernas, 2005 (octubre), 80.

Elster Jon, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre la racionalidad e irracionalidad.* Fondo de Cultura Económica. México. 1995.

Elster Jon, *Ulises desatado. Estudios sobra la racionalidad, precompromiso y restricciones*. Gedisa. Barcelona. 2002.

Falcón Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ed.Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, T. IV, pág. 902.

Foglia Roxana, *El juez local y los mecanismos de participación democrática ciudadana.* Conferencia "XV JORNADA INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL: Poderes y límites al arbitrio del juez en la sociedad poslegal. II Jornada Internacional de Derechos Humanos. XXIII Encuentro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Cancún, México. 13-14 y 15 de Noviembre 2014.

Gozaíni Osvaldo Alfredo, "*Introducción al Derecho Procesal Constitucional",* 1º ed. Ed. Rubinzal-Culzoni editores. Santa Fe. Argentina.2006.

Hart Herbert, *El concepto de Derecho.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1963.

Lien Arnold J. et al, *Diversas Consideraciones relativas a la naturaleza y al logro de los derechos del hombre,* en "Los derechos del hombre". Editorial Lia. Barcelona, 1973.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución,* Ariel Derecho, Barcelona, 1986.

Lorenzetti Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho.* Rubinzal-Culzoni editores. Santa Fe. Argentina. 2006.

Morello Augusto M, *El proceso justo.* Editorial Platense SRL. Buenos Aires. 1994.

Peyrano Jorge W., *¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?* en "Tutelas procesales diferencias – I. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2008-2, p. 23.

Peyrano Jorge W. *Sentencia Anticipada (despachos interinos de fondo).* Rubinzal-Culzoni editores. Santa Fe. 2000.

Jorge W. Peyrano, *Orientaciones en materia de Reposición "In extremis"* en Revocatoria "In Extremis". Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2012.

Pozzolo Susanna et alias, *Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo",* en "Neoconstitucionalismo, derecho y derechos", POZZOLO Susanna *(editora).* Palestra. Lima. 2011.

Zagrebelsky Gustavo, *La virtud de la duda.* Trotta. España. 2012.

CAPÍTULO III. PELIGROS DEL CLOUD COMPUTING : POSTURA FRANCO-EUROPEA

Guy Mazet[1566]

INTRODUCCION

El medio rector para la difusión de la información es internet, además de las posibilidades de extensión que tiene más allá de las computadoras y los dispositivos móviles permite la interacción con un número cada vez más creciente de objetos y de personas que interactúan entre ellos. Dicha evolucion plantea numerosas interrogantes relativas a las libertades individuales pero también a la soberania nacional. Los objetos calificados como conectados, comunicados o inteligentes podrían alcanzar entre 50 y 80 mil millones en el mundo en 2020.

Los objetos conectados empiezan a insertarse dentro de la vida cotidiana e individual que llegan a estar dentro de la intimidad personal, su utilidad va desde la medición de parámetros de salud, hasta gadgets que miden la temperatura, el tráfico, el deposito bancario entre otros disponibles en relojes inteligentes, tabletas electrónicas y celulares.

De este manejo de la información, surge el hecho de que los datos constituyen una fuente de creacion de valor. Cada que se accede a diferentes sitios de interés partícular, el cliente/usuario deja una huella digital que permite a los publicistas analizar sus necesidades y promover un servicio personalizado, adaptado al cliente. Esto permite conocer mediante los objetos conectados proporcionar información sobre gustos, hábitos, relaciones, ya que las grandes empresas digitales obtienen y controlan las huellas de los usuarios y la multiplican en cantidades.

La capacidad de colectar los datos de los usuarios a través de estos objetos conectados aumenta los riesgos de atentar contra la vida privada mediante una lectura constante de actuaciones individuales; el temor de asistir al deterioro de la protección de datos personales ha tenido su paroxismo con la develacion del sistema de vigilancia establecido por parte de la agencia noteamericana NSA.

[1566] Guy MAZET. Doctor en Derecho. Instituto de Altos Estudios sobre America Latina. Universidad Paris 3 Sorbona Nueva Paris. mail : kgm@noos.fr

Lo cierto es que la multiplicacion de objetos conectados heterogeneos implica una potenza de calculo mas y mas importante para manejar todos los datos involucrados en el proceso pero tambien recursos a servicios alejados de almacenamiento y analisis de contenidos : ahi encontramos el « Cloud » herramienta del « Big Data » ; dicha solucion es un imperativo para los operadores de la conexion de objetos ya que se debe garantizar un tiempo de respuesta minimo dentro el intercambio entre objetos y plataformas de gestion para evitar todo congestion.

Entonces se llama a las supuestas bondades del Cloud computing quien reune para las empresas los beneficios economicos de la externalizacion de los procesamientos y servicios con los de arquitecturas de fuertes seguridad tecnologicas.

En efecto, el cloud puede caracterizarse como un modelo para habilitar el acceso a un conjunto de servicios computacionales (redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios) de manera conveniente y por demanda, rapidamente aprovisionados y liberados con un esfuerzo administrativo y una interaccion con el proveedor de servicios ; entonces, el computo en la nube ofrece varias soluciones a las empresas y administraciones , pues permite el almacenamiento masivo de datos sin necesidad de contar centrales enormes de equipos fisicos y su personal tecnico, lo cual redunda en ahorros de costos significativos para los corporativos y servicios publicos.

Dicha nube opera en la red e integra diversos elementos que funcionan como uno solo a traves de tecnologias basadas en distintos programas para crear maquinas virtuales mas estables que el computo basado en servidores y en equipos como discos duros o memorias USB.

Este modelo se expiende mediante contratos que firmen empresas o administraciones publicas con un tercero que provee servicios de cloud con la garantia que se maneja la informacion sin arriesgar los contenidos y los derechos de los eventuales titulares de los datos personales, o sea en el tramo en el internet, o sea en el sitio mismo del tratamiento con el requisito que este ultimo queda conocido ; por eso se necesita tomar medidas juridicas y tecnologicas para asegurar la seguridad contractual en el uso del cloud ; el objeto de esta contribucion es de exponer la postura francesa-europea al respecto.

En lugar de presentar un debate sobre las ventajas y peligros del cloud, hemos optado por un planteamiento de las problematicas mas recurentes tratando de esta nuevas tecnologias .
De manera preliminar debemos presentar las modalidades de servicios ofrecidos mediante el cloud;
dichos servicios distinguen :

el **SaaS** o Software as a Service es decir proveer programas on line
el **PaaS** o Platform as a Service o sea proveer una plataforma de desarrollo de aplicaciones on line
el **IaaS** o Infraestructura as a Service o sea proveer infraestructura de computo y de almacenamiento on line.
Estos varias servicios pueden declinarse segun modos distintos : el « **Cloud publico** » para un servicio compartido con muchos clientes, el « **Cloud privado** » para un servicio dedicado a un solo cliente y el « **Cloud Hibrido** » para una combinacion de los dos. Lo mas frecuentetemente encontrado sera el Cloud Publico para las empresas y sobre todo las ofertas SaaS (programas on line).

CALIFICACIÓN DE LOS ACTORES DEL CLOUD COMPUTING

Hay que recordar que el **responsable** del tratamiento es la persona fisica o juridica quien define las finalidades y los recursos del procesamiento de los datos personales ; el **incargado** ello, maneja los datos personales por cuenta del responsable segun sus directivas.
Eso significa que el **cliente** siempre sera responsable del tratamiento ; en efecto, recolectando los datos y decidiendo de externalizae su manejo mediante un proveedor de servicios de cloud, esta responsable del tratamiento por determinar las finalidades y los medios de tratamiento.
El **proveedor** actua por cuenta y bajo instrucciones del cliente responsable del tratamiento ; entonces , parece posible de establecer una presuncion de sub contratacion en la relacion entre cliente y proveedor de servicio cloud.
Tal presuncion sera particularmente efectiva cuando llama a un cloud privado, o sea especifico al cliente, que implica un gran dominio en la realizacionde la prestacion por parte del proveedor . Al reves, cuando un cliente llama a un cloud publico en donde, por esencia, el

proveedor define el funcionamiento y los objetivos de una aplicacion on line accesible a varios clientes, los papeles respectivos del cliente y del proveedor pueden ser dificiles en determinar. Por eso, dicha presuncion puede caer aplicando un conjunto de criterios que permiten definir el margen de maniobra cuyo proveedor dispone para realizar el servicio.

Estos critrrios serian :

- el nivel de las instrucciones o directivas dadas por parte del cliente al proveedor : este criterio puede permitir evaluar en cual medida el proveedor queda comprometido por las ordenes del cliente responsable; entonces, si el cliente deja una grande libertad y autonomia al proveedor en la realizacion del servicio, el proveedor actuara tambien como responsable del tratamiento.
- El grado de control en la ejecucion del servicio por del proveedor de parte del cliente responsable ; eso permite medir la manera con la cual el proveedor respecta las instrucciones del cliente; conviene entonces preguntarse sobre el grado de vigilancia ejercitado por el cliente en su calidad de responsable.
- El valor agregada provista por el proveedor sobre el tratamiento de datos del cliente ; eso permite saber en cual medida el proveedor tiene el dominio del manejo de los datos; es cierto que cuando presenciamos un proveedor experto en la rama ello podra con razon decidir de los recursos necesarios y , por ende, susceptible de ser calificado igualmente de responsable
- el grado de transparencia sobre la llamada a un proveedor ; eso puede indicar en cuanto la calificacion o expertisa del proveedor ; si la identidad o fama del proveedor esta muy conocida en el ambito del cliente, el proveedor podra tambien ser considerado como actuando en calidad de responsable.

De todo esto,resulta que cuando un cliente llama un provedor de servicios cloud, queda generalmente admitido que el primero esta responsable y el segundo sub contratante.

Sin embargo, en ciertos casos de PaaS y SaaS publicos, los clientes, a pesar de ser responsables de la eleccion de sus proveedor no pueden , en realidad, darle ordenes y instrucciones y tampoco no pueden controlar la eficiencia de las garantias de seguridad y confidencialidad llevadas por el proveedor ; dicha ausencia de directivas y medios de control se debe sobre todo al caracter estandardizado de las ofertas de servficios, sin posibilidades de

modificacion por parte del cliente y la existencia de verdaderos contratos de adhesion que no posibilitan cualquiera negociacion.

En dicha situacion, el proveedor podria a priori ser considerado como conjuntamente responsable en aplicacion de la definicion del responsable del tratamiento segun el articulo 2 de la Directiva 95/46/CE, ya que el proveedor participe a la determinacion de las finalidades y de los recursos de los tratamientos de los datos personales.

Por eso, para prevenir todo riesgos de dilucion de las responsabilidades siempre sera conveniente precisar expresa y claramente como van compartirse las responsabilidades entre las partes del contrato.

En este sentido, debemos llamar la atencion sobre algunos posibles fuentes de problemas que deben ser dilucidados previamente en el contrato tales : quien del cliente o del proveedor queda supeditado a las obligaciones de declaracion antes las autoridades de proteccion competentes o si se encuentren conjutamente responsables ? quien debe informar el titular de los datos personales de las modalidades del tratamiento ? Misma pregunta en lo relativa a las obligacione de confidencialidad y de seguridad; una dificultad atane el ejercicio de los derechos del titular cuando la diseminacion posible de los datos en varios servidores ubicados en pais diferentes hace muy complicado dicho ejercicio ; en este caso, se debe asegurar que tanto el cliente como el proveedor garantizen el ejercicio de los derechos « ARCO » del titular de los datos personales.

En este contexto, debemos recordar que el proveedor no puede usar los datos personales llevados por sus clientes nada mas que con instrucciones de estos ultimos; en consecuencia, un proveedor quien queria manejar datos para otras finalidades (por ejemplo en vista de uso publicitario) rebazaria los ordenes de su cliente cuando no informara su cliente de sus intenciones y no tendra una previa aurorizacion ; si obtiene dicha autorizacion, entonces el proveedor sera responsable del tratamiento hecho por una finalidad distinta de la del cliente.En tale situacion, cada uno , el cliente y proveedor sera responsable del tratamiente operado .

Hay que saber que la Comisison europea a publicado en 2012 un proyecto de reglamento – mas alta norma en la ierarquia juridica de normas europeas – relativo a la proteccion de los datos personales creando un verdadero regimen legal del proveedor cuando preve un listado no exhaustivo de los elementos debidamente presentes en el contrato de servicio de computo en la nube. El proyecto submite el proveedor a varias obligaciones comunes con el cliente

responsable del tratamiento ; asi, el proveedor sera supeditado a obligaciones de documentacion, de cooperacion con las autoridades de control, de seguridad de los tratamientos, de notificacion al responsable en caso de violacion de datos personales, de analisis de impacto, de autorizacion o previa consulta de las autoridades de control, del numbramiento de un representante en materia de proteccion de datos y enmarcamiento de las transferencia de datos.

Tal estatuto legal supeditando el proveedor a numerosas obligaciones importantes parece ser una interesante solucion reequilibrando el balance de los poderes en el espacio de las responsabilidades.

Pero, por el momento dicho proyecto se encuentra estancado por dos razones : el impacto del asunto NSA quien ha trastocado las susceptibilidades europeas y las negociaciones del Tratado transatlantico en donde las questiones de los datos personales se encuentran muy debatidas.

DETERMINACION DE LA LEY APLICABLE

Una de las grandes dificultades consiste en la definicion de la ley aplicable a los actores del cloud computing.

Una regla satisfactoria sincilia podria ser que la ley del responsable del tratatmiento seria la ley aplicable; sin embargo, este propuesta aleja el criterio salido de los medios del tratamiento encarado por la legislacion francesa segun la cual esta ultima sera aplicable cuando el tratamiento esta realizado por parte de un responsable del tratamiento no establecido en la Union Europea pero quien llama a recursos de tratamiento ubicados en el territorio frances ; asi, se restringe el campo de aplicacion de la ley francesa y aumenta el fenomeno del dicho »forum shopping ».

Este « forum shopping »esta constituido por el hecho que una empresa escoge de implementarse en un pais mas que otro considerando los ventajes nacidos de su legislacion ;(por ejemplo la ausencia de previa autorizacion de las autoridades inglesa respecto las transferencias hacia los paises ubicados fuera de la Union Europea podra incitar una empresa

norteamericana quierando abrir una substituta en Europa en elegir el Reino Unido). Entonces tal solucion no presenta tantos beneficios. En contrario, tomando en cuenta la dificultad del escoge del responsable del tratamiento para definir la ley aplicable, el criterio del « blancaje » puede ser interesante ; este criterio queda previsto en el proyecto del reglamento europeo para los responsables de tratamiento no establecidos en la Union europea pero quienes ofrecen bienes y servicios a personas teniendo su residencia en el territorio de la Union. En este sentido, hay que notar que el concepto de servicios se entienden como medios de tratamiento y eso de manera extensiva y que los *cookies* y las banderas *javaScript* estan consideradas como medios de tratamiento... Por fin, otra solucion consiste en que sea aplicable la ley del Estado miembro del lugar de ejecucion principal de la prestacion .

REGULACION DE LAS TRANSFERENCIAS

Ahi se trata de las transferencias de datos fuera de la Union Europea ; de un punto de vista juridico, la multiplicacion de los lugares potenciales de almacenamiento de los datos hace dificil la concepcion de herramientas juridicos que pueden garantizar un nivel de proteccion adecuado como previsto en la legislacion europea.

Frente a estas dificultades, podemos pensar en una solucion en donde los proveedores insertan dentro sus contratos, clausulas contractuales tipos que se acercan del sistema de los **BCR** o sea **Binding Corporates Rules** es decir reglas vinculantes entre empresas ; las BCR son un verdadero codigo de conducta definiendo la politica de una empresa en materia de transferencia de datos; les BCR permiten ofrecer una « proteccion adecuada » a los datos transferidas desde la UE hacia paises terceros dentro una misma empresa o grupo de empresas. Dichas BCR para proveedores permitirian al cliente del proveedor dejar los datos personales transferidos con la seguranza que , en el seno del grupo al cual pertenezca el proveedor, dichas datos van beneficiar de un nivel de proteccion adecuado.

El enmarcamiento de las transferencias de los datos puede tambien descansar sobre soluciones tecnicas como por ejemplo el uso de « metadatos » para definir o describir otras datos cualquiera que sea su soporte o bien soluciones de ciframiento. Tal tecnologia podra ser una solucion satisfactoria en caso de transferencia hacia ciertos paises unicamente ; entonces, en

este caso el cliente podra verdaderamente jugar su papel de responsable del tratamiento deteminando, con precision, antes la realizacion de la prestacion, los paises destinatarios de los datos.

Pero hay que decir que actualmente los mecanismos de transferencia no se encuentran adaptados al contexto del Cloud computing. En general , se considera que los BCR quedan la herramienta mas adaptada y , por eso, la propuesta de creacion de BCR para proveedores susencarada parece acogida con mucho exito dentro los operadores del mercado.

Hay que notar que el proyecto de reglamento europeo en sus articulos 42 y 43 preve que las transferencias de datos hacia paises terceros sean posibles cuando el responsable del tratamiento o el proveedor han puestos en marcha herramientas que permiten ofrecer garantias de proteccion de los datos adecuadas con la reserva de una previa autorizacion de parte de las autoridades nacionales cuando dichas herramientas no presentan un caracter vinculante. El reglamento impulse tambien el concepto de BCR proveedor.

Entonces, en la espera de la publicacion del reglamento europeo, podemos recomendar un marco regulatorio de las transferencias de datos llamando a la firma de clausulas contractuales tipo publicadas por la Comision europea ; en este caso las soluciones van diferir segun la calificacion y la ubicacion del proveedor :

- si el cliente tranfiere los datos a un proveedor de cloud ubicado fuera de la UE actuando en calidad de subcontratante : firma de clausulas contractuales tipo del ano 2010 quienes preven la cadena de subcontratacion.
- Si el cliente tranfiere los datos hacia un proveedor ubicado dentro la UE actuando en calidad de subcontratante quien va , a su turno, transferir por simismo, los datos a otro sub contratante ubicado fuera de la UE : se puede encarar varias opciones : firma de clausulas contactuales tipo 2010 entre el responsable y el subcontratante fuera de la UE, mandato o contrato tripartes.
- Si el cliente transfiere los datos a un proveedor ubicado fuera de la UE actuando en calidad de responsable del tratamiento : firma de clausulas contractuales tipo de 2001 o 2004; si el proveedor transfiere posteriormente los datos de su cliente a un sub contratante fuera, entonces vamos encontrar dos posibilidades :o sea , el cliente firme directamente las clausulas 2010 con este proveedor, o bien, el proveedor del cloud firme un contrato retomando las obligaciones de las clausulas 2010 con el requisito que

sea previsto dentro el contrato entre cliente y proveedor de cloud la obligacion para este ultimo de firmar un contrato equivalente a las clausulas contratuales tipo con todo proveedor.

SEGURIDAD DEL CLOUD COMPUTING

La question de la seguridad de los datos es centrica para los clientes llamando al Cloud computing y es cierto que ella constituye sus preocupaciones prioritarias.
En efecto, usando el Cloud, la empresa va externalizar los datos personales que ella maneja pero tambien los datos patrimoniales y estrategicas asi como los procesos mismos; entonces, cualquiera parada , apagon o falla puede desembocar en una suspension de actividades con consecuencias desastrosas respecto al cliente y la competencia.

el resfuerzamiento del contrato de Cloud y los compromisos de nivel de servicios para la proteccion de datos constituye una avance en la aproximacion de la seguridad.
Si la contractualizacion de las condiciones de seguridad del tratamiento queda percibida como una necesidad primera, muchos de los operadores del mercado del Cloud subrayan las limitas debidas al caracter estandardizado de las ofertas de Cloud computing y al hecho que muchas veces, el proveedor define de manera unilateral las medidas que le parecen asimismo, pertinentes. Entonces, a veces, parece necesario llamar a los medios clasicos para enmarcar la seguridad de los tratamientos en el Cloud ,como la certificacion del proveedor. Por eso, existe disposiciones minima que deben ser insertadas dentro el contrato (por ejemplo la responsabilidad en caso de perdida de los datos) y se deben tambien promover o facilitar la creacion de **SLAs** y **PLAs** asociados al texto mismo del contrato ; los SLA por Service Level Agreement, son compromisos del nivel de servicio por parte del proveedor y represente pratica usual en el marco de las prestaciones de servicios ; los PLA por Privacy Level Agreement es una forma de SLA para la proteccion de los datos personales ; este concepto queda en desarrollo dentro la Cloud Security Alliance. Definitivamente, es verdaderamente importante que los contratos estandardizados incluyen dichos SLAs y PLAs.

OTRAS MEDIDAS DE PREVENCION

La analisis de riesgos, reconocida como esencial no puede encararse sino como complementaria de la toma en cuenta de una debida proteccion de los datos personale sobre todos en los casos de las pequenas y medianas empresas (pymes) quienes muchas veces no tienen los recursos financiarios y tecnicos para realisar dicha analisis de manera completa.

Tratando de los medidas de seguridad, hay que subrayar las medidas a veces impuestas, como la ISO 27001, la SAS70 o ISAE402 . Estas normas proveen un marco que facilitan la evaluacion de la seguridad ofrecida por el proveedor sin, non obstante, dar una absoluta garantia ; cada vez se debe recomendar estudiar los requisitos exactos de la aplicacion de la norma, sobre todo el « perimetro » de actividades de cada operadores sabiendo que se puede identificar tanto factores de riesgos del lado del cliente que del lado del proveedor....

El ciframiento parece ser la mas segura de las medidas para el cliente de controlar el uso de los datos personales ; pero esta solucion , todavia, no se encuentra, actualmente, tecnicamente operatoria para la mayoria de los servicios de Cloud ; unicamente los servicios de almacenamiento de datos, tipo IaaS, parecen ser , hoy dia, adaptados a la encriptacion de datos del lado cliente ; pero tratandose de las aplicaciones mas requeridas como SaaS se esperan avances mas positivas ; al reves, otras opciones tal la « obfuscacion » o sea proceso de pedacimiento de los datos hasta rendir su comprension imposible , parecen representar un provenir cierto.

El riesgo de acceso de los datos por parte de autoridades extranjeras, por ejemplo en el caso de la aplicacion del *Patriot Act* en Estados Unidos debe ser encarado dentro el analisis de riesgos ; (hay que recordar que el Patriot Act , puesto en marcha por las autoridades norteamericana del Homeland Security permite a estas ultimas el acceso a los datos que se encuentran en los servidores con la consecuencia de la total ineficiencia de las clausulas de proteccion de datos personales y otras reduciendo tambien los efectos del Safe Harbour elaborado entre los USA y la UE); en efecto , a pesar de ser transferidos mediante lazos cifrados (https o VPN), los datos quedan , en la mayoria de los casos, procesados « en claro » por el proveedor de cloud;

una solucion, cuando el cliente tiene recursos, sera de poner en marcha una gestion de llaves adecuada y usar un algoritmo reconocido para, enseguida,cifrar los datos sobre las terminales del cliente antes de transferirles mediante un canal segurisado ; entonces, solo el servidor envolucrado o sea el del proveedor de cloud, podra leer los datos mandatos; sin embargo, esta tecnologia, inspirada de la de la firma electronica avanzada no se encuentra adaptada a numerosos servicios SaaS del cloud como, por ejemplo, los servicios de gestion de documentos en linea ya que en este caso, el proveedor necesita un acceso in claro a los datos para proveer el servicio . Mas allà, la imposibilidad de reducir suficientemente el riesgo de acceso a los datos por parte de autoridades extranjeras , ya, ha incitado algunas autoridades encargadas de la proteccion de datos en limitar o prohibir el uso de ciertos servicios SAAs ; tal es el caso de Noruega quien prohibe el uso de Google Docs en muchos casos.

En definitivo se confirme la necesidad de definir las referencias tecnicas de la proteccion de datos en el Cloud ; la norma ISO 27001 queda la mas citada como ejemplo para los problemas relacionados con la seguridad de los sistemas de informacion ; pero se trata de una norma generica quien esta leja de encarar todas las especificidades del planteamiento de proteccion de la vida privada ; no coresponda totamente a las necesidades en dicha rama.

CONCLUSION

De un punto de vista juridico, el Cloud computing plantea muchas dificultades respecto las reglas de proteccion de los datos personales , particularmente en caso del Cloud publico.

Esta problematica se amplia con el caracter estandardizado de los contratos de adhesion quienes dejan a los clientes que poca margen de negociacion ; los clientes sufren una insuficiencia de transparencia por parte de los proveedores de servicios cloud en cuanto a las condiciones de realizaciones de las prestaciones sobre todo en los aspectos de la seguridad y sobre la question de la eventual transferencia en el extranjero para asumir el tratamiento. Frente a esta situacion se puede aconsejar una estrategia de personalizacion del contrato aliada a una constante llamada a la normalizacion ya que norma tal la ISO 27001constituye una verdadera norma de gobernanza y de seguridad de los sistemas de informacion . Entonces, la seguridad optima salida de la normalizacion, la disponiblidad del proveedor antes el cliente y

la personalizacion de los servicios deben ser las llaves quienes permitiron luchar en contra del temor de perdida del dominio del sistema de informacion o del pirataje de los datos.

CAPÍTULO IV. UN ASPECTO PARTICULAR DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y PÚBLICA, SU IMPORTANCIA EN LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS CONSECUENCIAS

Roberto Sanromán A[1567]

SUMARIO:

Introducción. Desarrollo. Conclusión.

RESUMEN:

Los derechos humanos han adquirido gran importancia, por lo que existen medios que garantizan su protección, de ello resulta tanto la seguridad jurídica como la pública. A lo largo del presente artículo se pretende abordar de una manera sencilla, clara y a la vez profunda sus conceptos y consecuencia que se aplican en la colectividad, con el propósito de que el lector tenga ideas más claras para el logro de su aplicación en consecución del Bien Común o Bienestar General.

Palabras Claves: Derechos humanos, seguridad jurídica, seguridad pública.

ABSTRACT:

Human rights have acquired great importance, so there are means to ensure their protection, therefore the emergence of legal security and public safety. Throughout this article is intended to address a simple, clear and profound concepts, and accordingly applied in the community, in order to give the reader a clearer idea for the achievement of its application in the attainment of the common good or General Welfare.

Keywords: Human rights, legal security, public safety.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad el crecimiento de la población en las grandes ciudades, ha ocasionado grandes problemas sociales, ante tales efectos se deben buscar mecanismos que den protección a los derechos humanos, tal es el caso de la seguridad pública que mediante la autoridad, como puede ser a través de la policía, busaca la protección de la población y el cuidado de las familias y sus integrantes. En las diversas relaciones sociales, las persona pueden tener conflictos que por desgracia pueden llegar hasta los tribunales, ante tal situación se debe dar seguridad jurídica en los proceso que se siguen en dichos órganos jurisdiccionales.

"Por su situación geográfica, por su historia y por su importancia poblacional, se decidió que el Distrito Federal quedará ubicado en la ciudad de México, por lo que tradicionalmente han coincidido, Distrito Federal y la ciudad de México, al grado de que se les ha llegado a fundir y

[1567] Es Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana. Es Profesor Investigador de Tiempo Completo, por la Universidad Autónoma del Estado de México, Centro Universitario UAEM, Valle de México.

a confundir, no obstante que son dos entes diferentes aunque conviven dentro del mismo espacio territorial."[1568]

DESARROLLO

En primer lugar se puede afirmar que, el término seguridad proviene de securitas (Del lat. *securĭtas, -ātis.*), que según se ha entendido como la libertad de todo cuidado.

Por otra parte, al hablar de la seguridad jurídica la debemos entender: como aquella en la que se tiene la certeza de que se nos aplicarán las normas jurídicas previamente legisladas, ya que no se puede castigar a una persona sin que exista una norma jurídica previamente establecida, de ahí que se tenga la certeza de que se aplicará el ordenamiento jurídico a la persona.

De acuerdo a lo mencionado el Diccionario de la Real Academia dice: "f. Cualidad del ordenamiento jurídico que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación."[1569] Es por ello que el principio de legalidad es transcendental, en materia de seguridad jurídica.

Se puede afirmar que la seguridad jurídica equivale a la certeza de que se nos aplique un ordenamiento jurídico previamente establecido, como puede ser el caso de que a un reo se le apliquen las normas jurídicas ya establecidas; y la pública, al resguardo de la persona, ejercida por parte de la autoridad, -como la policía, o las instituciones de seguridad pública del Estado dotadas de legitimidad para utilizar la fuerza, y proteger a la población de acuerdo a lo contenido en la diversas leyes y el respeto a los derechos humanos-, reconocidos a los individuos, dentro de la sociedad para lograr una convivencia pacífica y armónica y el logro de sus fines existenciales.

En la medida que todos los seres humanos respeten a otras personas se dará la seguridad, tanto jurídica como pública y se logrará una convivencia pacífica dentro de la sociedad. Debemos recordar que al convivir dentro de un núcleo social, cada individua busca desarrollarse de manera integral, es decir, personal, familiar, profesional, económico, entre otros aspectos importantes para su vida. Como ya se ha dicho existen mecanismos por los cuales se pretende lograr el respeto a los derechos humanos, tal es el caso de la seguridad jurídica y la pública.

[1568] Cuéllar Salas, Antonio. El régimen de seguridad jurídica que debe regir en el Distrito Federal Revista de la Facultad de Derecho de México. Número 193-194 Enero – Abril Año 1994. Pág 160 Consultado en: http://biblio.juridicas.unam.mx/revistas/resulart.htm

[1569] Diccionario de la Legua Española. Consultada en: http://dle.rae.es/?w=seguridad&m=form&o=h

Es importante analizar, lo que se entiende por los derechos humanos, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia, que dice: "Facultades y obligaciones que derivan del estado de una persona, o de sus relaciones con respecto a otras. *El derecho del padre. Los derechos* humanos.[1570]

Según lo anterior y a mayor abundamiento, el derecho lo debemos entender, desde este punto de vista: como una facultad o prerrogativa, que me impone deberes y concede facultades., debe de ser intrínsecamente justo y obligatorio.

En lo que respecta al ser humano, se ha interpretado como aquel sujeto, ser, que tiene conciencia y que además de poseer la características de hombre, es decir, que desarrolla actividades fisiológicas, que en la medida que posee razón y conciencia, se le considera como un ser humano, por lo que como consecuencia se le deben respetar dichos derechos, para lograr una convivencia integral del mismo en sociedad y tendiendo al Bienestar General o Bien Común, del que se hablará más adelante.

Toda persona, ser humano, al ser inculpado y sometido a un proceso, debe tener la certeza jurídica, es decir, que se le aplicarán las disposiciones jurídicas contenidas en distintos códigos y leyes, tanto sustantivas como adjetivas. Lo que dará confianza a la sociedad y en particular a sus gobernados, ya que dicho respeto es fundamental para lograr una convivencia pacífica y ordenada.

La seguridad jurídica es tan importante que influye en el desarrollo, social, económico y material de la población. "Así la legalidad y legitimación se constituyen en la base sobre la cual se desarrollará la seguridad jurídica, ya que el derecho se ofrece al ciudadano no solo como instrumento para su protección, sino además como un instrumentos dotado y revestido de certeza suficiente, seguro en sí mismo. (…) La seguridad jurídica debe contemplarse como un factor básico de los ordenamientos jurídicos teniendo como base un derecho dirigido a asegurar que los grupos sociales puedan influir de forma libra y mediante proyectos previsibles en el pleno desarrollo social. " [1571]

Con el objeto de ejemplificar los anterior se puede mencionar, por Ver: que en la actualidad los procesos o juicios son orales, tanto los penales como civiles y mercantiles, con lo que se

[1570] Idem.

[1571] Oropeza Barbosa, Antonio. La seguridad jurídica en el campo del derecho privado. Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla. Número 2 Enero – Junio Año 2000. Pág. 65. Consultado en: http://biblio.juridicas.unam.mx/revistas/resulart.htm

pretende dar mayor seguridad al inculpado, celeridad, transparencia, publicidad, justicia, entre otros beneficios; valga la redundancia, que el acusado, tenga los elementos jurídicos para defenderse conforme a lo establecido en los respectivos ordenamientos jurídicos y en breves plazos, con ello se disminuirán los abusos que lleguen a existir por la autoridades, y sobre todo la aplicación de la justicia, como fin primordial del derecho.

Parece tarea fácil de las autoridades, por desgracia no lo es, ya que existen muchos vicios en esta materia que repercuten en la violación de los derechos humanos, lo que constituye una afectación de los mismos, en detrimento de la población a quienes se dirige, Se ha tratado de combatir la corrupción, para el respeto a los derechos humanos y sin lugar a dudas, los juicios orales, han adquirido un papel importante, como se mencionó en el párrafo anterior y mayor aún con el paso del tiempo veremos sus resultados.

Todos estamos expuestos a la violencia que impera en las grandes ciudades, como lo es la nuestra, desde un asalto hasta un homicidio, una violación, etc., ante tal situación el Estado a través del gobierno debe buscar dar seguridad pública a la población y en particular a cada persona.

De acuerdo a lo anterior: "El Estado, a través de las instituciones de seguridad pública, tiene constitucionalmente el uso exclusivo de la fuerza para mantener el orden público y dar cumplimiento a las leyes y reglamentos. (…) El Estado asume la responsabilidad de que esta función se realice con pleno respeto a los derechos humanos." [1572]

En algunas ocasiones en que se cometen conductas delictuosas la autoridad no se encuentra presente por lo que cualquier persona puede detener al delincuente que lo vea cometiendo dicha conducta y es el caso específico de la flagrancia que se encuentra regulada en la Constitución Política de la Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice en el cuarto párrafo del artículo 16: ... En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a la disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público¨... Como podemos apreciar aquí la autoridad se auxilia del gobernado, pues en este caso no le puede brindar seguridad pública.

[1572] Roccatti Velázquez, Mireille. Doctrina. La seguridad pública como instrumento esencial para el ejercicio de los derechos humanos. Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México Derechos humanos y seguridad pública. Número 17 Enero - Febrero
Año 1996. Pág. 142. Consultado en: http://biblio.juridicas.unam.mx/revistas/resulart.htm

Los gobernados son corresponsables de salvaguardar la seguridad pública, ya que la autoridad no es omnipresente para estar en todos lados y detener a los que se encuentren cometiendo algún delito, de ello la importancia que deba existir una cohesión, entre las autoridades y los particulares, para el logro de la protección de los derechos humanos como un fin primordial de protección de la colectividad, a través de sus instituciones y del apoyo de la población a quien va dirigido el bienestar general.

Tanto en la seguridad jurídica como en la pública se debe buscar el bienestar general y habría que distinguir del bien común, - la diferencia entre el bien común y el bienestar general es que el bien común busca proporcionar un bien para cada una de las personas (intelectual, espiritual y material), el bienestar general es abstracto, pues este busca la generalidad. Ejemplo: En el bien común se busca un desarrollo de cada persona en todos los aspectos, en cambio en el bienestar general se busca un bienestar para todos, sin distinguir entre cada individuo. El bien común es el ideal que se debe seguir aunque tenga sus dificultades.

Un problema importante que se presenta, por lo que no se logra la seguridad jurídica y la seguridad pública, es la corrupción que se da muchas veces tanto en los gobernados como en la autoridad, en la medida que se combata ésta se logrará una mejor convivencia en sociedad. La confianza que se debe tener de las autoridades es muy importante ya que muchas veces la población no le tiene confianza y es una causa que puede fomentar la corrupción. La corrupción es un cáncer que acaba con la sociedad; atacarlo es una situación muy difícil, pero es muy importante, opino que las leyes deben ser más enérgicas para combatirla y la población debe concientizarse y no fomentar la corrupción.

Con la corrupción se altera el equilibrio en la sociedad y eso impide que las personas logren el bien común como fin ideal de toda sociedad, en la que todos los individuos como miembros de la sociedad deben de ayudarse mutuamente, existe una cooperación entre todas las personas y a su vez entre todas las familias.

Una vez tratadas tanto la seguridad jurídica como la pública, mencionaremos, sus consecuencias que pueden acontecer, tanto en el orden, contractual como extracontractual, con lo que respecta a ejemplos y disposiciones legales, así como su responsabilidad que crean o generan su incumplimiento.

En la medida que actuamos debemos responder de nuestros actos, por violar un deber jurídico, con lo que se genera la responsabilidad, que se puede suscitar, en distintas situaciones o

acontecimientos jurídicos, desde el incumplimiento de un contrato, hasta el de un hecho jurídico determinado en el que se puede dar una responsabilidad extracontractual. Vgr: Cuando se refiere al incumplimiento de un contrato de arrendamiento, cuando el arrendatario, es decir, quien ocupa el bien arrendado, causa daños al bien, por lo que debe reparar los daños y perjuicios causados.

Otro supuesto puede presentarse cuando una persona que va transitando en su automóvil y se impacta contra otro, por no parar en la luz roja del semáforo, causa daños al vehículo y a sus ocupantes, por lo que deberá responder de los mismos, responsabilidad que se desprende del artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice: ¨El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima¨.

De acuerdo a lo anterior, la responsabilidad puede ser subjetiva, como es la que se menciona en el artículo que anteriormente, en la que se incurre en un hecho ilícito del que se debe responder y en otros casos responsabilidad objetiva, del que se obra lícitamente por el uso de un mecanismo o sustancia peligros.

De tal manera, además de la responsabilidad contractual que se ha explicado existe la responsabilidad objetiva que se encuentra regulada en el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1913 que establece: ¨Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima: ¨ Del anterior precepto se puede plasmar el siguiente ejemplo: en el caso de que explote un tanque de gas, sin que exista culpa de alguien; ya que sí por un tercero se causa el estallamiento será responsabilidad de quien lo produjo y no del riesgo que implican la utilización de distintos objetos o fluidos a que se refiere el artículo citado; por lo que de la última parte del supuesto podrá darse un ejemplo de seguridad pública, si la autoridad **(**trátese de policía), que se presente al lugar del acontecimiento para resguardar la seguridad pública de los afectados y de los terceros que se encuentren en la zona y así

garantizarles sus derechos humanos, como protección a la vida, a la salud, a su integridad física y moral.

Se puede resaltar que el respeto al derecho a la vida es un derecho humano fundamental, para la persona, por lo que su integridad corporal debe ser protegida a través de instrumentos jurídicos, como es el caso de la Constitución Política de los Estados unidos Mexicanos y en particular del supuesto plasmado del Código Civil para el Distrito Federal, mencionado con anterioridad.

El conocido principio pro-persona es fundamental, ya que la persona está en primer lugar, por lo que tanto a las autoridades como el contenido de las leyes y demás ordenamientos jurídicos deben dar su máxima protección, trátese, de Constitución, Leyes Federales, Tratados Internacionales, Leyes Locales o Reglamentos.

De acuerdo a los casos anteriores se tiene la obligación de reparar los daños y perjuicios causados para lo que el Código Civil para el Distrito Federal que dice en su artículo 2108: ¨Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. Y en el artículo 2109: ¨Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.¨

Por lo tanto, como ya se ha mencionado, al incumplirse una obligación se incurre en responsabilidad y se deben cubrir los daños y perjuicios causados.

Que deberán ser probados en un proceso, civil en este caso, por lo Tribunales respectivos y conforme a las disposiciones relativas del caso, dando seguridad jurídica de conformidad con el proceso seguido. Y que trae como consecuencia la responsabilidad contractual o extracontractual según sea el caso, por lo que habrá que dar la máxima protección a las personas en los actos o hechos jurídicos que se les presenten, en sus distintas relaciones sociales.

Continuando con ejemplo anterior; hay que tener presente que el daño que se cause no solo puede ser material sino también moral, conforme al Código Civil para el Distrito Federal, que entre otras cosas, en su artículo 1916:

“ Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando

se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso."

Un supuesto de los daños y perjuicios puede ser el que una persona al ir transitando a exceso de velocidad en su automóvil se impacta contra un taxista, en dicho ejemplo los daños serán los causados al automóvil del taxista y los perjuicios lo que deja de ganar éste último por no poder trabajar durante el tiempo en que reparen su auto, mismos que será solucionados conforme a las leyes y en los tribunales respectivos.

Es de hacer notar de los anteriores párrafos siempre nos encontramos sujetos a una responsabilidad subjetiva por las conductas que realizamos por actos negligentes o dolosos, a diferencia de la responsabilidad objetiva en donde no existe culpa y de la cual también estamos obligados a responder.

Como se puede apreciar, cualquier persona se encuentra sujeta a una responsabilidad, aún en el caso de los servidores públicos, que actúan como representantes que elige el pueblo para que les sirvan a la sociedad. Un ejemplo sería cuando un particular daña su auto por un bache. Sin embargo siempre debe existir la protección de los derechos humanos, mediante la seguridad pública y la jurídica en todo proceso que se sigue ante los tribunales.

CONCLUSIÓN

Por todo lo expresado anteriormente se pueden afirmar, las siguientes conclusiones:

La seguridad jurídica debe estar presente en todo proceso del inculpado o de la persona que se encuentre en un procedimiento dentro del tribunal.

La seguridad pública implica el cuidado y estar al pendiente de las personas que se encuentran vulnerables, de alguna manera en las vías públicas.

El respeto de los derechos humanos son fundamentales para la persona, se ello se desprende el principio pro-persona, que significa: que ante todo se debe proteger y prevalecer la persona, por lo que debe ser cuidad por cualquier autoridad, u ordenamiento jurídico que la proteja, trátese de la misma constitución o de un tratado.

La seguridad jurídica debe buscar un desarrollo social, que se encuentre protegido y regulado en los ordenamientos jurídicos que la persona pueda desarrollarse en un espacio tanto en el ámbito público como privado.

Que debemos actuar con cuidado al realizar determinada actividad y también tener presente que siempre estamos sujetos a responder por daños.

La protección a los derechos humanos, al ser fundamental, debe quedar protegidas al producirse conductas dañosos, que traen como consecuencia la reparación de los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad contractual o extracontractual según sea el caso.

El Estado a través de las instituciones de seguridad pública tiene la facultad del uso de la fuerza para mantener la protección de los derechos humanos y el cumplimiento cabal de las Leyes y demás ordenamientos jurídicos, para el logro del bienestar de la población y la convivencia pacífica.

BIBLIOGRAFÍA

Cuéllar Salas, Antonio. El régimen de seguridad jurídica que debe regir en el Distrito Federal Revista de la Facultad de Derecho de México. Número 193-194 Enero – Abril Año 1994.

Diccionario de la Legua Española. Consultada en: http://dle.rae.es/?w=seguridad&m=form&o=h

Oropeza Barbosa, Antonio. La seguridad jurídica en el campo del derecho privado. Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla. Número 2 Enero – Junio Año 2000.

Roccatti Velázquez, Mireille. Doctrina. La seguridad pública como instrumento esencial para el ejercicio de los derechos humanos. Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México Derechos humanos y seguridad pública. Número 17 Enero - Febrero

Año 1996.

Legislación consultada.

Código Civil para el Distrito Federal. Cámara de Diputados. Vigente.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados. Vigente.

CAPÍTULO V. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LABOR JURISPRUDENCIAL DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DURANTE LA DÉCIMA ÉPOCA

Jesús Manuel Orozco Pulido

A las personas que han sufrido violaciones atroces en sus derechos fundamentales. A los 43 normalistas de Ayotzinapa.

SUMARIO:

Introducción. I. Justicia constitucional y derechos humanos. II. La jurisdicción constitucional en México. III. labor jurisprudencial del pleno de la SCJN. IV. Estudio factual de la jurisprudencia del pleno. 1. Jurisprudencias y tesis aisladas del Pleno. 2. Interpretación directa de la Constitución. 3. Artículos constitucionales que sí fueron aludidos. 4. Interpretación de un tratado internacional. 5. El método de interpretación que utilizó en cada asunto. 6. El tipo de proceso en el que se emitió el criterio. 7. La rama del derecho sobre la cual versaron los criterios. 8. Interpretación de algún derecho humano. 9. ¿Cuáles son los derechos humanos más aludidos?

RESUMEN:

Se efectúa un análisis cuantitativo sobre la jurisprudencia del tribunal pleno de la scjn en la época judicial actual, para determinar en qué medida han explorado los derechos humanos en los criterios que emite al foro. Así, con datos duros se verá en qué grado se han problematizado los derechos fundamentales en la esfera más alta de la judicatura en México.

PALABRAS CLAVES: derechos humanos, Suprema Corte, justicia constitucional, estadísticas.

ABSTRACT:

A quantitative analysis of the jurisprudence of the Full Court of the Supreme Court in the current judicial time is performed to determine to what extent human rights have explored on the criteria issued to the forum. So, with hard data on what degree they will have problematized fundamental rights in the higher sphere of the judiciary in Mexico.

KEYWORDS: human rights, Supreme Court, Constitutional justice statistics

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales tienen una dosis de juridicidad muy sólida, pues aunque en el fondo se trata de reconocimientos que el Estado tiene sobre la dignidad del ser humano, éstos deben ser afianzados con instrumentos jurídicos vinculantes. No se trata sólo de miramientos que el poder tiene hacia la persona, dándole espacios de bienestar que por el solo hecho de existir le corresponden; son también obligaciones que el marco jurídico impone a la autoridad para que maximice sus esfuerzos y dote más y mejores marcos de confort.

Eso explica por qué el primer capítulo de la Constitución mexicana se denomina “De los derechos humanos y sus garantías”. Desde la norma fundante del Estado se enuncian qué prerrogativas tienen las personas, y como actualmente nadie duda de la supremacía constitucional, es obvio que el Estado tiene el ineludible deber de respetarlos.

Así, ante una vulneración de un derecho humano o una omisión en su protección, hay dos consecuencias simultáneas: el atropello a la esfera de bienestar de la persona y el quebrantamiento del orden constitucional. De ahí la pertinencia de las garantías hacia los derechos fundamentales, que dicho sea de paso no se encuentran en el capítulo primero de la Constitución -como erróneamente se enuncia desde el título- y ni tampoco en ese capitulado encontramos exclusivamente cláusulas de derechos humanos –pues en ese capítulo se regulan algunos de los organismos constitucionalmente autónomos-.

Pues bien, las garantías de constitucionalidad más eficaces son de la índole judicial, pues dejarle a órganos políticos que se controlen a sí mismos en sus actos inconstitucionales sería ingenuo.[1573] Así, el instrumento jurídico por antonomasia para tutelar judicialmente los derechos humanos es el juicio de amparo.

La relación procesal de este litigio está diseñada para que un gobernado acuda ante un juez constitucional para que lo proteja contra atropellos de la autoridad. De ahí que los principios rectores del amparo tengan como finalidad que accedan a él peticiones reales de afectación hacia la persona (agravio personal y directo), que el propio gobernado se queje de tal tratamiento (instancia de parte), que no exista ningún otro medio de defensa intermedio que palie o suspenda la violación a derechos (definitividad), que el quejoso sea escrupuloso en señalar por qué motivos el acto u omisión de autoridad lesiona su esfera jurídica (estricto derecho) y que la sentencia que le proteja únicamente tenga efectos *inter partes,* limitándose a salvaguardar sólo al impetrante que acudió a litigar ante el juez federal (relatividad de las sentencias).[1574]

I. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Uno de los temas fundamentales que el constitucionalismo contemporáneo ha discutido es la jurisdicción constitucional, esto es, el control de los actos de autoridad por parte de los jueces, atendiendo a los mandatos de la ley suprema.

Anteriormente las grandes decisiones políticas y jurídicas sobre la vida de las personas sólo se tomaban mediante la deliberación parlamentaria. Una asamblea discutía un proyecto de ley que normara algún tipo de realidad social, el poder ejecutivo implementaba las políticas

[1573] Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. Rolando Tamayo, México, UNAM, 2001, p. 45.
[1574] Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo,* 41ª ed., México, Porrúa, 2005, 1108 p.; Góngora Pimentel, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo,* 30ª ed., México, Porrúa, 2004, 686 p.

públicas tendentes a materializar la regulación, y la judicatura se ceñía a vigilar su estricto cumplimiento, en caso de impugnaciones.

Ese sistema equilibrado y con un cauce unidireccional ha quedado desfasado, pues hoy día los jueces son depositarios de un poder configurador importante. Sin tener representación democrática directa, los jueces en sus sentencias gozan de un amplio margen argumentativo para generar nuevas realidades jurídicas, aun cuando la legislación no las prevea. Como corolario de ello, hablemos del matrimonio entre personas del mismo sexo.

La mayoría de los códigos civiles de las entidades federativas que integran la República mexicana conceptúan al matrimonio como la unión entre un varón y una mujer para establecer una familia y compartir un proyecto de vida. Así, la fórmula semántica fijada por el legislador excluye que dos personas del mismo sexo contraigan nupcias bajo el matrimonio civil y, durante largos años, nadie discutía la legitimidad de tal concepto.

Sin embargo, los litigios que diversos actores impulsaron han provocado sentencias donde se establece que la exclusión legal de parejas homosexuales vulnera los derechos humanos de igualdad de trato ante la ley y prohibición de la discriminación. Con esto, por vía judicial una pareja homosexual es capaz de casarse en aquellas entidades federativas donde legislativamente se proscribe tal posibilidad.

Nótese pues la relevancia actual de los jueces constitucionales, pues con una carga argumentativa elocuente y sólida inciden en aspectos muy relevantes de la vida de las personas; aspecto que otrora sólo correspondía al legislador. Este fenómeno se aprecia con más claridad al advertir que el eje argumentativo de esos fallos son los derechos humanos de las personas.

Un sistema de justicia constitucional desarrollado muestra la madurez democrática de un país.[1575] Los regímenes democráticos consensuales, donde se toman acuerdos entre los actores relevantes y debe haber diálogo para llevar adelante la gobernanza, precisan de una judicatura igualmente participativa. Ello porque funge de árbitro para dirimir las contiendas entre órganos políticos y afianza los derechos de las personas.

Indudablemente un poder judicial garantista en las prerrogativas ciudadanas e independiente en sus decisiones es precursor de contextos de bienestar. Vivir y disfrutar

[1575] Lijphart, Arend, *Las democracias contemporáneas: un estudio comparativo,* Barcelona, Ariel, 1999, pp. 37 a 39.

sendos derechos humanos repercute en una vida gregaria más pacífica y, por ende, productiva y eficiente.[1576]

Por eso es pertinente estudiar qué está haciendo el tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sobre los derechos humanos. Como ese órgano es el depositario de las atribuciones más elevadas en materia constitucional, su trabajo jurisprudencial en buena medida determinará la forma en que las prácticas judiciales pongan el énfasis en su protección.

II. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Hablar de justicia constitucional nos conmina a explicar cuál es el objeto de control, el parámetro de validez, los órganos competentes para llevarlo a cabo, el procedimiento y los efectos de los fallos.[1577] No es este el lugar para hacer una explicación exhaustiva sobre el entramado jurídico, procesal e institucional que hemos generado en México para fijar nuestro sistema de control de regularidad. Pero sí es menester esbozar algunas ideas para la mejor comprensión de este trabajo.

La justicia constitucional tiene dos modalidades preponderantes: la concentrada y la difusa. En la primera, solamente una clase de órganos jurisdiccionales y en procedimientos específicos están habilitados para controlar los actos de poder.[1578] En el segundo, cualquier juez puede controlar los actos que detecte como inconstitucionales, sin importar el tipo de asunto que esté resolviendo o la parte que lo inste.[1579]

México se ha alimentado de ambas vertientes, pues el artículo 133 constitucional desde su original redacción en 1857 autoriza el control difuso,[1580] aunque la Suprema Corte absurdamente lo haya proscrito jurisprudencialmente.[1581] Asimismo, el control concentrado es la modalidad más explorada y arraigada, pues las tres garantías de constitucionalidad por antonomasia (juicio de amparo, controversias constitucionales y acciones de

[1576] Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley*, 2ª ed., Buenos Aires, Ariel, 2014, p. 31.
[1577] Cossío Díaz, José Ramón, "Cuestiones constitucionales: El control de regularidad de las reformas constitucionales", en *Este País*, número 74, mayo de 1997.
[1578] Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, México, UNAM, 1966, pp. 34 a 75.
[1579] Fayt, Carlos, *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 32.
[1580] Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 4, sección de artículos, México, UNAM, 1969, p. 7.
[1581] Gudiño Pelayo, José de Jesús, "Lo confuso del control difuso de la Constitución. Propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 244, 2005, pp. 79 a 110.

inconstitucionalidad) están depositadas en el Poder Judicial de la Federación, y las dos últimas competen en exclusiva a la Suprema Corte.

Cabe precisar que el juicio de amparo es la garantía más usual, pues solamente en 2014 se promovieron 1´013,188 asuntos de tal naturaleza.[1582] Estos juicios fueron atendidos por los órganos de la judicatura federal, que hoy día están difuminados en tribunales colegiados de circuito, tribunales unitarios de circuito y juzgados de distrito. Por encima de tales órganos tenemos una Suprema Corte, que tiene las facultades más amplias y especializadas en materia constitucional. A ella le corresponde fallar una porción más depurada de asuntos, las cuales obedecen a dos vectores:

a). Por las características genéricas del proceso *sub júdice.*

Esto ocurre en las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, porque al ser litigios instados sólo por órganos gubernamentales, se justifica el árbitro imparcial de la contienda sea el ente más elevado de la judicatura: la Suprema Corte.

b). Por las particularidades del caso en estudio, potencialmente podrá conocer.

En los juicios de amparo donde se impugne la constitucionalidad de una norma general, se haya efectuado la interpretación directa de la Constitución o se tengan características especiales que lo hagan trascendente, muy probablemente el alto tribunal dedicará su atención. En otras palabras, las reglas de procedencia de los recursos de revisión en amparo directo o indirecto, así como la facultad de atracción cuando es ejercida, le permiten a la Corte resolver asuntos que en condiciones normales no fallaría, pero que por la materia litigiosa inmiscuida en el caso sí legitiman su intervención.

III. LABOR JURISPRUDENCIAL DEL PLENO DE LA SCJN

La forma en que la SCJN se expresa hacia el foro es mediante los criterios jurisprudenciales que emite en el Semanario Judicial de la Federación (SJF), pues solo las porciones jurisprudenciales que se publican en ese medio de difusión son los resultados que absorbemos de su trabajo. El SJF es un medio vital para la función de la judicatura, porque además de difundir los productos jurisprudenciales que emiten la Corte y los tribunales colegiados, sirve para medir cronológicamente el orden jurídico que se interpreta.

[1582] Informe anual de labores del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, SCJN, 2014, p. 19.

Desde su fundación en 1870 al día de hoy, el SJF tiene 10 épocas. Cada época judicial cambia cuando existe una modificación sustancial al ordenamiento jurídico. Por vía de ejemplo, las últimas tres épocas cambiaron cuando se descargaron de la Corte los asuntos de mera legalidad hacia los tribunales colegiados (octava época), la última gran reforma judicial que modificó las garantías de constitucionalidad del artículo 105 y conformó a la SCJN como el tribunal que actualmente es (novena época) o se reconfiguró al juicio de amparo, en su marco de procedencia, parámetro de control y efectos en las sentencias (décima época).

Estudiar el *performance* del Pleno a partir de lo que publica en el SJF es adecuado porque imprime su concepción sobre el ordenamiento jurídico a interpretar. Además, ahí se publican las *tesis de jurisprudencia*, que son los contenidos interpretativos que emite en sus fallos. Cabe precisar que el sistema jurisprudencial mexicano no se basa en las sentencias del tribunal, analizadas en su contexto y en toda su literalidad; antes bien, sólo usamos las *tesis*, que se componen por unas pocas palabras que titulan la idea general (rubro), un párrafo que explica la *ratio decidendi* de la decisión (texto) y los datos de ubicación del precedente.[1583] Con esa máxima jurídica extraída de un fragmento de la sentencia se alecciona a jueces y litigantes sobre lo que está interpretando la Corte y los derroteros jurisprudenciales que puede tomar.

Pero, ¿por qué estudiar la jurisprudencia del Pleno? Partiendo de la idea que la jurisprudencia es la forma en que un tribunal comprende el ordenamiento y genera contenidos constitucionales a partir del texto fundamental,[1584] si se toma una radiografía sobre lo que está haciendo el más elevado órgano de la judicatura, se reflejará qué grado de atención tienen los derechos humanos en la agenda judicial.

Así, se propone un análisis cuantitativo y desagregado sobre la labor jurisprudencial del Pleno durante la Décima Época, en el periodo comprendido del 04 de octubre de 2011 al 30 de abril de 2015. Los datos extraídos forman parte de un estudio mayor que constituyó mi tesis de licenciatura[1585] y tiene la vocación de ser un estudio empírico.

[1583] Acuerdo General 20/2013, de 25 de noviembre de 2013, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de las tesis que emiten la Suprema Corte de Justicia, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito.

[1584] Taruffo, Michelle, "Precedente y jurisprudencia", en Anuario Jurídico, abril de 2007, pp. 85 a 99.

[1585] Orozco Pulido, Jesús Manuel, *El tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: ¿un verdadero tribunal constitucional?,* tesis de licenciatura, Universidad de Guadalajara, 2015, directores: José de Jesús Covarrubias Dueñas y Jorge O. Bercholc.

Durante el periodo en estudio se analizaron 164 jurisprudencias [que van de la P.J. I/2012 (10ª) hasta la P.J. 7/2015 (10ª)] y 97 tesis aisladas [que van de la P. I/2011 (10ª) hasta la P. VI/2015 (10ª)]. No se ignora que a partir de la fecha de cierre del estudio factual se seguirán incorporando criterios jurisprudenciales novedosos, los cuales serán materia de análisis en una actualización.

Ante la lectura reflexiva de cada uno de los criterios jurisprudenciales se extrajo la parte informativa de cada *ítem*, lo que ha conformado una base de datos. En obvio de repeticiones infructuosas, desde este momento se precisa que la fuente de información de cada gráfico es la base de datos propia antes reseñada.

Ello permite verificar, con datos duros, cómo el Pleno se aproxima jurisprudencialmente a los derechos humanos, verificando los siguientes *ítems*: el número de criterios vinculantes que emite (es decir, jurisprudencias *versus* tesis aisladas); la interpretación directa de la Constitución; los artículos constitucionales que sí fueron referidos; la interpretación de algún tratado internacional; el método de interpretación del que se echó mano para resolver el caso; el tipo de proceso donde se emitió el criterio; la rama del Derecho sobre la que versa el criterio; y si hubo o no la interpretación de algún derecho humano y cuál fue el mismo.

IV. ESTUDIO FACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL PLENO

1. Jurisprudencias y tesis aisladas del Pleno

En el apartado de *índices* de la página de internet del Semanario Judicial de la Federación se muestra una herramienta que permite calcular el número total de criterios jurisprudenciales que han emitido tanto la Suprema Corte como los Tribunales Colegiados, a partir de la Quinta Época. Analizando la labor del Pleno, se muestra un amplísimo porcentaje de fijación de tesis aisladas, que casi es diez veces mayor al número de jurisprudencias que ha fijado. Veamos:

Número total de criterios jurisprudenciales.	%	Número de jurisprudencias.	%	Número de tesis aisladas.	%
24567.	100	2738	11.14%	21829.	88.86%

Cuadro 1: creación total de criterios jurisprudenciales del Pleno desde la Quinta Época al 30 de abril de 2015.

Como se aprecia, históricamente nuestra Corte ha generado muchas más tesis aisladas que jurisprudencias. La diferencia entre una u otra es su vinculatoriedad para los órganos judiciales de menor jerarquía, pues mientras las jurisprudencias son de aplicación obligatoria en términos del artículo 217 de la Ley de Amparo, las tesis aisladas son de aplicación discrecional.

De este cuadro destaca que el Pleno ha sido incapaz en generar contenidos constitucionales formalmente obligatorios, pues cualquier órgano judicial de menor jerarquía es capaz de ignorar el 88% de su trabajo global.

Empero, durante esta Décima Época la proporción se ha invertido, pues actualmente ha emitido 261 criterios jurisprudenciales, de los cuales 97 son tesis aisladas (37.16%) y 164 jurisprudencias (62.83%). Visto en términos proporcionales, poco menos de dos terceras partes de su labor jurisprudencial ha tenido la entidad de conformar *jurisprudencia*, esto es, criterios jurídicos formalmente obligatorios.

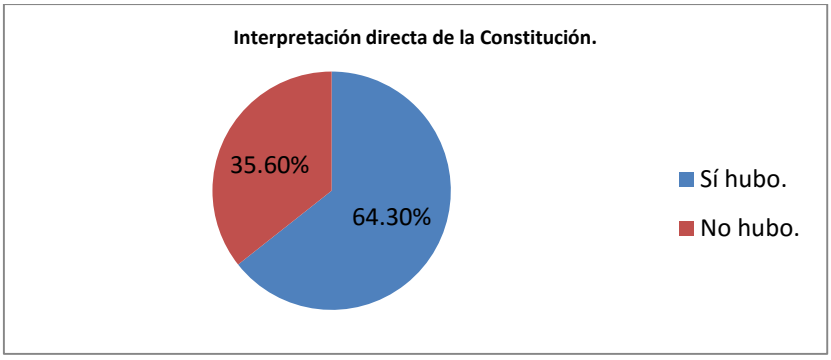
Sería deseable que todos los criterios que emite el Pleno tengan la entidad de la jurisprudencia, lo que implicará eliminar la noción de las *tesis aisladas*, al menos para la Suprema Corte, pues el máximo tribunal de la República, cuya conformación es delineada por el Presidente de la República y la Cámara de Senadores, necesita la mayor de las confianzas del foro. Y una deferencia esencial para su alta entidad, es permitirle que todos los criterios que emitan sean formalmente obligatorios.[1586]

2. Interpretación directa de la Constitución

La proporción de los asuntos donde el Pleno sí realizó una interpretación directa de la Constitución es muy similar a la que refleja cuántas jurisprudencias *versus* tesis aisladas emitió. En el 64% de su trabajo sí efectuó la interpretación de una cláusula constitucional.

Lo ideal sería que en el cien por ciento de su trabajo se emitieran pronunciamientos sobre la carta magna, pues las normas competenciales están diseñadas para que los temas de legalidad –aun con lo difícil de delimitar esta noción-[1587] no asciendan hacia su seno.

[1586] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El problema del rezago de juicios de amparo en materia civil*, México, SCJN, 1946, pp. 26, 27 y 65.
[1587] Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional… op. cit.,* p. 27.



Gráfica 1: criterios donde sí se realizó una interpretación directa a la Constitución.

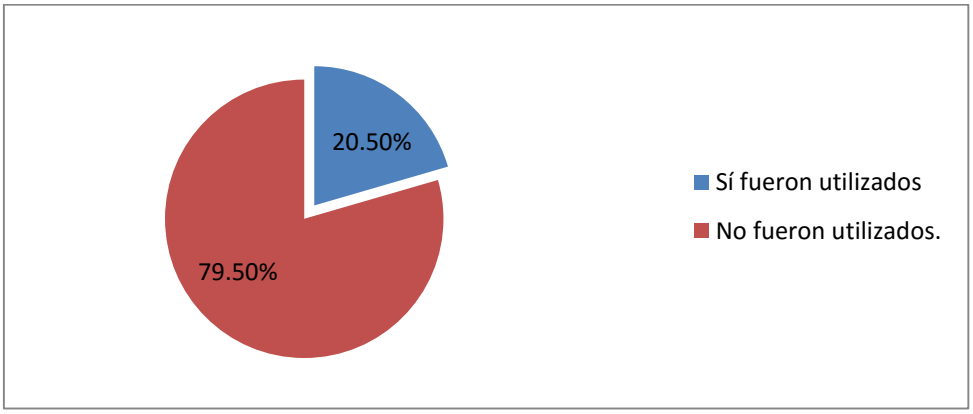
Introducción

3. Artículos constitucionales que sí fueron aludidos

En la gráfica 5 del apartado de anexos se muestran los 28 artículos constitucionales que sí han sido materia de interpretación por la Corte y el número de veces en que han sido aludidos en los 261 criterios jurisprudenciales en estudio. Este número da cuenta que los contenidos constitucionales han sido escasamente explorados.

Sólo consideremos que la Constitución mexicana tiene 136 artículos, donde algunos prolijamente cubren párrafos enteros, apartados, fracciones e incisos, a fin de cuasi-reglamentar instituciones jurídicas como los partidos políticos (artículo 41), las telecomunicaciones (artículos 6 y 28) la competencia económica (artículo 28), las atribuciones del poder legislativo federal (artículo 73) o el juicio de amparo (artículo 107).

Así, únicamente el 20% de los preceptos constitucionales, vistos en bruto y en términos meramente numéricos, sí han sido utilizados por la Corte al emitir sus fallos jurisprudenciales. El número es alarmante al considerar que sólo una quinta parte del texto constitucional, desde una perspectiva de artículos, ha sido problematizado judicialmente.



Gráfica 2: proporción de los artículos constitucionales interpretados en relación con todo el texto constitucional.

El problema se condensa aún más si estimamos que un artículo constitucional incluye más de una cláusula constitucional, entendiendo por *cláusula* un principio de optimización o prerrogativa conferida hacia las personas.

Por vía de ejemplo, el artículo 16 regula los deberes de fundamentación y motivación, el arraigo, los supuestos de privaciones de libertad deambulatoria por el Ministerio Público o la intervención de comunicaciones privada. De ahí que si tal precepto ha sido interpretado 14 veces, ello no implica que todas versen sobre el mismo campo semántico de tal artículo. Lo más usual es que el artículo 16 sea operable en su vertiente de la fundamentación y motivación, y no se encontró ningún precedente en materia de intervención de comunicaciones privadas.

Lo que deseo destacar es que actualmente tenemos, en bruto, 108 artículos constitucionales que no han sido materia de análisis del tribunal Pleno en su época judicial actual. Artículos que tienen una pluralidad de conceptos y contenidos que permanecen silentes en la arena judicial más elevada. Temas tan cruciales como la suspensión de garantías (artículo 29), el derecho de preferencia de los mexicanos sobre los extranjeros (artículo 30) o el tope salarial de los servidores públicos (artículo 127), aún no se discuten por el tribunal Pleno.

Además, de los 28 artículos constitucionales que sí han sido interpretados, no implica que sus significados han sido desgranados en completitud, sino que sólo se ha aludido a una sola partícula de tal precepto.

Me parece que el hecho que no se explote a plenitud las cláusulas constitucionales es reflejo de la escasa dogmática jurídico-constitucional que se tiene en México, pues el escollo de los asuntos continúa estando en tópicos legaloides y letristas, antes que en reflexiones más atrevidas sobre aspectos constitucionales. Acceso a la justicia, garantía de derechos, defensa adecuada, son conceptos jurídicos indeterminados que, infortunadamente, todavía no son profundizados por el más alto tribunal.

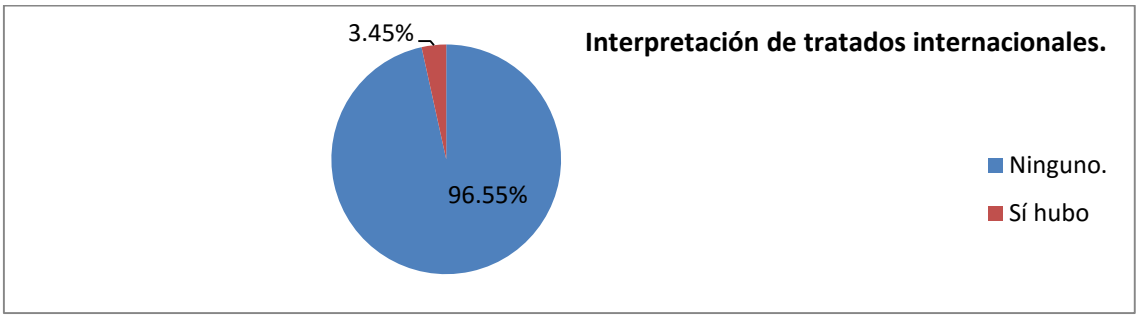
4. Interpretación de un tratado internacional

Destaca que únicamente en 9 criterios jurisprudenciales la Corte ha echado mano de algún instrumento internacional, lo que refleja un paupérrimo 3.45% de su actividad jurisprudencial global. Estimo que tal porcentaje es raquítico dado el contexto que en estos años ha tenido el

derecho internacional de los derechos humanos. Se nos ha reiterado que actualmente vivimos un *nuevo paradigma constitucional*, donde los derechos de fuente internacional tienen un énfasis especial en el ordenamiento mexicano.

Empero, con este gráfico se demuestra que tal ímpetu no está reflejado a un nivel jurisprudencial, y por más que se defienda la fuente benéfica de los derechos supranacionales, éstos brillan por su ausencia.

Pasemos revista sobre los instrumentos internacionales que sí han sido operados en el escaso número de precedentes: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuatro ocasiones; el párrafo 274 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, en dos ocasiones; el Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Canadá para evitar la doble imposición, una vez; la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una vez; y el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo, una vez.



Gráfica 3: criterios jurisprudenciales donde se hubo interpretación de tratados internacionales.

Este número ínfimo de operación con los tratados internacionales muestra que el multireferido *nuevo paradigma constitucional* no existe todavía. Según Thomas Kuhn, un paradigma es una práctica sostenida y afamada, que ya está enquistada en una comunidad, pues son *realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica*.[1588]

Es obvio que todavía no tenemos un paradigma convencional, pues su escasa problematización por el alto tribunal es indicador que todavía no hay una dinámica sostenida de solución.

5. El método de interpretación que utilizó en cada asunto

[1588] Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 213, México, 1999, p. 13.

Es pertinente saber cómo la Corte interpreta las normas jurídicas que aplica para resolver los casos. Ello mostraría qué tipo de dogmática jurídica es la que más ha permeado en un tribunal, pues mientras más se utilicen criterios letristas se pone claro que el tribunal tiene una gran deferencia hacia los productos del poder legislativo. Por el contrario, si se echa mano de un método interpretativo *pro homine,* estaríamos ante un tribunal que busca proteger con mucho ahínco a las personas que yacen pasivas ante el poder.

Hay que afirmar que por interpretación jurídica entendemos la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación.[1589] Y como evidentemente el entramado normativo no es perfecto, siempre hay un resquicio para que el operador dote de significados a las disposiciones jurídicas.

El tribunal Pleno no es ajeno a las vaguedades o ambigüedades del ordenamiento, y se ha visto en la necesidad de utilizar diversos métodos a fin de resolver los asuntos. En el análisis descriptivo que hemos efectuado se han advertido la existencia de nueve métodos interpretativos.

Este método es el más usado por el Pleno, pues no se atiende a la disposición jurídica aisladamente considerada, sino al contexto en el que está situada,[1590] ya sea atendiendo a la combinación de diversos fragmentos interpretativos, según la colocación en el discurso legislativo, la constancia terminológica que le da el legislador, la especialidad o novedad de la norma (*lex specialis derogat generali)* o la finalidad que cumple, el Pleno ha ensalzado su significado.

Pues bien, en el siguiente cuadro se muestra el número de asuntos donde el Pleno ha echado mano de cada método interpretativo y cuál es su representación proporcional.

Método de interpretación.	**Número de asuntos.**	**Porcentaje.**
Interpretación conforme.	3	1.14%
Jerárquico.	28	10.72%
Literal.	38	14.55%

[1589] Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica,* 5ª ed., trad. Gascón, M. y Carbonell, M., México, UNAM, 2003, pp. 3 y 4.
[1590] *Ídem.*

Lógico.	21	8.04%
Ponderación.	4	1.53%
Pro persona.	21	8.04%
Razonabilidad.	5	1.91%
Test de proporcionalidad.	5	1.91%
Sistemático.	136	52.10%
Total:	261	100%

Cuadro 2: el número de veces que se empleó un método interpretativo y su representación proporcional.

La interpretación conforme tiene un uso pobre: sólo en 3 asuntos se echó mano de ella, lo que equivale al 1.145; asimismo, el principio pro persona sí ha mostrado un avance, pues aparece en 21 criterios, que es el 8%. Con esto se ve que la cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona, que nacieron en el constitucionalismo mexicano simultáneamente en la reforma de junio de dos mil once, han sido diametralmente explotados.

El método literal se manifiesta en 38 asuntos (el 14.55%), lo cual habla de un tribunal que todavía opera con la literalidad de las normas. A esto se aúna el método jerárquico, donde la Corte por la mera contrastación de la posición vertical de las normas desentraña su contenido, lo que ha usado en 28 asuntos (10.72%).

Mención aparte merece el método sistemático, que se ha reflejado en 136 asuntos (52.1%), conformando más de la mitad de los criterios aprobados por el Pleno. Esto muestra que el análisis en plenitud del ordenamiento es la metodología más usual para la Corte mexicana. Inclusive, en este método se ha echado mano de una interpretación correctora, pues el significado destacado de las palabras no es siempre *per se* están estatuidas, sino que modifican su ámbito semántico a terrenos más restringidos o más amplios.[1591]

No se soslaya que la interpretación constitucional tiene peculiaridades que la diferencian de la interpretación de otro tipo de normas jurídicas. Por vía de ejemplo, se afirma que la Constitución no admite una interpretación literal porque ahí se contienen disposiciones

[1591] *Ibídem*, pp. 31 y 32.

de principio, que son indeterminadas y dotadas de vaguedad, con texturas abiertas.[1592] No es menos cierto, sin embargo, que Constituciones como las latinoamericanas, que tienen una alta prolijidad narrativa y, por ello, presentan prescripciones muy específicas, necesariamente han de interpretarse atendiendo al uso común del argot legislativo.

Además, el Pleno no opera en todo momento con normas sólo de rango constitucional, pues es común que use normas de rango legal y reglamentario. Por eso, los métodos interpretativos no únicamente son de corte constitucional, dando muestras de metodologías propias de normativa ordinaria.

6. El tipo de proceso en el que se emitió el criterio

Este análisis resulta muy pertinente, pues es necesario que conozcamos cómo es el flujo de asuntos que llega al Pleno a partir de la peculiaridad procesal en que el asunto se radicó en el tribunal.

Tipo de proceso	**Número de asuntos**	**Porcentaje**
Acción de inconstitucionalidad.	77	29.5%
Amparo directo.	5	1.9%
Amparo directo en revisión.	6	2.2%
Amparo en revisión.	49	18.77%
Controversia constitucional.	26	9.96%
Contradicciones de tesis.	69	26.43%
Conflicto competencial.	2	0.76%
Consulta a trámite.	1	0.38%
Incidente de inejecución de sentencia.	15	5.74%
Recurso de inconformidad.	4	1.53%
Impedimento de ministro.	1	0.38%
Solicitud de modificación de	3	1.49%

[1592] Ferrer MacGregor, E. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.

jurisprudencia.		
Recurso de reclamación.	3	1.49%
Total	261	100%

Cuadro 3: criterios jurisprudenciales emitidos a través de un proceso y su representación proporcional.

El Pleno tiene un abanico competencial amplio y los asuntos que llegan a su potestad contienen partículas disímiles. Por una parte, se ha pensado que el auténtico tribunal constitucional se fortalece mayormente cuando enjuicia solamente los procesos de litigio constitucional entre órganos del Estado (acciones y controversias). Pero aún conserva competencia para fallar juicios de amparo, pues ahí yacen partículas de constitucionalidad importantes.

Los criterios que emite el Pleno acontecen mayormente en acciones de inconstitucionalidad, pues un total de 77 criterios jurisprudenciales se han gestado en esta clase de procesos. Este hecho es un claro reflejo de los artículos 43, 72 y 73 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II de Artículo 105 constitucional, que disponen una norma de uso jurisprudencial para las partes consideratívas de las sentencias emitidas en este tipo de asuntos.

La fuente normativa de tales preceptos sí ha sido suficiente para normar el criterio de los tribunales inferiores, pues si a ello le sumamos los 26 criterios suscitados en controversias constitucionales (9.96%), tenemos que la labor jurisprudencial del Pleno durante la Décima Época se debe en un 40% a los procesos de litigio del artículo 105 constitucional.

Asimismo, el Pleno muestra un alto grado de prolijidad en las contradicciones de tesis, pues los 69 criterios que en esta vía procesal se han generado (26.43% de la actividad global) son elocuentes para demostrar que su función unificadora de jurisprudencia ha calado hondo.

También destaca, en el tercer lugar de la mayor productividad, el amparo en revisión. Con 49 criterios emanados mediante tal proceso (18.77%), encontramos un escaparate para la interpretación constitucional, pues el recurso de revisión en amparo únicamente es procedente cuando hay tópicos de constitucionalidad relevantes, como la impugnación de leyes federales o la interpretación directa de un precepto constitucional.

Ahora bien, como reflexión adicional cabe indicar que el juicio de amparo directo o juicio de amparo directo en revisión ha sido escasamente usado. Las predicciones que hizo

Julio Bustillos en el sentido que estos iban a desaparecer del conocimiento de la Corte no eran muy erradas,[1593] pues sólo reflejan un 4% de la labor jurisprudencial global.

Me parece infortunado que el Pleno no explote todos los méritos que tiene este proceso, ya que ahí yace la secuela procesal de todo un juicio que, al final, permitiría que la Corte verifique qué prácticas judiciales fortalecen o demeritan la garantía de un derecho fundamental de la persona. Asimismo, la situación se agrava porque los 11 asuntos que se han resuelto en estas modalidades solamente han llegado a ser tesis aisladas.

7. La rama del derecho sobre la cual versaron los criterios

En la gráfica 6 del apartado de anexos se muestra qué materia jurídica está inmersa en los criterios jurisprudenciales que emite el Pleno, a fin de saber cuáles son los tópicos que con más frecuencia ocupan su atención.

Hay que efectuar algunas aclaraciones sobre a qué me refiero con cada *ítem*, porque en el fondo todo argumento que emite la Corte se pudiera entender incardinado en el derecho constitucional. Pero la noción de derecho constitucional que se usa en la gráfica relativa, es para los tópicos que están expresamente mencionados y regulados en un precepto de la Constitución mexicana, y que el Pleno estudió frontalmente sin acudir a ninguna norma secundaria. Por vía de ejemplo, aquí encontramos los asuntos donde se disertó sobre el parámetro de constitucionalidad que tienen los derechos humanos previstos en tratado, o el juicio político que se prevé en el artículo 110 constitucional.

Asimismo, los 27 criterios que se han emitido en materia electoral se han dado en acciones de inconstitucionalidad. Eso habla de la plena eficacia que tiene el artículo 105, fracción II, inciso f), para que mediante esa garantía constitucional se depure el ordenamiento en esa rama del derecho, que por su cercanía con el ejercicio del poder, se vuelve tan relevante.

Es sobresaliente que del análisis desagregado se muestre que una cuarta parte de la labor jurisprudencial del plenario versa sobre materia de amparo (24.9%). Numéricamente se confirma la preponderancia de la garantía constitucional más sólida que tenemos en México.

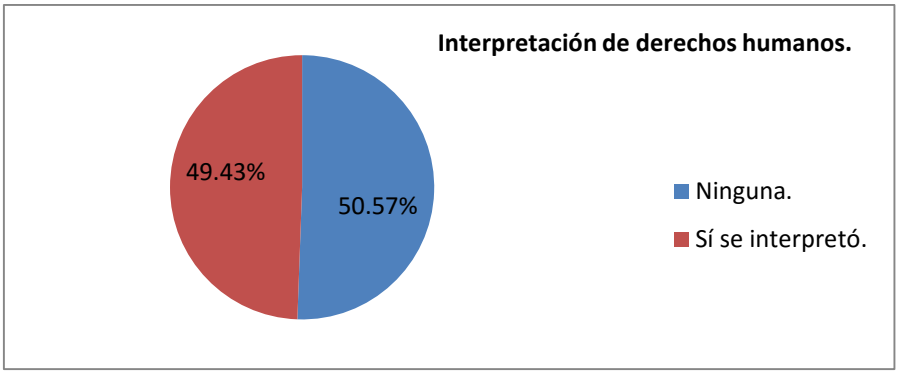
Por su parte, las ramas del Derecho cuya operatividad judicial es la más común, como la penal, fiscal, electoral y administrativa, en equidad comparten poco más del 11%. Llama la

[1593] Bustillos, Julio, *La justicia constitucional en México. Análisis cuantitativo de las resoluciones judiciales en materia constitucional*, México, UNAM, 2009, p. 22.

atención que no se registra ningún pronunciamiento sobre normativa del derecho civil ni del derecho mercantil, cuya operatividad cotidiana en los tribunales ordinarios sí es importante.

8. Interpretación de algún derecho humano

Prácticamente la mitad de los criterios que emitió el Pleno se hizo mención a un derecho humano, sea cual fuere su naturaleza.



Gráfica 4: Porcentaje de criterios donde se hizo una interpretación de algún derecho humano.

Con esto quiero decir que el Pleno, aunque no ha explicitado a detalle qué características tiene un derecho fundamental o cuál es su manifestación pragmática, al menos los alude en sus criterios.

No estamos ante una apoteosis de interpretación constitucional a favor de las personas, pues en muchos criterios jurisprudenciales se interpreta una norma de tal o cual forma a la luz del derecho humano de acceso a la justicia, cuando simplemente haciendo una interpretación extensiva se hubieran logrado idénticos resultados.

En otras palabras, se hace referencia a los derechos humanos para legitimar los fallos, pero no para profundizar en su núcleo esencial. Aunque demuestre un paso corto, insisto, el hecho que el Pleno se refiera a los derechos fundamentales es sumamente significativo, pues denota que el tema está latente en su agenda.

Ahora bien, el mismo análisis debe efectuarse en torno a las tesis aisladas, ya que también muestran un nivel alto de interpretación de derechos humanos (47.42%). La pregunta natural es, ¿por qué no permitir que las 46 tesis aisladas donde se hizo referencia a un derecho fundamental tenga un nivel de cumplimento mandatorio hacia todos los tribunales de México? Me parece absurdo que las normas de uso de las jurisprudencias sigan permitiendo que pululen

criterios que, con partículas de constitucionalidad muy valiosas, sólo esperan la buena voluntad del operador jurídico para ser atendidos.

Numero de tesis aisladas	Con interpretación de algún derecho humano.	%	Sin interpretación de derechos humanos.	%
97	46	47.42%	51	52.58%

Cuadro 4: Porcentaje de tesis aisladas donde se hizo una interpretación de algún derecho humano.

9. ¿Cuáles son los derechos humanos más aludidos?

Finalmente, en el gráfico 7 del apartado de anexos se analizan cuáles derechos humanos en específico fueron atendidos por el Pleno. Destacan tres categorías de derechos fundamentales: el caleidoscópico acceso a la justicia (en 30 ocasiones), que tiene diversas vertientes; los derechos de la índole recaudatoria (20 criterios), que básicamente se ciñen a la proporcionalidad y equidad tributarias; los derechos electorales (16 tesis), que es una materia que ha comenzado con auge a partir de la Novena Época, pues con anterioridad no existían pronunciamientos sobre derechos políticos; y el concepto arraigado y polivalente de seguridad jurídica (10 criterios).

Los derechos humanos que sí han sido interpretados han sido los tradicionalmente problematizados en los procesos judiciales: legalidad, acceso a la jurisdicción, las garantías procesales. Es que la regulación constitucional de los derechos fundamentales es peculiar, pues de los artículos 13 a 23 de la carta magna hallamos prerrogativas orientadas principalmente al derecho penal.

Pero las reformas constitucionales más recientes han incrustado derechos de corte económico-social, que curiosamente se han redactado en el multimodal artículo 4. En esta clase de derechos el Pleno ha sido silente, pues no se encontró ningún criterio sobre los derechos de protección a la salud, a la alimentación, a la reproducción, a la disponibilidad y asequibilidad del agua, a la vivienda digna o a la cultura.

CONCLUSIÓN

Una corte constitucional funciona como un seminario permanente de cultura constitucional, pues a partir del texto supremo constantemente genera interpretaciones pragmáticas hacia la

sociedad.[1594] El desafío está, me parece, en lograr que los contenidos constitucionales trasciendan a la realidad de las personas, pues no se trata sólo de dictar sentencias elocuentes y técnicamente perfectas, sino de lograr que las interpretaciones permeen y se apliquen.

Por vía de ejemplo, la Corte Suprema estadounidense impulsó un cambio cultural y jurídico en temas cruciales como la separación racial entre personas de raza blanca y negra[1595] y en el aborto legal y seguro.[1596] Es decir, con sentencias revolucionarias logró poner en la agenda de discusión pública esos temas, forjando un constitucionalismo democrático donde el pueblo ha incorporado los significados de su alto tribunal en su ideología colectiva.[1597]

De ahí la importancia de que los operadores jurídicos mexicanos conozcamos qué hace nuestra Suprema Corte, para que la emulemos y llevemos los derechos donde más se necesitan: lejos de los textos jurídicos y dentro de la cotidianeidad social.

Desde un punto de vista científico, los estudios de corte empírico y cuantitativo son útiles para explicar *cómo son* realmente los fenómenos, antes de teorizar *cómo debieran ser*. Esto es relevante porque los modelos metodológicos que muestran estadísticas explican la realidad, dejando de lado los aspectos meramente normativos o exegéticos. Como magistralmente apuntó Dieter Nohlen, "… *el enfoque normativo está agotado. Sus interrogantes no son de ninguna manera obsoletas; pero no son de esperarse nuevas o mejores respuestas que las que ya fueron dadas al cado de los debates clásicos*".[1598]

Hemos visto, con datos factuales, que la interpretación judicial de los derechos humanos todavía no hace un eco ruidoso en la más alta instancia de impartición de justicia. Y como ese tribunal marca la pauta sobre la vanguardia en la interpretación judicial, se infiere que el mismo *status quo* también impera en el resto de órganos judiciales del país.

A más de cuatro años de distancia de la gran reforma constitucional sobre derechos humanos, los operadores jurídicos todavía estamos en una fase de acoplamiento con el orden jurídico. Hay diversos principios constitucionales abiertos, a la espera de algún justiciable

---

[1594] García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 186 y 198.
[1595] "Brown c. Board of Education", 347 U.S 483 (1954).
[1596] "Roe c. Wade", 410 U.S. 113 (1973).
[1597] Post, R. y Siegel, R., *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, p. 33.
[1598] Nohlen, Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, México, UNAM, 2003, p. 67.

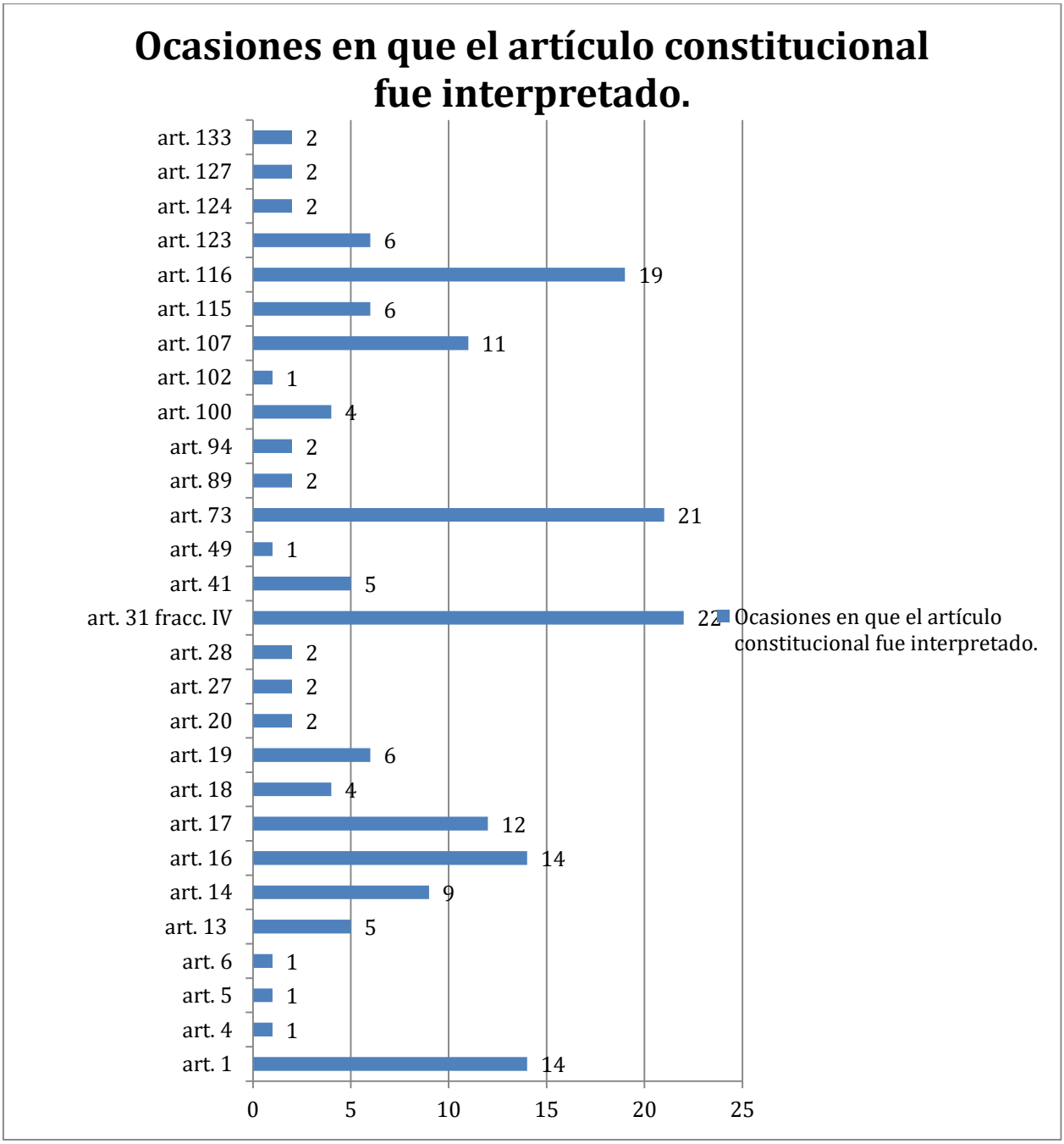
innovador que los invoque en sus demandas. Así los jueces estarán conminados a hacer operables reglas que al día de hoy están silentes.

Porque el escenario de escasa exploración constitucional que se explicó en la parte factual de este trabajo no es responsabilidad exclusiva de la SCJN. Como órgano imparcial, los linderos a su actuar le es impuesto por las partes litigantes, quienes fijan los puntos relevantes y el orden jurídico aplicable.

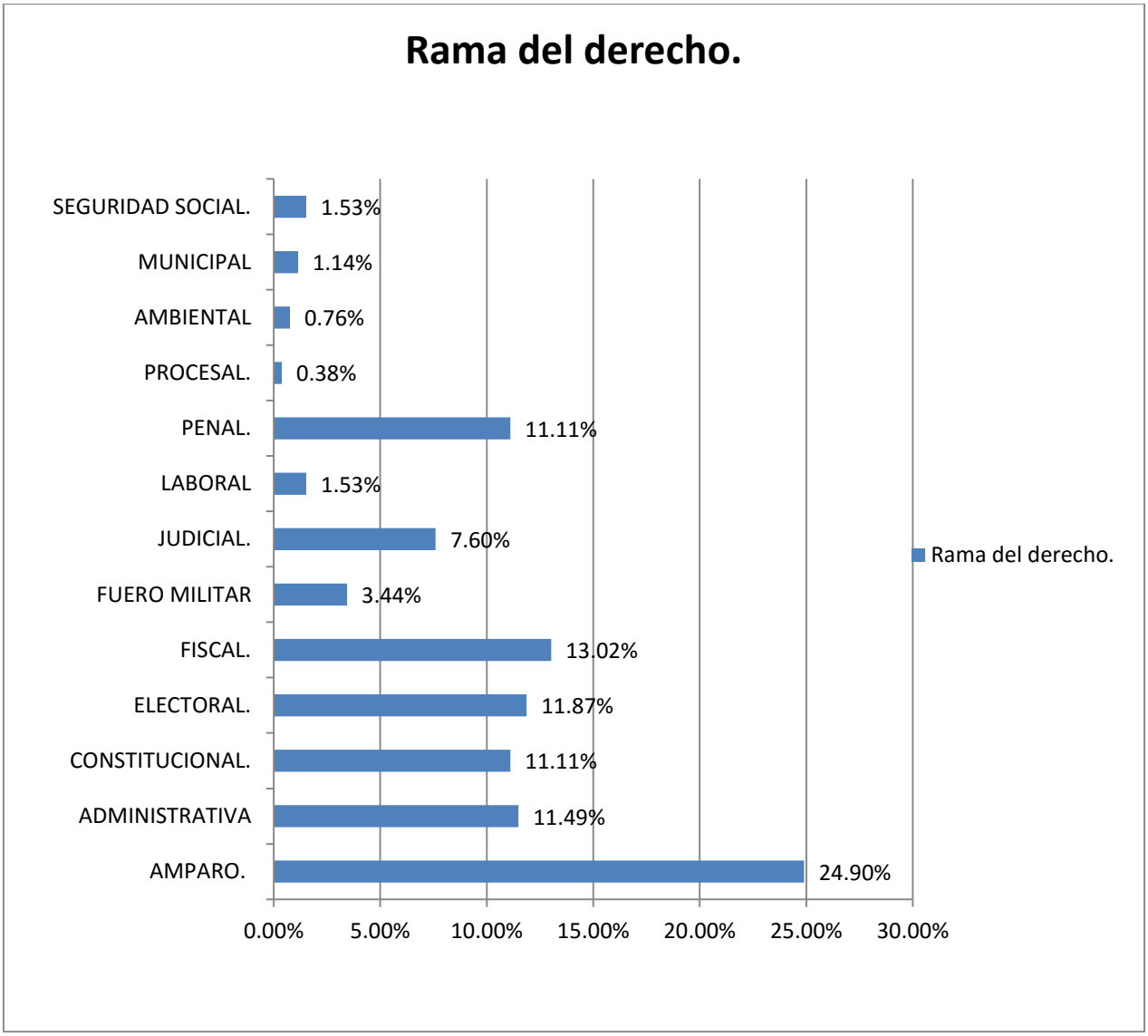
Si en los asuntos se repiten automáticamente los alegatos tradicionales de mera legalidad, simplemente el tribunal no tendrá insumos para explorar en nuevos ámbitos del ordenamiento. En cambio, si se plantean nuevos argumentos con perspectivas de derechos humanos, necesariamente habrá un pronunciamiento judicial fresco e innovador.

Hago votos porque la judicatura, los litigantes, la academia y la sociedad civil vayamos construyendo una cultura constitucional más honda, que desdibuje la idea de derechos humanos como un compendio de buenas intenciones polivalentes e idílicas, pero de escasa operatividad pragmática. Llevando los derechos a la vida diaria forjaremos el auténtico paradigma constitucional que entrevió el poder reformador de la Constitución en junio de 2011.

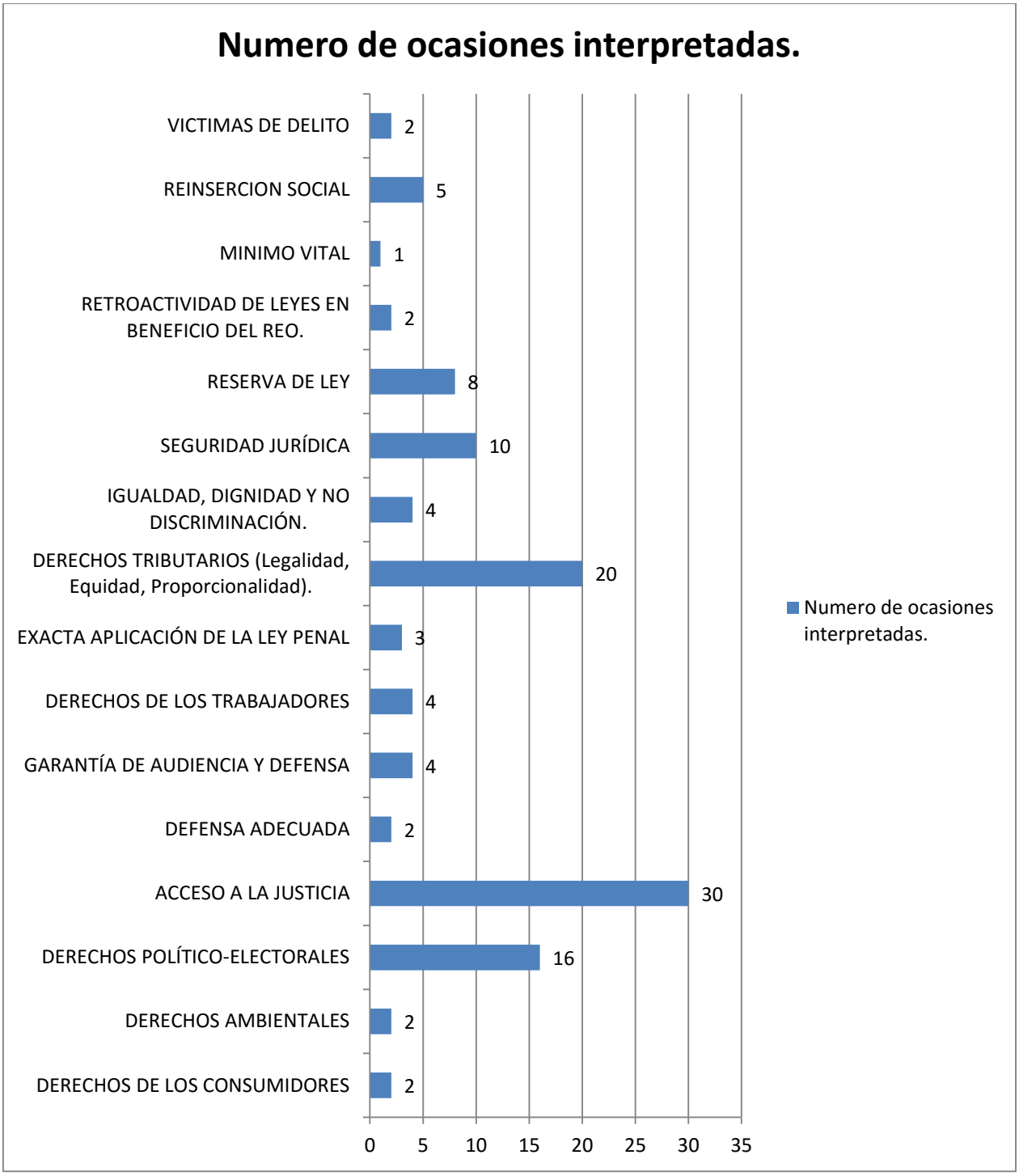
ANEXOS



Gráfica 5: el número de veces en que un artículo constitucional fue interpretado.



Gráfica 6: rama del derecho sobre la que versan los criterios.



Gráfica 7: Derecho humano interpretado y ocasiones en que fue aludido.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo General 20/2013, de 25 de noviembre de 2013, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de las tesis que emiten la Suprema Corte de Justicia, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito.

Brown c. Board of Education", 347 U.S 483 (1954).

Burgoa, Ignacio, El juicio de amparo, 41ª ed., México, Porrúa, 2005.

Bustillos, Julio, La justicia constitucional en México. Análisis cuantitativo de las resoluciones judiciales en materia constitucional, México, UNAM, 2009.

Cappelletti, Mauro, El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado, México, UNAM, 1966.

Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 4, sección de artículos, México, UNAM, 1969.

Cossío Díaz, José Ramón, "Cuestiones constitucionales: El control de regularidad de las reformas constitucionales", en Este País, número 74, mayo de 1997.

Fayt, Carlos, Supremacía constitucional e independencia de los jueces, Buenos Aires, Depalma, 1994.

Ferrer MacGregor, E. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma, México, UNAM, 2011.

García de Enterría, Eduardo, La constitución como norma y el tribunal constitucional, Madrid, Civitas, 1983.

Góngora Pimentel, Genaro, Introducción al estudio del juicio de amparo, 30ª ed., México, Porrúa, 2004.

Guastini, Riccardo, Estudios sobre la interpretación jurídica, 5ª ed., trad. Gascón, M. y Carbonell, M., México, UNAM, 2003.

Gudiño Pelayo, José de Jesús, "Lo confuso del control difuso de la Constitución. Propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional", en Revista de la Facultad de Derecho de México, núm. 244, 2005.

Informe anual de labores del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, SCJN, 2014.

Kelsen, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional), trad. Rolando Tamayo, México, UNAM, 2001.

Kuhn, Thomas, La estructura de las revoluciones científicas, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 213, México, 1999.

Lijphart, Arend, Las democracias contemporáneas: un estudio comparativo, Barcelona, Ariel, 1999.

Nino, Carlos, Un país al margen de la ley, 2ª ed., Buenos Aires, Ariel, 2014.

Nohlen, Dieter, El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico, México, UNAM, 2003.

Orozco Pulido, Jesús Manuel, El tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: ¿un verdadero tribunal constitucional?, tesis de licenciatura, Universidad de Guadalajara, 2015, directores: José de Jesús Covarrubias Dueñas y Jorge O. Bercholc.

Post, R. y Siegel, R., *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

"Roe c. Wade", 410 U.S. 113 (1973).

Suprema Corte de Justicia de la Nación, El problema del rezago de juicios de amparo en materia civil, México, SCJN, 1946.

Taruffo, Michelle, "Precedente y jurisprudencia", en Anuario Jurídico, abril de 2007.

CAPÍTULO VI. LOS DERECHOS HUMANOS ANTE LA REFORMA ESTRUCTURAL EN MATERIA ENERGETICA DE MÉXICO

Iván Lázaro Sánchez*

SUMARIO:

I. Introducción. II.- La tutela de los derechos humanos. III.- El marco jurídico de la industria energética en México. 1.- Las Reformas Estructurales en Materia Energética de los años 2013-2104. IV.- Vinculación de los derechos humanos y la reforma energética. 1.- Igualdad y Competencia Económica. 2.- Contenido Mínimo Nacional. 3.- Medio Ambiente Sano, Agua Potable y su Saneamiento. 4.- El Derecho de Propiedad. Conclusiones.

RESUMEN:

México, es una nación con una gran diversidad cultural y múltiples recursos naturales, que sin duda hacen de este un país extraordinario. Sin embargo, la ambición, ignorancia e indolencia, han permitido que sus riquezas naturales, sean desde hace muchos lustros, indiscriminadamente explotadas, sin que lo anterior haya implicado un crecimiento sostenido en el desarrollo económico del país. Aunado a esto y quizás lo más grave, es que se ha realizado en no pocas ocasiones mediante la vulneración de los derechos humanos de las personas habitan dentro del territorio de la república mexicana. Motivo por el cuales, creemos imprescindible, comprender la relación entre los derechos inherente y sustanciales de los seres humanos y la industria energética, que en conjunto deben materializarse simbióticamente, en beneficio de la sociedad en general.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, Reforma Energética, Competencia Económica, Medio Ambiente Sano, Agua Potable, Contenido Mínimo Nacional, Derecho de Propiedad.

ABSTRACT:

Mexico is a nation with a great cultural diversity and many natural resources, which will undoubtedly make this an extraordinary country. However, ambition, ignorance and indolence, have allowed their natural wealth, are for many decades, exploited indiscriminately, without the above has involved a sustained economic development growth. Added to this, and perhaps most serious, it is that it has done on many occasions by the violation of human rights of people living within the territory of the Mexican Republic. Reason for which, we must understand the relationship between substantial and inherent rights of human beings and the energy industry, which should materialize symbiotically together, for the benefit of society in general.

KEYWORDS: Human Rights, Energy Reforms, Economic Competition, Healthy Environment, Drinking Water, National Minimum Content, Property Right.

I. INTRODUCCIÓN

Los Derechos Humanos y la Industria Energética, resultan aspectos relevantes dentro del contexto mundial, uno tiene como fin la existencia digna de las personas, y el otro se relaciona

* Maestro en Derecho, Profesor Investigador en la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades (DACSYH) de la UJAT, Miembro del Sistema Estatal de Investigadores del Estado de Tabasco, Integrante de la Barra Tabasqueña de Abogados, Colegio de Abogados A.C., Miembro de la Academia Mexicana de Derecho Energético, Miembro de la Academia de Derechos Humanos de la DACSYH-UJAT y actualmente Doctorante en Estudios Jurídicos, PNPC-CONACYT.

.

con un área estratégica, relacionada con un recurso no renovable, alrededor del cual, se desenvuelve la industria en general y que por tal, está vinculado con la estabilidad socioeconómica de México.

Hoy el contexto mundial, presenta complejidades que nos obligan a replantear el uso y explotación de recursos naturales como los hidrocarburos, para comprender que estos, no son un fin en sí mismos, sino que deben ser vistos como un medio que facilite y apalanque el desarrollo y bienestar de las sociedades. Razón por la que es imprescindible entender la vinculación de estos dos temas, y así clarificar la forma en que ambos deben materializarse en beneficio de su motivo y fin que son los seres humanos.

Por lo anterior, en la presente ponencia nos planteamos la siguiente hipótesis: El respeto a los derechos humanos resulta imprescindible para lograr el eficaz desarrollo de la industria energética de México. Derivado de lo anterior, establecemos como objetivo general: Demostrar el vínculo, entre el respeto a los Derechos Humanos y el eficiente desarrollo de la industria energética, a partir de la reforma estructural.

I. INTRODUCCIÓN

II.- LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La centuria pasada, fue un periodo en el que la humanidad se enfrentó en dos guerras mundiales que modificaron la forma en que la comunidad internacional se interrelacionaba, ya que con posterioridad a estas, se realizó un profundo análisis y debate sobre la concepción del Estado, la finalidad de los gobiernos y el eje central que realmente justifica la existencia de los anteriores: Los seres humanos.

Entendiéndose la necesidad de reconocer a los seres humanos como el motivo y fin de todos los actos políticos o de gobierno, los que tienen que tener como fundamento la búsqueda de la realización integral de las personas, en un ambiente sano, libre, armonioso y seguro.

México, es un país que si bien ha vivido a lo largo de sus historias independientes, guerras intestinas, motivadas por el control del poder, también lo es que hacia el exterior se ha conducido como una Nación con una política de respeto y paz, para con la comunidad internacional. Lo cual que ha propiciado que la asimilación del respeto y reconocimiento de los derechos humanos se pueda analizar desde dos perspectivas, una interna y otra externa.

Pues por un lado nuestro país ha participado en casi todos los pactos y tratados relacionados con la paz y los derechos de las personas, y dentro de su sistema cuenta con diversos

instrumentos y garantías como lo es el juicio de amparo, pero lo cierto es que la característica más visible ha sido la de un país, autoritario, corrupto y opaco.

Cierto es que las guerras y el desarrollo tecnológico, han creado una paradoja, mediante la cual por un lado se ha violentado la dignidad de las personas, pero por el otro a su vez, han impulsado la reflexión sobre la importancia del respeto y reconocimiento de la dignidad humana, lo que sin duda resulta ser el fundamento primordial del ejercicio del poder público. De ahí, que la conformación de un sistema interamericano de derechos humanos, sea fundamental en la prospección y desarrollo que este permitiendo la protección eficiente de los derechos humanos, bajo los principios de universalidad, progresividad, inalienabilidad e indivisibilidad.

En este contexto, México ha sido declarado responsable de violaciones a los derechos humanos dentro de su territorio. El ejemplo paradigmático es la condena del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos en el caso del Sr. Rosendo Radilla Pacheco[1599]. La que sin duda abono para que el Estado Mexicano, acelerara el paso hacia a la asimilación de las decisiones de órganos internacionales, tal y como se observa en el expediente varios número 912/2010 resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación[1600], Tribunales Internacionales que han tenido la compleja tarea de tratar de clarificar y definir el alcance del concepto de dignidad.

Al respecto el Dr. Alfredo Islas Colín, ha expresado que:

"La dignidad es difícilmente definible, especialmente a nivel legal, como lo veremos ningún instrumento internacional ha asumido la tarea de definirla: *Omnes definitivo in jure meticulosa este* (En derecho toda definición es peligrosa). La cual se deja para que los tribunales con sus criterios, realicen la determinación de la significación de la dignidad por la intuición común para que la aplique en el caso concreto".[1601]

En otro aspecto, Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez[1602], apuntan que en el debate del año 2009, se discutió en la cámara de Diputados del Congreso de la Unión, por sugerencia de la alta comisionada de las Naciones Unidas en México, la propuesta de titular al

---

[1599] **Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.** En: ***http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es***

[1600] Cfr.: Expediente Varios Numero 912/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

[1601] Islas Colín, Alfredo, Derecho a la Dignidad, *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales,* Año 1, No. 1, Jul-Dic. México, Edit. Ujat-Sorbonne Paris Cite-Universite Paris Nord 13, 2013, p.128.

[1602] García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez Julieta, *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011), 3ra. Edición,* México, edit. Porrúa-UNAM, 2013, p. 66.

capítulo uno del título primero de la Constitución, con la denominación: "De los Derechos Humanos", Siguiendo a los mismos autores, estos mencionan que ya en la cámara de Senadores y tal como se observa en el dictamen DD-XXI-2010, tal denominación quedaría como "De los derechos humanos y sus garantías".[1603]

Si bien dicho proceso legislativo y sus discusiones iniciaron en el año 2009, fue en el año 2011, cuando se lograron los acuerdos necesario para la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que resulta trascendental en la transformación de la concepción de estos derechos, en la forma de operar el Estado, la legitimidad de las leyes emitidas por el congreso y en la forma de interpretarlas por parte del poder judicial.

De acuerdo a Minerva Martínez Garza[1604], los puntos generales de la reforma son:

- Se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución para quedar "De los derechos humanos y sus garantías".
- Se eleva a rango constitucional los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte.
- Se incorpora al texto constitucional la noción de persona.
- Se favorece la interpretación armónica de los derechos humanos con la Constitución y los tratados internacionales atendiendo al principio pro persona.
- Se establecen las obligaciones del Estado frente a la violación de derechos humanos, que comprenden inequívocamente las de prevenir, investigar y sancionar. Asimismo se integra a la Constitución el sistema de reparación del daño por violaciones a derechos humanos.
- Se introduce la obligación de las autoridades renuentes a las recomendaciones de los organismos del sistema de protección no jurisdiccional de derechos humanos, de hacer públicas las razones de su negativa y la facultad del órgano legislativo competente para llamar a comparecer a la autoridad refractaria.
- Se amplía la competencia de los organismos de protección no jurisdiccional, ahora podrán conocer de asuntos laborales.
- Se obliga a las entidades federativas a que doten de plena autonomía a los organismos públicos de derechos humanos.

[1603] Ibídem, p. 67

[1604] Martínez Garza, Minerva, La Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, consultar en: *http://www.cedhnl.org.mx/18mayo2011_reformaconstitucional.pdf*

Lo anterior, modifico las formas y principios de interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por supuesto de las demás autoridades judiciales del país, tomando como base y fundamento, el texto actual del artículo primero de la Constitución Política de México, dicta:

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. Insertando explícitamente en la constitución, principios como los denominados: de interpretación conforme y pro persona.

Al respecto, señalamos la precisión realizada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

…"Lo que persiguen dichos principios es que prevalezca la supremacía constitucional, esto es, que las normas, al momento de ser aplicadas, se interpreten de acuerdo con lo que establece la Constitución y siempre que no haya una restricción en la Constitución misma, de conformidad con lo que establecen los tratados internacionales, de tal forma que esa interpretación le sea aplicable a todas las partes que actualicen el supuesto de la norma."[1605]

México, esta frente un nuevo sendero, en el que debe asimilar los principios internacionales establecidos en pactos y tratados internacionales y así acceder a una nueva etapa como Estado vanguardia en la protección de los Derechos Humanos. En este tema, el Dr. Miguel A. López Olvera, expresa: "La democratización en cuanto cambio de régimen en los Estados, se da por el respeto de los derechos humanos y la efectividad de los derechos políticos en occidente".[1606]

En este cambio de paradigma, necesariamente se han presentado reestructuras jurídicas, sociales y políticas, ya que "si la democracia no se traduce en mejores niveles de vida, el populismo y el autoritarismo entraran en escena para ganar votos y establecer regímenes autoritarios".[1607]

A esta generación le ha correspondido vivir y enfrentar nuevos retos y vislumbrar diferentes perspectivas. Razones por las que el gobierno federal en turno, considero proponer y realizar

[1605] Cfr. Tesis: 1a. CCCLI/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, Tesis Aislada(Constitucional, Civil).
[1606] López Olvera Miguel Alejandro y Pahuamba Rosas, Baltazar, *Nuevos Paradigmas Constitucionales,* México, Edit. Espress, 2014, p. 116.
[1607] Ibídem.

reformas profundas y estructurales, tal y como fue establecido en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, en adelante PND[1608]:

"El crecimiento de una economía depende de los factores de producción y su productividad, entendida como la forma en que interactúan dichos factores en el proceso productivo. Es decir, la tecnología, la eficiencia y la calidad de los insumos de la producción". En este sentido el mismo PND señala que: "El país enfrenta un rezago de productividad, por tanto, el Ejecutivo ha planteado una serie de reformas estructurales para elevar la productividad del país y llevar a México a su máximo potencial".

Propuestas que fueron discutidas, debatidas y finalmente aprobadas por el Congreso de la Unión, y que corresponden a las reformas:

- Fiscal [1609]
- Telecomunicaciones [1610]
- Competencia Económica[1611]
- Financiera[1612]
- Educativa.[1613]
- Energética.[1614]

Reestructuraciones jurídicas sin duda tienen implicaciones con respecto a las personas y su dignidad, por lo que es pertinente reflexionar sobre la relación de los derechos humanos y la materialización eficiente y eficaz de la Reforma Energética en beneficio del desarrollo social y económico de la Nación Mexicana.

III.- EL MARCO JURIDICO DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA EN MEXICO

La industria del petróleo de nuestro país, tuvo sus inicios en el año 1863[1615], sin embargo fue hasta principios del siglo pasado cuando comenzó a desarrollarse como un área económica relevante, que constituía los mayores ingresos de los gobiernos en turno, desde entonces, este

[1608] Publicado en el DOF, el 20 de Mayo del año 2013.
[1609] Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de Diciembre del 2013.
[1610] Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de Junio del 2013.
[1611] Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de Junio del 2013.
[1612] Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Enero del 2014.
[1613] Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de Septiembre del 2013.
[1614] Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de Diciembre del 2013.
[1615] Álvarez de la Borda, Joel, *Crónica del Petróleo en México, de 1863 a nuestros días,* México, Edit. PEMEX, 2006, p. 15.

recurso natural no renovable fue el motivo subyacente de conflictos entre los monopolios que habían acaparado la industria, los gobiernos locales y federales y los generales latifundistas. Lucha y enfrentamientos que resultaron un peso que por muchos años inhibió el desarrollo del país, afectando consecuentemente el bienestar y seguridad de los mexicanos.

Dentro de la historia de la tutela y ámbito jurídico, en nuestro país, ha habido una evolución constante pero no armónica con respecto a la forma de regular la exploración y explotación de los hidrocarburos. Modificaciones que de acuerdo al Dr. Jorge Armando Mora, son las siguientes[1616]:

- La Ley del Petróleo de 1901.
- La Constitución de 1917, en donde se estableció el artículo 27 en su versión original.
- La Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo de 1926.
- La Expropiación Petrolera de 1938 y Nacionalización de la Industria en 1939.
- La Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo de 1941.
- La Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo de 1958.
- La Reforma al artículo 27 constitucional de 1960.
- La Reforma de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo de 1977.
- La Reforma de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo de 1995.
- La Reforma de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo de 1996.
- La Reforma Energética de 2008.

***1.- Las Reformas Estructurales en Materia Energética de los años 2013-2104*;**

Cambios estructurales, en donde se han realizado reestructuras integrales, que marcan un cambio profundo del sistema jurídico, político y económico del país. Debemos precisar que fue el 20 de diciembre del año 2013 cuando se publicaron las reformas a los artículos 25, 27 y 28 en materia energética de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[1617]

[1616] Mora Beltrán, Jorge Armando, El largo y sinuoso camino de los contratos sobre hidrocarburos en México, *Revista DOFISCAL*, Thomson Reuters, México, 01 de Abril del 2014, pp.108-115.
[1617] Publicadas en la edición vespertina del DOF, el 20 de Diciembre del año 2013.

Derivado de dichas reformas, comenzaron los debates legislativos para emitir y adecuar las leyes y reglamentos con los que se debería operar las reformas a la constitución. Reformas y creación normativa que se materializo el 11 de Agosto del año 2014, fecha en la que se efectuó en el Diario Oficial de la Federación[1618], la publicación de nueve leyes creadas y doce reformadas, para constituir un sistema de 21 leyes secundarias con las que se debe instrumentar la reforma energética:[1619] Posteriormente, el día 31 de Octubre también del año 2014, se publicaron en el DOF[1620], los nuevos reglamentos de las leyes antes mencionadas.

Reformas que transformaron el significado y alcance de área estratégica, con él hasta esa fecha inamovible monopolio del Estado en las actividades enmarcadas en este concepto, dentro del cual se encontraban los hidrocarburos, ya que antes de la reforma comentada, se excluida por lo menos formalmente, la participación directa de los particulares en las exploración y extracción de estos recursos naturales, y su posible participación solo se podía realizar mediante la contratación que las paraestatales hacían, dentro de múltiples restricciones constitucionales y legales.

Claudia Gamboa Montejano, describe que las reformas engloban los siguientes puntos[1621]:

- Se modifica la naturaleza jurídica de las paraestatales Petróleos Mexicanos y Comisión Federal de Electricidad, misma que se transforman al igual que sus subsidiarias en Empresas Productivas del Estado. Con la consecuente reforma estructural y de gobierno corporativo.
- Se establece, que si bien los hidrocarburos siguen siendo propiedad de la Nación y en los que no se podrán otorgar concesiones para su explotación, se prevé que el Estado podrá realizar las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a Empresas Productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares.
- Se crea el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, Institución de la que será fiduciaria el Banco de México, mismo que tendrá por objeto

[1618] Publicadas en el DOF, 11 de Agosto del año 2014.
[1619] La SENER, Consultar en: *http://www.energia.gob.mx/webSener/leyes_Secundarias/*
[1620] Publicadas en el DOF, 31 de Octubre del año 2014.
[1621] Cfr. Gamboa Montejano, Claudia, *"Estudio comparativo del texto anterior y el texto vigente de los artículos 25, 27 y 28 constitucionales en materia energética",* Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Cámara de Diputados, México, Enero 2014.

recibir, administrar y distribuir los ingresos derivados de las asignaciones y contratos que se otorguen en materia energética.

- Se establece nuevas modalidades de contratación en la exploración y extracción de hidrocarburos, señalándose de manera expresa los contratos de utilidad compartida, producción compartida, licencia y de servicios
- Se obliga para que los contratos y asignaciones que el Estado suscriba en esta materia sean otorgados a través de mecanismos que garanticen su transparencia.
- Se subraya la obligación de las Empresas Productivas del Estado y de los capitales privados, para instrumentar criterios y prácticas para cuidar y proteger el medio ambiente. En concordancia se crea la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos.
- Reforma en la cual se resalta la prioridad por causa de utilidad pública que tendrá la exploración y extracción de hidrocarburos, y en donde se excluye la posibilidad de expropiar las propiedades a los particulares, pero si se prevé la posibilidad de ocupación superficial temporal, sea a través de acuerdos entre las Empresas Productivas o los contratistas con los titulares privados o comunales de las tierras, o mediante la creación de la figura denominada servidumbre de hidrocarburos. Así como la posibilidad de una contraprestación por estos conceptos y además un posible porcentaje de las utilidades netas que dichas empresas productivas del estado o contratistas particulares obtengan por estos conceptos.

Lo descrito nos permite entender, que la materialización eficiente de las reformas en materia energética realizadas en México, se encuentran íntimamente vinculadas con el respeto y protección a los derechos humanos. Lo anterior, en virtud de que el desarrollo de la industria de los hidrocarburos tendrá implicaciones sobre los derechos políticos y civiles, así como con los derechos sociales, económicos y culturales de las personas, tales como el derecho a la igualdad, al acceso a la información, derecho a una educación pertinente y competitiva, a un medio ambiente sano, el derecho al agua potable limpia y su saneamiento, a la seguridad y certeza de la propiedad, entre otros. Implicaciones que clarificamos a continuación.

IV.- VINCULACION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA REFORMA ENERGETICA.

Debemos señalar que "Los derechos humanos son el resultado de luchas sociales en demanda de límites al poder público y de las posibilidades de mejorar en libertad las condiciones de vida de las personas, las que a través de la historia, han dado como frutos documentos e instituciones que consagran diversos derechos y garantías".[1622]

Sin embargo, resulta innegable que la globalización conjunto con el avance de las nuevas tecnologías, han influido en la forma en que se relacionan y cooperan las naciones ante la comunidad internacional, circunstancia que conlleva a valorar y reconocer la importancia de las acciones jurídicas, políticas, sociales y económicas para fortalecer el respeto a los derechos humano y su relación con las siguientes áreas:

1.- ***Igualdad y Competencia Económica***

Derivado de las reformas constitucionales en materia energética y en materia de competencia económica, se apertura un nuevo contexto y marco para la inversión y desarrollo interno del país, a la par del fortalecimiento de su posición internacional, debido a la apertura a la participación de los particulares nacionales y extranjeros en áreas antes prohibidas a estos, como la exploración y extracción de hidrocarburos, mismas que eran monopolio exclusivo del Estado mexicano. Modificaciones del marco de tutela, que deviene de políticas implementadas en concordancia con propuestas impulsadas por organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, en adelante OCDE.[1623]

"La falta de competencia y la regulación excesiva han sido una carga para la economía mexicana durante muchos años y han contribuido a las grandes disparidades en el ingreso. Por ello, las medidas para aumentar la competencia y reducir la sobrerregulación forman parte de las políticas para mejorar el entorno empresarial y abatir la pobreza y las desigualdades. *"*[1624]

Propuestas que enfatizaban los siguientes puntos[1625]:

A. Dar seguimiento a la reforma de la Ley Federal de Competencia, garantizar su implementación y reglamentación, así como completar el fortalecimiento del marco legal de la competencia, estableciendo un sistema efectivo de revisión judicial de las

[1622] Ayala, Natalia, Derechos Humanos y Globalización. Un análisis preliminar para América Latina, *Revista D3E Desarrollo, Economía, Ecología, Equidad,* Uruguay, Julio 2003, p, 2.
[1623] Fundada en 1961, agrupa a 34 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.
[1624] OCDE, "México; Mejores Políticas para un Desarrollo Incluyente", *Las mejores políticas de la OCDE*, 2012 p.44.
[1625] Ibídem, p.46.

decisiones de la Comisión Federal de Competencia y otorgando a la autoridad de competencia recursos adecuados para aprovechar al máximo sus nuevas facultades.

B. Continuar la revisión y las reformas de leyes y regulaciones que restringen innecesariamente la competencia.
C. Abrir las industrias de red a la competencia. Promover organismos reguladores fuertes, independientes y efectivos.
D. Garantizar que la lucha contra la colusión en las adquisiciones públicas siga siendo una prioridad e impulsar reformas de las leyes y normas de adquisiciones en las entidades federativas del país.
E. Reformar el gobierno corporativo de las empresas de propiedad estatal para separar las funciones del Estado como propietario y como regulador y preservar así la integridad regulatoria y de los mercados.

En este mismo sentido y en relación a la materia energética, la OCDE ha señalado:

"Una política energética efectiva es necesaria para reconciliar los objetivos de proveer energía a precios accesibles con el crecimiento económico y la sostenibilidad. El fomento de la eficiencia energética y el uso sostenible de la energía son elementos clave de dicha política, no sólo porque impulsan la competitividad, sino porque pueden contribuir a un crecimiento verde e incluyente"[1626]

De este análisis, no podemos excluir la vinculación y relevancia de los Tratados de Libre Comercio que México ha celebrado con diversas naciones, documentos que han tenido como propósito extender y consolidar las relaciones internacionales que permitan a México, impulsar su desarrollo mediante competitividad e inversión extranjera, y así apalancar el desarrollo del país.[1627]

Lo anterior, de suma relevancia, debe imperativamente realizarse siempre con una visión que ligada a los derechos humanos de quienes nos encontramos dentro del territorio mexicano, independientemente de si gozamos o no de la nacionalidad , tal y como lo marca la propia Constitución Política de México[1628]

[1626] Ibídem, p.60.
[1627] Secretaria de Economía de México, consultar en: *http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/comercio-exterior/tlc-acuerdos.*
[1628] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario oficial de la federación en adelante DOF, el 05 de Febrero de 1917, ultima reforma 10 de julio del 2015…Artículo 1o. En los Estados Unidos

Señalamiento que recalcamos, toda vez que en las reformas estructurales en materia energética, se modifica sustancialmente la forma en que se regulara la industria de los hidrocarburos, y ahora debido a estos cambios, se abre la posibilidad de que la inversión extranjera, sumamente fuerte y experimentada en este sector, invierta y amplié sus intereses comerciales, en una industria que por muchos años su mayor característica fue la opacidad y corrupción.

"En este panorama, parece que las más desprotegidas son justamente las personas físicas y colectivas mexicanas, que podrían verse rebasadas por la experiencia de extranjeros acostumbrados a participar en mercados energéticos abiertos."[1629]

Ahora nuestro marco jurídico[1630], permite la inversión de particulares, que en teoría podría fomentará la competitividad, la cual debería desarrollarse en igualdad de condiciones para todas las partes involucradas, sin embargo, consideramos que será muy complejo que las personas de nacionalidad mexicana, compitan en igualdad de condiciones contra las corporaciones trasnacionales que cuentan con una larga experiencia, con tecnología de punta, una gran especialización y un consolidado poder económico, lo que sin duda, y contrario a lo que se busca, podría traer como consecuencia un nuevo esquema monopólico, que solo permitiría a las empresas mexicanas participar como proveedores secundarios, ya que es evidente que entraron desiguales a este nuevo contexto legal y económico.

2.- Contenido Mínimo Nacional

En este aspecto, comentamos que la pequeña y mediana empresa, así como la base trabajadora, y la industria energética en general, se enmarcaron durante más de 75 años dentro de una economía proteccionista que causo la inexistencia de la competitividad, sin mediciones de calidad, y que ante este nuevo parámetro les resulta esencial la aplicabilidad de lo previsto en el artículo segundo transitorio de la reforma constitucional en materia energética[1631]. Así

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

[1629] Arzate, Esther, Fondos de Inversión, al acecho de la energía de México, *Revista Petróleo y Energía,* año 12, tomo 55, México, 2015, p.40.

[1630] Ley de Inversión Extranjera, reformada, publicada en el DOF el 11 de Agosto del año 2014.

[1631] Óp. Cit. Nota 30; Reforma Publicada el 20 de Diciembre del 2013,….Transitorio Segundo. Los derechos laborales de los trabajadores que presten sus servicios en los organismos, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal dedicadas a las actividades que comprende el presente Decreto se respetarán en todo momento de conformidad con la ley.

como lo establecido en la cláusula X del artículo 19 de la Ley de Hidrocarburos, en donde se prevé:

Los Contratos para la Exploración y Extracción deberán contar, al menos, con cláusulas sobre:

…X. El porcentaje mínimo de contenido nacional.

Pero, no se debe pasar por alto lo establecido en el artículo 301 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte[1632], el cual en su apartado primero y segundo establece:

Primero. Cada una de las partes otorgara trato nacional a los bienes de otra parte, de conformidad con el articulo III del acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio (GATT), incluidas sus notas interpretativas. Para tal efecto, el artículo III del GATT y sus notas interpretativas, o cualquier disposición equivalente de un acuerdo sucesor del que todas las partes sean parte, se incorporan a este tratado y son parte integrante del mismo.

Segundo. Las disposiciones del párrafo 1 referentes a trato nacional significaran, respecto a un estado o provincia, un trato no menos favorable que el trato más favorable que dicho estado o provincia conceda a cualesquiera bienes similares, competidores directos o sustitutos, según el caso, de la parte de la cual sea integrante.

Lo anterior no es óbice para omitir el hecho de que el Estado, es el responsable constitucional de marcar las directrices del rumbo económico y vigilar que se cumplan los postulados establecidos en el primer párrafo del artículo 25[1633] y primer párrafo del artículo 123[1634] de la Constitución. Por lo que sin duda la protección de los derechos a la dignidad e igualdad de los mexicanos ante esta apertura energética, será un elemento crucial para que la reforma sea en bien y para bien de la sociedad mexicana.

3.- *Medio Ambiente Sano, Agua Potable y su Saneamiento*

[1632] Publicado en el DOF, el 20 de Diciembre del Año 1993.

[1633] Óp. cit. Nota30: Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

[1634] Ibídem, Artículo 123: Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El medio ambiente, se refiere al: espacio óptimo y adecuado en el que se desenvuelven los seres vivos. El cual puede definirse como "un conjunto de valores naturales, sociales y culturales existentes en un lugar y momento determinado, que abarca a seres humanos, animales, plantas, objetos, agua, suelo, aire y las relaciones entre ellos".[1635]

Por lo tanto, como derecho humano y consecuentemente universal, indivisible, interdependiente y progresivo, es necesario entrar a su análisis, ante una realidad en donde se ha permitido y ocasionado un daño ambiental peligroso para nuestro entorno, vulnerando a otros derechos esenciales. El derecho humano al medio ambiente sano, al agua potable y su saneamiento, son tutelados en los párrafos V y VI del artículo cuarto de la Constitución Política de México[1636]. Numeral que se encuentra en armonía con la resolución dictada en la cuarta sesión plenaria celebrada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) del día 05 de Junio del Año 2007[1637] y que resuelve:

- Reconocer que el agua es esencial para la vida y la salud de todos los seres humanos y que el acceso al agua potable y la higiene básica es indispensable para poder vivir una vida con dignidad humana.
- Rreafirmar el derecho soberano de todo Estado a establecer normas y reglamentos sobre el uso del agua y los servicios de agua en su territorio.
- Destacar que el agua es un recurso natural, finito y vulnerable, dotado de valor económico y que además cumple una función ambiental, social, económica y cultural; y que se debe propender a buscar que todos los sectores de la población tengan acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento".

En este sentido, cabe señalar que los recursos hídricos útiles para la subsistencia de la humanidad son muy limitados, por lo que no debemos verlos solo como una mercancía más, sujeta a la comercialización y especulación.

[1635] Consejo de Derechos Humanos, "Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, informe A/HRC/19/34(2011) de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

[1636] Óp. Cit. Nota 30: Articulo 4to…V.- Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley. VI.- Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

[1637] Cuarta Sesión Plenaria de la XXXVII Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Consultar: *https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2349_XXXVII-O07.doc*

"Todos los pueblos, cualquiera que sea su estado de desarrollo y condiciones sociales y económicas, tienen el derecho a disponer de agua potable en cantidad y calidad suficiente para sus necesidades básicas. Es de reconocimiento universal que la disponibilidad de dicho elemento por parte del hombre es imprescindible para la vida y para su desarrollo integral como individuo o como parte de un cuerpo social".[1638]

Desafortunadamente, no se ha percibido de forma responsable y contundente, las consecuencias que traerá consigo la contaminación, sobre explotación y escases del agua. Como lo resaltan Ismael Camargo y Karla E. Mariscal Uretra:

"La incontrolable explosión demográfica y la sobredemanda así como los factores ambientales y climáticos extremos, la contaminación de los cuerpos de agua y, sobre todo, el desperdicio del agua como práctica común, ponen en riesgo el aprovechamiento y uso de este recurso natural, por lo que su conservación y preservación exige un tratamiento especial por parte de la Nación, sobre el conocimiento de los conflictos existentes y de la innegable crisis de gobernabilidad de los recursos hídricos".[1639]

Para muestra, indicamos que Ley de Hidrocarburos, en adelante (LH), en el párrafo segundo de su artículo 96, establece que: Las actividades de exploración y extracción se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas. Expresión que relacionada con los artículos 4to fracción XV[1640], y Artículo 5to[1641]de la ley mencionada, nos indica que es jurídicamente permitido el uso de una técnica de extracción denominada *cracking*, y que Jessica Jaramillo, define como:

[1638] Conferencia de las Naciones Unidas, celebrada en Mar del Plata, Argentina en 1977.

[1639] Camargo González, Ismael y Mariscal Ureta Karla E. Escasez de Agua: En busca de soluciones normativas, *Economía Informa,* núm. 374, mayo-junio 2012, pp. 57-58

[1640] Publicada en el DOF el 11 de Agosto del 2014 : Artículo 4.- Para los efectos de esta Ley se entenderá, en singular o plural, por:….XV.- Extracción: Actividad o conjunto de actividades destinadas a la producción de Hidrocarburos, incluyendo la perforación de pozos de producción, la inyección y la estimulación de yacimientos, la recuperación mejorada, la Recolección, el acondicionamiento y separación de Hidrocarburos, la eliminación de agua y sedimentos, dentro del Área Contractual o de Asignación, así como la construcción, localización, operación, uso, abandono y desmantelamiento de instalaciones para la producción.

[1641] Ibídem,: Artículo 5**.-** Las actividades de Exploración y Extracción de Hidrocarburos, a que se refiere la fracción I del artículo 2 de esta Ley, se consideran estratégicas en los términos del párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sólo la Nación las llevará a cabo, por conducto de Asignatarios y Contratistas, en términos de la presente Ley.

Las actividades de Reconocimiento y Exploración Superficial, así como las actividades referidas en las fracciones II a V del artículo 2 de esta Ley, podrán ser llevadas a cabo por Petróleos Mexicanos, cualquier otra empresa productiva del Estado o entidad paraestatal, así como por cualquier persona, previa autorización o permiso, según corresponda, en los términos de la presente Ley y de las disposiciones reglamentarias, técnicas y de cualquier otra regulación que se expida.

"La fracturación hidráulica o *cracking* consiste en una perforación en vertical, de aproximadamente 3 Km de profundidad, en la que se inyecta agua, arena y aditivos químicos. Una vez perforado, se pone un caño de acero llamado casino, hasta el fondo del pozo. Entre ese caño y la pared del reservorio hay un espacio en el que se agregan cementos especiales que evitan la comunicación de la parte superior con la parte inferior".[1642]

Por otro lado, de acuerdo estudios presentados por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Asturias, tiene serios impactos ambientales, mencionando específicamente[1643]:

Contaminación del agua subterránea y de superficie: La contaminación de acuíferos es uno de los riesgos más importantes de la técnica de ruptura hidráulica. En Estados Unidos se han producido varios casos de contaminación y es el motivo de su prohibición en varias ciudades. Existen evidencias a partir de la experiencia de EEUU que sugieren que la extracción de gas de pizarra comporta un riesgo significativo para la contaminación del agua subterránea y de superficie y, hasta que la base de estas evidencias se desarrolle, la única acción responsable es prevenir su desarrollo en Reino Unido y en Europa.

Hay que apuntar, que contra-argumentando esta posición, en su más reciente informe, la Agencia para la Protección Medioambiental de los Estados Unidos de Norte América señala que la fracturación hidráulica plantea riesgos para el agua potable, pero que el daño es limitado[1644]

Es innegable que la industria de los hidrocarburos, utiliza productos químicos y emite residuos que por su constitución, resultan dañinos para el medio ambiente y el agua potable.

"La estimación más reciente sobre el volumen de generación de residuos peligroso para el periodo 2004-2008, equivale a un millón 25 mil 128 toneladas. Está basada en los reportes de 27 mil 465 empresas incorporadas al Padrón de Generadores de Residuos Peligrosos en adelante PGRP y con registro ante la Secretaria del Medio Ambiente y Recursos Naturales en adelante SEMARNAT. Esta cifra, sin embargo, no debe considerarse como el volumen total de residuos generados en el país en ese periodo, debido por un lado, a que el PGRP no incluye

[1642] Jaramillo, Jessica, ¿Qué es el Fracking?, *Ciencia UANL, Revista de Divulgación Científica y Tecnológica de la Universidad Autónoma de Nuevo León,* Año 17, No. 67, Mayo-Junio 2014. p. 9

[1643] Informe de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, *Impacto Ambiental del Sistema de Fracturación Hidráulica para la extracción de Gas No Convencional*, España, Enero 2012, p.11, en: *http://www.fsc.ccoo.es/webfscasturies/Sectores:Administracion_Autonomica:Actualidad:529012--Que_es_la_fractura_hidraulica_(fracking).*

[1644] Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos de Norte América Consultar en: *http://www2.epa.gov/sites/production/files/2015-06/documents/hf_es_erd_jun2015.pdf*

a la totalidad de las empresas que producen estos residuos en el territorio; y por otro, a que a la fecha sólo se tiene información proveniente de los reportes de 27 delegaciones estatales de la Semana, encargadas de revisar y enviar los reportes de los volúmenes de generación de sus entidades federativas respectivas."[1645]

Y si bien es cierto, existen diversas autoridades federales y estatales responsables de vigilar y preservar el medio ambiente y la protección del agua, lo cierto es que la dispersa e ineficaz legislación[1646], junto con la evidente ineficiencia de las autoridades ambientales y el dinamismo la industria de los hidrocarburos que se prevé incrementara debido a las reformas constitucionales, pondrán al límite la fortaleza del Estado, sus instituciones y órganos reguladores, para prevenir, investigar, reparar y sancionar, los serios riesgos a la vulneración de derechos fundamentales de habitantes en las zonas exploradas y explotadas y de todos los seres humanos que habiten dentro de México.

Motivos más que suficientes, para afirmar que la tutela y protección de los derechos humanos, ante impactos ambientales, y la actuación firme, honesta y transparente del Estado, serán indefectiblemente esenciales para que dichas reformas constitucionales puedan materializarse y desarrollarse con una visión de sustentabilidad y armonía. Enfatizamos, que en la actualidad hay diversos debates relacionados con la iniciativa para crear la Ley General de Aguas,[1647] la cual según Abraham Jaramillo,[1648] tienen como puntos significativos:

A.- La c*oncesión de explotación de aguas*: Este es uno de los puntos más controversiales, ya que plantea concesiones para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, al señalar reglas para su otorgamiento, prórroga, transmisiones, derechos y obligaciones de los concesionarios, suspensión, extinción y revocación de los títulos de concesión.

B.- *El derecho al conocimiento y protección de los recursos hídricos*: La iniciativa busca establecer las acciones que deben realizar autoridades y ciudadanos para tener información completa y oportuna para conocer la situación que guardan los recursos hídricos del país, la forma en que se lleva a cabo su explotación, así como el desarrollo de nuevas estrategias y tecnologías para su manejo.

[1645] Secretaria del Medio Ambiente y Recursos Naturales, Informe de la situación del Medio Ambiente en México, 2008, Consultar: *http://app1.semarnat.gob.mx/dgeia/informe_2008/07_residuos/cap7_3.html*

[1646] Secretaria del Medio Ambiente y Recursos Naturales de México, Consultar en: *http://www.semarnat.gob.mx/leyes-y-normas/leyes-federales.*

[1647] Iniciativa publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados el 05 de Marzo del 2015.

[1648] Jaramillo Abraham, 11 puntos para entender la propuesta de la Ley General de Aguas, CNN México Edición Internacional, Recuperado en: *http://mexico.cnn.com/nacional/2015/03/09/11-puntos-para-entender-la-propuesta-de-ley-general-de-aguas.*

En este tema, hay que subrayar, que en la tutela del derecho al agua potable como derecho humano, el Estado mexicano tiene obligaciones internacionales que debe cumplir, ya que la observación del comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, señala que el derecho al agua es:

"El derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico e implica tanto libertades como derechos específicos para los individuos."[1649]

Es decir México está obligado a:

- Garantizar el acceso al agua en cantidades esenciales.
- En condiciones salubres y aceptables
- Y en forma asequible a todas las personas

Sin duda alguna, cualquier acción o decisión en cuanto al aprovechamiento y uso industrial que se permita dar al vital liquido, será trascendente con respecto al acceso que todos los seres humanos debemos tener al agua, como premisa indispensable para la supervivencia.

4.- El Derecho de Propiedad

Conforme a lo establecido en la convención americana sobre derechos humanos, la propiedad privada es un derecho en favor de las personas.[1650]

Para mayor claridad podemos establecer que "la propiedad es un derecho real que puede definirse como: el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa o inmediata sobre una cosa, que le permite su aprovechamiento total o parcial en sentido jurídico y que es oponible a terceros"[1651]

Instituciones del derecho civil, que conforma la base del desarrollo y estabilidad de las sociedades democráticas actuales, por lo cual se encuentra tutelado entre otros por los artículos 14 y 16 de la carta fundamental de México.[1652]

Sin embargo, debemos mencionar que la propiedad también tiene una función social y por ello el Estado puede limitarla o restringirla, al respecto la Dra. Gisela María Pérez Fuentes y la Dra. Karla Cantoral Domínguez, sostienen que:

[1649] Observación General No. 15 del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.
[1650] Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita el 22 de Noviembre de 1969, ratificada por el Estado mexicano el 03 de Febrero de 1981.
[1651] Domínguez Martínez, Jorge Alfredo; *Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico, e invalidez*, México, Editorial Porrúa, 2008 p. 323.
[1652] Op. Cit. Nota 30.

"Es en el siglo XX, cuando se introduce el concepto de función social de la propiedad en la normativa, para señalar que aun siendo la propiedad un derecho subjetivo a través del cual se persigue o puede perseguirse el interés personal de su titular, ha de ejercitarse de conformidad con la función social. Lo anterior significa que la propiedad, como institución jurídica, está sometida a fuentes de limitaciones, como por ejemplo, que se prohíba edificar en determinados suelos."[1653]

Función social que se reconoce en el artículo 27 de la propia Constitución Política de México, en donde, si bien se le reconoce la propiedad privada, también se fijan los derechos inalienables de la Nación, del cual deriva la propiedad originaria que sustenta la función social de la propiedad y las posibles limitaciones que el Estado le imponga en los casos de interés común y orden público. Así, descrito el contenido y naturaleza del derecho de propiedad y de la función social que esta cumple, nos permite reconocer la relevancia de la reforma constitucional y legal en materia energética en relación al derecho en comento, toda vez que impacta de manera importante a la figura misma y consecuentemente a los titulares de los derechos sobre los bienes inmuebles en donde se pretenda explorar y extraer hidrocarburos, pues los mismos estarán sujetos en primer término a lo que prevé la carta constitucional:

"*Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos*."[1654]

Segundo punto importante, es la forma como el Estado podrá realizar las actividades para la exploración, extracción y explotación de sus hidrocarburos, mismas que a partir de la

[1653] Pérez Fuentes, Gisela María y Cantoral Domínguez, Karla, *Teoría y Practica de los Derechos Reales en Estudios de Caso,* Mexico, Editorial Novum, 2014, p.100.
[1654] Op. Cit. Nota 30, párrafo VI del Artículo 27.

publicación de la reforma constitucional en esta materia,[1655] puede realizarlo mediante asignaciones o contratos con las recién transformadas Empresas Productivas del Estado, sus subsidiarias o a través de la inversión privada.

Posibilidad relevante en el sentido que dichas actividades se realizaran dentro de propiedad particular, por Empresas Productivas del Estado u otras personas de carácter privado, contratadas por el Estado que no gozan del estatus o facultades otorgadas a las figuras de derecho público, sino que ahora deberán tener una relación de igualdad. Pero al respecto, no hay que omitir señalar lo establecido en el artículo 96 la Ley de Hidrocarburos[1656]:

La industria de Hidrocarburos a que se refiere esta Ley es de utilidad pública. Procederá la constitución de servidumbres legales, o la ocupación o afectación superficial necesarias, para la realización de las actividades de la industria de Hidrocarburos, conforme a las disposiciones aplicables en los casos en los que la Nación lo requiera.

Las actividades de Exploración y Extracción se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas…

Numeral del cual se deduce la desigualdad que se propiciara en la realidad, ya que a los propietarios se les limita las alternativas de decisión en cuanto al alcance que le brinda la titularidad de sus derechos, toda vez que de considerar que el acuerdo ofrecido por las Empresas Productivas del Estado o las personas jurídico colectivas que se adjudiquen la ejecución de los trabajos de exploración y explotación de hidrocarburos, no les resulta convincente o satisfactorio, la ley establece la posibilidad de imponerles restricción a sus derechos a través de la figura denominada servidumbre legal de hidrocarburos, tal y como se observa en la redacción de la Ley (LH) la cual establece que en caso de no existir un acuerdo entre las partes, transcurridos ciento ochenta días naturales contados a partir de la fecha de recepción del escrito referido en la fracción I del artículo 101 de esta Ley, el Asignatario o Contratista podrá: Promover ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos a que se refiere el artículo109 de esta Ley (LH).[1657]

[1655] Op cit. Nota 30, Reforma publicada en el DOF el 20 de Diciembre del 2013. En donde se modifican los párrafos cuarto, sexto y octavo del artículo 25, sexto párrafo del artículo 27 y se anexa un párrafo octavo al artículo 28 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos.

[1656] Op.cit. Nota 42.

[1657] Ibídem, Artículo 106.

El presente análisis, nos permite establecer la posibilidad de que existan abusos en el ejercicio público, que atenten contra la certeza jurídica de las personas, pues la regulación en la materia, no clarifica de forma adecuada la motivación para imponer una servidumbre legal de hidrocarburos por una autoridad judicial o una administrativa. Puntos relevantes para la protección y respeto de todos los derechos y garantías constitucionales de los propietarios posiblemente afectados.

En este sentido, la servidumbre legal de hidrocarburos, prevista en la ley de hidrocarburos, aun se le debe analizar con profundidad con respecto a su propia naturaleza jurídica, y sus implicaciones a los derechos de propiedad, ya que será precisamente mediante esta figura jurídica, que las autoridades impondrán materialmente la preponderancia de la utilidad pública sobre el derecho privado.

Lo que nos debe llevar a cuestionarnos, cuáles serán las bases para proteger el equilibrio entre las partes, tomando en consideración que si bien los hidrocarburos son considerados de interés público, lo cierto es que de su exploración y explotación obtendrán beneficios directos personas ahora consideradas dentro del marco del derecho privado, y su actividad la realizaran por sobre una afectación, limitación o restricción impuesta a los derechos de otra persona también de carácter privado.

CONCLUSIONES.

Sin duda alguna, el desarrollo de la industria de energética resulta importante, pero sobre ello debe tenerse siempre presente, el imprescindible respeto que hay que reconocer a los derechos humanos, sin olvidar que este sector económico, ha sido germen de problemas económicos y sociales, a lo largo de nuestra historia post-revolucionaria. Es evidente que hoy nos encontramos ante un nuevo paradigma que nos permite vislumbrar grandes expectativas macroeconómicas, pero esto, debe percibirse como un medio para diversificar la económica del país en pro del bienestar de las personas y para financiar diferentes formas de energías alternativas compatibles con un medio ambiente sano, que a su vez permitan un desarrollo sustentable.

Finalizamos expresando que, para hacer factible que los seres humanos en general, puedan construir un futuro propicio para su bienestar, y no causar daños irreparables en perjuicio de sociedades futuras, debemos entender que los recursos naturales renovables y no renovables, deben ser utilizados para la satisfacción de esta generación, pero teniendo en cuenta que los

seres humanos del mañana también tienen derecho de disfrutar, lo que hoy nosotros indolentemente sobreexplotamos.

VI.- BIBLIOGRAFIA

Acosta Orquidal, Mari Claire, Justicia y transición democrática, Seminario Internacional sobre aplicación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en el ámbito interno, México D.F, Edit. Tribunal Superior de Justicia del D.F. 2010.

Camargo González, Ismael y Mariscal Uretra Karla E. Escasez de Agua: En busca de soluciones normativas, *Economía Informa,* núm. 374, mayo-junio 2012.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo; *Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico, e invalidez*, México, Editorial Porrúa, 2008.

Gamboa Montejano, Claudia, *"Estudio comparativo del texto anterior y el texto vigente de los artículos 25, 27 y 28 constitucionales en materia energética",* Dirección del Servicios de Investigación y Análisis de la Cámara de Diputados, México, Enero 2014

García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez Julieta, *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011), 3ra. Edición,* México, edit. Porrúa-UNAM, 2013.

García, Tania, Derecho Ambiental Mexicano, Bosch, México, 2013.

Islas Colín, Alfredo, Derecho a la Dignidad, *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales,* Año 1, No. 1, Jul-Dic. México, Edit. UJAT-Sorbonne Paris Cite-Universite Paris Nord 13, 2013.

---------- *Locuciones Latinas Jurídicas,* México, Edit. Porrúa-UJAT, 2013.

Jaramillo, Jessica, ¿Qué es el Fracking?, Ciencia UANL, Revista de Divulgación Científica y Tecnológica de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Año 17, , No. 67, Mayo-Junio 2014.

López Olvera Miguel Alejandro y Pahuamba Rosas, Baltazar, *Nuevos Paradigmas Constitucionales*, México, Edit. Espress, 2014.

Pérez Fuentes, Gisela María y Cantoral Domínguez, Karla, *Teoría y Práctica de los Derechos Reales en Estudios de Caso,* México, Editorial Novum, 2014.

Spaemann, Robert., Sobre el concepto de dignidad humana, *Persona y Derecho, revista de fundamentación de instituciones jurídicas y derechos humanos, Navarra*, Dialnet, 1998.

Valverde Soto, Max, "Principios generales de derecho internacional del medio ambiente", *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura,* México, Edit. SCJN, 2014.

LEGISLACIÓN

-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 5 de febrero de 1917, ultima reforma publicada el 10 de Julio del año 2015.

-Ley de Hidrocarburos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de Agosto del año 2014.

-Tratado de Libre Comercio de América del Norte, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de Diciembre de 1993.

PAGINAS ELECTRÓNICAS

-Organización de las Naciones Unidas: http://www.onu.org.mx/inicio_ONU_Mexico.html.

-Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/.

-Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/.
-Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión: http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2015/mar/20150305-II.pdf.
-Diario Oficial de la Federación: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011
-Secretaria de Energía del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos: http://www.energia.gob.mx/webSener/leyes_Secundarias/.
-Comisión Nacional de Hidrocarburos: http://ronda1.gob.mx/Espanol/index.html.
Secretaria de Medio Ambiente y Recursos Naturales del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos:
http://www.semarnat.gob.mx/leyes-y-normas/leyes-federales.

CAPÍTULO VII. EL DERECHO MORAL DEL AUTOR COMO DERECHO HUMANO

Yazmín Isolda Álvarez García[1658].

SUMARIO:

I. *Introducción* II. *Propiedad Intelectual.* III. *El derecho de Autor.* IV. *Derechos Humanos* V. *El derecho de autor como derecho humano.*

RESUMEN

En este trabajo se realiza un análisis doctrinario del derecho de autor y los derechos humanos, en el desarrollo se analiza la propiedad intelectual de manera general puntualizando en el derecho de autor, en la misma línea, se aborda el derecho moral del autor, prerrogativa de carácter personal, conexión directa por sus características con la teoría de la personalidad de Immanuel Kant y con el derecho de identidad. El objetivo de analizar la figura del derecho moral desde la característica de prerrogativa o privilegio personal, ligado al derecho de la personalidad, es con la finalidad de resaltar la importancia del derecho moral sobre el derecho patrimonial, ya que es de considerar el reconocimiento, como un factor relevante para el desarrollo integral de cada ser humano. Por todo lo anterior, en esta investigación se desarrolla la siguiente hipótesis, El derecho moral del autor es un derecho humano, pleno, inembargable, intransferible, inherentes, absolutos, integrales, fundados en el principio de la personalidad, resaltando características personalísimas que permiten el reconocimiento del autor, permitiendo de esta manera la manifestación de un factor relevante para el pleno desarrollo de cada ser humano como tal.

PALABRAS CLAVES: Derecho Humano, Derecho de Autor, Derecho Moral, Teoría de la personalidad, Derecho a la identidad.

ABSTRACT:

This paper presents a doctrinal analysis of copyright and human rights, intellectual property development is analyzed generally pointing in copyright, on the same line, takes the moral rights of the author, it addressed prerogative personal, direct connection features with personality theory of Immanuel Kant and the right to identity. In order to analyze the figure of moral right from the characteristic of personal privilege or prerogative, linked to the right of personality, it is in order to highlight the importance of moral rights, economic rights, and is considering recognition as relevant for the integral development of every human being factor. Given the above, this research develops the following hypothesis, the moral rights of the author is a human, full, indefeasible, transferable, inherent, absolute, comprehensive law, based on the principle of personality, highlighting the very personal characteristics that recognition of the author, thus allowing the manifestation of a relevant to the full development of every human being as such factor.

KEYWORDS: Human rights, Copyright, Moral Law, Theory of personality, right to identity.

I. INTRODUCCIÓN.

La propiedad intelectual, en el área del derecho de autor, se ha dado énfasis a las prerrogativas y privilegios de carácter patrimonial, dejando sin relevancia, o en segundo plano las prerrogativas y privilegios de carácter personal. Es claro que las personas físicas son las únicas que pueden crear obras literaria o artística, por lo tanto el autor es el único, primigenio y perpetuo titular de los derechos morales sobre las obras de su creación.

[1658] Maestra en Derecho Constitucional, Amparo y Derecho Humano, Estudiante del Doctorado en Estudios Jurídicos con orientación en Derecho Constitucional y Derechos de la Persona, incorporadas al Programa Nacional de Posgrados de Calidad del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco en la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades. De forma escolarizada, con matrícula (VIÑAMATAS PASCHKES, 2003) 141F31004.

A pesar que la Ley Federal del Derecho de Autor, en su artículo 5, está recubierta de buenas intenciones al señalar que la protección que otorga ésta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sigo fijadas en un soporte material y no solo esto sino que no requieren registro ni documento de ninguna especie para lograr el reconocimiento de estos derechos, más aun que las obras no quedan subordinadas al cumplimiento de ninguna formalidad, no es suficiente.

Es importante señalar que el derecho de autor no protege ideas, es un elemento formal obligatorio, que la obra pueda percibirse, reproducirse o comunicarse de cualquier forma, a través de una fijación, esto es que haya sido incorporada de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o de las representaciones digítales de aquellos, que en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, independientemente del mérito, destino o modo de expresión.

Desde el momento en el que colocas en una servilleta o en un pedazo de papel un dibujo, un poema, una frase, esa obra le pertenece al creador de esa obra, por el simple hecho de encontrarse plasmada en un soporte material.

Con respecto al segundo punto, el cual indica que el reconocimiento de los mencionados derechos no requiere registro ni documento de ninguna especie, insisto en que no es suficiente, ya que México es un país de leyes escritas, por lo tanto, aunque la ley señala el reconocimiento tácito de la obra por el simple hecho de existir en un soporte material, es necesario, llevar a cabo el registro de la obra ante el Registro Nacional de Derecho de Autor, a fin de adquirir certeza jurídica de nuestras obras, y obtener la debida protección ante las instituciones jurídicas federales correspondientes.

El derecho de autor, pertenece de igual forma a la segunda y tercera generación de los derechos humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos contempla en su artículo 27 párrafo segundo que todas las personas tienen derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

De igual forma en el ordenamiento nacional, dentro de su catálogo de derechos humanos, contempla los derechos de propiedad intelectual, en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al señalar "…Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción

de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora".

Por lo tanto, tanto a nivel nacional como internacional, son considerados derechos humanos los derechos de propiedad intelectual, sin embargo, en la práctica, como muchos otros derechos, son desconocidos como tales, no solo por la comunidad en general, sino por la comunidad docente e investigadora de nuestro país.

Es por todo lo anterior, que en esta investigación se desarrolla la siguiente hipótesis, El derecho moral del autor es un derecho humano, pleno, inembargable, intransferible, inherentes, absolutos, integrales, fundados en el principio de la personalidad, resaltando características personalísimas que permiten el reconocimiento del autor, permitiendo de esta manera la manifestación de un factor relevante para el pleno desarrollo de cada ser humano como tal.

El objetivo de este trabajo, es analizar la figura del derecho moral desde la característica de prerrogativa o privilegio personal, ligado al derecho de la personalidad, a fin de resaltar su importancia sobre los privilegios de carácter patrimonial, ya que el reconocimiento, es un factor relevante para el desarrollo integral de cada ser humano.

Para el desarrollo de este estudio se lleva acabo doctrina analítica, vertiente en los conceptos de ambas figuras el derecho de autor y el derecho humano, a fin de resaltar las convergencias de ambos derechos. De igual forma se analiza la naturaleza jurídica del derecho de autor, así como algunas teorías que nos hay llevado a conceptualizar el derecho de autor, en el área económica, restando importancia al derecho moral.

I. PROPIEDAD INTELECTUAL

1. Definición del Derecho de Propiedad Intelectual.

Por "Propiedad Intelectual" se entiende, en términos generales, toda creación del intelecto humano. Los derechos de propiedad intelectual protegen los intereses de los creadores al ofrecerles prerrogativas en relación con sus creaciones[1659].

Estos se dividen para su estudio en dos ramas, la propiedad industrial y la propiedad intelectual.

[1659] Gallegos Pérez, Nidia del Carmen (coord..), *Estudios de Responsabilidad Civil, T.* III: *Responsabilidad Civil por Casos de Violación a la Propiedad Intelectual,* UJAT, 2012, P. 98.

La propiedad industrial protege las invenciones y los signos distintivos, dentro de las invenciones existen las figuras de patente, modelo de utilidad, diseño y modelo industrial. En el área de los signos distintivos, se encuentra la marca, la marca colectiva, el aviso comercial, el nombre comercial y las franquicias.

La Propiedad Intelectual como tal contempla y protege el derecho de autor, los derechos conexos, las reservas de derechos y los derechos especiales.

II. EL DERECHO DE AUTOR

El derecho de autor consiste en un conjunto de normas que regulan las creaciones intelectuales aplicables al campo de la literatura, de las bellas artes y de la ciencia.[1660]

David Rangel Medina define el derecho de autor como el conjunto de prerrogativas que las leyes reconocen y confieren a los creadores de obras intelectuales exteriorizadas mediante la escritura, la imprenta, la palabra hablada, la música, el dibujo, la pintura, la escultura, el grabado, la fotocopia (sic), el cinematógrafo, la radiodifusión, la televisión, el disco, el casete, el videocasete y por cualquier otro medio de comunicación.[1661]

Miguel Ángel Mery señala que los derechos de propiedad intelectual o derechos de autor son aquellos que se le conceden a éste sobre su obra, nacidos de su labor creativa, al expresar con originalidad el fruto de su espíritu o de una colaboración intelectual en una obra artística, literaria o científica.[1662]

La Ley Federal del Derecho de Autor, define el derecho de autor como la prerrogativa que el Estado otorga a los creadores de obras[1663] artísticas y literarias, a quien se le reconoce como autor, protegiendo dichas obras desde el momento en que se fijan en un soporte material independientemente del mérito, destino o modo de expresión.[1664]

[1660] Viñamata Paschkes, Carlos, *La propiedad intelectual*, Trillas, México,

[1661] Rangel Medina, David, *Derecho de la Propiedad Intelectual e Industrial*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1991, p.88.

[1662] Emery, Miguel Angel, *Propiedad Intelectual: Ley 11.723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*, 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2001, p.2

[1663] Las obras a las que se refiere este párrafo son las siguientes: literaria, musical, con o sin letra, dramática, danza, pictórica o de dibujo, escultórica y de carácter plástico, caricatura e historieta, arquitectónica, cinematográfica y demás obras audiovisuales, programas de radio y televisión, programas de cómputo, fotografía, obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil, y de compilación, integrada por las colecciones de obras, tales como las enciclopedias, las antologías, y de obras u otros elementos como las bases de datos, siempre que dichas colecciones, por su selección o la disposición de su contenido o materias, constituyan una creación intelectual. Las demás obras que por analogía puedan considerarse obras literarias o artísticas se incluirán en la rama que les sea más afín a su naturaleza. Esto de acuerdo al artículo 13 de la LFDA.

[1664] Artículo 11 y 12 de la Ley Federal del Derecho de Autor, aprobada el 5 de diciembre de 1996, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996, última reforma publicada el 17 de marzo de 2015.

El Convenio de Berna después de declarar que el objeto del mismo convenio, es la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas, en su artículo 2.1, desarrolla un concepto más perfeccionado de los términos obras literarias y artísticas, bajo la definición de producciones en el campo literario y artístico cualquiera que sea el modo o forma de expresión; y a continuación describe a modo de ejemplo a los libros, folletos y otros escritos, las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza, las obras dramáticas o dramático musicales, las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales, con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematográfica; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la tipografía, a la arquitectura o a las ciencias[1665]

1. Fundamento Legal del Derecho de Autor.

Los fundamentos de la Propiedad Intelectual se encuentran en los aspectos constitutivos del ser humano, y ésta es inherente a la persona debiéndose por lo tanto proteger adecuadamente a los derechos intelectuales para permitir un desarrollo adecuado e integral de la persona.[1666]

Desde una perspectiva histórica, la propiedad intelectual se justifica en el hecho que el concepto de riqueza ha variado con el pasar del tiempo, en un momento histórico las personas que poseían una mayor cantidad de tierras en propiedad eran consideradas ricas, adineradas, poderosas, es por esto que la riqueza se asociaba a la propiedad de extensiones de tierra. Posteriormente, con la Revolución Industrial, el concepto de riqueza cambio, en ese momento, era considerada riqueza la posesión y propiedad de maquinaria y materiales, esto hizo que las acciones, los bonos e instrumentos financieros comerciales en el mercado de capitales adquirieran mayor relevancia y valor.

[1665] El Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, España, añade en los arts. 10 a 13 las siguientes: las historietas gráficas, tebeos o comics, así como los ensayos o bocetos y las demás obras plásticas; los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería; los programas de ordenador, y el título de una obra; y como derivadas, las traducciones y adaptaciones; las revisiones, actualizaciones y anotaciones; los compendios, resúmenes y extractos; los arreglos musicales y cualquier transformación de una obra literaria, artística o científica y las colecciones y bases de datos.

[1666] Velázquez Velásquez, Santiago, Derechos humanos y derechos de la propiedad intelectual, http://www.bioetica.org/cuadernos/bibliografia/velazquez.htm, consultada el 28 de septiembre de 2015.

En la actualidad el factor que da significado al concepto de riqueza, es la información, el conocimiento y la mente. Esto se ve reflejado en los avances tecnológicos y la innovación, representado en el mundo económico, como intangibles, valiosos para el aumento de capital y la ventaja competitiva entre empresas.

2. Origen del derecho de autor.

El derecho de autor aparece en la Italia renacentista. A finales de 1460 aparece en Italia, en Roma y en Venecia, con una unión de impresores, a los que el gobierno veneciano les otorgo, entre 1469-1517, una serie de "privilegios" relativos a los libros y a las impresiones[1667]; Así, a través de los "privilegios" en Italia, se fue conformando el derecho de autor.[1668]

En la época medieval, en un principio el autor, se mantiene el sistema de copia, que se hace si cabe más restringido con el cristianismo, hasta el punto de que "muchos libros de esta época no lleva el nombre de su autor, y es que también renunciaba a esta gloria al realizar el voto de humildad (y de pobreza). El ejemplar se reduce a un ente físico y su copia es un fin en sí mismo, no pudiéndose impedir que el poseer de uno de esos ejemplares copiados lo reproduzca a su vez.[1669]

El estatuto de la Reina Anna de Inglaterra, "Act of 8 Anna c. 19", de 10 de abril de 1710, es el primer documento legislativo, mediante el que se produce una inversión con respecto al estado anterior: el titular del monopolio será el autor, quien lo cederá al editor; también establece plazos en beneficios exclusivos del autor, y distingue entre obra inédita y obra publicada.[1670]

La protección de los derechos se dispensa mediante el copyright, el cual se establece por 14 años, en 1734, en Estados Unidos a través del Act. De 1790.

Para 1780, diez de los trece estados estadounidenses habían adoptado leyes de *copyright* que establecían que los autores gozaban de protección en virtud de un derecho natural. El parágrafo 8 de la Constitución americana concedió al Congreso la facultad de otorgar derechos monopólicos con la finalidad de "promover el progreso de las ciencia y artes útiles.[1671]

En el *copyright* vemos vestigios de la concepción del derecho de autor como derecho natural, como un derecho que le era inherente al ser humano por el simple hecho de ser persona.

[1667] Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, Editorial Porrúa, UNAM, México D. F. 2009, p. 9

[1668] Ídem.

[1669] Latorre Latorre, Virgilio, *Protección penal del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, 2da Edición, Valencia, 204, p. 26.

[1670] Ibidem, p. 28.

[1671] Becerra Ramírez, Manuel, op. cit., p. 5.

Resultan también llamativas las innumerables disputas en torno a la necesaria uniformidad internacional de la protección de las obras intelectuales, hasta nuestros días, los documentos más recientes son los convenios de Berna y París, éste último, en realidad, versa sobre Propiedad Industrial, y todos los subsiguientes que hoy se encuentran bajo la tutela jurídica de la OMPI. Los más recientes son el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT)y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o Ejecución y fonogramas (WPPT), que contienen reglas básicas que adaptan la protección internacional del derecho autor y los derechos conexos al nuevo entorno de Internet, y que han entrado en vigor en 2002.[1672]

A. Naturaleza Jurídica

Antes de iniciar el análisis de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor, resulta importante señalar que de la evolución del mismo derecho, han surgido dos tradiciones legales de la protección de los derechos de autor, mismas que hemos señalado en párrafos anteriores. El *copyright* y el derecho de autor. Ambas tradiciones legales se utilizan para proteger los trabajos literarios y artísticos, por supuesto tienen puntos comunes pero también aspectos y filosofías diferentes[1673].

El *copyright* está asociado con el mundo del *common law*, y precisamente con Inglaterra, en donde se crea y después es difundido a sus colonias y al *commonwealth* británico. El derecho de autor o *droit d'autor* esta relacionado con el sistema jurídico del derecho civil y prevalece en el continente europeo y sus antiguas colonias de América Latina, África y Asia.[1674]

Atendiendo esta particularidad, entramos al análisis de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor, la cual se explica a través de dos teorías, una teoría denominada monista y una segunda teoría denominada teoría dualista.

En los países donde se proclama el sistema del *common law*, anglosajón o angloamericano, el derecho moral no es un problema del que se deba ocupar, pues el *copyright* contiene algunas disposiciones aisladas que se puedan entender como proteccionistas del derecho moral, pero las mismas son renunciables.[1675]

[1672] Preinflak Lavagni, Ivonne, *El derecho moral del autor de programas informáticos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.12.

[1673] Berrera Ramírez, Manuel, op. cit., p. 7.

[1674] Berrera Ramírez, Manuel, op. cit., p. 7 y 8.

[1675] Vid (LACRUZ BERDEJO, 1980) entre otros Dietz, A., El Derecho de Autor en la Comunidad Europea I, Madrid, Ed. Secretaría General Técnica, Ministerio de Cultura, 1983, pp. 157-158; Antequera Parilli, R., *Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos*, ponencia presentada en el Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina:

En la teoría monista, el derecho es considerado como un derecho unitario, aunque el contenido esté integrado de manera heterogénea. La teoría dualista, es la teoría en la cual la propiedad intelectual del autor comprende dos derechos, uno de carácter patrimonial y otro de carácter moral.[1676]

Dentro de la teoría monista suele tener especial consideración las tendencias alemanas, dentro de las que se cita a Ulmer con su metáfora del árbol. Así el derecho de autor será como el tronco de un árbol nutrido por dos haces de raíces, una dará la sustancia económica, la otra, la sustancia moral, pero ambas nutren igualmente al árbol, del cual sus ramas son las diferentes facultades que el derecho tiene reconocidas.[1677]

Se argumenta que no se pueden distinguir de un modo absoluto las medidas que se dedican a la protección de los derechos patrimoniales, y aquellas que se dedican a tutelar los intereses personales del autor, pues existe una estrechísima relación entre ambas medidas.[1678]

En la teoría monista, las facultades del autor pueden dividirse en dos grupos, pero están relacionados entre sí. Se argumenta que el derecho de autor no es la suma de las facultades que se le asignan al autor, es más bien, un derecho unitario de donde fluyen dichas facultades[1679.]

Según la interpretación monística[1680], el derecho de autor se limita temporalmente en su totalidad, porque una vez que el derecho de autor se extingue, éste caduca en sus dos vertientes, tanto la patrimonial como la moral.

Según la concepción dualista, esa limitación es aplicable sólo a los derechos de explotación[1681]

Los Derechos de Autor y los Derechos Conexos desde la Perspectiva de su Gestión Colectiva, San José, 28 de agosto al 5 de setiembre de 2000, OMPI-SGAE/DA/COS/00/3, p. 17

[1676]Vid Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *Introducción a la Regulación de los Derechos de Autor*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Propiedad Intelectual: Aspectos Civiles y Penales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 13 y Baylos Carroza, H., *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Ed. Civitas, segunda edición, 1993, p. 379.

[1677] Vid Ulmer, E., *Urheber und Verlagsrecht*, Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag, tercera edición, 1980, p. 116.

[1678] Preinflak Lavagni, Ivonne, *El Derecho Moral del Autor de programas informáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 29.

[1679] ULMER considera que con toda razón la Ley de sobre Derecho de Autor y Derechos Afines de Alemania rechaza la separación de las facultades del derecho de autor, pues sostiene que está claro que las facultades deben permanecer en una mano. Vid ULMER, E., op. cit., pp. 114-116.

[1680] Un ejemplo de la concepción monista del derecho de autor, por regular de la misma manera la duración de los derechos morales y patrimoniales del autor, lo encontramos en el art. 64 de la Ley Alemana sobre Derecho de Autor y Derechos Afines de 9 de setiembre de 1965, cuando expresa que "el derecho de autor se extinguirá setenta años después de la muerte del autor."

[1681] Vid Dietz, A., *El Derecho de Autor en la Comunidad Europea I*, op. cit., pp. 156-157.

El derecho de autor como unitario o dualista, en definitiva el contenido del derecho de autor encierra tanto facultades patrimoniales como morales, las cuales corresponden al autor sobre su obra, por el sólo hecho de la creación[1682]

Las teorías que subyacen a la naturaleza jurídica lo que pretenden es definir las relaciones que se dan entre unas y otras.

En la teoría dualista, el criterio en la duración de los derechos, es diferente. Algunas facultades morales se extinguen con la muerte del autor y otras permanecen ilimitadamente[1683], mientras que los derechos de explotación tienen una duración limitada[1684].

B. Teoría de la personalidad

La teoría de la personalidad emana del pensamiento filosófico de Immanuel Kant y George Wilhelm Friedrich Hegel. En esta teoría se señala que los derechos privados de propiedad son básicos y elementales para la satisfacción de algunas necesidades humanas fundamentales.

Los derechos de propiedad intelectual pueden ser justificados, bajo el fundamento de que los artistas han expresado su voluntad en la materialización de su obra y los derechos de propiedad intelectual protegen contra la apropiación o modificación de las obras.

Otro fundamento de estos derechos surge al establecer las condiciones económicas y sociales tendientes a crear actividad intelectual, la cual, a su vez, es importante para el florecimiento humano.

Hegel, justifica los derechos de autor en voluntad y no en trabajo. Kant basaba su teoría en el derecho personal relacionado con la identidad del artista, al ubicar los derechos de los autores como de personalidad.[1685]

Para Kant, el derecho de autor se consideraba como de personalidad, en lugar de propiedad, ya que expresaba el interior del propio autor. Se trata de un derecho inherente a la propia persona. Los derechos de personalidad se definen como "el conjunto de derechos inherentes a la propia persona, que todo ordenamiento jurídico debe respetar, por constituir en definitiva manifestaciones de la dignidad de la persona en su propia esfera individual"[1686]

[1682] Vid Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Introducción a la Regulación de los Derechos de Autor*, op. cit., p. 14 y LaCruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, Ed. Bosch, T. III, Vol. 2º, 1980, p. 350.

[1683] Art. 15 del Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

[1684] Art. 26 del Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual..

[1685] Solorio Pérez, Óscar Javier, *Derecho a la Propiedad Intelectual,* Editorial Oxford, México, D. F. 2012, p.42

[1686] Idem.

La importancia de esta teoría se encuentra, en el hecho de que para que el individuo alcance un desarrollo apropiado, es decir, para ser una persona plena, necesita algún tipo de control sobre los recursos en el ambiente externo, contar con los elementos de protección adecuados sobre la materialización de su idea. La justificación de la propiedad a través de la personalidad destaca la propiedad personal en oposición a la comercial: la justificación más fuerte cuando un objeto o idea se encuentra íntimamente ligado con la identidad personal del individuo, y más débil cuando el objeto es valuado por la persona a un precio en el mercado. Lo vemos claramente con las obras artísticas de Dalí, Picasso, Mozart, Frida Kahlo, entre otros, podríamos preguntarnos, quiénes serían estas personas sin sus expresiones artísticas. Es por esto que el trabajo artístico de los autores es un derecho inherente a la personalidad del autor, por lo tanto no es alienable ni transferible.

3. Derecho Moral

El derecho moral, es derivado del derecho de autor, son las prerrogativas o los privilegios de carácter personal, este derecho se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable. El autor es el único, primigenio y perpetuo titular de los derechos morales sobre las obras de su creación, además le corresponde el ejercicio del derecho moral, y en su caso de sus herederos.[1687]

Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo de acuerdo al artículo 21 de la LFDA, determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la mantenerla inédita; exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra creada por él y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima; exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor; modificar su obra; retirar su obra del comercio, y oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad de oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación.

El Convenio de Berna “independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la

[1687] Gallegos Pérez, Nidia del Carmen (coord..), *Estudios de Responsabilidad Civil,* op. cit., p. 100.

paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación[1688].” De esta norma se deriva la regulación del derecho moral en las distintas legislaciones.

En 1956 se aprobó la “Carta del Derecho de Autor” en el Congreso de Hamburgo de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, la cual señala en el punto tres: “Ha de evitarse confundir la idea de la protección de los intereses generales, que requiere la libre difusión de la cultura y de la información, con la referente a la protección de los intereses industriales y comerciales que se derivan de la explotación de sus obras del intelecto. El interés del autor es ver sus obras divulgadas lo más extensamente posible. Protegiendo la creación intelectual en su origen es como se favorece de la manera más eficaz el desarrollo general de la cultura y su difusión en el mundo”.[1689]

Existe una ardua discusión doctrinal en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho moral de autor.[1690]

III. EL DERECHO HUMANO

1. Conceptos del Derecho Humano.

Los derechos humanos son aquellos derechos que derivados de la misma naturaleza del hombre y tendientes a permitirle la realización de sus fines y aspiraciones encuentran positivización en un orden jurídico, con el fin de dotarlos de vigencia y obligatoriedad. En esencia los derechos humanos son el producto de la búsqueda incesante, por parte del hombre, de medios para limitar la actuación del Estado sobre las personas, y su positivización en cuerpos normativos y sociales como la Organización de las Naciones Unidas, ONU y la Organización de Estado Americanos, OEA, entre otros[1691].

[1688] Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, Artículo 6 bis, inciso 1, http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283700 Consultada el 12 de octubre de 2015.

[1689] CISAC, Carta del derecho de autor: carta adoptada por la CISAC en su 19 Congreso (Hamburgo, septiembre de 1956, DOC56-3000, 22/09/1956 http://members.cisac.org/CisacPortal/initConsultDoc.do;jsessionid=1FB1B3266ED7C0EF3FF4BC0B15D43FC2?idDoc=8607

[1690] Preinflak Lavagni, Ivonne, *El derecho moral del autor de programas informáticos,* op. cit. 10.

[1691] Sepúlveda, César, México, la Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *La protección internacional de los derechos del hombre. Balances y perspectivas,* México, UNAM, 1983, pp.191 y ss.

El término "derechos humanos" encuentra en la actualidad un reconocimiento generalizado, sin embargo, comúnmente se utiliza como sinónimos, por ejemplo: derechos fundamentales, derechos individuales, derechos del hombre.[1692]

2. Fundamento Legal de los Derechos Humanos.

El 10 de diciembre de 1948, se emite la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Dicha declaración es la primera en la historia de la humanidad que al ser elaborada incluyó como fundamento la dignidad de la persona humana, y posteriormente fue aprobada con un alcance y validez universal.[1693]

Los derechos humanos, en definición estricta, fueron formulados como tales solamente a partir a de la ilustración. En este sentido, pueden considerarse una manifestación histórica, que no aparece antes ni necesariamente es compartida por todos los grupos éticos ni por las distintas culturas. La codificación de estos derechos, por otra parte, es aún más tardía y se debe a los excesos genocidas de la Segunda Guerra Mundial y a los extremos practicados a través de los conflictos del siglo XX.[1694]

El triunfo del movimiento ilustrado significó, primeramente, la estructuración de sistemas políticos y jurídicos en los que, por lo menos en el orden declarativo, se formulan derechos civiles y políticos de las personas[1695]. Ello conllevó la abolición de las divisiones de carácter estamental y la declaración de la igualdad de las personas ante la ley. Esto era entendido, en lo fundamental, como una necesidad de abstención de parte del estado, el que no debería entrometerse, en lo sucesivo, en la esfera de la autonomía personal[1696].

La ideología de la Ilustración tuvo como uno de sus ejes centrales el fortalecer al individuo frente al Estado. La visión estaba puesta sobre la esfera de la autonomía personal, se crearon límites para el Estado a fin de salvaguardar la esfera jurídica de cada individuo creando una barrera detrás de la cual el Estado no puede interferir.

[1692] Pérez Fuentes, Gisela María, "Aproximación al derecho de citas como figura conciliadora entre el derecho a la educación y el derecho de autor", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, nueva serie, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007, p.854.

[1693] Ibidem, pp.859.

[1694] Thomas Hylland Eriksen y Finn Sivert Nielsen, *A History Of Anthropology*, Londres, Pluto Press, 2001, pp. 154-156 (Culture and Society).

[1695] Cfr., Jürgen Habermas, *El Discurso Filosóico de la Modernidad*, Taurus, Buenos Aires, 1989.

[1696] Véase, Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 419.

Los derechos humanos han ocupado un lugar central en las políticas nacionales, las relaciones internacionales y la globalización debido a su proyección como valores universales y a su aceptación por parte de la mayoría de los actores.[1697]

El debate entre Universalismo y Relativismo Cultural con respecto a los derechos humanos le parece a Bostian sencillo de sintetizar en dos posiciones antagónicas con base en las propuestas de Donnelly. En primer término, los universalistas que proponen que son "los derechos que toda persona tiene simplemente por ser humanos". En contra parte, los relativistas sostienen que "los derechos dependen de la cultura a la que pertenece un ser humano". El peligro del maniqueísmo es evitado por Bonelli, quien propone que en la práctica estas dos posiciones son los extremos de un *continuum*.[1698]

3. Origen de los Derechos Humanos

En una primera etapa en el desarrollo histórico de los Derechos Humanos se encuentra el humanismo. Es importante resaltar el aporte realizado por el estoicismo griego y romano, con la precisión del concepto "derecho natural" y el desarrollo del jusnaturalismo fundamentado en la racionalidad.

En la época medieval, fue una época marcada con el dominio de las filosofías cristianas, hasta llegar a una primera positivización de los derechos humanos.

En una tercera etapa, se desarrolla la idea de la tolerancia religiosa Hobbes y Locke toman como base las ideas de "estado naturaleza", "derecho natural inspirado en la razón, "el contrato social, y afirma la existencia de reglas normativas antes de cualquier configuración política definida.[1699]

La primera positivación de los Derechos Humanos como límite a la acción gubernamental fue el Bill of Rights.

En la cuarta etapa, la presencia del Iluminismo Francés en el siglo XVIII y XIX pensadores como Rousseau y Montesquieu nutre los movimientos revolucionarios, se inician las grandes Declaraciones de Derechos y la positivación de otros tantos.

[1697] Brokmann Haro, Carlos, Antropología y derechos humanos, *Biblioteca jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM*, México, p. 61.

[1698] Ida L. Bostian, "Cultura relativism in International War Crimes Prosecutions: The International Criminal Tribunal for Rwanda", en bepress (Berkeley Electronic Press), 2005, Paper 656, pp. 4-7, en http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=3173&context=expresso, consultado en septiembre de 2015. (Brokmann Haro & Finn, 2009)

[1699] Polo, G, Luis Felipe, *Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos,* Guatemala, 2013, p.4.

En el siglo XX, una característica de la evolución es la incorporación progresiva en el plano internacional.

4. Derecho a la identidad

El derecho a la identidad consiste en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas.[1700]

Los primeros instrumentos internacionales que hablaron de este derecho, apelaron la necesidad imperiosa de que todas las personas de manera individual cuenten con un nombre que les permita distinguirse de las demás personas, así como el derecho a ser registrado en un archivo público, en México, este archivo público es el Registro Civil, en el cual al momento de registrar a un menor se expide la respectiva acta de nacimiento. En los instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño suscrita el 20 de noviembre de 1989 en Nueva York amplían el ámbito de este derecho y señalan que la identidad de la persona va más allá de lo señalado. Este derecho se extiende al derecho de pertenecer a un país adquiriendo la nacionalidad correspondiente y en forma expresa alude a las relaciones familiares.

Es necesario comprender e identificar las diversas circunstancias y elementos de carácter social, político, cultural y económico que hace que cada persona tenga determinadas características que constituyen su esencia como ser humano.

Los derechos de autor, protegen la forma de expresión de las ideas que constituyen las obras, en este punto, es de vital importancia, ya que las manifestaciones artísticas, literarias, cinematográficas, científicas son aportes significativos en el desarrollo armonioso de la sociedad y sus integrantes, transmitiendo valores e ideas que constituyen elementos forjadores de la identidad de los individuos

El derecho a la identidad, es un derecho con un rol protagónico en los derechos de autor.

IV. DERECHO DE AUTOR COMO DERECHO HUMANO.

[1700] Castellanos Hernández, Eduardo de Jesús, *El derecho a la identidad como derecho humano",* Secretaria de Gobernación, 2011, México, D. F., p. 15.

El derecho de autor, pertenece a la segunda generación de derechos humanos. El artículo 27 en el párrafo segundo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala que "toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razones de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora"[1701]. Donde se protege la propiedad intelectual como un derecho humano.

De igual forma en el ordenamiento nacional, dentro de su catálogo de derechos humanos, contempla los derechos de propiedad intelectual, en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al señalar "…Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora".

Por lo tanto, tanto a nivel nacional como internacional, son considerados derechos humanos los derechos de propiedad intelectual, sin embargo, en la práctica, como muchos otros derechos, son desconocidos como tales, no solo por la comunidad en general, sino por la comunidad docente e investigadora de nuestro país.

Como hemos leído en desarrollo de este artículo, los derechos de autor cuentan con el fundamento teórico elemental para ser considerados derechos humanos, en especial los derechos morales, puesto que estos encuentran su convergencia en los elementos y características de los derechos humanos.

La teoría de la personalidad de Immanuel Kant, vemos claramente la relación directa que existe entre la realización plena de los seres humanos y la expresión artística, literaria o cultural. De igual forma, podemos ubicar la relación de los derechos de autor con el derecho de identidad. Es necesario ubicar y comprender esta relación, ya que la identidad de una persona, no solo es el hecho de tener un nombre, una nacionalidad, y el reconocimiento del Estado, sino son todos los elementos que conforman la personalidad del individuo que lo hace totalmente diferente a los demás.

Se ha demostrado que las expresiones artísticas, literarias y culturales, en un país demuestran el grado de cultura y de crecimiento intelectual en sus ciudadanos, haciéndolos mejores personas.

[1701] ONU, http://www.un.org/es/documents/udhr/ Consultado en la red el 30 de septiembre de 2015.

Es por esto, que es necesario motivar las actividades artísticas, literarias, culturales. Para que esto se pueda lograr es ineludible difundir información correspondiente al derecho de autor, a fin de que la comunidad, sepa y haga uso de este derecho, como lo ha hecho con los demás paulatinamente.

La educación respecto al respeto de los derechos de autor juega un papel importante, mientras no exista el debido respeto, es necesario, recurrir a la protección de los derechos a través de los organismos correspondientes, para lograr una certeza jurídica respecto de las obras creadas, a fin de poder hacerlas valer de manera más eficiente y eficaz ante las autoridades.

La difusión, el respeto, el reconocimiento y la protección se deben iniciar en las aulas, respetando el trabajo de los profesores y los alumnos en cada institución educativa, no importa el nivel educativo.

BIBLIOGRAFÍA

ANTEQUERA PARILLI, R. (2000). Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. San José: OMPI-SGAE/DA/COS/00/3.

BAYLOS CARROZA, H. (1993). Tratado de Derecho Industrial. Madrid, España: Civitas.

BECERRA RAMIREZ, M. (2009). La Propiedad Intelectual en Transformación. México, D. F.: Porrúa-UNAM.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (1995). Introducción a la Regulación de los Derechos de Autor. Madrid, España: Cuadernos de Derecho Judicial.

BROKMANN HARO Haro, C., & SIVERT NIELSEN, F. (2009). Antropología y Derechos Humanos. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos(12), 55-76.

CASTELLANOS HERNANDEZ, E. d. (2011). El derecho a la identidad como derecho humano. México D. F.: Secretaria de Gobernación.

CISAC, Carta del Derecho de Autor. (22 de Septiembre de 1956). Obtenido de http://members.cisac.org/CisacPortal/initConsultDoc.do;jsessionid=1FB1B3266ED7C0EF3FF4BC0B15D43FC2?idDoc=8607

CONFEDERACION INTERNACIONAL DE SOCIEDADES DE AUTORES Y COMPOSITORES. (22 de Septiembre de 1956). CARTA DEL DERECHO DE AUTOR. Recuperado el 30 de Septiembre de 2015, de http://members.cisac.org/CisacPortal/initConsultDoc.do;jsessionid=1FB1B3266ED7C0EF3FF4BC0B15D43FC2?idDoc=8607

CONVENIO DE BERNA PARA LA PROTECCIÓN DE OBRAS LITERARIAS Y ARTISTICAS. (s.f.). Obtenido de WIPO: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283700

DIETZ, A. (1983). El derecho de autor en la comunidad europea I. Madrid España: Secretaría General Tecnica, Ministerio de Cultura.

EMERY, M. A. (2001). Propiedad Intelectual: Ley 11.723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales (1ra reimpresión ed.). Buenos Aires: Astrea.

GUTIERREZ PÉREZ, G. M. (2012). Responsabilidad Civil por casos de violación a la propiedad intelectual. En N. d. GALLEGOS PÉREZ, Estudios de Responsabilidad Civil (págs. 97-108). Villahermosa, Tabasco: UJAT.

HILLAND ERIKSEN, T., & SIVERT NIELSEN, F. (2001). A history of anthropology. Londres: Pluto Press.

IDA L., Bostian;. (2005). Cultura relativism in International War Crimes Prosecutions: The International Criminal Tribunal for Rwanda. Recuperado el 28 de Septiembre de 2015, de http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=3173&context=expresso

LACRUZ BERDEJO, J. (1980). Elementos de Derecho Civil. Barcelona: Ed. Bosch.

LATORRE LATORRE, V. (2014). Protección penal del derecho de autor (2da. ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
Ley Federal del Derecho de Autor. (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996). México, D. F. .
ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (10 de Diciembre de 1948). ONU. Recuperado el 30 de Septiembre de 2015, de http://un.org/es/documents/udhr/
PÉREZ FUENTES, G. M. (Septiembre-diciembre de 2007). Aproximación al derecho de citas como figura conciliadora entre el derecho a la educación y el derecho de autor. Boletín Mexicano de Derecho Comparado(20), 853-879.
POLO G., L. F. (2013). Fundamentos filósoficos de los Derechos Humanos. Recuperado el 28 de septiembre de 2015, de https://observatorioantropologicoddhh.wordpress.com/2012/02/12/fundamentos-filosoficos-de-los-derechos-humanos/
PREINFALK LAVAGNI, I. (2010). El Derecho MOral del Autor de Programas Informáticos. Valencia: Tirant lo Blanch.
RANGEL MEDINA, D. (1991). Derecho de la Propiedad Intelectual e Industrial. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. (1996). Ley de Propiedad Intelectual. Madrid, España.
SEPULVEDA, C. (1983). La protección internacional de los derechos del hombre. Balances y perspectivas. México: UNAM.
SOLORIO PÉREZ, O. J. (2012). Derecho a la Propiedad Intelectual. México, D. F.: Oxford.
HYLLAND, T., & SIVERT, F. (2001). A History Of Anthropology. Londres: Pluto Press.
ULMER, E. (1980). Urheber und Verlagsrecht. New York: s.
VELÁZQUEZ VELÁSQUEZ, S. (s.f.). Derechos humanos y derechos de la propiedad intelectual. Recuperado el 28 de Septiembre de 2015, de http://www.bioetica.org/cuadernos/bibliografia/velazquez.htm
VIÑAMATAS PASCHKES, C. (2003). La propiedad Intelectual. México: Trillas.

CAPÍTULO VIII. LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURIDAD PARA UN ESTADO DE DERECHOS HUMANOS[1702]

Joaquín Ordóñez Sedeño[1703]

SUMARIO:

Introducción; a) Democracia deliberativa: un buen inicio; b) La escasa participación ciudadana, ¿impacta en la inseguridad pública mexicana?; c) Más allá del Estado Constitucional: Estado de derechos humanos; Conclusiones; Bibliografía.

RESUMEN.

Como un efecto de los recientes fenómenos de inseguridad en México, el Estado constitucional mexicano está siendo rebasado, por lo que es necesario sustentar nuevos parámetros que lo conviertan en un verdadero Estado de constitucional de derechos humanos; para ello es necesario considerar los postulados principales de la democracia deliberativa que indefectiblemente implican a la participación ciudadana, a la intervención de la sociedad civil en asuntos de toma de decisiones estatales y de políticas públicas en materia de seguridad. Para ello es también necesario respetar y adoptar ciertos parámetros mínimos como son la promoción de la discusión pública, el establecimiento de mecanismos para evitar el abuso y la tiranía, la revisión de los derechos fundamentales, la garantía de la libertad general, la protección al desarrollo humano y la cultura política.

PALABRAS CLAVE: Democracia deliberativa, participación ciudadana, políticas públicas, seguridad social, estado constitucional, derechos humanos.

ABSTRACT.

As an effect of the recent phenomena of insecurity in Mexico, the Mexican constitutional State is being exceeded, it is necessary to support new parameters that convert it into a real state of constitutional rights; for this purpose, it is necessary to consider the main postulates of deliberative democracy which inevitably involving citizen participation, to the involvement of civil society in State decision-making and public policy issues in security. For this purpose, it is also necessary to respect and adopt certain minimum parameters such as promotion of public discussion, the establishment of mechanisms to prevent abuse and tyranny, the review of fundamental rights, the guarantee of the general freedom, protection to human development and political culture.

KEYWORDS: Deliberative democracy, participation citizen, public policy, social security, constitutional State, human rights.

INTRODUCCIÓN.

Se habla en el discurso oficial de que en México se goza de un Estado constitucional, aquel que se ajusta a los principios y cánones establecidos en el texto fundamental, pero se pone en duda derivado de los fenómenos sociales ocurridos en los últimos años, relacionados con la seguridad pública y el crimen organizado; sin embargo, por diversas razones (que incluyen los datos duros de los eventos de inseguridad) se ha dicho que nuestro Estado constitucional no lo

[1702] Forma parte de un proyecto de investigación con registro en CONACYT bajo la responsabilidad del cuerpo académico consolidado "Estudios Constitucionales" de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

[1703] Doctor en Derecho, profesor e investigador de tiempo completo, miembro del cuerpo académico consolidado "Estudios Constitucionales" y del Sistema Nacional de Investigadores nivel C. Institución: Facultad de Derecho/UAEMex. Correo electrónico: joaquin.o@me.com. Mesa de trabajo: Derechos Humanos

es tanto, por lo que ahora se requiere realizar un revisión acerca del mismo para proponer una nueva concepción, la cual versa sobre un Estado de derechos humanos. Las políticas públicas de seguridad no solamente deben ser revisadas, sino que es necesario agregarles un elemento de suma importancia en su manufactura: la intervención del sector humano del Estado, es decir, de la población, traducida en ciudadanía, en sujetos activos y en sociedad civil, con la finalidad de que tengan una participación en la revisión e implementación de esas políticas.

Ante ello, la democracia es un aspecto importante, ya que es un forma de gobierno que se encuentra vigente en México por mandato constitucional, pero no es solamente eso, sino que también es una forma de vida que debe incidir en muchos de los aspectos no solamente de la vida cotidiana del ciudadano, sino también de su vida relacionada con la actividad política o aquella inherente a lo público, aquí es donde debe entrar en acción la democracia deliberativa, como uno de los instrumentos de la acción social más básicos que se tienen para la solución de problemas de la propia sociedad. Implica la discusión, análisis y argumentación respecto a las decisiones públicas tomadas por el sector gubernamental, es decir, respecto a las políticas públicas.

Un Estado no lo será de derechos humanos si no se respetan y se practican ciertos parámetros básicos e indispensables, entre los cuales se encuentran los postulados de la democracia deliberativa que implican una robusta participación ciudadana en las políticas públicas de seguridad. Para ello, el mejor inicio de la discusión y de la solución al problema plantado lo es ese aspecto deliberativo de la democracia para erradicar la escasa e ineficiente participación ciudadana que probablemente impacte en la inseguridad pública en México. El planteamiento principal en la presente ponencia lo es el de un Estado no solamente constitucional, sino de derechos humanos, en el que se tenga la posibilidad (e incluso la obligación) de que los ciudadanos sean partícipes discursivos en la toma de decisiones y adopción de las políticas públicas relacionadas con la inseguridad. Con lo cual se estaría ante un Estado más que constitucional, sería un Estado constitucional de derechos humanos.

a) Democracia deliberativa: un buen inicio.

La democracia es uno de los instrumentos con los que cuenta el ser humano para poder tomar decisiones de carácter público, las cuales trascienden siempre hasta la comunidad general,

parten desde la posición gubernamental y trazan un derrotero cuyo fin es la vida política, social y jurídica de un Estado. Se trata de una idea que, aunque vieja (recordemos el uso político que se le daba a la democracia en la antigua Grecia) sigue gozando de ciertas categorías que la hacen de actualidad; uno de los factores que logran lo anterior, lo es el hecho de que (a pesar de las múltiples críticas que se le hacen) sigue siendo el mejor sistema para poder formar gobiernos y para esa toma de decisiones colectivas, y más aún: sigue siendo el mejor instrumento con el que cuenta el ciudadano y el gobernante para abonar a la gobernanza en un Estado constitucional y, eventualmente, como se expondrá en este documento, de un Estado de derechos humanos. En efecto, la democracia como teoría y como práctica incide de forma innegable en el ejercicio –bueno, malo, correcto o incorrecto- del poder público y en la práctica real de la función de gobernar, a través, desde luego, de las políticas públicas que sean el medio creado por los detentadores del poder estatal para lograr de la mejor manera el objetivo de los gobiernos: proporcionar una situación de bienestar y –en última instancia- de felicidad al elemento humano del Estado: el pueblo.

No obstante, también es necesario tener en cuenta que la democracia ha sufrido múltiples mutaciones, desde aquella en la que se verificaba en el foro griego la participación de las personas para la toma de decisiones colectivas, hasta las nuevas tendencias que han considerado que la democracia permea no solamente en la forma de gobierno o en las estructuras jurídicas[1704] sino también en la forma de vida; y esta aseveración (desde el punto de vita doctrinal aunque jurídicamente se trata de un mandato) ha provocado que se pueda hablar de la democracia e incluso analizarla, desde diversas aristas: económica, educacional, social, etc., lo cual no hace otra cosa sino complicar más aún ese instrumento que en sus inicios era más puro en su contenido teorético y más preciso en su praxis cotidiana. De esa manera llegamos a la conclusión de que para abordar el aspecto democrático en un Estado constitucional en términos de la gobernanza y de las políticas públicas es necesario hacerlo desde su aspecto deliberativo.

Así, los prolegómenos de la democracia representativa entran en escena como un factor de contraste para sustentar la característica de deliberativa: se trata de la ficción de la representación versus la perceptibilidad de la expresión y discusión directa de las ideas, opiniones, decisiones, etc., que van a ser un soporte para el ejercicio político estatal. El

[1704] Ya lo expresa nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo tercero.

principio se erige de forma clara, ya que los obstáculos con los que se encuentra el ejercicio del gobierno –más aún, del buen gobierno- son determinantes para el resultado del mismo y dependen de la forma en la que se toman esas decisiones. Concretamente, es posible que las decisiones y discusiones sobre aspectos públicos solucionen mejor (o simplemente solucionen) los problemas sociales que aquejan a las personas en un Estado constitucional, ya que la deliberación pública le otorga legitimidad a las decisiones cuando son adoptadas por la ciudadanía en un ejercicio político y social de discusión racional, imparcial y abierta. Para fundamentar lo anterior es necesario considerar lo analizado por Habermas,[1705] pues considera que

> La noción de democracia deliberativa está enraizada en el ideal intuitivo de una asociación democrática en la que la justificación de los términos y condiciones de la asociación tienen lugar a través de la argumentación y del razonamiento público entre ciudadanos iguales. En tal orden los ciudadanos comparten el compromiso de resolver los problemas de elección colectiva mediante el razonamiento público y tienen sus instituciones básicas por legítimas en la medida en que éstas establecen un marco para la deliberación pública libre.

Son dos los factores importantes en la noción y análisis de la democracia deliberativa, por un lado se encuentra la argumentación y el razonamiento y por el otro se encuentran los ciudadanos iguales. Se debe partir de ahí para una idea cabal de ese aspecto de la democracia que si bien es poco explorado es también sumamente importante para el desarrollo de un Estado, de sus derechos humanos y de sus políticas públicas. La argumentación cobra especial importancia en el pensamiento de Habermas, ya que le da el suficiente peso e importancia como para que se erija en una categoría superlativa de su teoría de la acción comunicativa, de acuerdo al autor, la comunicación entre seres iguales no puede ser posible sin el elemento –comunicativo también- de la argumentación; por ello es necesario que en un acto de deliberación inmerso en la democracia encontremos aspectos argumentativos. No sería posible pensar en una deliberación (que se aproxima lo suficiente a la discusión de ideas, a la reflexión de propuestas y al análisis de problemáticas) sin la debida argumentación de los sujetos comunicantes ni de aquellos inmersos en los problemas que son objeto de discusión. Por otro lado se encuentra el razonamiento público, al que se le da también la importancia adecuada para que sea un elemento precisamente de lo público, considerado como una generalidad que

[1705] Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, 4ª Edición, editorial Trotta; 2005, p. 381.

también está involucrada en los problemas de la sociedad y del Estado en el que viven; compuesto de una diversidad de razonamientos individuales y hasta cierto punto aislados, que cada uno de ellos sustenta una postura producto de cada raciocinio particular y de cada situación específica vivida por el sujeto que la sustenta, y que, eventualmente, cobra vida en una homogeneización de razonamientos fundidos en uno solo[1706] para poderlo elevar a la categoría de decisión pública, la cual es materia prima de la teoría de la democracia.

No menos importante es el otro factor, el de la ciudadanía igual, ya que esa argumentación y ese razonamiento público deben ser producidos entre ciudadanos iguales, no desiguales; lo anterior es de suma importancia ya que se puede contrastar con los postulados de la teoría de la democracia, en especial con aquel que sostiene la igualdad de todos para poder emitir una decisión de tipo público, es decir, la igualdad decretada por la democracia sin que sea revisable aquella de facto que existe en la masa de ciudadanos debido a factores objetivos y tangibles[1707] y que en ciertas circunstancias pudiera ser importante y revisable pero que tratándose de la democracia deliberativa no lo es tanto.

Ahora bien, las instituciones básicas son legítimas si y sólo si establecen un marco para la deliberación pública libre, ya que no basta con que la teoría de la democracia (deliberativa) nos presente una serie de opciones viables para la correcta y adecuada toma de decisiones al interior de un Estado, sino que además es preciso que el propio ente estatal prevea la instauración de los mecanismos e instrumentos reales y factibles para que eso sea una realidad. No basta con tener a una ciudadanía dispuesta y capacitada para emitir argumentos y razonamientos de calidad pública que resuelvan –o que analicen los problemas que los aquejan, sino que también es necesario que esas manifestaciones sean producto del razonamiento, la discusión y la argumentación para que sean canalizadas debida y adecuadamente –sin trabas-, que logren su finalidad y cumplan sus cometidos públicos.

Es precisamente por lo anterior que el autor manifiesta que *la teoría del discurso cuenta con la intersubjetividad de orden superior que representan los procesos de*

[1706] A través, desde luego, de mecanismos apropiados para ello, Vgr. los procedimientos democráticos electorales, los cuales funcionan de una manera más o menos similar en diferentes sociedades y que tienen como meta la de hacer posible y materializable la colocación y posterior formación de los gobiernos necesarios para controlar y regular los destinos de un Estado.

[1707] Vgr., la posición económica, el nivel de estudios, el coeficiente intelectual, el color de piel, las creencias religiosas, etc., factores que han sido erradicados por la teoría de la democracia igualitaria, aquella que presenta al voto universal como un efecto del voto sensitivo y aquel que también es llamado de calidad, que causó estragos en las incipientes sociedades que utilizaban el voto como un medio para la toma de decisiones estatales.

entendimiento que se efectúan a través de los procedimientos democráticos o en la red de comunicación de los espacios públicos políticos,[1708] y es entonces cuando el aspecto deliberativo de la democracia cobra una manifiesta importancia en el aspecto decisional de la *res publica*. En efecto, en una democracia lo importante es la participación de los ciudadanos y la expresión de su voluntad en la conformación del gobierno; pero no sólo eso, sino que también es de suma importancia que el ciudadano se vea involucrado en la actividad de los que detentan el poder público con la finalidad de vigilarla, supervisarla e, incluso, regularla, y también debe involucrarse en la ideología de aquellos que pretenden asumir algún cargo de elección popular; lo anterior conlleva un requisito insoslayable: el conocimiento que el ciudadano tenga respecto a la actividad gubernamental que va a supervisar o de la plataforma política que algún candidato está sosteniendo en su campaña; es decir, el elector necesita conocer la actividad y la ideología de quien es -y de quien pretende ser- una figura pública.

Para ese conocimiento hay muchas alternativas que el propio ciudadano puede aprovechar, como son: los instrumentos legales que en materia de petición y de transparencia existen en el sistema jurídico mexicano, la asistencia a las campañas electorales, la atención a los medios de comunicación y, desde luego, presenciar los debates, todo ello haría que el ciudadano estuviera informado y en aptitud de emitir un voto libre y razonado.

Con los debates se puede presenciar la confrontación de planes, programas, ideas, sentimientos y propuestas de quienes aspiran a un cargo público y todo en un formato en el que todos los aspirantes se encuentran reunidos en un mismo sitio y se comunican[1709] entre ellos sin intermediación de ningún tipo y bajo las reglas de temporalidad y formalidad establecidas, lo que produce la valiosa posibilidad –quizá irrepetible- de que se aclaren, demuestren y/o fundamenten todo tipo de argumentos, ideologías, posturas, acusaciones, etc., con el consecuente beneficio de que el ciudadano obtenga mayor información y pueda generar un mejor criterio que le servirá al momento de decidir la orientación de su voto.

Antes ya se dejó establecida la importancia de que las instituciones establezcan un marco para la deliberación política libre, so pena de ser consideradas ilegítimas (factor importante en un Estado de derechos humanos), y en la historia democrática de nuestro país ya se ha puesto a prueba el grado de compromiso democrático de los medios de comunicación,

[1708] Ibidem, p. 375
[1709] Argumentan, razonan, discuten, en una palabra: deliberan.

como un ejemplo de los instrumentos y medios que el Estado mexicano tiene a su alcance para hacer realidad una democracia deliberativa.[1710] Se trata, desde luego, de un obstáculo a la consolidación democrática en México, ralentizar la construcción de una ciudadanía informada y hacer depender el derecho a presenciar un debate por cuestiones de política comunicativa; por ello, los medios de comunicación son un instrumento importante para la democracia deliberativa. En palabras de Habermas:[1711]

> El desarrollo y consolidación de una política deliberativa, la teoría del discurso los hace depender, no de una ciudadanía colectivamente capaz de acción, sino de la institucionalización de los correspondientes procedimientos y presupuestos comunicativos, así como de la interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente.

Pero la política y la democracia deliberativas no pueden ser posibles sin un basamento real consistente en el cumplimiento de los valores involucrados en la teoría de la democracia, como son libertad, igualdad e incluso fraternidad; el valor involucrado directamente con el tema de democracia deliberativa lo es el de igualdad; de ahí surge la característica indispensable del elemento poblacional del Estado, es decir, la ciudadanía igualitaria, los ciudadanos iguales, lo cual constituye un buen inicio para la comprensión y concepción de un estado de derechos humanos, tal como se expondrá más adelante. El tema se complica por las obvias connotaciones que el término provoca, y más estando contrastado con el de ciudadanía y el de democracia. A pesar de que se trata de uno de los principios de la democracia, existe la dificultad creciente para tener una cabal comprensión de la misma, ya que puede llegar a generar mayores dudas de las iniciales. Al respecto, han existido algunos doctrinarios[1712] que se han planteado lo anterior de una manera pertinente:

> La cuestión central para el análisis ético de la igualdad es 1) ¿Por qué la igualdad? y 2) ¿igualdad de que? Las dos preguntas son distintas pero completamente interdependientes. No podemos empezar a defender o criticar la igualdad sin conocer de qué cosa estamos hablando, es decir, de igualdad en qué rasgos (por ejemplo, ingresos, riquezas, oportunidades, resultados, libertades, derechos) (…) toda teoría normativa del orden social que ha soportado la prueba

[1710] Específicamente de los titulares de las concesiones, ya que para la elección federal del año 2012 no todos los concesionarios aceptaron transmitir el debate entre los candidatos presidenciales, lo que evitó que la información y el conocimiento generado en el mismo llegara a la conciencia de muchos ciudadanos mexicanos.
[1711] Ibidem, p. 374
[1712] Sen, Amartya, *Inequality Reexamined*, Nueva York, Harvard University Press, 1992, p. 12.

del tiempo parece demandar igualdad de algo –algo que es contemplado como particularmente importante en cada teoría- (…) la igualdad en algún terreno parece ser demandada incluso por aquellos que son típicamente vistos como críticos de la "defensa de la igualdad" o de la "justicia distributiva" (…) En cada teoría la igualdad es pretendida en algún terreno –un terreno al que se le adjudica un papel central en esta teoría-.

Y la teoría de la democracia no es la excepción, ya que al considerar que como presupuesto categorial está contenida la igualdad en la democracia, no es difícil concluir con ese planteamiento: la democracia, como teoría social, exige igualdad en la toma de decisiones respecto a una problemática social que afecta a toda la comunidad o a gran parte de ella. Pero la toma de decisiones no es un factor aislado que se debe considerar en la práctica democrática cotidiana, sino que *a priori* se debe realizar un trabajo de discusión, crítica y análisis propositivo respecto al contenido de la problemática social a resolver, desde un punto de vista plural[1713] para que a partir de ahí los sujetos decisores puedan estar en las condiciones argumentativas y racionales de poder decidir. El producto de la deliberación no es otra cosa que una decisión razonada, analizada y revisada, que se traduce en la manifestación de una voluntad general, surgida directamente de las voluntades individuales gracias a un mecanismo o instrumento de recolección y sistematización de esas voluntades:

…la voluntad del pueblo significa, prácticamente, la voluntad de la porción más numerosa o más activa del pueblo; de la mayoría o de aquellos que logran hacerse aceptar como tal; el pueblo, por consiguiente, puede desear oprimir a una parte de sí mismo, y las precauciones son tan útiles contra esto como contra cualquier abuso de Poder (…) y en especulación política se incluye ya la "tiranía de la mayoría" entre los males contra los cuales debe ponerse en guardia la sociedad.[1714]

El concepto de mayoría supone un aspecto cuantitativo, interpretado a través de ciertos parámetros estatales para poderlos considerar como una decisión democrática, una determinación del mayor número de los integrantes de una sociedad. Por ello, la ley debe tener claridad en los procedimientos para otorgarle precisión a sus resultados, lo cual se traduce en una eficiencia de la función estatal y de las decisiones tomadas por el pueblo a través de instrumentos de deliberación. La accesibilidad y la inteligibilidad de la ley es otro de los

[1713] Lo que conlleva, desde luego, una discusión multivariada derivada de las diversas posturas que cada persona puede sostener y que va en proporción directa con su pre-conocimiento de la realidad social y democrática y con su experiencia personal respecto a su participación dentro del aparato estatal. A lo anterior se le ha llamado diversidad, en la cual se basan las nuevas posturas relativas a la tolerancia y a la posibilidad de expresar las ideas de forma libre, a pesar de no existir acuerdo sobre su contenido, sin mayor límite que los derechos ajenos.
[1714] Mill , John Stuart, *Sobre la libertad*; Madrid, Alianza Editorial, 1859, p. 59.

factores necesarios para lograr la deliberación de los miembros en una sociedad, ya que no es posible que se sigan los procedimientos o mecanismos de recolección de las voluntades si no se comprenden a cabalidad los mismos. Cuando la ley protege lo anterior y cuando garantiza también la adecuada aplicación de las normas fundamentales –llámese derechos humanos- está siendo acorde con una ideología democrática y lo que resta es hacerlo a través de una práctica de discusión, análisis y reflexión.

Por otro lado, el ciudadano es el sujeto que realiza de manera individualizada la decisión, es el que integra y forma parte de una determinación colectiva, es el infinitesimal elemento –pero indispensable- en la *res publica*, es el que en conjunto con sus pares (no olvidando el concepto de ciudadano igual) le da forma al Estado y a su estructura en un ejercicio democrático. A la pregunta de ¿Para qué una democracia deliberativa? La respuesta surge de lo indispensable que es la discusión de las ideas, de las posturas y de las propuestas de carácter público; la premisa fundamental a lo anterior lo es el hecho de que esas decisiones derivadas e interpretadas como voluntad general, afectan también a quienes no discutieron o a quienes no expresaron su voluntad o su decisión individualizada, inciden esas decisiones a pesar de que el actor –llámese ciudadano- no esté involucrado[1715] en esa toma de decisiones y en ese ejercicio democrático. De ahí surge la importancia de deliberar, de discutir y criticar los aspectos que inciden en el propio beneficio o perjuicio de quienes forman parte de la sociedad. Así las cosas, el sujeto es un actor que tiene la capacidad de inmiscuirse en los asuntos de Estado y provocar una variación en ellos:

> El sujeto integra identidad y técnicas, construyéndose como actor capaz de modificar su medio ambiente y de hacer de sus experiencias de vida pruebas de su libertad. El sujeto no es la conciencia de sí y menos aún la identificación del individuo con un principio universal como la razón o Dios. Es un trabajo, jamás acabado, jamás logrado, para unir lo que tiende a separarse. En la medida que el sujeto se crea, el actor social está centrado en sí mismo y ya no en la sociedad; es definido por su libertad y ya no por sus roles. El sujeto es un principio moral en ruptura con la moral del deber que asocia la virtud con el cumplimiento de un rol social. El individuo se convierte en sujeto, no cuando se identifica con la voluntad general y cuando es el héroe de una comunidad, sino, al contrario, cuando se libera de las normas sociales del *deber de Estado*…[1716]

[1715] Ya sea intencionalmente, es decir, por apatía, o porque se encuentra con obstáculos derivados de la falta de mecanismos administrados por las instituciones estatales o por la existencia ineficiente de los mismos; esto atiende, según quedó establecido, a la legitimidad de las instituciones.
[1716] Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 182-183.

El sujeto es la evolución del individuo, desde el punto de vista de la democracia deliberativa, es quien discute, cuestiona, razona, todo ello en escenarios públicos en los cuales puede hacerse oír y puede hacer llegar su voz y sus ideas a las mentes y las consciencias de los otros sujetos que forman parte de la sociedad. Es una amalgama que se genera entre el Estado y los integrantes humanos del mismo, con una voz y razón suficientes para provocar verdaderos cambios en la sociedad; suficientes también para colmar los vacíos de actuación que ha dejado el Estado en su actuar y que han perjudicado seriamente a la comunidad y a la sociedad. Una prueba de lo anterior lo es el problema de la inseguridad que aqueja de manera alarmante a la sociedad mexicana y que amenaza con ser el principio de aquello que los críticos han llamado Estado fallido. Por ello, la democracia deliberativa es un buen inicio para iniciar el abordaje de esos problemas políticos y sociales.

b) La escasa participación ciudadana, ¿impacta en la inseguridad pública mexicana?

El planteamiento es el siguiente: ¿existe alguna relación entre la intensidad de la participación ciudadana en los asuntos públicos en México y su inseguridad pública? para contestar lo anterior tenemos que atender a la concepción de participación y su realidad en México; un clásico[1717] decía que

> Participando en las legislaciones es como el norteamericano aprende a conocer las leyes; gobernando es como se instruye sobre las formas de gobierno. La gran obra de la sociedad se realiza cada día ante sus ojos, y por decirlo así, en sus manos […] son, al contrario, los hábitos de la vida pública los que los norteamericanos trasladan casi siempre a la vida privada.

La práctica del gobierno se lleva al campo del conocimiento, el ciudadano conoce al gobierno con la práctica de las actividades inherentes al mismo, el ciudadano no solamente lo conoce, lo comprende, e incluso, lo puede modificar, es posible que cambie los derroteros de las prácticas del gobierno, que modifique las políticas públicas. Es así como el ciudadano[1718] se hace presente y provoca verdaderos cambios en la estructura del gobierno y en los efectos de sus decisiones, participando y practicando el gobierno.

[1717] Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, FCE, 1998, pp. 301-302.
[1718] Sujeto, de acuerdo con Alain Touraine, op. cit.

El autor mencionado[1719] se plantea la hipótesis de que el país más democrático es aquel en el que los hombres han perfeccionado lo que él llama un arte: seguir en común el objeto de sus deseos; y, sigue diciendo que muchos ciudadanos han aplicado el mayor número de objetos a ese arte. El autor lo lleva al extremo de incluso llamarlo arte, lo que nos demuestra la relevancia de su práctica, y habla de que asociarse también incide en la práctica de perfección implicada en el arte: plantea como una necesidad que el arte de asociarse se desarrolle entre los ciudadanos y se perfeccione en la misma proporción en que la igualdad de condiciones aumenta.

En el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de obligaciones, políticos ambos, el elemento fundamental es la participación del ciudadano como parte integrante de la sociedad. Participar significa *tomar parte, compartir*, y generalmente implica un acto social. La participación ciudadana surge para fortalecer al Estado democrático y también al de derechos humanos, y más allá del sufragio o de la estricta actividad de organizar y vigilar elecciones estatales para la colocación de una persona que sea quien detente el poder público, se establece para controlar el ejercicio del poder. Otro elemento importante es la voluntad individual de participar, es la intención de formar parte e involucrarse en las actividades de carácter estrictamente público y de poder así estar inmiscuido en las decisiones y determinaciones que se toman (las cuales irremediablemente afectan a una comunidad o a la sociedad en la que se presenta el fenómeno); en realidad se trata de un beneficio que tienen los ciudadanos, ya que al tener ellos las herramientas o los medios para poder involucrarse en la actividad estatal y pública, ellos mismos se pueden erigir en verdaderos ejercitadores del poder.[1720] De forma implícita, la participación ciudadana tiene como característica la posibilidad de que se realice un intercambio de posiciones, ideología, puntos de vista, etc., así como la posibilidad de cooperación, convivencia y responsabilidad compartidas entre sociedad y gobierno cuando de decisiones trascendentales se trate.[1721]

En virtud de encontrarnos inmersos en una sociedad republicana, por virtud de lo establecido en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde la cosa pública significa precisamente los asuntos que atañen al pueblo, entonces ese

[1719] Tocqueville, Alexis de, op. cit.
[1720] Aunque de acuerdo a la teoría política de la representación ese ejercicio sea indirecto y delegado por el titular del mismo a un representante, el cual, por virtud del ejercicio republicano, lo detenta y ejerce de manera temporal.
[1721] Vgr., las de seguridad pública.

pueblo formado por individuos y más específicamente por ciudadanos, tiene derecho (¿obligación?) de participar de manera directa –e indirecta- en los asuntos públicos. Por ello, se debe instituir la participación de los ciudadanos como directriz de las acciones de gobierno, lo cual implica necesariamente la implantación incluso de una nueva ideología y *modus vivendi* que impulse la colaboración pro-activa de los ciudadanos. Como se verá, son tres los aspectos[1722] obligatorios para la participación ciudadana óptima en relación a la vida de un Estado: a) Trabajo voluntario; b) Organización común; y c) Cooperación.

No debe pasarse por alto que la participación ciudadana incluye aspectos como el ejercicio del voto, las campañas políticas, las actividades comunitarias y el conocimiento informado en caso de un conflicto en este aspecto. En efecto, la participación ciudadana es la pareja indispensable de la representación política, ambas se necesitan mutuamente para darle significado a la democracia. Pueden ser reconocidas cuatro formas de participación política de los ciudadanos: a) la que supone el ejercicio del voto; b) las actividades de los ciudadanos en campañas políticas; c) práctica de actividades comunitarias o acciones colectivas para un fin específico; y d) la que se derive de algún conflicto en particular[1723]. Sin embargo, no solamente a eso se limita el efecto de la participación ciudadana, sino que también representa la posibilidad de hacer efectivo al Estado de derechos humanos desde el momento en el que la ciudadanía se involucra en los asuntos de carácter público.

La participación ciudadana –también llamada participación cívica- implica un compromiso voluntario de las personas que integran el Estado (de su elemento pueblo), quienes reúnen los atributos de la ciudadanía, de disponer de recursos personales para invertirlos (o incluso hasta consumirlos) en actividades públicas; esos recursos personales pueden consistir en tiempo, en dinero, o en algún otro que sea necesario para que se pueda involucrar en la actividad pública; esas actividades, por su característica de públicas, no traen un beneficio directo y tangible al ciudadano, sino que el efecto se produce indefectiblemente en la comunidad o en la sociedad (Estado) en la que se encuentra involucrado, aunque desde luego los efectos y beneficios los podrá recibir eventualmente al ser miembro también de esa comunidad a la que se le destinan los recursos mencionados.

[1722] Que implican la inversión de parte del ciudadano, de tiempo y dinero para las actividades, e incluso de otros recursos, para seguir los objetos en común de los que hablaba Tocqueville.
[1723] Merino, Mauricio, "La participación Ciudadana en la Democracia", *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, no. 4, Instituto Federal Electoral, México, 1997, pp. 29-30.

Por tanto, otra de las implicaciones de la participación ciudadana es que al disponer de esos recursos mencionados –disposición tal que podría ir en detrimento de algún beneficio o provecho personal- se deben satisfacer necesidades de la propia comunidad, de tal manera que sea ésta quien reciba el beneficio de esa inversión de recursos personales. El mecanismo (el cual debe ser traducido en política pública) que puede hacer realidad lo anterior puede ser referido al instrumento más básico que como ciudadano se tiene: la asociación. En efecto, el hecho de que los ciudadanos –que son integrantes del Estado- se organicen de forma grupal y realicen una conjunción de recursos para obtener las metas mencionadas, es uno de los factores que pueden incidir en la eficacia de la participación cívica. Todo lo anterior con la finalidad de que se aproveche el producto y los resultados de esa asociación comunitaria y se traduzca en un beneficio social plasmado en políticas públicas de seguridad social.

Ahora bien, existe una crisis en el sistema de justicia penal mexicano, al grado de que las instituciones y sus procedimientos no han podido sancionar ni prever de forma eficaz la comisión de delitos comunes (los cuales han ido en aumento) ni los delitos organizados; lo anterior a pesar de que han existido modificaciones al sistema para endurecer y/o alargar las penas. En ocasiones, derivado de lo anterior, la ciudadanía[1724] ha efectuado la función estatal de impartir justicia, lo que denota ya un acentuado problema de gobernabilidad relacionado con la seguridad pública. Ese fenómeno ha traído como consecuencia el surgimiento de los movimientos ciudadanos que han sustituido la función pública estatal de impartir justicia –penal- o de procurarse la seguridad –pública- y han comprendido una amplitud de organizaciones[1725] ante las que el gobierno ha optado únicamente por evadir a través del discurso oficial o, a lo sumo, de implementar normas jurídicas que endurecen las penas.[1726]

Esas respuestas ciudadanas representan el principio de subsidiariedad inverso[1727] en el cual el sector ciudadano toma por cuenta propia la solución a algunos de los problemas que el sector gubernamental, con su estructura reglamentaria, no ha podido resolver. Asimismo, la prevención es otro aspecto que está relacionado con el tema de la subsidiariedad, la cual está

[1724] Guerrero, Agripino et al., (coords.), *La reforma del Estado. La agenda urgente y algunos temas pendientes*, Universidad de Guanajuato, 2008, p. 75.
[1725] Que van desde las agrupaciones vecinales que cuentan con ciertos mecanismos y estrategias de redes de autoprotección, como *Mi vecino me vigila* o ciertos dispositivos de seguridad privados o vigilancia privada auto-financiada, hasta la instauración de organismos no gubernamentales tales como *México Unido Contra la Delincuencia*.
[1726] Pero que rayan en la simple formalidad por su escasa aplicación fáctica en la realidad social.
[1727] Rendón Corona, Armando, "Los retos de la democracia participativa", *Revista sociológica*, año 19, número 54, México, UAM-Azcapotzalco, http://www.revistasociologica.com.mx/pdf/5408.pdf

relacionada con el acto de intervenir de manera previa, de forma anticipada en una línea temporal de sucesos, a fin de evitar la aparición u ocurrencia de un delito, con lo que también se podría disminuir la frecuencia y la intensidad con la que se da.

Al respecto, son tres los niveles: en el primero se identifican las medidas y acciones destinadas a la sociedad para propiciar ciertos comportamientos legales; en el segundo se trata de evitar infracciones a la normatividad para disminuir riesgos tanto de la víctima como del delincuente; y en el tercero se trata de evitar las conductas reincidentes.

En esos tres niveles la participación ciudadana tiene una importante intervención, por ejemplo, en el primero de ellos es en el sentido de diseñar la política pública, pudiendo ser a través de foros de consulta como organizaciones ciudadanas.[1728] En el segundo nivel, que trata de las acciones de tipo preventivo, participan tanto actores gubernamentales como de la ciudadanía, pudiendo ser a través de redes sociales o interinstitucionales, buscando consolidar ciertos vínculos sociales entre los ciudadanos y las propias autoridades.[1729]

Con el ejercicio de la participación ciudadana (y más específicamente de la sociedad civil, la cual está organizada) se promueve la vigencia y observancia de los derechos así como de los valores relacionados con el civismo, el respeto y la responsabilidad; todo ello por medio de la práctica de actividades deportivas, culturales, religiosas, económicas, etc. el resultado es innegable: la ciudadanía –y más la sociedad civil y el sujeto del estado- son entes organizados y conscientes de las necesidades de su comunidad, que se involucran y se inmiscuyen de forma legal y pertinente en los asuntos que les atañen y que les afectan, a eso se le llama participación, y los asuntos que les conciernen, como ya se han expuesto algunos ejemplos, lo son relativos a la seguridad pública. La participación y la seguridad pública son elementos que no pueden estar separados, ya que se colma el vacío provocado por la inactividad o ineficacia de las gestiones gubernamentales y por sus políticas públicas insuficientes, gracias a una transición entre la población inerte, aletargada, y la ciudadanía activa, crítica, participativa, evaluadora y tomadora de decisiones públicas.

[1728] Como ejemplo de lo anterior se tiene el foro "La reforma penal en México. Análisis, críticas y perspectivas", convocado por el Instituto e Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en el año 2007.

[1729] Como ejemplo de esto se tiene *Colonia segura* en Naucalpan, Estado de México, *Barrio seguro* en Chile y *Comunidades justas y seguras de las universidades* en Toronto y Rosario; cfr. en Arce Aguilar, José Luis, "Colonia segura, una experiencia local: la política pública como estrategia en materia de seguridad", *Aproximaciones empíricas al estudio de la inseguridad, estudios en materia de seguridad ciudadana en México*, González Plascencia, Luis et. al. (coords.), México, Porrúa, 2008, pp. 37-77.

c) Más allá del Estado Constitucional: Estado de derechos humanos.

Tradicionalmente la doctrina ha considerado que el Estado Constitucional es el más acabado de la producción organizativa del ser humano, se trata, de acuerdo a la divulgación tradicional de esta área del conocimiento, de una cúspide estructural-social que establece de forma definitiva las bases para el funcionamiento de una sociedad. Todo ello gracias incluso al pensamiento de los clásicos[1730] quienes ya han sustentado la importancia de la Constitución en un Estado y quienes también ya habían dejado patente la frase de Elías Díaz[1731] respecto a que no todo Estado es Estado de Derecho. En efecto, nos encontramos teóricamente tan involucrados e inmersos en las teorías de los clásicos –y de los no tan clásicos- que se da por sentado que los estados constitucionales formalmente lo son también en su realidad social; sin embargo, cabe cuestionar si ¿la existencia de constituciones vigentes en los estados son un parámetro para considerar que son estados constitucionales? Para continuar en una secuencia lógica-formal del constitucionalismo (e incluso del neo-constitucionalismo) la respuesta a la interrogante sería ciertamente afirmativa, pero los hechos y fenómenos sociales de actualidad en México (y en el mundo) nos dan cuenta de que el problema no se limita a poder válidamente considerar a un Estado como constitucional simplemente por que en sus orígenes históricos ocurrió el fenómeno que hoy les permite tener un documento de esas características. Por ello, hoy más que nunca se encuentra vigente la aseveración y planteamiento del autor mencionado.

Otra de las preguntas (quizá la más dolorosa en términos de problemática social mexicana) es aquella relacionada con el planteamiento de la necesidad de reformar el Estado, de una reforma de Estado, tal como lo manifiestan las diversas fuentes doctrinales e incluso periodísticas, lo que lleva a la pregunta concreta ¿El Estado mexicano es un Estado Fallido? Miles –y tal vez millones- de mexicanos viven en un imaginario social que tiende a cubrir la realidad en la que viven, y como prueba de lo anterior están los festejos patrios que año con año irrumpen en las actividades de todos los mexicanos. El discurso de tipo político –y

[1730] Con "clásicos" queremos significar aquellos autores que se han revisado desde la academia con la finalidad de estudiar la teoría constitucional. Nos referimos a Carl Schmitt, Hans Kelsen, Herman Heller, André Haouriou, Paolo Biscareti, Ferdinand Lasalle, Santi Romano, etc.
[1731] *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Editorial Taurus, 1966, p. 4.

también académico - se ha centrado en cuestionar el multicitado concepto de transición de la democracia mexicana; tal parece que dicho concepto no satisface ni a las menos exigentes de las críticas contra el sistema democrático, porque los hechos han estado ilustrando y alimentando hasta a la más leve de las posiciones críticas: ¿Nuestro Estado mexicano es ya un Estado fallido? ¿Es el Estado mexicano el gran fracasado a la hora de revisar su cumplimiento en aspectos como el de la seguridad pública, por no mencionar otros? Por eso se ha considerado como un Estado fallido, precisamente por los datos duros que se obtienen solamente de revisar las noticias –incluso las oficiales- y de verificar que aún siguen millones de personas bajo un estado de pobreza alimentaria.[1732]

Aunado a lo anterior, la problemática relativa a la seguridad pública es también un factor detonante para que nos cuestionemos acerca de la viabilidad y eficacia del llamado Estado constitucional mexicano, basta recordar los casos de violación a los derechos humanos en fenómenos como los feminicidios o el reciente caso de Ayotzinapa,[1733] lo cual nos da una idea justificativa del planteamiento en este apartado: un tema más allá del Estado constitucional que cuestione el *status quo* de la teoría constitucionalista o de la realidad social (supuestamente constitucional) en la que se ha aplicado. Para lo anterior es necesario echar mano de algunos parámetros ideales extraídos de la reflexión de algunos teóricos[1734] de la democracia y también de la eficacia y legitimidad que podrían o no dar estabilidad en el ejercicio del poder político, esto último como característica de la gobernabilidad que se lleva a cabo a través de políticas públicas.[1735] En efecto, el sistema político está sufriendo una baja en eficiencia, lo que se traduce en problemas de gobernabilidad; Bobbio[1736] se los atribuye a *la incapacidad de los gobiernos democráticos de dominar convenientemente los conflictos de una sociedad compleja (…) no el exceso sino el defecto de poder"* y añade que el aumento de

[1732] En 2008, el 18.2% de la población sufría carencia alimentarias, es decir, casi 20 millones de personas, según UNICEF México. Fuente electrónica consultada el 15 de septiembre de 2015: http://www.unicef.org/mexico/spanish/17046.htm

[1733] De acuerdo con cifras oficiales, la incidencia delictiva a nivel nacional aumentó en 18% de 2012 a 2013, lo que coloca, por ejemplo, al Estado de México como uno de los más peligrosos, solamente junto a Michoacán, Durango y Tamaulipas. Fuente electrónica consultada el 15 de septiembre de 2015: http://cidac.org/esp/uploads/1/8_delitos_primero_2013_1.pdf

[1734] Al respecto véase el interesante trabajo de Robert Dahl, en el que expone una visión alternativa para los aspectos de la democracia en la actividad ciudadana dentro de un Estado constitucional: *La democracia. Una guía para los ciudadanos,* 1999, Madrid, editorial Taurus.

[1735] Camou, Antonio, "Gobernabilidad y democracia", *Cuadernos de divulgación de la cultura democrática*, no. 6, México, IFE, 1995, p. 13.

[1736] Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, FCE, 1989, p. 103.

las demandas sociales, que en realdad son una sobrecarga, se complica con la capacidad de respuesta limitada del sistema político.

Es por todo ello que, más allá del Estado constitucional debe estar el de derechos humanos, ya que un Estado constitucional *de facto* ha tenido fracasos evidentes (al menos en lo que a seguridad pública se refiere), en un Estado constitucional de derechos humanos se tendría que anteponer un factor muy importante: el de la participación deliberativa como un aspecto *sine qua non* de la forma de gobierno constitucional, para que la ciudadanía, convertida en verdaderos sujetos estatales y en sociedad civil, sea la que determine las políticas públicas en materia de seguridad pública, o al menos, sea quien las revise y por lo mismo, sea partícipe de ellas. Hemos observado cómo las asociaciones civiles se han organizado para repeler los ataques de la delincuencia organizada en ya varias regiones de la república mexicana, lo cual habla de una injerencia más activa de la población ante una intervención inadecuada e ineficaz del sector gubernamental en esos casos. Para que lo anterior se haga realidad, para que el Estado constitucional evolucione en uno de derechos humanos, es necesario cumplir con algunos aspectos.

1. Evitar la tiranía.

En un Estado de derechos humanos es indispensable que la tiranía sea una práctica erradicada, que no existan las conductas de abuso por parte de quienes detentan el poder o de quienes ocupan cargos estatales o de interés público, ya que ello ha significado un verdadero retroceso en las llamadas prácticas gubernamentales al interior de un Estado. La Constitución, en su carácter de documento normativo fundamental, en el que se plasman los ideales de un Estado, debe regir la vida institucional –y la privada también- de un país, de un Estado, de los ciudadanos, habitantes, gobernantes, todos en general, para que no exista ninguna práctica improvisada carente del sustento y el fundamento de un cúmulo de normas fundamentales. Pero también debe existir otro cuerpo regulador que en conjunto integrarían al Estado constitucional de derechos humanos, el cual debe estar integrado por la ciudadanía organizada; la sociedad civil debe ser también la que establezca y/o revise los parámetros para la vida estatal y más aún, para la seguridad pública. Al observar todo ello se estaría en posibilidad de evitar la tiranía.

2. Establecer derechos esenciales.

En un Estado que se jacte de ser constitucional y de derechos humanos, se deben dejar claramente establecidos los derechos esenciales, aquellos que son fundamentales para el óptimo funcionamiento del mismo y para que pueda perseguir las metas y finalidades comunes a la población. Lo anterior pudiera parecer no relevante, ya que nuestra Constitución Política. Incluso por tradición, ha incluido un catálogo de derechos con esas características, o al menos con la pretensión de esas características, ya que es bien sabido que nuestro constituyente permanente ha realizado por años su labor en obediencia de una moda política que depende de los integrantes del poder público en turno; de esa manera se depende de forma inevitable de una serie de circunstancias de carácter político que inciden en el establecimiento de nuevos derechos fundamentales o esenciales, a pesar de que su esencia no lo sea tal. La importancia de lo anterior radica en que ese documento fundamental llamado Constitución ha sufrido, con esas prácticas, una devaluación en cuanto a la importancia o a la esencia de los preceptos contenidos en la misma, lo cual provoca que se reste seriedad y legitimidad a los nuevos derechos adjetivados como fundamentales.[1737] No obstante, sigue siendo importante que se establezcan con claridad los derechos esenciales que son necesarios e indispensables para que el Estado funcione de manera óptima, siempre que se cumplan los presupuestos de fundamentalidad mencionados.

3. Garantizar la libertad general.

La libertad es uno de los postulados fundamentales de la democracia sin el cual no es posible hablar ni siquiera de una sociedad mínimamente civilizada. Se trata de una de las columnas que sostienen a un Estado constitucional y que presupone la erradicación de las prácticas tiránicas y dictatoriales de los gobiernos obtusos y anacrónicos. Sin embargo, no es suficiente con que haya reglas o normas que enuncien formalmente el derecho de libertad y sus derivados, sino que además es indispensable que se establezcan verdaderos instrumentos y mecanismo tanto institucionales como culturales para que los seres humanos que integran el

[1737] Incluso la clase gobernante ha llegado al extremo de llamarlos "Derechos humanos" sin que se reflexione sobre su contenido esencial el cual debería ajustar a la conceptualización mínima de un derecho de ese tipo, sino que, por el contrario, la inclusión del posiblemente mal llamado "Derecho humano" obedece a estándares de tipo político o hasta demagógico o electorero.

elemento poblacional de un Estado puedan acceder a esos derecho y, en última instancia, sean una realidad concreta y legitime a los órganos del Estado.

4. Procurar la autodeterminación y contribuir al desarrollo humano.

Los pueblos y las personas tienen derecho a la autodeterminación, esto es, el derecho de igualdad llevado a un plano social en el que los integrantes de una población tienen la libertad de determinar su condición política y proveer a su desarrollo económico, social y cultural y disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales sin perjuicio, con la prohibición de privar a los pueblos de sus propios medios de subsistencia.[1738] Se trata de uno de los aspectos que también deben ser observados por los Estados que pretendan considerarse como constitucionales y de derecho humanos; con lo anterior se puede lograr contribuir al desarrollo humano de manera efectiva y con políticas públicas eficaces revisadas por la sociedad civil en la *praxis* de esa autodeterminación, para que produzcan verdaderos resultados benéficos para la población.

En suma, más allá del Estado constitucional es un planteamiento que se pretende sustentar en términos del desarrollo adecuado de las funciones estatales y de la protección de los derechos fundamentales; pero a lo anterior es necesario adicionar la participación ciudadana en las políticas públicas de seguridad, para lo cual, la democracia participativa es importante, no solamente en términos de las acciones electorales que se llevan a cabo para renovar a los que detentan los cargos públicos, es decir, no se agota solamente en un proceso electoral o en diversos procedimientos de expresión o participación ciudadana orientados a formar gobiernos o a calificarlos, sino que también es importante considerar que se trata de un mecanismo para la construcción del Estado, de los derechos humanos y de la sociedad que goce de características cada vez más de equidad y seguridad. No solamente debe impulsarse el desarrollo y procuración de la seguridad pública a través de la aplicación y respeto de los estándares mismos de su contenido, sino también dándole vigencia a los elementos mínimos de un Estado de derechos humanos; en este aspecto la práctica de los principios democráticos por medio de un verdadero ejercicio de la democracia (especialmente deliberativa), es

[1738] Para mayor información consultar el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 3 de enero de 1976, http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx

sumamente importante. El vocablo ejercicio significa actividad destinada a adquirir, desarrollar o conservar una facultad o cualidad psíquica, por lo que *ejercicio democrático* es aquella actividad destinada a adquirir, desarrollar o conservar la ideología favorable a la intervención, predominio y participación del pueblo en la organización y ejercicio del poder público y de la soberanía.

También se debe considerar otro aspecto importante en cuanto a la participación ciudadana, que es el de compromiso voluntario con la finalidad de realizar actividades en beneficio de la comunidad, a través de organizaciones grupales de cooperación que produzcan una constante y madura participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, lo anterior puede implicar la disposición de recursos de diversa índole; por ello es necesario fomentar la participación y la asociación ciudadana en las políticas públicas para que sea un verdadero Estado de derechos humanos, ante lo cual se hace patente la necesidad de reforzar la cultura política, ya que existe, además de otras circunstancias múltiples, una causa fundamental que parece incidir en gran medida en la participación ciudadana en las áreas políticas, y es la existencia de un determinado nivel de instrucción y la presencia o falta de una conciencia y cultura democrática arraigada en la sociedad, ya que de contarse con ciudadanos conocedores y practicantes del sistema democrático y sus valores, de los beneficios sociales que éste implica y de la importancia sustantiva que tiene su participación, habrá la posibilidad de que se presenten buenos o por lo menos aceptables índices de verdadero ejercicio democrático. Un deficiente o hasta nulo conocimiento del fenómeno democrático ha originado lo que algunos autores[1739] llaman *democracia de baja intensidad*, lo cual fue analizado como un fenómeno de *democracia incivil*, que consiste en la existencia de Estados oficialmente democráticos donde los derechos políticos –y los fundamentales- se encuentran bien establecidos *de jure,* pero los detentadores del poder público siguen abusando y reprimiendo los derechos civiles, sociales, económicos y culturales de la población; en esas circunstancias se quebranta, además de la credibilidad de la institución estatal, la posibilidad de los ciudadanos de desarrollar una verdadera cultura democrática, de continuar en el ejercicio y respeto de los cánones que determinan a un Estado constitucional y, en última instancia, de que la seguridad pública como una de las metas de ese tipo de Estado, sea una realidad. La participación de los integrantes de

[1739] Thede, Nancy, *Democracia y Formación Ciudadana*, Instituto Electoral del Distrito Federal, México, 2002, p. 58.

un Estado, en los términos abordados, hacen factible a la democracia y a su vez ésta sustenta a ese ente regido por normas fundamentales, de derechos humanos, pero más allá de eso, en relación a la seguridad pública, participación social y la transparencia en la prevención y el combate al delito resultan esenciales para dar valor a los programas, dar seguimiento a las acciones y corregir oportunamente cualesquiera desviaciones en el actuar de los operadores estatales que vayan en detrimento de la seguridad pública, se trata de un recurso de esfuerzo compartido que fortalece a la autoridad y da certidumbre a la ciudadanía, por ello se hace necesario abrir espacios suficientes a esta forma de colaboración, ya que *…la participación social debe apreciarse como una contribución, nunca como una adversidad para el gobierno*…[1740]

Conclusiones.

Primera. La democracia deliberativa y sus postulados son un factor indispensable en la construcción de un Estado constitucional de derechos humanos, ya que la discusión, razonamiento y argumentación son factores que pueden llevar a una adecuada toma de decisiones por parte de los sujetos que discuten. Por ello es también un punto de partida indispensable para empezar a solucionar la problemática de la inseguridad pública en México.

Segunda. La participación ciudadana no se debe limitar solamente a la práctica de los mecanismos establecidos típicamente para la formación de gobiernos, sino que además debe ser una práctica cotidiana en la toma de decisiones de carácter público o, al menos, en la revisión, discusión y argumentación de las mismas.

Tercera. Las políticas públicas en materia de seguridad no solamente deben ser materia de discusión, revisión o en última instancia, de implementación por parte de los sectores gubernamentales, sino que debe ser materia de conocimiento también de la ciudadanía participativa, convertida en sujetos estatales y en sociedad civil.

[1740] Carrillo Olea, Jorge, *México en riesgo. Una visión personal sobre un Estado a la defensiva,* 1ª ed., México, Grijalbo, 2011, p. 220.

Cuarta. Ante los fenómenos de inseguridad que se han suscitado en México, es necesario replantear la relación que existe entre el grado de participación ciudadana en los asuntos públicos en México y su inseguridad pública, lo cual lleva a determinar que la participación civil es indispensable para una eficaz toma de decisiones en esa materia.

Quinta. Con la adopción y respeto de ciertos aspectos y parámetros mínimos como evitar el abuso y la tiranía, la revisión de los derechos fundamentales, la garantía de la libertad general, la protección al desarrollo humano y la cultura política, se haría posible y hasta obligatoria la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y adopción de políticas públicas en materia de seguridad pública, con lo que se estaría ante un Estado constitucional de derechos humanos.

Bibliografía.

1. "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Artículo tercero*, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917.
2. "México, Pobreza y desigualdad", UNICEF México, *http://www.unicef.org/mexico/spanish/17046.htm*
3. "Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI). De 16 de diciembre de 1966", Naciones Unidas, Derechos Humanos, http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx
4. ARCE Aguilar, José Luis, "Colonia segura, una experiencia local: la política pública como estrategia en materia de seguridad", *Aproximaciones empíricas al estudio de la inseguridad, estudios en materia de seguridad ciudadana en México*, González Plascencia, Luis et. al. (coords.), México, Porrúa, 2008.
5. BAZ, verónica et al., "Delitos primero", Índice delictivo CIDAC, http://cidac.org/esp/uploads/1/8_delitos_primero_2013_1.pdf
6. BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, FCE, 1989.
7. CAMOU, Antonio, "Gobernabilidad y democracia", *Cuadernos de divulgación de la cultura democrática*, no. 6, México, IFE, 1995.
8. CARRILLO Olea, Jorge, *México en riesgo. Una visión personal sobre un Estado a la defensiva*, 1ª ed., México, Grijalbo, 2011.
9. DAHL, Robert, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Madrid, editorial Taurus, 1999.
10. DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Editorial Taurus, 1966.
11. GUERRERO, Agripino et al., (coord.), *La reforma del Estado. La agenda urgente y algunos temas pendientes*, Universidad de Guanajuato, 2008.
12. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, 4ª Edición, editorial Trotta; 2005.

13. MERINO, Mauricio, “La participación Ciudadana en la Democracia”, *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática,* Instituto Federal Electoral; México, 1997, no. 4.
14. MILL , John Stuart, *Sobre la libertad*; Madrid, Alianza Editorial, 1859.
15. RENDÓN Corona, Armando, “Los retos de la democracia participativa”, *Revista sociológica*, año 19, número 54, México, UAM-Azcapotzalco, http://www.revistasociologica.com.mx/pdf/5408.pdf
16. SEN, Amartya, *Inequality Reexamined*, Nueva York, Harvard University Press, 1992.
17. THEDE, Nancy, *Democracia y Formación Ciudadana*, Instituto Electoral del Distrito Federal, México, 2002.
18. TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, México, FCE, 1998.
19. TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

SEXTA PARTE:
DERECHOS HUMANOS DE SEGUNDA Y TERCERA GENERACIÓN

CAPÍTULO I. MECANISMOS DE ADELANTO POR LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES DE TABASCO

Leticia del Carmen Romero Rodríguez[1741],
Jesús Nicolás Gracida Galan[1742]
y Lily Lara Romero[1743]

SUMARIO:

Introducción. 1. Situación de la violencia de género en la entidad. 2. Esfuerzos y compromisos. 3. Feminicidios, avances y retrocesos en los derechos humanos de las mujeres de Tabasco. Conclusiones.

RESUMEN:

El presente trabajo describe la situación actual que viven las mujeres víctimas de violencia en la entidad y los esfuerzos realizados por los investigadores en relación a los compromisos establecidos como instituto estatal de las mujeres, desde la prevención y atención desde la esfera de la administración pública. Las desigualdades y las violencias de género, son resultado de la manera como se han construido las relaciones entre hombres y mujeres. A mayor inequidad en una sociedad a mayor desigualdad de género, la violencia contra las mujeres se diversifica y recrudece. El planteamiento es crítico-propositivo y plantea la necesidad de construir estrategias a corto y largo plazo a pesar y más allá de sus protagonistas, mediante mecanismos de adelanto por los derechos humanos de las mujeres de Tabasco.

PALABRAS CLAVES: Violencia de género, políticas públicas, género, derechos.

ABSTRACT:

This paper describes the current situation of women victims of violence in the state and the efforts of researchers in relation to the commitments as a state institute of women, from prevention and care from the sphere of public administration live. Inequality and gender violence are the result of the way they were constructed relations between men and women. The greater inequality in a society more gender inequality , violence against women intensifies and diversifies . The approach is critical -purposing and raises the need to build strategies to short and long term and even beyond its protagonists, through mechanisms of human rights advancement of women in Tabasco.

KEYWORDS: Gender violence, public policy, gender, human rights, women's rights to a life free of violence

INTRODUCCIÓN

[1741] Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad Autónoma Metropolitana, profesora-investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Villahermosa, Tabasco, en la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, 2015. romerolety2@hotmail.com

[1742] Licenciado en Historia con Maestría en Ciencia Sociales por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Es doctor en Ciencias de la Educación por el Instituto Pedagógico de Estudio de Posgrado en Guanajuato. Es Director General del Centro Internacional de Posgrado A.C. (CIPAC). Profesor Investigador en la Licenciatura de Sociología en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. investígalo@msn.com

[1743] Maestra en Educación y estudiante del Doctorado en Medios Alternos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Villahermosa, Tabasco, 2015. lararomerolily@hotmail.com.

Las políticas públicas a favor de la igualdad de las mujeres tienen al menos en nuestro país, una vigencia aproximada de 35 años. Desde la ONU[1744] se ha exhortado a todos los estados a realizar exámenes exhaustivos que den cuenta de la efectividad de los Mecanismos para el adelanto de las mujeres.

Tabasco no puede ser la excepción y es por ello que éste artículo da cuenta de los avances y compromisos que en cada uno de los doce compromisos de la Plataforma de Acción de Beijing (Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la mujer) se han puesto en marcha acciones a favor del ejercicio pleno de los derechos humanos de las mujeres.

Los reportes presentados por nuestro país en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)[1745], dan cuenta de los avances, pero también del largo tramo que nos queda por recorrer.

Entre los adelantos más importantes es posible mencionar la conformación de un marco jurídico e institucional para combatir y eliminar la violencia y la discriminación que se ejerce contra la mujer, tan sólo por el hecho de ser mujer.

De igual modo resaltan la creación de instituciones y mecanismos en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres y niñas así como el otorgamiento de recursos presupuestales etiquetados con perspectiva de género.

La agenda pendiente sin embargo debilita si no es que desvanece los logros en tanto:

El marco jurídico carezca de armonización en sus reglamentos, programas y tipificaciones, sin contar con que la mayoría de las leyes que deberían proteger a la mujer, carecen de sanciones, quedando a nivel de recomendaciones.

Las instituciones creadas carecen de autonomía para su operatividad y de recursos suficientes para operar ante una violencia sistematizada y generalizada que no distingue razas, edades, condición social, adscripción política, religiones ni creencias.

Los esfuerzos además se pulverizan en tanto los actores y actoras sociales se nieguen a construir sinergias, planifiquen y sostengan acuerdos que los lleve a la construcción y desarrollo de herramientas estadísticas que permitan visibilizar las brechas de desigualdad

[1744] Resolución ONUMUJERES, E/RES/2013/18.

[1745] La CEDAW fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979; a la fecha la han suscrito 187 países. Los artículos 7 y 8 de la Convención aluden a la eliminación de la discriminación contra las mujeres en la vida política y pública de los Estados Parte, entre los que se encuentra México.

entre hombre y mujeres y en su lugar se desgasten en la búsqueda de protagonismos y coyunturas políticas.

1. SITUACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA ENTIDAD

La disponibilidad de datos precisos e inclusivos es de crucial importancia para dar mayor fuerza a la condena social generalizada de todas las formas de violencia contra las mujeres y ampliar el consenso sobre su indispensable erradicación desde todas las esferas de acción posible. Ya que lo que no se contabiliza no se nombra, y sobre aquello que no se nombra no se actúa.

La violencia hacia la mujer es *un problema social, de salud pública, también de legislaciones, agendas y discursos políticos, se le ha llamado fenómeno de la violencia, sin embargo para darle su justa dimensión es necesario partir de que es una realidad que rebasa cualquier límite, su magnitud es creciente y de alta prevalencia cuyas consecuencias resultan irreversibles tanto para quien la padece como para los demás implicados sean hijos, familiares, amigos, instituciones*[1746].

El objeto general del Instituto Nacional de las mujeres (INMUJERES), es promover y fomentar las condiciones que posibiliten la no discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato entre los géneros; el ejercicio pleno de todos los derechos de las mujeres y su participación equitativa en la vida política, cultural, económica y social del país, bajo los criterios de:

> Transversalidad, en las políticas públicas con perspectiva de género en las distintas dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, a partir de la ejecución de programas y acciones coordinadas o conjuntas.
> Federalismo, en lo que hace al desarrollo de programas y actividades para el fortalecimiento institucional de las dependencias responsables de la equidad de género en los estados y municipios.
> Fortalecimiento de vínculos con los Poderes Legislativo y Judicial tanto federal como estatal[1747].

Cifras recientes compartidas por INMUJERES[1748] señalan que en materia de feminicidios, Tabasco se ubica en el lugar 28 entre las 32 entidades de país.

[1746] Lara Romero Lily, Vulneración de los derechos humanos de las mujeres de tabasco por la violencia psicológica, Tabasco, ponencia presentada en el Foro de mujeres por la igualdad.
[1747] Ley del Instituto Nacional de las Mujeres, Artículo 4.
[1748] Instituto Nacional de las mujeres, Relevante tipificar el feminicidio como delito: inmujeres, México, 22 de junio de 1014, http://www.inmujeres.gob.mx/inmujeres/index.php/34-sala-prensa/noticias-inicio/1136-feminicidio

Los diagnósticos en materia de violencia contra las mujeres a su vez, arrojan datos similares desde los distintos esfuerzos realizados para medir la violencia que se ejerce en contra de las mujeres. Para este trabajo se define la Violencia contra las Mujeres como: *cualquier acción u omisión, basada en su género, que les cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte tanto en el ámbito privado como en el público*[1749].

Aunque los indicadores de medición se han puesto de moda en los últimos años, como instrumento político para desestimar o ponderar esfuerzos gubernamentales, es preciso señalar que en el rubro de violencia de género, los datos cualitativos no necesariamente reflejan avances o retrocesos en las políticas públicas que se implementan.

Las mujeres por la cultura del silencio, impuesta desde casa por razones de salvaguarda del honor y el prestigio, suelen naturalizar, justificar e invisibilizar la violencia en todos sus tipos. Es por ello que un trabajo sistemático, comprometido y efectivo para el logro de la denuncia, tendrá éxito en tanto que logré la visibilización de la violencia y por tanto nombrarla, denunciarla y asumirla como fenómeno social, corre el riesgo de un maniqueo político que usa los datos para descalificar y señalar aumento sistemático de violencia, seguido de la descalificación del trabajo por su desnaturalización.

La violencia de género trasgrede los derechos humanos de las mujeres, *estos son derechos que son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales contenidos en la Convención sobre la Eliminación de Todos las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre los Derechos de la Niñez, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem Do Pará) y demás instrumentos internacionales en la materia*[1750].

Un porcentaje bajo de violencia de género no implica un espacio libre de violencia y por el contrario es muy posible que la detección de un número mayor de casos de violencia implique la denaturalización de la misma y un paso que indique un avance en materia de denuncia y combate por parte de las mujeres que la sufren.

La violencia de género contra las mujeres, de manera enunciativa, no limitativa, comprende las siguientes formas:

I. La violencia doméstica;
II. El embarazo y su interrupción obligados;

[1749]Ley del Instituto Nacional de las Mujeres, Artículo 5 párr. IV.
[1750] Ley General de Acceso a una vida Libre de Violencia, Artículo 5 párr. VIII.

III. La selección prenatal del sexo;
IV. La selección nutricional en el núcleo familiar en perjuicio de las niñas;
V. La asignación de actividades de servicio doméstico en beneficio de los miembros masculinos del núcleo familiar;
VI. La prohibición para iniciar o continuar con actividades escolares, laborales o sociales;
VII. La imposición vocacional en el ámbito escolar;
VIII. Favorecer el estado de riesgo que induzca al suicidio;
IX. La heterosexualidad obligatoria;
X. La inseminación artificial no consentida;
XI. Los tocamientos libidinosos;
XII. La trata de mujeres;
XIII. La esterilización provocada;
XIV. La insensibilidad al dolor o a las enfermedades femeninas por parte de los sistemas médicos;
XV. La negligencia en la procuración e impartición de la justicia en delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, violencia doméstica y delitos violentos o de odio contra las mujeres, entre otros;
XVI. La inclusión de las mujeres en programas dirigidos a sectores vulnerables;
XVII. La imagen estereotipada de la mujer que presentan los medios de comunicación;
XVIII. La invisibilización de la participación de las mujeres en la construcción de nuestra sociedad; y
XIX. Todas aquellas que de alguna forma denigren la dignidad de la mujer[1751].

Un ejercicio de sistematización de datos sobre la situación de la violencia de género en Tabasco, arroja el siguiente comparativo:

CUADRO 1. SITUACION DE LA VIOLENCIA DE GENERO EN TABASCO.

VIOLENCIA	*NACIONAL INEGI 2010*	*2011 ENDIREH*	*2013 IEM/TAB*
EMOCIONAL	43. 1%	40.4 %	30%
FÍSICA	14%	13.8%	23.50%
ECONÓMICA	24.5%	19.7%	54%
SEXUAL	7.3%	6.3%	9%

Fuente: Elaboración Propia.

En el cuadro referido se observa el comparativo porcentual de los tipos de violencia que han vivido las mujeres en Tabasco según datos de INEGI[1752] y los arrojados en 2013 por el diagnóstico sobre las vulnerablidades realizado por el Instituto Estatal de las Mujeres[1753].

En lo que respecta a la **violencia física**, es definida por la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia[1754] (LGAMVLV) *como cualquier acto que inflige*

[1751] Ley de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia para el estado de Aguascalientes, Artículo 3.
[1752] Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Panorama de Violencia contra las mujeres en México, ENDIREH, México, INEGI, 2011, pp. 34-47.
[1753] Romero Rodríguez Leticia del Carmen (Coord.), Diagnóstico de vulnerabilidades de violencia, Tabasco, IEM, 2013, p,30

daño no accidental usando la fuerza física o algún tipo de arma u objeto que pueda provocar o no lesiones ya sean internas, externas o ambas. Se produce en diferentes magnitudes que pueden ir desde empujones hasta golpes que provocan la muerte[1755].

Por ser un daño evidente, es el tipo de violencia más identificado por las mujeres que la sufren, y los datos más recientes del IEMTab[1756] arrojan que 3 de cada diez mujeres, reconocen haber sufrido daño físico en algún momento de su vida por parte de sus parejas sentimentales o personas del sexo opuesto por razones de género.

Las agresiones que las mujeres sufren con mayor frecuencia son empujones, jalones de cabello, cachetadas y heridas que tardan menos de quince días en sanar. Los municipios donde las mujeres sufren con mayor frecuencia este tipo de violencia son Comalcalco y Teapa.

La violencia psicológica es tipificada en la LGAMVLV como *cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica de la mujer*[1757]. Puede consistir en todas aquellas formas de tratar a la mujer tendiente a controlarla o aislarla tales como: negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, desamor, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales pueden llevar a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima e incluso al suicidio.

Son mujeres que sufren angustia ante el sometimiento de su pareja, sus exparejas, familiares o vecinos. En el estado, 29.72% de las mujeres encuestadas señalan haber sido dañadas psicológicamente por sus parejas[1758].

[1754] En 2007 el Estado mexicano promulgó la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, como una forma de implementar acciones para combatir la violencia contra las mujeres. En este sentido, el Centro Nacional de Prevención del Delito y Participación Ciudadana del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, tiene entre sus atribuciones las siguientes: realizar acciones para promover la cultura de la denuncia entre la sociedad; diseñar y promover políticas, programas, estrategias y acciones que fomenten valores culturales y cívicos, que fortalezcan el tejido social, que induzcan el respeto a la legalidad, y que promuevan la paz, la protección de las víctimas, el respeto a los derechos humanos, la participación ciudadana y una vida libre de violencia; promover ante las instituciones públicas el establecimiento de políticas que aseguren la prevención del delito, atención y protección de grupos vulnerables; proponer, en coordinación con las autoridades competentes, políticas para la prevención, atención, sanción y erradicación de la violencia, especialmente la ejercida contra las niñas y los niños, los jóvenes, las mujeres, los indígenas y los adultos mayores; promover políticas para la igualdad y equidad de género y llevar a cabo campañas de prevención de la violencia infantil y juvenil en coordinación con las autoridades competentes.

[1755] Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Artículo 6°, párr.. II.

[1756] Romero Rodríguez Leticia del Carmen (Coord.), *Op.Cit.*, p,30.

[1757] Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Artículo 6°, párr.. I.

[1758] Romero Rodríguez Leticia del Carmen (Coord.), *Op.Cit.*, p,19.

Entre las categorías de violencia psicológica que viven las tabasqueñas en todo el estado se encuentran:

1. Mujeres que han recibido alguna amenaza y/o intimidación.
2. Mujeres que guardan silencio ante amenazas o intimidación.
3. Mujeres que lloran ante amenazas o intimidación.
4. Mujeres que no saben que hacer ante una amenaza o intimidación.
5. Mujeres que responden agresivamente ante amenaza e intimidación.
6. Mujeres que se ponen nerviosas ante amenaza e intimidación
7. Mujeres que han huido de sus hogares ante amenaza e intimidación.
8. Mujeres que ignoran cuando las amenazan e intimidan.
9. Mujeres que sienten miedo ante amenazas e intimidación.
10. Mujeres que han denunciado ante amenazas e intimidación.
11. Mujeres que han sido corridas de su casa.
12. Mujeres a las cuales su pareja amenazó con abandonarlas.
13. Mujeres que han amenazado con matarlas.
14. Mujeres que han amenazado con quitarles a sus hijos.
15. Mujeres que han sido comparadas por su pareja con otras mujeres.
16. Mujeres que han sido humillada por su pareja ante otras personas.
17. Mujeres a las que se les tiene prohibido visitar a su familia.
18. Mujeres que les han prohibido salir.
19. Mujeres que las han encerrado en sus casas.
20. Mujeres que han sido cuestionadas por sus parejas por la paternidad de su hijo o hija.
21. Mujeres que han dejado solas por tiempos prolongados.
22. Mujeres a las que no les dirigen la palabra por tiempos prolongados.
23. Mujeres a las que les revisan el celular.
24. Mujeres que están sujetas la toma de decisiones sin consultarlas.

A nivel municipal el municipio que presenta una mayor proporción de mujeres que sufren esta violencia es Comalcalco con 38.2% y Cunduacán con 36.46% no se quedan atrás.

En lo que se refiere a las amenazas de muerte por parte de sus parejas, se tiene que es en Emiliano Zapata con un 15.53% y Tacotalpa con 14.53% los municipios que presentan mayor incidencia.

Como se ha señalado con anterioridad otra manifestación de este tipo de violencia es negarles la palabra a las mujeres, ignorarlas con el silencio, siendo esta una práctica común en los municipios de Comalcalco y Tenosique

Este tipo de violencia suele ser menos visible, por lo general las mujeres justifican al agresor pero las consecuencias del menosprecio, la descalificación, el aislamiento y otras manifestaciones, suelen dejar cicatrices más profundas que los mismos golpes.

Por décadas la mujer ha estado sometida a violencia emocional, su separación de las otras formas de violencia, solo se realiza para fines de estudio y tipología, pero es claro que cada

uno de los tipos de violencia que en la LGAMVLV señalan viene acompañadas de una dosis de violencia emocional.

La violencia Patrimonial, ha sido definida por la LGAMVLV, *reconoce como un acto de omisión que afecta la supervivencia de la víctima. Se manifiesta en: la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a los bienes comunes o propios de la víctima*[1759].

En el estudio realizado por el Instituto Estatal de las Mujeres de Tabasco, se les preguntó a las mujeres si han sufrido daño por destrucción de sus objetos personales incluyendo sus fotografías, maquillaje y ropa, encontrando a partir del análisis de sus respuestas que la violencia patrimonial es una de las más comunes. Así se tiene que una de las entrevistadas menciono:

Mi pareja rompe mis pertenencias porque no me dejo golpear. Ha roto mis cosas personales como el celular, mi maquillaje y todo lo que encuentra en su camino para desquitarse[1760].

Seis de cada diez mujeres la padecen en la mayor parte de los municipios y no hay una diferencia significativa entre las poblaciones urbanas y rurales.

Los datos obtenidos de la pregunta 'La pareja le ha roto alguna de sus pertenencias', se encuentra que en los municipios de Comalcalco, Balancán, Jonuta, Tenosique y el Centro es donde más se presenta la violencia patrimonial hacia las mujeres. Como se observa en el cuadro 2.

CUADRO 2. VIOLENCIA PATRIMONIAL EN EL ESTADO DE TABASCO

	Valor Absoluto	**Valor Relativo**
Centro	69	15.90
Jalpa de Méndez	28	8.89
Nacajuca	28	8.89
Cárdenas	35	10.03
Comalcalco	65	18.06
Cunduacán	46	13.37
Huimanguillo	21	6.40

[1759] Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Artículo 6°, párr. III.
[1760] Fuente: Entrevista realizada a Juana, Paraíso, Ej. Oriente, Hormiguero, 18/07/2013.

Paraíso	66	17.60
Jalapa	36	9.76
Macuspana	52	12.09
Tacotalpa	59	16.81
Teapa	41	12.69
Balancán	38	16.10
Centla	33	8.85
Emiliano Zapata	46	13.65
Jonuta	50	15.97
Tenosique	41	14.91

FUENTE: Elaboración propia con datos tomados del Diagnóstico de Vulnerabilidades de las Mujeres del Estado de Tabasco 2013.

De igual forma y estrechamente relacionada con la violencia patrimonial, se tipifica según la Ley la violencia económica, *la cual se define como toda acción u omisión del agresor que afecta la supervivencia económica de la víctima. Se manifiesta a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas, así como la percepción de un salario menor por igual trabajo dentro de un mismo centro laboral*[1761].

Alguna de las formas más comunes en que se manifiesta este tipo de violencia contra las mujeres, es no tomándolas en cuenta o concediéndoles muy poca participación en la toma de decisiones sobre el ingreso del hogar y sobre el manejo del poder adquisitivo.

2. ESFUERZOS Y COMPROMISOS

En 2006 se presentó así el Primer Informe Especial del Secretario General de la Organización de Naciones Unidas, titulado "Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer", que recoge y sistematiza todas las expresiones antiguas y modernas de la violencia basada en el género, sobre las cuales establece jurisdicción. En suma, el reconocimiento del

[1761] Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Artículo 6°, párr. IV.

problema, por parte la Organización de las Naciones Unidas Naciones Unidas, coaccionó a las instituciones políticas de los países hasta entonces no habían tomado ninguna previsión sobre el problema a aceptar algunos planteamientos de las organizaciones feministas respecto a la necesidad de proteger y auxiliar a las mujeres en estas situaciones. Se promovieron reformas en los códigos penales para reconocer algunos delitos sexuales, se impulsaron campañas de información y se abrieron las primeras Casas de Acogida, como parte de las acciones adoptadas por los gobiernos en una buena cantidad de países.

Por ello surgen en nuestro país observatorios ciudadanos nacionales de feminicidio, así como la Fiscalía Especializada en delitos en contra de las mujeres, espacios en la cámara de diputados para promover leyes y la creación de centros de justicia en distintos estados del país.

En años recientes, la adhesión de México a los principales instrumentos internacionales, ha favorecido en nuestro país y nuestro estado la aprobación de leyes que deberían garantizar los derechos humanos de las mujeres, incluido el derecho a la igualdad.

Entre los adelantos más significativos en el estado de Tabasco se encuentran:

El desarrollo de un marco jurídico e institucional para el acceso de las mujeres a una vida libre de violencia; para la igualdad entre hombres y mujeres. En materia normativa, destaca la Ley Estatal de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y su reglamento; La ley para la igualdad entre Mujeres y Hombre del estado de Tabasco y la iniciativa en revisión de su reglamento; el Programa Estatal para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres de Tabasco; la propuesta del programa estatal para la igualdad entre mujeres y hombres de Tabasco; el Programa especial para la atención integral de las Mujeres y el programa e Cultura Institucional para la igualdad.

En materia normativa, la experiencia nos ha enseñado que, pese a que hemos avanzando en la constitución de un marco jurídico a favor de las mujeres, no basta con crear o modificar las leyes, la ley no hace cultura. Las desigualdades y las violencias de género, son resultado de la manera como se han construido las relaciones entre hombres y mujeres. A mayor inequidad en una sociedad a mayor desigualdad de género, la violencia contra las mujeres se diversifica y recrudece.

Los órganos directivos y colegiados que acompañan los esfuerzos en la constitución de Instancias de las mujeres como el INMUJERES, las secretarías, institutos y coordinaciones estatales y las Direcciones municipales, son otra de las fortalezas relevantes en nuestro País.

En particular en el estado se han activado desde 2013 los órganos colegiados, sistemas y mesas como estrategias en los mecanismos de adelanto para la igualdad de oportunidades de las mujeres (Cuadro 3).

CUADRO 3. SISTEMAS Y MESAS ESTATALES COMO ESTRATEGIAS EN LOS MECANISMOS DE ADELANTO PARA LA IGUALDAD

Tema	Si	No	2015	2016	Responsable	Observaciones
Sistemas y Mesas Estatales						
Instalación del Sistema Estatal para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres de Tabasco	X				IEM	
Instalación del Sistema Estatal para la Igualdad entre Mujeres y Hombres de Tabasco	X				IEM	
Comité Técnico Interinstitucional para prevenir y combatir la Trata de Personas	X				FGE	
Mesa Interinstitucional de Atención a la Violencia contra las Mujeres y los Feminicidios en Tabasco	X				IEM / SEGOB	Capacitación a integrantes de la Mesa Interinstitucional de Atención a la Violencia contra las Mujeres y los Feminicidios en Tabasco
Comité Estatal del Programa Alerta Amber	X				FGE	
Grupo GEPEA (Grupo Estatal para la Prevención del Embarazo Adolescente)		X			COESPO	

Fuente: Instituto Estatal de las Mujeres, 2015[1762].

Destaca en este rubro, la Instalación del Sistema Estatal para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia, en especial la que se produce en contra de las mujeres en Tabasco, creado en julio de 2010 con la finalidad de promover la ejecución coordinada de programas y políticas públicas en materia de género; aprobar las disposiciones legales en la materia y proponer al ejecutivo reforma o adiciones de las mismas; elaborar diagnósticos sobre todos los tipos de violencia y conocer los temas relacionados con la aplicación de la ley (Cuadro 4).

[1762] Instituto Estatal de las Mujeres, Acciones en favor de la igualdad de derechos y prevención de la violencia contra las mujeres, Tabasco, IEM, 2015, p,1.

CUADRO 4. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA DEL ESTADO FRENTE AL MARCO JURÍDICO FEDERAL

Tema	Si	No	2015	2016	Responsable	Observaciones
Armonización Legislativa						
Ley Estatal de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia	X				SEGOB / CGAJ / CONGRESO / IEM	
Reglamento de la Ley Estatal de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia	X				SEGOB / CGAJ / CONGRESO / IEM	
Ley para la Igualdad entre Mujeres y Hombres del Estado de Tabasco	X				IEM / SEGOB / CGAJ / CONGRESO	
Reglamento de la ley para la Igualdad entre Mujeres y Hombres del Estado de Tabasco		X	X		IEM / SEGOB / CGAJ / CONGRESO	En revisión por la CGAJ
Ley Estatal para Prevenir y Erradicar toda forma de Discriminación		X			CEDH / SDS /CGAJ / CONGRESO / FGE	
Reglamento de la Ley Estatal para Prevenir y Erradicar toda forma de Discriminación		X			CEDH / SDS /CGAJ / FGE	
Ley para prevenir combatir y sancionar la Trata de Personas	X				SEGOB / CGAJ / CONGRESO / FGE	No está armonizada con la Ley General
Reglamento de la ley para prevenir combatir y sancionar la Trata de Personas		X			SEGOB / CGAJ / CONGRESO / FGE	
Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco	X				SEGOB / CGAJ / CONGRESO	No está armonizada con la Ley General
Reglamento de Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco		X			SEGOB / CGAJ / CONGRESO	

Fuente: Instituto Estatal de las mujeres, 2015[1763].

Desde su instalación en esta administración 2013-2018 el Sistema en cuestión ha sido presidido por el Gobernador Constitucional del estado y los titulares de las diferentes secretarías e instituciones que lo conforman.

Entre sus logros principales se cuenta la elaboración del diagnóstico de las vulnerabilidades de las mujeres el cual fue realizado en los meses de abril 2013 a agosto 2014 (cuadro 5) y tiene como producto la publicación de 4 tomos con los siguientes títulos: Tomo I Mujeres, Violencia y Salud Reproductiva: Haciéndonos Visibles, Tomo II Mujeres Analfabetas Indígenas, el recuento de una exclusión, Tomo III: Mujeres en el olvido: Tercera Edad y Discapacidad, Tomo IV Visualizando Espacios de vulnerabilidad: Jefas de Familia y Medio Ambiente.

Gracias al diagnóstico, se pudieron planear campañas permanentes dirigidas a las necesidades específicas de los y las usuarias, estas se muestran en el siguiente cuadro y van acompañadas de diferentes instituciones estatales responsables y de apoyo. Se estableció un programa de atención a estudiantes de educación básica, media superior y superior con la finalidad de prevenir la violencia mediante la capacitación y educación en base a la sensibilización de la violencia de género, talleres, concursos, cine y exposiciones itinerantes que complementan esta sensibilización.

[1763] Ibíd, p,2.

CUADRO 5. ACCIONES DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Tema	Si	No	2015	2016	Responsable	Observaciones
Acciones de Prevención de la Violencia						
Diagnósticos						
Diagnóstico sobre las vulnerabilidades que viven las mujeres Tabasqueñas	X				IEM	
Diagnóstico sobre violencia en el noviazgo en jóvenes de 15 a 18 años		X	X		IEM	
Campañas permanentes						
Campaña Cero Tolerancia	X				IEM/CGCSRP/DIF/APE	
Campaña "No estás sola, conoce tus derechos".	X				IEM/CGCSRP/DIF/APE	
Campaña "Día Naranja".	X				IEM/CGCSRP/DIF/APE	
Campaña Violencia en el Noviazgo	X				IEM/CGCSRP/DIF/APE	
Atención a estudiantes de educación básica, media y superior						
Talleres de sensibilización sobre violencia de género	X				IEM / SE	
Talleres de Violencia en el Noviazgo	X				IEM / SE	
Talleres sobre nuevas masculinidades	X				IEM / SE	
Concurso de carteles sobre violencia de género	X				IEM/CGCSRP/DIF/SE	
Exposición itinerante "cero tolerancia a la violencia de género"	X				IEM/CGCSRP/DIF/SE	
Cine itinerante sobre nuevas masculinidades			X		IEM	

Fuente: Instituto Estatal de las mujeres, 2015[1764].

En la actualidad se está llevando a cabo la encuesta estatal sobre violencia en el noviazgo adolescente a estudiantes de secundaria y preparatoria, cabe agregar la importancia que tiene que al final de la encuesta, se les brindan conferencias de sensibilización a niños, niñas y adolescentes sobre esta temática.

También ha sido exitoso el programa de talleres de nuevas masculinidades, el cual se imparte de manera gratuita en el Instituto en horario vespertino y se ofrece el cine itinerante sobre nuevas masculinidades en las comunidades del Estado de Tabasco, después de ver la película se reflexiona sobre temas proigualdad, y en relación a la Ley para la igualdad entre hombres y mujeres.

En febrero de 2015 posterior a la aprobación de la ley para la igualdad entre Mujeres y Hombres de Tabasco, se instaló el Sistema Estatal para la igualdad entre Mujeres y Hombres de Tabasco (cuadro 6), el cual tiene como objetivo principal efectuar acciones de común acuerdo destinadas a la promoción y procuración de la igualdad entre mujeres y hombres.

[1764] *Ibid*, p,3.

CUADRO 6. ACCIONES PARA LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Tema	Si	No	2015	2016	Responsable	Observaciones
Acciones para la Igualdad entre M y H						
Firma de convenio entre INMUJERES y el Gobierno del Estado	X				GOB / IEM	
Presupuestos Públicos con Perspectiva de género	X				IEM / SEPLAFIN	El IEM dará curso sobre presupuestos con perspectiva de género a SEPLAFIN
Creación de Unidades de Género	X				IEM	
Banco Estatal de Datos e Información sobre Casos de Violencia contra las Mujeres de Tabasco	X		X		IEM / BANAVIM	(Se adquirió el equipamiento, y el BANAVIM proporcionará en 2015 el sistema)
Evaluación de políticas públicas para insertar la PG en los temas de embarazo en adolescentes, muerte materna y violencia obstétrica		X		X	SALUD / IEM	(Planificado para 2016 por parte del IEM)

Fuente: Instituto Estatal de las mujeres, 2015[1765]

En materia de Trata de personas, se instaló por parte de la Fiscalía general del estado el Comité Técnico Interinstitucional para prevenir y combatir la trata de personas, el cual tiene como objetivo principal regular la prevención, combate y sanción del delito de trata de personas, así como las medidas de atención y asistencia necesarias para garantizar los derechos de las víctimas de este ilícito.

3. FEMINICIDIOS, AVANCES Y RETROCESOS EN LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES DE TABASCO.

Uno de los principales focos rojos en la sociedad mexicana es el incremento de crímenes contra las mujeres. Aunque la violencia contra las mujeres es un fenómeno continuo y ha existido en todas las sociedades, es en estas últimas décadas donde se han llevado a cabo análisis del problema en el ámbito nacional e internacional.

Las obligaciones contenidas en las normas internacionales de Derechos Humanos y de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se limitan a legislar en contra de la violencia hacia las mujeres, sino también obliga a los estados a tomar medidas positivas para prevenir independientemente donde se produzca. De ahí el reconocimiento de que la aplicación del derecho debe tener un efecto transformador en la sociedad.

Aunque investigadoras latinoamericanas han señalado que las muertes por partos inseguros, la muerte por abortos caseros, muertes por sida como consecuencia de no poder negociar con sus parejas el uso del condón, así como las muertes de niñas por el principio de alimentación selectiva también son considerados feminicidios, para este estudio solo se han considerado la

[1765] *Ibid*, p,6.

mortalidad femenina.

En la actualidad el Estado mexicano no cuenta con cifras confiables que permitan estimar la magnitud de los homicidios dolosos contra mujeres y niñas en el país.

Los datos oficiales manejados por algunos órganos de gobierno, como las Procuradurías de Justicia Estatales, no coinciden con las cifras difundidas por las instancias Federales y mucho menos con las manejadas por las organizaciones de mujeres y de defensa de los derechos humanos.

La titular de la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas (Fevimtra), Nelly Montealegre Díaz, señaló que a la fecha los 16 estados sin un protocolo de investigación de feminicidio son Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Durango, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Nayarit, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Zacatecas[1766]

En tanto los que no cuentan con un protocolo[1767] de investigación de niñas y mujeres desaparecidas son Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Zacatecas.

De los Estados que tienen protocolo de investigación ministerial, policial y pericial del delito de feminicidio, el Distrito Federal, Zacatecas y Jalisco, señalan los datos que orientan a la investigación de feminicidio que son:

a) Que la ofendida sea mujer
b) La víctima presente signos de violencia sexual
c) Que la causa de muerte sea violenta y se tengan indicios de la privación de la vida por razones de género.
d) A la víctima se le hayan inflingido lesiones degradantes o mutilaciones previas o

[1766]NOTIMEX, 23 de marzo del 2014. http://www.unotv.com/noticias/nacional/detalle/Hay-16-estados-sin-protocolo-de-investigacion-de-feminicidios-Fevimtra-136773/

[1767]La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dictó sentencia en el caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, en la cual, en su apartado 4 denominado "Medidas de satisfacción y garantías de no repetición", señala que como parte de estas garantías debe llevarse a cabo la "Estandarización de los protocolos, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, para combatir desapariciones y homicidios de mujeres y los distintos tipos de violencia contra las mujeres". En este sentido, el Tribunal Interamericano ordenó en el resolutivo 18 de la mencionada sentencia, que: "El Estado deberá, en un plazo razonable, continuar con la estandarización de todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género, conforme a lo dispuesto en los párrafos 497 a 502 de esta Sentencia".

posteriores a la privación de la vida.

e) Existan datos que evidencien amenazas, acoso, violencia o lesiones del sujeto activo en contra de las víctimas antes de su muerte.
f) El cuerpo sin vida de la víctima sea expuesto, depositado o arrojado en un lugar público.
g) Que el cuerpo de la ofendida sea localizada en posiciones anatómicas o condiciones inhumanas y/o degradantes.
h) El móvil del homicidio.
i) La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a su fallecimiento.
j) Existan datos que establezcan que se han cometido amenazas, acoso, violencia o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima[1768].

Debido a la falta de un protocolo formal que describa la atención a mujeres víctimas de feminicidio en el Estado de Tabasco, no se ha juzgado a nadie por ese delito, aunado a ello los encargados de decretar ordenes de emergencia y prevención son los ministerios públicos quienes necesitan conocer las fuentes de datos necesarias para actuar, lo que implica la incapacidad de poner freno a los crímenes y encarcelar a los responsables.

En Tabasco a partir del 2013, con el Gobierno del Lic. Arturo Núñez Jiménez, se lleva un registro puntual en las bases de datos del a Procuraduría General del Estado, acerca de los homicidios perpetrados en contra de las mujeres y en especial los tipificados como feminicidios. Y con el esfuerzo de la Secretaria de Gobierno y el Instituto Estatal de las Mujeres se revisan los datos en la denominada Mesa Interinstitucional para el avance de las averiguaciones de los feminicidios en Tabasco, que ha venido sesionando desde marzo de 2013 al menos una vez al mes.

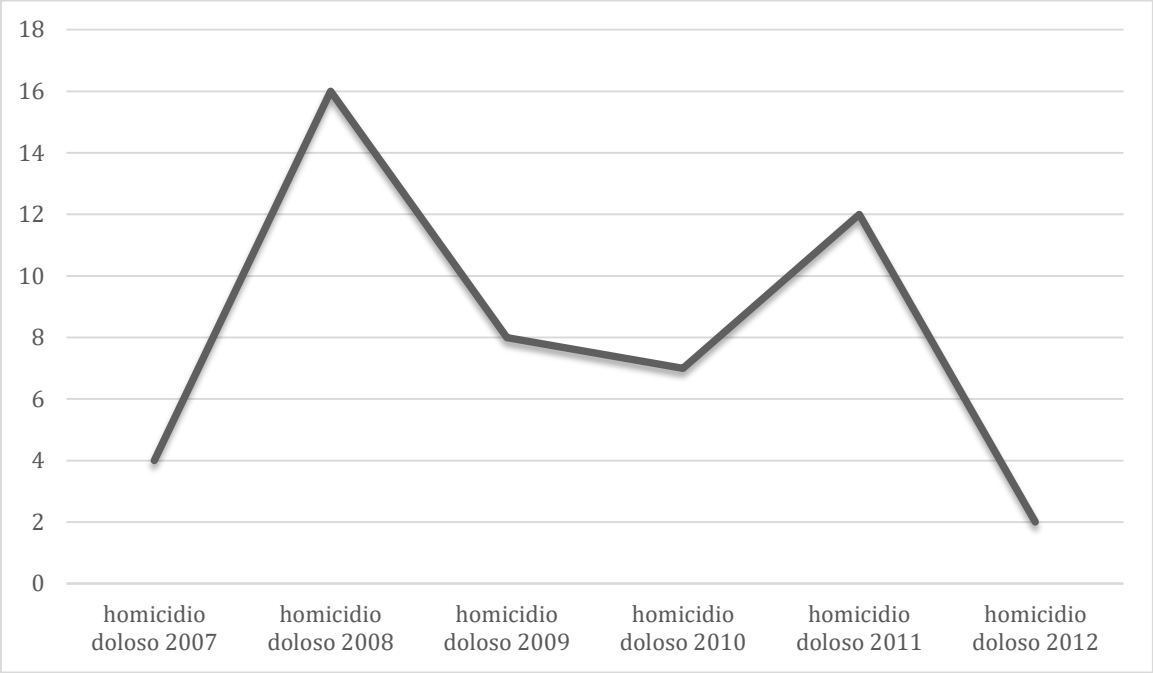
Para el análisis de la situación de los feminicidios en el estado que aquí se analiza, se tomó como fuente confiable a la Procuraduría General de Justicia en el Estado.

La gráfica, representa la evolución del número de homicidios perpetrados contra las mujeres tipificadas en su mayoría como homicidios dolosos.

La pena impuesta en el homicidio doloso es de veinte a cincuenta años de prisión, lo cual no difiere en la pena del delito calificado como feminicidio, pero si altera en gran medida la posibilidad de registrar cifras fidedignas de mujeres asesinadas por la razón principal de ser mujeres y con ello se atrasan las políticas públicas para su atención, sanción y erradicación.

[1768]Veáse el protocolo de investigación ministerial, policial y pericial del delito de feminicidio de los Estados de Zacatecas, Jalisco y el Distrito Federal.

GRÁFICO 1. COMPARATIVO DE ESTADÍSTICA DE FEMINICIDIO Y HOMICIDIO DOLOSO 2007-2012



Fuente: Procuraduría General de Justicia del Estado, 2013.

En relación a la causa de muerte, se añade que por lo general las mujeres son producto de la violencia desmedida tales como: cortaduras con armas punzo cortantes, puñaladas, ahorcamientos, hemorragias y asfixias. La muerte por asfixia, estrangulamiento y armas blancas son registrados como los más frecuentes en los feminicidios y representan cada uno un promedio del 28% de los casos que en conjunto suman el 84% el total de las fallecidas[1769].

En algunos casos la saña es tal que son desmembradas o cercenadas del rostro para que no pueda ser reconocida y tiradas en sacos en terrenos baldíos. Una situación común es que aun cuando las evidencias son claras en cuanto al tipo de delito, los médicos legistas los certifican como choque hemorrágico, muerte por asfixia causado por contusiones, contribuyendo con ello a la complicidad y la normalización de la violencia; sin contar que en los listados de averiguaciones previas iniciadas los expedientes por lo general no contemplan como precedente que la violencia física fue sistemática, por lo que no se tipifica como feminicido sino como homicidio doloso.

En cuanto a la evolución del número de feminicidios, se muestra que anualmente fallecen un promedio de 10 mujeres por año. Siendo la cifra máxima en el año 2008 de 16. Pero que no

[1769] Procuraduria General de Justicia del estado de Tabasco, 2013.

pasa un solo año en la vida de las mujeres en que no aparezcan los cadáveres tirados en algún terreno baldío o despoblado.

Los principios que deben regirse en la investigación eficaz del delito de feminicidio de acuerdo a los protocolos internacionales son: la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, el respeto a la dignidad humana de las mujeres, la no discriminación, la protección integral de los derechos de la niñez, el respeto a la libertad personal, el respeto a la integridad personal, el respeto a la vida y la impartición de una justicia pronta y expedita.

A veces el hogar es el lugar más inseguro para las mujeres porque en este, corren un mayor riesgo de sufrir violencia por parte de sus parejas, padres u otro miembro de su familia. Las estadísticas oficiales muestran que en todos los casos, tanto homicidios dolosos como feminicidio el perpetrador es un hombre. Algunos tenían relación con la víctima tales como esposo, amasia, concubino, novio o amigo cercano, Otros más eran hombres a quien desconocían.

Es habitual que la violencia contra las mujeres no se denuncia ya que los obstáculos a la hora de denunciarla son entre otros: la ausencia de alternativas económicas a permanecer en una relación de abuso, la falta de confianza en la policía, el sistema judicial que desconoce el protocolo de actuación, las barreras psicológicas y sociales que acompañan a la violencia. La probabilidad de que una mujer que sufra violencia en una comunidad o municipio denuncia es casi nulas, ya que no existen unidades especializadas de policía capacitadas en la violencia intrafamiliar; así la actuación es indebida y en muchos casos obstaculiza el camino de las sobrevivientes de esa violencia.

La creación de la Mesa Interinstitucional de atención a la violencia contra las mujeres y los feminicidios en Tabasco, ha sido una iniciativa del Instituto Estatal de las Mujeres, de las que se han derivado acciones concretas tales como la iniciativa del Protocolo Alba; mecanismo que tiene por objeto activar en el momento de que se reporte la desaparición de una mujer todos los recursos federales, estatales y municipales para su búsqueda. Pero aún falta mucho por hacer como se muestra en el cuadro 7.

CUADRO 7. PROTOCOLOS, MODELOS, UNIDADES PARA LA ATENCIÓN DE MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA.

Tema	Si	No	2015	2016	Responsable	Observaciones
Protocolos, Modelos, Unidades						
Protocolo Alba	X				FGE / IEM / SEGOB	Se cuenta con el Modelo de Protocolo
Protocolos de actuación en casos de feminicidio y violencia sexual		X			FGE / SSP	
Protocolos en las especialidades de medicina, psicología, antropología forense y odontología para la atención a las víctimas y sus familiares		X			FGE	
Laboratorio de genética		X			FGE	
Sistema CODIS (Bases de Colaboración en Materia de Intercambio de Información Genética con la finalidad de compartir y confrontar los registros de evidencia genética de personas no identificadas)		X			FGE	
Órdenes de protección para generar la búsqueda y localización de niñas y mujeres desaparecidas		X			FGE	
Unidad Especializada para la Atención de Mujeres Víctimas de Violencia		X			SSP	
Modelo de prevención y atención de violencia contra las mujeres tabasqueñas alineado al Programa Integral de Prevención, Atención, Sanción y Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres 2014-2018			X		IEM	En coordinación INMUJERES

Fuente: Instituto Estatal de las Mujeres, 2015[1770].

La erosión que la impunidad provoca en la legitimidad del sistema de justicia se ve agravada por la incertidumbre que padecen las familias de las víctimas, asimismo las defensoras de los derechos humanos que ven amenazadas sus vidas por luchar a favor de la justicia son víctimas de esta situación de corrupción.

La cultura jurídica aún continúa protegiendo la privacidad y la dominación masculina dentro de la familia a expensas de la seguridad de las mujeres y las niñas. Ya que por lo general en el caso de las víctimas de esposos o parejas sentimentales, provienen de relaciones donde prevalece el maltrato y la violencia en todos sus tipos.

En el rubro de espacios de atención a las mujeres que sufren violencia de género, se ha iniciado en este 2015 la construcción del Centro de Justicia para mujeres, dos unidades regionales dependientes del Instituto Estatal de las mujeres ubicadas en los municipios de Paraíso y Emiliano Zapata, previo análisis geográfico de las zonas donde se presenta un mayor índice de violencia en contra de las mujeres.

Además de las tres brigadas móviles de atención comunitaria, se cuenta desde mayo de 2014 con la unidad fluvial “Navegando hacía ti” que llega donde nadie más había prestado ayuda,

[1770] Instituto Estatal de las Mujeres, *Op. Cit.*, p,5.

dado las condiciones de aislamiento de comunidades donde solo es posible acceder por ríos y lagunas.

En Agosto de 2015 se implementó la atención a mujeres victimas de violencia de género con el programa "Red de especialistas en género" cuyo objetivo es apoyar a las mujeres en situación de emergencia que requieran atención inmediata de especialistas en materia legal, psicológica y de trabajo social, mediante el envió de un inbox a la fan Page IEM Tabasco, entran de manera inmediata en contacto con un especialista.

Los grupos de masculinidad para la prevención y atención de la violencia, atienden a hombres agresores y a hombres interesados en aprender a vivir sin violencia de género. Su implementación ha sido un acierto, logrando la apertura de más de 14 que acuden a los módulos de atención permanente.

CONCLUSIONES

Las instituciones encargadas de la protección de la salud física y mental de las mujeres no hemos logrado conseguir la protección de las mujeres que sufren algún tipo de violencia. Según el diagnóstico acerca de las vulnerabilidades que sufren las mujeres en Tabasco solo un promedio de dos de cada diez mujeres denuncia a su agresor.

Algunas causas expresadas por las mujeres que sufren violencia van desde el miedo al agresor, hasta aquellas relacionadas con estereotipos que tienen que ver con que las cosas de la casa no se deben contar.

En Tabasco mueren más frecuentemente mujeres en una edad plena y madura, por lo general mujeres que tienen una historia personal de violencia y cuyo perpetrador es un esposo celoso, golpeador o con serios problemas de salud mental.

La mayor parte de los delitos por razones de género son aun calificados como Homicidio Doloso, es hasta 2012 cuándo gracias a la tipificación y a las innegables características de los casos que apenas se comienzan a calificar como feminicidios.

El trabajo sistemático en las mesas interinstitucionales donde se informa y discute de los casos con la participación de los titulares de la PGJ y SSP, favorece la participación y las acciones que previenen y actúan en contra de la violencia hacia las mujeres.

El diseño y puesta en marcha del Protocolo Alba, permite la unión de esfuerzos en la búsqueda y localización de las mujeres que ha resultado efectiva en el caso de protocolos similares como la alerta Ámbar.

Las campañas como la realizada en Tabasco por el Instituto Estatal de las Mujeres y auspiciada por el Inmujeres, son formas efectivas de reeducación social que permean en las personas más desprotegidas como las mujeres rurales que viven alejadas de toda información.

La elaboración de diagnósticos sobre las distintas vulnerabilidades de las mujeres permite conocer la representación social que las mujeres tienen sobre la violencia que se ejerce en contra de ellas, y con ello su visibilidad y la planeación de acciones certeras.

Por lo cual se recomienda:

El trabajo sistemático en las mesas interinstitucionales donde se informa y discute de los casos con la participación de los titulares de la PGJ y SSP, dado que las instituciones participantes proponen y realizan esfuerzos conjuntos.

Girar órdenes de protección para generar la búsqueda y localización de niñas y mujeres desaparecidas.

Establecer protocolos en las especialidades de medicina, psicología, antropología forense y odontología para la atención a las víctimas y sus familiares.

Implementar protocolos de actuación en casos de feminicidio y violencia sexual. Abrir una unidad especializada para la Atención de Mujeres Víctimas de Violencia.

BIBLIOGRAFÍA

Diana Rusell y Jill Radford (2006) Diana Rusell y Jill Radford (2006) Feminicidio: una perspectiva global. Talleres S y G. México. D.F.

Entrevista realizada a Juana, Paraíso, Ej. Oriente, Hormiguero, 18/07/2013.

H Congreso de la Unión, Cámara de diputados. LIX Legislatura. (2005) Feminicidio, Justicia y Derecho. México. D.F

Hernandez M. Y Martínez P. (2011) Evolución de los feminicidios de pareja desde la Ley de Violencia de Género. Universidad Internacional Valenciana. Disponible en http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3886966

Instituto Estatal de las Mujeres, Acciones en favor de la igualdad de derechos y prevención de la violencia contra las mujeres, Tabasco, IEM, 2015, p,1.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Panorama de Violencia contra las mujeres en México, ENDIREH, México, INEGI, 2011, pp. 34-47.

Instituto Nacional de las mujeres, Relevante tipificar el feminicidio como delito: inmujeres, México, 22 de junio de 1014, http://www.inmujeres.gob.mx/inmujeres/index.php/34-sala-prensa/noticias-inicio/1136-feminicidio

Lara Romero Lily, Vulneración de los derechos humanos de las mujeres de tabasco por la violencia psicológica, Tabasco, ponencia presentada en el Foro de mujeres por la igualdad.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

Ley del Instituto Nacional de las Mujeres

Ley Estatal de aceso a una vida lbre de violencia

Ley de igualdad entre hombres y mujeres

NOTIMEX, 23 de marzo del 2014. http://www.unotv.com/noticias/nacional/detalle/Hay-16-estados-sin-protocolo-de-investigacion-de-feminicidios-Fevimtra-136773/.

Procuraduria General de Justicia del estado de Tabasco, 2013

Resolución ONUMUJERES, E/RES/2013/18.

Romero Rodríguez Leticia del Carmen (Coord.), Diagnóstico de vulnerabilidades de violencia, Tabasco, IEM, 2013, p,30

Teruelo J.G. (2011) Feminicidios de género: Evolución real del fenómeno, el suicidio del agresor y la incidencia del tratamiento médico. Universidad de Oviedo. Disponible en http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano9-2011/a92011art1.pdf

Zambrano (2006) en Diana Rusell y Jill Radford (2006) Feminicidio: una perspectiva global. Talleres S y G. México. D.F.

CAPÍTULO II. EL DERECHO HUMANO DE PROTECCIÓN DE LA SALUD. MÉXICO Y EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Hugo Carrasco Soulé[1771]

SUMARIO:

I.- Contexto internacional. II.- Características definitorias del derecho de protección a la salud III.- Problemas de interpretación sobre la terminología empleada en convenciones internacionales para describir los linderos conceptuales del derecho de protección de la salud. IV.- El marco normativo mexicano en materia del derecho humano de protección de la salud. V- La judicialización del derecho de protección de la salud en México. Bibliografía.

RESUMEN:

El Derecho Humano de Protección de la Salud, como derecho fundamental que es, se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales de los que México es Parte. Si bien es cierto que a la par, tanto en la legislación mexicana, como en la actuación del Estado mexicano, este derecho en cuanto a su interpretación ha ido evolucionando, también lo es que el establecimiento de sus fronteras conceptuales y características definitorias se encuentra aún en etapa de construcción exegética, lo que ha propiciado la judicialización del derecho en comento, tanto en jurisdicciones locales, como en las internacionales. Las resoluciones judiciales permitirán clarificar qué obligaciones para el Estado se comprenden en las provisiones contenidas en legislaciones nacionales y en tratados internacionales, y qué profundidad en los cimientos de este derecho pueden esperar los gobernados.

Palabras clave: Derechos Humanos, Tratados Internacionales, Derecho de Protección a la Salud, Constitución, Ley General de Salud, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, fraseo salvaguarda, progresividad, universalidad, *pro homine.*

ABSTRACT:

The Human Right to Health Protection, which is a fundamental right, is recognized in various international instruments to which Mexico is a party. While it is true that the couple, both Mexican law and the performance of the Mexican State, this right in their interpretation has evolved, so is establishing its conceptual boundaries and defining characteristics is still exegetical stage of construction, which has led to the prosecution of the law in question, both in local jurisdictions, and international. Will allow judgments to clarify what obligations the State comprise the provisions contained in national legislation and international treaties, and how deep in the foundations of this right can expect the governed.

KEYWORDS*:* Human Rights International Treaties Law, Health Protection, Constitution, the General Health Law, Inter-American Court of Human Rights, Supreme Court of Justice of the Nation, phrasing safeguard escalation, universality, pro homine.

[1771] Catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM e Investigador del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT.

I. CONTEXTO INTERNACIONAL

El Estado Mexicano ha celebrado diversos instrumentos de carácter internacional, a través de los cuales se ha expresado unánimemente el asentimiento universal sobre el cumplimiento de determinadas pretensiones legales y expectativas políticas vinculadas con el goce y disfrute efectivo del *derecho fundamental de protección de la salud* al que todo ser humano debe tener acceso, siendo los más relevantes los siguientes:

Universales	*Declaración de los Derechos Humanos (1948)*	Artículo 25, Párrafo 1º	"…toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".
	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)	Artículo 12, Párrafo 1 y 2	1. "Los estados Partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que debe adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento de todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha en contra de ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de

			enfermedad".
	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)	Artículo 5, Inciso iv) del apartado e)	"…los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: iv. El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales; …"
	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)	Artículo 11, apartado f) del párrafo 1 y artículo 12	"Artículo 11. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: … f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de la reproducción;…" "Artículo 12. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de

			atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia…”
	Convención sobre los Derechos del Niño (1989)	Artículo 24	“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios…”
	Convenio Número 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989)	Artículo 25, Párrafo 1	“Artículo 25 1. Los gobiernos deberán velar porque se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.”
	Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971)	Artículo 2	“Artículo 2. El retrasado mental tiene derecho a la atención médica y el tratamiento físico que requiera su caso, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que le permitan desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes.”
	Declaración de los Derechos de los Impedidos	Artículo 6	“Artículo 6. El impedido tiene derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia; a la readaptación médica y social

	(1975)		

REGIONALES	*Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo Social (1969)*	Artículos 10 inciso d), 11, inciso b) y 19	"El progreso y el desarrollo en lo social deben encaminarse a la continua elevación del nivel de vida, tanto material, como espiritual de todos los miembros de la sociedad, dentro del respeto y del cumplimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, mediante el logro de los objetivos principales siguientes: Artículo 10. … d) El logro de los más altos niveles de salud y la prestación de protección sanitaria para toda la población, de ser posible de forma gratuita. Artículo 11. … b) La protección de los derechos de madres y niños; la preocupación por la educación y la salud de los niños; la aplicación de medidas destinadas a proteger la salud y el bienestar de las mujeres, especialmente de las mujeres embarazadas que trabajan y madres de niños de corta edad, así como de las madres cuyos salarios constituyen la única fuente de ingresos para atender a las necesidades de la familia; la concesión a la mujer de permisos y de subsidios por embarazo y maternidad, con derecho a conservar el trabajo y el salario; Artículo 19. … a) La adopción de medidas para proporcionar servicios sanitarios a yoda la población y asegurar instalaciones y servicios preventivos y curativos adecuados y servicios de bienestar social

			accesibles a todos;…”

	Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)	Artículo 10	"1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables".

De la simple lectura del cuadro anterior, se desprendería, indubitablemente, que al suscribir todos estos instrumentos internacionales, la voluntad del Estado Mexicano sería decantarse por

formar parte de la inercia, que en el ámbito internacional, existe por construir bases sólidas para lograr un efectivo acceso a los servicios de salud en favor de sus gobernados.

II. CAACTERÍSTICAS DEFINITORIAS DEL DERECHO DE PROTECCIÓN A LA SALUD

Independientemente de que se comulgue o no con la aseveración que antecede, y que la misma tenga o no sustento -al menos en el plano filosófico-; del propio texto relevante de cada instrumento internacional antes aludido, se pueden desprender algunas otras conclusiones *a priori*[1772] sobre las características definitorias del *derecho de protección a la salud*, siendo éstas las siguientes:

a) Tiene como recipiendario *a toda persona*; sin embargo, también debe resaltarse que existen disposiciones específicas enfocadas a grupos cuya referencia merece mayor énfasis, como lo son las mujeres y los niños. Las primeras, debido a que históricamente han sido un grupo de seres que han enfrentado constantemente, no sólo la discriminación, sino también la inequidad de género. Los segundos, por tratarse de un conglomerado de individuos vulnerables atendiendo su situación de dependencia natural hacia sus mayores que les *deben* protección y guía hasta que aquellos obtengan la madurez y los medios sociales, económicos y psíquicos suficientes para lograr su plena autonomía en su desarrollo;

Aunque nuestros Tribunales Colegiados han reconocido que también las personas morales o jurídicas son sujetos protegidos por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por ende, deben gozar de los derechos fundamentales constituidos por los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales[1773]; en este caso particular, por la naturaleza del Derecho Humano del que se trata, el único recipiendario es la persona física.

[1772] Conclusiones que solo servirán de punto de partida o de paraje referencial para ahondar más adelante en el tema, ya que por ahora se han formulado sin revisar las interpretaciones que en la vida práctica han ejercido los organismos internacionales ad hoc, a través de sus órganos judiciales y/o administrativos –ejecutivos—, ni tampoco se han analizado previamente a su formulación, el impacto y/o reacción que cada Estado parte ha tenido en su cotidiano vivir frente a los compromisos adquiridos a través de esta fuente del Derecho.

[1773] Cfr. Rubro: PERSONAS MORALES O JURÍDICAS. DEBEN GOZAR NO SÓLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUIDOS POR LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, Y DE LAS GARANTÍAS PARA SU PROTECCIÓN, SIEMPRE Y CUANDO ESTÉN ENCAMINADOS A PROTEGER SU OBJETO SOCIAL, SINO TAMBIÉN DE AQUELLOS QUE APAREZCAN COMO MEDIO O INSTRUMENTO NECESARIO PARA LA CONSECUCIÓN DE LA FINALIDAD QUE PERSIGUEN. Fuente: Semanario Judicial de la

b) Es un derecho que los Estados Partes *reconocen*, y no que otorgan, es decir, el mismo existe, forma porción de la esencia del vivir del ser humano; no es una abstracción jurídica creada, cuya anuencia o beneplácito por parte del Estado sean necesarios para constituirse, y por ende, no depende de que la acepte para que pueda ejercerse universalmente por sus *gobernados*;

c) Comprende el bienestar físico, mental y social; además, regionalmente, para los Estados Firmantes de la *Convención Americana de los Derechos Humanos*, la salud es un bien público;

d) Toda persona tiene derecho a un nivel adecuado, que le asegure la salud o bien al disfrute del más alto nivel posible de salud. Para lograr lo anterior, los Estados Partes deben adoptar diversas medidas apropiadas que propicien la plena efectividad del derecho *en comento*, entre las que destacan:

- La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y su lucha en contra de ellas (incluyendo la asistencia y servicios médicos).
- El prohibir y el eliminar la discriminación para garantizar la igualdad en el goce y disfrute de este derecho. Al respecto, la SCJN ha hecho notar que las condiciones de aplicación del concepto de igualdad y supuestos de protección se han ampliado significativamente con el contenido de los tratados internacionales, que a la vez establecen criterios específicos para verificar si existe o no discriminación –los cuales complementan materialmente a los preceptos constitucionales—[1774].

En este sentido, la justicia federal ha establecido que tanto el derecho a la salud, como el acceso a la seguridad social no pueden condicionarse por cuestiones netamente vinculadas con la edad o con la nacionalidad.

Dentro de ese contexto, se pronunció un tribunal colegiado al sostener que conforme de los artículos 1o. y 123, apartado A, fracción XXIX, ambos de nuestra Carta Fundacional; y del

---

Federación y su Gaceta. Instancia: Tribunales. Colegiados de Circuito. Época: Décima Época. Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2. Tesis: XXVI.5o. (V Región) 2 K (10a.). Página: 1876

[1774] Cfr. Rubro: SALUD. LA EDAD NO PUEDE SER UNA CIRCUNSTANCIA PARA EXCLUIR DE LA COBERTURA DE LOS SEGUROS SOCIALES A PERSONA ALGUNA, PUES ELLO OCASIONARÍA LA DESPROTECCIÓN DE ESE DERECHO HUMANO. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III. Esta tesis se publicó el viernes 26 de septiembre de 2014 a las 9:45 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Tesis: IV.1o.A.24 A (10a.). Página: 2593.

artículo 68, numeral 1, del *Convenio Número 102* de la *Organización Internacional del Trabajo*, relativo a la *Norma Mínima de la Seguridad Social*; así como de los numerales 1, 2 y 27 de la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, y atendiendo a lo dispuesto, tanto por la *Opinión Consultiva OC-18/03, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, como por el artículo 6 de la *Ley de Migración;* se deben garantizar el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos, tanto en la Constitución, como en los instrumentos internacionales, por lo que con independencia de su situación migratoria, tienen derecho a gozar de los derechos derivados de la seguridad social, por lo que la circunstancia de que una persona extranjera desatienda las disposiciones administrativas de índole migratorio, no puede repercutir en el desconocimiento de sus derechos laborales, ni tampoco en los beneficios de aquélla, ya que éstos surgen por el hecho de haber desempeñado un trabajo, con el que se genera una aportación a la generación de riqueza en el país y es suficiente para que sea acreedor de tales beneficios, aun cuando carezca de permiso para laborar en él[1775].

En este mismo tenor de ideas, la SCJN sostuvo que las leyes en materia de seguridad social no deben ocasionar ningún tipo de discriminación por razón de edad, máxime si por razones que tienen un origen variado, las personas no pueden acceder a un primer empleo a una edad temprana, lo cual de ninguna forma puede ser una circunstancia para excluirlas de la cobertura de los seguros sociales, pues ello ocasionaría la desprotección del derecho a la salud[1776].

- El acceso a la seguridad social[1777] y a los servicios sociales: Es importante resaltar que el acceso a la seguridad social es un derecho que comparte los

[1775] Cfr. Rubro: SEGURIDAD SOCIAL. LOS EXTRANJEROS TIENEN DERECHO A LOS BENEFICIOS DERIVADOS DE ELLA SI HAN DESEMPEÑADO UN TRABAJO, AUN CUANDO OMITAN CUMPLIR CON LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE ÍNDOLE MIGRATORIO Y CAREZCAN DE PERMISO PARA LABORAR. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III. Tesis: XI.1o.A.T.18 L (10a.) Página: 2595. Esta tesis se publicó el viernes 12 de septiembre de 2014 a las 10:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

[1776] Cfr. Rubro: SALUD. LA EDAD NO PUEDE SER UNA CIRCUNSTANCIA PARA EXCLUIR DE LA COBERTURA DE LOS SEGUROS SOCIALES A PERSONA ALGUNA, PUES ELLO OCASIONARÍA LA DESPROTECCIÓN DE ESE DERECHO HUMANO. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III. Esta tesis se publicó el viernes 26 de septiembre de 2014 a las 9:45 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Tesis: IV.1o.A.24 A (10a.). Página: 2593.

[1777] El derecho a la seguridad social de los trabajadores al servicio del Estado mexicano se encuentra reconocido, tanto en el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso a), de la Carta Magna, como en lo previsto en los

> atributos que tiene todo *Derecho Humano*, a saber: Su ejercicio es imprescriptible, universal, inalienable, irrenunciable, e indivisible; su origen no es el Estado o las leyes, decretos o títulos, sino la propia naturaleza o dignidad de la persona humana; por lo que, al ser inmanentes a ésta, una vez reconocida formalmente su vigencia no caduca, aun superadas las situaciones coyunturales que llevaron a reivindicarlo, ni se pierden con el transcurso del tiempo[1778].

¿La pregunta obligada, es a quién le corresponde asegurar la satisfacción de las necesidades básicas para que el gobernado disfrute del más alto nivel posible de salud?

La Primera Sala de la SCJN recientemente sostuvo que, en un primer momento, que corresponde únicamente al Estado asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de todos sus ciudadanos mediante servicios sociales, seguros o pensiones en casos de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y, en general, cualquier otro supuesto previsto en las leyes de la materia por el que una persona se encuentre imposibilitada para acceder a medios de subsistencia por circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, también concluyó que no es correcto sostener que la satisfacción de este derecho corresponde exclusivamente al Estado en los supuestos anteriormente señalados pues, derivado de su propia naturaleza, es evidente que el mismo permea y se encuentra presente en ciertas relaciones que se entablan

---

artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 43 del Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Protocolo de Buenos Aires); 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; y 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ahora bien, en ellos, al igual que en la norma constitucional, no se precisan los presupuestos de acceso al derecho a la seguridad social, en relación con la obtención de una pensión jubilatoria, ni la forma de calcular su monto, por lo que es incuestionable que se deja al legislador ordinario la regulación de tales aspectos, para que establezca planes sostenibles que permitan lograr que todos tengan acceso a las prestaciones de seguridad social en un nivel suficiente, pudiendo establecer reglas para la cuantificación mínima y máxima del salario de cotización. No obstante lo anterior, las referidas normas reconocen que, cuando un trabajador cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber relación entre sus ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente. Cfr. Rubro: TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. ALCANCE DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL RESPECTO AL MONTO DEL SALARIO DE COTIZACIÓN. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima Época. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II. Tesis: 2a./J. 7/2015 (10a.). Página: 1531. Esta tesis se publicó el viernes 13 de febrero de 2015 a las 9:00 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 16 de febrero de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

[1778] Cfr. Rubro: SALDOS DE LA SUBCUENTA DE VIVIENDA E INSCRIPCIÓN AL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL. SON PRESTACIONES INMERSAS EN EL DERECHO HUMANO DE SEGURIDAD SOCIAL, CUYO EJERCICIO ES IMPRESCRIPTIBLE Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo II. Tesis: XII.2o.3 L (10a.). Página: 1660.

entre los particulares, especialmente en lo que se refiere a las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones de familia. La primera Sala continua explicando que, si bien es cierto que la obligación de proporcionar alimentos en el ámbito familiar es de orden público e interés social y, por tanto, el Estado tiene el deber de vigilar que en efecto se preste dicha asistencia, en última instancia corresponde a los particulares, derivado de una relación de familia, dar respuesta a un estado de necesidad en el que se encuentra un determinado sujeto, bajo circunstancias específicas señaladas por la propia ley. En consecuencia, la SCJN concluyó que del derecho fundamental a acceder a un nivel de vida adecuado emanan obligaciones, tanto para el Estado en el ámbito del derecho público -régimen de seguridad social-, como para los particulares en el ámbito del derecho privado -obligación de alimentos-, derivándose de la interacción y complementación de ambos aspectos la plena eficacia del derecho fundamental en estudio[1779].

En el sistema regional derivado de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* las medidas más relevantes complementarias a las universales ya precisadas son:

- Brindar asistencia sanitaria esencial;
- Cobertura universal de los beneficios de los servicios de salud;
- Total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- Educación preventiva y correctiva para la población sobre problemas de salud;
- Satisfacer las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y vulnerables por cuestiones de pobreza[1780].

[1779] Cfr. Rubro: DERECHO A ACCEDER A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. LA OBLIGACIÓN DE ASEGURAR LA PLENA EFICACIA DE ESTE DERECHO RECAE TANTO EN LOS PODERES PÚBLICOS COMO EN LOS PARTICULARES. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Primera Sala. Época: Décima Época. Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional Esta tesis se publicó el viernes 24 de octubre de 2014 a las 9:35 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Tesis: 1a. CCCLV/2014 (10a.). Página: 598.

[1780] De acuerdo con lo que expuso el Pleno de la SCJN, conceptualmente la pobreza es de menor extensión que la vulnerabilidad, ya que de acuerdo a la Ley General de Desarrollo Social la pobreza no es el único factor que puede posicionar a una persona o grupo en una situación de vulnerabilidad. Desde la misma definición legal de grupos vulnerables se hace referencia a la discriminación la cual, desde el concepto de discriminación contenido en el artículo 1o. de la Constitución Federal comprende una multitud de categorías que pueden provocarla: origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil; además la lista no es limitativa sino enunciativa, dejando abierta la posibilidad de nuevas categorías al incluir "cualquier otra que atente contra la dignidad humana". Cfr. Rubro: POBREZA Y VULNERABILIDAD. SUS DIFERENCIAS Y RELACIONES EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Tomo XXX, Agosto de 2009. Tesis: P./J. 86/2009. Página: 1073.

Hasta aquí las conclusiones *a priori* sobre las características definitorias del *derecho de protección de la salud* en la región americana; ahora, preciso es referirse a los problemas de interpretación que ofrece cada término comprendido en estos instrumentos internacionales respecto de sus alcances, efectos y consecuencias. Tarea que obsequia de igual forma, un campo *fértil* para sembrar la semilla de la reflexión, tanto en el ámbito jurídico, en el político y el social.

III. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN SOBRE LA TERMINOLOGÍA EMPLEADA EN CONVENCIONES INTERNACIONALES PARA DESCRIBIR LOS LINDEROS CONCEPTUALES DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DE LA SALUD

El primer tema a cavilar es si el término *persona*, al que aluden la totalidad de los instrumentos internacionales antes citados, refleja una realidad sobre la que hoy en la modernidad se pueda transitar sin sobresaltos, en la que no existan resistencias en cuánto a *qué*[1781] o *a quién* nos referimos como recipiendario del derecho materia de análisis. Si al expresar con total vehemencia en una convención internacional que "…*toda persona tiene derecho a…*", se comprende la profundidad, el calado de la frase, y que en razón de esa comprensión, la misma *debe* imponerse a cualquier otra *frase salvaguarda* que en el propio texto se incluya para aminorar su cuenca, para restringir su alcance, o bien para controlar el impacto que generarían las consecuencias de emplear en la vida real la plenitud y la universalidad que subyace en la frase *romántica*[1782] que "…*toda persona tiene derecho a* …".

En la modernidad, pareciera que desentrañar lo que significa la voz *persona*, ofrece un terreno *estéril*, en el que ya no hay nada más que contribuir; por ejemplo, se antoja que mínimo pueda ser el aporte que brindaría analizar la ya proscrita legendaria institución de la esclavitud; misma que por siglos generó un lazo tan estrecho con el que se explicaba *quién* podía

[1781] Intencionalmente se ha empleado el término *qué*, aunque, filosóficamente, solo debería haber cabida para el *quién*. En espera que las reflexiones que siguen justifiquen el por qué se empleó el *qué* como opción, y se logren establecer con claridad meridiana los pilares que dan sustento a la preocupación que se tiene sobre el hecho creciente de que en nuestra actualidad existen, desafortunadamente, fenómenos sociales que dan espacio para que en el lugar de que en la reflexión se empleé el vocablo *quién* respecto de la expresión de *persona* pueda emplearse la voz *qué*. Desafortunadamente, determinados *procesos, dinámicas, tolerancias y/o omisiones* de manufactura humana han hecho viable la *despersonificación* de lo que significa la *persona;* ello al grado de que para ciertos análisis o soluciones se le referencia como un *qué*, pues se le trata en el mejor de los casos como una estadística, como un número de seguridad social, como un porcentaje de efectividad, como un daño colateral, como un índice de desarrollo económico, que le permite al Estado justificar ciertas políticas o emprender determinadas acciones con tal de elevar los porcentajes en la medida de lo posible.

[1782] Frase que a todos enamora, que nadie objeta, y que al propio tiempo, nadie razona en cuanto a los efectos jurídicos que producirá con la suscripción y ratificación de un tratado o convención internacional.

ostentarse como *persona*, y a la par –sin importar que tuvieran la misma esencia física-, lo *qué* debía asumirse como un bien al tener la categoría de esclavo, sin autonomía propia, incluso sin la mínima posibilidad de disponer de su vida misma.

En la misma hipótesis nos encontraríamos, si a guisa de ejemplo, se intentara explicar que las mujeres sufrieron graves consecuencias jurídicas, sociales y económicas, por motivo de inequidad de género, y que por ello, se redujeron injustificadamente, por décadas, los límites frontera de su esfera como *persona* al no poder disponer libremente de sus bienes, pues requería de la aprobación de su cónyuge, o bien al tener prohibido el voto en elecciones presidenciales se nulificaba todo componente democrático que debiera tener la mujer como persona que es. Hoy, sería posible pensar que es poco lo que se puede aportar, ya que la mujer no solo vota, sino que además contiende por puestos de elección popular, por lo que la desigualdad entre hombre y mujer, que era producto de una situación de género ha perdido sustento razonable, y con ello la paridad entre hombre y mujer se encuentra en la agenda pública de todos los países –al menos en los occidentales-.

Ambos ejemplos, nos podrían generar la idea de que el analizar el término persona sería un campo árido, ya explorado sin que ello ofreciera un desafío conceptual real; sin embargo, en la actualidad hay fenómenos económicos, sociales, políticos y culturales que en este tema ofrecen importantes retos, ya que en la práctica, varios grupos no encajan en la multiocupada frase "…*toda persona*…", por ejemplo los migrantes que atraviesan desde su lugar de origen un territorio ajeno para buscar oportunidades de crecimiento en otro país que en apariencia es más desarrollado; ¿Qué acceso real tienen estas *personas* a los servicios de salud y asistencia médica en los países de tránsito, aún cuando estos Estados hayan suscrito los aludidos tratados en donde enfáticamente se ordena que "...toda persona…" goce y disfrute de tal o cual derecho. Otro grupo, en igualdad de circunstancias, lo representan aquellos que viven en pobreza extrema, en condiciones de miseria, sin rutas de acceso, geográficamente hablando, y en términos de comunicación. En este supuesto, estas personas tienen a su disposición los servicios de salud con la debida oportunidad, o bien tienen que desplazarse de su lugar de asentamiento a aquel donde pueden ser atendidos, previo viaje a pie por montañas, ríos y cordilleras, para ser atendidos por una enfermedad cuya principal dolencia es la inmovilidad que genera. De facto, la declaración emitida en el *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales* y

Culturales, que enfáticamente sostiene que toda persona tiene derecho a la salud, nos hace reflexionar si ese migrante, si ese indígena en extrema pobreza, tiene calidad de *persona*, porque una realidad inobjetable es que no tienen el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico y mental al que tienen derecho de acuerdo a dicho instrumento internacional del que México es Parte.

Otro caso igual de alarmante lo representan los grupos de mujeres y niñas que son *objeto* de las redes de *trata de personas*. En verdad, estas mujeres tienen acceso a los servicios de salud cuando sus vidas penden de voluntades ajenas, que están al servicio de intereses meramente económicos, que desde luego no buscarán su bienestar.

Estos grupos son producto de la indebida *inercia* que implica la modernidad y sus fuerzas macro-económicas, aunadas éstas al desgaste cultural de la época, a una crisis de valores sin parangón, y a los vacíos sociales de oportunidades que se presentan y que hasta ahora como sociedad no hemos logrado erradicar.

Dejando en el tintero todo el análisis multidisciplinario que estas conflictivas sociales podrían representar en torno a la figura conceptual del término *persona*; y con sólo la idea de sembrar inquietudes sin posibilidad de cosechar respuestas por cuestiones de tiempo y de extensión de este ensayo, es que daremos paso a esbozar un tema más específico, uno que tiene raíces de origen científico-médico, pero que al propio tiempo, ofrece complejidad paritaria a las temáticas antes bosquejadas:

¿En qué momento un ser humano queda bajo el halo de protección, y en qué instante cesa ese derecho que "…*toda persona…"* debe tener de protección a la salud? Se tiene al ser concebido, al pasar cierto tiempo el embrión en el seno materno, al nacer, al transcurrir periodo determinado con viabilidad fuera del cuerpo de la madre, al contar el cordón umbilical; y en su caso ¿cuándo se pierde? Con la muerte legal o la clínica.

También tiene sus implicaciones el uso de la tecnología para lograr *dar* vida fuera de los métodos tradicionales, o bien cuando se emplea para *mantener* la existencia bajo la dependencia de maquinaria con la esperanza de que la condición médica de dependencia cese y pueda recobrar la autonomía que merece un individuo para transitar su vida. En igualdad de circunstancias en cuanto a la complejidad del estudio merecen ser revisados los casos en los que la salud de una persona con discapacidad o la de un menor de edad se encuentra

implicada, y no existe consenso entre los representantes legales, o bien entre éstos y el Estado en cuanto al manejo o aplicación del tratamiento, ya sea rehabilitación o paliativo.

Todos estos temas frontera ofrecen puntos de reflexión personal, que al ir generando consenso entre varios integrantes de la sociedad, la convertirán en una postura científica, legal, social o institucional, dependiendo del lugar donde se geste, se cultive y donde se coseche. También es cierto que estas declaraciones universales y regionales son tan generales que caben las visiones particulares de cada Estado de acuerdo a su propio contexto local, pero que a la vez no pueden ser ajenas a la inercia internacional bajo la cual fueron, primero, suscritos, y segundo, interpretados y aplicados en el tiempo.

En el tenor científico, hay más términos que, en las realidades de los Estados Partes, ofrecen sus propias complejidades interpretativas al ser aplicados en torno al concepto toral del Derecho Humano de *protección de la salud*, y que son los siguientes:

a) *Mortalidad Infantil;*[1783]

b) *Enfermedad;*[1784]

c) Enfermedades epidémicas;

d) *Enfermedades endémicas*;[1785]

[1783] De acuerdo a lo que expresa Orozco, la mortalidad infantil es una variable demográfica que indica el número de niños menores de un año de edad fallecidos a lo largo de un periodo de tiempo determinado. Por lo general, está expresada como tasa o índice, y es aquella que da la proporción existente entre el número de niños menores de un año fallecidos en el curso de un año y el número de nacimientos vivos durante el mismo año. Se expresa en tanto por ciento o tanto por mil, y se agrupa por edad o meses de nacimiento, sexo, localidad o país, o grupo social. La mortalidad infantil suele distinguirse por varias categorías: *neonatal precoz*, que abarca desde el nacimiento hasta la primera semana de vida; *neonatal*, hasta el primer mes de vida; y *postneonatal*, desde el nacimiento hasta un año de edad. Aunque la tasa de mortalidad infantil se mide sobre los niños menores de 1 año, también se ha medido algunas veces en niños menores de 5 o 9 años, esta categoría que abarca a niños mayores de un año, se llama *infantil*. *Cfr*. Orozco D. *Mortalidad Infantil.* General M. Recuperado el 20 de Septiembre de 2015 de: http://conceptodefinicion.de/mortalidad-infantil/
Su medición se lleva a cabo mediante la "Tasa de Mortalidad Infantil", que consiste en el número anual de muertes infantiles dividido por el número total de nacimientos en una región determinada. Este cociente brinda, principalmente, información acerca de las condiciones de salud de los niños de un país.
Humanium (2015). *La mortalidad infantil en el mundo.* Recuperado el 20 de Septiembre de 2015 de *http://www.humanium.org/es/mortalidad-infantil/*

[1784] La OMS define enfermedad como una alteración o desviación, leve o grave, del estado fisiológico o del funcionamiento normal de una o varias partes del cuerpo, por causas internas y/o externas, que en general son conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible. Cfr. OMS (2015). *Definición de enfermedad según la OMS y concepto de salud.* Recuperado el 20 de Septiembre 2015 de http://www.elblogdelasalud.es/definicion-enfermedad-segun-oms-concepto-salud/

[1785] Epidemiológicamente, es posible definir la palabra endemia como una enfermedad que se produce en una población concreta con carácter permanente, sin necesidad de que se introduzcan nuevos agentes etiológicos (causantes) de la enfermedad en esa población. Puede producirse constantemente o sólo en épocas concretas (como el invierno). Es decir, una endemia se refiere a la presencia de casos habituales de una enfermedad en una población concreta. Para considerar una enfermedad como endémica y no epidémica es que el número de casos

e) *Enfermedades profesionales*; [1786]

f) Asistencia médica;[1787]

g) Servicio médico;

---

de dicha patología no aumente exponencialmente, sino que permanezca más o menos constante a lo largo del tiempo. Cfr. Borja M. (2012). *Diferencia entre endemia, epidemia y pandemia.* Recuperado el 20 de Septiembre 2015 de: http://www.destejiendoelmundo.net/2012/11/diferencia-entre-endemia-epidemia-y.html

[1786] Al resolver el amparo 805/2015, el sexto tribunal colegiado en materia de trabajo del primer circuito determinó que era incorrecto que la Junta responsable condenara al reconocimiento de una enfermedad profesional con base únicamente en la prueba pericial médica, así como en las descripciones que obtiene de las páginas de Internet sobre la contaminación atmosférica en la Ciudad de México, ya que, legalmente, la profesionalidad de una enfermedad debe derivar de un ambiente laboral adverso en el centro de trabajo y no de los agentes contaminantes que se generan en la Ciudad de México y área metropolitana, lo que no es atribuible al patrón, ya que el control de la contaminación ambiental se encuentra fuera de los parámetros de control de prevención de la empresa en que hubiere laborado el actor, por lo que al ser portador sólo de esos padecimientos resultaba insuficiente para que se reconociera la incapacidad parcial pretendida, pues no se acreditaba el nexo causal entre éstos, las actividades desempeñadas y el ambiente laboral adverso en el centro de trabajo. ENFERMEDAD PROFESIONAL. LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL QUE IMPERA EN LA CIUDAD DE MÉXICO Y ÁREA METROPOLITANA, NO INFLUYE PARA LA CALIFICACIÓN DE UN PADECIMIENTO DE ESE ORDEN. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo IV. Tesis: I.6o.T.116 L (10a.). Página: 2936. Esta tesis se publicó el viernes 14 de noviembre de 2014 a las 9:20 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Por el contrario el décimo tercer tribunal colegiado en materia de trabajo del primer circuito resolvió en el amparo 1132/2013 que si de los dictámenes periciales en materia ambiental que obraban en el juicio laboral se advertía que los niveles de polvo en forma general a que estuvo expuesto el trabajador se encontraban dentro de los límites máximos permitidos por las normas oficiales mexicanas, dicha circunstancia no era obstáculo para establecer el nexo causal entre el padecimiento respiratorio diagnosticado por el perito médico y el medio ambiente laboral en que se desenvolvió aquél, toda vez que las normas oficiales mexicanas son reglas generales administrativas de orden público e interés social, que establecen la normativa obligatoria sobre aspectos técnicos y operativos para materias específicas, cuya observancia deben cumplir los destinatarios, como las condiciones de seguridad e higiene en los centros de trabajo donde exista la presencia de polvos que, por sus características, niveles y tiempo de acción, sean capaces de alterar la salud de los trabajadores, entendidos éstos como las partículas sólidas suspendidas en el aire, resultado del proceso de disgregación de la materia cuyo tamaño sea menor a 10 mg/m3, en combinación con el tiempo de exposición de los trabajadores, y que pueden ser nocivos para la salud del trabajador, puesto que, aun cuando sean inhalados en una pequeña proporción que no rebase dicho límite, debe entenderse que en combinación con un tiempo de exposición prolongado a varios años, es susceptible de ocasionar daños permanentes que, de ser evaluados por el experto en medicina, lograban crear convicción de que la enfermedad respiratoria tuvo su origen en el medio ambiente laboral. Cfr. Rubro: ENFERMEDAD PROFESIONAL DE LAS VÍAS RESPIRATORIAS. SE ACREDITA SI SE DEMUESTRA QUE EL TRABAJADOR DESARROLLÓ SUS ACTIVIDADES POR UN PERIODO PROLONGADO EN UN MEDIO AMBIENTE CON PRESENCIA DE POLVOS O PARTÍCULAS, AUN CUANDO EL DICTAMEN EN MATERIA AMBIENTAL DETERMINE QUE LOS NIVELES DE ÉSTAS SE ENCONTRABAN DENTRO DE LOS LÍMITES MÁXIMOS PERMITIDOS POR LAS NORMAS OFICIALES MEXICANAS. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III. Tesis: I.13o.T.75 L (10a.). Página: 2389.

Como se puede apreciar el concepto de *enfermedad profesional* ha sido ampliamente discutido por nuestra justicia federal y en algunos casos ha determinado que si debe catalogarse una enfermedad como profesional y en otras ocasiones no. De esta manera, se robustece la idea de que la complejidad interpretativa es mayúscula en materia del derecho de protección de la salud, aún cuando se trata de términos científico-médico-legales, en donde debería existir cierta uniformidad permeada de bases objetivas.

[1787] El artículo 32 de la *Ley General de Salud* dispone que por atención médica debe entenderse el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud.

h) Asistencia sanitaria esencial;[1788]

i) *Inmunización*;[1789] y

j) Enfermedad infecciosa.[1790]

¿Qué entiende cada Estado por estos términos científicos y cómo lo impacta en su actuar legislativo, ejecutivo y judicial cuando se encuentra sobre la mesa el ejercicio del *derecho de protección de la salud*? Cierto es que estos términos pueden analizarse bajo una lupa científica que ofrezca un terreno con linderos objetivos, pero también lo es que no son conceptos unívocos, que nos exenten de polémica interpretativa; pero finalmente son científicamente defendibles bajo métodos de análisis y comprobación objetivos.

A la par, en esta complejidad interpretativa tenemos otros términos *más etéreos*, menos científicos, más polémicos culturalmente hablando, por ejemplo:

- Disfrutar del *más alto nivel posible* de salud.
- Tener derecho a un nivel de vida *adecuado*.
- Tener derecho a la asistencia médica y los servicios locales *necesarios*.
- Los Estados Partes *se esforzarán* por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de servicios sanitarios.
- Derecho a la total inmunización contra las *principales* enfermedades infecciosas.

[1788] El artículo 27 de la *Ley General de Salud* establece que para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes a: I. La educación para la salud, la promoción del saneamiento básico y el mejoramiento de las condiciones sanitarias del ambiente; II. La prevención y el control de las enfermedades transmisibles de atención prioritaria, de las no transmisibles más frecuentes y de los accidentes; III. La atención médica integral, que comprende la atención médica integrada de carácter preventivo (consiste en realizar todas las acciones de prevención y promoción para la protección de la salud, de acuerdo con la edad, sexo y los determinantes físicos y psíquicos de las personas, realizadas preferentemente en una sola consulta), acciones curativas, paliativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias. IV. La atención materno-infantil; V. La planificación familiar; VI. La salud mental; VII. La prevención y el control de las enfermedades bucodentales; VIII. La disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud; IX. La promoción del mejoramiento de la nutrición; X. La asistencia social a los grupos más vulnerables y, de éstos, de manera especial, a los pertenecientes a las comunidades indígenas, y XI. La atención médica a los adultos mayores en áreas de salud geriátrica.

[1789] De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, la inmunización "es la administración de un agente a un organismo para generar una respuesta inmune. Si el agente provoca que el organismo lleve a cabo una respuesta inmune se habla de inmunización activa. Si es el propio agente el que aporta la inmunización se habla de inmunización pasiva. En el primer caso la respuesta es adaptativa y el organismo podrá responder de nuevo al mismo agente. La inmunización es la base de las vacunas frente a patógenos." OMS (S.F). *Inmunización.* Recuperado el 20 de Septiembre 2015 de: http://www.who.int/topics/immunization/es/

[1790] La Organización Mundial de la Salud ha indicado que "las enfermedades infecciosas son causadas por microorganismos patógenos como las bacterias, los virus, los parásitos o los hongos. Estas enfermedades pueden transmitirse, directa o indirectamente, de una persona a otra. Las zoonosis son enfermedades infecciosas en los animales que pueden ser transmitidas al hombre". OMS (S.F). *Enfermedades infecciosas.* Recuperado el 20 de Septiembre 2015 de: http://www.who.int/topics/infectious_diseases/es/

- *Enfermedades de otra índole.*
- La satisfacción de las *necesidades* de salud de los grupos de *más alto_riesgo* y que por sus *condiciones de pobreza* sean *más vulnerables*.

¿Quién *debe* o *puede* interpretar el alcance de estas frases o palabras? Posible, adecuado, del más alto nivel, necesario, esfuerzo, principales, condiciones de pobreza, vulnerabilidad.

¿Qué interpretación ofrecerá el Estado a estos términos cuando en materia de protección del derecho a la salud se deban aplicar las medidas o acciones respectivas? Por regla funcional general –que incluyen prioritariamente razones presupuestarias[1791] por todos conocidas-, acudirá a la más limitativa, la que le proporcione el fraseo salvaguarda que en todo instrumento internacional de esta naturaleza se incluye por los Estados Parte como condición para reconocer este tipo de derechos.

¿Qué interpretación requerirá la persona cuya salud está implicada? Por sentido común, el afectado solicitará siempre la más amplia cobertura, la más proteccionista, la que sea más universal, la que sea menos restrictiva para su esfera de supervivencia, en suma la que le permita tener aunque sea una esperanza de alargar su vida, la que le proporcione mejor calidad de vida, y que por definición no será la que presupuestariamente haga sentido o empate con la posibilidad que el Estado tiene en mente.

Estos dos polos de interpretación estarán destinados a estar en constante tensión, en permanente fricción, mientras un extremo exige la mejor atención médica que el arte en la materia le pueda proporcionar en términos lisos y llanos, y el otro extremo, matiza la obligación del Estado indicando que su deber es en razón de lo posible (presupuestariamente), siempre dentro de un marco de progresividad, que sea adecuado y absolutamente necesario.

En tanto persista la redacción y adopción de instrumentos internacionales que por un lado intentan ser vanguardistas, reconociendo un derecho humano, tan esencial como lo es la protección de la salud, pero que a la vez lo matizan, se mantendrá el conflicto, que en algunos casos, será asaltado por la muerte misma. La única vía disponible que tendrá que asumir el paciente a contra corriente y a contra reloj, es acudir ante tribunales para judicializar su derecho.

[1791] Y que no se descartan, pero que tampoco pueden ser las que determinen si una persona tiene derecho a recibir una atención médica o recibir determinado tratamiento.

Qué tan humano es un derecho que para gozarlo a plenitud, el gobernado tiene que acudir ante un tribunal perteneciente al Estado para que lo interprete y para que le exija a otra área del mismo Estado que lo respete, que no lo vulnere con negativas de atención médica

Aunque esta opción no es la deseable, si es la única viable ante la negativa del Estado de asumir su responsabilidad en la materia. No es la que debiera imperar como regla general, porque que en el camino de la judicialización un ser humano puede ver interrumpida su vida o limitada su existencia indebidamente porque otra persona que trabaja en el gobierno del Estado Parte interpretó que lo que para aquella era necesario para vivir en realidad en su criterio no es una necesidad en la extensión de la palabra, pues existen disponibles otras terapias más asequibles para el Estado y que aunque no son tan efectivas, son razonablemente aplicables para lo que cuestan.

Al mismo tiempo que las interpretaciones polarizadas se van generando por el contenido de los tratados internacionales, el legislador mexicano también comienza a interpretarlos y a traducirlos a su legislación a través de la expedición de leyes, en donde ordena que el más alto nivel de salud lo brinde el Estado mexicano al pueblo por conducto de la asistencia y servicios médicos que proporcionan el IMSS, ISSSTE, PEMEX, Seguro Popular, y el Sector Salud, pero, paradójicamente, ese *alto estándar* que con sus leyes le obsequia a la población, no es el que se obsequia a sí mismo, ya que para legislador dicho "alto nivel" lo representa un seguro de gastos médicos mayores que le permita atenderse en el sector privado que le evite ser atendido en los Institutos creados para atender al grueso de la población.

Hay *Derechos Humanos*, como es el de *protección de la salud* en los que la progresividad y la interpretación no deben dejarse al entendimiento de las personas que gobiernan un Estado. En materia de salud, se debe ser absoluto, terminante, enfático, no dar pie a subjetividades. Hay que buscar la adhesión a los tratados internacionales, pero retando sus *Fraseos Salvaguardas, por* ejemplo*:*

Actual Fraseo Salvaguarda	**Derecho Sin Fraseo**
Toda persona tiene derecho a un nivel de vida **adecuado** que le asegure salud, … asistencia médica y los servicios sociales **necesarios**.	Toda persona tiene derecho a un nivel de vida que le asegure, salud,... asistencia médica y ***todos*** los servicios sociales.

Los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel **posible** de salud física y mental.	Los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental.

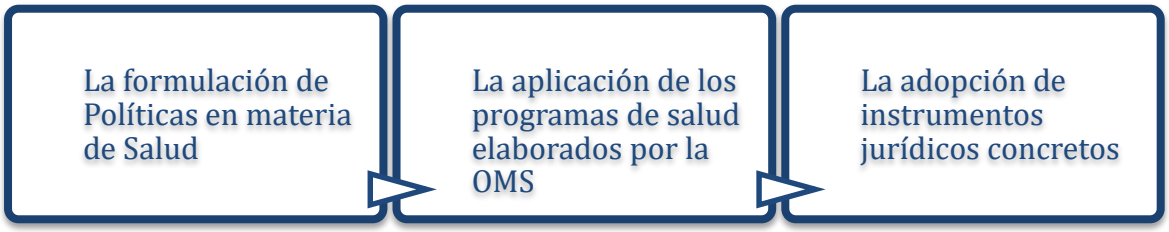
Mientras esto sucede, "…toda persona…" tendrá que librar su propia batalla de Coliseo Romano para arrancarle al Estado la interpretación judicial que haga viable el gozar del nivel de vida adecuado; o quizá la interpretación que le permita tener el más alto nivel posible de salud física y mental; o bien, lograr la sentencia que haga una realidad recibir la inmunización contra la enfermedad infecciosa, ya que puede ser que hoy la enfermedad que tiene esa persona no esté contemplada por el Estado como una de las principales infecciosas, y por ende, interprete que puede subsumirse de dicha obligación por no considerar la enfermedad infecciosa como principal.

En tanto se libran todas estas batallas judiciales, los que legislan y los que aplican las normas desde la esfera administrativa caminan con la debida cautela ejerciendo las funciones estatales necesarias para no excederse en los contenidos legales o en las acciones de cuidado y asistencia médica que deban comprenderse en el concepto de *derecho de protección a la salud* y que progresivamente vayan llevando al grueso de la población a que reciba una mejor atención médica. Mientras ese caminar seguro y pausado se va dando, los funcionarios estatales gozan del derecho en comento a plenitud; porque con sus seguros médicos privados la lógica que impera es el sentido de urgencia, de amplitud de cobertura, de plenitud de servicios y de recepción de la totalidad de terapias que científicamente estén al alcance de la vanguardia del conocimiento humano; ahí, solo ahí, la progresividad no tiene razón de ser, no tiene cuerpo, ni existencia, no merece ser materia de interpretación, pues ellos si forman parte de la estadística de progreso que la modernidad regula en *Derechos Humanos*.

En este sentido, la segunda sala de la SCJN ha dispuesto que el derecho que toda persona tiene de recibir el nivel más alto posible en materia de salud comprende, tanto obligaciones inmediatas, como de orden progresivo, toda vez que el artículo 2 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* prevé obligaciones de contenido y de resultado; aquéllas, de carácter inmediato, se refieren a que los derechos se ejerciten sin discriminación y a que el Estado adopte dentro de un plazo breve medidas deliberadas, concretas y orientadas a satisfacer las obligaciones convencionales, mientras que las de resultado o mediatas, se

relacionan con el principio de progresividad, el cual debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. En esa lógica, teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo 12 del citado Pacto, se impone al Estado Mexicano, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos de que disponga. De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado Mexicano no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.[1792]

Ahora bien, la *Observación General Número 14 del Comité de los Derechos Sociales y Culturales*[1793] de la *Organización de las Naciones Unidas*, dispone que "la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, y en esa medida todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de la salud que le permita vivir dignamente"[1794]. Asimismo, el referido instrumento internacional indica que la efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante:



[1792] Cfr. Rubro: SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Segunda Sala de la SCJN. Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I. Décima Época Tesis: 2a. CVIII/2014 (10a.) Pág. 1192

[1793] Este Comité es el órgano comisionado de contrastar la consecución de los deberes asumidos por los Estados Parte del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, del cual México es integrante, y en el que, esencialmente, se contempla el compromiso de resguardar, respetar y cumplir, gradual y paulatinamente (principio de progresividad) *el derecho de protección de la salud*, y por ende, no permitir medidas regresivas en su detrimento, absteniéndose los Estados a rechazar su acceso, garantizándolo en paralelismo de circunstancias y sin sujeción a condicionante alguna, debiendo reconocerlo, tanto en su normatividad, como en sus políticas y programas detallados que rigen su actuación; debiendo adoptar a la vez, medidas que propicien el acceso efectivo de la población a los servicios de salud.

[1794] *Observación General Número 14 del Comité de los Derechos Sociales y Culturales* de la *Organización de las Naciones Unidas, consultada el 29 de Agosto de 2015 a las 12:25 hrs en : www.catedradh.unesco.unam.mx*

En estas condiciones ese cumplimiento, en términos generales, demanda que los Estados Parte reconozcan suficientemente el *derecho de protección de la salud,* tanto en su sistema político, como en el legal, preferentemente a través de la implementación de legislación apropiada cuya aplicación lleve inmersa una política nacional de salud debidamente asistida por un plan de acción específico para su ejercicio, y que al menos *garantice un mínimo vital* que haga viable la eficacia de otros derechos. Asimismo, el referido andamiaje jurídico debe permitir que se emprendan actividades para originar, salvaguardar y restituir la salud de la población, entre las que figuran, fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyan al logro de resultados positivos en materia de salud.[1795]

Pero, ¿Qué debe entenderse bajo la sombrilla que despliega el término salud? De acuerdo al *Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud,* adoptada por la Conferencia Sanitaria celebrada en Nueva York del 19 al 22 de julio de 1946, la salud es la condición de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Asimismo, la *OMS* reconoce que el goce grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo individuo, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

Al propio tiempo, al interpretar el derecho a la salud contemplado en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en lo sucesivo el *Pacto*), el Comité ha precisado lo siguiente:

a) El derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar un vida sana, y además de las facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud;
b) El Derecho a la salud es un derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como el

[1795] Cfr. Rubro: DERECHO A LA SALUD, FORMA DE CUMPLIR CON LA OBSERVACION GENERAL NUMERO 14 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS SOCIALES Y CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, PARA GARANTIZAR SU DISFRUTE. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Décima Época Tesis: I.4o.A.86 A8QOA). Pág. 1759

acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

Todo ello en concordancia con lo dispuesto por el artículo 25 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* que reconoce, en lo general, que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le aseguré, así como a su familia, la salud y el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; y en específico, dispone que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales, especificando que todos los niños, nacidos dentro o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Dentro de este contexto, el gobierno Mexicano tiene la responsabilidad de proteger la salubridad de su población; objetivo que solamente puede ser alcanzado a través de la adopción de medidas sanitarias serias, adecuadas; y de la implementación de políticas públicas con un enfoque social que permita que ese derecho fundamental se cristalice en la vida de cada uno de los seres humanos que forman parte del pueblo que reside en el territorio mexicano donde su gobierno actúa.

Por último, de acuerdo con el *Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales* el derecho a la salud contempla los siguientes elementos, mismos que el Estado mexicano debe cumplir, a saber:

a) *Disponibilidad*[1796], *Accesibilidad*[1797] visualizada en cuatro dimensiones superpuestas: No *discriminación*[1798] ; *accesibilidad física*[1799] ; *asequibilidad* o *accesibilidad económica*[1800]; y *acceso* a la *información*[1801] ;

[1796] De conformidad con el texto de dicho Pacto, por *disponibilidad* se entiende que cada Estado Parte debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas (la naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios depende de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte; sin embargo, los servicios deben incluir los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la *OMS.*

[1797] El *Pacto* indica que por accesibilidad debe entenderse que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.

[1798] Por *no discriminación* el Pacto se refiere a que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles (de hecho y de derecho) para los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

[1799] Respecto de la accesibilidad física, el Pacto indica que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán, estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también

b) *Aceptabilidad*[1802] ; y

c) *Calidad*.[1803]

IV. EL MARCO NORMATIVO MEXICANO EN MATERIA DEL DERECHO HUMANO DE PROTECCIÓN DE LA SALUD

Respecto del *derecho de protección de la salud*, la primer disposición a la que debe hacerse referencia es la contemplada en el párrafo cuarto del artículo 4º constitucional; no obstante, que la provisión aludida se encuentra solo en el cuarto párrafo, a continuación se transcribe íntegramente el numeral antes referido para su mejor comprensión:

Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

---

implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

[1800] Por asequibilidad, el Pacto se refiere a que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

[1801] De acuerdo el Pacto, el acceso a la información comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

[1802] En este rubro el Pacto establece que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisito del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejor el estado de salud de las personas de que se trate.

[1803] Además de aceptables desde el punto de vista cultural, el Pacto indica que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

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.

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.

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia.”

De la lectura del texto anterior, pareciera que la única frase directamente involucrada con el *derecho humano* materia de análisis es la contenida en el párrafo cuarto al disponer que: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud"; aseveración que debe aunarse a que en el mismo párrafo se establece que en la ley se deben definir, tanto las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, como la forma en que opera la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de *salubridad general*[1804].

El artículo 4° de la Carta Magna -excepto en su párrafo cuarto—, aparentemente, tiene solo relación indirecta con el tema de salud, ya que el contar con la posibilidad de gozar de una alimentación nutritiva, de un ambiente sano, de acceso al agua[1805], a una vivienda digna, a una

---

[1804] El artículo 3º de la Ley General de Salud indica que son materia de *salubridad general*, entre otros: i. La organización, control y vigilancia de la prestación de servicios y de establecimientos de salud; ii. La atención médica, preferentemente en beneficio de grupos vulnerables; iii. La Protección Social en Salud. iv. La coordinación, evaluación y seguimiento de los servicios de salud; v. La atención materno-infantil; vi. El programa de nutrición materno-infantil en los pueblos y comunidades indígenas; vii. La salud visual, auditiva y la mental; viii. La planificación familiar; xi. La organización, coordinación y vigilancia del ejercicio de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud; x. La promoción de la formación de recursos humanos para la salud; xi. La coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos; xii. El genoma humano; xiii. La información relativa a las condiciones, recursos y servicios de salud en el país; xiv. La educación para la salud; xv. La prevención, orientación, control y vigilancia en materia de nutrición, enfermedades respiratorias, enfermedades cardiovasculares y aquellas atribuibles al tabaquismo; xvi. La prevención y el control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre; xvii. La salud ocupacional y el saneamiento básico; xviii. La prevención y el control de enfermedades transmisibles; xix. El Programa Nacional de Prevención, Atención y Control del VIH/SIDA e Infecciones de Transmisión Sexual; xx. La prevención y el control de enfermedades no transmisibles y accidentes; xxi. La prevención de la discapacidad y la rehabilitación de las personas con discapacidad; xxii. La asistencia social; xxiii. El programa para la prevención, reducción y tratamiento del uso nocivo del alcohol, la atención del alcoholismo y la prevención de enfermedades derivadas del mismo, así como la protección de la salud de terceros y de la sociedad frente al uso nocivo del alcohol; xxiv. El programa contra el tabaquismo; xxv. La prevención del consumo de estupefacientes y psicotrópicos y el programa contra la farmacodependencia; xxvi. control sanitario de productos y servicios y de su importación y exportación; xxvii. El control sanitario del proceso, uso, mantenimiento, importación, exportación y disposición final de equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos; xviii El control sanitario de los establecimientos dedicados al proceso de insumos para la salud; xxv. El control sanitario de la publicidad de las actividades, productos y servicios relacionados con la salud; xxvi. El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células. xxviii. El control sanitario de cadáveres de seres humanos; xxix. La sanidad internacional; y xxx. El tratamiento integral del dolor.

[1805] El artículo 4o., sexto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone el derecho humano de acceso al agua para consumo personal y doméstico, y establece que ese acceso debe ser en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, así como que el Estado debe garantizarlo y que la ley definirá las bases, apoyos y modalidades correspondientes.…debe entenderse con esa amplitud, dada la estrecha vinculación que existe entre él y otros derechos humanos, como los relativos a la alimentación y a la salud; todo lo cual fue advertido así por el Constituyente Permanente en sus discusiones y, además, reconocido por fuentes internacionales, como la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, que es el órgano facultado para interpretar y establecer los alcances del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -suscrito y ratificado por México y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981-, la cual constituye una interpretación más amplia y favorable del citado derecho a la luz de este último instrumento internacional y resulta obligatoria para nuestro país en términos del artículo 1o., segundo párrafo, constitucional. Cfr. DERECHO HUMANO DE

cultura física y a la práctica del deporte, exclusivamente redundaría en que la persona cuente en su entorno con circunstancias de vida que le ayuden a acceder a un nivel de vida adecuado o digno, y con ello se propiciaría veladamente que la salud del individuo se impacte positivamente. Al respecto, la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido por el contrario que la vinculación antes descrita es de carácter esencial e indispensable, pues para que una persona se encuentre en condiciones de alcanzar un determinado nivel de bienestar requiere que todas sus necesidades básicas se encuentren adecuadamente satisfechas. [1806]

Por lo tanto, todos estos conceptos son relevantes y merecen ser analizados cuando se vea comprometida la salud de un individuo, ya que no es razonable pensar, ni mucho menos sostener que el *derecho de protección a la salud*, deba interpretarse en sí mismo, autónomamente, tanto para delimitar su extensión, como para determinar sus fronteras conceptuales.

Por otro lado, para lograr un entendimiento integral en esta materia, se deben tomar en consideración también las bases establecidas en la ley que regula el acceso a los servicios de salud, es decir, no puede limitarse el derecho de protección a la salud exclusivamente a los mecanismos[1807] que un Estado tiene para que toda persona acceda a los servicios de salud.

Aunado a todo lo anterior, la interpretación de este derecho debe ser amplia aplicando el principio *pro persona*[1808] que le permita obtener la cobertura de mayor anchura posible; toda

---

ACCESO AL AGUA. ESTÁ RECONOCIDO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE TANTO PARA EL CONSUMO PERSONAL Y DOMÉSTICO, COMO PARA EL USO AGRÍCOLA O PARA EL FUNCIONAMIENTO DE OTRAS ÁREAS PRODUCTIVAS DEL SECTOR PRIMARIO. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 20, Julio de 2015, Tomo II. Tesis: VI.3o.A.1 CS (10a.). Página: 1721. Esta tesis se publicó el viernes 10 de julio de 2015 a las 10:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

[1806] Cfr. Rubro: DERECHO A ACCEDER A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. SU PLENA VIGENCIA DEPENDE DE LA COMPLETA SATISFACCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROPIOS DE LA ESFERA DE NECESIDADES BÁSICAS DE LOS SERES HUMANOS. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Primera Sala de la SCJN. Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I. Décima Época Tesis: 1a. CCCLIII/2014 (10a.). Pág. 599

[1807] Mecanismos jurídicos, de infraestructura, de recursos humanos, científicos y materiales.

[1808] Recordar que el principio *pro persona* previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se pretenda establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Luego, dicho principio tiene dos variantes, la primera, como preferencia interpretativa, conforme a la cual ante dos o más interpretaciones de la norma válidas y razonables, el intérprete debe preferir la que más proteja al individuo u optimice un derecho fundamental y, la segunda, como preferencia normativa, conforme a la cual si pueden aplicarse dos o más normas a un determinado caso, el intérprete debe preferir la que más favorezca a la persona,

vez, que después de la vida y la libertad, la salud es uno de los *bienes jurídicamente protegidos* de carácter personalísimo de más relevancia pues está ligada a la supervivencia individual.

En el siguiente nivel normativo encontramos a la *Ley General de Salud (LGS)* y a las leyes federales que rigen los servicios y la atención médica que deben brindar los institutos de salud y seguridad social[1809] del Estado mexicano, tales como el *IMSS*, el *ISSSTE*, el *ISSSFAM*, etc.

Por su parte, la *LGS* establece en su primer numeral que su finalidad es reglamentar el *derecho de protección a la salud* que tiene toda persona en los términos dispuestos por el artículo 4° constitucional, siendo su aplicación en toda la República y sus disposiciones de orden público e interés social. Asimismo, en su artículo 2 la LGS dispone que el *derecho de protección de la salud* tiene como fines los siguientes:

a) El bienestar físico y mental de la persona, para favorecer al ejercicio pleno de sus capacidades;
b) La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana;
c) La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;
d) La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
e) El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;
f) El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y

---

independientemente de la jerarquía entre ellas. Cfr. RUBRO: PRINCIPIO PRO PERSONA. ÚNICAMENTE ES APLICABLE PARA INTERPRETAR LA NORMA, CON EL OBJETO DE ESTABLECER EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS, Y NO PARA INSTAURAR UN CRITERIO SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS (Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 17, Abril de 2015, Tomo II. Época: Décima Época. Tesis: (IV Región)2o.1 CS (10a.) . Página: 1788).

[1809] Cfr. Rubro: ISSSTE. LA LEY RELATIVA CUMPLE CON LAS PRESTACIONES MÍNIMAS A QUE SE REFIERE EL CONVENIO 102 SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) ADOPTADO EN GINEBRA SUIZA EL 28 DE JUNIO DE 1952, RATIFICADO POR EL ESTADO MEXICANO EL 12 DE OCTUBRE DE 1961 (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ABRIL DE 2007). Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Instancia: Pleno. Época: Novena Época. Tomo XXX, Septiembre de 2009. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Tesis: P./J. 185/2008. Página: 26.

g) El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Así entonces, el contenido de estas siete fracciones debe ser empleado para interpretar el *Derecho Humano* en comento cuando se trate de dirimir una controversia dentro del territorio mexicano.

Por otro lado, y siguiendo las palabras de José Luis Soberanes Fernández[1810] los sujetos vinculados a este Derecho Humano son esencialmente, de dos tipos:

a) Titulares. Todo ser humano
b) Obligados. Cualquier servidor público o particular que actúen bajo la anuencia o tolerancia de los primeros. Respecto de los servidores públicos como sujeto vinculado al derecho de protección de la salud, nuestros Tribunales Colegiados han resuelto que dentro del marco normativo mexicano se debe garantizar el derecho fundamental a la salud a todo ser humano, a cuyo reconocimiento está obligado cualquier servidor público, aun cuando se trate de un interno, pues su protección no se merma, sino que el Estado tiene la obligación de procurarla[1811].

Aunque compartimos esta clasificación, consideramos que a la misma se le debiera añadir en el apartado de obligados a las autoridades sanitarias (Presidente de la República, Consejo de Salubridad General, la Secretaría de Salud, y los gobiernos de las entidades federativas y del Distrito Federal), ya que entre ambos siempre existirá una corresponsabilidad frente al debido cumplimiento del derecho de protección de la salud. Las responsabilidades y competencias de las autoridades sanitarias son las siguientes:

PRESIDENTE	**CONSEJO DE SALUBRIDAD GENERAL**
Artículo 13. La competencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general quedará distribuida conforme a	**Artículo 15**.- El Consejo de Salubridad General es un órgano que depende directamente del

[1810] Cfr. Soberanes Fernández, José Luis. *Manual para la Calificación de Hechos Violatorios de los Derechos Humanos.* Editorial Porrúa – CNDH. 2ª Edición México. 2009. Pág. 308.

[1811] Cfr. Rubro: DERECHO A LA SALUD DE LOS INTERNOS EN UN CENTRO FEDERAL DE READAPTACIÓN SOCIAL. ACCIONES QUE EL JUEZ DE AMPARO DEBE EXIGIR A LAS AUTORIDADES RESPONSABLES PARA PRESERVAR LA CALIDAD DE VIDA DE LOS RECLUSOS ENFERMOS Y GESTIONES QUE ÉSTAS DEBEN REALIZAR CUANDO SE ACREDITE QUE LA OPCIÓN MÁS ADECUADA PARA TRATAR SU PADECIMIENTO ES INCOMPATIBLE CON LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE SALUD IMPLEMENTADAS EN DICHOS CENTROS. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima Época. Libro 21, Agosto de 2015, Tomo III. Tesis: VII.2o.P.3 P (10a.). Página: 2171.

lo siguiente: **A.** Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Salud: **I.** Dictar las normas oficiales mexicanas a que quedará sujeta la prestación, en todo el territorio nacional, de servicios de salud en las materias de salubridad general y verificar su cumplimiento; **II.** En las materias enumeradas en las fracciones I, III, XV Bis, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI y XXVII del artículo 3o. de esta Ley, organizar y operar los servicios respectivos y vigilar su funcionamiento por sí o en coordinación con dependencias y entidades del sector salud; **III.** Organizar y operar los servicios de salud a su cargo y, en todas las materias de salubridad general, desarrollar temporalmente acciones en las entidades federativas, cuando éstas se lo soliciten, de conformidad con los acuerdos de coordinación que se celebren al efecto; **IV.** Promover, orientar, fomentar y apoyar las acciones en materia de salubridad general a cargo de los gobiernos de las entidades federativas, con sujeción a las políticas nacionales en la materia; **V.** Ejercer la acción extraordinaria en materia de salubridad general; **VI.** Promover y programar el alcance y las modalidades del Sistema Nacional de Salud y	Presidente de la República en los términos del Artículo 73, fracción XVI, base 1a. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Está integrado por un presidente que será el Secretario de Salud, un secretario y trece vocales titulares, dos de los cuales serán los presidentes de la Academia Nacional de Medicina y de la Academia Mexicana de Cirugía, y los vocales que su propio reglamento determine. Los miembros del Consejo serán designados y removidos por el Presidente de la República, quien deberá nombrar para tales cargos, a profesionales especializados en cualquiera de las ramas sanitarias. **Artículo 17**.- Compete al Consejo de Salubridad General: **I.** Dictar medidas contra el alcoholismo, venta y producción de substancias tóxicas, así como las que tengan por objeto prevenir y combatir los efectos nocivos de la contaminación ambiental en la salud, las que serán revisadas después por el Congreso de la Unión, en los casos que le competan; **II.** Adicionar las listas de establecimientos destinados al proceso de medicamentos y las de enfermedades transmisibles prioritarias y no transmisibles más frecuentes, así como las de fuentes de radiaciones ionizantes y de naturaleza análoga;

desarrollar las acciones necesarias para su consolidación y funcionamiento; **VII.** Coordinar el Sistema Nacional de Salud; **VII bis.** Regular, desarrollar, coordinar, evaluar y supervisar las acciones de protección social en salud; **VIII.** Realizar la evaluación general de la prestación de servicios de salud en materia de salubridad general en todo el territorio nacional; **IX.** Ejercer la coordinación y la vigilancia general del cumplimiento de las disposiciones de esta Ley y demás normas aplicables en materia de salubridad general, y **X.** Las demás que sean necesarias para hacer efectivas las facultades anteriores y las que se establezcan en esta Ley y en otras disposiciones generales aplicables.	**III.** Opinar sobre programas y proyectos de investigación científica y de formación de recursos humanos para la salud; **IV.** Opinar sobre el establecimiento de nuevos estudios profesionales, técnicos, auxiliares y especialidades que requiera el desarrollo nacional en materia de salud; **V.** Elaborar el Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud; **VI.** Participar, en el ámbito de su competencia, en la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud; **VII.** Rendir opiniones y formular sugerencias al Ejecutivo Federal tendientes al mejoramiento de la eficiencia del Sistema Nacional de Salud y al mejor cumplimiento del programa sectorial de salud. **VII bis.** Proponer a las autoridades sanitarias el otorgamiento de reconocimientos y estímulos para las instituciones y personas que se distingan por sus méritos a favor de la salud, y **VIII.** Analizar las disposiciones legales en materia de salud y formular propuestas de reformas o adiciones a las mismas, y **IX.** Las demás que le correspondan conforme a la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta Ley.
SECRETARÍA DE SALUD **Artículo 17 bis**.- La Secretaría de Salud ejercerá	**GOBIERNO DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y DEL DISTRITO FEDERAL**

las atribuciones de regulación, control y fomento sanitarios que conforme a la presente Ley, a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y los demás ordenamientos aplicables le corresponden a dicha dependencia en las materias a que se refiere el artículo 3o. de esta Ley en sus fracciones I, en lo relativo al control y vigilancia de los establecimientos de salud a los que se refieren los artículos 34 y 35 de esta Ley: XIII, XIV, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, ésta salvo por lo que se refiere a cadáveres y XXVII, esta última salvo por lo que se refiere a personas, a través de un órgano desconcentrado que se denominará Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios. Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior compete a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios: **I.** Efectuar la evaluación de riesgos a la salud en las materias de su competencia, así como identificar y evaluar los riesgos para la salud humana que generen los sitios en donde se manejen residuos peligrosos; **II.** Proponer al Secretario de Salud la política nacional de protección contra riesgos sanitarios así como su instrumentación en materia de: establecimientos de salud; medicamentos y otros insumos para la salud; disposición de órganos, tejidos, células de seres humanos y sus componentes; alimentos y bebidas, productos cosméticos; productos de aseo; tabaco,	**Artículo 18**.- Las bases y modalidades de ejercicio coordinado de las atribuciones de la Federación y de las entidades federativas en la prestación de servicios de salubridad general, se establecerán en los acuerdos de coordinación que suscriba la Secretaría de Salud con los gobiernos de las entidades federativas, en el marco del Convenio Único de Desarrollo. La Secretaría de Salud propondrá la celebración de acuerdos de coordinación con los gobiernos de las entidades federativas para la participación de éstos en la prestación de los servicios a que se refieren las fracciones I, III, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI y XXVII del artículo 3o. de esta Ley.

plaguicidas, nutrientes vegetales, sustancias tóxicas o peligrosas para la salud; productos biotecnológicos, suplementos alimenticios, materias primas y aditivos que intervengan en la elaboración de los productos anteriores; así como de prevención y control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre, salud ocupacional y saneamiento básico; **III.** Elaborar y expedir las normas oficiales mexicanas relativas a los productos, actividades, servicios y establecimientos materia de su competencia, salvo en las materias a que se refieren las fracciones I y XXVI del artículo 3o. de esta Ley; **IV.** Evaluar, expedir o revocar las autorizaciones que en las materias de su competencia se requieran, así como aquellos actos de autoridad que para la regulación, el control y el fomento sanitario se establecen o deriven de esta Ley, sus reglamentos, las normas oficiales mexicanas y los demás ordenamientos aplicables; **V.** Expedir certificados oficiales de condición sanitaria de procesos, productos, métodos, instalaciones, servicios o actividades relacionadas con las materias de su competencia; **VI.** Ejercer el control y vigilancia sanitarios de los productos señalados en la fracción II de este artículo, de las actividades relacionadas con los primeros, de su importación y exportación, así como de los establecimientos destinados al proceso de dichos productos y los	

establecimientos de salud**,** con independencia de las facultades que en materia de procesos y prácticas aplicables en los establecimientos dedicados al sacrificio de animales y procesamiento primario de bienes de origen animal para consumo humano, tenga la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación en términos de lo dispuesto por la Ley Federal de Sanidad Animal; **VII.** Ejercer el control y vigilancia sanitarios de la publicidad de las actividades, productos y servicios a los que se refiere esta Ley y sus reglamentos; **VIII.** Ejercer el control y la vigilancia sanitarios de la disposición y trasplantes de órganos y tejidos y células de seres humanos, salvo lo dispuesto por los artículos 329, 332, 338 y 339 de esta Ley; **IX.** Ejercer las atribuciones que esta Ley y sus reglamentos le confieren a la Secretaría de Salud en materia de sanidad internacional, con excepción de lo relativo a personas; **X.** Imponer sanciones y aplicar medidas de seguridad en el ámbito de su competencia; **XI.** Ejercer las atribuciones que la presente Ley, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y los demás ordenamientos aplicables le confieren a la Secretaría de Salud en materia de efectos del ambiente en la salud, salud ocupacional, residuos peligrosos, saneamiento	

básico y accidentes que involucren sustancias tóxicas, peligrosas o radiaciones; **XII.** Participar, en coordinación con las unidades administrativas competentes de la Secretaría de Salud, en la instrumentación de las acciones de prevención y control de enfermedades, así como de vigilancia epidemiológica, especialmente cuando éstas se relacionen con los riesgos sanitarios derivados de los productos, actividades o establecimientos materia de su competencia, y **XIII.** Las demás facultades que otras disposiciones legales le confieren a la Secretaría de Salud en las materias que conforme a lo dispuesto en este artículo sean competencia de la Comisión.	

Ahora bien, el *Sistema Nacional de Salud* es coordinado por el Presidente de la República y se encuentra constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado[1812], que

[1812] NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-046-SSA2-2005. VIOLENCIA FAMILIAR, SEXUAL Y CONTRA LAS MUJERES. CRITERIOS PARA LA PREVENCIÓN Y ATENCIÓN, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 16 DE ABRIL DE 2009. LAS INSTITUCIONES PRIVADAS DE SALUD, AL FORMAR PARTE DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD, ESTÁN OBLIGADAS A SU CUMPLIMIENTO. El artículo 4o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga a toda persona el derecho a recibir protección de su salud. Asimismo, el precepto 20, apartado C, fracción III, de la propia Norma Fundamental, ordena que la víctima del delito tiene derecho a recibir, desde la comisión del ilícito, atención médica y psicológica de urgencia. Por su parte, la Ley General de Salud, reglamentaria del citado artículo 4o., establece el ente denominado Sistema Nacional de Salud, el cual, conforme al numeral 5o. de dicha ley, está conformado por las dependencias y entidades de la administración pública, tanto federal como local, así como por las personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios de salud, cuyo objetivo primordial, en resumen, es dar cumplimiento a la aludida garantía de salud. En consecuencia, la Norma Oficial Mexicana NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de abril de 2009, no impone nuevos deberes a las instituciones privadas de salud ni les traslada una obligación exclusiva del Estado, por lo que están obligadas a su cumplimiento pues, como se señaló, esa carga está prevista en la referida ley, lo que se corrobora porque de acuerdo con su artículo 55 los usuarios tienen derecho a recibir servicios médicos de urgencia, tanto por las instituciones públicas como por las privadas, indistintamente. Cabe precisar que dicha norma oficial complementa lo dispuesto por la Ley General de Salud, en el sentido de imponer a las instituciones de salud privadas integrantes del Sistema Nacional de Salud ciertas obligaciones hacia las víctimas de los delitos de violencia familiar y sexual contra las mujeres que, por su condición, merecen un trato especial por parte de las instituciones médicas de cualquier naturaleza. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época:

prestan servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto general dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud.

Dentro de este contexto, el artículo 6° de la LGS establece que los objetivos específicos del *Sistema Nacional de Salud* son los siguientes:

a) Proporcionar servicios de salud a toda la población y mejorar la calidad de los mismos, atendiendo a los problemas sanitarios prioritarios y a los factores que condicionen y causen daños a la salud, con especial interés en la promoción, implementación e impulso de acciones de atención integrada de carácter preventivo, acorde con la edad, sexo y factores de riesgo de las personas;
b) Contribuir al desarrollo demográfico armónico del país;
c) Colaborar al bienestar social de la población mediante servicios de asistencia social, principalmente a menores en estado de abandono, ancianos desamparados y personas con discapacidad, para fomentar su bienestar y propiciar su incorporación a una vida equilibrada en lo económico y social;
d) Dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad, así como a la integración social y al crecimiento físico y mental de la niñez;
e) Impulsar el bienestar y el desarrollo de las familias y comunidades indígenas que propicien el desarrollo de sus potencialidades político sociales y culturales; con su participación y tomando en cuenta sus valores y organización social;
f) Apoyar el mejoramiento de las condiciones sanitarias del medio ambiente que propicien el desarrollo satisfactorio de la vida;
g) Impulsar un sistema racional de administración y desarrollo de los recursos humanos para mejorar la salud;
h) Promover el conocimiento y desarrollo de la medicina tradicional indígena y su práctica en condiciones adecuadas;
i) Coadyuvar a la modificación de los patrones culturales que determinen hábitos, costumbres y actitudes relacionados con la salud y con el uso de los servicios que se presten para su protección;

Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XXXII, Noviembre de 2010. Tesis: VIII.A.C.7 A. Página: 1532.

j) Promover un sistema de fomento sanitario que coadyuve al desarrollo de productos y servicios que no sean nocivos para la salud, y

k) Promover el desarrollo de los servicios de salud con base en la integración de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para ampliar la cobertura y mejorar la calidad de atención a la salud.

Por su parte, la *Secretaria de Salud (SSA)* debe promover la participación, en el *Sistema Nacional de Salud*, de los prestadores de servicios de salud, de los sectores público, social y privado, de sus trabajadores y de los usuarios de los mismos, así como de las autoridades o representantes de las comunidades indígenas. Asimismo, debe fomentar la coordinación con los proveedores de insumos para la salud, a fin de racionalizar y procurar la disponibilidad de estos últimos.

Ahora bien, en cuanto a la prestación de los servicios de salud la LGS los clasifica en:

a) De *atención médica*. El artículo 32 de la LGS dispone que por atención médica deben entenderse el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud**.** Asimismo, el ordenamiento en cita, precisa que las actividades en este rubro son, esencialmente las siguientes:

- *Preventivas*, que incluyen las de promoción general y las de protección específica. Al respecto, nuestros Tribunales Colegiados han resuelto que de conformidad con el artículo 17 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*[1813] –conocido como *Protocolo de San Salvador*—, uno de los derechos de ancianos es recibir protección especial cuando carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionárselas por sí mismos y, a efecto de cumplir con ese cometido, el Estado Mexicano está obligado a proporcionarles, entre otras[1814]: instalaciones adecuadas, alimentación y atención médica especializada.[1815]

[1813] Este Protocolo fue ratificado por México y se depositó en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 16 de abril de 1996.

[1814] Entre otras cosas que el Estado mexicano debe proporcionarles a las personas de edad avanzada durante su ancianidad, son programas laborales específicos destinados a concederles la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades, respetando su vocación y deseos; y además estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar su calidad de vida. Cfr. Rubro: ORDEN DE DESALOJO DE UN ASILO PARA ANCIANOS. ELEMENTOS QUE EL JUZGADOR DE AMPARO DEBE CONSTATAR QUE PREVEA, ADEMÁS DE CUMPLIR CON LA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, PARA

- *Curativas*, que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno. Respecto del tratamiento oportuno, nuestros Tribunales Colegiados han resuelto que dentro del marco normativo mexicano[1816] se debe garantizar el derecho fundamental a la salud a todo ser humano, a cuyo reconocimiento está obligado cualquier servidor público, aun cuando se trate de un interno, pues su protección no se merma, sino que el Estado tiene la obligación de procurarla. En ese tenor, se han dispuesto las citadas Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión. Por consiguiente, si el quejoso se encuentra recluido en un Centro Federal de Readaptación Social y no se le proporciona la atención médica que requiere, ello obliga al Juez de amparo a que, abordada la cuestión con plenitud y analizadas las implicaciones pronta y frontalmente, exija a la autoridad responsable que lo tenga a su disposición que acredite, con los exámenes médicos correspondientes, el estado de salud del quejoso, informando los datos que permitan identificar la atención médica que requiere, a fin de asegurar que la proporcionada es la que necesita, de acuerdo con su particular condición de salud, así como requerirle que proceda de inmediato a aplicarle los exámenes médicos correspondientes, para determinar el tipo de tratamiento médico adecuado que requiere, durante el tiempo que permanezca a

---

GARANTIZAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE AQUÉLLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 17 DEL PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima Época. Publicación: viernes 11 de septiembre de 2015 11:00 h. Tesis: (XI Región)2o.9 A (10a.).

[1815] Cfr. Rubro: DERECHOS DE LOS ANCIANOS. SU DEFINICIÓN Y OBLIGACIONES RELATIVAS DEL ESTADO MEXICANO, CONFORME AL PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima Época. Publicación: viernes 11 de septiembre de 2015 11:00 hrs. Tesis: (XI Región)2o.1 CS (10a.).

[1816] Integrado por los artículos 1o., 4o. y 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el apartado XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; artículo 5 de los Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/111; 22, 24, 25, 26 y 62 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; y, el artículo 17 del Reglamento del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social,

su disposición. Lo anterior implica que la autoridad responsable considere cuál medida resulta más conveniente para poder brindar al quejoso el tratamiento médico apropiado a su padecimiento y, atento a su resultado, suministre los medicamentos o insumos básicos y esenciales para su oportuno tratamiento, en aras de preservar la calidad de vida del recluso. Además, en caso de que se acredite fehacientemente que la opción más adecuada es incompatible con las políticas públicas en materia de salud implementadas por el centro penitenciario en que guarda reclusión el quejoso, en virtud de involucrarse el derecho humano a la salud, la autoridad responsable deberá realizar las gestiones pertinentes para que sea atendido en algún hospital o en las clínicas del sector salud donde pueda recibir su tratamiento en las condiciones adecuadas e idóneas a su padecimiento[1817].

- *De rehabilitación*, que incluyen acciones tendientes a optimizar las capacidades y funciones de las personas con discapacidad, y
- *Paliativas*, que incluyen el cuidado integral para preservar la calidad de vida del paciente, a través de la prevención, tratamiento y control del dolor, y otros síntomas físicos y emocionales por parte de un equipo profesional multidisciplinario. Al respecto la SCJN ha indicado que la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* ha establecido que la obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio. En esa tesitura, por lo que hace a las investigaciones de los casos de violencia contra la mujer, resulta menester, entre otras cosas[1818] que el Estado brinde atención médica, sanitaria y

[1817] Cfr. Rubro: DERECHO A LA SALUD DE LOS INTERNOS EN UN CENTRO FEDERAL DE READAPTACIÓN SOCIAL. ACCIONES QUE EL JUEZ DE AMPARO DEBE EXIGIR A LAS AUTORIDADES RESPONSABLES PARA PRESERVAR LA CALIDAD DE VIDA DE LOS RECLUSOS ENFERMOS Y GESTIONES QUE ÉSTAS DEBEN REALIZAR CUANDO SE ACREDITE QUE LA OPCIÓN MÁS ADECUADA PARA TRATAR SU PADECIMIENTO ES INCOMPATIBLE CON LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE SALUD IMPLEMENTADAS EN DICHOS CENTROS. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima Época. Libro 21, Agosto de 2015, Tomo III. Tesis: VII.2o.P.3 P (10a.). Página: 2171.

[1818] Las responsabilidades del Estado mexicano en estos casos, van desde que se rinda la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; y que incluye que dicha declaración se registre de forma que se evite o limite la necesidad de su repetición; que se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza, si así lo desea. Asimismo

psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación[1819].

b) De *salud pública*; y

c) De *asistencia social.* De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 168 de la LGS, se entiende por asistencia social al conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, desprotección o desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva.

Dentro de este contexto, se catalogan como actividades básicas de asistencia social, las siguientes:

- La atención a personas que, por sus carencias socio-económicas o por su condición de discapacidad se vean impedidas para satisfacer sus requerimientos básicos de subsistencia y desarrollo;
- La atención en establecimientos especializados a menores y ancianos en estado de abandono o desamparo y personas con discapacidad sin recursos;
- La promoción del bienestar del senescente y el desarrollo de acciones de preparación para la senectud;
- El ejercicio de la tutela de los menores, en los términos de las disposiciones legales aplicables;
- La prestación de servicios de asistencia jurídica y de orientación social, especialmente a menores, ancianos y personas con discapacidad sin recursos;
- La realización de investigaciones sobre las causas y efectos de los problemas prioritarios de asistencia social;

---

se deben documentar y coordinar los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia; y, por último, se brinde a la víctima asistencia jurídica gratuita durante todas las etapas del proceso

[1819] Cfr. Rubro: VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. OBLIGACIONES POSITIVAS DE CARÁCTER ADJETIVO QUE DEBE CUMPLIR EL ESTADO MEXICANO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Instancia: Pleno Época: Décima Época. Publicación: viernes 25 de septiembre de 2015 10:30 h. Tesis: P. XVIII/2015 (10a.).

- La promoción de la participación consciente y organizada de la población con carencias en las acciones de promoción, asistencia y desarrollo social que se lleven a cabo en su propio beneficio;
- El apoyo a la educación y capacitación para el trabajo de personas con carencias socioeconómicas, y
- La prestación de servicios funerarios.

La *LGS* en su artículo 25 contempla una provisión que es igual de discutible que las frases salvaguardas que se contemplan en algunos tratados y convenciones internacionales, ya que indica que conforme a las prioridades del *Sistema Nacional de Salud*, se garantizará la extensión cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud, preferentemente a los grupos vulnerables.

El expresar que los servicios de salud se garantizarán conforme a las prioridades del sistema, le da a la obligación del Estado un tono de condicionalidad, que a la vez provoca incertidumbre al gobernado, ya que no se tiene claridad meridiana sobre cuáles son las prioridades del sistema, ni tampoco por cuánto tiempo serán prioridades y bajo qué circunstancias dejarán de serlo.

Lo anterior es aplicable a los servicios de salud, pero el *derecho de protección a la salud* también debe contemplar el acceso a los insumos de salud (medicamentos, aparatos médicos, etc.) que permitan cristalizar la protección de la salud a través de un servicio de salud; ya que aunque exista la posibilidad de reabrir un servicio dirigido a proteger, promover y restaurar la salud de las personas y de la colectividad, de nada sirve tener disponibles estas “acciones”, si el supuesto beneficio no tiene disponibles medicamentos por ejemplo, o bien, si estos no reúnen las condiciones de seguridad y eficacia que deben cumplir para ser aplicadas en seres humanos.

Al respecto, la LGS dispone en su artículo 28 que existirá un Cuadro Básico de Insumos para el primer nivel de atención médica y en su artículo 29 ordena que la Secretaría de Salud determine la lista de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, y garantice su existencia permanente y disponibilidad a la población que los requiera, en coordinación con las autoridades competentes.

Estas normas regulan el regulan el Cuadro Básico de Insumos suelen ser un filtro para que las instituciones públicas solo adquieran insumos que estén aprobados por las autoridades

sanitarias respectivas; sin embargo, estas aprobaciones no solamente se rigen por criterios científicos relacionados con la seguridad y eficacia de los insumos, sino que también se contempla en la fórmula el costo de los mismos bajo criterios fármaco-económicos.

Esta variable económica, en múltiples ocasiones se ha constituido en la razón primordial para que un medicamento o terapia no se incluya en el Cuadro Básico Insumos, y por ende que no esté disponible para los pacientes. Esto se constituye en una gran violación al Derecho Humano en comento, porque el tema económico nunca debe ser la razón para que una persona pueda o no tener acceso a los medios que permitan preservar, proteger o restaurar su salud. Pensar de otra manera, es atentatorio al sentido mínimo de preservación que tiene la raza humana.

El criterio preponderante que debe acompañar a los de seguridad y eficacia es el de calidad; es según todo individuo debe gozar del Derecho Humano de recibir la terapia-medicamento de mejor calidad que esté disponible de acuerdo al estado del arte científico que vive la humanidad en ese momento.

V. LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DE LA SALUD EN MÉXICO

Contrario a los límites que intentan generar los artículos antes revisados de la LGS, pero en consonancia con los instrumentos internacionales, la justicia federal se encuentra resolviendo diferentes asuntos en materia del derecho de protección de la salud. Por ejemplo, el primer tribunal colegiado del noveno circuito resolvió en el amparo en revisión 136/2015 que, para efectos de garantizar el *Derecho Humano* a la *protección de la salud*, el Instituto Mexicano del Seguro Social debe suministrar a sus beneficiarios los medicamentos que les prescriban, aun cuando no estén incluidos en el Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud. A continuación tan importante precedente:

DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. PARA GARANTIZARLO, EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL DEBE SUMINISTRAR A SUS BENEFICIARIOS LOS MEDICAMENTOS QUE SE LES PRESCRIBAN, AUN CUANDO NO ESTÉN INCLUIDOS EN EL CUADRO BÁSICO Y CATÁLOGO DE INSUMOS DEL SECTOR SALUD. La protección de la salud constituye un derecho fundamental que el Estado está obligado a garantizar; y que está tutelado por los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los cuales se advierte que los servicios básicos de salud consisten, entre otros aspectos, en la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, para cuyo efecto habrá un cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud. No obstante, no debe entenderse como un impedimento o una restricción para los beneficiarios de las dependencias y entidades que prestan el servicio de protección de la salud, el hecho de que algún medicamento no esté incluido en ese cuadro básico, como se advierte del criterio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis P. XIX/2000, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XI, marzo de 2000, página 112, de rubro: "SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS.". Por tanto, atento a la visión progresiva con la que deben apreciarse los derechos fundamentales del gobernado, dichas dependencias y entidades, entre las que se encuentra el Instituto Mexicano del Seguro Social, deben suministrar a sus beneficiarios esos medicamentos, aun cuando no estén en ese cuadro básico, siempre que exista una prescripción médica que lo avale[1820].

Por su parte, el primer tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito resolvió la Queja 50/2014 indicando que el *Instituto Mexicano del Seguro Social* tiene el carácter de autoridad para efectos del juicio de amparo si el acto reclamado consiste en la omisión o negativa de suministrar medicamentos; y en dicha resolución se argumentó que, si bien es cierto que los actos del IMSS como organismo descentralizado en su carácter de ente asegurador, por regla general, son inimpugnables mediante el juicio de amparo, ya que actúa en un vínculo de coordinación con los particulares, derivado de una relación contractual y en sustitución del patrón, que involucra diversos derechos, como los de jubilación, guarderías o licencias por enfermedad, también lo es que si se atiende al concepto amplio de autoridad

[1820] Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima Época. Publicación: viernes 25 de septiembre de 2015 10:30 h. Tesis: IX.1o.1 CS (10a.)

establecido en el artículo 5o., fracción II, de la Ley de Amparo, se concluye que, en los casos en los que el acto reclamado se hiciere consistir en la negativa u omisión del instituto de suministrar un medicamento a uno de sus asegurados, en ese supuesto sí tiene el carácter de autoridad, en virtud de que el IMSS es responsable de proporcionar ese servicio, que forma parte integrante del derecho de acceso a la salud, consagrado en el artículo 4o. constitucional y, en consecuencia, la omisión o negativa de hacerlo constituye un acto que tiene las características atinentes a los actos de autoridad.[1821]

Por otro lado al resolverse el Amparo en revisión 19/2013 promovido por Juan de la Paz Jiménez, el Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer circuito[1822] determino otorgar la protección de la justicia federal para ordenar a la autoridad militar se abstuviera de retirarlo por padecer obesidad, y en su lugar otorgar los medios técnicos, médicos o científicos a través de la institución encargada de la seguridad social para tratar dicho padecimiento, y así respetar el derecho fundamental de protección de la salud, ya que estimo que al interpretar de manera integral los numerales 1º., 4º. y 123 de nuestra Carta Magna, la solución del caso debía guiarse por los principios de no discriminación, el respeto pleno a la dignidad de las personas, la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la permanencia en el empleo.

Dicho órgano jurisdiccional sostuvo que ningún ordenamiento legal secundario establece que la obligación de procurarle la salud a un miembro de la milicia desaparece tratándose de personas con padecimientos de obesidad; a *contrario sensu*, en la normatividad aplicable se contemplan los mecanismo legales y procedimientos médicos necesarios para lograr su rehabilitación a través de la asistencia social correspondiente, y así darle cabal respeto a su dignidad.

De acuerdo a lo expresado por el Tribunal Colegiado en la resolución en *comento*, en las legislaciones secundarias aprobadas, tanto en el ámbito federal, como en el local, se han

[1821] Cfr. Rubro: INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL. ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO, SI EL ACTO RECLAMADO CONSISTE EN LA OMISIÓN O NEGATIVA DE SUMINISTRAR MEDICAMENTOS. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 6, Mayo de 2014, Tomo III. Décima Época Tesis: I.1o.A.71 A (10a.). Pág. 2039

[1822] Cfr. Rubro: DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD, MARCO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y CONVENCIONAL APLICABLE PARA SU PRESERVACION Y RESPETO, TRATANDOSE DEL RETIRO DE UN MILITAR POR PADECER OBESIDAD. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Tribunales Colegiados de Circuito. Decima Época. Tesis: i.4º.a.85ª (10ª.). Pág. 1757

previsto mecanismo para que en este tipo de padecimientos se lleve a cabo la prestación de los servicios de salud y además se erradique la discriminación.

En primer término se encuentra la *Ley General de Salud* (LGS). Que dispone que entre sus principales objetivos se encuentran:

a) El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
b) La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
c) El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.

Por su parte, la *Ley Federal* para *Prevenir y Eliminar la Discriminación* define a la discriminación como toda distinción, exclusión o restricción que, basada, entre otras causas, en la condición de salud, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas; prohibiendo toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades. Al propio tiempo el referido órgano judicial estima que al caso son aplicables los siguientes tratados internacionales: Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador "; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convenio Numero 111 Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación; y, Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Invalidas (número 159) de la Organización Internacional del Trabajo.

Siguiendo esta línea de pensamiento, es que por unanimidad de votos, siendo magistrado ponente Jesús Antonio Nazar Sevilla y secretaria proyectista Ángela Alvarado Morales, el Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer circuito resolvió que en el supuesto en que un militar sea retirado por padecer obesidad, de conformidad con la legislación secundarias aplicable, el marco relevante al caso lo constituye el derecho fundamental a la salud y su consecuente garantía de seguridad social contemplada en el artículo cuarto constitucional, mismo que no puede violentarse como producto de una interpretación no garantista ni protectora, que a la vez propicie una actuar discriminatorio por

parte de la autoridad militar, en clara contravención al propio artículo 1º. De nuestra constitución, por lo que, con miras a preservar el derecho fundamental de protección de la salud, estimaron que en ese tipo de circunstancias se deben otorgar los medios técnicos, médicos y científicos a través de la institución encargada de la seguridad social para tratar dicho padecimiento, y no ordenar el retiro del militar, ya que la autoridad no solo debe garantizar que su población disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente sus necesidades, sino que además debe propiciar el bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades y la prolongación y el mejoramiento de la calidad de su vida.

Por otro lado, en el amparo en revisión 19/2013, el cuarto tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito determinó que si la Secretaría de la Defensa Nacional tomaba la decisión automática de retirar a un militar por padecer obesidad sin proporcionarle un tratamiento médico o rehabilitación y sin brindarle alternativas de empleo dentro de la estructura de la propia Secretaría que sea acorde a su situación y respetando las condiciones en que desarrollaba sus servicios, entonces se estarían violando nuestra Carta Magna y diversos tratados internacionales de los que México es Parte por darle un trato discriminatorio, ya que en su doble carácter de órgano del Estado y patrón, la Secretaría de la Defensa debe, en términos del citado artículo 1o., promover, respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud de los militares, brindándole los medios necesarios para gozar del mayor nivel de salud y, de ser posible, remediar su enfermedad, con la obligación de realizar un análisis de razonabilidad en el que dilucide si, en el caso, el problema de salud del derechohabiente le permite o no desplegar con solvencia la actividad para la cual fue contratado, nombrado o reclutado y, en su caso, atender al grado de avance de su enfermedad y disminución de su capacidad física, para brindarle alternativas de empleo dentro de la estructura de la secretaría de Estado, que respete las condiciones en que desarrollaba sus servicios.[1823]

[1823] Cfr. Rubro: SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. SI LA SECRETARÍA DE LA DEFENSA NACIONAL DETERMINA AUTOMÁTICAMENTE LA PROCEDENCIA DEFINITIVA DEL RETIRO DE UN MILITAR, AL CONSIDERAR ÚNICAMENTE LA INCAPACIDAD QUE DERIVA DE HABERSE UBICADO EN EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 226, TERCERA CATEGORÍA, FRACCIÓN 33, DE LA LEY DEL INSTITUTO RELATIVO -PADECER OBESIDAD CON UN ÍNDICE DE MASA CORPORAL ENTRE 30 Y 34.9-, SE PRODUCE UN TRATO DISCRIMINATORIO PROHIBIDO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Décima Época Tesis: I.4o.A.69 A (10a.). Pág. 1900.

Aunado a lo anterior, al resolver el amparo en revisión 19/2013, el cuarto tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito dispuso que en el *Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas* inválidas aprobado en la sexagésima novena reunión de la *Organización Internacional del Trabajo*[1824] se establecieron los parámetros dentro de los cuales tendrá que ejercerse la acción del Estado para efectuar la protección especial de las personas con limitaciones (dentro de éstas la obesidad), y se determinó como fin último la readaptación profesional; es decir, permitirles conservar un empleo adecuado, sin que tal posibilidad se vea reducida como consecuencia de una deficiencia de carácter físico. Bajo esta premisa, dicho convenio debe considerarse al aplicar el artículo 226, tercera categoría, fracción 33, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, que prevé la obesidad como causa de retiro de los militares, en atención al principio *pro homine*, conforme al cual, debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida para establecer restricciones permanentes al ejercicio de los de suspensión extraordinaria, lo que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, esto es, estar siempre en favor del hombre y, paralelamente, a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de aquéllos[1825].

Por lo tanto, se concluyó que el artículo 226 de la *Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas* que contiene las categorías y grados de accidentes o enfermedades que originan el retiro por incapacidad de los militares (entre las que destacan que padecer obesidad con un índice de masa corporal entre 30 y 34.9), viola los derechos fundamentales a la salud, a la permanencia del empleo y a la no discriminación motivada por condiciones de salud, de todo aquel militar que se ubique en dicha hipótesis.[1826]

[1824] Celebrada en Ginebra, Suiza, el 20 de junio de 1983, ratificado por el Estado Mexicano y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de abril de 2002.

[1825] Cfr. Rubro: SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. AL APLICAR EL ARTÍCULO 226, TERCERA CATEGORÍA, FRACCIÓN 33, DE LA LEY DEL INSTITUTO RELATIVO, QUE PREVÉ LA OBESIDAD COMO CAUSA DE RETIRO DE LOS MILITARES, DEBE CONSIDERARSE EL CONVENIO SOBRE LA READAPTACIÓN PROFESIONAL Y EL EMPLEO DE PERSONAS INVÁLIDAS, APROBADO POR LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Tesis: I.4o.A.87 A (10a.). Página: 1897

[1826] Cfr. Rubro: SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. EL ARTÍCULO 226, TERCERA CATEGORÍA, FRACCIÓN 33, DE LA LEY DEL INSTITUTO RELATIVO, AL CONSIDERAR QUE PADECER OBESIDAD CON UN ÍNDICE DE MASA CORPORAL ENTRE 30 Y 34.9

En este mismo sentido, se encuentran los militares a los que el Estado mexicano, a través de la Secretaría de la Defensa Nacional, intentó, no solamente retirar del servicio activo por padecer VIH, sino también retirarle la atención médica a sus familiares contagiados. En este caso nuestros tribunales colegiados resolvieron que dicha determinación era violatoria de nuestra Constitución y que la disputa debía resolverse conforme al marco regulatorio de los derechos a la no discriminación y a la dignidad humana de las personas, a la salud, a la permanencia del empleo y de los derechos del niño[1827].

En dicha resolución se estableció que conforme al artículo 197, en relación con el diverso 22, fracción IV, de la *Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas* abrogada, se establecían las bases para declarar la procedencia del retiro del activo de un militar por quedar inutilizado en actos fuera del servicio[1828]. Ahora bien, tales disposiciones, se estimaron insuficientes para declarar el retiro del militar si la razón fue el resultado positivo a las pruebas del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), y la consecuente cesación de los servicios médicos que se le venían proporcionando, extensiva a sus familiares derechohabientes contagiados por el virus, en virtud de que existe un marco regulatorio más amplio que, con base en una interpretación sistemática, causal teleológica y por principios, debe considerarse en aras de una mayor protección de los derechos fundamentales y de la dignidad de las personas. Efectivamente, el tribunal colegiado consideró que los artículos 1o., 4o. y 123 constitucionales protegen los derechos a la no discriminación, a la dignidad, a la salud, a la permanencia en el empleo y los derechos de los niños. El análisis objetivo de dichas disposiciones hace ver que tanto el Constituyente originario como el Poder Reformador formulan declaraciones generales sobre esos derechos, correlativos de la obligación del Estado

---

ORIGINA EL RETIRO POR INCAPACIDAD DE LOS MILITARES, VIOLA SUS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD, A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO Y A LA NO DISCRIMINACIÓN MOTIVADA POR CONDICIONES DE SALUD. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Décima Época Tesis: I.4o.A.68 A (10a.). Pág. 1899

[1827] Cfr. Rubro: MILITARES. PARA RESOLVER SOBRE SU RETIRO DEL ACTIVO POR DETECCIÓN DEL VIH, DEBE ESTARSE A LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA, CAUSAL TELEOLÓGICA Y POR PRINCIPIOS DE LOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA SALUD, A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO Y A LA NO DISCRIMINACIÓN. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Octubre de 2004, Tomo XX. Novena Época Tesis: I.4o.A.438 A. Pág. 2363

[1828] Cfr. Rubro: EJÉRCITO Y FUERZA AÉREA MEXICANOS. ES PROCEDENTE LA SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO CONTRA LOS EFECTOS DE LA ORDEN DE BAJA DEL ACTIVO Y ALTA EN SITUACIÓN DE RETIRO "POR INUTILIDAD". Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Segunda Sala de la SCJN. Octubre de 2007, Tomo XXVI. Novena Época Jurisprudencia: 2a./J. 197/2007. Pág. 241

de procurar lo necesario para salvaguardarlos, pero ninguno de ellos establece que la obligación de velar por la salud desaparezca tratándose de enfermos desahuciados o terminales, o bien de discapacitados totales o enfermos mentales ya que, por el contrario, procuran la conservación de su vida, el respeto a su dignidad, su asistencia social y la prosecución de su rehabilitación. Por otra parte, tales derechos se reiteran, complementan, desarrollan y reglamentan en leyes federales como la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la Ley General de Salud y la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así como también en ordenamientos internacionales, de aplicación obligatoria conforme al artículo 133 constitucional, entre los que se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación y la Convención sobre los Derechos del Niño.[1829]

Al respecto, es aplicable la siguiente tesis:

SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. EL ARTÍCULO 226, SEGUNDA CATEGORÍA, FRACCIÓN 45, DE LA LEY DEL INSTITUTO RELATIVO, QUE PREVÉ LA CAUSA LEGAL DE RETIRO POR INUTILIDAD BASADA EN LA SEROPOSITIVIDAD A LOS ANTICUERPOS CONTRA EL VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH), VIOLA EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El legislador a través de dicha causa legal de retiro persigue, como finalidad constitucionalmente válida, la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceros; sin embargo, dicha regulación implica una distinción legal entre los integrantes de las Fuerzas Armadas Mexicanas violatoria de las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud contenidas en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que carece de

[1829] Cfr. Rubro: MILITARES. EL RETIRO DEL ACTIVO POR DETECCIÓN DEL VIH Y LA CONSECUENTE CESACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS, EXTENSIVA A SUS FAMILIARES CONTAGIADOS, DEBE RESOLVERSE CONFORME AL MARCO REGULATORIO DE LOS DERECHOS A LA NO DISCRIMINACIÓN Y A LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS, A LA SALUD, A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO Y DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Septiembre de 2014, Tomo XX. Novena Época Tesis: I.4o.A.437 A. Pág. 1807

proporcionalidad y razonabilidad jurídica, toda vez que: 1) es inadecuada para alcanzar la finalidad mencionada, porque la ciencia médica, reflejada en distintas directrices nacionales e internacionales, ha demostrado la inexactitud de que quienes porten dichos virus sean -per se- agentes de contagio directo y en consecuencia, individuos ineficaces para desempeñar las funciones requeridas dentro del Ejército; 2) es desproporcional, porque el legislador, para alcanzar el mencionado objetivo, tenía a su disposición alternativas menos gravosas para el militar implicado, considerando que la legislación castrense hace posible su traslado a un área distinta, acorde a las aptitudes físicas que va presentando durante el desarrollo del padecimiento, como sucede con diversas enfermedades incurables; y, 3) carece de razonabilidad jurídica, en virtud de que no existen bases para justificar la equiparación que ha hecho el legislador del concepto de inutilidad con el de enfermedad o, en este caso, con la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), pues bajo esa concepción habría múltiples casos en los que la merma en la salud permitiría justificar la separación inmediata del trabajo y la sustracción a los servicios de salud respectivos, sin analizar previamente si los efectos del mal le permiten o no desplegar con solvencia la actividad para la cual hubiera sido contratado, nombrado o reclutado.[1830]

Por último, los derechos humanos de las personas que se encuentran recluidas en un centro penitenciario, en torno al tema de salud también deben respetarse, tal y como se sostuvo en el siguiente criterio:

DERECHO A LA SALUD DE LOS INTERNOS EN UN CENTRO FEDERAL DE READAPTACIÓN SOCIAL. ACCIONES QUE EL JUEZ DE AMPARO DEBE EXIGIR A LAS AUTORIDADES RESPONSABLES PARA PRESERVAR LA CALIDAD DE VIDA DE LOS RECLUSOS ENFERMOS Y GESTIONES QUE ÉSTAS DEBEN REALIZAR CUANDO SE ACREDITE QUE LA OPCIÓN MÁS ADECUADA PARA TRATAR SU PADECIMIENTO ES INCOMPATIBLE CON LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE SALUD IMPLEMENTADAS EN DICHOS CENTROS. El marco normativo que integran los artículos 1o., 4o. y 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; XI de la Declaración Americana de los Derechos y

[1830] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno de la SCJN. Diciembre de 2007, Tomo XXVI. Novena Época Jurisprudencia: P./J. 131/2007. Pág. 12

Deberes del Hombre; 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; 5 de los Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/111; 22, 24, 25, 26 y 62 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; y, 17 del Reglamento del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social, garantiza el derecho fundamental a la salud a todo ser humano, a cuyo reconocimiento está obligado cualquier servidor público, aun cuando se trate de un interno, pues su protección no se merma, sino que el Estado tiene la obligación de procurarla. En ese tenor, se han dispuesto las citadas Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión. Por consiguiente, si el quejoso se encuentra recluido en un Centro Federal de Readaptación Social y no se le proporciona la atención médica que requiere, ello obliga al Juez de amparo a que, abordada la cuestión con plenitud y analizadas las implicaciones pronta y frontalmente, exija a la autoridad responsable que lo tenga a su disposición que acredite, con los exámenes médicos correspondientes, el estado de salud del quejoso, informando los datos que permitan identificar la atención médica que requiere, a fin de asegurar que la proporcionada es la que necesita, de acuerdo con su particular condición de salud, así como requerirle que proceda de inmediato a aplicarle los exámenes médicos correspondientes, para determinar el tipo de tratamiento médico adecuado que requiere, durante el tiempo que permanezca a su disposición. Lo anterior implica que la autoridad responsable considere cuál medida resulta más conveniente para poder brindar al quejoso el tratamiento médico apropiado a su padecimiento y, atento a su resultado, suministre los medicamentos o insumos básicos y esenciales para su oportuno tratamiento, en aras de preservar la calidad de vida del recluso. Además, en caso de que se acredite fehacientemente que la opción más adecuada es incompatible con las políticas públicas en materia de salud implementadas por el centro penitenciario en que guarda reclusión el quejoso, en virtud de involucrarse el derecho humano a la salud, la autoridad responsable deberá realizar las gestiones pertinentes para que sea atendido en algún hospital o en las clínicas del sector salud donde pueda recibir su tratamiento en las condiciones adecuadas e idóneas a su padecimiento.[1831]

[1831] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Agosto de 2015.

BIBLIOGRAFÍA

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 20, Julio de 2015, Tomo II. Tesis: VI.3o.A.1 CS (10a.). Página: 1721. Esta tesis se publicó el viernes 10 de julio de 2015 a las 10:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Décima Época Tesis: I.4o.A.86 A8QOA). Pág. 1759.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XXXII, Noviembre de 2010. Tesis: VIII.A.C.7 A. Página: 1532.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Segunda Sala de la SCJN. Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I. Décima Época Tesis: 2a. CVIII/2014 (10a.) Pág. 1192.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III. Esta tesis se publicó el viernes 26 de septiembre de 2014 a las 9:45 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Tesis: IV.1o.A.24 A (10a.). Página: 2593.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III. Tesis: XI.1o.A.T.18 L (10a.) Página: 2595. Esta tesis se publicó el viernes 12 de septiembre de 2014 a las 10:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima Época. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II. Tesis: 2a. /J. 7/2015 (10a.). Página: 1531.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 5, Abril de 2014, Tomo II. Tesis: XII.2o.3 L (10a.). Página: 1660.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo IV. Tesis: I.6o.T.116 L (10a.). Página: 2936. Esta tesis se publicó el viernes 14 de noviembre de 2014 a las 9:20 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III. Tesis: I.13o.T.75 L (10a.). Página: 2389.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Primera Sala. Época: Décima Época. Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional Esta tesis se publicó el viernes 24 de octubre de 2014 a las 9:35 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Tesis: 1a. CCCLV/2014 (10a.). Página: 598.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 17, Abril de 2015, Tomo II. Época: Décima Época. Tesis: (IV Región) 2o.1 CS (10a.). Página: 1788).

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima Época. Libro 21, Agosto de 2015, Tomo III. Tesis: VII.2o.P.3 P (10a.). Página: 2171.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima Época. Libro 21, Agosto de 2015, Tomo III. Tesis: VII.2o.P.3 P (10a.). Página: 2171.

Semanario Judicial de la Federación Instancia: Pleno Época: Décima Época. Publicación: viernes 25 de septiembre de 2015 10:30 h. Tesis: P. XVIII/2015 (10a.).

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Tesis: I.4o.A.87 A (10a.). Página: 1897.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Tomo XXX, Agosto de 2009. Tesis: P./J. 86/2009. Página: 1073.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Instancia: Pleno. Época: Novena Época. Tomo XXX, Septiembre de 2009. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Tesis: P./J. 185/2008. Página: 26.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Instancia: Tribunales. Colegiados de Circuito. Época: Décima Época. Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2. Tesis: XXVI.5o. (V Región) 2 K (10a.). Página: 1876.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Tribunales Colegiados de Circuito. Decima Época. Tesis: i.4º.a.85ª (10ª.). Pág. 1757.

Décima Época Tesis: VII.2o.P.3 P (10a.).

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno de la SCJN. Diciembre de 2007, Tomo XXVI. Novena Época Jurisprudencia: P./J. 131/2007. Pág. 12.
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Primera Sala de la SCJN. Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I. Décima Época Tesis: 1a. CCCLIII/2014 (10a.). Pág. 599.
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Segunda Sala de la SCJN. Octubre de 2007, Tomo XXVI. Novena Época Jurisprudencia: 2a./J. 197/2007. Pág. 241.
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 6, Mayo de 2014, Tomo III. Décima Época Tesis: I.1o.A.71 A (10a.). Pág. 2039.
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Décima Época Tesis: I.4o.A.69 A (10a.). Pág. 1900.
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Décima Época Tesis: I.4o.A.68 A (10a.). Pág. 1899.
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Octubre de 2004, Tomo XX. Novena Época Tesis: I.4o.A.438 A. Pág. 2363.
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Septiembre de 2014, Tomo XX. Novena Época Tesis: I.4o.A.437 A. Pág. 1807.
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Agosto de 2015. Décima Época Tesis: VII.2o.P.3 P (10a.).
Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima Época. Publicación: viernes 11 de septiembre de 2015 11:00 h. Tesis: (XI Región)2o.9 A (10a.).
Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima Época. Publicación: viernes 11 de septiembre de 2015 11:00 hrs. Tesis: (XI Región)2o.1 CS (10a.).
Semanario Judicial de la Federación. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima Época. Publicación: viernes 25 de septiembre de 2015 10:30 h. Tesis: IX.1o.1 CS (10a.)
Soberanes Fernández, José Luis. Manual para la Calificación de Hechos Violatorios de los Derechos Humanos. Editorial Porrúa – CNDH. 2ª Edición México. 2009. Pág. 308.

PÁGINAS DE INTERNET

http://conceptodefinicion.de/mortalidad-infantil/
http://www.humanium.org/es/mortalidad-infantil/
http://www.elblogdelasalud.es/definicion-enfermedad-segun-oms-concepto-salud/
http://www.destejiendoelmundo.net/2012/11/diferencia-entre-endemia-epidemia-y.html
http://www.who.int/topics/immunization/es/
http://www.who.int/topics/infectious_diseases/es/
www.catedradh.unesco.unam.mx

CAPÍTULO III. DERECHO HUMANO AL AGUA

Francisca Silva Hernández[1832]

SUMARIO:

I. Reconocimiento jurídico del Derecho Humano al agua. II. El agua en números, algunos datos a considerar. III. Seguridad del agua y seguridad humana como factores de conflictos latentes. IV. La gestión del conflicto a través de los MASC y MORC. V. Conclusiones.

RESUMEN:

El acceso al agua y saneamiento representan la conformación de un nivel de vida digno y adecuado además de conformar la correlación con otros derechos asociados tales como la salud, alimentación y vivienda, entre otros. La vulnerabilidad ante la privación o nulo acceso a este derecho puede suscitar un conflicto de forma latente que puede concretarse incluso en situaciones violentas los cuales provocan un riesgo para la propia seguridad humana. Por ellos el estudio, análisis y facilitación del diálogo que se hagan de las posibles soluciones o acuerdo de los conflictos derivados de ellos, determinarán la gestión y acceso no sólo a una justicia efectiva sino a la validez del acceso al derecho humano al agua.

PALABRAS CLAVE: Accesibilidad, vida digna, mínimo básico, seguridad humana, gestión de conflicto.

ABSTRACT:

Access to water and sanitation represent the creation of a decent and proper life besides forming the correlation with other related rights such as health, food and housing, among others. Vulnerability to deprivation or no access to this right may pose a conflict of latent form can be realized even in violent situations which cause a risk to human security itself. For them the study, analysis and facilitation of dialogue that are made possible solutions or settlement of any disputes regarding them, will determine not only management and access to effective justice but to the validity of the access to the human right to water.

KEYWORDS: Accessibility, dignified life, bare minimum, human security, conflict management.

INTRODUCCIÓN

Desde los derechos humanos de la primera, segunda y tercera generación hemos visto el desarrollo por el reconocimiento de estos a partir de la manifestación de fenómenos sociales, culturales y económicos que dan pauta para la intervención, reconocimiento y responsabilidad de los mismos.

Los derechos humanos según las Naciones Unidas son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición, todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna.

[1832] Doctorante del Programa en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos con reconocimiento del PNPC de CONACYT. Maestra en Resolución de Conflictos y Mediación por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Título de Posgrado de Especialización en Prevención, análisis y gestión de conflictos: estrategias avanzadas de negociación y mediación, por la Universidad de Castilla-La Mancha.

El derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho que todos los ciudadanos tenemos, sin embargo hoy día por la propia actividad del hombre hemos ido degradando el medio ambiente de forma tal que estamos padeciendo de una serie de fenómenos sociales, alteraciones naturales en el medio, crisis económica, pérdida y olvido de nuestras culturas, corrupción evidente en la política y aunque estas situaciones puedan resultar aisladas una de otra, realmente se encuentran conectadas y/o vinculadas entre sí, el simple hecho de pertenecer a una sociedad y sufrir o padecer cambios de adaptabilidad como medio de sobrevivencia dentro de la misma sociedad y especie humana hace que el individuo vea el proceso de evolución y desarrollo que ha tenido dentro de su historia, notando así que un recurso tan vital para el humano está representando una situación de enfrentamientos y lucha geopolítica por territorios con grandes cuerpos de agua que les permite realizar una serie de actividades que están sujetas al mercado a través de la oferta y demanda que el propio sistema establece.

El agua representa así el medio de subsistencia no sólo para el para el individuo sino para el propio sistema neoliberal.

La situación de vulnerabilidad que permea al derecho humano al agua va desde la situación de grupos vulnerables como niños, mujeres y personas con capacidades diferentes hasta el aseguramiento del agua como medio de subsistencia.

El presente documento hace un recuento histórico y del reconocimiento jurídico del Derecho Humano al agua, en el que se plantea de forma descriptiva la validez oficial a través del principio de garantía del acceso al agua como una de las condiciones fundamentales que aseguran el nivel de vida adecuado.

El agua en números plantea una serie de estadísticas que nos hacen ver el uso diario en litros que necesita una persona para sobrevivir y en caso no tener acceso a ello, se desencadenan altos índices de deshidratación, alimentación, vivienda, salud, haciéndonos ver que la afectación o alteración de uno hace que el otro altere también se vea afectado.

Por último se plantea que la gestión de conflictos suscitados por la mala distribución y accesibilidad del agua pueden considerarse a través de la heterocomposición como un medio de hacer efectivo su ejercicio de participación ciudadana o simplemente contar con asistencia de un gestor o facilitador que a partir de los MASC y MORC establezca la escucha activa y empoderamiento de las partes pasando así a la etapa de diálogo entre los involucrados para abordar los posibles acuerdos, soluciones y/o transformación de las relaciones.

I. Reconocimiento jurídico del Derecho Humano al agua

En el marco normativo y jurídico nacional e internacional de instrumentos de acceso, regulación, uso, aprovechamiento y gestión del agua se contemplan no sólo los aspectos de carácter económicos sino que a partir de contextos sociales, culturales y económicos se empiezan a reconocer y ejercer el derecho humano al agua, el cual da pauta a que el ciudadano y su colectivo puedan ejercer de forma efectiva el derecho antes mencionado.

Asimismo lo anterior debe procurar la garantía de un derecho a una vida digna y un medio ambiente sano que a su vez se interrelacionan con el derecho de alimentación, salud y vivienda primordialmente; los cuales conllevan a otro grupo de derechos determinados según el contexto, las necesidades y las prioridades que emergen de esa realidad concreta.

Al respecto se considera importante describir aquellos instrumentos que dieron pauta a procurar y plasmar el derecho al agua para la ciudadanía:

La conferencia de Naciones Unidas sobre Agua en el año de 1977 da inicio para llamar la atención de los Estados con el fin de realizar pertinentemente las evaluaciones del recurso natural del agua mediante planes y políticas públicas con el objeto de satisfacer aquellas necesidades del recurso de agua potable y saneamiento.

En la décadas de los 70 las cuestiones de grupos vulnerables como las mujeres, niños y discapacitados empieza a identificar la importancia de los roles que juegan dentro de las diversas sociedades, es decir como el trabajo no remunerado de niños y mujeres representan para el sector económico una mano de obra barata, suscitando todo aquel tipo de discriminación en contra de las mujeres, por lo que en el año de 1979, a través de la Convención sobre Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, se establece el derecho de gozar de condiciones de vida adecuada, haciendo especial recalco en la vivienda, considerando otros aspectos coadyuvantes a dicha condición tal como lo es el abastecimiento de agua.

En el año de 1989 en la Convención sobre los Derechos del Niño en atención al combate de enfermedades y malnutrición, se pone énfasis en aquellos procesos de aplicación tecnológica, a su vez en el abastecimiento y el acceso al agua potable salubre.

En la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se reconoce la protección social en especial el aseguramiento de acceso al agua potable, sin discriminación alguna.

Para el año de 1992, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en la Cumbre de la Tierra se procede a crear la Agenda 21 en la cual se menciona la protección de la calidad y suministro de los recursos de agua dulce, protección de los océanos y mares de todo tipo.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 2002 da por adoptada la observación general no. 15 referente al derecho al agua; distinguiendo que para el desarrollo de una vida humana digna el agua es vital por lo tanto debe concebirse como un derecho de disposición de cada individuo en cuanto a la suficiencia que debemos de tener del mismo, debiendo ser saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible en el uso doméstico y personal.[1833]

La Carta Africana establece que sin el acceso al agua y el saneamiento no se es posible el desarrollo favorable para un entorno satisfactorio.

En la Asamblea General de Naciones Unidas[1834] a través de la Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010 64/292, precisa que el derecho al agua es el derecho de todas las personas a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico. En dicho reconocimiento es motivado por la preocupación de los aproximadamente 884 millones de personas carentes de acceso al agua potable y más de 2.600 millones de personas que no tienen acceso a saneamiento básico.

Aunado a esto es importante destacar la importancia que ha retomado el vital líquido dentro de los nuevos objetivos del desarrollo sostenible (metas al 2030) comparadas con los objetivos del milenio (metas 2015) ya que en las metas consideradas para el año 2015 sólo contemplaban hasta el punto siete lo que era garantizar la sostenibilidad del medio ambiente de forma tan general[1835] que a decir de las metas para el año 2030 se pone mayor énfasis al medio ambiente y la sustentabilidad prevaleciendo como un foco de emergencia el garantizar, lograr y construir los otros objetivos que van de la mano de estas; dentro del medio ambiente la meta 6 dispone garantizar la disponibilidad de agua y su ordenación sostenible y el saneamiento para todos así como en la meta 14 donde incita a conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.

[1833] Observación General No. 15. El derecho al agua. Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Noviembre de 2002.

[1834] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general no. 15.

[1835] Exhortaba a reducir a la mitad la proporción de personas que carece de un acceso sostenible al potable y a servicios básicos de saneamiento.

En el caso de México a partir de las reformas constitucionales del año 2011 y 2012 en el artículo 4 con el reconocimiento del medio ambiente sano y considerando en específico el derecho humano al agua con la adición del párrafo el ocho de febrero de 2012 que a la letra dice:

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Podemos apreciar que este artículo establece una conexión de derechos que van de la mano desde la perspectiva de género como formas de integración de una institución social como lo es la familia, a través de su propia organización y desarrollo como tal dentro de las sociedades mediante la planeación familiar en su descendencia libre, responsable e informada. Lo que conlleva a que el número de habitantes aumente pero que el Estado garantice el derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, lo cual en caso de no garantizar el acceso a este servicio como derecho garante dentro de la Constitución y Tratados Internacionales los índices de salud se verán desfavorecidos ya que muy posiblemente existirán más habitantes por diversos sectores como niños y en el caso de México que su población está empezando a ser longeva la atención de servicios se verán limitados y el acceso al servicio privado para la mayoría de los habitantes mexicanos será inaccesible.

Lo anterior prevé entonces que mediante el derecho a un medio ambiente sano se puede coadyuvar en grandes números la vulnerabilidad de los ciudadanos en factores económicos, sociales y culturales, en caso específico el acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. Pero tal pareciera que el Estado garantiza este derecho sólo en la Constitución ya que ahí mismo menciona que son las leyes quienes definirán las bases, el apoyo y la modalidad para el acceso y uso equitativo y sustentable de recursos hídricos ¿Cómo es entonces? ¿Quiénes, cuántos y de qué forma se basarán para las bases, apoyos y modalidades de acceso? Es acaso que se piensa en buscar “estrategias de privatización” para ofrecer ¿un mejor servicio? Ahora bien se establece que será una participación de la Federación, entidades federativas y municipios,

considerando la participación ciudadana como el medio de consecución para los fines dispuestos, sin embargo falta ver el consenso y la forma activa de esa participación ciudadana para poder lograr los fines considerados.

Asimismo el acceso al derecho humano al agua conlleva a que el derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa contemple la forma de que dichas viviendas puedan tener el servicio de agua.

En Tabasco la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco en el Capítulo II, Artículo 2 fracción XXXVIII señala que cualquier persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre y aceptable y asequible. En este caso en su artículo 65 fracción II menciona que serán los municipios encargados de las funciones y servicios públicos como el agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales.

Se trata entonces de reconocer que el agua es un recurso vital para la especie humana ya que es parte esencial para que nos proporcione una vida digna, alimentación, vivienda y salud; por lo tanto se considera indispensable que el reconocimiento, validez y acceso a este derecho humano sea de conocimiento global estableciendo claramente en los diversos sectores de la sociedad que la falta de acceso al agua y al saneamiento tiene un enorme coste humano, en términos sociales y sobre todo económico, haciendo énfasis en este último ya que la forma de vida que tenemos se ve direccionado bajo el modelo globalizado y neoliberal que rige los mercados.

II. El agua en números, algunos datos a considerar.

En el reporte realizado por UNICEF en 2010 la cobertura de agua y saneamiento menciona que de acuerdo a aproximadamente 2.500 millones de personas todavía no tienen acceso a saneamiento mejorado, incluidos 1.000 millones que no tienen ningunas instalaciones en absoluto viéndose obligadas a la arriesgada y humillante práctica de la defecación al aire libre.

Tanto para el agua como el saneamiento siguen existiendo grandes disparidades interregionales. La cobertura de saneamiento es la más baja en el África subsahariana y Asia meridional, donde el 70% y el 59% de la población, respectivamente, no tienen acceso a saneamiento mejorado. En cuanto al agua, la cobertura es sólo del 54% en Oceanía, y del 61% en el África subsahariana, mientras que otras regiones tienen tasas de cobertura del 87% o

superiores.[1836] Otra aspecto muy importante a considerar es el sector de la población en pobreza, en zonas rurales y ahora también en zonas conurbadas y urbanas en donde el servicio de agua y saneamiento está careciendo de accesibilidad tanto económica como de infraestructura.

Lo anterior significa que el mínimo básico para el nivel de vida digno debe favorecer el acceso que se precisa entre 50 y 100 litros de agua por persona al día para satisfacer las necesidades humanas básicas; que la fuente de agua debe situarse a no más de 1.000 metros del hogar; que el coste del agua no debería superar el 3 por ciento de los ingresos de la unidad familiar y que el tiempo necesario para el acopio de agua no debe exceder los 30 minutos[1837].

En el caso de México y en especial del sureste mexicano el agua es visto y descrito con una cultura del agua, la importancia que ésta ha tenido para el desarrollo de sus sociedades se han visto determinadas en ocasiones por la mala gestión, desconocimiento de la población y mala aplicación de las políticas públicas. En México 2/3 partes de México se consideran áridas o semiáridas, con precipitación pluvial menor a 500 mm al año. En contraste, el sureste del país es húmedo, con precipitaciones mayores a 2 000 mm al año[1838].

En consideración a lo anterior podemos decir que el sureste de México viven de forma algo similar a más de 1,700 millones de personas las cuales viven en cuencas fluviales en las que su uso supera la recarga natural. Por lo que podemos decir que la disponibilidad del agua está limitada por la situación de los recursos hídricos, la necesidad de preservar los ecosistemas naturales y los factores políticos.[1839]

Se prevé entonces que un factor que está siendo determinante para el cada vez más estirado servicio de acceso al agua y saneamiento es el creciente número de habitantes en las diversas zonas ya que en promedio una sola persona requiere de 1 a 3 litros al día para beber, de 2 a 3 litros al día para preparar alimentos y lavar trastos, de 6 a 7 litros al día para el aseo personal y de 4 a 6 litros al día para lavar ropa, lo que en la suma da de 15 ó 20 litros al día por persona[1840]. En algunos casos una persona no gasta todos estos litros de agua al día y en

[1836] UNICEF. Reporte de Agua, saneamiento e higiene, estadísticas 2010.
[1837] Estos índices son los establecidos de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD.
[1838] SEMARNAT, CONAGUA. NUM3RAGUA México 2014, p. 15.
[1839] Valdés Hernández, Fernando Patricio. Análisis legal del Derecho Humano al Agua Potable y Saneamiento, Chile, 2010, p.7
[1840] PNUD. Agua para vivir, cómo proteger el agua comunitaria, EE.UU., 2005, p. 8.

contradicción instancias públicas o privadas que ofrecen servicios como centros de salud, pueden llegar a usar de 40 a 60 litros al día por persona.

Se comprende entonces que el derecho al agua es aquel derecho de todas las personas a disponer de agua *suficiente* refiriéndose al hecho de abastecer continuamente, *salubre* obedece al hecho de estar libre de microorganismo, químicos y material tóxico-peligroso que puedan considerarse de amenaza para la salud de la especie humana, *aceptable* refiere el hecho de que el recurso hídrico debe presentar un color, olor y sabor aceptable, *asequible* hace mención que los servicios e instalaciones de accesos deben ser factible y posible para el uso personal y doméstico.[1841] Y entendiendo también el derecho de saneamiento como el derecho de acceso a este servicio de saneamiento que sea adecuado y seguro con el objeto de proteger la salud pública así como el medio ambiente.[1842] El valor de establecer el acceso de agua y saneamiento pero también el abastecimiento adecuado considera a bien soslayar también la mortandad desde diversos factores como la deshidratación.

III. Seguridad del agua y seguridad humana como factores de conflictos latentes

El acceso al agua debe otorgar a todo aquel ciudadano el derecho de contar con agua suficiente, con infraestructura adecuada y accesible, segura y de calidad; pero también le otorga el deber de procurar a través de la participación activa el cuidado y protección del agua tan sólo por la procuración sostenible de un medio ambiente sano no sólo para él sino para su futura generaciones.

La seguridad del agua alude a mantener todos aquellos sistemas ecológicos que proporcionan agua y dependen del mismo, se refiere al principio de garantía, es decir garantizar el mínimo básico para atender las necesidades prioritarias. En cuanto a la seguridad humana podemos mencionar la escases de este servicio hace manifiesto que se puedan desarrollar ciertas situaciones de amenazas como las enfermedades desencadenadas por la contaminación de tóxicos en el agua o por el simple hecho de no contar con el saneamiento correspondiente; el hambre o alimentación es otro factor detonante que puede hacer que las sociedades se encuentren en un estado de represión y violencia por el simple hecho de identificar algunas de las categorías que comprenden dicha seguridad humana como la económica, de la comunidad, individual, ambiental, política, alimenticia y salud.

[1841] Comité ESCR. Observación General no. 15 el Derecho al Agua, nota 30, párrafo 3.
[1842] ONU, Directrices para la realización del derecho al agua y saneamiento. Adoptadas por la subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos, 2005.

Existiendo un principio de interdependencia entre los diversos derechos para el acceso a una vida digna, hace precedente que los conflictos que se puedan llegar a manifestar y poder alcanzar algún grado de violencia serían a causa de los siguientes factores considerados a través de este documento:

- Accesibilidad
- Voluntad política
- Mínimo básico
- Nivel de vida
- Dignidad humana
- Seguridad humana

De acuerdo al Fondo Mundial para la Naturaleza, la escases de agua no sólo tiene que ver con la pérdida del recurso sino con la forma en que se distribuye, así como la necesidad de cubrir las actividades consuntivas y productivas.

Estas situaciones de conflicto se vuelven aún más propensas y vulnerables cuando los afectados son pueblos indígenas ya que muchas veces el daño es irreparable para poder continuar viviendo en esa zona. En ese caso el daño o reparación debe venir acompaño de estrategias de diálogo y un facilitador que pueda otorgar entre los involucrados la confianza, el empoderamiento y la escucha activa.

IV. La gestión del conflicto a través de los MASC y los MORC

Los conflictos son situaciones en que se manifiestan diferencias de opiniones, caracteres o conducta de por lo menos dos partes, su naturaleza emana precisamente de esa interrelación cotidiana.

El conflicto parece ser una constante humana[1843] que tiene una razón probable y cierta en que todos queremos anteponer nuestros intereses y aspiraciones, en la medida que haya interacción social sea entre personas, grupos o entidades políticas habrá también la ocasión de disputa. De manera, que el conflicto puede ser interpretado de muy diversas formas por las partes que lo padecen, algunos lo perciben de manera negativa donde solo caben las pérdidas para ambas partes, mientras otras personas lo pueden percibir como una oportunidad para obtener beneficios o mejoras de situaciones, o porque no una oportunidad de cambio.

[1843] Martínez de Munguía, Beatriz, Mediación y resolución de conflictos, una guía introductoria, México, Paidós, 1999, p. 18.

En el caso de la gestión de conflictos por acceso al agua muchas veces son manifestados por el alto grado de vulnerabilidad en el que se encuentran las partes involucradas así como la seguridad del agua y seguridad humana.

Las razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido atendiendo a intereses particulares o de grupos minoritarios, pues de ser así, imperaría un régimen de aprovechamiento del agua sin visión humana y social, con lo cual se atentaría contra la dignidad humana.[1844] Se considera entonces que se establecen mecanismos para garantizar a través de la calidad segura la protección de los recursos hídricos como bien común en términos no solamente económico sino otorgar la debida importancia al bien social y cultural.

En este apartado se describe algunas posibles formas de abordar la gestión y facilitación del diálogo entre las partes involucradas para que a través de los mecanismos alternativos puedan aproximarse mediante la autocomposición a posibles acuerdos y transformación del conflicto.

La transversalidad de la inclusión fortalece la inclusión participativa de las partes al llegar al conflicto en el cual no debemos de alterar ni cambiar el contexto en el que se encuentre, se debe ser bien observador para ir identificando los roles que cada uno de los integrantes del conflicto desempeña en el mismo.

Es muy importante mantener los Métodos Originarios de Resolución de Conflictos con que cuenten la sociedad o grupo con la que se está trabajando pero es muy sustancial también manejar los Métodos Alternos de Solución de Conflictos los cuales en conjunto nos puedan proporcionar información para poder identificar a los actores internos y externos del conflicto, la gestión o facilitación del diálogo versará a través de las técnicas, herramientas y métodos de los MASC y MORC.

La situación del conflicto por acceso al agua como derecho humano estará inmerso en un asunto geopolítico en el que tal vez nos encontremos que un grupo de ciudadanos no puedo hacer más allá de lo que tiene, por ejemplo si el Estado ya tiene planeado realizar una presa, autorizar el ejercicio de una empresa minera, este grupo de pobladores podrán optar desplazarse a otro lugar o bien tener el sentido de pertenencia o arraigo al lugar de nacimiento "su tierra" entonces aquí el papel del gestor o facilitador sólo podrá establecer los vínculos de

[1844] Mac-Gregor Poisot, Eduardo Ferrer, Caballero Ochoa, José Luis y Steiner Cristian (Coord). *Estándares sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), en Derechos Humanos en la Constitución, Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I*. Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2013, p. 516.

comunicación con los grupos de pobladores afectados para poder ellos iniciar el proceso de acuerdos y beneficios como una comunidad, aquí se plantea trabajar o negociar con lo que se tiene, partiendo del conocimiento de que es lo que se tiene e identificando una cadena de causas del conflicto.

Lo que se precisa a través de los MASC y MORC es empoderar y hacer efectivo la participación del ciudadano para ejercer y defender su derecho a un medio ambiente sano, al derecho de acceso al agua y los que consecuentes que empalman con el goce y disfrute de este derecho humano, a través de diversos mecanismos de exigibilidad.

V. Conclusiones

El reconocimiento del Derecho humano al agua representa un avance imprescindible en el equilibrio entre desarrollo económico, equidad social y respeto ambiental, más aún en los países de desarrollo.[1845] Sin embargo se debe considerar que los mecanismos de intervención directa deben partir en toda la extensión de la palabra de accesibilidad no sólo económica sino que a partir del principio de garantía se considera el abastecimiento de dicho derecho también a través de la infraestructura y colaboración del deber de la propia ciudadanía al uso racional y equitativo del agua.

En el caso del nulo acceso al agua, se suscita una serie de factores críticos como lo es el tema de género, es decir la falta de agua determina concreta y drásticamente la vida de una niña, por ejemplo en Tanzania[1846] a medida que las niñas crecen cerca de una fuente de agua, tienen mayor posibilidad de asistir a la escuela, en el caso de no vivir próximo a una fuente de agua se tiene la necesidad de buscar el recurso a una distancia en kilómetros que al final es una incertidumbre ya que no se sabe si se llega a tiempo para el abastecimiento.

Por lo anterior se considera que partiendo del derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la vivienda, al nivel de vida, el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sano, los Estados deben procurar la financiación de políticas públicas que validen la participación y uso de la voz de las poblaciones de donde se quieran realizar o atender las necesidades referente al acceso del agua y saneamiento.

BIBLIOGRAFÍA

[1845] Mostajo Barrios, Jorge Omar. *El derecho humano al agua: su reconocimiento y contenido*. Revista Boliviana de derecho nacional e internacional, p. 82.

[1846] PNUD. El agua, un derecho en un mundo desigual. Por los jóvenes de todo el mundo, p. 18.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general no. 15.
Comité ESCR. Observación General no. 15 el Derecho al Agua, nota 30, párrafo 3.
TELLO MORENO, Luisa Fernanda. *El acceso al agua potable como derecho humano*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2008.
MAC-GREGOR POISOT, Eduardo Ferrer, CABALLERO OCHOA, José Luis y STEINER Cristian (Coord.). *Estándares sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), en Derechos Humanos en la Constitución, Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I*. Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2013.
MARTÍNEZ DE MUNGUÍA, Beatriz, Mediación y resolución de conflictos, una guía introductoria, México, Paidós, 1999.
MOSTAJO BARRIOS, Jorge Omar. *El derecho humano al agua: su reconocimiento y contenido.* Revista Boliviana de derecho nacional e internacional.
ONU, Directrices para la realización del derecho al agua y saneamiento. Adoptadas por la subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos, 2005.
Observación General No. 15. El derecho al agua. Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Noviembre de 2002.
PNUD. Agua para vivir, cómo proteger el agua comunitaria, EE.UU., 2005.
PNUD. El agua, un derecho en un mundo desigual. Por los jóvenes de todo el mundo.
UNICEF. Reporte de Agua, saneamiento e higiene, estadísticas 2010.
SEMARNAT, CONAGUA. NUM3RAGUA México 2014, p. 15.
VALDÉS HERNÁNDEZ, Fernando Patricio. Análisis legal del Derecho Humano al Agua Potable y Saneamiento, Chile, 2010, p.7

CAPÍTULO IV. TUTELA JURÍDICA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS AMBIENTALES

Karla Elizabeth Mariscal Ureta*[1847]

RESUMEN:

La investigación que se presenta, desglosa el análisis del derecho al medio ambiente sano como prerrogativa colectiva global, con el propósito de advertir los contrastes existentes para su tutela jurídica. Procedimientos como las acciones colectivas, el procedimiento de responsabilidad ambiental y el amparo colectivo se han diseñado en el caso Mexicano, desde 2010 para la tutela judicial efectiva del derecho a un medio ambiente sano, no obstante, a pesar de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y de amparo de 2011, siguen existiendo violaciones al derecho de un medio ambiente sano, trayendo impactos y consecuencias negativas en la salud pública, la economía, la cultura, los derechos de los pueblos originarios y el desarrollo de algunas actividades productivas. Por ello, es imperioso advertir cuáles son las causas que derivan en la ineficiencia de la normatividad mexicana destinada para la protección del derecho al medio ambiente sano desde el punto de vista de los derechos humanos de orden colectivo y supranacional.

PALABRAS CLAVE: Ambiente, procesos colectivos, derechos colectivos, amparo colectivo.

ABSTRACT:

The research presented breaks down the analysis of the right to a healthy global collective prerogative, in order to warn the contrasts for legal protection environment. Procedures such collective actions, the procedure of environmental responsibility and collective protection are designed in the Mexican case, from 2010 to effective judicial protection of the right to a healthy environment, however, despite constitutional reforms in and human rights under 2011, there are still violations of the right to a healthy environment, bringing negative impacts and consequences on public health, the economy, culture, rights of indigenous peoples and the development of some productive activities. Therefore, it is imperative to note the causes that lead to the inefficiency of the Mexican regulations intended to protect the right to a healthy environment from the point of view of human rights and collective supranational order.

KEYWORDS: Environment, collective processes, collective rights, collective protection.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de derechos humanos es producto del acontecer histórico que delinea la convivencia del individuo en comunidad, basada en el respeto a su propia naturaleza que enmarca la dignidad de persona y su relación con el contexto social y biológico en el cual se establece, vive y desarrolla.

Luego entonces, la evolución del concepto de derechos humanos ha descansado en generaciones, no obstante, esta generaciones son a nuestro parecer ideas jurídicas que afirman categórica y universalmente que el ser humano necesita ciertos elementos y circunstancias para vivir, desarrollarse y subsistir, los que se traducen en determinados intereses individuales, colectivos e incluso difusos, ahora bien, una vez que se esos intereses se han positivizado se

[1847] * Sistema Nacional de Investigación nivel 1, Doctora en Ciencias del Derecho, Coordinadora del Doctorado en Ciencias del Derecho y profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa, www.posgradokem@hotmail.com.

manifiestan como derechos, los cuales para tener sentido, deben encontrarse tutelados y ser garantizados.

En este sentido, también debemos advertir que la dinámica a nivel nacional e internacional ha venido cambiado sustancialmente, las realidades son distintas y las necesidades individuales y colectivas también se han diversificado; fenómenos como la globalización, la expansión de la industria con pocos parámetros sustentables, el crecimiento demográfico, la escasez de agua y de recursos naturales, incluso el agotamiento de los mantos petroleros, y la fuerte contaminación de variados ecosistemas han contribuido a panoramas crudos en cuanto al pronóstico de las economías globales sostenidas en fuentes naturales.

Por ello, es urgente dar vida y certeza jurídica a derechos como el medio ambiente adecuado o ecológicamente equilibrado, articulando mecanismos idóneos y construyendo bases jurídicas sólidas para su protección, pero más que ello, viables y eficaces. En un escenario como el actual no nos sirven de mucho sofisticados sistemas de normas cuando no resuelven prácticamente los problemas, por ello, el presente estudio se enfoca en el análisis de las formas de tutela del derecho a un medio ambiente sano en México, como un derecho humano con perspectiva global y colectiva.

Partir de realidades y problemas actuales que nos permitan verificar la ductibilidad de la norma existente para la defensa del derecho a un medio ambiente sano, enmarca el sentido de la presente aportación en donde encontraremos como primer punto lo relativo a la categorización jurídica del derecho en cuestión, y al marco constitucional y legal aplicable, para contrastar el universo de normas ambientales mexicanas y determinar cómo es abordado el derecho.

A saber, hacemos también un breve estudio sobre los mecanismos procesales de tutela colectiva del derecho, y finalmente en nuestras consideraciones concluyentes, exponemos el panorama actual del derecho al medio ambiente sano en el sistema normativo mexicano y las peculiaridades que encontramos no favorecen a su tutela judicial efectiva.

II. MEDIO AMBIENTE SANO

El derecho a un medio ambiente sano es un derecho subjetivo al mismo tiempo que es un derecho de todos, es decir, un derecho difuso, del colectivo en sentido amplio; el cual puede ser ejercitado como un derecho colectivo en sentido estricto, por un grupo determinado de

personas que se ven afectadas y que mantienen una relación jurídica, e incluso por una acción individual homogénea.

Estas peculiaridades son las que vuelven más interesante el postulado del medio ambiente sano como derecho humano, pues desde la teoría de los derechos fundamentales básica se alza como un derecho intrínseco de la persona para subsistir, pero además se expande al conglomerado social, llamado colectivo, en tanto, el impacto del bien jurídico medio ambiente pertenece a todos, y cuando ese ¨todos¨ admite delimitación nos encontramos ante un derecho colectivo en sentido estricto, pero de no ser así transitamos al adjetivo ¨difuso¨.

1. Configuración jurídica

Por cuanto a la configuración jurídica del derecho al medio ambiente sano, tenemos que el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales llamado de San Salvador, prevé *¨el derecho de toda persona a un medio ambiente sano y a contar con los servicios públicos básicos¨*. Y el artículo 1, de la Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente, manifiesta *¨el derecho de toda persona, tanto a título individual como en asociación con otras, a disfrutar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.¨*[1848]

Asimismo, en 1972, se celebra la Conferencia de Estocolmo, de la que emanan 24 principios fundamentales, de los cuales podemos destacar el principio 1, que estableció lo siguiente: *¨El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras¨*.[1849]

Lo anterior, nos conduce a la relación entre el medio ambiente sano y el equilibrio ecológico, que sostiene el balance entre recursos bióticos, abióticos y artificiales en la medida que su calibración es indispensable para la vida. El derecho al medio ambiente sano implica pues para

[1848] OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, *Indicadores sobre el Derecho a un medio ambiente sano en México*, México, Naciones Unidas, Derechos Humanos-Oficina del Alto Comisionado, 2015, pp. 27-28.
[1849] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano*, ONU–Declaración de Estocolmo, http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc89.htm, junio 2015.

Rodríguez Resia,[1850] la utilización sostenible, moderada y con enfoque de protección y conservación de todos los elementos constitutivos del hábitat de la humanidad, incluyendo la flora y la fauna, así como todas aquellas condiciones colaterales indispensables para su existencia.

De tal suerte que los elementos constitutivos del hábitat de la humanidad son tanto el medio ambiente natural como el medio ambiente artificial. El primero existente desde el inicio de la vida, determinando su propio origen, y el último como condiciones de comodidad establecidas por el ser humano, de las que difícilmente pudiera ya prescindir. Por ello, tanto unos elementos como otros le son indispensables al género humano, y se debe entonces trabajar para conservar ambos, y mantener el equilibrio necesario entre ellos.

2. Un derecho humano individual y colectivo

El derecho al medio ambiente sano, nos lleva a cuestionar la visión antropocentrista que se enfoca en los derechos de la persona, es decir, en el plano subjetivo, en contraste con la óptica biocentrista, que se extiende a los llamados derechos de la naturaleza. Veamos, Boó y Villar,[1851] nos dicen que en los derechos de la naturaleza el centro está en la naturaleza, que incluye al ser humano, dándole auge a la visión biocéntrica. Éstos derechos defienden el mantenimiento de los sistemas de vida, los conjuntos de vida. Su atención se fija en los ecosistemas, en las colectividades más que en los individuos.

La idea de los derechos de la naturaleza ¨biocentrista¨, articula la expansión del concepto de derechos humanos sobre el medio ambiente, complementando la óptica antropocéntrica como comenta Rodríguez Saldaña, en una suerte de: *¨derechos a la vida y derechos de la vida¨*. [1852]

Luego entonces, el derecho humano al ambiente es concebido como un derecho de propiedad colectiva que implica co-pertenencia y goce o disfrute, nuevamente en palabras de Boó y Villar. [1853] De tal suerte que, el hombre ostenta la propiedad de la naturaleza al mismo tiempo que es naturaleza y debe regir sus actos para beneficio propio y colectivo, adjudicando valor al equilibrio entre su obra artificial y la obra natural a la que pertenece como género humano.

[1850] RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, ¨El derecho al medio ambiente en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos¨, *Revista de Derechos Humanos*, Guatemala, Instituto de Derechos Humanos-Universidad de San Carlos, No. 11, 2004, p. 61.

[1851] RODRÍGUEZ SALDAÑA, Roberto y GARZA GRIMALDO, José Gilberto (coords.), *La naturaleza con derechos. Una propuesta para un cambio civilizatorio*, México, Editorial Laguna, 2012, p. 46.

[1852] RODRÍGUEZ SALDAÑA, Roberto y GARZA GRIMALDO, José Gilberto (coords.), *op. Cit.*, p. 53.

[1853] BOÓ, Daniel y VILLAR, Ariel, *op. Cit.*, p. 47.

Observando, en lo posible la tutela efectiva del bien jurídico ¨ambiente¨ en su enfoque individual pero también colectivo.

De tal suerte que hablar del derecho al medio ambiente sano como un derecho humano colectivo, es a nuestro parecer una construcción, que entre otros aspectos se caracteriza por lo siguiente:

a) Es un derecho humano al ser considerado una prerrogativa fundamental pues sin un medio ambiente ¨sano¨ ni es posible la vida, ni los procesos que surgen de ella.
b) Es un derecho que tiene connotación colectiva que torna en lo difuso de sus titulares cuando es enunciado como categoría universal, pues es una prerrogativa de todos, en tanto derecho de la sociedad, en el ocasionalmente no puede determinarse un grupo o sector específico.
c) Implica la preservación y restauración del equilibrio ecológico como condición indispensable.
d) La protección de los elementos naturales del ambiente le es esencial, para lograr el equilibrio mínimo necesario y se considere medio ambiente sano.
e) Está asociado a otros derechos como el derecho a la salud y al desarrollo.
f) Debe ser protegido tanto individual como colectivamente, en tanto se trata de un bien global.
g) Involucra una responsabilidad tanto para el Estado como para los particulares.

En síntesis podemos concluir, que el medio ambiente adecuado se presenta como un derecho de perspectiva individual-subjetiva pero también colectiva (en sentido estricto o difusa), en virtud de que, afecta intereses personales directamente vinculados a la salud, vivienda, trabajo, seguridad pública, entre otros; como aquellos que se pueden hacer valer en acciones civiles por daños, y además afecta intereses que son intrínsecos a la persona como miembro de una colectividad, es decir como parte del ¨todos¨, en tanto, aspectos colectivos de grupos determinados como el daño ocasionado por parte de una compañía minera que contamina y degrada el ambiente de una determinada región y a su población, o bien, de colectivos difusos como la polución originada y extendida por regiones de forma imprecisa.

Aspectos que tanto unos como otros, deben ser producto de regulación jurídica y de hecho lo son, pero aún de forma poco eficaz. Además tenemos que éste derecho puede ser tratado jurídicamente de diversas posiciones, una la biocentrista y otra la antropocentrista, en la última

privilegiando la posición de los derechos de la persona (la más recurrida), sin embargo, en un ejercicio de armonía integradora pensamos que el derecho al medio ambiente sano es un en resumen un derecho difuso por cuanto aspiración fundamental que protege a ¨todos¨, y que puede ser tutelado por la norma constitucional y legal de forma también abstracta lo que puede representar un peligro que obstaculice su materialización.

No obstante, éste derecho al estar contenido de forma abstracta tiene dos aristas de protección, una la que privilegia el bien jurídico ambiente como objeto del ser humano en su patrimonio, en una visión antropocentrista, la cual puede ser protegida desde el punto de vista individual o por una acción colectiva de individuos con intereses comunes o colectivos plenamente determinados en donde el daño pueda corroborarse y cuantificarse de manera fehaciente.

Asimismo, en esa misma óptica antropocentrista se puede tutelar el daño directo al ambiente natural en cada uno de sus elementos: flora, fauna, agua, suelo y aire; a través de acciones colectivas difusas, amparo colectivo, juicio contencioso administrativo, jurisdicción penal, o juicio de responsabilidad ambiental. En estos procesos, lo que se busca es la protección integral del medio ambiente natural pero también como patrimonio de la persona.

Ahora bien, la visión biocentrista permite y privilegia también una protección a través de procesos reguladores del uso y disfrute el medio ambiente natural pero no solo como una prerrogativa del ser humano, sino como elementos relevantes de la vida del planeta en donde el ser humano no es el centro sino una parte muy significativa de ese medio ambiente, por lo que el medio ambiente sano se extiende en esta óptica hasta cualquier punto del desarrollo de la persona, por esta visión, podríamos llegar incluso a pensar que medio ambiente sano es el equilibrio físico, social y emocional del ser humano y de éste con el resto de los elementos naturales, por lo que el biocentrismo implica mayores obligaciones de tutela.

3. El marco legal (México)

Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano, ha sido abordado desde los argumentos vertidos en Estocolmo en 1972,[1854] como una prerrogativa que busca garantizar que en el presente y el futuro del hombre. De ahí fue traslado e diversos grados a algunas cartas constitucional, por lo que hace a México, tenemos que el artículo 4º constitucional es el que reconoce el derecho, específicamente a partir del año 2012, con el adjetivo de ¨sano¨, de ahí se

[1854] ORDEN JURÍDICO, Declaración de Estocolmo, p. 1, http://www.ecologiahoy.com/conferencia-de-estocolmo, septiembre 2015.

traslada al cuerpo de la Ley marco en materia ambiental de nuestro sistema jurídico, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

Por cuanto al marco legal mexicano, advertimos que la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1988, en su artículo primero, reformado por última vez el 5 de noviembre de 2013, establece que es reglamentaria de las disposiciones de la Constitución que se refieren a la preservación y restauración del equilibrio ecológico, así como a la protección al ambiente, y tiene por objeto, entre otros, el garantizar el derecho de toda persona vivir en un ambiente sano para su desarrollo, salud y bienestar.

Sin embargo, pese a que regula diversos aspectos relacionados con la protección ambiental, el desarrollo sustentable y el equilibrio ecológico, no establece en forma expresa, directa y específica medidas para garantizar el derecho. En el cuerpo del artículo 15, fracción XII, contempla que toda persona tiene derecho a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar, y que las autoridades en los términos de esta y otras leyes, tomarán las medidas para garantizar ese derecho. De lo que podemos observar, que no se emplea el adjetivo ¨sano¨, sino el de ¨adecuado¨, quizá en razón de que constitucionalmente fue nombrado en un primer momento con ese calificativo, y las reformas al artículo 4 constitucional de 2012 aún no han sido retomadas.

Luego entonces, el cuerpo de la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, solo hace mención específica del derecho humano, en su artículo 1 y en su artículo 15, pero con distintos adjetivos: sano y adecuado; sin desarrollar, en nuestra opinión, los lineamientos, criterios o medidas para asegurar el cumplimiento de tal derecho, referenciando a todos los preceptos de la propia Ley y demás ordenamientos en la materia, probablemente porque el concepto de derecho al medio ambiente sano encierra la protección al medio ambiente natural en todos sus elementos, el mantenimiento del equilibrio ecológico y el cuidado de las relaciones entre el hombre y el resto de la naturaleza.

No obstante, consideramos que para garantizar el cumplimiento del derecho a un medio ambiente sano, debe contarse con criterios claros y específicos, primero estableciendo qué se entiende por medio ambiente sano, cuándo se considera que se puede arribar a ese concepto, qué características guarda, qué acciones necesita para asegurarse y qué medidas para

restaurarse, cuestiones que, a nuestro juicio, no contempla de manera acertada la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

Ahora bien, el artículo 15 de nuestra Ley Marco, nos remite a las normas aplicables en cualquier ordenamiento sobre la materia, en este tenor, cabe hacer un recorrido de la legislación ambiental mexicana respecto al derecho a un medio ambiente sano, legislación que abunda en materias muy específicas, y que además es abundante, pero de la que en este momento de análisis, solo advertiremos lo relativo al derecho humano mencionado, de aquellas que nos parecen tienen mayor relevancia.

Respecto a la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, vemos que establece en su artículo 1, que sus disposiciones tienen por objeto garantizar el derecho de toda persona al medio ambiente sano y propiciar el desarrollo sustentable a través de la prevención de la generación, la valorización y la gestión integral de los residuos peligrosos, de los residuos sólidos urbanos y de manejo especial.

Además de que en su artículo 2, establece dentro de los principios a observar, en la fracción I, el derecho de toda persona a vivir en medio ambiente ¨adecuado¨, para su desarrollo y bienestar. Y todas las demás disposiciones son relativas a la prevención de la generación, la valorización y la gestión integral de los residuos peligrosos, de los residuos sólidos urbanos y de manejo especial, en el entendido que son las actividades a regular para aportar a garantizar el derecho expresado, de tal manera, que la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos si establece disposiciones a la luz del derecho a un medio ambiente sano, pero lo continua señalando con el adjetivo ¨adecuado¨.

Asimismo, la Ley General de Vida Silvestre no prevé enunciado relativo al derecho a un medio ambiente sano, solo se circunscribe a establecer pautas para la conservación y aprovechamiento sustentable de la vida silvestre y su hábitat en el territorio de la República mexicana y en las zonas donde la nación ejerce su jurisdicción.

Por su parte, la Ley General de Cambio Climático, tampoco define el derecho al medio ambiente sano, ni es puntual para precisar expresamente aquellos aspectos del cambio climático que lo transgreden, ni de qué manera las políticas públicas de adaptación y mitigación pueden ser estrategias para el cumplimiento de dicho derecho.

La Ley de Pesca y Acuacultura Sustentables, no manifiesta referencia expresa el derecho al medio ambiente sano, pues se circunscribe a regular, fomentar y administrar el aprovechamiento de los recursos pesqueros y acuícolas en el territorio nacional, y en las zonas donde la nación ejerce su soberanía y jurisdicción.

La Ley de Hidrocarburos, no contempla referencias expresas en relación al derecho aun medio ambiente sano. La Ley de Energía Geotérmica, no establece manifestación sobre el derecho al medio ambiente sano o el artículo 4 constitucional, pero se remite a las normas que resulten aplicables a las actividades reguladas y los derechos humanos y sociales, entre los que obviamente podemos advertir al derecho a un medio ambiente sano, por lo cual pensamos que de manera transversal si se establece dicho derecho, dentro del objeto de esta Ley.

La Ley de Aguas Nacionales, no establece referencias al derecho a un medio ambiente sano. En el mismo caso, se encuentra la Ley de Vertimientos en Zonas Marinas Mexicanas, y la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable. Por su parte, la Ley General de Asentamientos Humanos, tampoco establece manifestación en relación al derecho al ambiente sano.

Ahora bien, la Ley de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados en su artículo 3, fracción XIX, si define al medio ambiente, como el conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados. Concepto en el cual destacamos la relación manifiesta entre la existencia y el desarrollo del hombre y los demás organismos vivos, estimando la necesidad de mantener el medio ambiente en condiciones viables para continuar el proceso y la interacción entre el ser humano y los demás organismos vivos.

Además de lo anterior, en su artículo 9, señala como principio a seguir, la obligación del Estado de garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su alimentación, salud, desarrollo y bienestar

De lo expuesto se advierte que por un lado, este cuerpo legal si contiene disposiciones relacionadas al derecho al medio ambiente sano, sin embargo, cuando lo manifiesta como principio, hace hincapié en el adjetivo ¨adecuado¨, además de que al definir al medio ambiente, lo aborda como un elemento distinto al hombre y los demás organismos vivos, al señalar que es el conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre, que hacen posible la existencia y desarrollo del ser humano y los demás organismos vivos.

Por su parte, la Ley de Federal de Responsabilidad Ambiental, reglamentaria del artículo 4 constitucional, tiene por objeto la protección, preservación y restauración del ambiente y el equilibrio ecológico, para garantizar el derecho humano a un medio ambiente sano, para el desarrollo y bienestar de toda persona, la responsabilidad generada por el daño ambiental y el deterioro ambiental. Responsabilidad que puede derivar de los procesos judiciales federales previstos en el artículo 17 constitucional, los mecanismos alternativos de solución de controversias, los procedimientos administrativos y aquellos que correspondan a la comisión de los delitos contra el ambiente y la gestión ambiental.

Como podemos advertir, esta normatividad tiene como propósito garantizar el derecho humano a un medio ambiente sano, mediante la determinación de la responsabilidad por daño ambiental, el cual en términos de la fracción III, de su artículo 2º, se puede reconocer como la pérdida, cambio, deterioro, menoscabo, afectación o modificación adversos y mensurables de los hábitats, de los ecosistemas, de los elementos y recursos naturales, de sus condiciones químicas, físicas o biológicas y de las relaciones de interacción que se producen entre ellos, o de los servicios ambientes a que dan lugar.

Para la medición de dicho daño, ésta Ley se vincula a lo previsto en las Normas Oficiales Mexicanas. Además en términos de la reparación, se propone buscar la restitución y resarcir el daño, y solo en casos excepcionales recurrir a la compensación. De esta manera, la Ley Federal de Responsabilidad por daño ambiental plantea una opción para combatir el daño ambiental y restituir a las zonas afectadas, con el objetivo de preservar el orden ecológico de los ecosistemas, y como una medida que de oportunidad a garantizar el derecho a un medio ambiente sano.

Finalmente, podemos apreciar que la legislación mexicana de orden federal dedicada a la materia ambiental, integra una especie de sistema de protección al medio ambiente y al equilibrio ecológico, en donde podemos colocar en el centro a la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente. Además que, cada una de las legislaciones expuestas, en su mayoría, no hacen referencia expresa al derecho a un medio ambiente sano, incluso algunas si lo relacionan pero aún bajo el adjetivo de ¨adecuado¨. No obstante, al normar cada área o actividad específica con impacto en el medio ambiente natural, tutelan el derecho de manera transversal.

Ahora bien, para definir al medio ambiente sano nuestra Corte ha asociado el adecuado uso y explotación de los recursos naturales, la preservación y restauración del equilibrio ecológico y el desarrollo sustentable, y con ello, brinda la pauta para considerar que al apostar por un uso adecuado de los recursos naturales, la restauración y preservación del equilibrio y el logro del desarrollo sustentable son premisas básicas para garantizar el derecho a un medio ambiente sano.

Por lo que respecto a la definición y el alcance del derecho humano, se observa que ésta, debe realizarse con base en una interpretación sistemática, coordinada y complementaria de los ordenamientos que tiendan a encontrar, desentrañar y promover principios y valores fundamentales que inspiraron al creador de la norma. Lo que nos confirma lo advertido en el apartado dedicado al análisis de la legislación ambiental y su relación con el derecho al medio ambiente, en cuanto a que, cada Ley determina una forma de arribar a garantizar el derecho al medio ambiente sano, y así, cada normatividad integra una parte de todas las acciones requeridas para la tutela efectiva del derecho, lo que nos conduce a buscar un sistema de normas ambientales que se concatenan entre sí, se armonicen, no entren en conflicto y resulten realmente eficaces.

III. DERECHOS COLECTIVOS

Gidi y Ferrer Mac-Gregor,[1855] precisan que existe un núcleo común entre los derechos colectivos en sentido amplio, conformados por los derechos difusos y colectivos en sentido estricto, el cual se asienta en la conciencia colectiva. Sin embargo, que la comunidad titular de un derecho difuso está compuesta por personas ligadas por circunstancias de hecho, y la colectividad titular de un derecho colectivo en sentido estricto, está compuesta por personas ligadas por una relación jurídica-base.

Así entonces, los derechos colectivos en sentido amplio son aquellos que se ejercitan colectivamente, es decir, agrupadamente, en virtud de que la titularidad de éstos la asume el grupo. Dando lugar así, a los derechos colectivos en sentido estricto, cuando el grupo puede identificarse perfectamente, y difusos cuando hay un nexo base más de hecho que de orden jurídico, y los titulares son dispersos o imprecisos.

Ahora bien, para la defensa de los derechos colectivos relacionados con el medio ambiente, se han ideado mecanismos de protección como las acciones colectivas, la responsabilidad

[1855] BOÓ, Daniel y VILLAR, Ariel, *op. Cit.*, p. 34.

ambiental y el juicio de amparo colectivo, permitiendo en todos los casos a mayor o menor escala, la legitimación procesal del grupo para la defensa de intereses comunes.

Sin embargo, en términos de tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia por parte del grupo auspiciado por un interés legítimo, no es suficiente para salvaguardar derechos como el medio ambiente sano, en virtud de que la efectividad de la tutela judicial no radica solo en la fundamentación normativa que permita la presentación de la acción grupal, sino que debe atender a culminar dichos procesos de manera eficaz, traduciéndose en el respeto y defensa del derecho colectivo en juego.

En conclusión, el medio ambiente sano se puede presentar como un derecho de orden subjetivo pero también con una perspectiva colectiva, subjetivo en tanto lo que se regula es el bien de la persona física y el daño dicho bien-patrimonio natural, y en cambio colectivo, cuando lo que se regula es la conjunción de intereses individuales en un nexo común como las acciones individuales colectivas, o bien, cuando se protegen derechos de un grupo o clase.

IV. ESCENARIOS GLOBALES

Situaciones como la escasez de agua de calidad, el cambio climático, la crisis de alimentos, la cuantiosa deforestación, los problemas de salud pública por contaminantes en la atmósfera y la alteración de los ciclos agrícolas, entre otros, son hechos que llevan a pensar que hoy, más que en cualquier otro momento de la historia, resulta evidente la preocupación por la defensa del derecho a un medio ambiente sano, ahora bien, hablar del derecho al medio ambiente sano nos conduce a pensar en la protección de los derechos humanos de orden subjetivo y colectivo; bienes de ¨todos¨, daños de ¨todos¨, que pueden dar lugar al ejercicio de acciones subjetivas o colectivas.

Cuando hacemos referencia a los derechos humanos de orden subjetivo es fácil pensar en aquellos vinculados a las libertadas públicas, es decir los derechos civiles y políticos, ahora bien, después de éstos derechos aparece la intención de garantizar derechos mucho más integrales como los llamados sociales y los colectivos, luego entonces tratándose del medio ambiente sano, éste es un derecho humano que al ser positivizado es complicado de alcanzar, pues involucra la protección de otros derechos como el de la salud, el patrimonio cultural, los alimentos, entre otros, además de que se presenta como una abstracción en los textos constitucionales: ¨todos tenemos derecho a un medio ambiente sano¨.

En este orden de ideas, nacen las siguientes inquietudes jurídicas: ¿qué se considera medio ambiente sano?, ¿la palabra ¨todos¨ a quien o quienes hace referencia?, ¿cuáles son los medios idóneos de tutela?, así entonces, un individuo que en ejemplo se encuentre afectado en su salud por una fábrica que en el perímetro de su domicilio emite sustancias tóxicas, puede exigir el pago de daños por los detrimentos en su salud debido a la contaminación de la fábrica, solo bastará acreditar el daño y cuantificar, y para solicitar la indemnización puede demandar por vía civil los daños o bien por acción colectiva, cuando sean varios los afectado, alegando los daños causados en su salud y la vulneración de su derecho desde el punto de vista subjetivo al medio ambiente sano.

Sin embargo, una asociación de individuos, el representante de los derechos de la comunidad o cualquier ciudadano goza desde el punto de vista formal del derecho a un medio ambiente sano, y si una fábrica que contamina le vulnera su derecho aun cuando no se pueda demostrar daño directo, debiera en teoría, poder alegar la vulneración; hechos como el expuesto, se han pretendido defender con la figura del interés legítimo, en donde se permite a terceros ajenos al daño y solo afectados de forma indirecta o transversal demandar para instar a revocar un acto de autoridad o de particulares envestidos de autoridad que dan lugar o permiten el desahogo de la actividad contaminadora.

Ahora bien, sí advertimos el contexto de la palabra ¨todos¨ en la Constitución mexicana, observamos un derivación difusa, en tanto, al ser un derecho de todos, es un derecho colectivo en sentido amplio, en donde en ocasiones ni siquiera pudiera identificarse plenamente al grupo afectado, pensemos por ejemplo en el derrame de un combustible en determinada zona, en donde no se pueda contener el daño de forma geográfica, y éste se extienda en territorios extranjeros y de forma dispersa.

En ejemplos como el anterior, ¿quiénes serían los titulares legitimados para demandar acción legal por el daño?, y más aún ¿cómo y hasta qué punto se debe de dar por restaurado o mitigado el daño?, aquí es donde sobreviene una cuestión mucho más compleja dentro de la tutela jurídica del derecho a un medio ambiente sano, pues lo primero que no define aún, ni la norma internacional ni la nacional de manera clara, son los elementos del derecho a un medio ambiente sano, es decir, ¿cuál es la base para medir el daño al medio ambiente sano?, ¿cuándo y cómo estaba sano?, y a partir de ahí, los ámbitos de tutela quedan supeditados a la intención

de la norma que en la mayoría de los casos resulta imprecisa, pues solo habla de reparación con parámetros en la mayoría de las veces poco exactos.

Por lo anterior, consideramos que a pesar de contar en México con un marco legal bastante amplio en materia ambiental y al estar vinculados también a normas de origen internacional, traducir el derecho al medio ambiente sano tanto en el plano subjetivo como colectivo no es tarea fácil, pues implica una óptica mucho más extendida e integral que nos conduzca a la tutela efectiva del derecho.

Observar la perspectiva colectiva del medio ambiente sano implica su configuración como objeto de propiedad pública, ahora bien, no se trata sólo de reconocer dicha propiedad grupal sino de hacer efectiva y garantizar la prerrogativa, situación que en la práctica se presenta por demás compleja, en México como en muchos otros país, ahora bien, además las cuestiones ambientales suelen tener una incidencia difusa que perfila intereses supranacionales, por lo que se puede estimar que tiene una connotación sumamente global.

De esta manera, el medio ambiente sano se construye y mantiene un poco en cada región de la Tierra, lo que se acumule en un punto territorial, definitivamente repercute en otros. Por ello, se hace sumamente indispensable para su adecuada tutela la acción conjunta a nivel internacional y la formulación de mecanismos legales destinados de forma directa o transversal a la protección del derecho, no obstante, ahora contamos con un gran bagaje de normas jurídicas supranacionales e internas de protección y tutela, pero no disminuyen e incluso aumentan los problemas derivados del desequilibrio ecológico, por lo que resulta urgente revisar el nivel de eficacia y efectividad del control normativo del derecho al medio ambiente sano, desde sus raíces más incipientes como la formulación de las propias normas, los sistemas ideados para garantizar su cumplimiento y los criterios de gobernanza diseñados para tal fin.

En suma congruencia, advertimos que los efectos negativos de la contaminación y el desequilibrio ecológico no sólo afectan la esfera social o cultural de las comunidades, sino que además inestabilizan los sistemas financieros, en virtud de que, en muchas ocasiones, se vuelve más costoso producir, se escasean los insumos, incluso el agua, se tiene que invertir más en programas de mitigación y/o atención de desastres y en contingencias de salud pública,

además del costo que genera responder por el incumplimiento a compromisos de protección Estatal a nivel internacional.

En este orden de ideas, la globalización se presenta como un plano necesario para resolver problemas y situaciones que trascienden la esfera nacional. Serna de la Garza, opina que la fase actual de la globalización se caracteriza por los siguientes elementos: ¨A. La intensificación de las relaciones sociales a escala mundial; B. Organización de la actividad económica, de alcance transnacional; C. Nuevos actores en la política internacional; D. Redes transnacionales de generación, flujo e intercambio de patrones culturales, y E. La emergencia de problemas de dimensión planetaria¨. [1856]

Luego entonces, el escenario global nos muestra nuevas formas para organizar la defensa de los derechos humanos, respondiendo a la ahora conformación de actividades y redes a nivel internacional, que reflejan de manera mucho más integral la emergencia de atención a problemáticas de dimensión supranacional como el medio ambiente sano desde el punto de vista colectivo.

De esta forma, la idea de los derechos humanos se han difundido a altos niveles en el plano internacional, creándose incluso sistemas que engloban redes globales de protección como el sistema de la Comunidad Europea, la Carta africana de derechos y el sistema interamericano de derechos humanos, además de que organismos como la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, y la propia Organización de la Naciones Unidas, recomiendan y fomentan una tutela más totalizadora e integral y una supervisión mucho más eficiente respecto a los derechos humanos.

Así pues, en materia de medio ambiente tenemos una gran gama de tratados internacionales en temas específicos como la caza de la ballena o el manejo de sustancias tóxicas transfronterizas pero además hemos tomado parte en un sin número de cartas de derecho, ahora bien, el asunto con los derechos no es solo reconocerlos o promoverlos, lo importante es respetarlos, garantizarlos y reparar a cabalidad sus violaciones y los efectos de las violaciones.

Sobre este particular, nos atrevemos a decir que el derecho a un medio ambiente sano, no ha llegado a garantizarse a plenitud en ningún país, se trata pues de una problemática que no solo

[1856] SERNA DE LA GARZA, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 313.

necesita de normas y sistemas de control de derechos globales sino de acciones conjuntas y propias para hacer efectivo el derecho.

V. PROCESOS COLECTIVOS

Los procesos colectivos son instrumentos diseñados para la defensa de los derechos de tal orden, en tanto una vez que se ha identificado el problema ambiental como una cuestión de índole global, es importante apreciar ¿cómo se estructura la tutela jurídica?, ¿si dicha tutela es adecuada en términos de eficacia?, ¿si los procesos garantes como las acciones colectivas, el procedimiento de responsabilidad ambiental y el juicio de amparo suman a la protección del derecho?, y en su caso, ¿cuáles serían los aportes necesarios mínimos para que dichos mecanismos resulten afectivos y pertinentes?.

1. Acciones colectivas

Se puede decir que, las acciones o procesos colectivos, se refieren a aquellos instrumentos que hacen viable la protección jurisdiccional de los intereses colectivos, Gidi y Ferrer nos dicen sobre ellas que, *"se trata de la vía de tutela judicial de los llamados intereses o derechos metaindividuales, así considerados aquellos que poseen pertinencia social ilimitada (difusos) y aquellos pertinentes a individuos que integran comunidades identificables por la formación de grupos, clases o categorías (colectivos)".*[1857]

Asimismo, Ojeda Mestre advierte que, en cuanto al origen de la acción colectiva, este se remota a, "*las Cortes de Equidad del Reino Unido, en donde existió una acción propia de todas aquellas personas que fueran afectadas por un decreto cuando su número hacía imposible citarlas simultáneamente".*[1858]

Ahora bien, en materia de acciones colectivas o procesos colectivos en la vía civil, han surgido varios modelos de tutela que contemplan formas de solución que distintos países han implementado para la protección de los intereses, tanto colectivos como **difusos, al respecto Martí Capitanachi destaca los siguientes**:

…las class action for damages or injuction class actions de los Estados Unidos, las relator action de Inglaterra, y de otros países de ***common law*** *como Australia y Nueva Zelanda, las associations declarés de Francia, las acciones populares en varios países. A nivel*

[1857] GIDI Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un dialogo Iberoamericano*, México, Porrúa–UNAM, 2008, p. 1.
[1858] OJEDA MESTRE, Ramón, "Las Acciones Colectivas en el Sistema Judicial Mexicano", *Lex, Difusion y Análisis, Suplemento de Ecología*, México, Abril 2010, p. VI.

iberoamericano es posible mencionar los instrumentos procesales contemplados en la legislación de países como Brasil, Colombia, España, Uruguay, Argentina, Chile, Ecuador, Paraguay, Costa Rica y Venezuela, entre otros.[1859]

De tal manera que, como lo señala Ramírez Marín,[1860] hemos advertido que las *Class action* de los Estados Unidos de América se han extendido a varios países del *common law*, como Australia y Canadá. Ahora bien, en Europa se han consolidado las acciones colectivas que no pretenden cobrar daños y perjuicios, pero los países escandinavos (Suecia, Finlandia y Noruega) aprobaron ya una legislación que los acepta, con matices propios.

En este orden de ideas, están cobrando especial atención los llamados procesos colectivos que tienen relación con la acción popular, de clase o de grupo, los que parecen tener su origen en las *class action* de Estados Unidos de América, o bien en la acción civil de Brasil. Acciones que se están empleando en parte para la protección de derechos ambientales y la reparación de daños en la esfera civil.

1.1. Acciones colectivas ambientales

El tercer párrafo del artículo 17 constitucional a partir de la reforma constitucional de 2010, plantea que el Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Ahora bien, Tratándose la protección al medio ambiente, como antecedente algunos identifican a la denuncia popular, sin embargo, para otros con lo que coincidimos, no puede atribuírsele a la denuncia popular un carácter meramente colectivo, en virtud de que, se presenta ante autoridades administrativas y su determinación es una recomendación autónoma no vinculatoria, por ello es que no la contamos como acción colectiva. [1861]

El Código Federal de Procedimientos Civiles vigente, regula lo que corresponde a las acciones colectivas, las cuales pueden tramitarse como acción difusa, en el caso de que se pretenda la restitución de la situación al estado original (antes del daño ocasionado), o bien, el cumplimiento sustituto de acuerdo a las afectaciones de los derechos e intereses de la colectividad; como acción colectiva en sentido estricto cuando se busque la reparación del

[1859] MARTÍ CAPITANACHI, Luz del Carmen, ¨La acción popular prevista en la Constitución del Estado de Veracruz: medio de acceso a la justicia ambiental¨, *Letras Jurídicas,* México, Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de la Ciénega, No. 16, marzo-septiembre 2013, p. 9, http://www.cuci.Udg.mx, septiembre 2015.

[1860] RAMÍREZ MARÍN, Juan, ¨Acciones de Clase¨, *Jurípolis. Revista de Derecho y Política,* México, Instituto Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, Volumen 1, No. 13, Año 2012, p. 107.

[1861] LUGO GARFIAS, María Elena, "La determinación de las acciones colectivas para el fortalecimiento del Estado mexicano", *Derechos Humanos México,* México, Centro Nacional de Derechos Humanos, Nueva Época, año 5, número 15, 2010, p. 73

daño causado, así como el pago a cada individuo, por el daño causado y; como acción individual homogénea en el caso de que se intente el cumplimiento forzoso del contrato, o terminar con todas las consecuencias y efectos legales, e inclusive sea necesaria también la reparación.

En materia de protección de bienes ambientales, creemos es indispensable seguir el proceso de acciones colectivas en suma relación con la aplicación de la Ley de Responsabilidad por Daño Ambiental, pues sino, nos encontramos ante una acción que no resuelve el problema de la alteración al equilibrio ecológico y está muy lejos de proteger al derecho al medio ambiente sano con eficacia.

Además, hemos observado que son pocos los casos de acciones colectivas ambientales llevados a la Corte, en los que se ha ejercido facultad de atracción, en virtud de que en primera instancia al no proceder la acción se acude al juicio de amparo, casos en los que se advierte que los problemas de tutela estriban en la legitimación para promover y la certificación de las asociaciones o del representante común.

En este orden de ideas pensamos que el procedimiento para tramitar acciones colectivas debe ser modificado para ampliar el rango de protección, particularmente, en las materias sobre las cuales procede la acción, además en cuanto a los criterios para los requisitos de la demanda, el capítulo de la prueba, los efectos de la sentencia y su relación con el procedimiento derivado de la Ley de Responsabilidad Ambiental.

2. Amparo colectivo

Don Ignacio Burgoa, asintió sobre el tema agrario lo siguiente: ¨si desnaturalizar el Amparo entraña enriquecerlo, ensanchando su procedencia y extendiendo su teleología hasta convertirlo en un instrumento omnitutelar del régimen de derecho, buen empleo puede darse a ese término¨. [1862] Como advertimos y en suma concordancia con lo que estima el maestro Burgoa, el Juicio de Amparo es una institución loable por cuanto a la justicia constitucional, no obstante, para ser efectivo debe atender a ampliar su protección hacia todos los derechos fundamentales, inclusive los sociales.

En este sentido, la nueva Ley de Amparo, establece en su artículo 5, la posibilidad de entablar Amparo Colectivo, sólo prevé que el quejoso puede acceder a dicho juicio de garantías, acreditando un interés individual o colectivo, interés que se aborda desde la figura del interés

[1862] BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, trigésima edición, México, Porrúa, 1999, p. 903.

legítimo, ahora bien, sólo es una disposición general y además el resto de disposiciones no determinan ningún tratamiento específico para el Amparo Colectivo, aplicándose por tanto las reglas comunes al Amparo individual.

En contraste, la defensa del derecho al medio ambiente sano al tener un carácter de derecho humano colectivo, como aduce Ponce Nava[1863], exige abandonar los paradigmas clásicos patrimonialistas en pos de una visión colectiva propia de este tipo de derechos, no obstante, se ha cuestionado si realmente el ampliar el interés exigido para accionar ante los órganos del Estado por medio de un interés legítimo, sea la solución efectiva para protección de estos derechos o bien, solo se saturaran los tribunales.

Lo anterior, en virtud de considerar que para el tratamiento y defensa efectiva de este tipo de derechos no únicamente debe ampliarse la legitimación vía interés legítimo para accionar el Amparo ante su violación, por ello, consideramos que si la nueva Ley de Amparo no va más allá en las previsiones legales al respecto, será quizá la actividad propia de los juzgadores y sus criterios jurisprudenciales los que soporten eficazmente los derechos colectivos ambientales.

Ahora bien, sobre el significado del concepto interés, Claude Tron, nos dice lo siguiente:

"Incluye cualquier cosa, status, posición, privilegio o bien que convenga o sea valioso para la persona, de carácter económico, personal, familiar, político, etc., que de manera clara o difusa, determinada o indeterminada, directa o indirectamente, contemple la ley aunque sea de manera implícita. Incluso puede reconducirse el significado del concepto a lo que sea de interés, conveniente, valioso, útil para cierta persona o colectivo, bajo un contexto amplio de legitimidad o equidad. En efecto, todo lo que es susceptible de generar un beneficio, provecho o evitar un perjuicio a la persona o colectivo, es objeto o materia de su interés".[1864]

Así, el concepto de interés se refiere a todo aquello susceptible de general un beneficio, provecho o evitar un perjuicio o daño a una persona o colectivo, y que por tal motivo le resulte

[1863] PONCE NAVA, Diana Lucero, ¨Procuración y acceso a la justicia ambiental y territorial en México¨, en ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando y ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol, *Primera memoria del Seminario itinerante internacional ¨La cuestión agraria: tierras, territorios, medio ambiente, recursos naturales, migrantes, derecho sociales y colectivos¨,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 115-116.

[1864] CLAUDE TRON, Jean, ¨¿Qué hay del interés legítimo? (Primera parte), *Revista del instituto de la Judicatura Federal,* México, Poder Judicial de la Federación, Instituto de la Judicatura Federal, No. 33, 2012, p. 4.

conveniente, valioso o útil, estableciendo en consecuencia una acción que deviene en una petición derivada del propio interés.

Luego entonces, por acción sociológica e históricamente, como afirma Burgoa Orihuela[1865], se puede asimilar a una especie de ejercicio del derecho de petición, cuya característica esencial la compone el objeto que mediante ella se persigue: provocar la actuación de los órganos jurisdiccionales, con el fin de que éstos desplieguen el servicio respectivo en favor del acusante, y en la materia de Amparo, el objeto lo constituye la dualidad entre la preservación del orden constitucional y la restitución de la garantía constitucional violada.

Así, en el Amparo Colectivo, la acción de Amparo tiene lugar cuando se puede determinar la existencia de ese interés legítimo colectivo, y al respecto, coincidimos con Vázquez Gómez[1866], cuando sostiene que la idea sobre éste peculiar interés se problematiza cuando las apreciaciones sobre el efectuadas son, por lo regular, comentarios abstractos, dogmáticos y hasta sacramentales, cuando por ejemplo, se apela a tal o cual autor para definir una figura, sin hablar de manera práctica, concreta o tópica sobre la cuestión y con ello, advertir de forma más sencilla el impacto de esa figura en el Juicio de Amparo.

3. Acceso a la justicia

El acceso a la justicia para la protección del derecho al medio ambiente, lleva implícita la posibilidad de obtener una solución jurídica pronta y expedita en un conflicto de naturaleza ambiental. Ahora bien, como nos dice Herrera Torres, el acceso a la justicia en general puede presentar barreras u obstáculos, como el costo y el tiempo del litigio en el caso de demandas y la fuerza de los litigantes, así como sus diferentes capacidades económicas y técnicas para reclamar justicia, y la capacidad de la organización de los propios litigantes. [1867]

Sin embargo, también se dice que el acceso a la justicia ambiental puede presentar algunas complicaciones adicionales, por la complejidad científico-técnica de los casos ambientales y los intereses en juego que pueden ser sociales, económicos o políticos.[1868] Aunado a esto, el

[1865] BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op. Cit.*, p. 315.

[1866] VÁZQUEZ GÓMEZ, Bisogno Francisco, ¨El proceso al servicio de los derechos¨, *Cuestiones constitucionales*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, No. 26, enero-junio 2012, p. 414.

[1867] HERRERA TORRES, Sergio Eduardo, ¨Acceso a la justicia ambiental¨, en Carmona Lara, María del Carmen *et. al.*, *20 años de procuración de justicia ambiental en México. Un homenaje a la creación de Procuraduría Federal de Protección al Ambiente*, México, SEMARNAT–PROFEPA-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 110.

[1868] *Idem*.

derecho a un medio ambiente sano se ha considerado complejo porque sirve de pauta para otros derechos.

El Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, en su artículo 14, detalla que todas las personas son iguales ante los Tribunales y las Cortes de Justicia y que tendrán derecho a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación.

El artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos exige no solo una adecuada regulación en la materia, sino el garantizar un acceso efectivo y rápido a un recurso jurídico.

Luego entonces, el derecho fundamental de acceso a un medio de control constitucional jurisdiccional que sirva de protección a los derechos fundamentales de las personas, reconoce que toda persona tiene derecho a un recurso rápido y sencillo o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales establecidos en las Convenciones o Pactos Internacionales, la Ley o la Constitución.

Sin embargo, como bien asienta la Dra. Figueruelo, *¨las mayores críticas al derecho se han efectuado a su objeto y contenido ya que la Constitución establece que la finalidad del derecho es obtener la tutela efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos…¨*[1869], y en muchas ocasiones, aún a pesar de que los textos constitucionales reconocen los intereses legítimos para accionar, las reglas de procedimiento asfixian de alguna manera las posibilidades de obtener justicia y una tutela judicial efectiva, como bien se le llama en España.

De tal manera que, la expedición de leyes y reformas de protección en materia de derechos humanos, debe exigir del Estado no solo el reconocimiento de dichos derechos, sino también el establecimiento y continua supervisión de las garantías específicas que puedan restituir sus derechos cuando estos se vean vulnerados. En congruencia, las normas procesales deben interpretarse teniendo presente el fin perseguido por el legislador al establecerlas, evitando cualquier exceso formalista que convierta a tales normas en meros obstáculos procesales que impidan el acceso a la justicia. [1870]

[1869] FIGUERUELO BURRIEZA, Angela, ¨Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva¨, *UIS. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa,* México, nueva época, No. 8, 2005, p. 58.
[1870] VÁZQUEZ GÓMEZ, Bisogno Francisco, *op. Cit.,* p. 455.

Finalmente, Rubio Escobar, manifiesta que ¨*la efectividad del amparo no solamente debe medirse en relación con los efectos de la sentencia sino también con su tramitación en cuanto a la agilidad y prontitud; las medidas cautelares como la suspensión para preservar la materia del juicio y además la ejecución del fallo*¨.[1871]

Ahora bien, en términos de estadística, para el caso del Amparo Colectivo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación[1872], en su base de datos hasta enero 2015, reconoce solo 350 casos presentados, de los cuales menos del 5% son expedientes fundamentados en asuntos de naturaleza ambiental, lo cual nos revela, que aún hay mucho por hacer en términos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, porque estás estadísticas nos parecen un reflejo de la complejidad del sistema de justicia, de factores que involucran aspectos socio-económicos y de la falta de destrezas jurídicas para los litigios de naturaleza ambiental tanto en acciones colectivas como en Amparos Colectivos.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Sobre el procedimiento de acciones colectivas y Amparo colectivo, para la protección del derecho a un medio ambiente sano, se propone atender a los siguientes aspectos:

Primera. En relación al procedimiento de acciones colectivas, se propone disminuir el requisito para la presentación de demanda de ¨al menos 30 miembros¨, recomendando una tutela abierta sobre el grupo en consideración al número de habitantes que sean posiblemente afectados, los que no puede acreditar en todos las ocasiones podrán constituirse en 30 miembros, esto es a la manera de la proporción de un 30% de los afectados con características para demandar.

Segunda. En relación a los requisitos que establece la Ley de Amparo para la demanda, tanto en el Amparo directo como en el Amparo indirecto, la incorporación de la obligación de manifestar en los conceptos de violación el fundamento de la interposición del Amparo colectivo, es decir, las razones para configurar el interés legítimo, tal como se prevé en algunos criterios de la autoridad judicial, denotando si existe una relación horizontal o conexa en la vulneración de los derechos.

[1871] RUBIO ESCOBAR, René, ¨El principio de efectividad del juicio de amparo en el marco de la reforma constitucional¨, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, Instituto de la Judicatura Federal, Poder Judicial de la Federación, No. 32, 2011, p. 218.

[1872] BUSCADOR JURÍDICO, *Amparo Colectivo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación,https://www.scjn.gob.mx/buscador/Paginas/Expedientes.aspx?k=amparo%20colectivo#k=amparo%20colectivo%20consumidor, enero 2015.

Tercera. Por cuanto a los plazos, observamos que el artículo 17 de la Ley de Amparo dispone un plazo general de 15 días para la presentación de la demanda de Amparo, no obstante al tratarse de la violación al derecho a un medio ambiente sano, debe tomarse en consideración que se trata de un derecho de trascendencia global y además considerando que el daño producido por su violación se extiende en el tiempo y en sus efectos, extender el plazo para interposición de la demanda vía excepción.

Cuarta. En lo relativo a la suspensión, la procedencia oficiosa para las controversias ambientales sobre todo de orden colectivo.

Quinta. Reconocer la procedencia de la acción colectiva por violaciones a derechos difusos en donde no exista grupo identificable, ni relación jurídica, atribuyendo en estos casos legitimación al *Ombudsman* mexicano para instar la demanda.

Sexta. Extender los criterios para la prueba en el Amparo indirecto, tratándose de Amparos colectivos ambientales, a fin de que se permita una mejor acreditación del interés legítimo, sobre todo cuando se trate de una relación horizontal.

Séptima. Finalmente, se propone la articulación de reformas a la legislación nacional de carácter ambiental, que en su estructura establecen aún el derecho a un medio ambiente adecuado y, en consecuencia, han quedado desfasadas del contenido del artículo cuarto constitucional. Además de contemplar tanto a nivel constitucional como a nivel legal, por cuanto a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, la definición a cerca del derecho al medio ambiente y sus elementos.

BIBLIOGRAFÍA

Boó, Daniel Y Villar, Ariel, *El Derecho Humano al medio ambiente*, Buenos Aires, Editorial Némesis, 1999.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo,* trigésima edición, México, Porrúa, 1999.

Claude Tron, Jean, ¨¿Qué hay del interés legítimo? (Primera parte), *Revista del instituto de la Judicatura Federal,* México, Poder Judicial de la Federación, Instituto de la Judicatura Federal, No. 33, 2012.

Figueruelo Burrieza, Angela, ¨Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva¨, *UIS. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa,* México, nueva época, No. 8, 2005.

Gidi Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un dialogo Iberoamericano,* México, Porrúa–UNAM, 2008.

Herrera Torres, Sergio Eduardo, ¨Acceso a la justicia ambiental¨, en Carmona Lara, María del Carmen *et. al.*, *20 años de procuración de justicia ambiental en México. Un homenaje a la creación de Procuraduría*

Federal de Protección al Ambiente, México, SEMARNAT–PROFEPA-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

Lugo Garfias, María Elena, "La determinación de las acciones colectivas para el fortalecimiento del Estado mexicano", *Derechos Humanos México*, México, Centro Nacional de Derechos Humanos, Nueva Época, año 5, número 15, 2010.

Martí Capitanachi, Luz del Carmen, ¨La acción popular prevista en la Constitución del Estado de Veracruz: medio de acceso a la justicia ambiental¨, *Letras Jurídicas*, México, Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de la Ciénega, No. 16, marzo-septiembre 2013.

Oficina Del Alto Comisionado, *Indicadores sobre el Derecho a un medio ambiente sano en México*, México, Naciones Unidas, Derechos Humanos-Oficina del Alto Comisionado, 2015.

Ojeda Mestre, Ramón, "Las Acciones Colectivas en el Sistema Judicial Mexicano", *Lex, Difusion y Análisis, Suplemento de Ecología*, México, Abril 2010.

Ponce Nava, Diana Lucero, ¨Procuración y acceso a la justicia ambiental y territorial en México¨, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando y Angelés Hernández, Marisol, *Primera memoria del Seminario itinerante internacional ¨La cuestión agraria: tierras, territorios, medio ambiente, recursos naturales, migrantes, derecho sociales y colectivos¨*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

Ramírez Marín, Juan, ¨Acciones de Clase¨, *Jurípolis. Revista de Derecho y Política*, México, Instituto Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, Volumen 1, No. 13, Año 2012.

Rodríguez Rescia, Víctor, ¨El derecho al medio ambiente en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos¨, *Revista de Derechos Humanos*, Guatemala, Instituto de Derechos Humanos-Universidad de San Carlos, No. 11, 2004.

Rodríguez Saldaña, Roberto y Garza Grimaldo, José Gilberto (coords.), *La naturaleza con derechos. Una propuesta para un cambio civilizatorio*, México, Editorial Laguna, 2012.

Rubio Escobar, René, ¨El principio de efectividad del juicio de amparo en el marco de la reforma constitucional¨, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, Instituto de la Judicatura Federal, Poder Judicial de la Federación, No. 32, 2011.

Serna De La Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, segunda edición, México, Porrúa, 2009.

Vázquez Gómez, Bisogno Francisco, ¨El proceso al servicio de los derechos¨, *Cuestiones constitucionales*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, No. 26, enero-junio 2012.

CAPÍTULO V. REFORMA A LA LEY GENERAL DE AGUAS, UN ANALISIS CONSTITUCIONAL DE SUS CAUSAS Y EFECTOS SOCIALES

Jesús Hernández del Real[1873]

Blanca Lilia Ramos González[1874]

y Yuliana Valencia Cruz[1875]

RESUMEN

La Ley General de Aguas contiene controversias a garantizar el derecho humano al agua, cuyos preceptos derivan un aumentos en las tarifaas, afectando sobre todo a los sectores vulnerables. De entrar en vigor la mencionada ley se reduciría el gasto y desperdicio excesivo de este recurso, pero se le privará de este vital recurso a los sectores más desfavorecidos económicamente ya que no contarían con medios para costear el tan preciado liquido, el propósito de la investigación permitió identificar los problemas sociales que se generan con la privatización del agua, el estudio metodologico fue transversal, con un enfoque cualitativo y una investigación tipo de exploratorio descriptivo, el resultado observable determina el principio de derechos humanos: "Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para su uso personal.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, agua potable, acceso a recursos naturales.

ABSTRACT

The General Water Law contains disputes guarantee the human right to water, whose precepts derive an increase in rates to consumers, which would particularly affect the most vulnerable sectors. Entering into force the Act excessive spending and waste of this resource would be reduced, but will be deprived of this vital resource to the most economically disadvantaged since they will have no means to pay for the appeal, the purpose of the investigation identified social problems with water privatization, the study was cross with a qualitative approach and exploratory descriptive type of research, the observable result given the principle of human rights: "Everyone has the right to access water and sanitation provision for personal use.

KEYWORDS: Human rights, potable water, access to natural resources

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tuvo por objeto aportar un breve análisis sobre los problemas las consecuencias que traería consigo la reforma a la Ley General de Aguas; La regresión jurídica parece ser la pauta central de esta administración en el dictamen a la reforma de Ley de Aguas Nacionales, promovida por el Ejecutivo Federal se introdujeron modificaciones que desconocen las obligaciones nacionales e internacionales del Estado Mexicano al dejar en manos de Conagua la definición del porcentaje de participación privada en los proyectos de infraestructura, explotación, distribución, facturación y cobro de agua, de acuerdo con un reglamento al que legisladores no tienen acceso, el tratamiento jurídico del acceso al agua potable y su consideración como derecho fundamental, al ser éste, un elemento clave en el

[1873] Doctor en Educación Académico Universidad Mundo Maya – UJAT. Jhdr1957@outlook.com
[1874] Doctora en Educación Académica Universidad Mundo Maya – UJAT. Azulblanca24@hotmail.com
[1875] Licenciada en Derecho. Universidad Mundo Maya.

desarrollo de las sociedades a través de la historia y pilar fundamental de la supervivencia humana en tiempos venideros. El modelo para la privatización favorece a tres grandes negocios: a las constructoras de obra pública; a quienes se les va a concesionar la obra, que puede ser el constructor o no, es decir el que va a distribuir el agua; y a los que van a vender el agua.

Una de las tendencias más importantes y controversiales en el ruedo global del agua es el traslado acelerado de la producción, distribución o manejo del agua o servicios de agua desde entidades públicas a manos privadas – un proceso generalmente llamado "privatización". No es nueva la idea de tratar el agua como un bien económico o privatizar sus sistemas. Empresarios privados, utilidades inverso-poseídas, u otras herramientas del mercado han proporcionado agua o servicios de agua hace mucho tiempo en varias partes del mundo. Lo que sí es nuevo es la magnitud de los esfuerzos de privatización que se están realizando hoy, y el mayor conocimiento y atención público acerca de los problemas asociados con la privatización.

Este asunto ha resurgido por varias razones: primero, las agencias públicas de agua han sido incapaces de satisfacer las necesidades más básicas para todos los seres humanos; segundo, las grandes corporaciones multinacionales como nunca antes han extendido considerablemente sus esfuerzos por adueñarse de la responsabilidad para una mayor porción del mercado de servicio de agua sin precedente; y tercero, varios esfuerzos recientes de privatización, que han recibo mucha publicidad, han fracasado o generado grandes polémicas.

La privatización de agua abarca una variedad enorme de posibles arreglos para su manejo. La privatización puede ser parcial, conducente a supuestas asociaciones público-privadas, o completa, conducente a la eliminación total de la responsabilidad del gobierno frente a los sistemas de agua. En el nivel más alto, las compañías privadas de agua construyen, poseen y operan sistemas de agua alrededor del mundo con ganancias anuales de aproximadamente 300 billones de dólares, excluyendo las ganancias por las ventas de agua embotellada. A menor escala, los vendedores privados de agua y las ventas de agua en puestos pequeños y mercaditos proveen a mucho más individuos y familias con más provisiones básicas de agua que hace 30 años. Considerando todo, el papel creciente y responsabilidades mayores del sector privado tiene implicaciones importantes y poco entendidas para el agua y el bienestar humano.

Como medida de la nueva importancia de privatizaciones, el Banco Mundial, otras agencias internacionales de ayuda y algunas organizaciones de agua como el Concilio Mundial de Agua están empujando cada vez más la privatizaciones, pero sin una serie de pautas y principios en común. Como resultado, existe una creciente fuerte oposición a las propuestas de privatizaciones de parte de los grupos comunitarios locales, sindicatos, organizaciones de derechos humanos e incluso de proveedores públicos de agua.

Las protestas a veces violentas han ocurrido en mucho lugares, incluyendo Bolivia, Paraguay, África del Sur, las Filipinas y en varias conferencias de globalizaciones alrededor del mundo. La oposición surge de las preocupaciones sobre las implicaciones económicas de privatizar los recursos hídricos los riesgos a ecosistemas, el poder de las corporaciones, el poderío extranjero sobre un recurso natural fundamental, inequidades en cuanto al acceso al agua y la exclusión de comunidades en la toma de decisiones acerca de sus propios recursos. Algunos principios fundamentales son necesarios para prevenir acuerdos de privatización injustos, antieconómicos, y dañinos al medioambiente

El acceso, disposición y saneamiento del agua, no sólo está contemplado por el Artículo 4º Constitucional, sino también en diversos instrumentos y documentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dan cuenta de un marco amplio de reconocimiento y protección convencional del mismo, el estudio fue transversal con un enfoque cualitativo y un tipo de investigación exploratorio - descriptivo, el propósito de la investigación permitió identificar los problemas sociales con la privatización del agua, la metodología utilizada determino un proceso cualitativa con una inferencia inductiva basada en la observación el análisis y descripción del objeto de estudio, con un metodo de investigación en el entorno de la comprensión señalado como Teoría Fundamentada en un momento especifico del tiempo, teniéndose que para tal efecto el instrumento de investigación fue de tipo documental, los resultados sitúan como un foco de interes a los sectores más desfavorecidos económicamente ya que no contarían con medios para costear el recurso.

El 8 de febrero de 2012, el Congreso de México modificó la Constitución de la República para consagrar el acceso al agua como un derecho humano, de la cual se derivó la propuesta de creación de la Ley General de Aguas. Dicha Ley en la que Conagua celebrará contratos de obra pública y de servicios a particulares para el financiamiento, construcción, operación y

mantenimiento de la infraestructura hidráulica federal. Mediante la modalidad de inversión recuperable. Este modelo incluye “otorgar concesión total o parcial para operar, conservar, mantener, rehabilitar, modernizar o ampliar la infraestructura hidráulica construida por el gobierno federal y la prestación de los servicios asociados a ésta. También la comisión coordinará la entrega de las concesiones con los gobiernos de los estados y cobro de agua potable a los usuarios, por lo que traerá como consecuencia que dicha privatización tenga un amplio margen de maniobra al punto de establecer 50 litros de agua por persona diarios.

El modelo que se pretende implementar en todo el país favorece a tres grandes negocios: a las constructoras de obra pública; a quienes se les va a concesionar la obra, que puede ser el constructor o no, es decir el que va a distribuir el agua; y a los que van a vender el agua. Este modelo está muy alejado de promover precios especiales para los más vulnerables, pues el precio se rige bajo la premisa de oferta y demanda del libre mercado, la van a vender al precio que quieran porque además los precios se van a establecer con base en la recuperación total de la inversión, entonces vamos a estar hablando de costos muy altos de agua, las privatizaciones emprendidas desde los 80 no han significado mejores servicios y los niveles de pobreza se mantienen.

Si incluso con las leyes en su forma actual existe inequidad manifiesta en el acceso de las personas al agua, la reforma en curso agudizaría, en caso de aprobarse, tal desigualdad y sería, en los hechos, nugatoria del precepto constitucional en el que se establece que toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible (Artículo 4° constitucional).

Por añadidura, la adulteración legal que se pretende imponer dejaría en la indefensión a estados, municipios y comunidades en el manejo de los recursos hídricos para favorecer a consorcios privados nacionales y extranjeros, no sólo los dedicados al manejo de aguas, sino también a empresas petroleras la extracción de hidrocarburos con la técnica conocida como fracking tiene, entre otros muchos inconvenientes, usar y contaminar cantidades ingentes de agua y a industrias que hacen un empleo intensivo del líquido.

Para la sociedad civil es preocupante que las discusiones en foros mundiales del agua, en el marco de la Organización Mundial del Comercio, sobre la venta del agua como estrategia para preservar el recurso, la coloquen como un bien privado. En México, la visión del agua como

bien público se está perdiendo ante los argumentos de que el Estado no ha podido solucionar las fallas estructurales en la repartición y explotación del recurso natural. Ante la corrupción por parte de las autoridades y la falta de recursos para inversión en infraestructura, se tiende a una política privatizadora de un bien común.

Si esta reforma se llegara a aprobar en todo el país, Tabasco no podría manejar de manera local sus recursos hídricos, sino que estarían a favor de los consorcios privados nacionales e internacionales, lo cual violentaría el hecho de que el agua es un bien común de la nación (que es multidimensional) y no debería ser tratado con fines de lucro.

Característica saliente del periodo neoliberal es la insistencia del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional en impulsar políticas políticas que violan numerosos tratados y convenciones suscritas en el marco de otras agencias o conferencias de Naciones Unidas. Hace cerca de 20 años que han promovido leyes y programas destinados a la privatización del agua en desdén de que el derecho a ese líquido vital ha sido reconocido como derecho humano. El plan de acción de la conferencia de Naciones Unidas sobre el agua estableció que "todos los pueblos, cualquiera que sea su nivel de desarrollo o condiciones económicas y sociales, tienen derecho al acceso a agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas".

A partir de entonces se han celebrado diversos acuerdos internacionales que obligan a todos los Estados a la elaboración de planes que amplíen progresivamente el acceso equitativo a este esencial recurso. Queda claro que la mercantilización del agua contaría los avances internacionales en la materia, además de generar graves consecuencias en la población. Esta ley privilegia las grandes concentraciones urbanas pero a las poblaciones marginadas no se les considera prioritarias. También afecta a los pueblos indígenas en contravención al convenio 169 de la OIT que obliga al estado a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas y comunidades nativas sobre el uso y aprovechamiento de sus recursos naturales.

El Agua es un Bien tanto Social como Económico. El agua puede ser ambos un bien social y económico. El acceso a agua limpia es fundamental para sobrevivir y crítico para la reducción de la abundancia de muchas enfermedades relacionados al agua. Otras dimensiones del suministro de agua tienen también carácter de un bien social y por lo tanto requieren acción gubernamental, monitoreo o regulación. Porque el agua es importante al proceso de desarrollo económico, esencial para la vida y la salud, y tiene significativos culturales y religiosos, suele

ser proveído por precios subsidiados o por gratis en muchas situaciones. En teoría aunque no siempre en práctica, este hace que el agua sea disponible a incluso los sectores más pobres de la sociedad. Frustración por el fracaso de cumplir con las necesidades básicas de agua para todas las personas en el último siglo ha llevado a una repensar de las prioridades y políticas nacionales e internacionales en cuanto al agua. Entre ellas está el valor potencia de aplicar herramientas y principios económicos.

En la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente, en Dublín, Irlanda en enero del 1992, se concluyó, entre otras cosas que: "El agua tiene un valor económico en todos sus usos competitivos y debe ser reconocido como un bien económico". Después de la conferencia de Dublín, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo y el Medio Ambiente (en Río en 1992) claramente reconoció que economía tiene jugar un papel en el manejo eficiente de agua. Manejo integral de los recursos de agua está basado en la percepción de agua como un parte integral del ecosistema, un recursos natural y un bien social y económico." Lo que ha sido mucho menos claro es cómo, prácticamente, lograr la balanza correcta entre manejar el agua como un bien económico y un bien social. Este ha sido evidente en el debate creciente sobre la globalización y la privatización del agua alrededor del mundo.

La Globalización y el Comercio Internacional en el Agua.- El agua del mundo está distribuido desigualmente, con variedades naturales enormes en abundancia. De hecho, los sistemas complejos y caros de agua que han sido construidos durante los últimos siglos han sido diseñado para capturar agua en periodos de lluvia para uso durante sequías y para mover agua desde regiones con agua abundante a regiones con poco agua. Mientras la demanda doméstica, industrial y agricultura para agua dulce ha crecido, empresarios han credo un rango ancho de mercados para agua, llevando a varias formas de comercio y intercambio internacional de agua. En el pasado, la mayoría de transferencias grandes de agua ocurría dentro de bordes nacionales y políticos. Acuerdos entre naciones que comparten una cuenca de agua también eran comunes, como por ejemplo, los Estados Unidos y México sobre el Colorado, Egipto, Sudan y muchos otros. Ahora, sin embargo, se están haciendo propuestas para transferencias de agua en volumen en niveles internacionales y inclusos globales, entre partidos que no comparten una cuenca.

En los últimos años, se han propuesto los aguas de Alaska, Canadá, Islandia, Malasia y Turquía como fuentes para el comercio internacional de agua en volumen. Aparte de las implicaciones ambientales y socioeconómicos históricamente importantes, la posibilidad de comerciar en volumen de agua dulce ahora es una cuestión en las negociaciones y disputas del comercio internacionales. La posibilidad de comerciar el agua en volumen ha causado preocupaciones en las regiones con agua abundante que una régimen global del comercio de agua pueda llevar al requisito que las recursos abundantes sean utilizados para proveer agua dulce al resto del mundo, al costo de la gente y medio ambiente local.

Las reglas que gobiernan el comercio internacionales, como las puestas por GATT, WTO y NAFTA, son complejas y a veces contradictorias. En los últimos años, se han desarrollado propuestas para implementar reglas estándares en varios foros internacionales y estas reglas son cada vez más sofisticadas e importantes para la economía global. A la misma vez, son cada vez más controversiales así que sus implicaciones para el medio ambiente, la sociedad civil y economías locales se han puestos más claros. Hay poco precedente legal que tiene que ver directamente con el comercio internacional de agua, lo cual hace difícil predecir los resultados de disputas actuales y futuras en esta área con certidumbre. Sin embargo, presiones comerciantes para exportar el agua siguen creciendo, lo cual hace la resolución de estas ambigüedades una meta importante. Además, sentimiento público adverso, y incluso violento, sobre varias exportaciones propuestas enfatiza la necesidad de resolver y clarificar estas cuestiones.

Hay debate notable entre expertos legales en cuanto a si gobiernos miembros de la Organización Mundial de Comercio puedan controlar, limitar o regular exportaciones de agua en volumen y hay pocos precedentes legales. Creemos que se puede formar un argumento fuerte para apoyar la venda de exportaciones de agua en volumen bajo el Artículo de GATT donde recursos de agua dulce son “no - renovables” o agotables por usar demasiado o abusar, suponiendo producción o consumo doméstico también sea limitada para prevenir usos no-renovables. En algunas circunstancias, también creemos que GATT apoyaría una venda en las exportaciones en volumen de agua cuando tales exportaciones amanezcan ecosistemas o la salud humana.

Nuestro análisis también indica, sin embargo, que exportaciones en volumen de agua que sean rentables, de grande escala y largo plazo no son probables por varias razones, especialmente el

alto costo económico de mover el agua. Sin embargo, gran incertidumbre continua existiendo alrededor de la interpretación de los acuerdos de comercio internacional en el contexto de la globalización de recursos de agua y urgimos clarificación de las reglas que gobiernan exportaciones de agua en volumen. Específicamente, recomendamos que las policías de agua nacionales que explícitamente proteja el agua necesario para sostener la salud human y de los ecosistemas y prohibir la explotación y exportación de recursos de agua no renovables.

La nueva economía del agua: Privatización.- Una de las tendencias más importantes y controversiales en el ruedo global del agua es el traslado acelerado de la producción, distribución o manejo del agua o servicios de agua desde entidades públicas a manos privadas- un proceso generalmente llamado "privatización". No es nueva la idea de tratar el agua como un bien económico o privatizar sus sistemas. Empresarios privados, utilidades inverso-poseídas, u otras herramientas del mercado han proporcionado agua o servicios de agua hace mucho tiempo en varias partes del mundo. Lo que sí es nuevo es la magnitud de los esfuerzos de privatización que se están realizando hoy, y el mayor conocimiento y atención público acerca de los problemas asociados con la privatización.

Este asunto ha resurgido por varias razones: primero, las agencias públicas de agua han sido incapaces de satisfacer las necesidades más básicas para todos los seres humanos; segundo, las grandes corporaciones multinacionales como nunca antes han extendido considerablemente sus esfuerzos por adueñarse de la responsabilidad para una mayor porción del mercado de servicio de agua sin precedente; y tercero, varios esfuerzos recientes de privatización, que han recibo mucha publicidad, han fracasado o generado grandes polémicas.

La privatización de agua abarca una variedad enorme de posibles arreglos para su manejo. La privatización puede ser parcial, conducente a supuestas asociaciones público-privadas, o completa, conducente a la eliminación total de la responsabilidad del gobierno frente a los sistemas de agua. En el nivel más alto, las compañías privadas de agua construyen, poseen y operan sistemas de agua alrededor del mundo con ganancias anuales de aproximadamente 300 billones de dólares, excluyendo las ganancias por las ventas de agua embotellada. A menor escala, los vendedores privados de agua y las ventas de agua en puestos pequeños y mercaditos proveen a mucho más individuos y familias con más provisiones básicas de agua que hace 30 años. Considerando todo, el papel creciente y responsabilidades mayores del

sector privado tiene implicaciones importantes y poco entendidas para el agua y el bienestar humano.

Como medida de la nueva importancia de privatizaciones, el Banco Mundial, otras agencias internacionales de ayuda y algunas organizaciones de agua como el Concilio Mundial de Agua están empujando cada vez más la privatizaciones, pero sin una serie de pautas y principios en común. Como resultado, existe una creciente fuerte oposición a las propuestas de privatizaciones de parte de los grupos comunitarios locales, sindicatos, organizaciones de derechos humanos e incluso de proveedores públicos de agua.

Las protestas a veces violentas han ocurrido en mucho lugares, incluyendo Bolivia, Paraguay, África del Sur, las Filipinas y en varias conferencias de globalizaciones alrededor del mundo. La oposición surge de las preocupaciones sobre las implicaciones económicas de privatizar los recursos hídricos los riesgos a ecosistemas, el poder de las corporaciones, el poderío extranjero sobre un recurso natural fundamental, inequidades en cuanto al acceso al agua y la exclusión de comunidades en la toma de decisiones acerca de sus propios recursos. Algunos principios fundamentales son necesarios para prevenir acuerdos de privatización injustos, antieconómicos, y dañinos al medioambiente.

Se parte de la hipotisis donde las variables juegan un papel importante en su visión respecto aceptación y promulgación del hecho que avale la privatización de agua y la correlacionalidad que impactaria en el objeto de estudio y su problemática, considerando los efectos causales serán recibidos en una sociedad donde predominanda mas preguntas que respuestas en relación a las deuda sociales en tiempos de una posmodernidad globalizadora. La reforma que se pretende imponer dejaría en la indefensión a estados, municipios y comunidades en el manejo de los recursos hídricos para favorecer a consorcios privados nacionales y extranjeros.

Se afirma que en los últimos años, en el país, la disponibilidad per cápita ha ido disminuyendo, derivando entre otros aspectos, de factores socioeconómicos y climatológicos, como la concentración de la población en localidades urbanas y la presencia de fenómenos hidrometeorológicos, como la sequía. Pero dentro del tema de privatización se crean conflictos y violaciones de derechos el objetivo más importante dentro del tema es garantizar el derecho al agua, sin comprometer su sustentabilidad, ni frenar el desarrollo económico. La pretensión de privatizar el agua a partir de la Ley General de Aguas es "anticonstitucional" porque la

convierte en una mercancía y no en un derecho humano, violando el artículo cuarto constitucional.

Las razones que justifican la privatización, por tanto, son otras y tienen más que ver con la aplicación de la ideología ultra liberal que preconiza la desregulación y la privatización de los servicios públicos, una política cuyas consecuencias se están dejando sentir en la educación, la sanidad, los servicios sociales. También con la presión de las grandes empresas privadas de servicios, empeñadas en ampliar su cuota de negocio en un sector, como el del abastecimiento del agua, con altas tasas de ganancia y liquidez inmediata.

La constitución establece el AGUA como un derecho humano, ahora sólo garantizará 50 m^3 diarios de agua por habitante siempre y cuando se pague. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas dio origen a la Observación General Número 15. En ella se precisa el contenido del agua como un derecho fundamental, señalando que ésta debe ser suficiente para satisfacer las necesidades básicas de consumo, cocina, higiene personal y del hogar; debe ser de buena calidad, sin sustancias nocivas y con color, olor y sabor aceptables; accesible, por lo que los servicios deben estar al alcance físico de toda la población; accesible económicamente, los costos no pondrán en riesgo el ejercicio de otros derechos, como el contar con una vivienda digna, el tener salud, una alimentación adecuada; el goce de una vida digna; que el agua sea un bien de dominio público y que tenga mucha importancia el acceso sostenible a los recursos del agua para la agricultura.

En México existen decenas de Colonias, Rancherías con problemas de agua potables, la escases de agua abunda en localidades lejanas al centro de la ciudad y en los municipios llegando a estas el agua en mala calidad e insalubre. La iniciativa define y regula el concepto de “derecho humano al agua” (entre otros aspectos, establece un mínimo vital de 50 litros diarios por persona), que aparentemente sería alcanzable en los términos de la propia ley.

Tan importante como lo anterior, la nueva ley otorga claridad al régimen jurídico e involucra importantes mejoras administrativas al establecer que las aguas nacionales se concesionan, no se asignan y, por tanto, pueden revocarse; incorpora una regulación específica para las transmisiones de derechos de uso de agua esto es, busca regularizar un mercado que ya existe de manera anárquica y sin control y para la autorización y modalidades de las operaciones de trasvase entre cuencas, lo que no es menor en un país con una distribución geográfica del agua como México (la mayor parte concentrada en el sur-sureste, con elevada presión hídrica en el

centro-norte); introduce la creación de bancos de agua, lo que contribuiría a reducir la sobreexplotación de las cuencas y acuíferos; aclara los tramos de competencia de los tres niveles de gobierno (en la ley vigente los estados no participan en la gestión del agua, lo que es una ficción) y crea un ente regulador a nivel estatal, para vigilar la prestación de servicios; propone un Sistema de Coordinación para el Establecimiento de Tarifas, para avanzar hacia una homologación de criterios tarifarios, buscar la autosuficiencia financiera, propiciar la reinversión para mejorar el servicio y hacer explícitos los subsidios a los usuarios más vulnerables. También se fortalece la participación social en las decisiones relativas al agua y, aspecto fundamental, regula y amplía los diferentes usos del agua, en particular el agropecuario que utiliza 78 por ciento de la disponibilidad total de agua.

DESARROLLO

El manejo del agua para su beneficio tiene antecedentes políticos de mala organización y falta de información e investigaciones. Los tres últimos sexenios presidenciales, en alianza con grupos empresariales mexicanos, han fomentado e instrumentado una abierta política hacia la privatización del uso, infraestructura y gestión del agua en México. El análisis del proceso de privatización del suministro de agua en tabasco y las consecuencias negativas acarreadas por este tipo de políticas refieren que durante la pasada administración federal en el país (2000-2006) el agua pasó a ser considerada como un asunto de seguridad nacional, es decir un bien estratégico para el desarrollo y la viabilidad de la nación. Sin embargo, desde las reformas constitucionales a la Ley de Aguas Nacionales, dicho recurso pasó de ser considerado un “asunto nacional” a un “bien económico”. Para 2004 se adicionó el concepto de “estratégico”, con lo que “el gobierno redujo la responsabilidad del Estado a la conservación del recurso, pero a partir de la idea de que para garantizarla, y dado que el Estado no es eficiente, la gestión de los servicios de agua potable y saneamiento debía ser privada.

Otro antecedente importante de gran importancia sobre el uso del agua en lugares distintos del país es el Acueducto Independencia en Sonora donde se pretendía despojar de agua al pueblo indígena del Estado de Sonora asentados originariamente a lo largo del rio Yaqui. Por esa razón se opusieron a la obra y al inicio de sus actividades ya que decían que la obra afectaba sus derechos sobre el agua, debido a esto conformaron el “Movimiento Ciudadano por la Defensa del Agua y presentaron un juicio de amparo y que fue resuelto el 8 de mayo por la

Suprema Corte de Justicia de la Nación donde se les otorgo el derecho de audiencia con la SEMARNAT. Estos son algunos de los problemas que enfrenta el país en cuanto al agua, y que guían al estado de Tabasco a una crisis económica por el agua: ¿Tiene el agua en Tabasco el tratamiento correcto para poder decir que para el 2020 se pueda abastecer las necesidades de los tabasqueños en cuanto a este vital líquido? ¿Qué se esta haciendo en el estado para ahorrar y suministrar correctamente el agua? ¿Con cuales planes se cuenta para proteger este vital líquido, del agua?. Ahora el gobierno habla de preferencia de "apertura" y "participación privada", no directamente privatización. Al mismo tiempo se conceden más y más contratos de servicios a empresas privadas, que al final de cuentas significan una privatización silenciosa de los sectores antes considerados totalmente estatales. La iniciativa gubernamental es ilegal pues se contrapone con la fracción tercera del artículo 115 constitucional, que deja en manos de los Ayuntamientos el servicio de agua, drenaje, alcantarillado, y el tratamiento y disposición de las aguas residuales.

De este modo, durante las últimas décadas, principalmente desde la década de 1990, los cambios legislativos, la política pública y la actuación de la Comisión Nacional del Agua desarrollan diversos modos de apertura o participación de capital privado en el sector, que en el trasfondo no son más que diversos modos de llamar a la privatización. De manera sigilosa, trasnacionales se apoderan de la extracción y suministro de agua en México. Mayor represión a movimientos sociales que se oponen a que el agua sea una mercancía y mayor cantidad de desplazados son las amenazas que especialistas advierten. Y es que el manejo del líquido es “asunto de seguridad nacional”, explican.

La propuesta de LGA surge del mandato para expedir una nueva ley cuando se incorporó el derecho humano al agua a la Constitución pero, sobre todo, era y es una imperiosa necesidad por las grandes deficiencias de la LNA de 1992: confusa, obsoleta, incompleta e ineficaz para administrar eficientemente la extracción, explotación y gestión de ese recurso vital. El control trasnacional del proceso de extracción, suministro y cobro del agua avanza en México. Los embalses generan energía para ese sector que fija tarifas altas para colonias populares, mientras las minas derrochan miles de litros de agua por hora al extraer oro a cielo abierto.

Decenas de conflictos por la construcción de represas se sofocan con la fuerza pública. El escenario es un riesgo para la seguridad nacional, pues la conflictividad se agudizará con el aumento de la pobreza, advierte el especialista Gustavo Castro. También habrá fuertes roces

entre los usuarios rurales que compiten por el acceso al agua, prevé el investigador Gian Carlo Delgado. Al debilitarse la inversión estatal en la infraestructura del agua potable, el sector privado se fortaleció en la década de 1980. Ya en 2004 totalizó un mercado internacional con valor de 400 mil millones de dólares, un atractivo económico que en enero de 2003 motivó al gobierno mexicano para ofrecer, en la Organización Mundial de Comercio, abrir el agua a la inversión extranjera.

En otros estados como en las 16 delegaciones del Distrito Federal son empresas privadas, como Gutsa o Suez, las que con el membrete de Sistema de Aguas de la Ciudad de México, desde hace varios años emiten las boletas para el cobro por consumo de agua, en Aguascalientes, el municipio concesionó por 30 años vence en 2023, a una empresa subsidiaria de Vivendi la cobranza, administración, trabajos de rehabilitación y operación de las tuberías de agua potable. Ésta fue la primera experiencia a escala nacional de privatización integral del servicio de agua potable. En la primera década de la concesión un estudio detectó problemas como aumento en la tarifa que iniciaron antes de la concesión de los servicios, pero que fueron más significativos y constantes a partir de ésta, y una fuerte presión para disciplinar a los usuarios mediante el pago por el servicio o suspensión del mismo.

En Saltillo el manejo del servicio de agua potable lo hace una empresa mixta, en la que actualmente el municipio tiene 54 por ciento de las acciones y el resto Aguas de Barcelona, que pasó a ser parte del consorcio de la francesa Suez. Aquí se aprobaron incrementos a las tarifas de acuerdo con la inflación, pero esto no se respeta y se han hecho cobros indebidos; a la población se le corta el servicio con frecuencia y deben pagar una cuota por reconexión que resulta costosa, en Guadalajara se ha dado un proceso de privatización del líquido mediante obras de infraestructura, entre las que ahora se prevé la construcción de un acueducto en lago de Chapala con una empresa privada que se haría cargo de su manejo durante 20 años. Y en Cancún opera la compañía Desarrollos Hidráulicos bajo concesión desde 1993 y por 30 años para el manejo de agua potable, saneamiento y tratamiento de residuales.

Existen más casos a lo largo del país. Las autoridades niegan que estas formas de invertir capital privado en bienes públicos sea privatización, con todo, beneficios y ganancias son para las empresas, mientras la población “costea” los problemas. reconocimiento de los derechos humanos surge en torno a las necesidades del contexto socio histórico vivido, siempre en búsqueda de un mejor desarrollo para todos y todas y la afirmación de la dignidad humana.

Hoy en día, la discusión respecto del agua como un derecho humano ha sido larga. La importancia del líquido como elemento esencial para la vida, así como la crisis mundial respecto de las reservas en los mantos acuíferos la han vuelto un tema de preocupación en las agendas nacionales e internacionales, privadas y públicas.

Para 2025, datos publicados por La Jornada estiman que en México la disponibilidad de agua por persona será "baja", es decir, de aproximadamente 3 mil 788 metros cúbicos (cuando el volumen de agua disponible por habitante es menor a 1 mil metros cúbicos al año, se está hablando de una grave crisis hídrica). Nuestro país cuenta con un gran número de problemas respecto de la distribución del agua, como la sobreexplotación de los mantos acuíferos, cuyo resultado es la escasez en las zonas rurales y que, sin embargo, no soluciona las altas demandas y la insuficiencia del suministro, principalmente en el centro y norte del país. Asimismo, la contaminación de aguas superficiales y aguas subterráneas a causa del desagüe que incluye el uso doméstico pero que en gran medida es industrial y la filtración de materias tóxicas afectan a la agricultura y al suministro de agua potable; al igual, la ineficaz atención de las fugas en la red propicia que se desperdicien millones de litros del líquido mucho antes de llegar a los hogares.

Según los expertos de la UNAM se ignoran las experiencias de otros países sobre la mercantilización del agua; reduce el mínimo vital de 100 litros por persona, recomendado por la Organización Mundial dela Salud y lo fija arbitrariamente en 50 litros; excluye la investigación académica y el monitoreo social; y, con el pretexto de "utilidad pública", se permite el trasvase indiscriminado del agua. Se pretende, en suma, eliminar los aspectos sociales de la actual legislación para convertir el manejo del agua en un negocio y dejarlo a la lógica del mercado.

Una de las principales intenciones de esta ley, es cerrar la pinza que dejo abierta la reforma energética en materia de extracción de gas shale y de procedimientos químicos y mecánicos de limpieza de minerales tan severamente cuestionados por el fracking. La privatización bajo los designios del libre comercio y apertura ha llevado frecuentemente y en un mediano plazo, a que ramas internas de economía sean controladas por grandes empresas extranjeras. El agua es un elemento esencial para mantener nuestras vidas. El acceso al agua potable reduce la expansión de numerosas enfermedades infecciosas. Necesidades vitales humanas, como el

abastecimiento de alimentos, dependen de ella. Los recursos energéticos y las actividades industriales que necesitamos también dependen del agua.

La privatización se refiere a la transferencia de una compañía pública o de una actividad administrada por el Estado a una empresa privada. De este modo, la gestión de lo que antes pertenecía al conjunto de una sociedad queda en manos de empresarios que persiguen sus propios beneficios. Una privatización, por lo tanto, implica un fortalecimiento del sector privado en detrimento del sector público. El artículo 4to de la carta magna señala lo siguiente: *"Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines."*

La Ley de Aguas busca privatizar el principal recurso natural para la vida. No sólo entrega a la administración privada el vital líquido, también otorga facultades a las empresas para que destinen el agua para fines comerciales e industriales, como la minería y la explotación petrolera por medio del fracking. El dictamen de la nueva Ley de Aguas, cuya discusión legislativa se ha pospuesto en el pleno de los diputados, estipula que cada mexicano deberá recibir como mínimo 50 litros de agua diarios para sus necesidades básicas.

Eso es menos líquido que lo estipulado en una sentencia de la Suprema Corte y en los estánd ares internacionales de la Organización Mundial de la Salud.Expertos ambientales y organizaciones consultadas por CNN México coinciden en que esta cantidad viola el derecho humano al agua, pues el mínimo debe ser 100 litros. Además, no se explica por qué se redujo dicha cantidad. Organizaciones sociales y ambientales, así como diputados federales, han pedido realizar diversos foros, consultas y un diálogo nacional, donde participen la sociedad civil y expertos en materia de agua para enriquecer el dictamen y que se garantice el derecho humano de acceso al líquido.Una sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 2014, señala que cada mexicano debe recibir 100 litros diarios por persona, y que una cantidad menor violaría el derecho humano al agua, apegándose a los estándares de la OMS.

Esta reducción también violaría la Constitución, pues el artículo 1 estipula que se favorecerá "en todo tiempo a las personas la protección más amplia", por lo que en el caso del agua deberían ser los 100 litros diarios. La consideración del agua como un derecho humano choca frontalmente con la concepción mercantilista que tiene el recurso la mayor parte de las instituciones y administraciones las cuales se escudan en las leyes del mercado antes de defender cualquier consideración social. Bajo esta lógica, las empresas privadas asumen la gestión del agua y operan bajo criterios basados en la maximización del beneficio, y no en la universalización del acceso independientemente de las condiciones y capacidades económicas de cada uno. La liberalización de los servicios de agua está teniendo fuertes impactos sociales y medioambientales.

Si llegara a aprobarse posteriormente la Ley General de Aguas se condenaría a México a un uso “mercantilista” del líquido, donde se privilegiaría el interés empresarial y de ganancia sobre el derecho humano de acceso a ese recurso. Esta situación, sumada al crecimiento y concentración de la población, podría generar conflictos sociales de diferente escala e intensidad. Desde la perspectiva de diversos colectivos ambientalistas y de derechos humanos, la iniciativa no sólo viola el derecho humano de acceso al agua, sino agravará estructuralmente los graves problemas que enfrenta el manejo del líquido en el país.

Además, en abono a posibles conflictos sociales está el incremento y concentración de la población, que ocasionará una disminución del agua renovable per cápita a escala nacional, poniéndola conforme a esta ley a disposición del mejor postor. Al año 2030 en algunas de las regiones hidrológicas del país el agua renovable per cápita alcanzará niveles cercanos o incluso inferiores a los mil metros cúbicos por habitante al año, condición que se califica de escasez grave.

Los riesgos de la privatización: El movimiento hacia la privatización de servicios del agua causa muchas preocupaciones, y en algunos lugares, incluso oposición violenta. En grande parte, la oposición surge debido a las dudas sobre si solamente los mercados privados pueden dirigirse a los numerosos aspectos de agua como bien social o si algunos mecanismos desligados del mercado son necesarios para servir los objetivos sociales. Otras preocupaciones tienen que ver con una desconfianza fundamental de las corporaciones e inquietud en cuanto al traslado de ganancias y recursos fuera de una comunidad o incluso un país. La necesidad más grande de servicios de agua suele existir en aquellos países con los sectores públicos más

débiles; pero los riesgos más grandes del fracaso de la privatización también existen donde los gobiernos son débiles.

La marcha rápida de la privatización en los últimos años y las maneras inapropiadas en que varios proyectos han sido implementados han aumentado las preocupaciones de comunidades locales, organizaciones no gubernamentales y creadores de políticas. Como resultado, las compañías privadas de agua están viendo cada vez más una seria y sostenida la oposición pública a propuestas de privatización.

La privatización puede empeorar las fallas de equidad económica y la accesibilidad de agua.- Uno de los argumentos principales ofrecido por los defensores de la privatización es que el manejo o propiedad privada de los sistemas de agua puede reducir los precios de agua para los consumidores. Irónicamente, una de las preocupaciones más grandes de las comunidades locales es que la privatización lleve a costos *elevados* por el agua y los servicios de agua. Los resultados reales son mixtos ambos resultados han ocurrido.

Uno de los beneficios potenciales de la privatización es la eliminación de subsidios inapropiados. Notamos, sin embargo, que una *falta* de subsidios de agua en algunos casos podría tener resultados desastrosos, sobre todo al ser combinados con las presiones de recuperar costos. En las negociaciones y debates sobre la privatización no se ha puesto atención adecuada en identificar la diferencia entre subsidios apropiados e inapropiados. Cuando los sistemas u operaciones de agua son privatizados, sería deseable proteger algunos grupos de ciudadanos o negocios de tener que pagar el costo completo por el servicio.

Acuerdos de privatización podrían fallar al proteger la propiedad pública y los derechos de agua. La privatización del manejo de agua podría, bajo unas circunstancias, llevar a la pérdida de propiedad local de los sistemas de agua, lo cual a su vez podrí llevar al descuido del interés público. Muchas de las preocupaciones expresadas sobre la privatización se relacionan no a problemas explícitos financieros o económicos, sino al control de los derechos de agua y cambios en las asignaciones del agua. En parte, esto es resultado de los sentimientos profundos que la gente tiene por el agua. También es resultado del descuido serio de estos asuntos por aquellos que promueven la privatización.

Los acuerdos de privatización a menudo no incluyen la participación del público y Monitoreo de Contratos. La vigilancia y monitoreo de acuerdos públicos-privados son

responsabilidades públicas claves. Han puesto mucho más esfuerzo en tratar de aliviar las restricciones financieras y monitoreo del gobierno y promover el involucramiento del sector privado, que en definir pautas generales para el acceso y monitoreo público y asegura la participación de la sociedad civil y la transparencia. Las debilidades en el monitoreo de progreso pueden llevar a provisiones de servicios inefectivos, conducta discriminatoria o violaciones en las protecciones de la calidad de agua.

Los esfuerzos inapropiados de privatización ignoran el impacto en los ecosistemas o usuarios de agua corriente abajo. Muchos contractos de privatización incluyen provisiones para animar el desarrollo de nuevos suministros de agua, a menudo durante un largo periodo de tiempo. Si los contratos de privatización no garantizan también los requisitos del agua de los ecosistemas, el desarrollo de nuevos opciones de suministro pueden debilitar la salud y bienestar del ecosistema (tanto para desarrollos públicos como privados). Equilibrar las necesidades ecológicas con el suministro de agua, poder hidroeléctrico y el uso de agua abajo es una tarea compleja, que abarca los intereses de muchas personas.

Los esfuerzos de privatización podrían descuidar el potencial en la eficiencia del uso de agua y mejoramientos en cuanto a la conservación. Una de las preocupaciones de comisiones de vigilancia de la privatización es que los programas de eficacia son típicamente ignorados o hasta cancelados después de que la autoridad que maneja los sistemas públicos es otorgada a entidades privadas. El mejoramiento en la eficiencia reduce las ventas de agua, y por lo tanto bajan las utilidades. Como resultado, pequeñas empresas o compañías que proveen servicios de utilidades podrían tener muy poco o ningún incentivo financiero para animarles a la conservación. Además, la conservación suele ser menos intensiva en cuanto al capital y por lo tanto crea menos oportunidades para inversionistas. Como consecuencia, la conservación puede ser descuidada en contraste con proyectos tradicionales del suministro de agua centralizado.

Acuerdos de Privatización podrían disminuir la protección de la calidad del agua. Los proveedores privados de agua tienen pocos incentivos económicos para enfrentar los problemas de salud de largo plazo asociados con niveles bajos de algunos contaminantes. Además, los proveedores privados de agua tienen un incentivo para subestimar o falsear a sus clientes el tamaño e impactos potenciales de los problemas que ocurren. Como resultado hay un consenso extendido que mantener monitoreo regulador fuerte

es un componente necesario para proteger la calidad del agua. Cuando esta fuerte vigilancia reguladora existe, la privatización puede llevar a mejoras en la calidad de agua.

Los acuerdos de privatización a menudo adolecen de procedimientos para resolver conflictos. Las compañías públicas de agua normalmente son sujetas a procesos políticos para resolver conflictos, que involucra consumidores locales. Sistemas de agua privatizados son sujetos a procesos legales que involucra personas no-locales que tienen intereses en el asunto y tal vez en niveles no-locales del sistema legal. Este cambio en cuanto a *quien* resuelve las disputas y las reglas para la resolución de disputas está acompañado por el potencial aumento en los conflictos políticos sobre los acuerdos de privatización. Mientras apoyamos fuertemente el concepto de las normas, referencias, y los contratos claros, tales normas deben ser negociadas en un proceso abierto y transparente con participación de las personas afectadas y no solamente de las compañías de agua.

La privatización de sistemas de agua podría ser irreversible.-Cuando los gobiernos transfieren el poder sobre su sistema de agua a compañías privadas, la perdida de habilidades y especialización internas podría ser irreversible o casi irreversible. Muchos contratos tienen un plazo largo, hasta de 10 o 20 años. Especialización del manejo, conocimiento de ingeniería y otros recursos en el dominio público puede perderse para siempre. De hecho, mientas que haya más y más experiencia con el traslado de estos recursos a manos privadas, hay poca o ninguna experiencia con el sector público re-adquiriendo tales recursos del sector privado.

Principios y normas para la privatización.- Creemos que la responsabilidad de proveer agua y servicio de agua todavía debe pertenecer a las comunidades y gobiernos locales y que deben hacer el esfuerzo de fortalecer la habilidad del gobierno de satisfacer las necesidades de agua de su pueblo. Como se describe en este estudio, las ventajas potenciales de la privatización son mayores donde los gobiernos han sido débiles y no han logrado satisfacer las necesidades básicas de agua. Donde haya gobiernos fuertes que sean capaces de proveer servicios de agua con eficiencia y equidad, las atracciones de la privatización se limitan substancialmente. Lastimosamente, los riesgos peores de privatización también existen donde lo gobiernos son más débiles, donde no sean capaces de proveer las funciones de monitoreo y manejo necesarias para proteger los intereses públicos. Esta contradicción significa el desafío más grande para aquellos quienes aspiran a hacer que la privatización funcione con éxito.

A pesar de la oposición ruidosa y, muchas veces, justificada a la privatización del agua, propuestas para asociaciones públicas-privadas en el suministro y manejo de agua probablemente serán más numerosos en el futuro. No discutimos que esfuerzos de privatización deben pararse. Sin embargo, sí discutimos que todos los acuerdos de privatización deben cumplir con ciertas normas e incorporar principios específicos. Como consecuencia, ofrecemos los siguientes Principios y Normas para la privatización de los sistemas e infraestructura del suministro de agua.

METODOLOGIA

En la investigación se utilizó el método deductivo con el objeto de partir de objetos generales de la investigación para llegar a situaciones particulares, asimismo se utilizó el tipo de investigación exploratoria ya que esta pretende darnos una visión general, de tipo aproximativo, respecto a una determinada realidad. Asimismo, se realizó un estudio transversal con un enfoque cualitativo y un tipo de investigación exploratorio descriptivo, mediante el uso de herramientas como fuentes directas e indirectas (páginas de internet, artículos de periódicos, revistas en materia de derecho, diálogos de las sesiones del Congreso de la Unión), de igual manera se analizó la Constitución Política y la Ley General de Aguas. Posteriormente se procedió a reconocer, identificar y clasificar la información con el propósito de aproximarse a dimensionar el tema y construir el esquema de contenido.

RESULTADOS

El Gobierno debe retener o establecer propiedad o control público de las fuentes de agua.- La dimensión de agua como "bien social" no pueden ser completamente protegidas si la propiedad de las fuentes de agua en completamente privada. La propiedad pública permanente e inequívoca da al público el punto más fuerte de influencia en asegurarse que haya un balance aceptable entre las atenciones sociales y económicas.

Las agencias públicas y proveedores del servicio de agua deben monitorear la calidad del agua. Los gobiernos deben definir e implementar leyes sobre la calidad de agua. Los proveedores de agua no pueden regular efectivamente la calidad del agua. Aunque este punto ha sido reconocido en muchas decisiones sobre la privatización, los reguladores gubernamentales de la calidad del agua suelen ser mal informados y carecen de fondos

adecuados, dejando decisiones públicas sobre la calidad de agua en manos privadas. El gobierno debe definir e implementar leyes y regulaciones. Las agencias gubernamentales o comisiones de vigilancia independientes deben monitorear y publicar informes sobre la calidad del agua. Donde los gobiernos son débiles, los mecanismos formales y claros para proteger la calidad de agua debe ser hasta más fuertes.

Contractos que definan las responsabilidades de cada socio son un prerrequisito para el éxito de cualquiera privatización. Los contractos tienen que proteger el interés público: esto requiere provisiones que aseguren la calidad del servicio y un régimen que sea transparente, accesible, y responsable al público. Contratos buenos incluirán criterios y normas explícitas de la ejecución con el monitoreo por agencias gubernamentales reguladores y organizaciones no gubernamentales. *Procedimientos claros en cuanto a la resolución de disputas deben ser desarrollados previo a la privatización.* Procedimientos para la resolución de disputas deben ser especificados claramente en los contratos. Es necesario desarrollar procedimientos prácticos que usen como base las instituciones y prácticas locales, que son libres de corrupción y que son difíciles de circunceñir.

*Asistencia técnica independiente y reexaminación de contrato deben ser normas.*Gobiernos débiles son los más vulnerables al riesgo de ser forzados a aceptar contratos débiles. Muchos de los problemas asociados con la privatización han resultado de la reexaminación del contrato inadecuada o lenguaje ambiguo del contrato. Teóricamente, muchos de estos problemas pueden ser evitados a través de requerir una reexaminación independiente técnica del contrato.

*Negociaciones sobre los contratos de privatización deben ser abiertas, transparentes e incluir a todos los afectados.*Numerosos problemas políticos y financieros para consumidores de agua y compañías privadas han resultado de los arreglos que fueron percibos como corruptos o no en los mejores intereses del público. La participación de todos lo afectados es reconocida ampliamente como la mejor manera de evitar estos problemas.

La amplia participación de las personas afectadas asegura que los valores diversos y puntos de vista distintos sean articulados e incorporados en el proceso. También provee un sentido de propiedad y mayordomía sobre el proceso y las decisiones resultantes. Recomendamos la creación de comités de asesoría públicos con representación amplia de la comunidad para aconsejar a los gobiernos que estén proponiendo la privatización; la revisión de contratos

previo a las firmas de acuerdos: y campañas de educación pública previo a cualquier traslado de responsabilidades públicas a compañías privadas. Apoyo técnico de agencias internacionales o fundaciones caritativas para estos comités debe ser provisto.

Asi mismo es relevante mencionar las siguientes conceptualización al respecto

1) La medida es contraria al Artículo Cuarto y al Art. 115 Constitucional (fracción III. Los municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: a) agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales.
2) La fijación de las tarifas por el concesionario, a más de ser un acto inconstitucional, lesiona los intereses y la soberanía al arrebatarle esa potestad al Congreso del estado, dejando en la indefensión a los usuarios (domésticos, pequeños y micro empresarios).
3) Afectará directa e inmediatamente los derechos de la ciudadanía a través del aumento de las tarifas de los servicios y del costo de la vivienda.
4) Aunado a lo anterior los adeudos serán tipificados como créditos fiscales, lo que es lo mismo, como un delito, totalmente contrario al derecho humano al agua.
5) La concesión de los servicios a las empresas trasnacionales del agua implica que se va a integrar un Consejo Directivo cada vez más ajeno y alejado de la participación de la sociedad; ya que los espacios en ese Órgano Colegiado, que deberían ser ciudadanos, serán ocupados por representantes de los intereses empresariales del gran capital.
6) Con esta privatización se otorgaría a los consorcios que están operando y distribuyendo el agua, una facilidad para pasar encima de los derechos territoriales de las comunidades.

CONCLUSIÓN Y DISCUSIÓN

El derecho del agua es lo que está en juego en la confrontación por la distribución de este recurso. A pesar de que los derechos humanos están plasmados en la legislación de nuestro país, la privatización va creciendo debido a la presión de organizaciones internacionales, a los malos manejos que existen por parte del estado y a la complejidad de los sistemas de la gestión de agua, lo que negaría entre otras cosas negar el derecho al agua a los sectores menos favorecidos.

La ley general de aguas que pretende imponer el ejecutivo es una transgresión a la misma constitución, pues nulifica el derecho humano al agua para permitir su acaparamiento para

agentes privados, para quienes además se fortalece la posibilidad de traficar con los títulos de concesión incluso en zonas bajas de disponibilidad del recurso. Esta privatización permitirá que las decisiones relativas a la distribución del agua giren casi exclusivamente en torno a consideraciones comerciales, en donde los accionarios buscarán obtener el máximo beneficio, sin tener en cuenta ni el carácter sostenible de los recursos ni la igualdad de acceso. Con la privatización, la administración de los recursos hídricos se funda en los principios de la escasez y de la optimización de los beneficios en lugar del aspecto sostenible comprometido con las generaciones futuras. Las empresas dependen del incremento del consumo para generar beneficios y, por lo tanto, estarán más dispuestas a invertir en lo que les asegure ganancias rápidas antes que para su conservación. Poder abastecer de agua a todas las personas es un compromiso social que está fuera de la esfera de lo que podría considerarse un negocio atractivo para la inversión privada, y este tipo de acciones está en perfecta concordancia en la lógica del libre mercado en el que los intereses del capital tienen prioridad por sobre los derechos de los ciudadanos.

La tendencia de este gobierno ha sido la de tratar de privatizar los servicios, de bursatilizarlos, servicios tan importantes como el del agua, pero también el de otras dependencias como el Registro Público de la Propiedad o PEMEX. Mercantilizar todo esto significa que el estado está delegando en otras manos esos servicios y transformándolos en negocio. Ahora el gobierno pretende desentenderse de los servicios, por los que se pagan impuestos, para darles a particulares esa obligación pero convertida en negocio. Un bien imprescindible, indispensable para la vida, no debe ser fuente de comercio y quedar a disposición de las leyes del mercado. Los Estados deben reconocer el agua como derecho humano y, como tal, respetarlo, protegerlo, promoverlo y garantizarlo.

En caso de que llegaran a aprobar las reformas a la Ley Nacional del Agua, el vital líquido sufriría un encarecimiento porque serán las grandes empresas privadas las que controlen la explotación de los mantos acuíferos, en países europeos y en Estados Unidos, una tendencia neoliberal es que empresas privadas provean del vital líquido a la población, pero ellos son países de primer mundo, y México no está en el concierto de esas naciones, toda persona tiene derecho al acceso y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico, como lo establece el artículo cuarto de la Constitución, pero al hacer las modificaciones, esta dejará de ser de la nación. El proyecto es inconstitucional porque no considera las disposiciones

jurídicas internacionales en materia del derecho humano al agua; impide la progresividad de otras garantías; deja jurídicamente indefensos a muchos usuarios y no considera a grupos vulnerables como los indígenas, ni soluciona sus problemas de accesibilidad al líquido. De prosperar la imposición de esta Ley, se sumaría a la carga cuenta de agravios cometidos por el poder en los últimos años y podría a prueba la capacidad de los movimientos sociales en la defensa de sus derechos. En el nuevo siglo 21, ideas nuevas y complejas serán probadas, modificadas, e implementadas para supervisar las conexiones crecientes económicas, culturales y políticas del mundo. Una de las controversias más poderosas va a ser las nuevas maneras de manejar la economía global. Incluso en los primeros años del nuevo siglo, el conflicto político sobre la nueva economía ha capturado la atención del mundo.

Esta controversia se extiende a como el agua dulce será obtenida, manejada y provista a los pueblos del mundo. En la comunidad de agua, el concepto de agua como un "bien económico" ha sido el punto de enfoque de contención. En la última década, la idea que el agua potable debe ser sujeta cada vez más a las reglas y poder de los mercados, precios, y regímenes de comercio internacional ha sido implementada en docenas de maneras, en centenares de lugares, afectando millones de personas. Se han fijado precios al agua que previamente era gratis. Las corporaciones privadas han estado tomando control del manejo, operación y algunas veces hasta de la propiedad de sistemas de agua previamente públicos. Las ventas de agua embotellada están creciendo muy rápidamente. Se han sugerido propuestas para transferir cantidades enormes de agua dulce por fronteras internacionales e incluso por océanos.

Estas ideas y tendencias han generado controversia enorme. En algunos lugares y en algunas circunstancias, tratar el agua como un bien económico podría ofrecer mayores ventajas en la batalla de proveer a cada ser humano sus necesidades básicas de agua, mientras se protege los ecosistemas naturales. Dejar a las compañías privadas que tomen la responsabilidad de manejar algunos aspectos de servicios de agua tiene el potencial de ayudar a que millones de pobres reciban el acceso a los servicios de agua básicos. Pero en la última década, la tendencia hacia la privatización de agua se ha acelerado enormemente, con algunos éxitos y también con algunos fracasos espectaculares. El esfuerzo hasta el momento hecho ha sido insuficiente para entender los riesgos y limitaciones de la privatización del agua, y para ubicar principios y pautas guiadores para gobernar esfuerzos de privatización. No hay duda que la carrera

precipitada hacia los mercados privados no ha logrado enfrentar algunas de las preocupaciones y problemas sobre el agua. En particular, el agua tiene un papel vital social, cultural, y ecológico, que no puede ser protegido solamente por las fuerzas del mercado. Además, ciertas metas de dirección y valores sociales requieren el apoyo y protección directa y fuerte del gobierno. Sin embargo, todavía los esfuerzos de privatizar están aumentando rápidamente en las regiones donde gobiernos fuertes no existen.

Nosotros recomendamos fuertemente que cualquier esfuerzo por privatizar el agua se acompañe por las garantías formales de respetar ciertos principios y apoyar objetivos sociales específicos. Entre éstos es tener la necesidad de proveer las necesidades básicas de agua de los seres humanas y los ecosistemas como una prioridad. También es importante asegurar la supervisión independiente y la aplicación de normas sobre la calidad de agua, acceso justo al agua para poblaciones pobres, la inclusión de todas las personas afectadas en decisiones, y dependencia elevada en la eficacia del uso de agua y mejoramientos de productividad. La franqueza, transparencia, y el fuerte monitoreo público son los requisitos fundamentales en cualquier esfuerzo de compartir la responsabilidad pública por proporcionar el agua limpia a entidades privadas.

El agua es un bien tanto económico como social. Por lo tanto, las fuerzas del mercado sin regulaciones nunca podrán completamente y justamente satisfacer objetivos sociales. Considerando las preocupaciones legítimas sobre los riesgos de esta "nueva economía de agua", los intentos de capturar los beneficios del sector privado tienen que ser balanceados con intentos a enfrentar sus fallas. El agua es demasiado importante para el bienestar de los seres humanos y nuestro medio ambiente para ser encargado completamente al sector privado.

PROPUESTAS

1) Lograr un proceso legislativo adecuado, que dé tiempo a la participación y discusióntodos los sectores involucrados
2) Al ser el agua el bien más importante de la naturaleza, y ser destinada para uso de todos como un bien común, debemos darle la importancia que realmente tiene en nuestra sociedad, por lo que autoridades y ciudadanos tenemos la obligación de trabajar con la finalidad de crear un mejor modelo de agua en México y con ello

lograr la calidad y continuidad de los servicios básicos e indispensables para los mexicanos.

3) Para lograr la gobernabilidad hidráulica se requiere la utilización simultánea de los siguientes instrumentos: Leyes y Reglamentos, una política efectiva para hacer un uso eficiente del agua y los servicios, una adecuada organización gubernamental, construcción de infraestructura y una cultura para el buen uso y preservación del recurso.
4) Para mejorar los servicios de agua, se deben regular la forma de prestar esos servicios y las tarifas que se cobren, en un consenso social.
5) Siendo el agua, un elemento esencial de vida, debemos establecer en nuestro marco legal, que los recursos hidráulicos tendrán que administrarse en coordinación con la sociedad y, en lo posible, separar su gestión del ámbito político.
6) Es necesario incrementar la participación de usuarios y beneficiarios en el financiamiento de la gestión del agua, ya que el grado de recuperación de las inversiones por medio de las tarifas y cuotas es mu y bajo.

BIBLIOGRAFIA

http://www.debate.com.mx/mexico/Privatizar-el-agua-en-Mexico-20150308-0108.html
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm,.
Ley de Aguas Nacionales: http://www.cna.gob.mx/switch.asp?param=30301.
Arreguín, F. et al. (s/f), "Experiencia de México en la participación de la iniciativa privada en los sistemas de agua potable, alcantarillado y saneamiento", Centro del tercer mundo para el manejo del agua.
http://aestomas.org/alertaahora-van-a-privatizar-el-agua/
http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2015/03/04/avanza-en-san-lazaro-privatizacion-del-suministro-de-agua-8217.html
See more at: http://yucatan.com.mx/mexico/medio-ambiente/abogados-piden-desechar-proyecto-de-ley-general-de-aguas-nacionales#sthash.FF6mcbku.dpuf.

CAPÍTULO VI. DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO HUMANO.

Alma de los Angeles Rios Ruiz[1876]

SUMARIO:

a.-Resumen 1. El Derecho a la Salud y su regulación en el ámbito Interancional 2. La Comisión Nacional de Derechos Humanos 3.-La Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) 3. El Sistema de Salud en México 4. El Derecho Humano a la Salud 5.-El Derecho a la Salud en el Estado de Tabasco 6.-Conclusiones 7.-Fuentes de Información.

RESUMEN:

Este apartado tiene como objetivo analizar el derecho a la salud, el cual requiere que los gobiernos deban crear y garantizar las condiciones que permitan a todas las personas vivir lo más adecuadamente posible. Dichas condiciones incluyen la disponibilidad garantizada de servicios de salud, trabajo seguro, vivienda adecuada , vestido, alimentos nutritivos, entre otros aspectos, con la finalidad de demostrar que el mencionado derecho incluye el acceso a una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud, atención sanitaria, servicios de salud, derechos fundamentales, bienestar físico, saneamiento, medicinas.

SUMMARY

This section aims to analyze the right to health, which requires that governments should create and ensure conditions that enable all people to live as adequately as possible. Such conditions include the guaranteed availability of health services, safe working conditions, adequate housing, clothing, nutritious food, inter alia, in order to demonstrate that that right includes access to timely, acceptable, affordable and quality health care satisfactory.

KEYWORDS: Right to health, health care, health services, fundamental rights, physical rights, sanitation, medicines.

INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de la Salud (OMS)[1877] señala que el goce de la salud así como el ejercicio de los derechos humanos actúan en sinergia. En este sentido, cierto grado de salud física y mental son necesarios para poder ejercer tanto los mencionados derechos como las libertades fundamentales, las cuales son esenciales para disfrutar de un bienestar físico e intelectual; además de haber sido reconocidos a nivel nacional e internacionalmente; de tal manera que se permita al individuo participar en la vida civil, social, política, cultural y económica del Estado.

[1876] Profesora de Tiempo Completo "C" Definitiva. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, Nivel 1.

[1877] Derecho a la salud, Nota descriptiva N°323, Noviembre de 2013, http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/

Por ello, debe entenderse que la salud representa un estado de completo bienestar físico, mental, social, correlativo a la ausencia de afecciones o enfermedades y es un factor determinante en el desarrollo económico de cualquier Estado.

El derecho a la salud es considerado dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, por ende es un derecho humano que constituye junto con los demás derechos, un cuerpo independiente, universal e indivisible. Dicho derecho empieza a ser reconocido hace aproximadamente curaenta años teniendo repercusiones en el ámbito interno e internacional, el cual busca garantizar las facilidades y consideraciones necesarias para alcanzar el nivel más alto de salud.

Bajo el anterior oredn de ideas, los instrumentos internacionales detallan los siguientes aspectos:

- La salud es vista como un derecho humano fundamental ligado al desarrollo histórico social de las sociedades.
- La salud es solo posible de satisfacer en la medida que se pueda resolver el problema de la pobreza y el subdesarrollo.
- Existe o debe existir una corresponsabilidad entre los países pobres y ricos para lograr el desarrollo, la paz mundial y un trato más equitativo entre las naciones. Esto es, lograr un nuevo orden económico internacional.
- La salud no es un problema que un país puede resolver por sí mismo, existe una marcada preocupación de que se trata de un problema y de una meta por alcanzar en forma regional y, en forma más ambiciosas, a nivel mundial. La salud es, pues, una problemática que declarativamente se reconoce como mundial.[1878]

1. El derecho a la salud y su regulación en el ámbito interancional.

El derecho a la salud está consagrado en tratados e instrumentos tanto regionales como subregionales de Derechos Humanos y en las Constituciones de países de todo el mundo como a continuación se presentan:

Tratados internacionales de derechos humanos en los que se reconoce el derecho a la salud

[1878] Cano Valle, Fernando, Protección a la salud en México, percepciones acerca de la medicina y el derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Facultad de Medicina de la UNAM, México, 2001,pp.24.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966: art. 12
- •Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965: art. 5 e) iv)
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979: arts. 11 1) f), 12 y 14 2) b)
- Convención sobre los Derechos del Niño, 1989: art. 24
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990: arts. 28, 43 e) y 45 c)
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006: art. 25.

➢ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946, enuncia un concepto de salud y reconoce como principio la importancia de la misma.

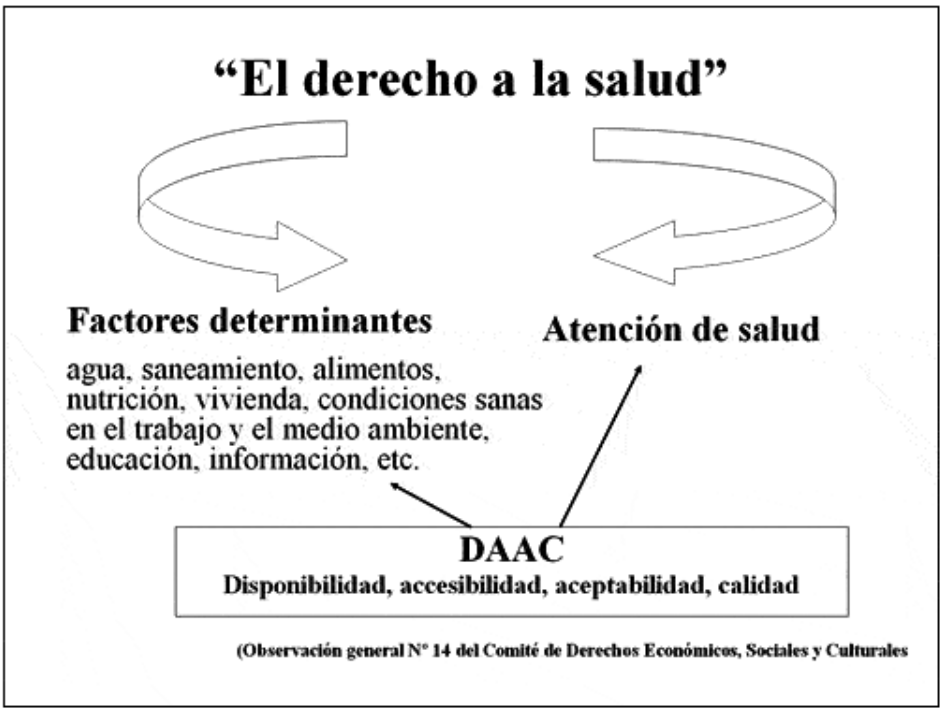
➢ Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948**,** concentra los derechos fundamentales de los seres humanos, en el que se establece y reconoce el derecho a la salud.

➢ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948**,** se reconoce en su artículo XI que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y de la comunidad.

➢ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en su artìculo 12 establece entre las medidas que se deberán adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, figurarán las necesarias para:

1) La reducción de la mortalidad infantil y garantizar el sano desarrollo de los niños;
2) El mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
3) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
4) La creación de condiciones que aseguren el acceso de todos a la atención de la salud.

- Declaración sobre el Orogreso y Desarrollo en lo Social de 1969**,** se resalta la importancia de adoptar medidas sanitarias quecontemplen un sistema de seguridad social y medidas para rehabilitación e integraci´n de personas con capacidad diferente.
- Declaración de Alma-Ata de 1978, se adopta como un elemento básico para el desarrollo del ser humano el derecho a la salud y se concede reconocimiento internacional al término de atención primaria de salud.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, dispone que los Estados Partes deberán adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra las mujeres en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar el acceso a servicios de salud, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mejor conocido como "Protocolo de San Salvador" de 1988**,** reconoce que toda persona tiene derecho a la salud, como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social.
- La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, los Estados Partes reconocieron en su artículo 24 el derecho de las niñas y los niños al disfrute del nivel de salud más alto posible, así como a los servicios para el tratamiento de enfermedades y rehabilitación. Y reconoce a la salud como uno de sus derechos fundamentales.
- El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptó en 2000 una Observación general sobre el derecho a la salud. En dicha Observación general se afirma que el derecho a la salud no sólo abarca la atención de salud oportuna, sino también los factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.



Según la Observación general, el derecho a la salud abarca cuatro elementos[1879]:

I. Disponibilidad. Se deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas de salud.

II. Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

- No discriminación.
- Accesibilidad física.
- Accesibilidad económica (asequibilidad).
- Acceso a la información.

III.Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida.

IV.Calidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

[1879] *Ídem.*

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone a los Estados Partes tres tipos de obligaciones:

a. Respetar. Significa simplemente no ingerir en el disfrute del derecho a la salud ("no perjudicar").
b. Proteger. Significa adoptar medidas para impedir que terceros (actores no estatales) interfieran en el disfrute del derecho a la salud (por ejemplo regulando la actividad de los actores no estatales).
c. Cumplir. Significa adoptar medidas positivas para dar plena efectividad al derecho a la salud (por ejemplo, adoptando leyes, políticas o medidas presupuestarias apropiadas).

Según la Observación general mencionada, el derecho a la salud también comprende *obligaciones básicas* referentes al nivel mínimo esencial del derecho. Aunque ese nivel no se puede determinar en abstracto porque es una tarea que corresponde a los países, para guiar el proceso de establecimiento de prioridades se enumeran los siguientes elementos fundamentales:

Entre esas obligaciones básicas figuran las siguientes:

- Servicios esenciales de atención primaria de la salud.
- Alimentación esencial mínima que sea nutritiva.
- Saneamiento.
- Agua potable.
- Medicamentos esenciales.

Otra obligación básica es la de adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública en los que se tengan en cuenta las preocupaciones en materia de salud de toda la población. Esa estrategia y ese plan deberán elaborarse y examinarse periódicamente a través de un proceso participativo y transparente; deberán incluir indicadores y bases de referencia que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; y deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados[1880].

El derecho a la salud es un derecho inclusivo. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el órgano encargado de llevar a cabo un seguimiento del Pacto Internacional

[1880] *Ídem.*

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los denomina "factores determinantes básicos de la salud". Son los siguientes[1881]:

- Agua potable y condiciones sanitarias adecuadas;
- Alimentos aptos para el consumo;
- Nutrición y vivienda adecuadas;
- Condiciones de trabajo y un medio ambiente salubres;
- Educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud;
- Igualdad de género.

El derecho a la salud, está estrictamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos como: la vida, la dignidad humana, vivienda, alimentación, no discriminación, igualdad, acceso a la información, vida privada, entre otros.[1882]

En este sentido, se puede observar que el derecho humano a la salud no se circunscribe solamente a la atención médica, sino que comprende una serie de factores socioeconómicos, mínimos necesarios, tales como: alimentación adecuada, agua limpia y potable, vivienda digna, condiciones de trabajo seguro, condiciones sanitarias adecuadas, entre otras.

Por tanto, la práctica médica debe llevarse a cabo desde las acciones singulares cotidianas de los profesionales y el equipo de salud con las personas, hasta la formulación e implementación de políticas públicas.

El derecho a la salud comprende algunas libertades. Tales libertades incluyen el derecho a no ser sometido a tratamiento médico sin el propio consentimiento, por ejemplo experimentos e investigaciones médicas o esterilización forzada, y a no ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[1883].

El derecho a la salud comprende algunos derechos. Esos derechos incluyen los siguientes:

- El derecho a un sistema de protección de la salud que brinde a todos iguales oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud;
- El derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades, y la lucha contra ellas;

[1881] El derecho a la salud, *Folleto informativo Nº 31*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra 2008, p.3.
[1882] Nohely Bastidas Matheus, "LA MALA PRÁCTICA MÉDICA Y LOS DERECHOS HUMANOS", *RAZÓN Y PALABRA*, http://www.razonypalabra.org.mx/N/N81/M81/18_Bastidas_M81.pdf
[1883] El derecho a la salud, Folleto informativo Nº 31, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra 2008, p. 4.

- El acceso a medicamentos esenciales;
- La salud materna, infantil y reproductiva;
- El acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos;
- El acceso a la educación y la información sobre cuestiones relacionadas con la salud;
- La participación de la población en el proceso de adopción de decisiones en cuestiones relacionadas con la salud a nivel comunitario y nacional.

En este sentido, es obligación de los Estados Los Estados de proteger y promover los derechos humanos. Las obligaciones a este respecto están definidas y garantizadas por el derecho consuetudinario internacional y los tratados internacionales de derechos humanos, que imponen a los Estados que los han ratificado la obligación de hacer efectivos esos derechos.

Las obligaciones de los Estados se dividen en tres categorías: las obligaciones de respetar, proteger y realizar.

- La obligación de respetar: requiere que los Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente en el derecho a la salud.

- La obligación de proteger: admite la exigencia de que los Estados impidan que terceros interfieran en el derecho a la salud.

- La obligación de realizar: soporta la exigencia de que los Estados adopten las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otro tipo que sean apropiadas para la realización plena del derecho a la salud.

Es fundamental establecer mecanismos de rendición de cuentas para garantizar el respeto de las obligaciones que se derivan del derecho a la salud para los Estados. La vigilancia y la rendición de cuentas de los Estados tienen lugar a nivel nacional, regional e internacional e involucra a diversos agentes, a saber, el propio Estado, ONG, instituciones nacionales de derechos humanos u órganos creados en virtud de tratados internacionales.[1884]

[1884] *Ibídem*., p.45.

Por tanto, podemos establecer que los tres vínculos básicos entre la salud en el ejercicio de los derechos humanos son[1885]:

- Primer vínculo: el goce de la salud y el ejercicio de los derechos humanos actúan en sinergia. Así, cierto grado de salud física y mental es necesario para poder ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales que han sido reconocidos internacionalmente y, de esta forma, participar en la vida civil, social, política, cultural económica de un Estado. Al mismo tiempo, el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales es esencial para disfrutar de un verdadero bienestar físico y mental.

- Segundo vínculo: de acuerdo con distintos expertos en salud pública, órganos y agencias especializadas del Sistema de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y organismos creados por los tratados internacionales de derechos humanos, las violaciones o falta de cumplimiento de los derechos humanos pueden afectar negativamente el bienestar físico, mental y social de todas las personas.

- Tercer vínculo: las políticas, planes y legislaciones sobre salud pública pueden ser instrumentos que protegen efectivamente los derechos humanos básicos y libertades fundamentales o, por el contrario, pueden ser instrumentos que obstaculizan el ejercicio de derechos básicos vinculados al bienestar físico y mental.

2.-La Comisión Nacional de Derechos Humanos(CNDH).

Los principales órganos encargados de proteger los derechos de los pacientes en México son:

- La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH): Es el órgano oficial con competencia para vigilar los derechos de los pacientes.
- La Comisión Nacional de Arbitraje Médico: Creada en 1996. Su función principal es la de “conciliar”, mediante el diálogo entre los usuarios y los prestadores de servicios de salud.
- Los Comités de Bioética: Son órganos consultivos internos de los hospitales que, aplicando un enfoque multidisciplinario, analizan problemas relacionados con los

[1885] LA SALUD Y LOS DERECHOS HUMANOS, Documento conceptual, 50.o CONSEJO DIRECTIVO 62.a, SESIÓN DEL COMITÉ REGIONAL, Washington, D.C., EUA, del 27 de septiembre al 1 de octubre del 2010, p. 4.

aspectos éticos de la atención, asimismo, asesoran y emiten recomendaciones a la Dirección del Hospital para la mejor solución de los mismos.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y las comisiones locales tienen dentro de sus funciones el ser organismos autónomos de denuncia de violaciones a los derechos humanos cometidas por el personal de la administración pública.[1886]

La Comisión Nacional y las Comisiones Locales de Derechos Humanos no son instancias judiciales, el resultado de sus investigaciones sirve para emitir recomendaciones. Si bien, su objetivo es proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, al no ser de carácter obligatorio, dependen de la voluntad política del Estado Mexicano.

La CNDH, con fundamento en la "Declaración de Lisboa sobre los Derechos de los Pacientes" hecha por la Asamblea Médica Mundial (1981), desglosó los derechos de los pacientes en 21 puntos y los adaptó al medio ambiente mexicano[1887]:

1. Todo paciente tiene derecho a recibir atención hospitalaria, de así ameritarlo su padecimiento.
2. Tiene derecho a que, a su ingreso al hospital, se le informe de las normas que rigen dentro del mismo y de saber quiénes serán los miembros del personal de salud encargados de su atención.
3. Tiene derecho a que se le brinden todos los recursos con que cuenta el hospital para lograr un diagnóstico correcto y oportuno, así como un tratamiento eficaz.
4. El paciente hospitalizado en una institución privada tiene derecho a recibir información sobre honorarios médicos y costos de los servicios y, en caso de no cubrirlos, no podrá ser retenido contra su voluntad.
5. Tiene derecho a recibir información sobre alternativas terapéuticas o de procedimientos diagnósticos, con el fin de determinar, conjuntamente con el médico, lo más conveniente para él, tomando en cuenta su ideología y sus creencias religiosas.
6. Tiene derecho a que se solicite su autorización antes de que se le apliquen tratamientos o procedimientos que impliquen riesgos para él.

[1886] Mortalidad materna, p. 109, http://informe.gire.org.mx/caps/cap3.pdf

[1887] LOS DERECHOS HUMANOS DE LO PACIENTES, http://www.pisa.com.mx/publicidad/portal/enfermeria/manual/1_5.htm

7. Tiene derecho a que la información contenida en su expediente clínico se maneje confidencialmente.
8. Tiene derecho, si sus condiciones lo permiten, a nombrar un representante que reciba información o que tome decisiones por él en lo concerniente a su salud, si las circunstancias así lo exigen.
9. Tiene derecho a recibir un trato digno y humano por parte del personal que labora en el hospital, independientemente de su diagnóstico, situación económica, sexo, raza, ideología o religión.
10. Tiene derecho a recibir información veraz, concreta, respetuosa y en términos que pueda entender, en relación con su diagnóstico, tratamiento, pronóstico y sobre los procedimientos a los que se le pretenda someter.
11. Tiene derecho a solicitar su egreso voluntario del hospital, sin que esto afecte su futura atención por la misma institución.
12. Tiene derecho a participar voluntariamente como sujeto de investigación, sin que en su decisión influyan presiones de ningún tipo, siempre y cuando conozca los objetivos, riesgos y beneficios de la investigación, así como a desligarse de ella en el momento en que lo decida, sin que ello afecte la calidad de su atención.
13. Tiene derecho a negarse a participar como sujeto de investigación, sin que ello demerite la calidad de su atención hospitalaria.
14. Tiene derecho a que sus órganos o especímenes quirúrgicos sean tratados digna y humanitariamente.
15. Tiene derecho a una muerte digna y a un trato humanitario de sus restos mortales.
16. Tiene derecho a ser transferido de un hospital a otro, en caso de ameritarlo su padecimiento, siempre que se le indique el objetivo de dicha transferencia.
17. Tiene derecho a participar en forma activa en su tratamiento y restablecimiento.
18. Tiene derecho a recibir visita de sus familiares y amigos, si ésta no va en perjuicio de la evolución de su padecimiento.
19. Tiene derecho a atención espiritual por parte de ministros de la religión que profese.
20. Tiene derecho a gozar de actividades recreativas, siempre que el hospital cuente con áreas específicas para tal fin.

21. Tiene derecho a la comunicación telefónica, siempre que el hospital cuente con este servicio y no exista contraindicación médica para ello.

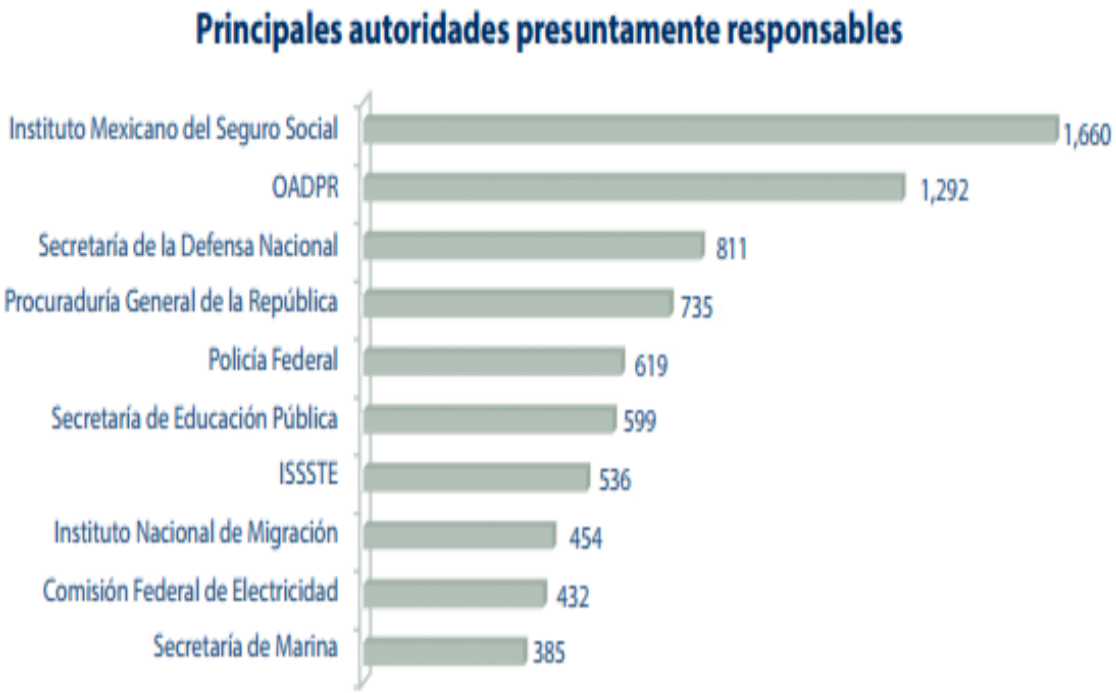
Lo anterior permite comprender que el derecho a la salud como un derecho humano es interdependiente e indivisible y está relacionado entre sí.

La CNDH también recibe quejas que involucran al IMSS, en donde los afiliados denuncian posibles transgresiones a sus derechos humanos. De 1990 a 2007 la Comisión emitió 79 recomendaciones por violación a los derechos humanos de los beneficiarios por parte del personal del IMSS.[1888]

Durante 2013 se recibieron y clasificaron 45,972 escritos de quejosos y de algunos Organismos Locales de Protección a los Derechos Humanos. De este total, 23,716 dieron origen a 9,008 expedientes de queja, 8,167 de orientación directa, 6,115 de remisión y 426 de inconformidad. Los restantes 22,256 escritos se refieren a otro tipo de documentos, entre los que destacan las aportaciones de los quejosos para la integración de dichos expedientes.

El total de las quejas corresponde a 143,819 víctimas y quejosos de violaciones a los Derechos Humanos. Las 10 principales autoridades federales señaladas en los registros de quejas de este Organismo público fueron las siguientes.

[1888] Yenise Tinoco, "Negligencia, causa de muerte en el IMSS", *Contralínea,* http://contralinea.com.mx/archivo/2007/junio2/htm/Negligencia_muerte_IMSS.htm



Fuente: INFORME DE ACTIVIDADES DEL 1 DE ENERO AL 31 DE DICIEMBRE DE 2013

Las relacionadas con violaciones al derecho a la salud, 1,660 en contra del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), y 536 en contra del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) sumaron 2,196, por hechos violatorios consistentes en su mayoría en omitir proporcionar atención médica, obstaculizar o negar las prestaciones de seguridad social, negligencia médica y omitir suministrar medicamentos, entre otros.

Como puede observarse, la dependencia que encabeza la lista de violaciones a derechos humanos es el IMSS, con mil 660 quejas.

De esas quejas se derivaron nueve recomendaciones, de esas recomendaciones, cuatro surgieron por la muerte de pacientes, cuatro por atención médica inadecuada y una porque no se brindó pensión por vejez a un derechohabiente.[1889]

En 2012, el IMSS también se enfrentó al mismo problema, pues el desempeño de su personal generó 1,876 quejas ante la CNDH. Mientras tanto, en 2011, 2010 y 2009 ocupó el segundo lugar, con 1,668, 1,083 y 701 quejas, respectivamente, sólo detrás de instituciones de

[1889] Mauricio Torres, "El IMSS, entre las autoridades con más quejas en derechos humanos", *CNN México*, Miércoles, 25 de junio de 2014, http://mexico.cnn.com/nacional/2014/06/25/el-imss-entre-las-autoridades-con-mas-quejas-en-derechos-humanos

seguridad como la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena), dependencia clave en la estrategia contra el crimen organizado.[1890]

Caso 1.

Síntesis:

1. El 29 de febrero de 2012, aproximadamente a las 22:00 horas, V1, mujer de 67 años de edad, con antecedentes de hipertensión arterial sistémica y diabetes mellitus tipo II, presentó elevación de glucosa, por lo que su hermana Q1 la llevó a la Clínica Hospital del ISSSTE, en Zitácuaro, Michoacán, donde según su dicho el personal médico tratante (AR1, AR2, AR3 y AR4) no le proporcionó la atención médica que requería.

2. Un médico ordenó al personal de Enfermería que V1 fuera instalada en la cama número 4 y se le suministraran diversos medicamentos a través del suero; al día siguiente, otro galeno le indicó a Q1 que el estado de salud de la víctima era delicado y que sería necesario trasladarla a otro nosocomio.

3. V1 fue referida al Hospital "Vasco de Quiroga" del ISSSTE, de la misma entidad federativa, sin embargo, según manifestó Q1, la ambulancia que se utilizó para tal efecto no contaba con todos los recursos necesarios para brindarle la atención que requería, aunado a que no hubo personal médico o de enfermería que la asistiera durante su traslado, además de que no se le informó qué medicamentos se le estaban suministrando; Q1 agregó que el conductor de la ambulancia se detuvo a abastecer de combustible la unidad; así las cosas, durante el traslado la víctima falleció.

4. En el acta de defunción de V1 se señaló como fecha y hora de fallecimiento las 17:20 horas del 1 de marzo de 2012 y como causas de muerte: infarto al miocardio transmural (dos horas), hiperkalemia (24 horas), insuficiencia renal crónica agudizada (72 horas), diabetes mellitus tipo II (ocho años) e hipertensión arterial sistémica (10 años).

5. En consecuencia, el 7 de agosto de ese año Q1 presentó un escrito de queja ante la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Michoacán, la cual, por razones de competencia, se remitió a está Comisión Nacional el día 9 del mes y año citados, radicándose con el número de expediente CNDH/1/2012/ 7192/Q.

Recomendaciones

PRIMERA. Reparar el daño ocasionado a Q1, o a quien tenga mejor derecho a ello.

[1890] *Ídem.*

SEGUNDA. Diseñar e impartir a la totalidad de los servidores públicos de la Clínica Hospital del ISSSTE, en Zitácuaro, Michoacán, un Programa Integral de Educación, Formación y Capacitación en Materia de Derechos Humanos, y sus implicaciones en la protección a la salud, enfatizando el conocimiento, manejo y observancia de las Normas Oficiales Mexicanas.
TERCERA. Emitir una circular dirigida al personal médico de la Clínica Hospital del ISSSTE, en Zitácuaro, Michoacán, en la que se les exhorte a entregar copia de la certificación y recertificación que tramiten ante los Consejos de Especialidades Médicas.
CUARTA. Adoptar medidas de prevención que permitan garantizar que los expedientes clínicos que generen con motivo de la atención médica que brindan se encuentren debidamente integrados y protegidos.
QUINTA. Colaborar con esta Comisión Nacional en el trámite de la queja que promueva ante el Órgano Interno del Control en ese Instituto. SEXTA. Colaborar en la presentación y seguimiento de la denuncia de hechos que este Organismo Nacional formule ante la Procuraduría General de la República.
Po tanto, se puede observar, que la labor de protección a los Derechos Humanos por parte de la CNDH se realiza a través de la recepción de quejas sobre presuntas violaciones, lo que permite abrir quejas de oficio ante diferentes situaciones que puedan implicar la vulneración de estos derechos. Lo cual permite que la emisión de recomendaciones pueda favorecer en la mejora de la actividad administrativa.

3.-La Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED)

La CONAMED es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud creado en junio de 1996, con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos. Su objeto es la resolución de conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de servicios de salud de carácter público, privado y social, así como contribuir a mejorar la calidad y eficiencia de los servicios médicos en México. Las quejas atendidas en la Comisión son exclusivamente aquellas en las cuales las partes involucradas coinciden en someter ante esta instancia su valoración.[1891]

[1891] Raydel Valdés-Salgado, MC, Joaquín Molina-Leza, *et. al*., Aprender de lo sucedido. Análisis de las quejas presentadas ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en Salud Pública, Núm. 5, vol. 43, México, 2001, p. 443.

De tal manera, que la CONAMED es una institución pública que ofrece mecanismos alternos de solución de controversias entre usuarios y prestadores de servicios médicos[1892]. Su objetivo es proporcionar a los usuarios de los servicios de salud un mecanismo que les permita aclarar posibles conflictos derivados de la prestación de estos servicios para evitar grandes cargas de trabajo para los órganos jurisdiccionales, sin sustituirlos. Sin embargo, su limitación es que mediante esta vía es complicado lograr acuerdos entre las partes para determinar los daños de carácter civil derivados de la prestación de servicios médicos.

En el caso de la muerte materna, no se cuenta, con el registro de estos, ya que las conciliaciones no implican la investigación de hechos para atribuir responsabilidad administrativa o penal en contra de una de las partes.

El papel de la comisión es relevante en los casos de muerte materna, respecto de la determinación y reconocimiento de responsabilidades de carácter civil por parte de las instituciones de salud, mismas que concluyen con el pago de alguna indemnización económica a favor de los familiares de las víctimas. Sin embargo, estas instancias no les garantizan el acceso a una justicia integral. De hecho, las comisiones pueden llegar a ser un incentivo para que los casos de muerte materna nunca sean investigados y procesados ante instancias jurisdiccionales y se mantengan en un estado de impunidad de facto.[1893]

Caso 1, responsabilidad profesional: [1894]

Queja

Resumen clínico

Femenino de 32 años de edad, Testigo de Jehová, el 31 de agosto de 1999 asistió a hospital público por presentar amenorrea y dolor abdominal tipo punzante de tres meses de evolución. La nota reporta: “Menarca a los doce años; ritmo 28 x 3; inició vida sexual activa a los 21 años; no utiliza método de planificación familiar; última menstruación 5 de julio de 1999; prueba inmunológica de embarazo negativa. A la exploración física: signos vitales normales, abdomen blando, despreciable, con palpación de masa a nivel de meso e hipogastrio, móvil, no

[1892]Para mayor abundamiento del tema véase: Rios Ruiz Alma de los Ángeles y Fuente del Campo Antonio. El Arbitraje en la Práctica Médica, Análisis y Perspectiva de Nuevos Mecanismos para la Solución de Controversias en México, revista In Iure Anáhuac Mayab (On Line) 2007-6045, http://derecho.anahuac.mx, ISSN.2007-6045

[1893] Mortalidad materna, p. 110, http://informe.gire.org.mx/caps/cap3.pdf

[1894] Tomado de: María del Carmen Dubón Peniche, Edgar Díaz García, Revista Facultad de Medicina UNAM, http://www.facmed.unam.mx/publicaciones/revista/Un15-conamed.htm

dolorosa, de aproximadamente 10 cm. Impresión diagnóstica: Esterilidad primaria, tumoración en estudio, probable quiste de ovario. Se solicita ultrasonido abdominal".

El citado estudio confirmó la existencia de quiste de ovario derecho y se programó laparotomía exploradora para septiembre del mismo año; en la fecha programada, aparece nota, la cual señala: "Favor de proporcionar cita en una semana a consulta externa de ginecología, para reprogramar cirugía, pues no se cuenta con donadores y por el momento no hay datos de alarma o urgencia referida al padecimiento actual de la paciente".

Otra nota del mismo día consigna: "Paciente programada para exéresis de quiste de ovario, Testigo de Jehová. Por norma institucional si el médico tratante estima necesario que tenga donadores y la paciente no cumple con ello, si no hay urgencia, la cirugía debe diferirse hasta que cumpla con el requisito; aunque no se utilice en el transoperatorio".

En el expediente existe documento suscrito por la paciente, dirigido al jefe del servicio de gineco-obstetricia del hospital público, que señala: "le comunico que exonero de responsabilidad a los médicos, cirujanos, anestesiólogos, personal médico, al hospital y a la institución por cualquier daño que resulte de mi negativa a aceptar sangre, a pesar del cuidado competente que en otro sentido se me dé; así mismo, renuncio a cualquier acción civil, penal o de cualquier índole".

Resumen clínico del hospital particular refiere: "La paciente acudió a este nosocomio con dolor y aumento de volumen pélvico, se palpa masa tumoral dura y poco movible de 20 cm aproximadamente, con dolor al movimiento, por ello se indicó laparotomía con diagnóstico de quiste gigante; cistadenoma seroso. El hallazgo operatorio fue cistadenoma parasalpingueano derecho de 20 x 20 cm".

Análisis del caso

El presente análisis, está basado en los datos obtenidos del expediente; el problema se centra en determinar si la atención médica observó deficiencias en términos de la lex artis.

Los testigos de Jehová aceptan por lo regular tratamiento, es decir, llevan a sus familiares a los hospitales y acuden a las instituciones médicas. Sin embargo, rechazan la hemotransfusión. En las instituciones privadas, donde se paga por un servicio, es más fácil considerar esta negativa, pues el paciente está pagando el servicio (sin perjuicio de que esto pudiera ser indicativo de mal praxis). En unidades médicas del sector público, es difícil la situación, pues en varias ocasiones no ha sido posible el tratamiento médico, ante la oposición para la hemotransfusión,

esto equivale a negarse el consentimiento por el paciente, causa no atribuible a las instituciones.

Es importante hacer notar que no existe terapia alternativa a la hemotransfusión y el personal no puede ser compelido a realizar actos quirúrgicos sin disponer de los medios necesarios (en este caso la sangre); suponerlo de otra suerte sería atentar contra las garantías mínimas del personal, especialmente en contra de su libertad prescriptiva garantizada en el artículo 5o. de la Constitución (libertad para el ejercicio de la profesión).

Por otra parte, debe señalarse que para intervenir, el personal debe (según le obligan las disposiciones sanitarias) recabar el consentimiento bajo información; de donde se sigue que si no se obtiene dicho consentimiento, el personal no está siendo autorizado y por ello, no puede estimarse negativa de atención.

La Ley General de Salud establece en su artículo 51 que: "los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional, y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares". El médico es responsable de proporcionar dicha atención de calidad y es de suponerse que, para estar en posibilidades de cumplir con este precepto, es necesario estimar cualquier contingencia (que en el presente caso, sería la posibilidad de un sangrado de tal magnitud que pudiera poner en peligro la vida de la paciente). En este entendido, no se podría hablar de una atención de calidad idónea, pues no se tendrían los elementos necesarios para ofrecer la multicitada atención, por causas no imputables al médico.

La paciente a través de escrito, manifestó que exime a las autoridades institucionales así como al personal médico, por cualquier daño que pudiera resultar por su negativa a recibir cualquier transfusión. A pesar de ello, el personal responsable decidió no efectuar la cirugía, en primer lugar según la nota, no existían datos de alarma o urgencia y previendo, además, la necesidad de que la enferma durante el evento quirúrgico, requiriera ser transfundida.

La paciente asistió al servicio de urgencias de un hospital público, donde se diagnosticó tumor abdominal, se realizaron diversos estudios y se programó tratamiento quirúrgico. Un día antes de la cirugía, los familiares de la paciente presentaron un documento de Exoneración de Responsabilidad Médica y ese mismo día hablaron con el médico tratante, manifestándole que por ser de la congregación de los Testigos de Jehová, se negaban a recibir transfusiones de sangre y a donar sangre; el facultativo aceptó siempre y cuando se donaran dos unidades de

expansores de plasma, mismas que se llevaron al hospital; empero no se efectuó la cirugía, pues en la fecha programada, el anestesista informó que si no había donación de sangre no habría operación; tres días después, la enferma acudió a hospital particular, donde se operó.

Conviene aclarar:

a) Un criterio esencial en el derecho sanitario y en la lex artis médica refiere que el principio de autonomía, al igual que los demás principios bioéticos, no es ni puede ser ilimitado. En efecto, permite elegir entre diversas opciones de atención, pero de ninguna suerte faculta a negar medios imprescindibles para la atención médica (medios ordinarios), pues equivaldría a una franca omisión de auxilio médico, conducta sancionada por la Ley General de Salud (artículo 469).

b) Siguiendo prácticas iniciadas en otros países, se ha pretendido que el paciente puede eximir al médico a través de una simple carta de exención de responsabilidad; sin embargo, este criterio no está convalidado en la lex artis, y tampoco se ajusta a las normas vigentes. En efecto, la Norma Oficial Mexicana del expediente clínico en su parágrafo 4.2, a la letra señala: "Cartas de consentimiento bajo información, a los documentos escritos, signados por el paciente o su representante legal, mediante los cuales se acepte, bajo debida información de los riesgos y beneficios esperados, un procedimiento médico o quirúrgico con fines de diagnóstico o, con fines diagnósticos, terapéuticos o rehabilitatorios.

Estas cartas se sujetarán a los requisitos previstos en las disposiciones sanitarias, serán revocables, mientras no inicie el procedimiento para el que la hubiera otorgado y no obligarán al médico a realizar u omitir un procedimiento cuando ello entrañe un riesgo injustificado hacia el paciente".

De lo anterior se sigue que los pacientes no pueden eximir al médico de responsabilidad; por el contrario, los harían participes de un acto irregular a la luz de la lex artis médica. El Código Civil Federal es meridianamente claro en su artículo 6o., que refiere a la letra: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afectan directamente al interés público, y cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero".

En esos términos ni la vida ni la salud son bienes disponibles y su renuncia afecta, innegablemente, al orden e interés públicos y afecta a los derechos de tercero.

c) En caso extremo, la renuncia a medios ordinarios (en este caso a la hemotransfusión) podría entrañar para el médico que la convalide, un ilícito penal; en efecto, el artículo 312 del Código Penal Federal refiere a la letra: “El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el puesto de producirse la muerte, la prisión será de cuatro a doce años”.

Por otra parte, el artículo 313 del citado ordenamiento penal refiere: “Si el occiso o suicida fuere menor de edad o padeciere alguna de las formas de enajenación mental, se aplicarán al instigador las sanciones señaladas al homicidio calificado o a las lesiones calificadas”.

Por otro lado, es importante resaltar que las objeciones surgen en la elección de los medios. Así, virtual y potencialmente, el paciente podría objetar todos y cada uno de los propuestos, sea por la falta de confianza que le inspire el facultativo o por motivos de sus propias convicciones; sin embargo, no se puede rebasar el marco legal mencionado.

En el presente caso, es necesario resaltar que el personal médico actuó, además, considerando las políticas institucionales, las cuales en la especie, se ajustan a la lex artis y a la legislación en vigor. El médico tiene la obligación de prever cualquier posibilidad de riesgo que se pudiera presentar durante el acto quirúrgico, merced a lo anterior, el personal actuó con arreglo a la lex artis médica y por ende, no se observan elementos de mala práctica.

Por otra parte, el diagnóstico presuncional no aseguraba que el quiste fuera benigno; la lex artis refiere que una tumoración de este tipo, debe ser sometida a estudio transoperatorio, cuyo resultado es fundamental para realizar cirugía limitada o extensa.

En este caso la tumoración fue de tipo benigno, pero las condiciones hubieran sido distintas si el resultado obtenido demostrara cáncer de ovario o de otro tipo, pues la cirugía tendría que haberse ampliado condicionando una mayor pérdida sanguínea: en el supuesto que el tumor fuera maligno, el procedimiento a realizar sería: histerectomía, omentectomía o una cirugía de citorreducción, ello incrementaría la extensión del área quirúrgica expuesta, requiriendo obligadamente transfusión.

Ahora bien, por cuanto hace a la donación de sangre es posible dispensarla, máxime que se trata de un programa inspirado en la solidaridad y no en la obligatoriedad. En esos términos, conviene enfatizar que no se puede condicionar la atención médica a la falta de donación sanguínea.

El riesgo de que pudiera existir hemorragia era alto por el solo hecho de ser un acto quirúrgico aunque puede haber diferencias de apreciación en el personal médico tratante. Aquí se mezclaron las dos situaciones, la negativa a la donación y a la recepción (lo cual es, además, un error frecuente en la interpretación y abordaje de estos temas); sin embargo y pese a todo, no existió mal praxis pues es evidente que el personal pretendía, exclusivamente, prever el riesgo, en protección de la paciente.

La Profesión Médica cuyo objeto es cumplir una función esencialmente social, implica para el médico obligaciones de carácter ético y profesional para quienes la ejercen, de tal manera que su trasgresión delictiva o culposa puede dar lugar a sanciones penales o civiles, según que aquella configure una conducta tipificada por la Ley Penal o que circunscrita a la responsabilidad civil.

Caso 2.

De acuerdo al Estudio presentado por Raydel Valdés-Salgado, MC, Joaquín Molina-Leza, titulado *Aprender de lo sucedido. Análisis de las quejas presentadas ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico,* se estudiaron 1, 925 quejas y se sistematizó la información para su análisis cuantitativo. Con el objetivo de describir las quejas por insatisfacción con los servicios médicos que se presentaron ante la Conamed en 1997 y 1998, procedentes de México, Distrito Federal.

Se presentaron los siguientes resultados:

- Los principales motivos de queja llevados a la Conamed fueron: inconformidad con el tratamiento orientado, problemas relacionados con intervenciones quirúrgicas y con el diagnóstico emitido, todos relacionados con aspectos técnico-médicos de la atención.

- Los usuarios de la seguridad social reportan fundamentalmente insatisfacción con el diagnóstico, problemas de tipo administrativo y también se quejan de la relación médico-paciente.

- Dentro de los problemas administrativos, los más frecuentes se relacionan con las fechas de las citas para consultas e intervenciones quirúrgicas, que no se ajustan a las necesidades de los usuarios.

- Entre la población derechohabiente llama la atención el número de casos que informan haber acudido a buscar atención en el sector privado. En un estudio anterior realizado en México se halló que 40% de la población de la capital considera a los servicios privados como los mejores, y entre los asegurados del ISSSTE, 53% pensaba de esa forma.

- Las dificultades identificadas en las instituciones que atienden a la población no asegurada se caracterizan principalmente por problemas en la relación médico-paciente y en las intervenciones quirúrgicas.

- En las instituciones de seguridad social, y en las que atienden a la población no asegurada, las quejas más frecuentes se refieren a problemas de estructura y del proceso de atención.

- Las quejas que involucran a los servicios privados mayormente se refieren a insatisfacción con el tratamiento y con las intervenciones quirúrgicas. los resultados esperados.

Los casos anteriores permiten observar, que dentro de los factores importantes que contribuyen y generan demandas médicas por "Mal Praxis" podemos encontrar[1895]:

- El consumismo que llevó a considerar la salud como un servicio mercantil.
- La calidad de los servicios prestados por parte de los médicos.
- La pérdida de la relación médico-paciente.
- La proliferación de los seguros de Riesgo Profesional.
- La proliferación de las Facultades de Medicina.
- Las modificaciones en la estructura y organización del Sistema Nacional de Salud y Sistema de seguridad Social en Salud.

[1895] Gerardo Ricardo Zurita Navarrete, "Estado actual de las demandas", *Medigrafic, Cirujano General*, Vol. 33 Supl. 2, Abril-Junio, México, 2011, p.144-145.

- Los cambio en la actitud del paciente, quien pasó de una sumisión silenciosa a una exigencia presionada.
- Carencia de vocación y deshumanización.
- Falta de actualización. Carencia y/o deficiencia de conocimientos: Bioéticos, Deontológicos, y Jurídicos. j) Mala calidad de los servicios.
- Deficiente o Mala Relación con el paciente.
- No trabajar en equipo. m) Aumento de la actividad médica.
- n) El progreso de la medicina. o) Tecnología y Robótica.
- p) La transmisión por los medios de comunicación de los problemas médicos y de sus resoluciones casi siempre presentadas de manera triunfalista.
- q) La Creación de Organismos Reguladores, cuya función ha sido la de juzgar de manera superficial la actividad médica.
- r) La actitud de algunos médicos que mal interpretan las acciones de sus colegas. s) Detrás de cada demanda de responsabilidad profesional, hay un médico o personal de salud que impulsó o predispuso al paciente a demandar.
- t) La posibilidad de obtener un beneficio económico, es el móvil más frecuente que origina la demanda hacia el médico.
- u) La intención de eludir el pago de honorarios y hospitalización.
- v) Corrupción dentro de las instituciones de impartición de justicia.

4.-El Sistema de Salud en México

El sistema de salud de México está compuesto por dos sectores: público y privado:

El sector público comprende a las instituciones de seguridad social tales como el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS),Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE),Petróleos Mexicanos (PEMEX),Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA), Secretaría de Marina (SEMAR) y otros], que prestan servicios a los trabajadores del sector formal de la economía, y a las instituciones que protegen o prestan servicios a la población sin seguridad social, dentro de las que se incluyen el Seguro Popular de Salud (SPS),la Secretaría de Salud (SSa),los Servicios Estatales de Salud (SESA) y el Programa IMSS-Oportunidades (IMSS-O).

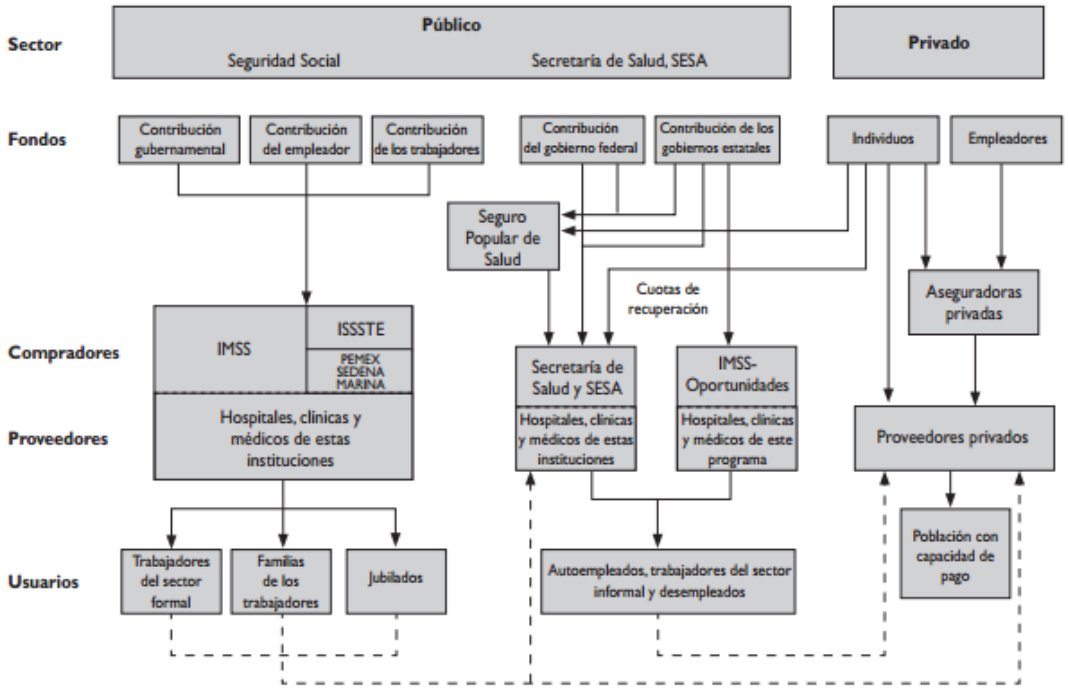
El sector privado presta servicios a la población con capacidad de pago. El financiamiento de las instituciones de seguridad social proviene de tres fuentes:

a) Contribuciones gubernamentales.
b) Contribuciones del empleador (que en el caso del ISSSTE, PEMEX, SEDENA y SEMAR es el mismo gobierno)
c) Contribuciones de los empleados.

Estas instituciones prestan sus servicios en sus propias instalaciones y con su propio personal. Tanto la SSa como los SESA se financian con recursos del gobierno federal y los gobiernos estatales, además de una pequeña contribución que pagan los usuarios al recibir la atención (cuotas de recuperación). La población de responsabilidad de la SSa y de los SESA se atiende en las instalaciones de estas instituciones, que cuentan con su propio personal. El SPS se financia con recursos del gobierno federal, los gobiernos estatales y cuotas familiares, y compra servicios de salud para sus afiliados a la SSa y a los SESA (y en algunas ocasiones a proveedores privados). Finalmente, el sector privado se financia con los pagos que hacen los usuarios al momento de recibir la atención y con las primas de los seguros médicos privados, y ofrece servicios en consultorios, clínicas y hospitales privados[1896].

Sistema de salud en México

[1896] Octavio Gómez Dantés, Octavio Gómez Dantés, *et. al*., 2Sistema de salud de México", *Salud Pública*, número 2, vol. 53, pp. México, 2011, p.221.



De acuerdo con el artículo 4° de la Constitución Política de México, la protección de la salud es un derecho de todos los mexicanos. Sin embargo, garantizarlo es el gran problema que representa el sistema de salud en México.

En el país hay tres distintos grupos de beneficiarios de las instituciones de salud:

1. Los trabajadores asalariados, los jubilados y sus familias.
2. Los autoempleados, trabajadores del sector informal, desempleados y personas que se encuentran fuera del mercado de trabajo, y sus familias.
3. La población con capacidad de pago.

El sistema de la salud de México expresa rezagos importantes en tres indicadores centrales: equidad, calidad y cobertura financiera. Además, también se caracteriza porque se encuentra fuertemente segmentado, lo cual origina que el derecho a la salud no sea garantizado para toda la población. El gato público en salud ha estado concentrado en la población afiliada a la seguridad social, es decir, quienes acceden a los servicios de salud del IMSS o ISSSTE o PEMEX.

De acuerdo al Banco de México, el gasto total en salud es la suma del gasto público y privado en salud. Abarca la prestación de servicios de salud (preventivos y curativos), las actividades

de planificación familiar, las actividades de nutrición y la asistencia de emergencia designadas para la salud, pero no incluye el suministro de agua y servicios sanitarios[1897].

El desempeño del Sistema de Salud en México durante los últimos años puede caracterizarse a través de dos procesos centrales y confluentes entre sí: la fragmentación y el deterioro de la calidad de sus servicios derivados de la reducción sistemática y progresiva del gasto público en la materia:

- La fragmentación del sistema de salud y minimización progresiva de los servicios otorgados a la población abierta.
- El decremento de la calidad en los servicios.

Este proceso de disminución del gasto público en salud tiene su contraparte en la implementación de mecanismos de privatización selectiva de los servicios de salud, debido a que la alternativa de dejar los servicios de salud en manos de particulares se enfocan primordialmente a aquellos servicios que por su costo intrínseco o por el poder adquisitivo de sus destinatarios, resultan más rentables. En contraposición, aquellos servicios poco rentables y que están destinados a la población de escasos recursos que en la mayoría de los casos forma parte del sector informal, siguen siendo considerados como una responsabilidad del Estado pero con una tendencia a ir restringiendo progresiva y marcadamente los recursos que se les asignan y los servicios que incluyen[1898].

Los indicadores del estado de salud de una nación son, en buena medida, reflejo de su nivel de desarrollo. De acuerdo a la OCDE, en el 2012, el gasto total en salud en México representó el 6.2% de su PIB, este porcentaje se encuentra entre los más bajos de los países de la OCDE (sólo por encima de Estonia y Turquía) y muy por debajo del promedio de los países de la OCDE de 9.3%. Como resultado de una gran expansión en la cobertura de salud para los pobres y los no asegurados que comenzó en el 2004, la participación pública en el financiamiento del cuidado de la salud en México se ha incrementado en alrededor de 10 puntos porcentuales para situarse en 50% en el 2012. Sin embargo, esta tasa se mantiene como

[1897] Banco Mundial, http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.XPD.TOTL.ZS

[1898] Alejandro Cerda García, México: "El derecho a la salud" en Helena Gardeazábal (coord.), Derecho a la salud. Situación en países de América Latina, ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE MEDICINA SOCIAL, p. 152.

una de las más bajas entre los países de la OCDE (donde el promedio es del 72%), y alrededor de la mitad de todo el gasto en salud en México es pagado directamente por los pacientes.[1899]

De acuerdo a información de Medigraphic de 2011[1900], en México los prestadores de servicios de salud generan anualmente 187 millones de consultas generales, 41 millones de consultas de especialidad, 27 millones de consultas de urgencia, 1.5 millones de partos, 3.1 millones de intervenciones quirúrgicas y 4.5 millones de egresos hospitalarios. En el último trienio, más de 4.5 millones de consultas otorgadas.

En los primeros siete meses de 2009, las instituciones públicas del sector salud realizaron alrededor de 1.8 millones de intervenciones quirúrgicas. En ese mismo año, la ocupación hospitalaria registrada fue de 75%.

El principal problema del Sistema Nacional de Salud en materia de calidad es la enorme heterogeneidad que existe a este respecto entre los principales prestadores de servicios.

En este tenor, es de mencionar el porcentaje de complicaciones de los partos vaginales en los hospitales de los SESA (Servicios de Salud) y de la Secretaría de Salud Federal (0.48%) es 2.6 veces mayor que el porcentaje de los hospitales del IMSS (Instituto Mexicano del Seguro Social) (0.18%).

El porcentaje de apéndices perforados en los hospitales de los SESA y de la Secretaría de Salud es mayor de 6% contra menos de 2% en los hospitales del IMSS y poco más de 3% en las unidades hospitalarias del IMSS.

El porcentaje de readmisiones por colecistectomías abiertas en los hospitales menores de 60 camas del IMSS es de casi 2% contra menos de 1.5% en las unidades hospitalarias de la Secretaría de Salud.

El porcentaje de complicaciones de neumonías en pacientes de 60 años y más asciende a casi 27% en los hospitales del IMSS, a 14% en los hospitales del ISSSTE y a menos de 23% en las unidades hospitalarias de los SESA y la Secretaría de Salud. A los problemas de calidad técnica habría que sumar los problemas de eficiencia.

El promedio de días estancia por hernioplastía inguinal en los hospitales de más de 120 camas del IMSS es de 1.5 días contra 2.6 días en los hospitales de los SESA y la Secretaría de Salud.

[1899] Estadísticas de la OCDE sobre la salud 2014 México en comparación, http://www.oecd.org/els/health-systems/Briefing-Note-MEXICO-2014-in-Spanish.pdf

[1900] Gerardo Ricardo Zurita Navarrete, *Op. Cit.*, p. 42.

El promedio de días estancia para apendicectomías en hospitales menores de 60 camas del IMSS es 6.5 días contra 3 días en los hospitales de los SESA. El promedio de cirugías por quirófano en el IMSS es de casi 4 contra 2.2 en la Secretaría de Salud y 1.9 en PEMEX.

En los indicadores de calidad interpersonal también hay variaciones importantes. De acuerdo con la ENSA Nut 2006, el tiempo promedio de espera en consulta externa en el IMSS es de 90 minutos, contra menos de 30 minutos en las unidades del sector privado. El porcentaje de cirugías diferidas es de 20% en el ISSSTE, 18% en el IMSS, 18.2% en la Secretaría de Salud y 13% en el IMSS.

Los principales motivos de suspensión de cirugías son la falta de insumos, quirófanos y personal médico. Los usuarios de los servicios de la Secretaría de Salud son los que mejor califican la calidad de los alimentos y la limpieza de las instalaciones.

5.-El Derecho Humano a la Salud en México.

El concepto del derecho a la protección de la salud en México se ha ido transformando al paso de los años. En síntesis, este derecho se concebía inicialmente como una cuestión religiosa o de mera caridad; posteriormente, con base en el movimiento de Reforma, el Estado mexicano se asumió como el único responsable de su cumplimiento, pero bajo un aspecto meramente individualista; finalmente, la revolución de 1910 y las ideas progresistas del constituyente de 1917, transformaron esta concepción otorgando al derecho a la salud su carácter social, al señalar al Congreso de la Unión facultades en la materia.[1901]

El derecho a la salud está consagrado en la Constitución Política de México en la fracción cuarta del artículo 4:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la

[1901] EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México, PARTICIPACIÓN DE LA SEÑORA MINISTRA OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, EN EL SIMPOSIO INTERNACIONAL "POR LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS MÉDICOS Y LA MEJORÍA DE LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE", CELEBRADO EN EL AUDITORIO JAIME TORRES BODET DEL MUSEO NACIONAL DE ANTROPOLOGÍA E HISTORIA EN LA CIUDAD DE MÉXICO, EL 9 DE OCTUBRE DE 2000, www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/EL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20A%20LA%20PROTECCION%20DE%20LA%20SALUD.pdf

Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.[1902]

De la lectura de dicho párrafo se desprende que debe existir concurrencia entre la Federación y las Entidades Federativas para hacer efectivo el derecho a la salud. Lo cual responde no sólo a un sano federalismo, sino también a una necesidad real y un interés fundamental de los mexicanos por procurar que todas las instancias de gobierno intervengan en su concreción, ya que sin el concurso de ambas instancias (federal y estatal) la acción sanitaria sería del todo ineficaz.

Asimismo, debe decirse que una interpretación armónica de la Constitución permite inferir que los municipios también pueden ser partícipes de esta tarea, ya que el inciso i), fracción III del artículo 115 constitucional otorga la posibilidad de que los mismos se hagan cargo de los servicios públicos que determinen las legislaturas estatales.[1903]

El derecho a la protección de la salud como auténtica garantía constitucional, además en el artículo 1° reconoce en su fracción primera y segunda que el derecho a la salud es un derecho humano reconocido y consagrado por la Constitución:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.[1904]

[1902] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf

[1903] EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México, PARTICIPACIÓN DE LA SEÑORA MINISTRA OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, EN EL SIMPOSIO INTERNACIONAL "POR LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS MÉDICOS Y LA MEJORÍA DE LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE", CELEBRADO EN EL AUDITORIO JAIME TORRES BODET DEL MUSEO NACIONAL DE ANTROPOLOGÍA E HISTORIA EN LA CIUDAD DE MÉXICO, EL 9 DE OCTUBRE DE 2000, www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/EL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20A%20LA%20PROTECCION%20DE%20LA%20SALUD.pdf

[1904] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Última reforma publicada DOF 07-07-2014, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm

El derecho a la protección de la salud además de encontrar su contenido específico en el artículo 4to Constitucional, también las disposiciones legislativas secundarias, reglamenta y amplían los contenidos del derecho a la protección de la salud constitucionalmente consagrado.

La Ley General de Salud en su artículo 2do establece las finalidades del derecho a la protección a la salud:

El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

I. El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;

II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;

III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;

IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;

V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;

VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y

VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.[1905]

En la Ley General de Salud se encuentran los siguientes criterios mínimos del derecho a la salud:

a) En el artículo 35 establece que los servicios públicos de salud deben ser prestados bajo los criterios de universalidad y gratuidad[1906].
b) El artículo 25 que se debe garantizar la extensión cuantitativa y cualitativa de los servicios, preferentemente a grupos vulnerables[1907].
c) El artículo 36 indica que las cuotas de recuperación que en su caso se recauden deberán tomar en cuenta el costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas de

[1905] LEY GENERAL DE SALUD, http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/LEY_GENERAL_DE_SALUD.pdf
[1906] *Ídem.*
[1907] *Ídem.*

los usuarios, fundándose en principios de solidaridad social y eximiendo del cobro a los usuarios que carezcan de recursos para cubrirlas o que se encuentren las zonas de menor desarrollo económico y social del país[1908].

d) El artículo 6 establece que el Sistema Nacional de Salud deberá prestar servicios a toda la población y mejorar la calidad de los mismos, dando prioridad a las acciones preventivas[1909].

e) El artículo 77 Bis 1 establece que todos los mexicanos tienen derecho a ser incorporados al Sistema de Protección Social en Salud de conformidad con el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin importar su condición social. Además, que la protección social en salud es un mecanismo por el cual el Estado garantizará el acceso efectivo, oportuno, de calidad, sin desembolso al momento de utilización y sin discriminación a los servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios que satisfagan de manera integral las necesidades de salud.[1910]

En este sentido, la legislación secundaria del derecho a la salud, tiene un carácter orgánico que no configura verdaderas prerrogativas de los ciudadanos exigibles al Estado. Al respecto existen algunos criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación[1911]:

1.- Con fecha 9 de diciembre de 1996, una persona que se encontraba infectada del virus de inmunodeficiencia adquirida solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal contra actos de diversas autoridades del Sector Salud, reclamando, esencialmente, la emisión del Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos para 1996, mismo que formula año con año el Instituto

---

[1908] *Ídem.*
[1909] *Ídem.*
[1910] *Ídem.*
[1911] PARTICIPACIÓN DE LA SEÑORA MINISTRA OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, EN EL SIMPOSIO INTERNACIONAL "POR LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS MÉDICOS Y LA MEJORÍA DE LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE", CELEBRADO EN EL AUDITORIO JAIME TORRES BODET DEL MUSEO NACIONAL DE ANTROPOLOGÍA E HISTORIA EN LA CIUDAD DE MÉXICO, EL 9 DE OCTUBRE DE 2000, https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CCYQFjAC&url=https%3A%2F%2Fwww.scjn.gob.mx%2Fconocelacorte%2Fministra%2FEL%2520DERECHO%2520CONSTITUCIONAL%2520A%2520LA%2520PROTECCION%2520DE%2520LA%2520SALUD.pdf&ei=uTT3VK3sJpb_yQTX_oGoBw&usg=AFQjCNFun2ALJ0aftGDkC29c_VGgXjsV8Q&sig2=e4OXRQzk_-D0A2lnfx5BKg&bvm=bv.87519884,d.aWw

Mexicano del Seguro social conjuntamente con otras autoridades sanitarias, en virtud de no se le iban a poder suministrar ciertos medicamentos que consideraba esenciales para su tratamiento, pues no habían sido incluidos en el catálogo de medicamentos de1996. De la demanda en cuestión toco conocer al Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, quien con fecha de veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y siete determinó sobreseer en el juicio y negar el amparo al quejoso.

Las consideraciones en que se basó el Juez de Distrito para negar el amparo al quejoso se basaron en que, según éste, no existía una norma de derecho que obligara a las autoridades responsables a suministrar al quejoso los medicamentos que pretendía y que si bien era cierto que conforme al artículo 4º constitucional, toda persona tiene derecho a la protección de la salud y el acceso a los servicios de salud, ello no se traducía en un derecho subjetivo a recibir en especial los medicamentos recientemente descubiertos que el quejoso señalaba, dado que también existían diversas enfermedades que atacaban a una gran parte de la población y que de la misma manera que el SIDA merecían la mayor atención médica por parte del Sector Salud.

La sentencia fue recurrida por el quejoso y le correspondió al Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación su resolución. El 25 de octubre de 1999, por unanimidad de votos de los Ministros Integrantes del Máximo Tribunal, se resolvió modificar la sentencia de primera instancia por considerar incorrecta la interpretación que del artículo 4º.

En esta sentencia se adujo que contrariamente a lo determinado por el Juez del conocimiento, el derecho a la protección de la salud sí se traduce en el derecho subjetivo a recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención médica por parte del Sector Salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que como garantía individual consagra el artículo 4º de la Carta Magna. Lo anterior pone de manifiesto

lo expresado en líneas anteriores, en el sentido de que una vez creadas las leyes que desarrollan o reglamentan el derecho a la protección de la salud, surge para el gobernado la facultad (derecho subjetivo) de poder exigir frente al Estado su cumplimiento.

2.- Sentencia en la que se declaró la inconstitucionalidad de la fracción V del artículo 24 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado.

En ese caso particular, la norma reclamada otorgaba un trato distinto para tener acceso a los servicios de salud proporcionados por el ISSSTE, según se tratara de la esposa del trabajador, o bien, del esposo de la trabajadora, pues al disponer, dicho precepto, que para que el esposo o concubinario de la trabajadora, como familiar derechohabiente, tuviera derecho a la atención médica, de diagnóstico, odontología, hospital, farmacia o rehabilitación en el citado Instituto, era necesario que fuera mayor de cincuenta y cinco años o estuviere incapacitado física o psíquicamente y dependiera económicamente de ella, en tanto que la esposa o concubina del trabajador, para obtener los mismos beneficios, sólo requería demostrar tal hecho, sin que se le exigiera alguna otra condición, lo que evidenciaba una clara transgresión a la garantía de igualdad establecida en el artículo 4º constitucional.

Así, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de once votos, con fecha 18 de mayo de 1999 determinó amparar a las quejosas, concesión que tuvo por objeto que no se les aplicara dicho precepto y, pudieran, en consecuencia, incorporar al sistema del seguro social a sus esposos o concubinarios.

3.- Resolución emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito con fecha 15 de noviembre de 1995. En el caso particular, el Secretario de Salud del Estado de Tlaxcala se había negado a proporcionar atención médica y a autorizar el traslado del quejoso, quien en ese momento tenía el carácter de procesado, a un hospital especializado que pudiera hacerse cargo de los problemas de salud que evidenciaba.

Fundándose en el derecho que toda persona tiene a la protección de la salud y acceso a los servicios correspondientes en términos del artículo 4º constitucional, el tribunal del

conocimiento determinó que la actitud de la autoridad responsable al no proporcionar la atención médica al procesado y negarle su traslado a un hospital para que fuera debidamente atendido, resultaba violatoria de la garantía individual al derecho a la protección de la salud.

El derecho a la protección de la salud ha sido interpretado por el Poder Judicial de la Federación como un derecho fundamental que encuentra su consagración a nivel constitucional y su contenido específico en la regulación secundaria. Los derechos sociales son normas, y como tales deben tener efectos vinculatorios para los sujetos obligados, entre los que se encuentran, por supuesto, los poderes públicos.

6.-El Derecho a la Salud en el Estado de Tabasco

El marco legal en que se fundamenta el derecho a la salud encuentra su origen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4°, la Constitución Política del estado de Tabasco, en su artículo 2°, así como las leyes de salud del estado, de Planeación, de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, Orgánica del Poder Ejecutivo del estado, de los Trabajadores al Servicio del estado y de Coordinación Fiscal y Financiera del estado de Tabasco, también en otros ordenamientos jurídicos estatales y federales.

El artículo 2 de la Constitución Política de Tabasco establece que el derecho a la salud es un derecho humano:
Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución (…) está respetará el contenido esencial de los derechos humanos, los derechos que establece serán entendidos como enunciativos y no limitativos de otros derechos contemplados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y ratificados por el estado mexicano:

1. En su fracción XXIII indica que el Estado garantizará el respeto, la protección, acceso y libre ejercicio del derecho a la salud reproductiva de las personas que residen en Tabasco.

2. En la fracción XXX expresa que toda persona tiene derecho a la protección de la salud física y mental. Además, que la Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud del Estado y establecerá la concurrencia con los municipios en materia de salubridad local.
3. En la fracción XLI, toda persona tiene derecho a la seguridad social.[1912]

En cuanto a las leyes secundarias en materia de salud del Estado de Tabasco la Ley de Salud del Estado de Tabasco establece lo siguiente[1913]:

El artículo 2 acerca de las finalidades del derecho a la protección de la salud, entre las que enumera:

I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades.

II. La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana.

III. La protección y acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social.

IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud.

V. El disfrute de servicios de salud y asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.

VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud,

VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

El artículo 6, fracción primera de la citada Ley establece que el Sistema Estatal de Salud de Tabasco tiene los siguientes objetivos:

I. Proporcionar servicios de salud a toda la población del Estado y mejorar la calidad de los mismos, atendiendo a los problemas sanitarios prioritarios del Estado y factores que condicionen y causen daños a la salud, con especial interés en las acciones preventivas.

[1912] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TABASCO ÚLTIMA REFORMA PUBLICADA EN EL PERIÓDICO OFICIAL: 13 DE SEPTIEMBRE DE 2013, https://www.scjn.gob.mx/normativa/Tabasco/18.pdf

[1913] Ley de Salud del Estado de Tabasco, http://transparencia.tabasco.gob.mx/TransArchivos/K9/5/144598.pdf

En tanto, el artículo 27 indica que el sistema de salud de Tabasco se garantizará con la extensión cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud, preferentemente a los grupos vulnerables.

En el Plan Estatal de Desarrollo 2007-2012 establece como objetivo principal en materia de salud, la consolidación del Sistema Estatal de Salud para garantizar la calidad de los servicios en beneficio de la población de Tabasco. Para lograrlo, se establecieron diversas líneas de acción, entre las cuales sobresale avanzar hacia la protección financiera en el rubro de salud a favor de toda la población. Para lograrlo, la Secretaría de Salud de Tabasco, responsable de la instrumentación del Sistema Estatal de Protección Social en Salud, ha dado los pasos adecuados para el cabal cumplimiento de estas prioridades. Por ello, el año pasado y en lo que va de este, se ha implementado un intenso programa de trabajo, concretado en el establecimiento de diversos programas y estrategias tendientes a la consolidación de la cobertura universal alcanzada en 2005. Entre otras, se encuentran el Seguro Médico para una Nueva Generación; Embarazo Saludable y Caravanas de la Salud.

A pesar de dicho marco normativo que consagra el derecho a la salud como un derecho humano, la crisis en el sector salud de Tabasco es preocupante porque en muchas instituciones de salud públicas los pacientes se enfrentan a situaciones vulnerables y en riesgo por falta de medicinas, oxígeno, de comida, entre otros.

Caso:[1914]

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos inició investigación por el caso de una menor de edad con seis meses de embarazo, que abortó en el baño de la sala de urgencias del Hospital de Alta Especialidad de la Mujer, en Villahermosa, Tabasco.

A las 17 horas del domingo 9 de marzo de 2014, la joven de 16 años de edad, acudió al nosocomio con fuertes dolores de vientre y según información de medios de comunicación, ninguno de los encargados del área de admisión le brindó atención.

[1914] EUGENIA JIMÉNEZ, "CNDH investiga supuesto caso de negligencia médica en Tabasco", *Milenio*, http://www.milenio.com/estados/CNDH-investiga-supuesto-negligencia-Tabasco-Villahermosa-hospital-aborto-menor_0_261574252.html

Para la CNDH la protección de la salud es un derecho humano elemental para todas las personas y particularmente para las mujeres en estado de gravidez, y en este caso, las menores de edad, características que les colocan en situación de mayor vulnerabilidad.

Indiscutiblemente, para la consolidación del derecho a la salud como un derecho humano se debe garantizar con el acceso de la población a los servicios de salud con calidad y calidez.

El papel de la Comisión Nacional de Derechos Humanos no sólo reside en recibir quejas y expedir recomendaciones sino también en demandar la reparación del daño causado a las víctimas o sus deudos e iniciar acciones penales contra los médicos involucrados en su carácter de servidores públicos, así como la impartición de cursos sobre respeto a garantías individuales para el personal de dichos hospitales y centros de salud.

7.-CONCLUSIONES

- El Estado Mexicano debe garantizar el derecho a la salud en la mayor medida posible de acuerdo a los recursos disponibles, incluso cuando éstos sean escasos, pero deben procurar cumplir sus obligaciones de respeto, protección y realización del derecho humano a la salud. Para ello, es necesario el fortalecimiento de las competencias de los profesionales de la salud con relación al conocimiento no sólo de su materia y la pericia para aplicarla, sino también del conocimiento de la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente en el contexto de la eficiencia y calidad de la atención a los pacientes y a sus derechos humanos.

- El marco jurídico del derecho humano a la salud es la base para: a) unificar estrategias que mejoren la salud de los grupos sociales más pobres y excluidos; b) mejorar la equidad en salud; c) aclarar la rendición de cuentas y las responsabilidades de los sistemas de salud, y d) evaluar el cumplimiento de las recomendaciones al Estado Mexicano.

- El derecho a la salud forma parte del derecho al desarrollo humano y tiene una doble dimensión: es un derecho del constitucionalismo social mexicano para la protección de

la salud, y un derecho de solidaridad, porque actualmente, la salud es vista como un problema internacional.

- El principal problema del sistema de salud en México en materia de calidad es la enorme heterogeneidad que existe entre los principales prestadores de servicios. Por lo que el mayor reto es buscar alternativas para fortalecer su integración, de tal manera que se garantice un paquete común de beneficios a todas las personas, se reduzcan los altos costos de transacción inherentes a un sistema segmentado y se logre finalmente el ejercicio universal e igualitario del derecho a la protección de la salud.

- Aunque la labor de protección a los Derechos Humanos por parte de la CNDH se realiza a través de la recepción de quejas sobre presuntas violaciones, esta permite abrir quejas de oficio ante diferentes situaciones que puedan implicar la vulneración de estos derechos; lo cual permite que la emisión de recomendaciones pueda favorecer en la mejora de la actividad administrativa.

- Los servicios de salud representan en nuestro país la mayor cobertura y afrontan cada vez más una creciente demanda por parte de la población, que enfrenta generalizadas carencias económicas pero también un aumento importante de quejas y demandas.

- La Comisión Nacional de Arbitraje Médico, a través de la conciliación y arbitraje, busca la solución expedita, pronta y amigable de los conflictos que ante ella se presentan, evitando de la tramitación de juicios ante las autoridades jurisdiccionales, así como la discordia que pudiera generarse entre las partes.

- El derecho a la salud en Tabasco se encuentra consagrado a nivel constitucional federal y estatal regido bajo el marco internacional de los tratados, por lo que es un derecho humano que debe ser protegido por el Estado Mexicano y gestionar que este se cumpla a nivel local y estatal. Sin embargo, enfrenta grandes retos que debe cumplir para poder garantizar este derecho

BIBLIOGRAFÍA

Bastidas Matheus, Nohely, “LA MALA PRÁCTICA MÉDICA Y LOS DERECHOS HUMANOS”, *RAZÓN Y PALABRA*, http://www.razonypalabra.org.mx/N/N81/M81/18_Bastidas_M81.pdf

_____Banco Mundial,http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.XPD.TOTL.ZS

Cano Valle, Fernando, Protección a la salud en México, percepciones acerca de la medicina y el derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Facultad de Medicina de la UNAM, México, 2001.

Cerda García, Alejandro, “El derecho a la salud” en Gardeazábal, Helena (coord.), Derecho a la salud. *Situación en países de América Latina*, Asociación Latinoamericana de Medicina Social.

_____Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf

_____Derecho a la salud, Nota descriptiva N°323, Noviembre de 2013, http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/

_____El derecho a la salud, *Folleto informativo Nº 31*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra 2008.

_____El derecho constitucional a la protección de la salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México, www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/EL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20A%20LA%20PROTECCION%20DE%20LA%20SALUD.pdf

_____Estadísticas de la OCDE sobre la salud 2014 México en comparación, http://www.oecd.org/els/health-systems/Briefing-Note-MEXICO-2014-in-Spanish.pdf

Gómez Dantés, Octavio, *et. al.*, Sistema de salud de México”, *Salud Pública*, número 2, vol. 53, pp. México, 2011.

_____La salud y los derechos humanos, Documento conceptual, 50.o CONSEJO DIRECTIVO 62.a, SESIÓN DEL COMITÉ REGIONAL, Washington, D.C., EUA, del 27 de septiembre al 1 de octubre del 2010.

_____LEY GENERAL DE SALUD, http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/LEY_GENERAL_DE_SALUD.pdf

_____LOS DERECHOS HUMANOS DE LO PACIENTES, http://www.pisa.com.mx/publicidad/portal/enfermeria/manual/1_5.htm

_____Mortalidad materna, p. 109, http://informe.gire.org.mx/caps/cap3.pdf

Rios Ruiz Alma de los Ángeles y Fuente del Campo Antonio. El Arbitraje en la Práctica Médica, Análisis y Perspectiva de Nuevos Mecanismos para la Solución de Controversias en México, revista In Iure Anáhuac Mayab (On Line) 2007-6045, http://derecho.anahuac.mx, ISSN.2007-6045

Tinoco, Yenise,“Negligencia, causa de muerte en el IMSS”, *Contralínea*, http://contralinea.com.mx/archivo/2007/junio2/htm/Negligencia_muerte_IMSS.htm

Torres, Mauricio, “El IMSS, entre las autoridades con más quejas en derechos humanos”, *CNN México*, Miércoles, 25 de junio de 2014, http://mexico.cnn.com/nacional/2014/06/25/el-imss-entre-las-autoridades-con-mas-quejas-en-derechos-humanos

Valdés-Salgado, Raydel, Molina-Leza, Joaquín, *et. al*., “Aprender de lo sucedido. Análisis de las quejas presentadas ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico” en *Salud Pública*, Núm. 5, vol. 43, México, 2001

Zurita Navarrete, Gerardo Ricardo, “Estado actual de las demandas”, *Medigraphic, Cirujano General*, Vol. 33, Supl. 2, Abril-Junio, México, 2011.

CAPÍTULO VII. EL MEDIO AMBIENTE Y LAS ACCIONES COLECTIVAS

Merly Martínez Hernández[1915]

RESUMEN:

Vivir en un medio ambiente adecuado y sano es un derecho humano exigible a los que violenten el ecosistema directa o indirectamente, a través de las acciones colectivas, las cuales a partir de la reforma del 2011 a nuestra carta magna, hace participe al Estado, como principal responsable de garantizar este derecho y a los ciudadanos en general, ya que se hace una apertura ilimitada de la parte actora, con interés difuso, colectivo o legítimo, intentado crear la idea de que es deber de todos proteger a nuestro planeta.

PALABRAS CLAVE: Acciones, Derechos humanos, interés difuso, colectivo, legítimo, proceso, reparación del año.

ABSTRACT:

Living in an appropriate and healthy environment is an enforceable human right which directly or indirectly violate the ecosystem, through collective action, which from 2011 to reform our Constitution makes the State participates as principal responsible for ensuring this right and citizens in general, and an unlimited opening of the plaintiff is done, diffuse, collective or legitimate interest, trying to create the idea that it is the duty of everyone to protect our planet.

KEYWORDS: Actions, Civil Rights, diffuse, collective, legitimate interest, processing, repairing the damage.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución de la cultura jurídica ha creado determinados derechos que no son exclusivos y estrictamente individuales, sino que la afectación de éstos impacta a un conjunto de personas determinadas o indeterminadas[1916]. Por ejemplo, el derecho a un medio ambiente sano, estos derechos no pertenecen exclusivamente a una persona sino a una colectividad, a veces determinada, otras no (difusas)[1917].

En el año 2014 se registraron en México cuatro ‘‘accidentes’’ ambientales en un solo mes, con dos derrames de petróleo y dos de tóxicos, señaló la organización internacional Greenpeace, al destacar que el 70% de los ríos presentan algún grado de contaminación.

[1915] Licenciada en Derecho egresada de la Universidad Valle de México, maestría en Derecho Constitucional y Amparo de la Universidad del Sur, catedrática a nivel licenciatura desde hace 5 años, miembro fundador del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos, miembro fundador del Colegio de Abogados Procesalistas de Chiapas Doctor Cipriano Gómez Lara.

[1916] Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, entrevista realizada en Tuxtla Gutiérrez, el 10 de septiembre 2015. Entrevistador: Merly Martínez Hernández.

[1917] Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley. (Artículo 4º, 5º párrafo de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de Febrero de 2011).

En un análisis del gobierno del presidente Enrique Peña Nieto, el organismo ambiental indicó que en 20 meses se consolidó un modelo extractivo de los recursos naturales bajo la promesa de un crecimiento económico que no ha llegado y demostró su menosprecio al medio ambiente.

Puntualizó que los derrames petroleros ocurrieron en las localidades de Cadereyta, Nuevo León, y Huimanguillo, Tabasco, mientras que se derramó cianuro en el municipio de El Oro, Durango, y se derramaron 40 millones de litros de sustancias tóxicas en los ríos Sonora y Bacanuchi, en Cananea, provenientes de la mina Buenavista del Cobre, filial de Grupo México.

Greenpeace indicó que estos casos son la punta del iceberg de la opacidad en la que actúan las industrias en México, ‘‘donde la laxitud de las leyes les permite contaminar a cambio de multas irrisorias por concepto de reparación del daño’[1918]’.

En consecuencia, las normas en relación a la protección del medio ambiente han sido insuficientes, ya que el daño causado a la naturaleza no ha sido resarcido por los responsables y no se han implementado medidas eficaces de prevención.

Las acciones colectivas son un mecanismo de defensa grupal, con pretensiones comunes, aunque la reparación puede ser individualizada o adecuada al daño concreto causado a cada individuo, las cuales pretenden unir fuerzas, reducir costos de representación legal y de tiempo, en el largo y sinuoso camino del acceso a la justicia y de protección al medio ambiente.

Las acciones colectivas han surgido como respuesta a la necesidad de la sociedad vulnerable de demandar justicia, ante empresas globales, nacionales e internacionales, que adquieren poder, debido a su patrimonio, lo que creaba un plano de desigualdad entre las partes que se sujetaban a un proceso, ya que un individuo que gane el salario mínimo no puede costear un juicio, que generalmente dura años, asimismo los órganos jurisdiccionales han rebasado su capacidad de solucionar conflictos efectivamente y ajustado a derecho (justicia pronta y expedita), ya que debido a la inmensa carga de trabajo, se han vuelto deficientes.

Suecia, Noruega y Dinamarca, tienen un alto índice de desarrollo, gracias a que 87 por ciento de sus habitantes están organizados en asociaciones para defender sus derechos. Mientras, en

[1918] http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2014/09/01/en-20-meses-de-gobierno-pena-consolido-modelo-extractivo-de-recursos-naturales-greenpeace-1315.html, fecha de consulta 30 de agosto 2015.

México sólo 4.5 por ciento de la población participa en alguna asociación y en Latinoamérica lo hace 17 por ciento[1919].

I. CONCEPTO

Medio Ambiente es "el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales, de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones"[1920].

"Poder jurídico" que se ha puesto en manos de los afectados[1921]

Por lo que es obligación del Estado garantizar la protección del medio ambiente para que todos los seres humanos vivamos en un medio adecuado, sin el riesgo de ser afectados por terceros, daños que pueden ser permanentes, irreversibles y degenerativos. Entendiéndose por daño al medio ambiente:

"Pérdida, cambio, deterioro, menoscabo, afectación o modificación adversos y mensurables de los hábitat, de los ecosistemas, de los elementos y recursos naturales, de sus condiciones químicas, físicas o biológicas, de las relaciones de interacción que se dan entre éstos, así como de los servicios ambientales que proporcionan"[1922].

La responsabilidad que se le va a demandar al Estado es objetiva, ya que su responsabilidad no siempre deriva de una acción directa al daño causado, sino indirectamente, ya que debe controlar a quienes causen el daño, sobre todo si se trata de actividades económicas con alto riesgo de daño ambiental, como en el sector industrial, en el manejo de sustancias nocivas, en el uso racional de recursos naturales y en la implementación de tecnologías.

"Una acción "pretensión" colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuyas sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada) en consecuencia, los elementos

[1919] José de Jesús Ruiz Munilla, conferencia sobre Acciones colectivas, "Boletín N°. 3683 Las acciones colectivas revolucionarán la defensa de los derechos de la ciudadanía: CEDIP", Comunicación social, Cámara de Diputados, 28 de julio de 2011, disponible en www.diputados.gob.mx (fecha de consulta: diciembre de 2011).
[1920] Fuente: Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, gobierno de Chile.
[1921] Acciones colectivas, Un paso hacia la justicia ambiental, Editorial Porrúa, Monti (2005:95), prólogo.
[1922] Artículo 2, fracción II Ley Federal de Responsabilidad Ambiental

esenciales de una acción colectiva son la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto de la cosa juzgada"[1923].

Una Acción Colectiva es un mecanismo legal que legitima a una persona física, grupo de personas, organización civil e incluso a una autoridad, a presentar una demanda en representación de un grupo determinado de individuos (unidos por una causa común), con el fin de tutelar sus intereses colectivos mediante un sólo proceso jurisdiccional, cuya resolución tendrá efectos sobre todo el grupo o colectividad.

Los elementos de las pretensiones colectivas e intereses difusos:

a) Grupo
b) Interés legítimo
c) Representación
d) Sentencia

Objetivo de las pretensiones colectivas e intereses difusos:

a) Acceso a la comunicación
b) Economía procesal
c) Desincentivar el incumplimiento de la ley

Efectos de la acción colectiva:

a) Prevenir

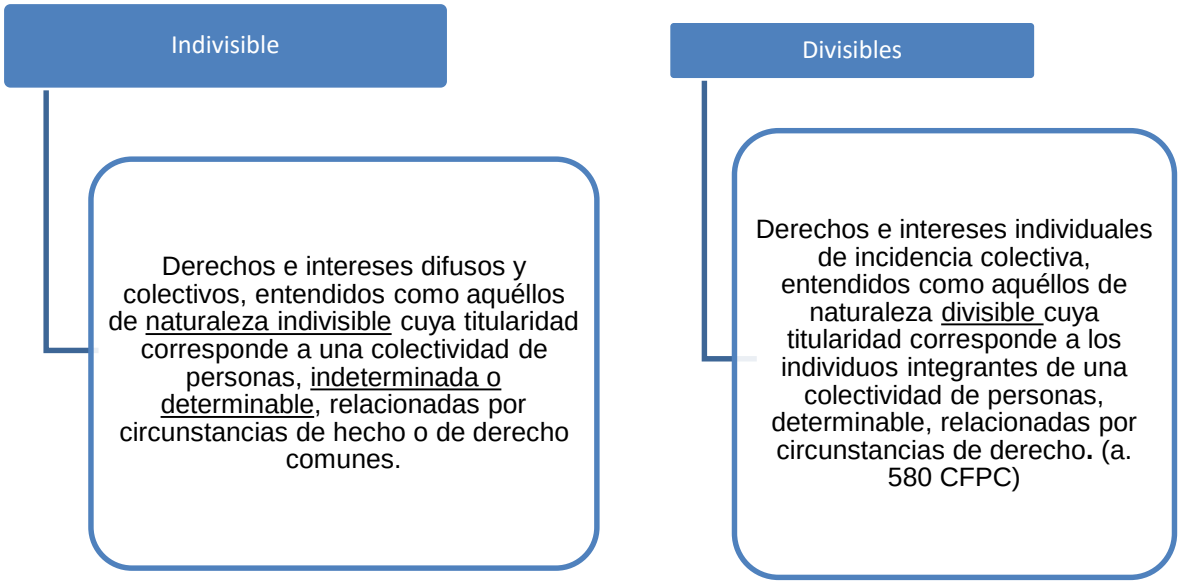
b) Remediar

c) Reparar

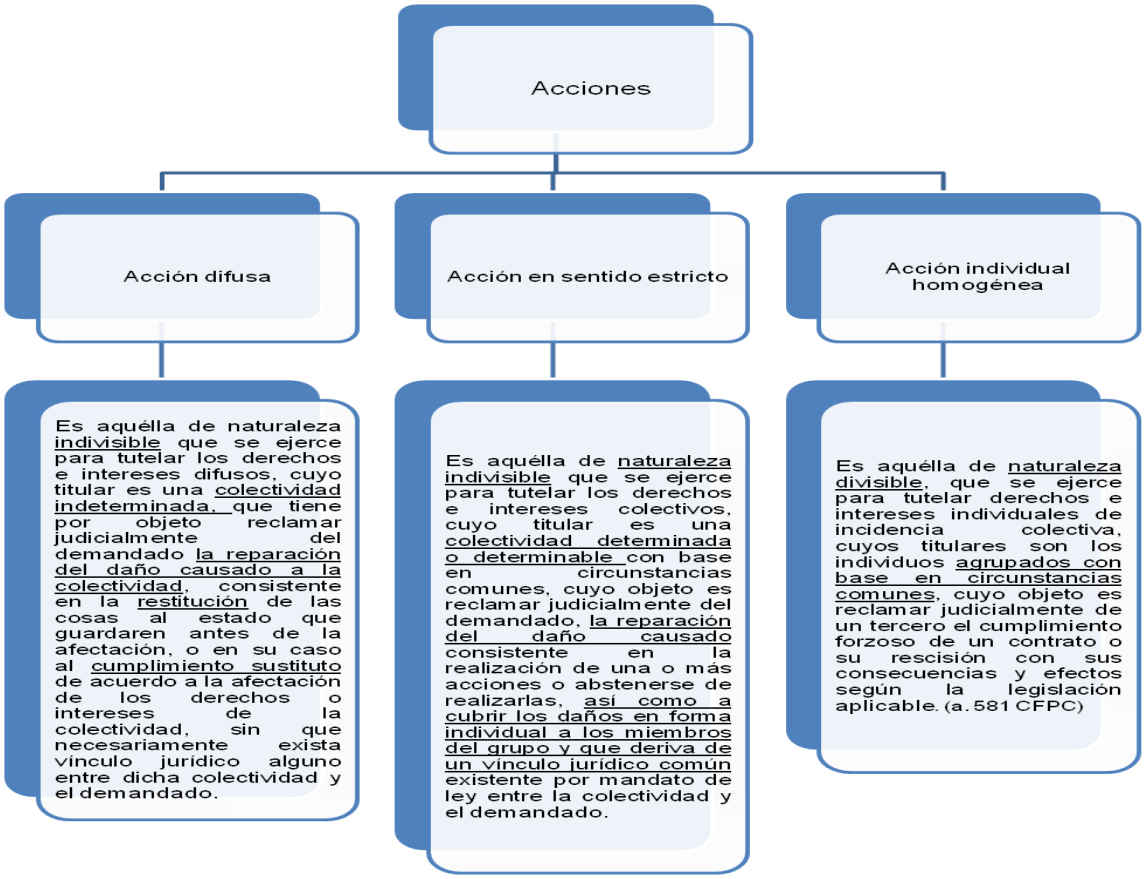
d) Indemnizar[1924]

[1923] Revista Jurídica Primera Instancia, Usus Fori julio- agosto 2010, Primera Instancia, http://es.calameo.com/read/001198652f1904a8a2c43, consultada 1 de octubre 2015.
[1924] Acciones colectivas, Un paso hacia la justicia ambiental, Editorial Porrúa, Monti (2005:95), prólogo.

1. Procedencia de la acción



2. Clasificación de las acciones colectivas



Los derechos difusos y colectivos son un nuevo producto de la ideología de finales del siglo XX, que buscan proteger el medio ambiente, a los consumidores, los derechos de las minorías, así como toros derechos de grupos por medio de ordenes (injunctions) aplicable al grupo como un todo. Estos son por lo tanto una nueva categoría de derechos sustantivos, una abstracción cread por científicos legales enfocadas a las necesidades contemporáneas de una sociedad de masas[1925].

II. ANTECEDENTES

1. El primero ordenamiento legal en México, que incluyó este tipo de acción, fue la Ley Federal de Protección al Consumidor, que en su artículo 26, la denominada acción de grupo[1926]:

"ARTÍCULO 26.- Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad o grupo de consumidores, la Procuraduría, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código".

Que se positivó en la siguiente fuente real de derecho:

El 26 de marzo de 2008, la PROFECO promovió demanda en contra de CTU (CORPORACIÓN TÉCNICA DE URBANISMO, S.A. DE C.V.**),** con el objeto de obtener la reparación del daño en favor de consumidores víctimas de fallas estructurales de las viviendas construidas en el fraccionamiento Rincones de Sierra Azul, en Chihuahua, Chihuahua.
Mediante sentencia del 26 de febrero de 2009, se declaró que CTU, realizó conductas que ocasionaron daños y perjuicios a consumidores, por lo que se le condenó, en la vía incidental, a pagar la suma de todos los montos erogados y comprobables por cada

[1925] Revista Jurídica Primera Instancia, Usus Fori julio- agosto 2010, Primera Instancia, http://es.calameo.com/read/001198652f1904a8a2c43, consultada 1 de octubre 2015.
[1926] Acciones colectivas en México - Cámara de Diputados, *www3.diputados.gob.mx/.../Acciones_colectivas_mexico_docto120.pdf,* consultada 1 de octubre 2015.

perjudicado relacionados en forma directa con los daños que presentan las viviendas y una cantidad que no podrá ser inferior al 20% del monto relativo al detrimento que hubiere sufrido el patrimonio de cada consumidor con ese motivo.

El 20 de agosto de 2010, el segundo Tribunal Unitario, en cumplimiento a la ejecutoria pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó una nueva sentencia condenatoria para CTU.

2. Posteriormente, el 29 de julio de 2010, el Diario Oficial de la Federación publicó un decreto que se reproduce a continuación:

   "SE ADICIONA UN PÁRRAFO TERCERO Y SE RECORRE EL ORDEN DE LOS PÁRRAFOS SUBSECUENTES DEL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
   ÚNICO.- Se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:
   Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.
   Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.
   El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.
   Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.
   Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.
   Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.
   La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.
   Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil."[1927]

[1927] Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, Artículo 17.

3. La Cámara de Diputados el 28 de abril de 2011 publicó decreto en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2011, en el que se reformó la Ley Federal de Competencia Económica, para establecer que "aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración prohibida podrán interponer las acciones en defensa de sus derechos o intereses… de forma individual o colectiva".

4. Se regularon las acciones colectivas (30 de agosto del 2011) en el Código Federal de Procedimientos Civiles en los artículos 578 a 626:

> "ARTICULO 578.- La defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación con las modalidades que se señalen en este Título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.
> ARTÍCULO 579.- La acción colectiva es procedente para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, así como para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas.
> ARTÍCULO 580.- En particular, las acciones colectivas son procedentes para tutelar: I. Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes. II. Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho.
> ARTÍCULO 581.- Para los efectos de este Código, los derechos citados en el artículo anterior se ejercerán a través de las siguientes acciones colectivas, que se clasificarán en:
> I. Acción difusa: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado.
> II. Acción colectiva en sentido estricto: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.
> III. Acción individual homogénea: Es aquélla de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.
> ARTÍCULO 582.- La acción colectiva podrá tener por objeto pretensiones declarativas, constitutivas o de condena.
> ARTÍCULO 583.- El juez interpretará las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos.
> ARTÍCULO 584.- Las acciones colectivas previstas en este título prescribirán a los tres años seis meses contados a partir del día en que se haya causado el daño. Si se trata de un daño de naturaleza continua el plazo para la prescripción comenzará a contar a partir del último día en que se haya generado el daño causante de la afectación".

III. LA ACCIÓN COLECTIVA UN DERECHO HUMANO

Esta acción se sitúa dogmáticamente en la tercera generación de los derechos humanos, debido a que los derechos que protegen atañen a la sociedad en general, ya se versan sobre derechos o

intereses conjuntos (derechos globalizados, denominado Martínez Lazcano, Alfonso Jaime), por ejemplo: ambientales, y conllevan una obligación exigible frente al Estado, siendo esto, en mi opinión, una evolución de la lucha por el acceso de la justicia, atendiendo al desarrollo lógico y cronológico de la civilización en el que primero se reconocieron de derechos individuales hasta los comunes.

Primera generación:

- Derecho de igualdad, a la fraternidad y a la libertad[1928]:

Segunda generación:

- Derechos a la salud, a la cultura y a la educación (sociales y económicos).

Con esta evolución de derechos humanos se pretende proteger un sector vulnerable (es indudable que tenemos serios problemas de contaminación en el mundo, ejemplo: calentamiento global, extinción de animales, aire toxico, aguas contaminadas, pandemias, descongelamiento de polos, etc.) y que difícilmente se podía exigir y reclamar al responsable en caso de ser dañado el medio ambiente.

La Corte Interamericana DD HH, ya se involucra en la protección del medio ambiente, ha resulto el caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, en el que se violó el derecho humano a un medio ambiente adecuado, en el que acontecieron los siguientes hechos:

Los hechos del presente caso se enmarca en la región de la provincia de Pastaza, donde habita el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku. Esta población, la cual tiene alrededor de 1200 habitantes, subsiste de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. En el año 2004 se registró el estatuto del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku.

En 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque No. 23 de la Región Amazónica entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el consorcio conformado por la Compañía General de

[1928]http://www.cubaencuentro.com/derechos-humanos/clasificacion-y-caracteristicas/clasificacion/derechos-de-primera-generacion-o-derechos-civiles-y-politicos), consultada el 28 de agosto 2015.

Combustibles S.A. y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado para ese efecto en el contrato con la CGC comprendía una superficie de 200.000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo Kichwa de Sarayaku.

En numerosas ocasiones la empresa petrolera CGC intentó gestionar la entrada al territorio del Pueblo Sarayaku y conseguir el consentimiento de dicho Pueblo para la exploración petrolera, aunque fueron infructuosas. En el año 2002 la Asociación de Sarayaku envió una comunicación al Ministerio de Energía y Minas en que manifestó su oposición a la entrada de las compañías petroleras en su territorio ancestral.

A raíz de la reactivación de la fase de exploración sísmica en noviembre de 2002 y ante el ingreso de la CGC al territorio de Sarayaku, la comunidad paralizó sus actividades económicas, administrativas y escolares. Con el propósito de resguardar los límites del territorio para impedir la entrada de la CGC, miembros del Pueblo organizaron seis en los linderos de su territorio. La empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. Entre febrero de 2003 y diciembre de 2004 fueron denunciados una serie de hechos de presuntas amenazas y hostigamientos realizados en perjuicio de líderes, miembros y un abogado de Sarayaku.

El 19 de noviembre de 2010, PETROECUADOR firmó con la empresa CGC un Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23. El Pueblo Sarayaku no fue informado de los términos de la negociación que sostenía el Estado con la empresa CGC ni de las condiciones en las que se celebró el Acta[1929].

En el que resolvió que el Estado de Ecuador era responsable de haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal, violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, por la contaminación y daño ambiental al pueblo indígena Kichwa de Sarayaku.

[1929] http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=206&lang=es, consultada 15 de agosto 2015.

V. MARCO JURÍDICO

La parte sustantiva se encuentra en el artículo 17 constitucional y la adjetiva en el Código Federal de Procedimientos Civiles, dentro de los artículos 578 al 626, asimismo, los tratados intencionales que suscriba México[1930].

Específicamente, en cuestiones de medio ambiente, tenemos los siguientes ordenamientos jurídicos:

- Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de octubre de 2003.
- Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de diciembre de 2001.
- Ley de Puertos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de julio de 1993.
- Ley Minera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de junio de 1992.
- Ley General de Asentamientos Humanos, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de julio de 1993.
- Ley Federal de Pesca y Acuacultura Sustentables, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de julio de 2007.
- Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014.
- Ley de Hidrocarburos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014.
- Ley de Energía Geotérmica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014.
- Ley de Aguas Nacionales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de diciembre de 1992[1931].

[1930] Acciones colectivas en México - Cámara de Diputados, *www3.diputados.gob.mx/.../Acciones_colectivas_mexico_docto120.pdf*, consultada 1 de octubre 2015.
[1931] http://www.semarnat.gob.mx/leyes-y-normas/leyes-federales, consultada el 1 de octubre 2015.

- Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2013.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido la siguiente disposición en relación al medio ambiente:

> DENUNCIA POPULAR EN MATERIA AMBIENTAL. EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE DESARROLLO FORESTAL SUSTENTABLE DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, NO VULNERA EL DERECHO DE ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA[1932]. Al prever el citado precepto la denuncia popular contra todo hecho, acto u omisión que contravenga las disposiciones de la propia ley y las demás que regulen materias relacionadas con los ecosistemas forestales, sus recursos o bienes y servicios ambientales asociados a éstos, no vulnera el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que se trata de un procedimiento de naturaleza y fines distintos a las acciones colectivas previstas en el párrafo tercero del indicado precepto constitucional a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 29 de julio de 2010, conforme a la cual conocerán de dichas acciones en forma exclusiva los Jueces Federales, acorde con las leyes que expida el Congreso de la Unión y que, por tanto, constituyen una vía judicial para defender derechos colectivos o difusos. En esa medida, la previsión en el ámbito local de la denuncia popular, con independencia de las acciones colectivas, también permite en sede administrativa hacer exigible y eficaz el derecho a un medio ambiente adecuado[1933].

Es decir, para solicitar la protección de la justica cuando se altere negativamente un ecosistema forestal, existe, aunado a las acciones colectivas reguladas en artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la vía administrativa.

VI. PROCESO

1. Fase Postulatoria

Actor presenta la demanda ante Juzgado de Distrito competente:

Juez admite la demanda, que esté ajustada a derecho, y ordena en el auto de admisión se emplace al demandado a juicio, dentro del término de 3 días siguientes.

Una vez que el actuario adscrito corre traslado a la parte demandada, éste tiene el término de 5 días para expresar observaciones sobre la procedencia de la demanda, una vez finiquitado el término, el Juez debe emitir certificación de la demanda, para lo que cuenta con el término de 3 días.

En caso de no existir ninguna prevención, que requiera la re elaboración de la demanda (la cual puede ser apelable) se admite la demanda y notifica al representante legal de la colectividad, quien debe comparecer ante el Juez para ratificar la demanda y se notifica a la colectividad el inicio de la acción colectiva.

[1932] Seminario Judicial dela Federación, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/tesis.aspx, consultado el 30 de agosto 2015.

[1933] *Décima Época, Registro: 2002285, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 39/2012 (10a.), Página: 159.*

En concordancia, se inicia el computo del término que tiene el demandado para dar contestación entiempo y forma, que consta de 15 días para hacerlo, contados a partir de la certificación de la demanda, y por excepción, este término puede ser ampliado hasta por 15 días más.

Respecto de la certificación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado la importancia de este acto jurídico:

> ACCIONES COLECTIVAS. TRASCENDENCIA DE LA ETAPA DE CERTIFICACIÓN. De los artículos 590 y 591 del Código Federal de Procedimientos Civiles deriva que la certificación a cargo del juez constituye una etapa procesal, previa a la admisión o desechamiento de la demanda de una acción colectiva, que tiene por objeto determinar si dicha acción reviste los requisitos de procedencia previstos en los numerales 587 y 588 del citado código. Así, en esta etapa el juzgador debe determinar si las pretensiones de la colectividad efectivamente pueden ejercerse por la vía colectiva; la demandada puede manifestar lo que a su derecho convenga en torno al cumplimiento de los requisitos referidos; y, el juez, tomando en cuenta lo esgrimido por las partes, podrá resolver sobre la admisión o el desechamiento de la demanda. Ahora bien, a través de la certificación, la colectividad obtiene reconocimiento jurídico como una entidad y lo decidido en esta etapa técnicamente hace de la acción propuesta una acción colectiva; de ahí que las consecuencias derivadas de este reconocimiento sean trascendentes, ya que si procede la certificación y se admite la demanda, la acción deja de tener repercusiones limitadas a la actora y demandada y ahora hace referencia a una potencial colectividad de afectados que puede ir aumentando durante la sustanciación del juicio. Por tanto, la decisión que se tome en la etapa de certificación hace que el valor de la causa y de los intereses en juego se incremente considerablemente y el demandado enfrente una responsabilidad civil masiva. *Época: Décima Época, Registro: 2005803, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, Materia(s): Civil, Tesis: 1a. LXXXIII/2014 (10a.), Página: 531.*[1934]

Una vez contestada la demanda se tiene por finalizada la primera etapa del proceso y se fija la Litis.

2. Fase probatoria

Se señala fecha y hora para celebrar audiencia previa y de conciliación, la cual debe hacerse dentro del término de 10 días, en la cual el juez propone soluciones al conflicto, en caso que dentro de dicha audiencia se concilie, se da vista a PROFECO, PROFEPA y al Procurador de la PGR, se tiene la apertura de manifestar inconformidades por ´parte de los miembros de la colectividad y una vez que estas son satisfechas, se aprueba convenio y en consecuencia se eleva a cosa juzgada y se da por concluido el proceso.

[1934] Seminario Judicial dela Federación, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/tesis.aspx, consultado el 30 de agosto 2015.

En caso de no llegar a una solución voluntaria en la audiencia de previa y de conciliación, se apertura la fase probatoria, la cual debe durar 60 días hábiles, con teniendo el demandado la facultad de solicitar prorroga hasta por 25 días hábiles.

Una vez admitidas las pruebas, estas deben desahogarse en un término de 40 días hábiles.

3. Fase pre conclusiva

Concluido el desahogo de las pruebas vertidas en el proceso, se da vista a ambas partes, actor y demandado para que presente sus alegatos en un término de 10 días hábiles.

4. Fase resolutiva

Se convoca a una audiencia final y debe dictarse sentencia en un término de 30 días hábiles, la cual debe ser clara, precisa, exhaustiva y congruente.

Es así que con la reforma al artículo 17 constitucional y su reglamentación en el Libro V del Código Federal de Procedimientos, se abre en México la oportunidad para que grupos de ciudadanos, asociaciones y diversos entes legitimados, puedan demandar ante los tribunales, la defensa de los derechos colectivos en materias como la protección al consumidor, el medio ambiente, a la competencia económica, entre otros.

Por lo que las acciones colectivas resultan ser una herramienta jurídica que facilita mecanismos para que un grupo de personas organizadas pueda asistir ante tribunales para defender sus derechos comunes.

Sin embrago, la Ley de la Responsabilidad Ambiental, que entró en vigor el 7 de julio de 2013, que establece la reparación de daños en caso de delitos cometidos contra el ambiente, aún le hace falta una revisión a la parte de las sanciones para inhibir la contaminación causada por las empresas.

VII. REPARACIÓN DEL DAÑO

La reparación del daño es la parte medular de las acciones colectivas contra afectaciones al medio ambiente, ya que no sirve de nada castigar sin reparar o prevenir daños futuros, el paradigma ha cambiado o intenta cambiar.

Por lo que es necesaria la intervención del Estado y de peritos que coadyuven a implementar mecanismos de reparaciones del daño eficaces y oportunas

En México, la Ley de Federal de Responsabilidad Ambiental distingue dos tipos de daños:

a) Daño indirecto: Es aquel daño que en una cadena causal no constituye un efecto inmediato del acto u omisión que es imputado a una persona en términos de esta Ley.

b) Daño directo: Cuando entre la conducta imputada y el resultado que se le atribuye, sobrevenga el hecho doloso de un tercero que resulte completamente determinante del daño[1935].

Con lo que se pretende individualizar el castigo y del grado de participación en la reparación del daño causado.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación emite el siguiente criterio, para establecer la responsabilidad objetiva o material del daño causado al medio ambiente en la utilización de materiales peligrosos:

> RESPONSABILIDAD AMBIENTAL POR CONTAMINACIÓN DEL SUELO. SU NATURALEZA ES OBJETIVA, YA QUE EL PRESUPUESTO LEGAL PARA SU ACTUALIZACIÓN ES LA MANIPULACIÓN DE MATERIALES PELIGROSOS[1936]. La responsabilidad objetiva constituye una especie de la responsabilidad civil extracontractual, puesto que no deriva del incumplimiento a un pacto, sino del uso de objetos peligrosos que, por producir un riesgo, generan consecuencias y obligaciones a quien los empleó, con independencia de si el sujeto involucrado actuó ilícitamente, con dolo o en forma culposa. Por otro lado, el artículo 152 Bis de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente dispone que la obligación derivada de la contaminación del suelo se genera por el manejo o la disposición final de materiales o residuos peligrosos que produzca esa alteración. En ese sentido, el empleo por el legislador de la frase "manejo o disposición" y la referencia a "materiales o residuos peligrosos" implican que, a efecto de verificar quién debe responder por el daño al suelo, únicamente cobra relevancia, en principio: 1) la utilización o manipulación del bien, y 2) que ese material constituya un riesgo, lo que es suficiente para concluir que el precepto de que se trata regula una responsabilidad objetiva. Consecuentemente, en esos casos, las investigaciones de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente deben encaminarse a determinar quién fue el que materialmente creó el riesgo y, eventualmente, si existió alguna irregularidad o negligencia que lo incrementara o si, por el contrario, se trató de un caso fortuito que rebasó las medidas razonablemente necesarias para prevenirlo; de ahí que sólo está

[1935] Ley de Federal de Responsabilidad Ambiental, artículo 2, fracción IV y VI.

[1936] Seminario Judicial dela Federación, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/tesis.aspx, consultado el 30 de agosto 2015.

facultada para investigar y sancionar a partir del riesgo objetivo, lo que, por su naturaleza, involucra el análisis de las circunstancias materiales del evento[1937].

La Corte IDH[1938] regula la reparación del daño, en su artículo 63 que dispone:

"…Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada..."

La reparación de los daños ocasionados al ambiente consistirá en restituir a su estado base los hábitat, los ecosistemas, los elementos y recursos naturales, sus condiciones químicas, físicas o biológicas y las relaciones de interacción que se dan entre estos, así como los servicios a ambientales que proporcionan, mediante la restauración, restablecimiento, tratamiento, recuperación o remediación.[1939]

Por lo que repara el daño es tratar de que las cosas estén en el estado que se encontraban, antes de que la parte responsable afectara directa o indirectamente el medio ambiente, además no sólo es resarcir, es garantizar que no se volverá a dañar, así se lograría el objetivo final, que es, que todos vivan en un medio ambiente sano y adecuado.

Las formas de reparar el daño al medio ambiente, son:

a) Indemnización: Pagar una cantidad de dinero a una persona para compensar un daño o perjuicio que se le ha causado.

b) Compensación ambiental: Obras o actos necesarios para reparar el daño ocasionado al ambiente, que consistirá en la inversión o las acciones que el responsable haga a su cargo, que generen una mejora ambiental, sustitutiva de la reparación total o parcial del daño ocasionado al ambiente, según corresponda, y equivalente a los efectos adversos ocasionados por el daño.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación emite el siguiente criterio, en el establece como se cuantifica la compensación ambiental en para actividades de reforestación o restauración y su mantenimiento:

[1937] *Época: Décima Época, Registro: 2009576, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 20, Julio de 2015, Tomo II, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.1o.A.101 A (10a.), Página: 1758.*

[1938] http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, consultada 28 de agosto 2015.

[1939] Ley de Federal de Responsabilidad Ambiental, artículo 13,

COMPENSACIÓN AMBIENTAL. EL DEPÓSITO QUE POR ESE CONCEPTO ESTABLECE EL ARTÍCULO 118 DE LA LEY GENERAL DE DESARROLLO FORESTAL SUSTENTABLE, CONSTITUYE UN APROVECHAMIENTO QUE NO SE RIGE POR LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA FISCAL[1940]. El indicado precepto legal prevé que los interesados en el cambio de uso de terrenos forestales deberán acreditar que otorgaron depósito ante el Fondo Nacional Forestal, por concepto de compensación ambiental para actividades de reforestación o restauración y su mantenimiento, en los términos y condiciones establecidos en el Reglamento de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable. Ahora bien, el referido depósito constituye una carga económica impuesta por el Estado por el daño ocasionado con motivo del cambio de uso de suelo forestal, la que no puede estimarse como una sanción, en tanto se trata de un cambio lícito, establecido y regulado en la Ley, que constituye un ingreso que percibe el Estado por funciones de derecho público distinto de las contribuciones, por la realización de actividades en régimen de derecho público, para la reforestación de los terrenos afectados por el cambio de uso de suelo, el que repercutirá en beneficio no sólo de quien haga la solicitud relativa, sino también de la colectividad, aunque de manera indirecta. Por tanto, el depósito por concepto de compensación ambiental encuentra cabida en el término de aprovechamiento a que se refiere el artículo 3o. del Código Fiscal de la Federación, lo que implica que no está sujeto a los principios de justicia fiscal consagrados en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[1941].

c) Sanción económica: será accesoria a la reparación o compensación del Daño ocasionado al ambiente y consistirá en el pago por un monto equivalente:

I. De trescientos a cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de imponer la sanción, cuando el responsable sea una persona física.

II. De mil a seiscientos mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de imponer la sanción, cuando la responsable sea una persona moral.

d) Pago de una multa administrativa: Impuesto por instituciones públicas como consecuencia a la realización de la misma conducta ilícita que dio origen a su responsabilidad ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

Gidi, Antonio, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, un modelo para países de derecho civil, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004.

[1940] Seminario Judicial dela Federación, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/tesis.aspx, consultado el 30 de agosto 2015.

[1941] *Época: Novena Época,, Registro: 164141, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, Agosto de 2010, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 2a. LXVII/2010, Página: 452.*

Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Procesos colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada, edit. Porrúa, México, 2003.

Ovalle Favela, José, Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004.

Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, entrevista realizada en Tuxtla Gutiérrez, el 10 de septiembre 2015. Entrevistador: Merly Martínez Hernández.

Revuelta Vaquero, Benjamín y López Ramos, Neófito (Coordinadores) Acciones colectivas, Un paso hacia la justicia ambiental, Editorial Porrúa, México, 2012.

PÁGINAS DE INTERNET:

Acciones colectivas en México - Cámara de Diputados, www3.diputados.gob.mx/.../Acciones_colectivas_mexico_docto120.pdf.

Artículo 2, fracción II Ley Federal de Responsabilidad Ambiental

http://www.cubaencuentro.com/derechos-humanos/clasificacion-y-caracteristicas/clasificacion/derechos-de-primera-generacion-o-derechos-civiles-y-politicos.

http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2014/09/01/en-20-meses-de-gobierno-pena-consolido-modelo-extractivo-de-recursos-naturales-greenpeace-1315.html.

José de Jesús Ruiz Munilla, conferencia sobre Acciones colectivas, "Boletín N°. 3683 Las acciones colectivas revolucionarán la defensa de los derechos de la ciudadanía: CEDIP", Comunicación social, Cámara de Diputados, 28 de julio de 2011, disponible en www.diputados.gob.mx

Revista Jurídica Primera Instancia, Usus Fori julio- agosto 2010, Primera Instancia, http://es.calameo.com/read/001198652f1904a8a2c43.

Revista Jurídica Primera Instancia, Usus Fori julio- agosto 2010, Primera Instancia, http://es.calameo.com/read/001198652f1904a8a2c43.

http://www.semarnat.gob.mx/leyes-y-normas/leyes-federales.

Seminario Judicial de la Federación, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/tesis.aspx.

CAPÍTULO VIII. LA CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD PROFESIONAL DE LA MUJER

Martha Guadalupe Calderon Castillo[1942]

RESUMEN

Aun hoy en día, las mujeres tienen que luchar contra estereotipos e imágenes negativas, que inciden en el lugar que ocupan en la sociedad y en la valoración de las actividades que realizan. Su identidad profesional se ve influida en su construcción social y cultural hacia servir a los demás y no entorno a su realización personal. Muchas de sus actividades son consideradas secundarias frente a las realizadas por los varones. A pesar de los cambios que ha traído consigo la modernidad, su papel suele ser aun secundario y excluyente.

PALABRAS CLAVE: Mujer, Educación, Identidad profesional, Estereotipos culturales.

ABSTRACT

Still today, women have to fight stereotypes and negative images, this affect their place in society and in the assessment of their activities. Their professional identity is influenced in its social and cultural construction to work by others and not about their personal fulfillment. Many of its activities are considered secondary to those made by men. Even with the changes it has brought modernity, their role is usually secondary and exclusionary.

KEYWORDS: Women, Education, profesional identity, cultural stereotypes.

Las mujeres que ejercen una profesión todavía se enfrentan a situaciones en donde el reconocimiento profesional se encuentra relacionado con la discriminación por género. Así su identidad profesional muchas de las veces se diluye frente a las actividades que como mujer le ha asignado la cultura, afectando la distribución de responsabilidades en el hogar, el acceso a los espacios públicos, la toma de decisiones y las posibilidades de autorrealización y desarrollo profesional.

Conceptualmente hablando, las mujeres asumen una diversidad de referentes que pueden ser simbólicos, heterogéneos y además no integrados entre sí, confrontándose desde la infancia con "mundos" de significados y definiciones de la realidad, diferentes y contradictorios (Giménez 1996; citado por Staropolsky, 2006).

La identidad es una construcción social e histórica fundante de las sujetas/os, construida en su permanente interacción con los otros/as, y producto de su hacer en el mundo y sobre si mismas/os. "…es la experiencia del sujeto/a en torno a su ser y a su existir…ocurre en la conciencia pero también en lo inconsciente, involucra las representaciones, los afectos y los pensamientos sobre el Yo y sobre los otras/os" (Lagarde, 1997; en Torres, 2006).

Cada una de las mujeres como todo ser humano pertenece a diferentes grupos sociales que le dan identidad. Identidad que corresponde a los diferentes roles sociales que asume en su

[1942] Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Mgcalderon_1911@hotmail.com.

experiencia de vida. De ahí la complejidad y la gran diversidad de conceptualizaciones para abordar el problema de la identidad profesional de las mujeres.

El género femenino es uno de los grupos sociales con identidad propia, su integridad humana hace que repercuta no solamente en los miembros del grupo, sino que impacte y trascienda a otros grupos e identidades sociales. Está categoría se origina en el debate del pensamiento social como una necesidad de establecer la diferenciación entre hombres y mujeres, y los límites entre naturaleza y cultura para entender la incidencia de cada uno de estos mundos en la construcción de las identidades colectivas.

La categoría de género nos permite entender como socialmente se justifica la posición de jerarquías distintas entre hombres y mujeres a partir de lo biológico. Nos permite pensar en la masculinidad y la feminidad como algo histórico y culturalmente construido, por lo tanto cambiante desde la particularidad de cada mujer y cada hombre, pero además puede variar dentro de una sociedad determinada en un momento dado. Lo cual tiende a reflejar las particularidades y diferencias de cada grupo social.

El concepto de género hace evidente la construcción social de masculinidad y feminidad por lo tanto el género es "incorporado y vivido por mujeres y hombres en diversos contextos (locales, específicos, biográficos) y es vivido como algo central en las identidades colectivas" (Jackson y Scott, 2002: 1).

Oakley (1972) definió el sexo como las características anatómicas y fisiológicas del macho y la hembra y el género como lo masculino y lo femenino socialmente construido. La distinción entre sexo y género radica entonces en que el sexo se refiere a características fisiológicas que cada ser humano (a) trae desde el momento en que nace. Mientras que género hace referencia a construcciones sociales e históricas asignadas; de esta manera podemos decir, que es una construcción de características asignadas y construidas en hombres y mujeres.

La diferenciación social que conforma la identidad colectiva de la mujer se extiende al ámbito de la educación profesional en donde se recrea y transmiten los estereotipos de género.

La educación profesional provee a la mujer de habilidades y conocimientos que asumen de una manera particular, como corresponde a cada grupo social. La educación profesional contribuye a su formación profesional y a su vez es relevante en su proceso identitatario. De esta manera y de acuerdo a lo que establecen los sistemas educativos se

cumple con la función de reproducir necesidades sociales y a la vez se obtiene una conciencia subjetiva de lo que las mujeres construyen como su identidad. En este sentido son útiles los señalamientos que hace Bartlett con referencia a la educación:

"…Los sistemas educativos tienen una función de reproducción social en términos de la vida cultural, económica y política así mismo un fin de transformación social…Es evidente que la educación está basada sobre creencia de las cosas que socialmente se tienen que reproducir y aquellas que necesitan transformarse…". (Bartlett, 2000; citado por Arciga, 2007: 76).

Así la educación es un sistema jerárquicamente estructurado, graduado cronológicamente que implica la adquisición de conocimientos y habilidades que se generan a partir de un fin. La educación es sistematizada y avalada por una certificación; pero también es "una práctica sociocultural…El entender a la educación desde esta perspectiva implica capturar su complejidad a partir de comprender que sus prácticas están inmersas en supuestos identitarios e ideológicos…" (Arciga, 2007: 68).

Por lo tanto podemos decir que en estos espacios educativos concurre una multiplicidad de interacciones que configuran las identidades. Los actores que interaccionan entre sí, aprenden normas, contenidos y valores que influyen en la conformación de conductas permitidas y prohibidas, así como en el significado que debe otorgarse a cada acontecimiento. De esta manera la educación se convierte para las personas en una manera de reproducir y consolidar los estereotipos de género.

Hacer mención de algunos antecedentes propios de la incursión de las mujeres en la educación superior, permite dar cuenta de los diferentes momentos históricos que han cobrado relevancia en la trayectoria educativa de las mujeres. Momentos históricos que han logrado concebir su educación y la han vinculado con el esquema tradicional que la sociedad y la cultura les ha impuesto.

El pasado nos otorga en determinada instancia elementos importantes para entender con mayor precisión las circunstancias del presente. Nos permite contrastar un mismo problema en diferentes momentos y entender aquellos aspectos que han favorecido u obstaculizado el desarrollo profesional de las mujeres.

Históricamente la marginación de la mujer no ha sido únicamente por la sociedad y la cultura, sino sorprendentemente también por los estudiosos de los fenómenos sociales; desde los clásicos de la sociología hasta antes de los años 60. Años en los cuales empiezan a

aparecer los primeros movimientos feministas en Latinoamérica, que dan mucha mayor fuerza a los movimientos ya existentes en países de primer mundo. Se empiezan a manifestar las inconformidades sociales y culturales por un trato que ellas consideran desigual, y es a partir de ahí que surge la sociología de género.

En el intento de llevar a cabo estudios de la mujer y de buscar datos en la historia sobre ella misma resulta difícil poder encontrarlos. Por esta razón cuando se habla del estudio de lo social y de historia de la mujer desde una perspectiva de género se hace necesario leer entre líneas a algunos de los clásicos.

En los teóricos sociales como: Comte, Spencer, Durkheim y Parsons no podemos encontrar respuestas claras de la participación de la mujer en general en los espacios públicos[1943] y específicos de la educación y la ciencia. Espacios considerados propiamente por ellos como "masculinos". Generando así una visión invisible de la mujer en las épocas correspondientes a dichos teóricos sociales.

Por lo que se puede inferir que la educación de la mujer no fue una prioridad debido al papel que la sociedad en ese entonces le impuso. Siendo marginada y relegada al papel tradicional que significaba la realización de las tareas domésticas y el cuidado de los hijos. Por esta razón su educación no fue pensada, ni valorada, siendo un ser excluido del mundo público y reservada solamente a los espacios privados.

Padrón (2006: 1) al respecto dice que la preponderancia del hombre sobre la mujer ha sido una característica de la mayoría de las sociedades, "esto ha traído consigo que se lleve a cabo una caracterización de la mujer que la discrimina, marginándola del ámbito público, asignándole los roles de madre y esposa, confinándola a las labores domésticas y atribuyéndole una serie de características como sumisión, ternura, delicadeza".

De esta manera las sociedades más antiguas que desde el hombre ha tenido el control de los bienes materiales y las riquezas en donde el rol de la mujer ha sido subordinarse a él. Empezó a depender de las actividades del hombre y con ello asumir un papel secundario dentro de casi todas las sociedades. Así fue como se empezaron a asignar las funciones de la mujer para las cuales estaba destinada y eran las de madre, esposa y sirvienta aún dentro de su propio hogar, por lo que el mundo de lo público estaba vedado para ella. De esta forma la

[1943] Se entiende por espacio público como el espacio "más valorado, prestigiado y reconocido" por la sociedad en donde las actividades que desempeñan los varones suelen ser el eje central de la mirada pública.

mujer quedo excluida del espacio público y el hombre se convirtió así en el centro de la sociedad.

Si se rastrea dentro de los estudiosos de los fenómenos sociales podemos encontrar la ausencia del estudio de la concepción genérica y en algunos teóricos como son: Comte, Spencer, Weber, Tönnies, Parsons, Durkheim, etc. Se desarrollo una tendencia androcéntrica[1944] marcando así las diferentes funciones sociales que debían desempeñar hombres y mujeres en la sociedad y en la cultura.

Esta tendencia androcéntrica se encuentra en las teorías sociales construidas por dichos autores, estos no escaparon a la influencia del biologicismo mismo que se expresa en el equilibrio y progreso social fundado este en los diferentes roles o papeles sociales que hombres y mujeres asumían. En este sentido Padrón señala que para Comte el papel de la mujer dentro de la sociedad debía ser el espacio privado del hogar, reservándole la función de madre y esposa sumisa lo cual garantizaba el orden y el progreso social. Para este fundador de la sociología y del positivismo los diferentes roles que debían asumir mujeres y hombres debían ser diferentes. Ya que la posible igualdad entre los sexos era contraria a la naturaleza. Por lo que para Comte "…el escenario fundamental de la mujer es la familia…la mujer se especializa más en la parte doméstica de la misma…" (Padrón, (2006: 2). Y a los hombres les correspondía el único papel de proveedores, lo que significa el completo desarrollo del mundo público.

Así mismo las ideas de este autor trascendían a los procesos de razonamiento que tenían hombres y mujeres. Así para Comte "las mentes de las mujeres son indudablemente menos capacitadas…para realizar generalizaciones de amplio alcance o para llevar a cabo largos procesos deducción…son menos capaces que nosotros para realizar un esfuerzo intelectual abstracto". (Ritzer, 1993; citado por Padrón, 2006: 2).

También en Spencer se señala las diferentes posiciones en un orden estructural como la familia en el papel que desempeñan mujeres y hombres. Para este autor la presencia de la mujer es fundamental para la subsistencia de la familia y con ello las funciones de madre y

[1944] De acuerdo a Moreno (1986; citado por Dorelo, 2005) el androcentrismo consiste en considerar al hombre como él centro del universo, (…) como el único capaz de dictar leyes, de imponer justicia, el que posee la fuerza de los ejércitos y la policía, domina los medios de comunicación y los medios de producción, posee el poder legislativo, dirige a la sociedad (…). Esta visión androcentrica del mundo lo posee la mayoría de los seres humanos. El androcentrismo supone desde el punto de vista social, un cúmulo de discriminaciones e injusticias hacia la mujer que no se tolerarían en ningún otro grupo humano.

esposa son la legitimación total del espacio doméstico. Weber por su parte consideraba la posición de los hombres en el mundo de lo público, ya que sus únicas funciones radicaban allí. Debían ocuparse de la política, la economía y la cultura, mientras las mujeres solo debían limitarse al desempeño de las tareas domésticas y al cuidado de la familia. (Padrón, 2006).

Es evidente que las ideas de los clásicos de la sociología con respecto al género estuvieron enmarcadas por la corriente positivista y bajo la fuerte influencia de las disciplinas como la biología y la física. Siendo la primera el argumento que ha asignado los roles sociales a mujeres y hombres y a la vez la definición del papel de la mujer en los espacios privados.

Durkheim a pesar de ser un crítico del biologicismo de Spencer, ubico a la mujer en el espacio privado en el cumplimiento de los roles domésticos y en lo que se refiere a las relaciones entre hombres y mujeres defendió el punto de vista de las diferencias anatómicas e intelectuales entre los sexos. A lo que Durkheim no hace referencia es a la necesidad de incorporar a las mujeres a la educación de manera masiva, a pesar de ser él que establece por primera vez la vinculación que existe entre la educación y las condiciones histórico-sociales (Fleitas, 2006).

En este sentido Salamón (1980:3) nos revela como Durkheim fue uno de los iniciadores de la sociología en general y dio nacimiento a la sociología de la educación, a la que denomina ciencias de la educación. Fue él quien por primera vez definió la naturaleza objetiva y social de los fenómenos educativos y abrió el camino a este tipo de estudios. Sin embargo y a pesar de dichos logros y siendo el iniciador de la sociología de la educación este no contemplara la participación de la mujer en la educación y en los espacios públicos.

En el pensamiento de Durkheim se percibe la tensión que existe entre homogeneidad y diferencia; y para dar cuenta de la distintividad entre mujeres y hombres no considera el hecho de que las mujeres no han sido identidades homogéneas en ninguna de las épocas históricas de la humanidad, ni muchos menos considero el acceso a la educación de las mujeres porque no reconocía la capacidad intelectual de la mujer en la sociedad y mucho menos la capacidad de poder revolucionar al mundo, por lo que la mujer debía estar confinada solo al espacio doméstico.

Parsons asigna una especie de rol instrumental a los hombres y para las mujeres uno expresivo limitando así la participación de ambos sexos. El hombre seguirá jugando el papel

de proveedor a través del ejercicio de la profesión y las mujeres seguirán desempeñando las tareas domésticas.

Tenemos así que desde el punto de vista de los teóricos que acabamos de mencionar diferentes espacios para cada sexo por lo que la educación de la mujer escapaba a toda posibilidad de concretarse en la sociedad y en la cultura de una manera más generalizada.

El capitalismo trajo consigo el desarrollo de la razón y de la ciencia y es en este marco histórico con la revolución industrial en donde se inicia socialmente el empleo a las mujeres. Es en este capitalismo naciente donde los británicos Hobbes y Locke proponen el reconocimiento de los derechos a las mujeres de la nobleza.

Inclusive en la corriente filosófica socialista que promueve la igualdad de condiciones entre los seres humanos, históricamente situó a la mujer en un papel secundario. En el desarrollo del pensamiento socialista se forman dos corrientes filosóficas que atañen a la mujer; una sugiere que es necesario emancipar a la mujer a través de la educación pero acentúa el papel del hombre como liberador, la otra propone que la mujer debe de estar incluida en la lucha global por humanizar a la sociedad. En la izquierda de la época también hay quienes insisten en mantener a la mujer en el ámbito de lo privado como es el caso de Proudhon un anarquista antifeminista.

La ideología marxista no obstante que fue la que más profundizó en las raíces de la injusticias sociales y que fue la única teoría que aplicó consecuentemente el concepto de igualdad a todas las categorías de lo humano considerando a todas las identidades colectivas; excluyó a las mujeres.

A pesar de que el marxismo fue la única postura que presentó una alternativa “real” de solución a la explotación de la sociedad moderna y contribuyo a la lucha de clases por la igualdad de condiciones, estas clases fueron asexuadas, es decir en las relaciones sociales entre capitalistas el género femenino fue excluido como categoría de análisis. La mirada de Marx hacia estos grupos sociales se manifestó en una interacción constantemente masculina, con lo que la participación de la mujer en el espacio público era nuevamente invisibilizada.

Sin embargo en años posteriores dicha postura de la igualdad contribuyó a que las mujeres pudieran acceder al mundo de lo público en lo laboral, en lo político y en lo educativo. Se democratizó la enseñanza y la mujer tuvo acceso al saber y formación de

habilidades, que en un principio asumió como algo dado, para posteriormente cuestionárselo y enriquecerlo con nuevas perspectivas críticas al androcentrismo.

Para explicar este fenómeno social que proviene de la reproducción de esquemas implantados socialmente es necesario utilizar la categoría de género, categoría que surgió en los años 60´ para el análisis de la sociedad y la cultura. No podemos negar que a partir de entonces ha habido cambios significativos que favorecen a la mujer. Cada uno de esos avances se percibe como cambios positivos para el género femenino a pesar de los obstáculos enfrentados a lo largo de la historia.

Situándonos en el pensamiento más reciente del análisis de los filósofos y teóricos sociales Foucault (1972: 6) proporciona una interesante perspectiva con respecto a la historia global y propone "el uso de redistribuciones recurrentes que hacen aparecer varios pasados, varias formas de encadenamiento, varias jerarquías de importancias, varias redes de determinación, varias teleologías para una misma ciencia". Por lo que desde una perspectiva de género y retomando esta referencia en la historia de las mujeres podría abordarse de esta misma forma crítica y de sospecha frente a la historia tradicional porque la historia tradicional implica continuidad que ha sido precisamente el eje que legitima la exclusión de las mujeres en el ámbito de lo público.

Hasta aquí se ha descrito la visión histórico conceptual y el lugar de la mujer en la cultura occidental, que experimenta de una manera diversa de acuerdo a sus diferentes roles o papeles sociales. Otras culturas expresan un proceso similar de cambios para la mujer, pero su alcance y dinámica son diferentes a las de occidente, y por supuesto la cultura latinoamericana tiene su propio ritmo con relación a la realidad del primer mundo occidental.

Sin embargo contar el lugar de la mujer en el tiempo implica situarse en un lugar de inexistencia puesto que el lugar de la misma se ha ido construyendo conceptualmente con las palabras del otro.

Aunque los griegos no pertenecen a la época moderna es importante mencionarlos por ser considerados históricamente como la cuna de la civilización y sus aportaciones que hicieron a la educación con sus conocimientos empíricos. Sin embargo estos conocimientos no fueron posibles para las mujeres.

En la Grecia de Platón y Aristóteles en donde las mujeres tenían el mismo status social que los esclavos, ellos intentan romper el paradigma de la época y tratan de darle alguna posición en la sociedad.

En su obra "la república" Platón estaba en la búsqueda de la construcción de una sociedad perfecta. Reconoce la misma naturaleza para el hombre y la mujer y por lo tanto le parece lógico que tengan las mismas oportunidades de educación. Sin embargo, pese a que a la mujer debía estar preparada, ser similar al hombre y reproducirse, era considerada únicamente como un ser para mantener la especie lo que disminuía las oportunidades de acceso a su educación.

Aristóteles hace muy poca referencia sobre la mujer y para él su principal virtud es el silencio y la sumisión. Al indagar el origen de la sociedad, Aristóteles llega a la conclusión de que el hombre y la mujer se unen para la reproducción; donde surge la familia y en donde cada uno tendrá funciones específicas, de acuerdo con su naturaleza de hombre o mujer. (Dos Santos, 2008). Para esta autora la mujer es vista como un ser reproductivo, mientras que el varón es el administrador de los bienes económicos y por consecuencia el proveedor de la familia.

En este sentido la situación de la mujer a lo largo de la historia muestra toda una descripción de la sociedad basada en estereotipos de género en la cual la educación de la mujer no es contemplada por los filósofos de la época (Platón y Aristóteles) debido a que los intereses paradigmáticos en ese tiempo no radicaban en construir un modelo de mujer educada frente a la sociedad y la cultura.

Por consiguiente la educación de las mujeres y su incorporación progresiva a la educación formal o escolarizada se ve reflejada hasta el período contemporáneo. Periodo en el que la educación escolar alcanza cada vez más a las mujeres construyendo así su propia historia.

Prueba de ello es que en Europa la asistencia de las mujeres en la educación secundaria se disparó en los años 1920 y 1930. Pero hay que considerar las grandes distancias que existen entre países y lo que puede ser un auge para unos, no necesariamente lo es en la misma proporción para otros. Por ejemplo, en Finlandia el porcentaje del alumnado en secundaria es de un 50.7 % en los años 1916-1917; mientras que en España entre 1946-1947 el porcentaje del alumnado todavía era de 34.7% (Bowen, 1990; citado por Ballarín, 1996).

En lo que respecta al acceso a la educación superior algunas cifras nos revelan la presencia mínima de las mujeres en las universidades del mundo. Por ejemplo, en 1848 la Universidad de Londres admitió el Queen´s (Colegio para maestras), en 1849 se creó el Bedford College y en 1874 el Colegio Universitario para mujeres de Cambrigde. En 1901 se admitieron mujeres en universidades Alemanas, para 1908 en universidades Prusianas y en el caso de Noruega y Finlandia se admitirá a las mujeres en las universidades hasta 1884 y 1901 respectivamente (Manninen, 1990; citado por Ballarín, 1996).

En España el acceso a la educación universitaria a las mujeres fue hasta 1910 cuando se derogó la orden de 1888 y con ello las mujeres pudieron matricularse oficialmente en la universidad.

En la actualidad la educación desempeña un papel muy importante, debido a que permite que un gran número de mujeres se prepare para el acceso a los espacios educativos. En México el acceso a la educación para la mujer empezó a gestarse en la época del Porfiriato que es a partir de 1876. Posteriormente y como consecuencia del acceso a la educación pública se dio también el aumento de las profesiones con lo que se graduaron algunas abogadas, médicas y dentistas, logrando así terminar estudios universitarios aun en contra de la ideología positivista prevaleciente de lo que debería "ser" una mujer.

De esta manera dos aspectos importantes deben tomarse en cuenta en el acceso de la mujer a la educación: primero, su incursión se remonta a la época del Porfiriato, época en donde se pretendía impulsar el desarrollo de la nación y segundo la entrada al ámbito profesional se ha amarrado con una posible igualdad de condiciones con respecto al sexo masculino. Amarre que se relaciona también con una mejor economía.

Esta idea se sustenta en la vinculación que de acuerdo a Esquivel y Chehaibar (1987) hacen de la educación y los procesos económicos. Ellos argumentan que siendo la educación un mecanismo de transformación de la estructura de la sociedad no puede estar desvinculada de la economía. Además algunos estudios realizados en Estados Unidos en los años 60 comprueban cierta correlación entre educación y economía de los países ricos.

Con esto nos queda claro que el acceso a la educación se le permitió a la mujer con la finalidad de insertarla como sujeto de apoyo en una sociedad en pro del progreso y desarrollo. Con ello se lograría su ingreso a las instituciones de educación escolarizada a fin de lograr las exigencias de una sociedad basada en el desarrollo económico.

De esta manera con el acceso a la educación de las mujeres se logra que ellas mismas cambien la perspectiva de sus vidas y con ello puedan adoptar una actitud más protagonista en los espacios públicos. Sin embargo el acceso a niveles superiores de instrucción secundaria en nuestro contexto mexicano se presentará como una difícil conquista, manifestando las similitudes entre los diferentes países del mundo: dificultad para entrar en las aulas universitarias, trabas para la concesión de títulos y posibilidades de acceso. En este sentido las profesiones de maestra, matrona y enfermera serán las primeras que se feminizarán. Por lo que las mujeres fueron la reserva económica que hizo posible la expansión de los sistemas nacionales de educación.

Lo anterior nos muestra como la incursión de la mujer en los espacios educativos, debe considerarse como un proceso paulatino. Debemos recordar que fue marginada de la educación formal o escolarizada durante todo el siglo XIX, debido a funciones asignadas propiamente a su género. Estas se refieren al cuidado de los hijos e hijas, la abnegación total y a la administración del hogar como única responsabilidad social.

En los primeros movimientos feministas entienden que la adquisición del conocimiento a través del acceso al espacio educativo es lo que le permitirá a la mujer su independencia económica. Por lo que el magisterio se convirtió en su primer y más importante trabajo profesional. Un claro ejemplo de esto es que para 1901 el cuerpo docente en Inglaterra tenía ya un porcentaje de 74.5% mujeres.

En nuestro país los cambios progresivos en materia de educación se fueron dando de manera paulatina, lo que significa que aproximadamente la asistencia a las aulas universitarias era de una mujer por cada 100,000 habitantes, tomando en cuenta que la población para ese año era de 19, 653, 722 habitantes (Sexto Censo de Población 1940, Dirección General de Estadística; en Córdova, 2000: 7 y 8). Es decir el porcentaje que ingresaba a la Universidad Nacional se reducía tan solo al 0.012%.

Córdova (2000: 7-8) textualmente nos dice que el porcentaje respecto al ingreso de la mujer a la educación superior para los periodos 1940-1960 era de: 20.73% en 1940; 18.26% en1950 y del 17.62% en 1960. En porcentajes más recientes proporcionados por ANUIES (Anuario de la Asociación Nacional de Universidades e Instituto de Enseñanza de Educación Superior; citado por Córdova, 2000:8) se describe que “para el año de 1971 algo más del 20% del total de la población escolar femenina se localizaba en la facultad de Filosofía y Letras,

aproximadamente el 17% en Medicina y el 9.2 % en Odontología, el 13% a Comercio y Administración y el 12% a Derecho, 2% en arquitectura y 0.4 en Ingeniería". Y ya para 1977 la matrícula de Educación Superior era del 27.3% correspondiente a mujeres, lo que significa que por cada cuatro hombres que estudiaban una carrera universitaria había una mujer.

Sin duda alguna, la educación de la mujer ha sido una difícil conquista, que se logró de manera progresiva puesto que en sus inicios el conocimiento era propiamente destinado a la "figura" masculina excluyéndola totalmente de éstos espacios, es decir, una educación por y para los varones.

Como hemos podido ver el siglo XX representó para las mujeres un periodo de cambios que se vislumbraron en el ámbito educativo. Se empezaron a dar las primeras pautas para que la mujer incursionara en algunas profesiones consideradas como no liberales (específicamente maestras de instrucción primaria) durante el Porfiriato a las cuales accedió. Quizás las razones que podían justificar esto fue el crecimiento económico en el cual se encontraba el país y el desarrollo capitalista de la gran industria. En otras palabras, la educación de la mujer en México ha estado relacionada con el objetivo de impulsar el desarrollo de la nación en las primeras vísperas del siglo XX. Aunque su participación era únicamente en profesiones consideradas tradicionalmente femeninas.

Torres (2001) señala al respecto que la mujer incursionó en la educación superior con muchas restricciones impuestas por la sociedad y la cultura ya que no podían dedicarse a las profesiones consideradas liberales en la época como la Medicina, el Derecho o la Ingeniería que estaban reservadas para los hombres.

Sin embargo, a pesar de que las mujeres accedieron a la educación superior y feminizaron[1945] algunas profesiones consideradas tradicionalmente femeninas, su rol histórico que la cultura y la sociedad les ha impuesto aún sigue siendo vigente.

Este rol histórico que socialmente se les ha asignado a las mujeres aún persiste por cuestiones culturales, que no les permiten gozar plenamente de la autonomía que puede proporcionar la educación y el conocimiento. Las mujeres que han logrado incursionar en los espacios educativos oscila entre la tradición y la modernidad, dos factores que confluyen en la configuración de su identidad.

[1945] Por feminización se entiende la presencia de las mujeres en los ámbitos propios y en los que tradicionalmente eran masculinos, y la significación ideológica y política (jurídica, mítica) de las mujeres y de lo femenino. (Lagarde, 1990: 8).

Por esta razón las mujeres se encuentran entre ese afán de cumplir con ambas representaciones sociales o también llamadas por algunas feministas como doble socialización, inclusive llegan a sentirse culpables cuando consideran que su deseo de realizarse como profesionistas no les permite cumplir con "su papel" tradicional.

La educación superior ha tenido diversas y muy variadas transformaciones a diferentes niveles. A partir de los años 70 estos cambios han representado para las mujeres un doble privilegio; puesto que históricamente el porcentaje de personas que podían accesar a la educación superior era muy bajo, existiendo prioritariamente un predominio de lo masculino. Dicho factor se encontraba vinculado a la división de roles estereotipados y por la construcción genérica de lo femenino y lo masculino teniendo sus orígenes en factores socioculturales.

Bustos (2003: 9) nos señala "…como producto de esta construcción sociocultural, que establece como funciones primordiales o únicas de las mujeres, el ser madre, esposa y ama de casa (identificándolas con lo emocional y lo afectivo), reservando las tareas del mundo público, del trabajo remunerado y la educación formal sobre todo a los varones (proveedores económicos, racionales, exitosos), estableciéndose la falsa dicotomía de lo público-privado, así como lo femenino-masculino." En las últimas décadas está situación se ha invertido casi por completo. Las mujeres han realizado varios avances en el acceso a la educación superior y de manera simultánea han ido revirtiendo los procesos históricos de exclusión en la formación académica y en la esfera pública. (Papadópulos y Radakovich, 2006).

La educación superior ha jugado un papel muy importante en la consolidación de oportunidades para las mujeres en el ámbito profesional. Es indudable que a partir de la última mitad del siglo XX la mujer logró cambios trascendentales que se reflejaron en su calidad de vida. Ahora las mujeres viven más, tienen menos hijos y se han aumentado los niveles de capacitación; un factor de gran incidencia en la vida de las mujeres tanto en el aspecto personal como en la creciente inserción en el mercado laboral.

En este proceso de cambio las mujeres también han invertido la situación de marginalidad y subordinación frente a una nueva autonomía que les permite la inserción en la toma de decisión colectiva: así como el fortalecimiento de las capacidades propias para el acceso y desarrollo en el mercado de trabajo.

En materia de equidad educativa de género los logros alcanzados han sido uno de los principales factores de cambio en el rol femenino. El cambio más visible se ha reflejado en el proceso de feminización de la matrícula y el egreso. (Papadópulos y Radakovich, 2006). Indudablemente se ha producido la feminización de las universidades pero estas no han tenido la incidencia que debería haber tenido en el mercado laboral. A pesar de sus grados y títulos de educación obtenidos las mujeres aún no han podido posicionarse en los espacios públicos, ni mucho menos ha influido en las grandes decisiones y reformulaciones en lo que respecta a la educación de ellas mismas.

La identidad de una mujer se construye a partir de varios aspectos como la edad, creencias, la clase social, nacionalidad, lengua, profesión, etc. Se encuentra ligada con papeles sociales, estereotipos y grupos de pertenencia, cuando se identifican con aquellos aspectos a los cuales sienten que pertenecen.

El ámbito escolar ha sido uno de los espacios en donde se han generado grandes diferencias sociales, si bien es cierto el acceso de las mujeres a un nivel medio superior a incrementado de manera significativa el capital cultural, actuando como un importante medio de socialización. Sin embargo su contribución ha sido mínima en lo referente a la adquisición de capacidades para la inserción activa a espacios laborales, políticos, sociales y por supuesto educativos.

El incremento del número de mujeres en la educación escolarizada no ha propiciado completamente su inserción en el ámbito de lo público. A pesar de su formación educativa, debido a la subsistencia de un mundo creado en función de lo que socialmente se espera de ellas, de los roles y estructuras sociales aparentemente inamovibles, roles asignados y asumidos por ellas como propios en diferentes instituciones que inciden en la configuración ideológica.[1946] Instituciones como la familia, el estado, la religión y particularmente la escuela por su función formadora.

En la configuración ideológica de las mujeres profesionistas intervienen varias etapas. La primera podríamos considerar en el momento del nacimiento cuando socialmente se le

[1946] De a acuerdo a Arciga (2007) el concepto de ideología opera en diferentes niveles de significados conceptuales que van desde la generalidad del mismo hasta el interés particular de grupos sociales específicos. Para los fines de este trabajo se entenderá por ideología "el conjunto de ideas, creencias o actitudes propias de un grupo, justificando sus actividades y actitudes y promoviendo sus intereses. Así mismo la ideología implicará comandos sobre cómo los miembros de un determinado grupo deben comportarse para finalmente servir a los intereses de una parte de la sociedad". (Plamenatz, 1982: 13; citado por Arciga, 2007: 72).

asigna su rol como niña al vestirla de rosa, ponerle aretes, etc., rol que implica estructuras simbólicas y prácticas colectivas

En la primera infancia cuando se lleva a cabo la adquisición del lenguaje va implícita la diferenciación de lo masculino sobre lo femenino. La cultura contribuye en la reafirmación de los roles establecidos a cada género. Este lenguaje es transmitido por los padres y las madres y reforzado por la sociedad y la cultura visto de manera natural como el denominar "niños" tanto a las niñas como a los varones.

Otra etapa importante se lleva a cabo con la socialización de las niñas y los niños en la escuela, en donde se refuerzan las identidades o reafirmación de los roles de lo femenino y masculino. Y se configuran las identidades como conjunto de reglas y disposiciones que la sociedad y la cultura dictan sobre las actitudes y acciones de mujeres y hombres.

Son varias las instituciones reproductoras de los roles o papeles sociales asignados social y culturalmente a hombres y mujeres. Una de las más importantes e incluso determinantes es la familia, cuya finalidad es reproducir sujetas/os familiares como mujeres y hombres; los medios de comunicación recrean y reafirman los roles y estereotipos a través del bombardeo de imágenes y el lenguaje; la escuela es otra institución que expresa y reproduce las identidades genéricas que se inician en el espacio familiar. (Torres, 2006).

Sin embargo en el espacio escolar, en donde se configuran complejas relaciones de poder entre el género femenino y masculino. Aquí se refuerzan los estereotipos de las/os sujetas/os y se establece lo que es permisivo y lo que está prohibido, y se construyen modelos de lo que deben ser las mujeres y los hombres. Consecuentemente cada sujeta/o trata de actuar, pensar, sentir, creer y hacer lo que la sociedad le ha exigido de acuerdo a su género asignado y a su vez asumido.

De esta forma se legitima los derechos y obligaciones sociales y culturales de mujeres y hombres. A partir de ahí se refuerza la diferenciación genérica. Hombres y mujeres construyen sus propias fantasías, deseos, sentimientos, expresiones, temores y frustraciones.

En las representaciones dicotómicas la diferenciación que existe entre los géneros masculino y femenino tiende a poner a la mujer en un papel secundario que se establece en el espacio escolar a través de la interacción social. Estas representaciones se trasmiten tanto a mujeres como a hombres, diseñando sus subjetividades contrapuestas y excluyentes que

impacta en el desarrollo personal de las mujeres. Es decir, esto afecta a las relaciones humanas e interpersonales entre hombres y mujeres

En los procesos de socialización, la práctica escolar cotidiana se reproduce constantemente en creencias, mitos e ideologías que legitiman las formas de ser y actuar genérica entre hombres y mujeres. La escuela es la institución "en donde se gestan eventos a partir de diferentes manifestaciones de la educación escolar: Currículum formal, currículum vivido, currículum oculto". (Torres, 2006: 41).

Es en la institución escolar donde se crean engranajes y formas de consenso que condicionan los patrones de conducta de lo que debe ser una mujer y un hombre, que se asumen y aceptan con naturalidad. Sin embargo la sutileza de la coerción y la opresión social que se ejerce en el espacio escolar inducen a las mujeres a la abnegación, la sumisión, la debilidad, la obediencia, la dependencia que les permite a los varones permanecer en su papel como centro del universo.

Pero sin embargo como dice Torres (2006: 66) "en las prácticas cotidianas en las escuelas se hacen marcadas distinciones de género en los procesos educativos, tanto en el de enseñanza/aprendizaje como en el de la interacción social. El contexto escolar constituye uno de los espacios que influye de manera importante en la construcción de la identidad personal y "colectiva" de hombres y mujeres y de su futuro proyecto de vida y lo hace no siempre de manera explícita en el proyecto educativo, sino la mayoría de las veces a través del currículum oculto o escondido".

En este contexto escolar existen formas sutiles de discriminación en donde las niñas aprenden que pueden participar en la vida pública, pero el protagonismo público es de los varones. Así mismo algunas de las imágenes que se representan en los textos escolares acerca de las mujeres reafirma la reproducción de roles asignados a cada género. Por lo tanto es importante que en el contexto escolar se repiensen las representaciones, imágenes y discursos que reafirman los estereotipos de género y que ponen en desventaja a uno sobre el otro, es decir se hace necesario que se analicen los factores implícitos de poder que se manifiestan en dichos espacios.

Conclusiones

El desarrollo de la mujer profesional se vive como una tensión, que tiene básicamente dos componentes; el rol tradicional y el desarrollo profesional. Observando este fenómeno de

forma más crítica podríamos decir que agentes socializadores como la familia, la escuela y el entorno social inmediato inciden en la historia individual de las mujeres.

Por lo tanto desde lo cotidiano se hace necesario reformular las formas de convivencia que establecen hombres y mujeres en la vida familiar. Uno de los escenarios donde se gestan una serie de relaciones sociales y afectivas tanto en la niñez como en la vida adulta.

Visualizar a la educación como motor de cambio social puede incidir en el espacio familiar en donde es fundamental el reparto de las responsabilidades cotidianas como las labores domésticas y el cuidado de los hijos. Como consecuencia de esto las mujeres tendrían la posibilidad de combinar su desarrollo profesional y su vida familiar sin que recaiga sobre ellas todo el peso de la doble socialización. Para esto se hace necesario que los varones asuman lo que por derecho y obligación les corresponde.

Por supuesto que esta es una situación compleja ya que los estereotipos de género están arraigados en la sociedad y en la cultura. Sin embargo la educación podría ser el agente socializador que facilite dicho cambio social.

Sin duda alguna la educación genera un cambio ideológico y por lo tanto ofrece otras opciones de ser mujer en un mundo tradicional. La educación representa en nuestra sociedad una herramienta de cambio social y la posibilidad de construir nuevas identidades que se basen en la equidad de género. Es decir en una sociedad equitativa entre hombres y mujeres pueden llevar acabo nuevas formas de socialización y nuevas oportunidades que permitan el desarrollo de la sociedad en general.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR HERNÁNDEZ, M. (2002). La profesión académica como objeto de estudio. Antecedentes y referentes conceptuales. Revista de Ciencias Sociales, Núm. 97, 6367.

ALDUCIN, E. (1999). Perspectivas de la identidad nacional en la época de la globalización. En R. BÉJAR y H. Rosales (coords.), La identidad nacional mexicana como problema político y cultural (111-131). México: Siglo XXI editores.

ARCIGA ZAVALA, B. E. (2005). University Teaching in a Globalized World A Mexican Case Study., (PhD-Thesis) UK, Sheffield University.

_____ (2007). La identidad de la actividad docente en la educación superior. Un estudio de caso en la UJAT. Perspectiva/ Docente, Núm. 34, 58-73.

_____ (2007a): La enseñanza superior como una práctica sociocultural. Revista de la Educación Superior, Núm. 141, Vol. XXXVI, 68, 72 y 76.

ARDANAZ, E. (2008). ¿Madres o Profesionales? Una respuesta al debate sobre la educación superior de las mujeres durante la época victoriana. IX Jornadas Nacionales de Historia de las Mujeres y IV Congreso Iberoamericano de Estudios de Género, Rosario, Argentina, 30, 31 de Julio y 1 de Agosto.

AZPEITIA ARMÁN, M. (2003). Género e identidad profesional en los trabajadores sociales. Cuadernos de Trabajo Social, Vol. 16, 147-170.

BOLÍVAR BOTÍA, ANTONIO, ET. AL. (2004). Investigar la identidad profesional del profesorado: una triangulación secuencial. Forum Qualitative Social Research, Núm. 1, 1-21.

BUSTOS ROMERO, O. (2003). Recomposición de la matrícula universitaria en México a favor de las mujeres. Repercusiones educativas, económicas y sociales. Primer Seminario Internacional sobre la Feminización de la Matrícula de Educación Superior en América Latina y el Caribe, México, D.F., 6 y 7 de noviembre.

BUTRÓN YÁNEZ, K. y NAVARRETE ARRIOLA, Ó. (2004). Nadando contracorriente: el papel de las mujeres mexicanas en la bibliotecología. XXXV Jornadas Mexicanas de Biblioteconomía, Cancún Quintana Roo, 11 al 14 de mayo.

CABRERA MURCIA, E. P. (2005). Palabras que dejan huella. Violencia en la escuela a través del discurso. Revista Iberoamericana de Educación, Núm. 37, 1-9.

CACHO ALFARO, M. (2004). Profesores, trayectoria e identidades. Revista Latinoamericana de estudios educativos. Núm. 3, 69-111.

CÓRDOVA OSNAYA, M. (2000). La mujer como estudiante de educación superior. UNAM, México, 7-12.

CORREA OLARTE, M. E. (2005). La feminización de la educación superior y las implicaciones en el mercado laboral y los centros de decisión política. Bogotá, Colombia, 1-22.

CHIHU AMPARÁN, A. (2002). Introducción. México: Miguel Ángel Porrúa Editores.

DEMA MORENO, S. (2006). Entre la tradición y la modernidad. Las parejas españolas de doble ingreso. Revista de sociología, Núm. 78-79, 1-26.

DÍAZ BARRIGA, Á. (2005). Las profesiones ante los nuevos retos. Globalización, flexibilidad y competencias. En T. PACHECO MÉNDEZ, La profesión universitaria en el contexto de la modernización (15-45). Barcelona- México: Ediciones Pomares.

DORELO, L. (2005). La perspectiva de género en la educación; la coeducación, un desafío. Revista de Ciencias Sociales, Núm. 15, 3 -5.

DOS SANTOS, M. (2008). La visión de la mujer vista por Aristóteles, Platón, Hobbes y Stuart Mill, (en línea), http://www.monografias.com, (consultado en 2007).

ENCISO HUERTA, V. (1997). Género y trabajo. La enfermería. Revista electrónica La ventana, Núm. 6, 182-189.

ESQUIVEL, J. E. y CHEHAIBAR NADER, L. (1987). Profesionalización de la docencia: Perfil y determinaciones de una demanda universitaria. México: CESU UNAM.

FLEITAS RUIZ, R. (2006). Género e identidad femenina: las encrucijadas de la igualdad y la diferencia. Universidad de la Habana, Cuba.

FLORES BERNAL, R. (2005). Violencia de género en la escuela: sus efectos en la identidad, en la autoestima y en el proyecto de vida. Revista Iberoamericana de educación, Núm. 38, 1-9.

GARCÍA GOSSIO, M. I. (2008). Mujeres y poder. Revista interdisciplinar, Núm.6, 114.

GIDDENS, A. (2000). Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas. México: Editorial Taurus.

GIMÉNEZ MONTIEL, G. (2002). Paradigmas de identidad. En A. CHIHU AMPARÁN (coord.), Sociología de la identidad (35-47). México: Miguel Ángel Porrúa Editores.

GODOY, H. (2005). Historias de vida en el Chile transicional. La dimensión cognitiva en los procesos de reconversión política intergeneracional en cinco familias de la población Herminda de la Victoria. Santiago de Chile, (en línea), http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2005/godoy_mc/html/index-frames.html, (consultado en 2009).

GOODSON, IVOR F. (2003). Hacia un desarrollo de las historias personales y profesionales de los docentes. Revista Mexicana de Investigación Educativa, Núm. 19, Vol. 8, 733-758.

GONZÁLEZ, M. y GIZELLE, G. (2008). Feminización de la Docencia. IX Jornadas Nacionales de Historia de las Mujeres y IV Congreso Iberoamericano de Estudios de Género, Rosario, Argentina, 30, 31 de Julio y 1 de Agosto.

GUERRERO ORTIZ, M. (2006). Identidad, género y familia. Revista electrónica zacatecana sobre población y sociedad, Núm.8, 1-18.

HURTADO GALVES, J. M. (2004). Sobre la construcción de la identidad en México. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, Núm. 10, 1-4.

INFANTE VARGAS, L. (2005). Educación y superación femenina en el siglo XIX: dos ensayos de Laureana Wright. Cuadernos del archivo histórico de la UNAM, México, 147-152.

JACKSON S. y SCOTT S. (2002). Gender (A sociological reader). London, Routledge.

LAGARDE, M. (1990). Identidad femenina. UNAM, México, 1-10.

LAMAS, M. (1996). La perspectiva de género. Revista La Tarea, Núm. 8, 1-12.

LARRAIN, J. (2003). El concepto de la identidad. Revista Famecos, Núm. 21, 30-40

MONCADA FIGUEROA, R. (2005). La doble jornada laboral femenina; una mirada desde su origen hasta nuestros días, (en línea), http://sociologia.org.googlepages. com/ladoblejornadalaboralfemenina.doc, (consultado en 2007).

MONTESINOS, R. (2002). La construcción de la identidad masculina en la juventud. En A. CHIHU AMPARÁN (Coord.), Sociología de la identidad (157-173). México: Miguel Ángel Porrúa Editores.

PADRÓN ZAYAS, M. (2006). El androcentrismo a luz de los clásicos de la sociología, (en línea), http://www.monografias.com, (consultado en 2007).

PAPADÓPULOS, J. y RADAKOVICH, R. (2006). Estudio comparado de educación superior y género en América Latina y el Caribe, (en línea), http://www.cse.cl/ public/Secciones/seccionestudios/estudios_y_documentos_de_Genero.aspx,(consulado en 2007).

PRIETO PARRA, M. (2004). La construcción de la identidad profesional del docente. Un desafío permanente. Revista Enfoques Educacionales, 30-49.

RÍOS EVERARDO, M. (1999). Discursos, prácticas y perspectivas de los formadores de docentes. Revista Interinstitucional de la Investigación Educativa, Núm. 2, Vol. 1, 11-39.

SÁNCHEZ GARCÍA, M. F. (2006). Género, transición y desarrollo profesional. Jornadas de Orientación Profesional, Palacio Euskalduna, Bilbao, 9 y 10 de marzo.

SERRET, E. (1999). Identidad de género e identidad nacional en México. En R. BEJAR y H. ROSALES (Coords.), La identidad Nacional Mexicana como problema político y cultural (240-251). México: Siglo XXI editores.

_____ (2006). Mujeres y hombres en el imaginario social. La impronta del género en las identidades. En I. GARCÍA GOSSIO (coord.), Mujeres y sociedad en el México contemporáneo (1-23). México: Cámara de Diputados, LIX legislatura.

STAROPOLSKY NOWALSKY, F. (2006). La construcción de la identidad colectiva en la educación. La percepción de las maestras de la red escolar judía en México. Tesis de Doctorado en Ciencias Políticas y Sociales con Orientación en Sociología. México: UNAM.

TORRES NIETO, M. (2006). Identidad genérica y expectativas profesionales de las mujeres en la educación media superior. Caso específico ETAC Tlalnepantla. Tesis de Licenciatura en Pedagogía. México: UNAM.

TORRES VERA, M. T. (2001). Mujeres y utopía. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

TORRES VERA, M. T. y ROMERO, L. (1992). La educación de la mujer en Tabasco. De la colonia al Porfiriato. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

VERDE FLOTA, ET. AL. (2004). Motivos de elección de carrera en mujeres estudiantes de profesores de la salud. Revista Educación Médica, Núm. 1 Vol. 10, Núm. 1, 46-51.

VILLAMIL PÉREZ, R. (2005). El sentido ético de las nociones de utilidad y beneficio social en el origen de las profesiones frente a la globalización. En T. PACHECO MÉNDEZ y Á. DÍAZ BARRIGA, La profesión universitaria en el contexto de la modernización (15-45). Barcelona-México: Ediciones Pomares.

WAKSMAN MINSKY, N. (2005). El papel de la mujer en la ciencia. Revista de la Ciencia, Núm. 1, Vol. III, 3-6.

CAPÍTULO XI. EL AGUA COMO FUENTE DE VIDA. UN DERECHO HUMANO COLECTIVO

Luis Arturo Ramírez Roa[1947]

SUMARIO:

I.- Introducción. II.- Los derechos colectivos como derechos fundamentales y el medio ambiente. III.- Diferenciación entre la vulneración de un derecho fundamental y un derecho colectivo. IV.- Los medios de defensa legal en Colombia para garantizar el derecho a un ambiente sano. V.- Un llamado urgente a nuestras sociedades organizadas: Estados civilizados para proteger el ambiente. VI.- Derecho fundamental al agua. VII.- El criterio de la accesibilidad al agua: implica 4 dimensiones. Conclusión. Bibliografía.

RESUMEN:

En el presente escrito doy a conocer primeramente los Antecedentes Históricos que se plasmaron en Colombia en nuestra Constitución Política de 1991, en cuanto a los derechos colectivos, es decir, cuáles fueron consagrados como derechos fundamentales, el objetivo que persiguen, que derechos protegen o amparan, quién puede proponer su protección. En segundo lugar haré mención a la importancia de conservar, proteger y establecer el recurso natural "agua", como fuente de vida y derecho colectivo, su protección constitucional en distintos países y, por último, el reto que tiene nuestra sociedad frente al desarrollo económico para establecer una sostenibilidad social, económica, cultural y productiva "*verde"*.

Palabras clave: Derechos humanos, derechos fundamentales derechos constitucionales, garantías, protección.

ABSTRACT:

In this paper, to begin with, I announce the historical background stated in the Colombian constitution of 1991, the collective rights, ergo, which were specified as fundamental rights, the objective pursued, which rights protect or defend, who can propose their protection. In the second place, I will mention the importance of preserving, protecting and establishing the natural resource "the water", as a source of life and collective right, as well its constitutional guard in different countries. Finally, the challenge facing our society against economic developments to establish a social, economic, cultural and productive, but above all, an environmentally friendly society, a "green" society.

Keywords*. Human rights, fundamental rights, constitutional rights, guarantees, protection.*

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos siempre han estado asociados a la condición especial de cada ser, su dignidad; y de ella se desprenden un sinnúmero de libertades y derechos que en conjunto buscan salvaguardar la esencia de cada hombre y cada mujer, poniendo en algunos casos límites, obligaciones y deberes al Estado y a los demás sujetos que conviven dentro de una

[1947] Ingeniero Industrial y Abogado Colombiano, especializado en Derecho Administrativo, Derecho Penal y Contratación Estatal. Candidato a Magister en Derecho Penal, de la Universidad Santo Tomás y Salamanca. Magister en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Nacional Lomas de Zamora (Buenos Aires), Candidato a Doctor en Derecho en la Universidad Nacional Lomas de Zamora. Miembro de la Asociación colombiana de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro fundador de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro Fundador del Colegio de Procesalistas Latinoamericanos. Coautor de Varias Obras Colectivas de Derecho Procesal Constitucional. Profesor Universitario, conferencista Nacional e Internacional en asuntos constitucionales, penales y administrativos. E-mail: luisarturoramirezroa@yahoo.com; Facebook: Luis Arturo Ramírez Roa. Twitter: @RAMREZARTURO.

comunidad. Estos derechos han sido el fruto de la lucha incasable de los sociedades por alcanzar unas condiciones de vida adecuadas a su dignidad de seres humanos, no sólo a nivel individual sino también colectivo, y por ello se buscó su consagración expresa como tales a través de declaraciones universales y de normas de obligatoria observancia y respeto, para lograr una mayor garantía y protección. Pero el tema de los derechos humanos fundamentales trasciende los modelos políticos y jurídicos creados por las sociedades organizadas; es un asunto de esencia, de naturaleza, que no puede supeditarse a la elaboración previa de un mandato normativo. Su existencia es simultánea con la vida misma.

Dentro de ese gran número de derechos y deberes, tenemos el agua por ser esencial para los seres humanos y porque no decirlo para todos los seres vivos y quizá los que consideramos inertes. Bueno sobre esto no se ha dicho lo contrario; dado que, el agua se encuentra íntimamente relacionada en cuanto a su acceso, suministro y potabilidad al desarrollo de la vida en condiciones dignas. La carencia del líquido, la falta de un abastecimiento continuo para los usos personales y domésticos; la negación a su acceso por razones de sexo, raza, edad, condición social o por factores de tipo económico; sus usos no adecuados a las prácticas y costumbres de las comunidades, y su insalubridad, son factores que atentan directamente contra la vida de las personas y de las poblaciones; por tanto el líquido debe ser garantizado en todos estos aspectos, pues su negación por acción u omisión, o por falta de acciones positivas del Estado para su garantía, clara y ostensiblemente atentan contra la dignidad de todos los seres humanos sin distinción alguna.

El agua no puede ser concebido como un simple compuesto, ni como un elemento importante para la elaboración de estrategias, ni como un recurso natural renovable, ni como un bien comercial, ni exclusivamente como bien económico, concepciones unilaterales que han incidido impositivamente en algunos casos en la elaboración de políticas públicas y de marcos normativos que no comportan una visión humana, social y sostenible de la relación seres humanos y agua. En esta dirección van las consideraciones hechas por el comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales – DESC[1948] - el cual define el agua como “un recurso

[1948] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el órgano encargado de interpretar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC- ratificado por Colombia. Así, en desarrollo de los artículos 11 y 12 del Pacto, en Enero de 2003, expidió la Observación General No. 15, sobre el derecho al agua, en la que se reconoce explícitamente tal derecho y se resalta su importancia para la realización de otros derechos.

natural limitado y un bien público para la vida y la salud"[1949] y afirma además que "debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico"[1950].

Por último, hacemos un análisis primario de los mecanismos de defensa constitucionales que existen en Colombia y otros países para proteger el agua y el medio ambiente, culminando con un llamado riguroso a las sociedades civilizadas para que no ahorren esfuerzos en defensa del agua como "*derecho humano",* dado que seguramente la Tercera Guerra Mundial será por agua y ya empezó.

I. LOS DERECHOS COLECTIVOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL MEDIO AMBIENTE

En el entendido, que los derechos a la salud, la vida, el medio ambiente, los servicios públicos esenciales y otros, son derechos fundamentales y colectivos al mismo tiempo, porque todos son esenciales al hombre, por ejemplo: la vida, la salud y los servicios públicos se encuentran ligados al medio ambiente que rodea al ser humano y dependiendo de las condiciones que éste le ofrezca, le permite desarrollarse.

El derecho colectivo al medio ambiente, ha sido concebido por la Honorable Corte Constitucional de Colombia, como un conjunto de condiciones básicas que rodean al hombre, que circundan su vida como miembro de la comunidad y que le permiten la supervivencia biológica e individual, además de su desempeño normal y desarrollo integral en el medio social.

De esta manera, los Derechos Colectivos deben tenerse también como derechos fundamentales para poder garantizar la supervivencia de la especie humana.

En el caso particular de Colombia la Protección al medio ambiente y los recursos naturales, se estudió en forma exhaustiva en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente realizada en 1991, debido a la incidencia de estos factores en la salud del hombre y por consiguiente en su vida. La protección al medio ambiente debe ser uno de los fines esenciales de los Estados Modernos, por lo tanto, toda estructura de éstos debe estar iluminada por este fin, y debe tender a su realización.

Uno de los cambios en la nueva Constitución colombiana, fue la imposición de que no solo al Estado es a quien le corresponde la protección del medio ambiente, sino, que exige que la

[1949] Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2003, párr.1)
[1950] Ibídem, párr. 11.

comunidad en general de igual manera se involucre en tal responsabilidad. La crisis ambiental es, por igual, crisis de la civilización y nos obliga a replantear la manera de entender las relaciones entre los hombres. Las injusticias sociales se traducen en desajustes ambientales y éstos a su vez, reproducen las condiciones de miseria.

La Constitución colombiana de 1991, consagra la obligación del Estado de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación. Así mismo, ello obliga a los particulares, pues le atribuye a la propiedad privada una función ecológica, y sobre todo, porque figura dentro de los deberes de la persona y del ciudadano el proteger los recursos naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano[1951].

De tal manera, quedó consagrado en la Constitución colombiana el derecho de todos a gozar de un ambiente sano. En efecto, dice así el artículo 79 de la Constitución: *"Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de esos fines*".

El ordenamiento constitucional colombiano estableció como obligación del Estado la de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro del mejoramiento de la calidad de vida de la población, siendo el objetivo fundamental de su actividad, la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable[1952].

El saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado; por lo tanto, le corresponde organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; deberá entonces el Estado prevenir y controlar los actores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados[1953].

El medio ambiente tiene en Colombia el carácter de derecho fundamental; en la Asamblea Nacional Constituyente (1991) se habló del medio ambiente como derecho esencial de la persona humana; al respecto, la constituyente Aída Abella expuso: *"La carta de derechos que*

[1951] *Ver artículos 8, 58, 79, 80, 81 y 95 numeral 8° de la Constitución Política de Colombia.*

[1952] *Así se estableció por el constituyente de 1991, en la Constitución Política de Colombia en los artículos 79 y 366 de la Constitución Nacional.*

[1953] *Artículos 49 y 80 de la Constitución Política de Colombia.*

se discute en la comisión primera, consigna el derecho que toda persona tiene como un derecho fundamental del hombre y del medio ambiente, consagrado no sólo como un problema social -de derecho social-, sino como un derecho fundamental en la parte de los derechos del hombre".

La jurisprudencia del máximo tribunal constitucional colombiano, estableció en la Sentencia T-415 en la cual se refirió al medio ambiente como derecho colectivo, lo siguiente: "*El derecho al medio ambiente y en general, los derechos de la llamada tercera generación, han sido concebidos como un conjunto de condiciones básicas que rodean al hombre, que circundan su vida como miembro de la comunidad y que le permiten la supervivencia biológica e individual, además de su desempeño normal y desarrollo integral en el medio social. De esta manera deben tenerse como fundamentales para la supervivencia de la especie humana*.

De otro lado, en el ámbito internacional se ha discutido si el derecho al medio ambiente es o no un derecho fundamental. Así, en la Declaración de Estocolmo sobre el Ambiente Humano, se afirmó: "*El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y adecuadas condiciones de vida, en un medio ambiente de una calidad que permita una vida de dignidad y bienestar*." (Subrayado mío). Dicha declaración es ratificada por Colombia y, en virtud del artículo 93 de la Carta Magna tiene rango supralegal en el orden interno; así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, establece, en el artículo 12, lo siguiente:

"*1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: b) el mejoramiento en todos sus aspectos… del medio ambiente*".

En ese orden, se puede afirmar que la sociedad de hoy tiene el derecho fundamental colectivo al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, pues su violación atenta directamente contra la perpetuación de la especie humana y, en consecuencia, con el derecho más fundamental del hombre: **la vida**.

El derecho a la salud y a la vida son derechos fundamentales colectivos, porque son esenciales al hombre, la salud se encuentra ligada al medio ambiente que le rodea y que dependiendo de

las condiciones que éste le ofrezca, le permitirá desarrollarse económica y socialmente a los pueblos, garantizándoles supervivencia.

II. DIFERENCIACIÓN ENTRE LA VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL Y UN DERECHO COLECTIVO

De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política de Colombia, existen dos mecanismos diferentes para que, a través de ellos, se pretenda obtener por un lado, la protección de los derechos fundamentales y, por el otro, la de los derechos colectivos. Así, en sus artículos 86 y 88 se consagró para el primer caso la acción de tutela y, para el segundo, las acciones populares y las de grupo.

Por regla general, en Colombia la acción de tutela no procede para la protección de los derechos colectivos, pues la misma ha sido concebida como mecanismo idóneo para la protección de los derechos individuales fundamentales, mientras que el ordenamiento jurídico contempló a las acciones populares como el instrumento judicial especial de protección para amparar derechos o intereses de carácter colectivo.

En efecto, la Carta Política de Colombia prevé, en su artículo 88 que los derechos colectivos son amparados a través de las acciones populares, las cuales están reguladas en la Ley 472 de 1998. No obstante, es de indicar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que en algunos casos los juzgadores podrán admitir la acción de tutela cuando se constate que existe conexidad entre la vulneración de derechos colectivos y la afectación de derechos fundamentales, es decir, que de la violación de los intereses colectivos se derive la amenaza de prerrogativas individuales.

La Corte ha señalado unas reglas de ponderación como criterio auxiliar que el juez debe tener en cuenta para, eventualmente, conceder el amparo de derechos colectivos a través de la acción de tutela.

Veamos: *"la protección de un derecho fundamental cuya causa de afectación es generalizada o común para muchas personas afectadas, que pueda reconocerse como un derecho colectivo, sólo es posible cuando se demuestra la afectación individual o subjetiva del derecho. Dicho de otro modo, la existencia de un derecho colectivo que pueda protegerse por vía de acción popular no excluye la procedencia de la acción de tutela cuando se prueba, de manera concreta y cierta, la afectación de un derecho subjetivo, puesto que "en el proceso de tutela debe probarse la existencia de un daño o amenaza concreta de derechos fundamentales, la*

acción y omisión de una autoridad pública o de un particular, que afecta tanto los derechos colectivos como los fundamentales de un apersona o grupo de personas, y un nexo causal o vínculo, cierta e indudablemente establecido, entre uno y otro elemento, pues de lo contrario no precede la acción de tutela"[1954].

Por consiguiente, es de aclarar que no obstante que en el texto fundamental se consagran acciones constitucionales diferentes para la protección de los derechos individuales y colectivos, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la procedencia de la acción de tutela para proteger derechos colectivos cuando se cumplan los siguientes requisitos[1955]: i) Que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental, de tal suerte que el daño o la amenaza sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo; ii) El peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva; iii) La vulneración o la amenaza del derecho fundamental no pueden ser hipotéticas sino que deben aparecer expresamente probadas en el expediente; iv) Finalmente, la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado, y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza.

Adicionalmente, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que es necesario para la procedencia de la tutela como mecanismo de protección de derechos colectivos en conexidad con derechos fundamentales, que en el proceso aparezca demostrado que la acción popular no es idónea, en el caso concreto, para amparar, específicamente, el derecho fundamental vulnerado o amenazado.

Al respecto, la Alta Corporación Constitucional ha señalado:

"Esta breve referencia muestra que en principio la Ley 472 de 1998 es un instrumento idóneo y eficaz para enfrentar las vulneraciones o amenazas a los derechos colectivos (...). En tales circunstancias, la entrada en vigor de una regulación completa y eficaz sobre acciones populares implica que, fuera de los cuatro requisitos señalados (...), para que la tutela proceda en caso de afectación de un derecho colectivo, es además necesario, teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual de la tutela (Constitución Política artículo 86), que

[1954]Sentencia T-1205 de 2001 y Sentencia T-659 de 2007.
[1955] Ver entre otras, T-1451 de 200, SU-116 de 2001, T-288 de 2007 y T-659 de 2007.

en el expediente aparezca claro que la acción popular no es idónea, en concreto, para amparar específicamente el derecho fundamental vulnerado en conexidad con el derecho colectivo, por ejemplo porque sea necesaria una orden judicial individual en relación con el peticionario. En efecto, en determinados casos puede suceder que la acción popular resulta adecuada para enfrentar la afectación del derecho colectivo vulnerado, pero ella no es suficiente para amparar el derecho fundamental que ha sido afectado en conexidad con el interés colectivo. En tal evento, la tutela es procedente de manera directa, por cuanto la acción popular no resulta idónea para proteger el derecho fundamental. Pero si no existen razones para suponer que la acción popular sea inadecuada, entonces la tutela no es procedente, salvo que el actor recurra a ella "como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente resuelve la acción popular en curso y cuando ello resulte indispensable para la protección de un derecho fundamental."[1956]

Así las cosas, de conformidad con lo indicado por la jurisprudencia y con el fin de establecer la procedencia de la acción de tutela, le corresponde al juez constitucional constatar si en el expediente o con su actividad constitucional de pesquisa se encuentra acreditado, de manera cierta y fehaciente, que la afectación del derecho colectivo también amenaza el derecho individualizado de la persona que interpone la acción de tutela, cuya protección no resulta efectiva mediante la presentación de una acción popular, sino que, por el contrario, debe ser evidente la urgencia en la intervención inmediata del juez de tutela[1957].

No obstante lo anterior, es de precisar que la orden judicial que imparta en razón de la acción de tutela que resulte procedente, debe estar orientada a obtener, únicamente, el restablecimiento del derecho de carácter fundamental y no el derecho colectivo.

En efecto, se ha indicado que *"no debe pretenderse el restablecimiento del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente un derecho de esa naturaleza"*[1958].

III. LOS MEDIOS DE DEFENSA LEGAL EN COLOMBIA PARA GARANTIZAR EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO

[1956] En el mismo sentido pueden consultarse entre otras las sentencias SU- 257 de 1997, T- 576 de 2005, SU-1116 de 2001.
[1957] Ver entre otras Sentencia T-659 de 2007.
[1958] Ver Sentencia SU- 1116 del 24 de octubre de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Una de las transformaciones conceptuales más importantes que sufrió el derecho colombiano fue la constitución de 1991, al incluir como Titulo especial los Derechos, las Garantías y los Deberes, dado que, los derechos fundamentales de los ciudadanos pasaron de ser meros derechos formales, a convertirse en exigencias reales, inmediatas y garantizadas, traducidas éstas en la dotación a los ciudadanos de medios materiales y jurídicos para la defensa de los mismos.

En la nueva constitución la persona es el centro y el Estado debe estar en función de garantizar la prestación de los servicios vitales requeridos por ella.

La Constitución Política de Colombia dotó al ciudadano común de nuevas herramientas para garantizar el cumplimiento de sus derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos; pero la participación de la comunidad es el más importante de los instrumentos para la defensa de los derechos colectivos, en especial, el derecho a gozar de UN AMBIENTE SANO[1959].

La democracia participativa es un principio material que permea tanto la parte dogmática como orgánica de la Constitución. Ella exige la reinterpretación del ejercicio del poder desde la esencia de los derechos de participación. La recuperación de la legitimidad institucional inspiró la consagración de diversos mecanismos de participación a lo largo del texto constitucional[1960].

1. Mecanismos ambientales de participación ciudadana en Colombia

La legislación colombiana ha dotado a la comunidad de unos mecanismos de participación ambiental que se pueden clasificar en: normativos y legislativos, de gestión y control administrativo, y de control judicial.

Los normativos buscan regular los principios de protección y uso sostenible de los recursos naturales; tienen su desarrollo a través de la iniciativa popular legislativa y normativa, el referendo, la revocatoria del mandato, y el voto programático.

El mecanismo de gestión y control administrativo busca involucrar al ciudadano en las decisiones que tomen las autoridades en relación con el ambiente.

[1959] Constitución Nacional, artículo 79.
[1960] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-439 del 2 de julio de 1992.

La participación ciudadana en la planeación, evaluación y control administrativo se prevé en una serie de normas constitucionales y legislativas[1961], todas ellas buscan involucrar a la ciudadanía y a las organizaciones de la sociedad civil en el efectivo control de sus derechos. La más característica de ellas es la participación prevista en la Ley 99 de 1993, en donde se consagra el derecho de todo ciudadano o entidad pública o privada a participar en las actuaciones administrativas relacionadas con la expedición o modificación de licencias ambientales.

El mecanismo de control judicial tiene que ver con las acciones judiciales de origen constitucional y legal estipuladas para defender los derechos fundamentales y colectivos consagrados en la constitución. Las acciones de origen constitucional son: La Acción de Tutela; Las Acciones Populares y Las Acciones de Cumplimiento.

A manera de cita haré una breve descripción de cada uno de los mecanismos existentes en Colombia para proteger derechos colectivos como el ambiente.

1.1. Acción de tutela

La Acción de Tutela de origen constitucional, busca la garantía e inmediata protección de los derechos fundamentales particulares y colectivos, estos últimos por aplicación jurisprudencial del máximo tribunal constitucional colombiano.

a) **Objetivo**: La acción de tutela busca proteger a la persona vulnerada o amenazada de manera inminente, clara, precisa y concreta en sus derechos fundamentales.
b) **Accionante**: La persona directamente agraviada con una acción u omisión de las autoridades o particulares.
c) **Accionado**: Las autoridades públicas y particulares cuando están inmersas sus conductas en lo descrito en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.
d) **Procedimiento**: Puede ser ejercida en todo momento y lugar de manera directa o a través de apoderado y se puede hacer para defender derechos ajenos cuando el afectado no esté en condiciones de promover su propia defensa, ante un juez de la República

[1961] Ley Orgánica del Plan de Desarrollo (ley 152/94), la Ley de control Interno (Ley 60/93), Ley de Servicios Públicos domiciliarios (ley 142/94), Ley de contratación de la Administración Pública (artículo 60 Ley 80/93), Discusión de los planes de desarrollo (C.N artículos 339 a 342); artículos 1, 10, 69 y s.s. Ley 99/93; artículo 141 Ley 132/94.

con un procedimiento preferencial, breve y sumario, de conformidad con lo establecido en el Decreto Reglamentario 2591 de 1991.

A pesar de ser un mecanismo creado para el amparo de los derechos fundamentales particulares, a partir de 1991, la Acción de Tutela ha abierto un espacio importante para la defensa de los derechos colectivos al iniciarse la reflexión sobre los derechos de tercera generación[1962], su contenido e importancia para el País y para el mundo y la conexidad que en muchos de los casos analizados por los jueces de tutela, existe entre los derechos fundamentales y los derechos colectivos[1963].

Por vía de interpretación jurisprudencial, los jueces de tutela han protegido el derecho a un ambiente sano, en conexión con otro derecho fundamental, por ejemplo el derecho a la vida.

1.2. Acciones populares

Las Acciones Populares son el mecanismo por excelencia para la protección de los derechos e intereses colectivos entre ellos "el derecho a un ambiente sano"; su finalidad es proteger a la comunidad en su conjunto y respecto a sus derechos e intereses colectivos. Pueden ser interpuestas por cualquier persona a nombre de su comunidad, no es necesario demostrar la existencia de un daño o perjuicio, se persigue con ella que el juez ordene hacer o no hacer algo o que exija, tanto la realización de conductas necesarias para volver las cosas al *statu quo*, como el pago de una suma de dinero.

Las acciones populares en Colombia se encuentran establecidas desde la expedición del Código Civil Colombiano de 1887, consagradas en los artículos 993 y siguientes, las primeras acciones populares fueron establecidas para proteger el desvío de aguas, contaminación o daño al medio ambiente, edificios que amenazan ruina y árboles mal arraigados que pueden causar un daño a personas indeterminadas; en estas normas, se permite a cualquier ciudadano instaurar las acciones judiciales tendientes a deshacer o modificar los hechos o las obras perjudiciales a la comunidad, y de no ser posible, a obtener las correspondientes indemnizaciones para reparar los previsibles daños.

[1962] Recordemos que los derechos de Primera Generación son: los derechos civiles y políticos; los de segunda generación: los económicos, culturales y sociales; los de tercera generación: los de Solidaridad o de los Pueblos contemplan cuestiones de carácter supranacional como el derecho a la paz y a un medio ambiente sano y los de cuarta generación: Justicia y Libertad.

[1963] CORDOVA TRIBIÑO, Jaime. Las Acciones Populares en la defensa del medio ambiente a partir de la constitución de 1991. Derecho y Medio Ambiente II. Medellín. 1994.

En el artículo 1005 del Código Civil colombiano, se estableció especialmente la acción popular para la protección de los bienes de uso público o bienes de uso común, tales como; Calles, plazas, puentes, andenes, antejardines, zonas blandas, sardineles, fachadas, pórticos, etc.

Esta clase de acción popular, se desarrolla teniendo en cuenta la teoría Romana de la **"Res Sacra**", según la cual, el Estado está obligado a crear generosos estímulos económicos y expeditos procedimientos judiciales, para poder así garantizar la defensa solidaria y preventiva de todos los bienes de uso público[1964].

Como antecedente histórico de la consagración de tales acciones en la Carta Política, vale destacar que en la Asamblea Nacional Constituyente, el constituyente Álvaro Gómez Hurtado (Q.E.P.D), para efecto de la protección del derecho colectivo al medio ambiente, propuso el siguiente artículo: ***"La preservación de la Naturaleza y del Ambiente es un objetivo nacional. El conflicto entre este objetivo y el desarrollo económico y social dará derecho a una acción pública, cuya forma y condiciones de ejercicio serán establecidas por la ley." [1965]***

Posteriormente, fue el Constituyente de 1991, quien elevó a rango constitucional las acciones populares ya reguladas por nuestro ordenamiento jurídico civil del año 1887 y para garantizar y hacer efectivo el reconocimiento de los derechos colectivos, la Constitución colombiana establece las Acciones Populares en el artículo 88 y dejó en manos del legislador su reglamentación.

Las Acciones Populares fueron reglamentadas por el Legislativo colombiano en 1998 con la ley 472, contemplando entre otros los derechos colectivos a la seguridad pública, a la prestación eficiente de los servicios públicos, a un medio ambiente sano y al espacio público, los cuales por mandato del artículo 88 superior debían ser amparables por medio de la acción popular, gracias a que si bien los mismos por su naturaleza desde un punto de vista individual no tienen mayor importancia, su afectación desde una óptica social, si resulta por demás relevante, ya que ellos son elementos realmente indispensables para la convivencia social.

En la sentencia C- 215 de 1999, la Corte constitucional haciendo referencia a la acción popular consideró que dentro del marco del Estado social de Derecho y de la democracia participativa

[1964] Ver Artículos 1005, 2359 y 2360 del Código Civil Colombiano.

[1965] Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 23, Título: Protección del Ambiente, Autor: Álvaro Gómez Hurtado, Gaceta Constitucional No. 19 de marzo 11 de 1991.

consagrado por el constituyente de 1991, la intervención activa de los miembros de la comunidad resulta esencial en la defensa de los intereses colectivos que se puedan ver afectados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular.

La dimensión social del Estado de derecho, implica de suyo un papel activo de los órganos y autoridades, basado en la consideración de la persona humana y en la prevalencia del interés público y de los propósitos que busca la sociedad, pero al mismo tiempo comporta el compromiso de los ciudadanos para colaborar en la defensa de ese interés con una motivación esencialmente solidaria.

Las acciones populares son en su naturaleza acciones de derechos humanos, no de elites; con ellas no se pretenderá la controversia sino cesar la amenaza o el daño sobre derechos colectivos.

Con el ejercicio de actividades económicas, como la construcción de carreteras, puertos, oleoductos, explotación petrolera, etc., se pueden causar daños ambientales a grupos de personas, quienes tendrán en las acciones populares una vía jurídica eficaz para la solución de los conflictos.

1.3. Acción de cumplimiento ambiental

La acción de cumplimiento está consagrada en el artículo 87 de la Constitución como una acción pública y tiene el poder de provocar una sentencia que siempre será favorable a los intereses sociales[1966].

La Acción de Cumplimiento Ambiental se consagró en la Ley 99 de 1993 en su título XI y tiene por objeto hacer efectivas las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente.

- ¿**Quién la puede interponer**?: Cualquier persona natural o jurídica.
- **Objetivo:** Hacer efectivo el cumplimiento de leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente.
- ¿**Ante quién**?: Ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
- ¿**Cómo?**: Mediante el trámite de un proceso ejecutivo.
- ¿**Para qué?:** Para la ejecución de una conducta, que es obligatoria.

[1966] Manclares Torres, José Manuel. Acciones de Cumplimiento Ambiental. Ed. Dike. Defensoría del Pueblo. Medellín. 1995.

Concluyendo este aparte se puede afirmar que las herramientas constitucionales y legales con las que cuenta el ciudadano y la comunidad para defender su derecho a un ambiente sano, sólo serán eficaces cuando se tenga el apoyo de la sociedad civil y de las diversas formas organizativas; ambas esenciales para defender y proteger su medio ambiente.

El problema central de la crisis ambiental es más ético que jurídico; sin embargo, las acciones descritas están sirviendo de apoyo para generar verdaderos procesos de cambio de actitud y comportamiento frente al medio ambiente.

IV. UN LLAMADO URGENTE A NUESTRAS SOCIEDADES ORGANIZADAS: ESTADOS CIVILIZADOS PARA PROTEGER EL AMBIENTE

La grave crisis medioambiental de las últimas décadas ha destacado la naturaleza transnacional y multidimensional de sus efectos, y ha mostrado que las soluciones requeridas son colectivas y comunales; por lo que, consecuentemente, deben ser llevadas a cabo por la sociedad internacional y por los propios Estados. Un ecosistema equilibrado, la conservación de los recursos naturales o, simplemente, la supervivencia del planeta son requisitos urgentes que se deben lograr si queremos que nuestro sistema no sea destruido.

El derecho a un medio ambiente sano está siendo violado como resultado de las actividades humanas, que incrementan las concentraciones de gases con efecto invernadero en la atmósfera, con todos los efectos consiguientes sobre el calentamiento global, la subida del nivel del mar y el clima en general. Mientras, al producir su propio efecto negativo sobre el disfrute de los derechos humanos en general y de los derechos económicos, sociales y culturales en particular, estos fenómenos adquieren un efecto multiplicador, que también agravan el incremento de los serios y numerosos problemas afrontados por las poblaciones de las regiones pobres. Entre las actividades humanas que afectan al derecho a un medio ambiente sano se incluye la deforestación, que durante siglos ha conducido a pérdidas substanciales de masas forestales y a la degradación medioambiental.

La destrucción del ecosistema y del equilibrio necesario para la supervivencia de nuestra especie se ha agravado en la vida moderna, por los efectos de las actividades humanas contemporáneas, tales como la contaminación, los vertimientos de residuos tóxicos y peligrosos, la sísmica, la exploración y explotación de hidrocarburos. etc.

La contaminación de la tierra, el mar y el aire, originada por varias causas, supone un importante riesgo para la vida, la salud y el bienestar de las poblaciones. Los desastres ecológicos, nucleares o de otro tipo, ponen en peligro de destrucción a casi todas las formas de vida. El derecho a un medio ambiente sano está íntimamente ligado a los derechos económicos, sociales y culturales.

Dado el alcance de las violaciones del derecho a un medio ambiente sano, la comunidad internacional expresó su profunda preocupación en la Cumbre de la Tierra de 1992, señalando que los traslados de residuos tóxicos estaban en contradicción con la legislación nacional y los instrumentos internacionales existentes, dañando seriamente el medio ambiente y la salud pública en todos los países, particularmente en aquéllos en desarrollo.

V. DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA

El Derecho al agua ha quedado consignado como tal en la Observación No. 15 de 2002 (OG. 15) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité de DESC)[1967] y su confirmación en el marco del Derecho internacional ha resultado de la Resolución 64/292 de 28 de julio de 2010 de la Asamblea General de Naciones Unidas, ratificada por la Resolución15/9 de 2010 del Consejo de Derechos Humanos, por medio de la cual se declaró que el derecho al agua potable y el saneamiento constituye un derecho humano esencial para el disfrute de la vida y de todos los derechos humanos[1968].

La OG 15 de 2002 ha definido bajo esta rúbrica que el acceso al agua constituye "*el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico*". Es decir, que comporta un derecho de prestación y como tal tiene un rol importante en la configuración de un servicio público que asistiría a determinadas categorías sociales o en distinto tipo circunstancias (para determinados usos y en determinados lugares, etc.), mediante la contemplación de precios reducidos en el ámbito de los abastecimientos urbanos y rurales.

El tema del agua es más complejo, integral y transversal. Implica aspectos sociales, ambientales, económicos, políticos, de gobernabilidad y culturales de gran importancia. En la cosmovisión de las naciones y pueblos indígenas, el agua está ligada a la visión sagrada de la

[1967] OG. 15 de 2002, "Derecho al Agua. Doc. E/C.12/2002/11. Adoptada por el Comité de DESC interpretando el artículo 11 y 12 del PIDESC, en el 21ª periodo de sesiones.

[1968] Declaración que ha sido, recientemente, introducida a nivel regional interamericano por medio de la Resolución AG/RES. 2760 (XLII-O/12) de 5 de junio de 2012 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

“madre tierra” y por ello se considera como un ser vivo merecedor de cuidado y respeto, omnipotente, creador y transformador, presupuesto base de la reciprocidad y la complementariedad entre la naturaleza y la sociedad humana además de ser una expresión de flexibilidad y adaptabilidad.

Los nuevos enfoques en el mundo sobre la Gestión del Agua, tienen cada vez más claro objetivos como la integralidad, la sostenibilidad y la equidad serán posibles solo con la participación de todos los actores.

Esto entre otras cosas implica considerar más seriamente la “voz del pueblo” en las políticas, leyes y decisiones que traten o afecten recursos hídricos, ya que si bien se han formulado muchos buenos propósitos en ese sentido, hasta ahora las medidas tomadas para efectividad de la protección del agua y del ambiente han sido inocuas.

El uso del agua en las actividades exploratorias y extractivas de hidrocarburos, minerales o actividades económicas **NO VERDES** concurren y de qué manera en la competencia por el recurso agua. Especialmente en la región donde hay extractivismo irresponsable, donde las comunidades se han visto obligadas a reclamar constantemente a través de las vías de hecho y las acciones constitucionales por las afectaciones que sufren por la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables y las actividades sísmicas que afectan acuíferos, ríos, lagos, lagunas, humedales y paramos vulnerado derechos fundamentales de la propiedad privada, el ambiente sano, la dignidad humana, la igualdad, la participación y la consulta previa y el derecho a no ser desplazados de nuestros territorios, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, la salud; todos ellos en conexidad con el derecho a la vida.

En Colombia, existe un debate desde dos ópticas sociales-económicas interesante; por un lado se discute sobre si es más importante la ejecución de la política extractivista como soporte económico atentando y permitiendo que dicha actividad se realice en zonas donde existen las fuentes hídricas que abastecen de agua los acueductos o en zonas donde la actividad económica ha sido por siempre la agricultura y, en segundo lugar, la ejecución de actividades sísmicas sin control alguno que afectan de manera considerable el ambiente natural dejando desolación, desplazamiento y muerte.

El estatuto jurídico de las aguas, echa de menos la necesaria referencia al agua potable como necesidad vital y al agua de consumo vegetal y animal y la exclusión de zonas que por su

importancia para la vida (*humana, vegetal y animal)* no deben ser objeto de explotación petrolera o minera, en especial cuando dichas actividades se realiza de manera irresponsable a cielos abiertos o sin tomar medidas constitucionalmente responsables para evitar e, impacto del *statu quo* de las comunidades y de la naturaleza.

El tema del agua para el consumo humano, actualmente en el mundo, es tema acuciante, mucho más, para miles de seres humanos, que el del agua para la industria petrolera, la minería, en incluso la agricultura.

Según las Naciones Unidas[1969], aproximadamente 884 millones de personas carecen de acceso a agua potable y más de 2.600 millones de personas no tienen acceso a saneamiento básico, y cada año fallecen aproximadamente 1,5 millones de niños menores de 5 años y se pierden 443 millones de días lectivos a consecuencia de enfermedades relacionadas con la falta del agua y el saneamiento.

La ONU ha reconocido la importancia de disponer de agua potable y saneamiento en condiciones equitativas como componente esencial del disfrute de todos los derechos humanos, reafirmando la responsabilidad de los Estados de promover y proteger todos los derechos humanos, que son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí, y que deben tratarse de forma global y de manera justa y equitativa y en pie de igualdad y recibir la misma atención.

No es difícil advertir que tal disponibilidad es absolutamente esencial para dar respuesta a diversas necesidades humanas cuya satisfacción sí está explicitada por los instrumentos internacionales, partiendo por el derecho a la vida y a la integridad física y síquica, el derecho a la educación, a vivir en un ambiente libre de contaminación, entre otros.

Solo basta leer la Declaración Universal de los Derechos Humanos (*1948),* y allí en su artículo 25 dispuso que: "*toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a éste y a su familia la salud y el bienestar, y en especial la alimentación y los servicios sociales necesarios*". Desde aquella época, ha habido una enorme evolución tendiente a perfilar más nítidamente el derecho al agua. El concepto de cuánta es la cantidad básica de agua requerida para satisfacer las necesidades humanas vitales fue enunciado por primera vez el año 1977, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el agua, celebrada en la ciudad de Mar del Plata

[1969] Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010, No. 64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento

(Argentina). En esa ocasión se afirmó que todos los pueblos, independientemente de su desarrollo y de sus condiciones sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acorde con sus necesidades humanas básicas.

Luego, teniendo en cuenta EL AGUA como necesidad vital, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en sesión celebrada en Ginebra, el 29 de noviembre de 2002, elaboró la Observación General número 15, titulada el Derecho al Agua, definiéndolo de la siguiente manera: "*El derecho humano al agua, es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico*".

La ONU en la resolución en cita anteriormente manifestó: "*que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos*"; y exhortó a los Estados y las organizaciones internacionales para que dispongan los recursos financieros necesarios y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología en particular a los países en desarrollo, para proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento.

En el sexagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) aprobó una histórica resolución del 28 de julio y 30 de septiembre de 2010, a iniciativa de Bolivia, que reconoce al agua potable y al saneamiento básico como derechos humanos universales, gracias a una intensa campaña internacional liderada por el presidente del Estado Plurinacional, Evo Morales Ayma.

Allí en dicho documento se exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento.

1. El Derecho al Agua elevado a derecho fundamental en algunas constituciones

El tema del agua elevado a texto constitucional no es nuevo dentro del escenario mundial. Veamos:

Colombia. En la Constitución colombiana de 1991, está previsto de manera general el derecho a la salud (artículo 49) y al medio ambiente sano (artículo 79) y se establecen responsabilidades para el Estado con correlación al suministro de agua potable y el saneamiento básico (artículo 366). Pese que a tales disposiciones no establecen explícitamente el derecho en cuestión, en el artículo 36 de la Constitución colombiana, referente a la —actividad social del Estado y de los servicios públicos—, se establece que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades del Estado. Además, se expresa que dentro de los objetivos fundamentales de su actividad están la solución de, entre otras, las necesidades de saneamiento ambiental y de agua potable. En ese sentido, la Corte Constitucional colombiana ha dicho que: "el mandato constitucional consagrado en el artículo 79, se colige que es responsabilidad del Estado atender y garantizar la prestación efectiva del servicio público de saneamiento ambiental, conforme a los principios de universalidad y solidaridad. Todas esas obligaciones están dirigidas a la preservación, conservación y protección del medio ambiente, a fin de obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general, según lo determina el artículo 366 de la Carta Fundamental[1970].

En el derecho positivo colombiano, el derecho al agua parte de la base del artículo 93 de la Constitución[1971], y se considera en conexidad, por una parte, con respecto al artículo 79 que consagra el derecho colectivo de todas las personas a gozar de un ambiente sano, y por la otra, como un derecho asociado a la prestación del servicio de suministro de agua potable. Del primero de los supuestos se infiere que para la protección del derecho al agua se precisa entonces de la acción positiva de proteger. Así, el artículo 79 establece 1) la obligación positiva del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, así como la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y el fomento de la educación para alcanzar estos objetivos de protección, y 2) que la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlos. Del mismo modo, establece en el artículo 80 otras obligaciones de carácter positivo. Así, se dispone 1) que el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; y 2) que deberá prevenir y controlar los factores

[1970] Molina Higuera: 2005, 53.
[1971] Sentencia T-270/07, de 17 de abril de 2007.

de deterioro ambiental, e imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

En cuanto al segundo supuesto, es decir, la consideración del derecho al agua en cuanto a servicio público, es de mencionar que esa ha sido la posición mayormente aceptada y seguida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En sentencia T-410 de 2003, la Corte reconoció que el suministro de agua potable constituye un servicio público domiciliario, de carácter esencial para la vida, que cuenta con un espacio propio en la configuración constitucional de nuestro Estado social de derecho"[1972], y sujeto a las condiciones de derecho público que aseguren la prestación del servicio en condiciones de calidad, regularidad, inmediatez y continuidad. En ese contexto, el artículo 365 de la Constitución consagra la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del país. El texto fundamental dispone que estos servicios tengan una estrecha relación con el Estado Social de Derecho, y por tanto, son inherentes a su finalidad social. Por su parte, el artículo 367 establece que los servicios públicos domiciliarios, de acueducto, alcantarillado y el servicio de aseo, se prestarán por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. Tal prestación se dará en acuerdo a un régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. La responsabilidad que se genera a partir de la vulneración de este derecho, es posible exigirla judicialmente mediante la acción de tutela de los derechos constitucionales (amparo en sentido amplio) de acuerdo con el artículo 86.

En el articulado de la Constitución colombiana no existe tal derecho al agua. Por tanto, su exigibilidad depende de la conexidad con otro derecho justiciable.

Así, por una parte, los derechos fundamentales encuentran un importante apoyo en el artículo 93 que dispone que los derechos y deberes establecidos en el texto constitucional se interpretaran conforme a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

Bolivia. En su Constitución de 2009, reconoció que el agua no es tan sólo un servicio o un bien de dominio público; sino que constituye un Derecho Humano. De esta manera se lo incorpora en su Constitución Política, como parte de los derechos fundamentales, dejando que

[1972] Corte Constitucional colombiana, T-410 de 2003 de 22 de mayo de 2003.

el marco normativo legal se desarrolle dicho precepto bajo el principio que "este derecho está reconocido y garantizado por el Estado y en la medida en que es un elemento básico para ejercer el derecho a la salud y para proporcionar un nivel adecuado de vida para todos los individuos de un Estado Social y Democrático de Derecho, garantizando así su subsistencia en condiciones dignas, exige de una protección inmediata de parte de los gobiernos y de los particulares, quienes deben organizar esfuerzos que confluyan en la satisfacción de esta necesidad básica para todos y cada uno de los habitantes de nuestro país[1973].

Ecuador. En su Constitución de 2008[1974]**, e**n su artículo 3, estableció como el primer deber primordial del Estado: "Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos

[1973] **Artículo 16: I**. Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación.
Artículo 20: I. Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.
II. Es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias.
En los casos de electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones se podrá prestar el servicio mediante contratos con la empresa privada. La provisión de servicios debe responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria; con participación y control social.
III. El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley.
Artículo 348 I. Son recursos naturales los minerales en todos sus estados, los hidrocarburos, el agua, el aire, el suelo y el subsuelo, los bosques, la biodiversidad, el espectro electromagnético y todos aquellos elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. **II**. Los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país.
Artículo 373 I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad. **II.** Los recursos hídricos en todos sus estados, superficiales y subterráneos, constituyen recursos finitos, vulnerables, estratégicos y cumplen una función social, cultural y ambiental.
Estos recursos no podrán ser objeto de apropiaciones privadas y tanto ellos como sus servicios no serán concesionados y están sujetos a un régimen de licencias, registros y autorizaciones conforme a Ley.
[1974] **Artículo 12**. El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.
Artículo 15. El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua.
Artículo 32. La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.
Artículo 373, I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad.
Artículo 413. El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua.

establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y **el agua para sus habitantes**".

A partir de esa definición inicial, en el pleno de la Asamblea Constituyente en Montecristi se aprobaron tres puntos fundamentales:

1. El agua es un derecho humano,

2. El agua es un bien nacional estratégico de uso público. El agua es un patrimonio de la sociedad, y

3. El agua es un componente fundamental de la naturaleza, la misma que tiene derechos propios a existir y mantener sus ciclos vitales.

En tanto derecho humano se superó la visión mercantil del agua y se recuperó la del "usuario", es decir la del ciudadano y de la ciudadana, en lugar del "cliente", que se refiere solo a quien puede pagar.

Como bien nacional estratégico, se rescató el papel del Estado en el otorgamiento de los servicios de agua; papel en el que el Estado puede ser muy eficiente.

Como patrimonio se pensó en el largo plazo, liberando al agua de las presiones cortoplacistas del mercado y la especulación y como componente de la Naturaleza, se reconoció en la Constitución de Montecristi la importancia de agua como esencial para la vida de todas las especies, que hacia allá apuntan los Derechos de la Naturaleza.

Uruguay. Gracias a los mecanismos de la democracia directa, la Comisión Nacional en Defensa del Agua y la Vida (CNDAV) pudo incluir, con el apoyo de un 64,6% de la población, el agua como un derecho humano básico en la Constitución de Uruguay. De este modo, se sentaron los cimientos para una gestión pública de los recursos hídricos basada en la participación social y la sostenibilidad. En octubre de 2004, el pueblo uruguayo respaldó una iniciativa de la Comisión Nacional en Defensa del Agua y la Vida por la que se enmendaba la Constitución en lo que fue una victoria electoral apoyada por el 65% de los votantes.

Nicaragua. En su articulado estableció como obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transportes, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y es derecho inalienable de la misma el acceso a ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas, serán reguladas por la ley en cada caso.

Así mismo, en Nicaragua existe la ley General de Aguas, que en sus artículos 4, 5 y 6 reza: "Artículo 4. El servicio de agua potable no será objeto de privatización alguna, directa o indirecta, y será considerado siempre de carácter público.

Su administración, vigilancia y control estará bajo la responsabilidad y tutela del Estado a través de las instituciones creadas para tales efectos o de las que se creen en el futuro.

Artículo 5. Es obligación y prioridad indeclinable del Estado promover, facilitar y regular adecuadamente el suministro de agua potable en cantidad y calidad al pueblo nicaragüense, a costos diferenciados y favoreciendo a los sectores con menos recursos económicos. La prestación de este servicio vital a los consumidores en estado evidente de pobreza extrema no podrá ser interrumpida, salvo fuerza mayor, debiendo en todo caso proporcionárseles alternativas de abastecimiento temporal, sean en puntos fijos o ambulatorios. Tampoco podrán interrumpirse estos servicios a hospitales, centros de salud, escuelas, orfelinatos, asilos para ancianos, centros penitenciarios, estaciones de bomberos y mercados populares.

Artículo 6. La presente ley reconoce el derecho de los pueblos indígenas de todo el territorio nacional y el de las comunidades étnicas de la Costa Atlántica, para el uso y disfrute de las aguas que se encuentran dentro de sus tierras comunales de conformidad a las leyes vigentes que las regulan.

Paraguay. La ley de recursos hídricos del Paraguay establece en su articulado sobre la protección del agua, lo siguiente:

Artículo 3. La gestión integral y sustentable de los recursos hídricos del Paraguay se regirá por los siguientes Principios: a) Las aguas, superficiales y subterráneas, son propiedad de dominio público del Estado y su dominio es inalienable e imprescriptible. b) El acceso al agua para la satisfacción de las necesidades básicas es un derecho humano y debe ser garantizado por el Estado, en cantidad y calidad adecuada. g) Los recursos hídricos poseen un valor social, ambiental y económico. h) La gestión de los recursos hídricos debe darse en el marco del desarrollo sustentable, debe ser descentralizada, participativa y con perspectiva de género. i) El Estado paraguayo posee la función intransferible e indelegable de la propiedad y guarda de los recursos hídricos nacionales.

Costa Rica. En la República de Costa Rica, se tienen entre otros los siguientes principios de política nacional en defensa del agua.

1. El acceso al agua potable constituye un derecho humano inalienable y debe garantizarse constitucionalmente.

2. La gestión del agua y sobre todo las reglas de acceso a este recurso deben regirse por un principio de equidad y solidaridad social e intergeneracional.

3. El agua debe ser considerada dentro de la legislación como un bien de dominio público y consecuentemente se convierte en un bien inembargable, inalienable e imprescriptible.

4. Debe reconocerse el valor económico del agua que procede del costo de administrarla, protegerla y recuperarla para el bienestar de todos. Con esto se defiende una correcta valoración del recurso que se manifieste en conductas de ahorro y protección por parte de los usuarios.

5. Debe reconocerse la función ecológica del agua como fuente de vida y de sobrevivencia de todas las especies y ecosistemas que dependen de ella.

6. El aprovechamiento del agua debe realizarse utilizando la mejor infraestructura y tecnología posibles de modo que se evite su desperdicio y contaminación.

7. La gestión del recurso hídrico debe ser integrada, descentralizada y participativa partiendo de la cuenca hidrográfica como unidad de planificación y gestión.

8. El Ministerio de Ambiente y Energía ejerce la rectoría en materia de recursos hídricos. La gestión institucional en este campo debe adoptar el principio precautorio o in dubio pro natura.

9. El recurso hídrico y las fuerzas que se derivan de éste son bienes estratégicos del país.

10. Que es de suma importancia la promoción de fuentes energéticas renovables alternativas que reduzcan o eliminen el impacto de esta actividad sobre el recurso hídrico.

En la India. En la Constitución de la India (1949) no existe referencia a la protección del derecho al agua en el derecho constitucional indio. No obstante, si se determina el derecho a un medio de vida adecuado (artículo 39.a) y el artículo 48.a prevé la protección y mejora del medio ambiente; ambas normas, como principios rectores de las políticas estatales y como tales exigibles ante los tribunales (artículo 37).

Sin embargo, la situación es otra en el contexto de la jurisprudencia emitida por los tribunales de justicia de este país; éstos aun cuando no han podido apoyarse en una norma que expresamente contemple el derecho de acceso al agua, han entendido que esta es una garantía implícita al derecho a la vida (artículo 21 de la Constitución). En el artículo 15.1 de la Constitución India se dispone que las formas de discriminación por razones de religión, raza,

casta, y procedencia, son prohibitivas y, que por tanto, a las personas no se le podrá censurar, incapacitar o restringir el acceso al uso de pozos, tanques y balsas de baño. Con base en la no discriminación y el derecho a la vida el Tribunal Supremo de la India ha creado importantes criterios jurisprudenciales que tienden al reconocimiento y protección del derecho al agua en acuerdo a un enfoque ambiental.

Básicamente, lo que ha dicho el Tribunal Supremo es que del derecho a la vida emanan obligaciones positivas para el Estado con respecto a una serie de necesidades básicas de la población. Además, el Tribunal Supremo en el caso Subhash Kumarque, interpretando el derecho a la vida con arreglo al artículo 21 ha señalado que para disfrutar plenamente de la vida se precisa del disfrute de un medio ambiente libre de contaminación del agua y el aire. Esta jurisprudencia, seguida en casos como Charan Lal Sahu Vs India (de 1990), y Subhash Kumar Vs Estado de Bihar y otros (de 1991), ha hecho extensiva la posibilidad de exigibilidad y tutela del derecho al agua en la India.

Sudáfrica. La Constitución de Sudáfrica, de 1996. En la Carta de Derechos de Sudáfrica (Bills of Rights) se establece en la sección 27.1.b (salud, alimento, agua y seguridad social) que todos gozan del derecho de acceso a agua suficiente. De acuerdo con la Sentencia de 8 de octubre de 2009 emitida por la Corte Constitucional de Sudáfrica en el Caso Lindiwe Mazibuko y otros Vs. Ciudad de Johannesburgo y otros, el derecho al agua se dispone dentro del catálogo de derechos individuales, pero como es natural se establece con un carácter prestacional que condiciona al Estado, dado que este "*debe adoptar medidas razonables, de carácter legislativo o de otro tipo, dentro de sus recursos disponibles, para conseguir la realización progresiva de cada uno de estos derechos*".

La Constitución sudafricana dispone que ya sean derechos civiles y políticos o socioeconómicos, todos los derechos recogidos en la Carta de Derechos (Cap. 2) conllevan obligaciones negativas y positivas y, de conformidad con la sección 7.2 el "Estado debe respetar, proteger, promover y cumplir los derechos que se recogen en la Declaración de Derechos", en clara influencia del derecho internacional.

La Organización Mundial de la Salud. Considera la OMS que lo primero que ha de considerarse por los Estados es la disponibilidad de agua, priorizar el acceso al agua potable para toda la población, evitando discriminaciones y la formación de núcleos poblacionales sin

tener tan vital elemento al alcance. Pero junto con a disponibilidad ha de considerarse la accesibilidad.

Según datos de la Organización Mundial de la Salud, en África y Asia, la distancia media que camina una mujer para conseguir agua es de seis kilómetros. En nuestro país, la cobertura de agua potable y alcantarillado era, hace dos años, de un 99,8% en zonas urbanas, pero no hay mediciones recientes en relación al acceso en zonas rurales por lo que urge realizarlas y reforzarse las políticas y normativas dirigidas a evitar el surgimiento se asentamientos informales en zonas de difícil acceso al agua.

En segundo desafío que plantea el derecho al agua es la asequibilidad. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sugiere que el costo del agua no debería superar del 3% de los ingresos de un hogar. Esta exigencia es transversal y tremendamente relevante para todos los países, independientemente de su desarrollo económico. No debemos pensar sólo en "países pobres": políticas públicas erradas, mal diseñadas o mal fiscalizadas pueden llevar a dificultades de pago incluso en países del primer mundo.

Estamos hablando, por lo tanto, de un derecho sólo en cuanto lo necesario para el uso personal y doméstico. El suministro de agua debe respetar los principios de no exclusión y no discriminación, de manera de hacer congruente este derecho con las demás garantías que contempla el derecho internacional humanitario. El agua debe cumplir estándares de calidad y seguridad y el suministro debe ser constante y sustentable, lo que implica una constante revisión de los procedimientos de fiscalización.

El acceso al agua potable y alcantarillado debe ser universal. Ello no implica gratuidad, pero sí supone la exigencia a los Estados de contar con los mecanismos y los financiamientos necesarios para el aseguramiento del suministro a todas las personas, incluso aquellas que se encuentren en imposibilidad de pagar. Se trata de un deber que debe reflejarse en metas progresivamente alcanzadas. Un modelo extremo se encuentra en el Reino Unido, donde una Ley sobre el sector del agua, de 1999, prohíbe las suspensiones de los servicios de suministro de agua y alcantarillado en caso de no pago por parte de clientes domésticos.

VI. EL CRITERIO DE LA ACCESIBILIDAD AL AGUA: IMPLICA 4 DIMENSIONES

1. Acceso físico

El agua debe estar a disposición de las personas sin que éstas tengan que hacer grandes esfuerzos físicos o recorrer largas distancias para acceder a ella. Se debe garantizar que toda población humana cuente, en sus inmediaciones con sistemas de abastecimiento de agua potable y de servicios adecuados de saneamiento. En este aspecto es muy importante recalcar que son las mujeres y las niñas las que en todo el mundo han sufrido mayormente la falta de acceso físico, y es común que tengan que desplazarse largas distancias por muchas horas para poder satisfacer las necesidades de sus hogares, lo que las aleja de las actividades productivas, de las escuelas y les provoca seria secuelas físicas.

2. Acceso Económico

El Principio IV de la Conferencia de Dublín establece que el agua es un bien con valor económico; sin embargo de acuerdo a la Observación General número 15 ésta también debe considerarse como un bien social y cultural.

Por lo tanto el agua y sus servicios asociados deben estar al alcance de todas las personas; y los costos directos e indirectos de su provisión deben ser accesibles y no deben poner en peligro otros derechos humanos (como la alimentación, la salud, etc.). Los Estados están en la obligación de establecer instrumentos de compensación, subsidio o exoneración para todos aquellos sectores sociales que por su condición económica no podrían asumir el costo real que implica el uso del agua para las distintas actividades humanas.

3. Acceso sin discriminación

El agua debe ser accesible para cualquier persona sin distinción de ninguna especia; y para aquellos sectores sociales que se encuentren en condición de vulnerabilidad en razón de su credo, su etnia, su situación económica, su género, o en razón de cualquier otra causa; el Estado está en la obligación de diseñar instrumentos que hagan efectivo este principio de no discriminación.

4. Acceso a la información

Por último, toda persona tiene el derecho de saber cuáles son las condiciones de calidad, disponibilidad real y potencial del recurso del cual se abastecen; así como los factores que pueden afectarle, las causas y los responsables de los mismos.

VII. CONCLUSIONES

El problema de la contaminación es más complejo y significativo. Según estudios el mayor problema ambiental del mundo es la degradación de la tierra, que es creciente y amenazadora, y se expresa fundamentalmente en un agudo proceso de erosión que trae consigo la pérdida de la capacidad del suelo agrícola y forestal, la destrucción de la base productiva de los países y el agravamiento de la pobreza. Los efectos de la degradación del suelo, son la erosión hídrica y eólica, la pérdida de cobertura vegetal, la pérdida de fertilidad del suelo y la salinización del suelo, por riego y drenaje inadecuado. Se estima que cada año el 3% de la superficie utilizada con fines de producción agropecuaria y forestal pierden su capacidad productiva por efecto de la degradación.

La contaminación y los efectos producidos por la intervención humana sobre los ríos, lagunas, humedales, acuíferos y lagos están produciendo un proceso destructivo de proporciones no consideradas que están teniendo efecto en el ahora, en el mediano y largo plazo según los estudios especializados. La visión desarrollista a ultranza que no considera la necesidad de lograr armonía y equilibrio entre la urgencia de **"construir para crecer"** y la necesidad de **"proteger para vivir**", puede convertirse en el acelerador de este proceso cuyas consecuencias no podemos avizorar pero cuyas señales y efectos ya los estamos viviendo de manera importante. Por tanto, necesitamos realizar una reflexión profunda sobre el tema del agua como un derecho humano que vaya más allá de garantizar el acceso universal, equitativo, oportuno y eficiente al agua potable a todas las familias del mundo, sin ninguna discriminación y enfrente el problema también desde la perspectiva de las generaciones futuras. De no hacerlo, estaremos ignorando una parte muy importante de la reivindicación demandada en la Guerra del Agua que fue el verdadero activador de un proceso de transformación político y social que hoy vivimos y que depende de la sociedad y el Estado para su consolidación.

Parece incuestionable que a pesar de las dificultades que ha presentado la construcción en el ámbito de la dogmática jurídica, el derecho al agua va consolidándose como un derecho reconocido tanto en el derecho internacional como en el derecho positivo de diversos países; esto además, aun cuando su base normativa no es de derecho duro. A pesar de todo, el proceso de constatación del derecho al agua se ha visto fortalecido con la progresiva construcción de un contenido jurídico que en algunos casos es ya exigible, como hemos podido observar en los casos de Sudáfrica, India, Argentina y Colombia. Así pues, aunque no se puede desconocer

que todavía se mantienen ciertas reservas, paulatinamente, las autoridades públicas avanzan hacia la aceptación de este derecho mediante su adopción normativa o bien a través de su incorporación vía jurisprudencial en el plano nacional e internacional. Este proceso, se está viendo beneficiado, sin lugar a dudas, del progresivo entendimiento de la garantía *pro homine* de los derechos fundamentales. De ahí que sea más que razonable considerar que los precedentes examinados aunque limitados, aportan según sus características, nuevas fórmulas que abren el camino a la protección efectiva del derecho al agua.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil Colombiano. Comentado, concordado, Jurisprudencia y Normas Complementarias. Segunda Edición. Ediciones Librería El Profesional. Segunda Edición.

Constitución Política de Colombia Esquemática. Edición Conmemorativa 1991-2011. Grupo Editorial LECCE. Bogotá. D. C.-Colombia. Pedro Alfonso Pabón Parra.

Derecho Constitucional Colombiano. Quinta Edición. Temis.

El derecho Fundamental al Agua. Legis. Universidad del Rosario. Andrés Gómez Rey y Gloria Amparo Rodríguez.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

CAPÍTULO X. UNION ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DISTRITO FEDERAL

Jesús Hernández del Real[1975]

Maricela Medina Martinez[1976] y

Alberto González Gómez[1977]

RESUMEN

La lucha por el reconocimiento de las uniones entre dos personas del mismo sexo en el Distrito Federal ha sido particularmente visible a partir de la segunda mitad de la década de 1990. Esta figura jurídica reconoce derechos similares a los del matrimonio, pero no reconoce, entre otros, el derecho a la adopción. La intención de nuestra investigación determinó que la unión de dos personas del mismo sexo no debe transgredir los derechos humanos con respecto a la adopción plena, ya que causaría trastornos psicosociales a los menores. En ese panorama, Bajo la nueva ley, los matrimonios homosexuales podrán realizarse a los 45 días de la aprobación de la medida, comenzando el 4 de marzo de 2010.

PALABRAS CLAVES: Adopción, figura jurídica, homosexuales, convivencia.

ABSTRAC

The struggle for the recognition of marriages between two people of the same sex in Mexico City has been particularly visible from the second half of the 1990s this legal entity recognizes similar to marriage rights, but does not recognize, among others, the right to adoption. The intention of our investigation determined that the union of two people of the same sex should not violate human rights with respect to the full adoption, as it would cause psychosocial disorders minors. In this scenario, under the new law, gay marriage may be made within 45 days of the adoption of the measure, beginning March 4, 2010.

KEYWORDS: Adoption, legal form, homosexuals

INTRODUCCION:

El Análisis de las uniones entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal ha cobrado especial relevancia a partir de lo acontecido el día 21 de diciembre de 2009; ya que la Asamblea egislativa (ALDF), aprobó una enmienda al artículo 146 del código civil para el Distrito Federal, misma que dejó de calificar el sexo de los contrayentes como anteriormente lo hacía (*"El matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer [...])"*. La reforma fue publicada en la *Gaceta del Distrito Federal* por instrucción del jefe de gobierno capitalino el 29 de diciembre de 2009; y entró en vigor en marzo de 2010.

Por vía de consecuencia, a partir de entonces, es lícito en el Distrito Federal y puede ser reconocido en el resto de la República Mexicana. En relación con lo anterior, cabe señalar que, antes del matrimonio igualitario en el Distrito Federal, la *Ley de Sociedades de Convivencia*, vigente desde 2006, reconocía las uniones entre personas del mismo sexo mediante un

[1975] Doctor en Educación. Académico en la Universidad Mundo Maya–UJAT. Jhdr1957@outlook.com
[1976] Licenciada en Derecho. Universidad Mundo Maya. maricela_medina74@hotmail.com
[1977] Licenciado en Derecho. Universidad Mundo Maya. albertogonzalezgomez2015@gmail.com

convenio que no otorgaba el derecho de filiación y seguridad social para los convivientes. Dado lo anterior; esto de ninguna manera constituía un acto que modificara el estado civil de las personas contrayentes; pues los firmantes permanecían "solteras" (os) a diferencia del matrimonio contraído ante un juez del Registro Civil. En ese sentido, el Distrito Federal se convirtió en la decimocuarta jurisdicción del mundo que legaliza las nupcias entre homosexuales (tras los Países Bajos, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia y seis estados de EEUU), y la primera de América Latina (Argentina fue el primer país, mas no la primera jurisdicción de la zona).

El 24 de noviembre de 2009 el asambleísta David Razú Aznar, propuso un proyecto de ley para legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo de la mano de Sociedad Unida por el Derecho al Matrimonio entre personas del mismo sexo, coalición de organizaciones coordinada por Lol Kin Castañeda Badillo. Los Argumentos del Diputado David Razú, inician diciendo que "gais y lesbianas pagan impuestos como los demás, obedecen las leyes como los demás, construyen la ciudad como los demás, y no hay ninguna razón para que tengan una serie de reglas especiales y diferentes".

El proyecto buscaba modificar la definición de *matrimonio* del Código Civil para incluir un lenguaje genéricamente neutro. Razú señaló que el proyecto debía "estar de acuerdo con el Artículo 1 de la Constitución, que dice que no se puede discriminar a ninguna persona por ninguna razón, y con el Artículo 2 del Código Civil, que dice que ninguna persona puede ser privada del ejercicio de sus derechos por razones de orientación sexual". El PAN anunció que se opondría determinantemente a la iniciativa y demandó al gobierno un referéndum. Sin embargo, se rechazó la posibilidad de un referéndum sobre el matrimonio homosexual en la Asamblea Legislativa el 18 de diciembre 2009 por 39 votos a favor 20 en contra y 5 abstenciones. El 21 diciembre de 2009 la ALDF aprobó la legalización del matrimonio homosexual con 39 votos —de las fracciones del PRD y el PT— contra 20 —2 priistas, más PAN y PVEM-Marcelo Ebrard confirmó la ley en su calidad de jefe de gobierno y se instruyó su publicación el 29 de diciembre de 2009 en la *Gaceta del Distrito Federal*.

El proyecto de ley modifica la definición de matrimonio en el Código Civil del DF. Antes de la reforma, *el artículo 146 de dicho código definía el matrimonio como "la unión libre entre un hombre y una mujer". A partir del 29 de diciembre, este artículo está redactado de la siguiente manera:*

Artículo 146.- *Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.* El decreto de la ALDF reconoce todos los derechos conyugales a las parejas de personas del mismo sexo, incluyendo la adopción, la adquisición común de crédito bancario, la posibilidad de heredar bienes y el derecho a incluir a la pareja en las pólizas de seguro, entre otros derechos que no eran reconocidos por la *Ley de Sociedades de Convivencia* (uniones civiles) vigente en la entidad.

Los panistas intentaron retardar la aprobación del proyecto legislativo proponiendo primero un referéndum, que fue rechazado por la mayoría de los diputados. En respuesta, la dirigente del PAN en el Distrito Federal, Mariana Gómez del Campo, pidió a Marcelo Ebrard que rechazara la aprobación de la ley, por considerarla perjudicial para los niños, al permitir la adopción por parte de parejas homosexuales. Señalando que su partido presentaría una controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

La consulta se realizó del 21 al 24 de enero, y de acuerdo con sus organizadores, el 53% de sus consultados rechazó el matrimonio *gay* y 56% se manifestó contra el derecho de adopción por parte de estas parejas. Felipe Calderón Hinojosa no había mostrado su postura frente al tema; finalmente, tras la contundencia del avance legislativo y respaldo del Jefe de Gobierno capitalino Lic. Marcelo Ebrard Casaubón el ejecutivo federal desde Tokio, respaldó la postura de la PGR en la controversia, afirmando que: La Constitución de la República habla explícitamente del matrimonio entre hombre y mujer y ahí simplemente hay un debate legal que tiene que ser resuelto por la Corte, no tiene ninguna intencionalidad política, ni parte de ningún prejuicio. En respuesta, el jefe de gobierno capitalino dijo que Calderón no puede negar que esté involucrado de manera directa en la controversia interpuesta por la PGR, y confió en que este recurso no procederá ante la corte.

La sociedad civil organizada realizó diversas manifestaciones públicas encabezadas por *"Sociedad Unida por el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo" como* una clausura simbólica frente a las instalaciones de la PGR y una marcha multitudinaria encabezada por el Diputado David Razú Asnar, (quien promovió la reforma) de la mano de Lol Kin Castañeda Badillo (presidenta de la coalición); que partió del Monumento a la Independencia rumbo a la casa presidencial en México con el fin de solicitar una audiencia

con el Ejecutivo Federal y entablar un diálogo respetuoso entre el movimiento social y el presidente de la República. La Procuraduría General de la República (PGR) interpuso la demanda ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra las reformas aprobadas por los diputados de la ALDF el 27 de enero de 2010. El argumento de la PGR se centra en que la modificación de la ley atenta contra el principio de "protección a la familia" expresado por el Poder Constituyente en 1974. De acuerdo con un comunicado de prensa de la PGR, esta instancia federal considera que la figura de sociedad de convivencia protege en suficiencia los derechos de las parejas homosexuales, por lo que la modificación de la ley capitalina resulta excesiva y atenta además contra el interés superior del niño.

Asimismo, la reforma parte de la tesis de que no existía protección legal del ejercicio de los derechos de las parejas integradas por personas del mismo sexo y que desean fundar una familia. Ello no es exacto, pues en el Distrito Federal existe, desde 2006, la institución jurídica de la sociedad de convivencia, que tutela prácticamente los mismos derechos que el matrimonio, salvo los relacionados con la procreación y la descendencia. Por otro lado, la PGR considera que la reforma se aleja del deber estatal de salvaguardar el interés superior del niño, cuya supremacía ordena la Constitución Federal y cuyos alcances establecen los tratados internacionales y han interpretado los propios tribunales mexicanos. Por parte de la arquidiócesis de México, Norberto Rivera Carrera argumentó que en la oposición a la reforma capitalina no hay discriminación contra los *gais*, aunque no se pueden "arrogar derechos que vulneren el derecho de los más pequeños".

Después de revisar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la PGR en contra de las modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal, realizadas por la ALDF, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitieron un fallo sobre los argumentos de la Procuraduría. La tesis de esta dependencia se centraba en que la ALDF carece de atribuciones para legislar en la materia, de modo que las modificaciones introducidas debían ser desechadas. En su sesión pública ordinaria del 5 de agosto de 2010, la SCJN desechó el recurso promovido por el procurador Arturo Chávez Chávez y resolvió que la ALDF tiene competencia para legislar sobre el matrimonio, por lo que las reformas son constitucionales.

La resolución se tomó con ocho votos a favor y la oposición del presidente de la Suprema Corte, Guillermo Ortiz Mayagoitia y del ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Además, la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos estuvo ausente en la sesión por motivos de salud.

Al declarar constitucional el matrimonio entre personas del mismo sexo reconocido por las leyes del Distrito Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación siguió sus discusiones sobre la validez de los matrimonios homosexuales en toda la República.

De acuerdo con su sesión del 10 de agosto de 2010, la SCJN resolvió que todas las entidades federativas están obligadas a reconocer la validez de los matrimonios homosexuales celebrados en el Distrito Federal, pero es su facultad disponer en sus legislaciones la manera en que se harán efectivos los derechos de estas parejas en sus territorios. Posteriormente, también resolvieron que la adopción por parte de los matrimonios *gay* se encuentran apegados a la Constitución, y que negar el derecho a la formación de una familia por esta vía sería un acto de discriminatorio que va en contra de los derechos humanos.

Cualquier ley que prohíba el matrimonio entre personas del mismo sexo es inconstitucional, determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). La Corte ordenó publicar en el Semanario Judicial una jurisprudencia mediante la cual establece: La Ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad del matrimonio es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional".

Precisó que la finalidad constitucional del matrimonio *es la protección de la familia, por lo que calificaron como "no idóneo" que algunas legislaciones limiten su función a la procreación.* Calificó de discriminatorio vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales, ya que éstas no constituyen un aspecto relevante en cuanto a la protección de la familia. En cuanto a las legislaciones que definen al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, la jurisprudencia estableció que se trata de una "enunciación discriminatoria en su mera expresión".

El texto señala que *"Bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual".*

Dado lo anterior ha dado un paso de gigante en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una decisión histórica, ha respaldado estos enlaces y los ha equiparado plenamente a los heterosexuales. La medida del alto tribunal, acogida con frialdad por las fuerzas políticas, pone fin a la dispersión legal en torno a esta cuestión y considera inconstitucional cualquier norma que establezca que

la finalidad del matrimonio es la procreación o que lo defina como la unión entre un hombre y una mujer.

Esta doctrina supone en la práctica su legalización y sitúa a México en la órbita de Argentina, Brasil o Uruguay. En México cada estado regula el matrimonio a través de su propio código civil. Hasta la fecha, el enlace homosexual sólo está legalizado en Distrito Federal, Coahuila y Quintana Roo. El resto de territorios ofrece un poliédrico cuadro normativo que, al no reconocer plenos derechos a los gays, se ha convertido en una fuente de recursos de amparo. El principal punto de conflicto radica en que las leyes estatales sostienen, en muchos casos, que la finalidad de la boda es la procreación. Un aspecto que niega la Suprema Corte. En su tesis jurisprudencial, que busca la unificación de doctrina ante los recursos de amparo familiar; pues, *los magistrados recuerdan que el verdadero objetivo es "la protección de la realidad social*". "Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión sea heterosexual, ni que se enuncie como entre un solo hombre y una sola mujer.

Dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión [...] pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales". El Supremo mexicano lanza también un varapalo a quienes vinculan los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales. "Ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de las autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual", concluyen los jueces, entre cuyos ponentes figura juristas de gran prestigio como José Ramón Cossío Díaz y Arturo Zaldívar. Establecidas estas premisas, el alto tribunal considera inconstitucional cualquier ley que entienda que la finalidad del enlace es la procreación o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer.

"De este modo, en todo el territorio queda avalado el matrimonio homosexual, aunque las normas estatales digan lo contrario", explica a este periódico la directora de estudios de la Suprema Corte, Leticia Bonifaz.

La decisión, sin embargo, no invalida las normas discriminatorias, dado que la vía pertinente para lograrlo no es el amparo, sino el recurso de inconstitucionalidad. Aun así, la doctrina emitida tendrá que ser obligado cumplimiento en los tribunales mexicanos. El alto tribunal considera inconstitucional cualquier ley que entienda que la finalidad del enlace es la

procreación. La toma de postura de la Suprema Corte fue bien recibida por las organizaciones involucradas en la lucha por los derechos civiles.

El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CNPD) calificó la medida de "histórica" y como un paso fundamental para derribar legislaciones vejatorias. "Es un avance en la lucha por proteger y visibilizar los derechos fundamentales de todas las personas ", señaló en un comunicado. Mucho más fría fue la acogida en el universo político. Aunque el reconocimiento de los derechos homosexuales ha avanzado con fuerza en los últimos años en México (el 70% de la población se declara a favor, según CNPD), numerosos políticos rehúyen aún la cuestión por miedo a los prejuicios y la erosión electoral.

En el caso del derechista Partido de Acción Nacional (PAN), este distanciamiento está generalizado. Más confusa resulta la posición del PRI, el PRD o Morena. En estas formaciones la tolerancia ha ganado terreno, pero aún se registran profundas resistencias. Un caso paradigmático es el de Andrés Manuel López Obrador, exjefe de Gobierno del DF y dos veces candidato presidencial con el PRD. Aunado a lo anterior, el enfoque de nuestro paradigma de investigación es cualitativa y transversal y la metodología utilizada es exploratoria y descriptiva, pues en dicho problema social referente a la unión entre dos personas del mismo sexo, nos encontramos ante una interacción etnográfica y fenomenológica que ha sido determinante y relevante en nuestro entorno social., pues actualmente nos encontramos en una disyuntiva de aceptación por parte de la sociedad entre la protección de la familia y la procreación.

Esta problemática es de interés social y repercute en gran parte a todas las clases sociales existentes en nuestra sociedad; dado que la unión entre dos personas del mismo sexo tiene gran relevancia en el ámbito jurídico l y crea gran controversia en el ámbito social; especialmente crea una problemática en la religión católica; pues es una de las que tienen mayor auge en creencia religiosa en todo el mundo y de ahí surgen las diferentes ideas y costumbres religiosas; toda vez que están en desacuerdo que contraigan vínculos o uniones dos personas del mismo sexo; ya que según nuestros ancestros dicha unión va en contra de los principios morales y creencias religiosas que estipula la misma iglesia católica. Dicha controversia es útil en el bienestar de ambas personas pero esto afecta a terceros como lo son los niños y no se toma en cuenta el derecho superior del niño ni el derecho que tiene el menor de integrarse a una familia real e idónea que cumpla con todas las expectativas morales,

religiosas, y que salvaguarde su integridad física para su debido desarrollo mental y psicológico.

Todo lo antes expresado nos lleva a la presunción de que se trata de un asunto de carácter antisocial en donde se satisfacen dos pretensiones mas no se cumplen las formalidades que conlleva a formar una familia adecuada e idónea respetándose los derechos humanos fundamentales y de convivencia a la que todo ser humano tiene derecho y asimismo sea aceptado en nuestra sociedad en general. Conocer los diferentes puntos de vista sobre la aceptación de la sociedad con respecto a la unión entre dos personas del mismo sexo; y las repercusiones y alcances sociales, jurídicos y religiosos que conlleva la aceptación de dicha unión sin limitantes, mostrando una realidad social de la familia.

DESARROLLO

La unión entre dos personas del mismo sexo en el Distrito Federal se puede realizar en todas las entidades federativas que integran el país, esto tras la resolución de jurisprudencia 43 2015 de la SCJN emitida el 12 de junio de 2015, en la cual obliga a todos los jueces a seguir este criterio favorable en todos los amparos que se interpongan, en cualquier parte del país, y en donde aún no está legalizados este tipo de matrimonios. Anteriormente únicamente se podía realizar en el Distrito Federal, Quintana Roo y Coahuila, además de que les permite gozar de todos los beneficios que ello implica como la seguridad social por parte del IMSS e ISSSTE y las instituciones sociales de vivienda como el INFONAVIT y FOVISSSTE así como adopción de menores.

La lucha por el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo en México ha sido particularmente visible a partir de la segunda mitad de la década de 1990. La llegada de la izquierda al gobierno del Distrito Federal en 1997 fue vista como una oportunidad para ampliar los derechos del colectivo LGBTTTI.

En el año 2000, durante el gobierno de Andrés Manuel López Obrador, la diputada Enoé Uranga presentó ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) una propuesta para reconocer uniones civiles entre personas del mismo sexo. Esta figura jurídica reconoce derechos similares a los del matrimonio, pero no reconoce, entre otros, el derecho a la adopción.

La discusión sobre la propuesta de Uranga solo fue posible después que López Obrador dejó el cargo de jefe de gobierno pues, aunque nunca se manifestó en contra de las uniones homosexuales, tampoco suele apoyarlas abiertamente.[1] La Ley de Sociedad de Convivencia fue aprobada por la ALDF el 16 de noviembre de 2006, y entró en vigencia en marzo de 2007, 121 días después de su publicación en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*.[2] A favor de la ley se manifestaron todos los partidos representados en la Asamblea, con excepción del Partido Acción Nacional (PAN) y dos miembros de Nueva Alianza (Panal).

Antes de que entrara en vigor la ley capitalina, el Congreso del Estado de Coahuila decretó la modificación del marco jurídico estatal para dar cabida a la figura del Pacto Civil de Solidaridad el 11 de enero de 2007.[3] La entrada en vigor de la reforma fue adelantada ante la amenaza de los diputados locales panistas de interponer un recurso de inconstitucionalidad ante la SCJN y echar abajo, o al menos detener, la entrada en vigor de la reforma. En ese panorama, el gobierno coahuilense puso en vigor las nuevas disposiciones el 15 de enero de 2007, convirtiéndose en la primera entidad federativa mexicana donde fue posible registrar parejas homosexuales como uniones civiles ante las autoridades del gobierno.[4]

A partir del reconocimiento de las uniones civiles en Coahuila y el Distrito Federal, en otras entidades federativas se planteó la posibilidad de adoptar legislaciones similares o permitir los matrimonios homosexuales. Cabe señalar que en México, los estados son entidades federadas pero que conservan la soberanía sobre sus territorios. Cada estado posee un congreso legislativo que crea y modifica el marco legal vigente en el plano local. En ese marco, algunas organizaciones no gubernamentales del estado de Yucatán buscaron presentar ante la legislatura local una propuesta para reconocer los matrimonios homosexuales en el estado.[5]

Al año siguiente, lo que el congreso yucateco aprobó fue una iniciativa popular presentada por grupos conservadores. Esta propuesta solicitaba la modificación del código civil para definir como norma constitucional el matrimonio heterosexual, y para prohibir expresamente la realización o el reconocimiento de matrimonios homosexuales y el aborto por razones económicas o por riesgo de vida para la madre. Todos los partidos en el congreso yucateco se manifestaron a favor de la medida, excepción hecha de la única diputada del Partido de la Revolución Democrática.[6]

En México, cada entidad federativa posee un código civil en el que se reglamenta la institución del matrimonio. Sólo los códigos de Quintana Roo, Coahuila y el Distrito Federal cuentan con condiciones para el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo, es decir, en estas entidades federativas es por via legislativa, lo que vuelve más sencillo este tipo de uniones. Sin embargo, el 12 de junio de 2015 la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió sentar jurisprudencia para que en el resto de los estados del país en donde aún no está legalizados estos matrimonios las parejas homosexuales, puedan ampararse y todos lo jueces deben acatar esta jurisprudencia y brindar las facilidades para que estos matrimonios se lleven sin mayor retraso.

Tabla 1. Inconstitucionalidad de las leyes estatales que definen el matrimonio como unión de hombre y mujer

Entidad	Unión Civil	Matrimonio	Reconoce matrimonios en otras jurisdicciones	Método "legislativo o judicial"
Distrito Federal	✓ Sí	✓ Sí	✓ Sí	Aprobado por la Asamblea Legislativa (ALDF), una enmienda al artículo 146 del código civil para el Distrito Federal, misma que dejó de calificar el sexo de los contrayentes como anteriormente lo hacía ("El matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer [...])". Hoy día dice: Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Via legislativa.

Entidad	Unión Civil	Matrimonio	Reconoce matrimonios en otras jurisdicciones	Método "legislativo o judicial"
Aguascalientes	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Baja California	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Baja California Sur	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Campeche	✓ Sí	✓ Sí	✓ Sí	Aprobado por el Congreso Estatal la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia que permite a las parejas del mismo sexo inscribir sus uniones en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio. Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Chiapas	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Chihuahua	✓ Sí	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Coahuila de Zaragoza	✓ Sí	✓ Sí	✓ Sí	Aprobado por el Congreso Estatal la Ley de Pacto Civil de Solidaridad, de esta forma las parejas homosexuales que hagan vida en común serán reconocidas por el Estado y la sociedad.[7] Aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción por parte de personas

Entidad	Unión Civil	Matrimonio	Reconoce matrimonios en otras jurisdicciones	Método "legislativo o judicial"
				LGBT[8] Via legislativa
Colima	✓ Sí	✓ Sí	✓ Sí	Aprobado por el Congreso Estatal bajo la figura jurídica de Enlace Conyugal, para el reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo, las cuales tendrán los mismos derechos y obligaciones que los matrimonios civiles, figura que seguirá siendo reservada para las parejas heterosexuales.[9] Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Durango	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Guanajuato	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Guerrero	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Hidalgo	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Jalisco	✓ Sí	✓ Sí	✓ Sí	Aprobado por el Congreso Estatal de Jalisco con 20 votos a favor, 15 en contra y una abstención. Los cambios a la ley otorgarán beneficios como pensiones y prestaciones sociales a

Entidad	Unión Civil	Matrimonio	Reconoce matrimonios en otras jurisdicciones	Método "legislativo o judicial"
				parejas del mismo sexo que busquen la unión civil. El estado lo identificará como Libre Convivencia.[10] Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
México	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Michoacán de Ocampo	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Morelos	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	En trámites.
Nayarit	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Nuevo León	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Oaxaca	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Puebla	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Querétaro de Arteaga	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Quintana Roo	✓ Sí	✓ Sí	✓ Sí	El Código Civil de Quintana Roo, por intención y omisión de los legisladores, definió que son las*personas* y *cónyuges*,

Entidad	Unión Civil	Matrimonio	Reconoce matrimonios en otras jurisdicciones	Método "legislativo o judicial"
				sin indicar su género como en otros estados, quienes tienen derechos y obligaciones en un matrimonio. Ante el no impedimento de la ley. Omisión legislativa
San Luis Potosí	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Sinaloa	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo..
Sonora	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Tabasco	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Tamaulipas	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Tlaxcala	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Veracruz de Ignacio de la Llave	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Yucatán	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante amparo.
Zacatecas	✗ No	✓ Sí	✓ Sí	Jurisprudencia, via judicial, mediante

Entidad	Unión Civil	Matrimonio	Reconoce matrimonios en otras jurisdicciones	Método "legislativo o judicial"
				amparo.
México	Al declararse constitucional el matrimonio entre personas del mismo sexo reconocido por las leyes del Distrito Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación siguió sus discusiones sobre la validez de los matrimonios homosexuales en toda la República. SCJN resolvió que todas las entidades federativas están obligadas a reconocer la validez de los matrimonios homosexuales celebrados en el Distrito Federal, pero es su facultad disponer en sus legislaciones la manera en que se harán efectivos los derechos de estas parejas en sus territorios.			

Nota: Diseñada por investigador.

El 12 de junio de 2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró en la Jurisprudencia 43/2015 que las leyes estatales que impiden el matrimonio entre personas del mismo sexo son inconstitucionales. Esta tesis jurisprudencial señala que es incorrecto decir que el matrimonio tiene como finalidad la procreación, pues en realidad cumple otras funciones sociales. Al definir al matrimonio como unión heterosexual, varias normas estatales discriminan a las personas por su orientación sexual, y por lo tanto contravienen la igualdad de derechos que consagra la Constitución federal mexicana. Por lo que a partir de de esta fecha se podrán realizar este tipo de matrimonios en todas las entidades federativas por via judicial y únicamente en en tres entidades federativas por via legislativa, es decir, sin la necesidad de tramitar un amparo.

Casos:

- Colima: Por primera vez en el municipio de Cuauhtémoc del Estado de Colima, dos personas del mismo sexo se unieron en matrimonio, los hechos se dieron el 27 de febrero de 2013, bajo la valoración jurídica llegando a la determinación de otorgar basado en la Constitución, Tratados Internacionales y la Ley que le previene, combate y elimina la discriminación en el Estado de Colima.[11] Congreso

local aprobó la unión civil entre personas del mismo sexo, bajo la figura jurídica de enlace conyugal. Esta figura dará a las parejas los mismos derechos y garantías civiles y sociales que tienen el hombre y la mujer unidos en matrimonio. Con ello, se acepta legalmente la existencia de dos tipos de relaciones conyugales, como son el matrimonio, que se define como el acto celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, y el enlace conyugal, entre dos personas del mismo sexo.

- Asimismo, a quienes celebren una relación conyugal, ya sea matrimonio o enlace conyugal, se les denominará indistintamente, cónyuges, consortes, esposos o casados.
- Yucatán: El 26 de marzo de 2013, una pareja del mismo sexo pidió al Registro Civil de Yucatán contraer matrimonio. El Registro Civil rechazó la solicitud diciendo que la Constitución Política del Estado define el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. La pareja apeló la decisión, y el 1 de julio, el Tribunal de Distrito del Estado reconoció que tienen el derecho a contraer matrimonio. Si el Registro Civil no apela en diez días hábiles posterior a la decisión del Tribunal de Distrito, la pareja se convertiría en el primer matrimonio igualitario en Yucatán que obtendría ese derecho. El 8 de agosto de 2013, se llevó a cabo el matrimonio civil de la primera pareja de hombres en el estado. Convirtiéndose en el primer matrimonio entre personas del mismo sexo, realizado en el municipio. Del 2013 a finales del 2014 en el Estado de Yucatán, se han efectuado 9 matrimonios entre personas del mismo sexo. 8 en el municipio de Mérida y uno más en el municipio de Valladolid.
- Jalisco: El 31 de octubre de 2013, el Congreso del Estado de Jalisco adoptó la ley de libre convivencia, la cual aprueba los contratos civiles entre 2 o más personas, sin importar el sexo o los lazos familiares que existan entre ellos. De esta manera se permite que puedan formalizar su unión a través de un contrato notariado y adquirir los beneficios de seguridad social y patrimonial. Esta iniciativa fue promovida por Enrique Velázquez, del Partido de la Revolución Democrática (PRD), por primera vez el 18 de abril de 2013, ante el Congreso de Jalisco, con el fin de reconocer y regular la convivencia de dos personas, sin importar su sexo; y con el objetivo de aceptar a cualquier tipo de familia que desee establecer un hogar

y ayudarse mutuamente. Después de 6 meses, y dónde los temas de debate involucraban la moral, religión y a la familia, esta nueva ley fue aprobada con 20 votos a favor de un total de 36, donde los 15 restantes fueron en contra y una abstención.

- San Luis Potosí: Una pareja de varones recibieron el 4 de junio de 2014 la notificación sobre el amparo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para poder contraer nupcias. Con ello, la pareja se convertirá en el primer matrimonio entre personas del mismo sexo en la entidad potosina.
- Campeche: El Congreso de Campeche aprobó el 23 de Diciembre la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia, luego de que el proyecto permaneciera en "la congeladora" varios meses; ahora los gais y lesbianas de Campeche podrán inscribir su unión en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio. Votando por unanimidad todos los diputados locales del congreso estatal.[12]
- Guanajuato: El Gobierno del Estado acatará el amparo que ordena que dos mujeres se casen en León, afirmó Antonio Salvador García López, secretario de Gobierno. “Las resoluciones federales se van a acatar, una vez que causen estado la resolución, claro que se va a acatar la resolución, eso lo dije hace más de seis meses”, afirmó. Pero dijo que primero tienen que conocer cómo viene la resolución, porque apenas fueron notificados el viernes. Y que esperarán a que cause estado, es decir, que ya no haya más posibilidad de impugnarlo. El sábado, AM publicó que el 14 de febrero, una pareja de mujeres recibió una notificación de que ganaron el amparo 1157/2013 para poder casarse por lo civil. Esto, después de que el 14 de septiembre de 2013 interpusieron un amparo debido a que el 15 de agosto de ese año el Registro Civil de León les negó contraer matrimonio. La presidenta municipal de León, Bárbara Botello; la regidora Verónica García; y los diputados Daniel Campos (PAN), Guadalupe Torres (PRD) y Roberto Rábago (PRI), se pronunciaron por respetar la resolución judicial que permite el matrimonio de una pareja del mismo sexo en Guanajuato.[13]

Opinión pública

Un estudio conducido por la Universidad de Vanderbilt en el año 2010, concluyó que 37,8% de los mexicanos apoyan el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por su parte, un estudio hecho por el Pew Research Global Attitudes Project, concluyó que el 61% de los mexicanos están de acuerdo con que la homosexualidad debería ser aceptada por la sociedad. En otro estudio conducido por Parametría en julio del 2013, concluyó que el 52% de los mexicanos está a favor de que las personas LGBT puedan contraer matrimonio y donde solo el 23% está de acuerdo con que puedan adoptar niños.[16]

Amparos

En México se han interpuesto amparos en los estados de Oaxaca, Chihuahua, Guerrero, Baja California, Tabasco y San Luis Potosí. En 2010, el Distrito Federal (DF) se convirtió en la primera entidad en permitir los matrimonios gay, desde esa fecha y hasta finales de 2013, se celebraron más seis mil matrimonios en Ciudad de México. Otras entidades en las que se han promovido amparos para casar a parejas homosexuales son Oaxaca, Yucatán, Chiapas, Tabasco, Estado de México, Morelos, Michoacán, Querétaro, Jalisco, Colima, Sinaloa, Guanajuato, Nuevo León, Chihuahua, Baja California, Baja California Sur, Nuevo León, Chihuahua, Nayarit, Aguascalientes, Tamaulipas, Veracruz, Campeche, Guerrero e Hidalgo. La unión entre dos personas del mismo sexo, también conocido como matrimonio homosexual, matrimonio igualitario o matrimonio gay, reconoce legal o socialmente un matrimonio formado por contrayentes del mismo sexo biológico o legalmente reconocido.

El 21 de diciembre de 2009 la Asamblea Legislativa (ALDF), aprobó una enmienda al artículo 146 del código para el Distrito Federal, misma que dejó de calificar el sexo de los contrayentes como anteriormente lo hacía (*"El matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer [...])"*. La reforma fue publicada en la *Gaceta del Distrito Federal* por instrucción del jefe de gobierno capitalino el 29 de diciembre de 2009 y entró en vigor en marzo de 2010. Por vía de consecuencia, a partir de entonces, el matrimonio entre personas del mismo sexo es lícito en el Distrito Federal y puede ser reconocido en el resto de la República Mexicana.

En relación con lo anterior, cabe señalar que, antes del matrimonio igualitario en el Distrito Federal, la *Ley de Sociedades de Convivencia*, vigente desde 2006, reconocía las uniones entre personas del mismo sexo mediante un convenio que no otorgaba el derecho de filiación y seguridad social para los convivientes. No constituía un acto que modificara el estado civil de

las personas contrayentes pues los firmantes permanecían "solteras" (os) a diferencia del matrimonio contraído ante un juez del Registro Civil. En ese sentido, el Distrito Federal se convirtió en la decimocuarta jurisdicción del mundo que legaliza las nupcias entre homosexuales

El 24 de noviembre de 2009 el asambleísta David Razú Aznar, propuso un proyecto de ley para legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo de la mano de Sociedad Unida por el Derecho al Matrimonio entre personas del mismo sexo, coalición de organizaciones coordinada por Lol Kin Castañeda Badillo. Los Argumentos del Diputado David Razú, inician diciendo que "gais y lesbianas pagan impuestos como los demás, obedecen las leyes como los demás, construyen la ciudad como los demás, y no hay ninguna razón para que tengan una serie de reglas especiales y diferentes". El proyecto buscaba modificar la definición de *matrimonio* del Código Civil para incluir un lenguaje genéricamente neutro. Razú señaló que el proyecto debía "estar de acuerdo con el Artículo 1 de la Constitución, que dice que no se puede discriminar a ninguna persona por ninguna razón, y con el Artículo 2 del Código Civil, que dice que ninguna persona puede ser privada del ejercicio de sus derechos por razones de orientación sexual".

Emiliano Aguilar, asambleísta del PRI, recibió críticas por distribuir panfletos homófobos que mostraban a prostitutas transgénero con la capción, "Legislador, ¿quieres que tus hijos terminen así? No promuevas la homosexualidad". Luis González Plascencia, Presidente de la Comisión de Derechos Humanos de la ciudad de México, apoyó el proyecto de ley. La Asociación Internacional de Gays y Lesbianas (ILGA), Amnistía Internacional (AI),Acción Ciudadana de Construcción Nacional AC (ACCIONA AC), organizaciones feministas y defensoras del Derechos Humanos en México y en otras partes del mundo formaron más de 360 ONG reunidas en una sola llamada Sociedad Unida por el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo (www.sociedadunida.org.mx), desde donde apoyaron la legalización del matrimonio homosexual en México D.F. El PAN anunció que se opondría determinantemente a la iniciativa y demandó al gobierno un referéndum.[4] v[5] Sin embargo, se rechazó la posibilidad de un referéndum sobre el matrimonio homosexual en la Asamblea Legislativa el 18 de diciembre de 2009 por 39 votos a favor 20 en contra y 5 abstenciones.

El 21 de diciembre de 2009 la ALDF aprobó la legalización del matrimonio homosexual con 39 votos —de las fracciones del PRD y el PT— contra 20 —2 priístas, más PAN y PVEM—

. Marcelo Ebrard confirmó la ley en su calidad de jefe de gobierno y se instruyó su publicación el 29 de diciembre de 2009 en la *Gaceta del Distrito Federal*.[7] El proyecto de ley modifica la definición de matrimonio en el Código Civil del DF. Antes de la reforma, el artículo 146 de dicho código definía el matrimonio como "la unión libre entre un hombre y una mujer". A partir del 29 de diciembre, este artículo está redactado de la siguiente manera:

Artículo 146.- Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código. El decreto de la ALDF reconoce todos los derechos conyugales a las parejas de personas del mismo sexo, incluyendo la adopción, la adquisición común de crédito bancario, la posibilidad de heredar bienes y el derecho a incluir a la pareja en las pólizas de seguro, entre otros derechos que no eran reconocidos por la *Ley de Sociedades de Convivencia* (uniones civiles) vigente en la entidad.[9] El PAN ha prometido ir a los tribunales para recurrir la ley.[9] Bajo la nueva ley, los matrimonios homosexuales podrán realizarse a los 45 días de la aprobación de la medida, comenzando el 4 de marzo de 2010.

Reacciones:

Partido Acción Nacional.

En el debate legislativo del 21 de diciembre de 2009, los panistas y priístas expresaron su desacuerdo con la postura de los partidos de la Revolución Democrática y del Trabajo. Los panistas intentaron retardar la aprobación del proyecto legislativo proponiendo primero un referéndum, que fue rechazado por la mayoría de los diputados. En respuesta, la dirigente del PAN en el Distrito Federal, Mariana Gómez del Campo, pidió a Marcelo Ebrard que rechazara la aprobación de la ley, por considerarla perjudicial para los niños, al permitir la adopción por parte de parejas homosexuales.[11] Señaló que su partido presentaría una controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). El 22 de diciembre Gómez del Campo señaló que contaba ya con el aval de 19 diputados del PRI, PVEM y su propio partido, de los 22 que requiere la ley mexicana. Leticia Bonifaz, consejera jurídica del GDF, rechazó que existieran argumentos jurídicos para apoyar un veto a la reforma del Código Civil. El 14 de enero de 2010 los dirigentes del PAN nacional —César Nava— y local, Mariana Gómez del Campo, anunciaron que realizarían una consulta ciudadana para

conocer la opinión de los capitalinos respecto al matrimonio gay y la adopción por parte de parejas homosexuales. La consulta se realizó del 21 al 24 de enero, y de acuerdo con sus organizadores, el 53% de sus consultados rechazó el matrimonio *gay* y 56% se manifestó contra el derecho de adopción por parte de estas parejas.

En respuesta, el jefe de gobierno capitalino dijo que Calderón no puede negar que esté involucrado de manera directa en la controversia interpuesta por la PGR, y confió en que este recurso no procederá ante la corte. La sociedad civil organizada realizó diversas manifestaciones públicas encabezadas por "Sociedad Unida por el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo" como una clausura simbólica frente a las instalaciones de la PGR y una marcha multitudinario encabezada por el Diputado David Razú Asnar, (quien promovió la reforma) de la mano de Lol Kin Castañeda Badillo (presidenta de la coalición);que partió del Monumento a la Independencia rumbo a la casa presidencial en México con el fin de solicitar una audiencia con el Ejecutivo Federal y entablar un diálogo respetuoso entre el movimiento social y el presidente de la República.

Asimismo, la reforma parte de la tesis de que no existía protección legal del ejercicio de los derechos de las parejas integradas por personas del mismo sexo y que desean fundar una familia. Ello no es exacto, pues en el Distrito Federal existe, desde 2006, la institución jurídica de la sociedad de convivencia, que tutela prácticamente los mismos derechos que el matrimonio, salvo los relacionados con la procreación y la descendencia. Por otro lado, la PGR considera que la reforma se aleja del deber estatal de salvaguardar el interés superior del niño, cuya supremacía ordena la Constitución Federal y cuyos alcances establecen los tratados internacionales y han interpretado los propios tribunales mexicanos.

La acción de controversia interpuesta por la PGR fue apoyada por el PAN, la jerarquía de la iglesia católica y por el Colegio de Abogados Católicos. Por parte de la arquidiócesis de México, Norberto Rivera Carrera argumentó que en la oposición a la reforma capitalina no hay discriminación contra los *gais*, aunque no se pueden "arrogar derechos que vulneren el derecho de los más pequeños". Por su parte, Ennio Antonelli en su calidad de presidente del Consejo Pontificio de la Familia, declaró en Mérida (Yucatán) que la nueva cultura de respeto a los derechos de las minorías sexuales es positiva, pero resulta perjudicial cuando se incluye el tema de la adopción en el asunto.

El presidente de la Comisión Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) se manifestó también a favor de la demanda interpuesta por la PGR. Ricardo Bucio calificó el 3 de febrero como "irresponsabilidad" el añadir un problema social más al complicado panorama actual en el país. Según él, la promulgación de la reforma a las leyes capitalinas ha aumentado las expresiones de odio e intolerancia al tiempo que ha favorecido la polarización de la sociedad. En contraste, el representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Roberto Brunori, lamentó que el debate sobre el matrimonio *gay* se esté tornando intolerante. Señaló que en cualquier Estado democrático debe prevalecer la civilidad sin actos discriminatorios por ninguna causa. Brunori confió en que la SCJN resolverá la controversia dentro de los estándares internacionales.

En su sesión pública ordinaria del 5 de agosto de 2010, la SCJN desechó el recurso promovido por el procurador Arturo Chávez Chávez y resolvió que la ALDF tiene competencia para legislar sobre el matrimonio, por lo que las reformas son constitucionales. La resolución se tomó con ocho votos a favor y la oposición del presidente de la Suprema Corte, Guillermo Ortiz Mayagoitia y del ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Además, la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos estuvo ausente en la sesión por motivos de salud.

Al declarar constitucional el matrimonio entre personas del mismo sexo reconocido por las leyes del Distrito Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación siguió sus discusiones sobre la validez de los matrimonios homosexuales en toda la República. De acuerdo con su sesión del 10 de agosto de 2010, la SCJN resolvió que todas las entidades federativas están obligadas a reconocer la validez de los matrimonios homosexuales celebrados en el Distrito Federal, pero es su facultad disponer en sus legislaciones la manera en que se harán efectivos los derechos de estas parejas en sus territorios.[23] Posteriormente, también resolvieron que la adopción por parte de los matrimonios *gay* se encuentran apegados a la Constitución, y que negar el derecho a la formación de una familia por esta vía sería un acto de discriminatorio que va en contra de los derechos humanos. Conoce los momentos clave que precedieron a la histórica jurisprudencia de la Corte a favor de los matrimonios entre personas del mismo sexo (CNN México) — La jurisprudencia que emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) representó un avance decisivo para la comunidad homosexual en busca del matrimonio igualitario, tras casi una década de lucha legal en México. Los ministros de la SCJN fallaron a favor de declarar inconstitucional las leyes de los estados que definen al

matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, lo cual consideraron discriminatorio para los derechos que garantiza la Constitución a todos sus habitantes. Se trató de un "avance histórico", según expresó el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación el pasado 13 de junio.

Y aunque los códigos civiles de los estados mantengan su definición de matrimonio, las parejas del mismo sexo pueden hacer válida la jurisprudencia de la SCJN a través de un amparo. Pero para llegar al fallo de la Corte, hubo un recorrido previo: Luego de años de propuestas, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) aprobó el 16 de noviembre de 2006 la Ley de Sociedades de Convivencia, una legislación que no equivalía al matrimonio, pero que otorgaba derechos similares a cualquier tipo de pareja. Entró en vigor en el Distrito Federal el 17 de marzo de 2007, con lo que las parejas LGBTTTI tuvieron por primera vez una unión civil reconocida en la capital mexicana. En diciembre de 2009 la ALDF modificó el Código Civil local para redefinir al matrimonio como la unión entre dos personas, sin importar su género. Esa modificación entró en vigor en marzo de 2010, lo que abrió la puerta para que 700 parejas obtuvieran actas de matrimonio en el primer año de vigencia de la ley. En noviembre de 2011, Quintana Roo fue la segunda entidad en celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo.

En diciembre de 2012, la SCJN resolvió tres amparos que impugnaban el código civil de Oaxaca, el cual limita los matrimonios a una pareja entre un hombre y una mujer.Parejas de Puebla, Nuevo León, Guanajuato y el Estado de México solicitaron en diciembre de 2012 amparos similares a los de Oaxaca.Una alcaldesa en Colima aprobó el primer matrimonio gay en ese estado basada en el principio constitucional de la “no discriminación” en febrero de 2013.El 22 de marzo de 2013, Oaxaca celebró su primer matrimonio de una pareja de personas del mismo sexo, la cual había ganado un amparo ante la SCJN.

El Congreso de Colima declaró válida una legislación de “enlaces conyugales” que permite la unión legal de parejas del mismo sexo, aunque no iguala el matrimonio.El Partido de la Revolución Democrática (PRD) presentó en noviembre de 2013 una iniciativa en el Senado, que sigue congelada, para legalizar el matrimonio homosexual a nivel federal.Un amparo dio pie al primer matrimonio entre personas del mismo sexo en Jalisco en diciembre de 2013, el cual fue adelantado ante amenazas de boicot.El 29 de enero de 2014, la SCJN determinó que

el Instituto Mexicano del Seguro Social debe garantizar los derechos de los matrimonios homosexuales.

La SCJN declaró en abril de 2014 que el artículo del código civil de Oaxaca que definía al matrimonio entre un hombre y una mujer es inconstitucional. Dos mujeres firmaron la primera acta de matrimonio entre parejas del mismo sexo en Michoacán, en marzo de 2014, gracias a una orden judicial. El Congreso de Coahuila modificó sus leyes para abrir el matrimonio a las parejas sin distinción de su género en septiembre de 2014.El alcalde de la Ciudad de México, Miguel Ángel Mancera, informó en mayo de 2015 que más de 5,400 parejas del mismo sexo se han casado desde la vigencia de la ley, de los cuales el 1% se ha divorciado. La SCJN resolvió el 12 de junio de 2015 la jurisprudencia que declara inconstitucionales las leyes que limitan al matrimonio a una pareja de un hombre y una mujer, lo que abre el matrimonio a todo tipo de parejas en el país. La Procuraduría General de la República (PGR) emitió el 26 de junio de 2015 un protocolo para que su personal actúe a favor de "la dignidad" de las personas de la comunidad LGBTTTI.

El 26 de junio de 2015, la ONU emitió un comunicado en el que "celebra" la jurisprudencia de la SCJN, pues dijo que reconoce la "universalidad de los derechos humanos". Cualquier ley que prohíba el matrimonio entre personas del mismo sexo es inconstitucional, determinó; ordenó publicar en el Semanario Judicial una jurisprudencia. CIUDAD DE MÉXICO, 14 de junio.- Cualquier ley que prohíba el matrimonio entre personas del mismo sexo es inconstitucional, determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). *La Ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad del matrimonio es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional"*. Precisó que la finalidad constitucional del matrimonio es la protección de la familia, por lo que calificaron como "no idóneo" que algunas legislaciones limiten su función a la procreación.

Calificó de discriminatorio vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales, ya que éstas no constituyen un aspecto relevante en cuanto a la protección de la familia. En cuanto a las legislaciones que definen al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, la jurisprudencia estableció que se trata de una "enunciación discriminatoria en su mera expresión". El texto señala que "Bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual" Ahora bien, después de haber aportado la

información idónea sobre la problemática que existe con respecto a la unión de dos personas del mismo sexo, surgen estas interrogantes las cuales mencionare a continuación:

1. ¿La unión entre dos personas del mismo sexo es considerado por la sociedad como perversión que afecta las buenas costumbres?
2. ¿La Constitución vigente determina en su contenido en que las parejas entre dos personas del mismo sexo gozan de derechos igualitarios para casarse?
3. ¿El Código Civil del Distrito Federal es lo suficientemente claro en sus preceptos con respecto a las uniones entre dos personas del mismo sexo?
4. ¿La Ley eclesiástica admitirá la unión entre dos personas del mismo sexo en la consagración de la familia como centro y radio de la sociedad?
5. ¿Existe perdida de los Valores morales por el hecho de que la Ley eclesiástica permita las uniones entre dos personas del mismo sexo en el Distrito Federal?

Dado lo anterior, y en vista de la problemática planteada esta investigación contiene un enfoque cualitativo donde prevaleció un estudio transversal (en un momento especifico del tiempo), el tipo de investigación que siguió el trabajo adopto un proceso exploratorio descriptivo, donde el método de investigación basado e la comprensión se distinguió a través de la Teoría fundamentada, asimismo el instrumento de fundamentación fue sustentada a través de la documentación ubicada en las páginas de internet, leyes reglamentarias; así también jurisprudencias decretadas por la suprema corte de justicia de la nación, libros, hemerotecas, videos, fotografías entre otros.

RESULTADOS

La investigación represento los siguientes hallazgos:

1. Controversias de diferentes puntos de vistas de diversas instituciones y partidos políticos que incluso presentaron recursos de amparo en contra de la unión de dos personas del mismo sexo; ya que la ALDF reconoce todos los derechos conyugales a las parejas de personas del mismo sexo, incluyendo la adopción, la adquisición común de crédito bancario, la posibilidad de heredar bienes y el derecho a incluir a la pareja en las pólizas de seguro, entre otros derechos que no eran reconocidos por la Ley de Sociedades de Convivencia (uniones civiles) vigente en la entidad.

2. Discrepancias manifestadas por la Sociedad; pues se presentaron varias controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) con el único fin de demostrar que el decreto emitido por la Suprema Corte de la Nación es considerarla perjudicial para los niños, al permitir la adopción por parte de parejas homosexuales.
3. Transgresión a los Derechos del interés Superior del menor; esto es así, porque a pesar de haber agotado los recursos necesarios, como lo son amparos e inconstitucionalidades *Cualquier ley que prohíba el matrimonio entre personas del mismo sexo es inconstitucional*, determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); pues la Corte ordenó publicar en el Semanario Judicial una jurisprudencia mediante la cual establece: Que la Ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad del matrimonio es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional"; también precisó que la finalidad constitucional del matrimonio *es la protección de la familia, por lo que calificaron como "no idóneo" que algunas legislaciones limiten su función a la procreación.* Y Calificó de discriminatorio vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales, ya que éstas no constituyen un aspecto relevante en cuanto a la protección de la familia. En cuanto a las legislaciones que definen al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, la jurisprudencia estableció que se trata de una "enunciación discriminatoria en su mera expresión". El texto señala que *"Bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual"*. Dado lo anterior ha dado un paso de gigante en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una decisión histórica, ha respaldado estos enlaces y los ha equiparado plenamente a los heterosexuales; tal medida del alto tribunal, acogida con frialdad por las fuerzas políticas, pone fin a la dispersión legal en torno a esta cuestión y considera inconstitucional cualquier norma que establezca que la finalidad del matrimonio es la procreación o que lo defina como la unión entre un hombre y una mujer. Derivado de lo anterior; esto provocó las grandes inconformidades religiosas; principalmente a la iglesia católica; pes no considera que dicha unión de dos personas del mismo sexo obtengan el sacramento religioso llamado matrimonio.

CONCLUSIÓN

La investigación arrojó minuciosamente los resultados encontrados sobre la problemática de las uniones entre dos personas del mismo sexo; ya que si bien es cierto al decretar la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION la aceptación de las uniones de dos personas del mismo sexo; mas cierto es, que, se está respetando el derecho fundamental que tiene toda persona al relacionarse y formar una familia; pero al decretar también que tiene derecho a formarla con todos los derechos, obligaciones y formalidades que confieren a la familia; estamos ante una violación trascendental de los derechos del interés superior del niño y del adolescente; pues al darle de manera ilimitada todos los derechos que conllevan a formar parte una familia a la unión de personas del mismo sexo; esto afecta a la integridad física del niño y del adolescente; pues en ningún momento lo decretado por la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, salvaguarda la protección y el bienestar de menores; ya que al tener estas parejas el derecho a adoptar un hijo.

Todo esto conllevaría a una problemática más antisocial, degradante e inmoral; pues no solo se violentan los derechos de los menores; sino también la integridad física psicológica y emocional de un infante; pues al desenvolverse en un ambiente familiar totalmente distinto al que ya pertenecía cuando nació y se desenvolvió socialmente; esto es más que evidente que dañaría su estatus mental provocando un desajuste emocional que lo llevaría a la confusión de sus creencias religiosas y morales en su entorno social; esto no significa que se esté discriminando dichas uniones del mismo sexo; sino que al decretarse tales uniones también debieron establecerse limitantes en cuanto a su expansión y daños a terceros como una nueva familia nuclear, que no provocará alteraciones sociales en nuestra vida diaria; pues al haberse obtenido favorable las uniones del mismo sexo; esto conllevará a quererse expander como una unión actual; el cual se realiza entre la unión de sexos distintos y la procreación de hijos para extenderse como una familia contemplada entre el padre, la madre y los hijos. Es por ello que debe existir limitante para poder sobrellevar nuestro entorno social equilibrado.

PROPUESTA

Es relevante señalar que las propuestas que se tienen son las siguientes:

- El Constituyente permanente legisle ver cómo y de qué manera con la unión de dos personas del mismo sexo no cause agravios a terceros con limitantes y excepciones necesarias las cuales podrían ser:

- No tener derechos de adoptar
- Tener derechos y obligaciones mutuas entre ambos contrayentes, únicamente sobre los alimentos, sucesorios, herencias.

Un reflejo del impacto social de las conceptualizaciones señaladas como propuestas se verán inmersas en el entorno social en que se desenvuelve cada ser humano; pues de no poner excepciones o limitantes en cuanto al alcance legal que podría tener la unión de dos personas del mismo sexo; conllevaría a ser aceptada como una familia con los mismos derechos y similitudes a la de la unión de un hombre y una mujer con respecto a los mismos derechos y obligaciones.

Lo antes propuesto ayudaría mucho a que la sociedad se adaptará a esta nueva unión, respetándose las limitantes religiosas, los derechos del niño a vivir plenamente su niñez en un hogar adecuado con calidez moral; y en ningún momento se estaría violando ningún derecho humano ni social; sino al contrario prevalecería el derecho superior del menor consagradas en la carta magna.

Aunado a lo anterior el TRIBUNAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN debió prever las consecuencias jurídicas que esto conlleva al dejar de manera libre y amplia la concepción y aceptación de las uniones entre dos personas del mismo sexo sin mediar el gran impacto social que causaría haber dejado de manera igualitaria los derechos y obligaciones jurídicas de dichas uniones; pues al emitir dicha tesis jurisprudencial sin las limitantes antes planteadas, transgrede el interés superior del menor y la esfera social en la que se desenvuelve todo ser humano.

BIBLIOGRAFÍA

"Dice el PAN del DF 53% los capitalinos rechaza bodas gay y 56% desaprueba adopción, en *emeequis*, 25 enero 2010, consultado 1 febrero 2010.

Adame Goddard, Jorge (2007). «Análisis y juicio de la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XL(120):931-949.

Anodis (11 de diciembre de 2009). «Preparan dictamen de matrimonio entre personas del mismo sexo». Consultado el 15 de diciembre de 2009.

Anodis, "Realizará PAN consulta sobre matrimonios gays", 14 de enero de 2010, consultada el 21 de enero de 2010.

Aranda, J.; E. Méndez, R. Garduño y C. Gómez: "Se torna discriminatorio debate sobre bodas gays, afirma la ONU", en *La Jornada*, 4 de febrero de 2010, p. 36.

Aranda, Jesús (2010), "Válidas en todo el país las bodas *gays* del DF, determina la Corte", en *La Jornada*, 11 de agosto de 2010, versión electrónica consultada el 13 de agosto de 2010.

Associated Press (21 de diciembre de 2009). «Mexico City assembly legalizes same-sex marriage». Archivado desde el original el 26 de diciembre de 2009. Consultado el 21 de diciembre de 2009.

El Siglo de Torreon, Aprueban unión homosexual en Coahuila

En 2010, López Obrador señaló que el Estado mexicano debería permitir casarse a las parejas homosexuales («Prohibido prohibir aborto y matrimonios homosexuales: AMLO», en *Notiese*, 19 de enero de 2010). En contraste, durante su campaña presidencial de 2012, ante la Conferencia del Episcopado Mexicano señaló que la legalización del aborto y los matrimonios homosexuales serían sometidos a plebiscito («Ofrece AMLO a obispos llevar a plebiscito aborto o bodas gay». En *Proceso*, 18 abril 2012).

G. Romero, R. Garduño, A. Becerril, A. Cruz y J. A. Román: "Consejera: no existen elementos jurídicos para vetar las reformas", en *La Jornada*, 23 de diciembre de 2009, consultado el 21 de enero de 2010.

Gaceta del Distrito Federal, 29 de diciembre de 2009: 525.

Gustavo Castillo García: "Promueve la PGR recurso contra bodas gay", en *La Jornada*, 28 de enero de 2010, p. 43.

Héctor Figueroa, "Iglesia apoya a PGR contra las bodas gay" en *Excélsior*, 1 de febrero de 2010.

http://www.sdpnoticias.com/gay/2013/12/23/legalizan-bodas-gays-en-campeche

http://www.sinembargo.mx/01-09-2014/1104515

SCJN (2010), "Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 5 de agosto de 2010", versión electrónica consultada el 13 de agosto de 2010.

CAPÍTULO XI. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ATENCION MÉDICA EN MEXICO EN OCTUBRE DE 2013

Greta de los Angeles Serrano Pulido[1978],
Angela Pulido De la Rosa[1979]
y Yeny Jimenez Izquierdo[1980]

RESUMEN:

Nuestra Constitución es el resultado del movimiento armado de 1910 que derrocó la dictadura de Don Porfirio Díaz, en pos de superar la terrible condición que aquejaba al pueblo mexicano de entonces. Muchas cosas han cambiado, menos tal condición. Ha avanzado en México el Constitucionalismo desde límite y vínculo de poderes públicos hasta un programa para el futuro, en un doble sentido. De acuerdo con *Ferrajoli*, debe importar, pues, al nuevo constitucionalismo garantizar la efectividad de los derechos constitucionalmente reconocidos. El presente trabajo diferencia entre derechos humanos y garantías constitucionales; estudia las diversas generaciones de derecho humanos y da cuenta de sucesos que no por recientes carecen de antigüedad.

PALABRAS CLAVE: Constitución, Derechos humanos, garantías constitucionales, atención médica, salud.

ABSTRACT:

Our Constitution is the result of armed movement of the mexican people that overthrew the dictatorship of Porfirio Diaz, trying to overcome the terrible condition that afflicted then. Many things have changed, unless such condition. It has advanced Mexican Constitutionalism from limit government bond to a program for the future, in a double meaning. According to Ferrajoli, it has to be important for the new constitutionalism to guarantee the effectiveness of constitutionally recognized rights. This paper difference between human rights and constitutional guarantees; studying the different generations of human rights and citing recent events that seem old.

KEYWORDS: Constitution, human rights, constitutional rights, health care, health.

I. LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

La Constitución Mexicana de 1917 considera al gobernado tanto en su aspecto individual, cuanto en el social. Puede afirmarse que históricamente la misma, fue el primer instrumento jurídico que elevó a rango constitucional el conjunto de derechos de la sociedad[1981], "beneficiando a las clases desposeídas de justicia"[1982], su fin, propiamente dicho, era el tratar al gobernado como un ser social, incrustado en la comunidad, a efectos de que los gobernados

[1978] UJAT, unimensajero@hotmail.com.
[1979] UJAT, anpulido00@gmail.com.
[1980] UJAT, yenyj@hotmail.com.

[1981] Sobreviniendo posteriormente la Constitución rusa de 1918, la alemana de Weimar de 1919, la española de 1931, etc.

[1982] HERNANDEZ APARICIO, Francisco, *Las garantías constitucionales y los derechos humanos del gobernado,* México, Flores, Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., 2012, pp. 207-209.

de clases sociales media y baja, tuviesen derecho a la tierra, educación, trabajo, seguridad y asistencia social, siendo ese también el fin del gobierno.

Este conjunto de derechos de la sociedad fueron otrora conocidos también como garantías sociales cuyo objeto es proteger a las clases sociales en desventaja económica, cultural y laboral, en aras de mejorar su condición social y de vida, debiendo el Estado proteger y preservar los derechos otorgados a tales grupos. En este particular es menester acotar que algunos autores hacen referencia como el objeto de las mismas el proteger a los grupos desiguales, pero tal consideración resulta semánticamente inválida, porque de ser válida, tendría que velar por el bienestar de los ricos, que son los menos en el mundo, y por tanto desiguales al común de los mortales.

Es necesario precisar que "… como su nombre lo indica, las garantías individuales son atributos exclusivos de los individuos, las sociales corresponden al hombre visto desde la perspectiva social"[1983].

Por su parte, los Derechos Humanos[1984] han recibido diversos métodos de clasificación, es decir, ha sido diverso el tratamiento que reciben en los pactos internacionales de la Organización de las Naciones Unidas, los derechos de primera y segunda generación.

Por cuanto a los derechos de primera generación, los Estados se comprometen a respetar y garantizar a los individuos los derechos reconocidos, siendo que en relación a los de segunda generación, el compromiso de los Estados es relativo a crear las condiciones de desarrollo necesarias para su cabal satisfacción.

Entre los mismos, se encuentra inserto el derecho a la salud[1985], mismo que debe considerarse como "derecho prestación" ó "derecho crédito", implicando que existe un

---

[1983] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías sociales,* 2ª. edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 14-16.

1984 Se clasifican de acuerdo a su origen histórico, ubicándolos por generaciones, existiendo derechos de la primera generación que comprenden los generalmente conocidos como derechos civiles y políticos. Dentro de los derechos de la segunda generación se comprenden los de contenido económico, social y cultural, producto de la crisis del Estado liberal burgués y del advenimiento de las revoluciones industriales, que produjeron la formación de una nueva clase social opuesta a la burguesía: el proletariado. La tercera generación de derechos, está constituida por los llamados "derechos de solidaridad", que corresponden de manera general a la creación de condiciones que permitan la vigencia efectiva de los derechos de la primera y segunda generación. Se habla así del derecho al desarrollo, a la paz, a la libre determinación de los pueblos (compilación del autor. Fuente: Seminario Salud y Derechos Humanos. CNDH México, 1991, capítulo II, Derecho a la Salud).

1985 Al igual que el derecho a la vivienda o a la alimentación.

obligado determinado, que tiene que satisfacer tal prestación o crédito, recayendo tal obligación sobre el Estado.

Ahora bien, los textos internacionales establecen que la obligación del Estado consiste, en "adoptar medidas, tanto por separado, como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"[1986].

Tratándose de Garantías Constitucionales -sean individuales o sociales-, o de derechos humanos, de Primera o Segunda, Generación, estos deben ser reconocidos o reivindicados en singular o en plural, sin embargo, esto no acontece así.

Si bien pudiese considerarse a las garantías del gobernado como un conjunto mínimo de derechos establecidos en la Constitución, esto no es así ya que a partir de 2011, ese mínimo de derechos se amplió al extenso catálogo de derechos humanos, por lo tanto, éstas, deben considerarse como el conjunto de derechos que permite hacer valer los derechos humanos, resultando obvio que el estado de derecho, por disposición constitucional, es también la obligación de respetar y proteger los derechos humanos, proveyendo las condiciones e instrumentos requeridos a efectos no solo de mantener la armonía social de los gobernados, sino también, y acaso más importante, un ambiente de justicia, paz, igualdad y libertad, siendo que esto sola se logrará al abatir la corrupción, la impunidad, la desigualdad, la pobreza y la pobreza extrema, la ignorancia, el hambre, la discriminación, la restricción de la libertad, etc.

Los derechos humanos ciertamente se diferencian de las garantías del gobernado puesto que éstos son inherentes al ser humano, esto es, para toda la vida de cada ser humano, se nace con ellos, son una consecuencia natural del hombre, por lo tanto son también imprescriptibles, universales y eternos, esto es, durarán cuanto dure la vida de cada persona, mientras que las segundas son otorgadas por nuestra Constitución y su aplicación es dentro de nuestro ámbito territorial y durante el tiempo de su vigencia, o sea, son positivas, en todo caso, sin embargo, puede considerarse que la reforma constitucional de 2011, ungió a las garantías con las primeras características apuntadas.

1986 Artículo 2.1 del *Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.*

Los derechos humanos, han evolucionado al igual que el hombre y las relaciones sociales, así como las relaciones de los hombres con el medio ambiente y la tecnología; dividiéndose en generaciones:

Los derechos humanos, se encuentran reconocidos por nuestra Constitución Federal, y esto es importante, tomando en cuenta el significado literal de tal acción. La Real Academia de la Lengua Española, establece como significado de la palabra reconocer, el siguiente:

"**reconocer.**

(Del lat. *recognoscĕre*).

…

tr. Acatar como legítima la autoridad o superioridad de alguien o cualquier otra de sus cualidades. …"[1987].

El Estado Mexicano, a partir de Junio de 2011, al reconocer expresamente los derechos humanos, acató, propiamente dicho, como legítima autoridad, al igual que a la Constitución[1988], los tratados internacionales en tal materia, de los que México es parte, siempre, por supuesto, que cumplan con lo establecido en el artículo 133 Constitucional, es decir, que sean tratados internacionales cuyo contenido esté de acuerdo con la propia Constitución Mexicana.

II. SER ES SER PERCIBIDO (*ESSE EST PERCIPI*).

Los derechos humanos deben ser reconocidos de manera integral, doble, dado que "los hombres tienen derechos porque son los unos con los otros, porque la existencia del uno requiere la existencia del otro, porque en su identidad el singular se une al plural, la afirmación del yo al reconocimiento del tú"[1989].

Y esto es especialmente importante (y así lo afirma LUYPEN[1990]), puesto que a diferencia del "tú", "él" es considerado también como "tú", pero indiferente, que divide, que diferencia, que convierte a uno de los dos "él" ó "yo", en una serie de cualidades, y al otro, en una serie de predicados, en alguien diverso, de "él" o de "mi", incluso del "nosotros"[1991], puesto que el

1987 Real Academia de la Lengua, *Reconocer*, http://lema.rae.es/drae/?val=reconocer, consulta efectuada el 05 de Diciembre de 2013.

1988 Y las leyes federales.

1989 D'AGOSTINO, Francesco, *Filosofía del Derecho,* Colombia, Temis-Universidad de La Sabana, 2007, p. 254.

1990 LUYPEN, William. *Fenomenología Existencial.* Argentina. Ed. Carlos Lohlé. 1967.

1991 "Nosotros", de la burocracia, de la administración.

"nosotros" también es egoísta, dado que nadie es alguien y nadie se preocupa de ninguno y con ello, se hace de lado su efectividad.

Ser es ser percibido por el otro, es pues, ser con el otro, y esto solo se logra participando en su subjetividad, es decir, considerando las circunstancias del otro, como si fuesen propias.

La condición para que exista una real protección del hombre por el hombre y por el Estado no parte de aludir a generaciones de derechos humanos sino a su efectividad, considerando a los otros como un "yo", conociendo su subjetividad, percibiendo su "yo", siendo efectivos para cada "yo", de otra forma, ni son derechos ni son humanos.

III. ¿LEY INJUSTA?

No basta un ordenamiento jurídico superior, sino una verdadera respuesta, que dé solución a los aspectos sociales, esos aspectos sociales que afectan a los más de los integrantes de las naciones, por tanto, además de voluntad sociopolítica, debe existir en los gobernantes, una verdadera vocación de servicio basada en el bien común y en los gobernados, una conciencia en pro del prójimo.

Porque en realidad, según se hará patente a lo largo del presente trabajo, en el caso concreto, por cuanto refiere al derecho a la salud, consagrado en la Constitución Federal y en diversos tratados internacionales; si bien existen diversísimas sanciones a los profesionales de la medicina y también procedimientos diversos para sancionar el quehacer de los funcionarios públicos de tal rama, en virtud de su importancia -por tratarse de cuestiones que atentan contra la vida de las personas (por que el estado de salud va de la mano con la vida humana)-, y por ello encontrarse tal derecho protegido de manera individual y colectiva, sin embargo, el resultado no se acerca al mínimo de lo deseado y así dan cuenta, de continuo, los medios de información, entre ellos, los medios de información digital, que nos informaron de diversos acontecimientos ocurridos a lo largo del país en el mes de Octubre de 2013:

Azteca Noticias dio cuenta el 23 de octubre de 2013 de la siguiente muy lamentable noticia[1992]:

"México, DF.- Un jornalero de 38 años, originario de Casas Grandes, Chihuahua, murió en inmediaciones del Hospital General de Guaymas, Sonora, presuntamente por la falta de atención del personal médico que le negó el servicio por no tener seguro médico ni dinero.-

1992 Azteca noticias: http://www.aztecanoticias.com.mx/notas/estados/171919/muere-afuera-dehospital-de-sonora-por-falta-de-dinero, fecha de consulta Noviembre 30 de 2013.

Según testigos el jornalero pasó cerca de cinco días afuera del Hospital General de Guaymas con un fuerte dolor de espalda y un cuadro de desnutrición.- El hombre fue identificado como José Sánchez Carrasco quien murió en espera de que lo atendieran.- Por su parte el director del Hospital General de Guaymas, Alfredo Cervantes Alcaraz, declaró que el jornalero no fue hospitalizado porque no tenía dinero ni seguro médico; sin embargo, aseguró que sí le brindaron atención.- Cervantes Alcaraz también señaló que el jornalero vivía del apoyo de otros pacientes del hospital y que ya habían avisado al DIF municipal de Guaymas para que fueran a atender al hombre enfermo".

Por su parte, Terra Noticias, el día 31 de octubre de 2013, informó lo siguiente[1993]:

"Discriminación, un problema de salud pública en México.- La discriminación y la negligencia en algunos de los hospitales públicos del sector salud en México, son en primera instancia las principales causas de la muerte de por lo menos dos personas en octubre de este año y del nacimiento de dos bebes en sus áreas comunes … México.- Una mujer mazateca que dio a luz en el pasto del jardín de una clínica en Oaxaca; otra que tuvo a su bebé en el piso de la recepción de un hospital en Puebla, así como una joven de origen tzotzil que murió luego de dar a luz en un nosocomio del sector salud de Chiapas, son la evidencia mínima de la discriminación y la negligencia existente en los hospitales públicos de México.- A los casos antes mencionados, que suceden casi de forma consecutiva durante los primeros días de octubre de 2013, hay que sumarle la muerte del jornalero agrícola José Sánchez Carrasco en los patios del Hospital General de Guaymas, Sonora, a quien le negaron la atención por no ser derechohabiente y carecer de dinero en efectivo.- Para que salieran a la luz pública las tragedias de las personas antes mencionadas y los medios pudieran consignarlos y darles seguimiento, las redes sociales tuvieron un papel fundamental, pues a la fecha, se han convertido en espacios de denuncia pública sobre temas que a los ciudadanos les interesan, les preocupan, les indignan o les afectan, según asevera Transparencia Mexicana.-En los cuatro casos persisten, según declaraciones de los afectados o sus familiares, la discriminación y la negligencia médica, ya sea porque les negaron el servicio debido a su condición de pobreza o por ser indígenas, o porque los médicos o enfermeras no les dieron o no quisieron darles un

1993 Terra Noticias, http://noticias.terra.com.mx/mexico/discriminacion-un-problema-de-salud-publicaen-mexico,c963655f11702410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html, fecha de consulta Noviembre 30 de 2013.

tratamiento y seguimiento adecuado.- … pero la situación se agrava cuando son los propios servidores públicos quienes no los respetan.- …".

Y la Revista Proceso, el 28 de Octubre de 2013 dio cuenta de otro lamentabilísimo abuso por parte del Estado:

"Otro caso de negligencia médica en Sonora; muere niño por mal diagnóstico.- MÉXICO, D.F. (apro).- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) emitió hoy una recomendación al gobierno de Sonora –la número 33/2013– por la "inadecuada atención médica" que provocó la muerte a un menor en esa entidad.- De acuerdo con el organismo, el menor ingresó al Hospital Infantil "Doctora Luisa María Godoy Olvera" con una dificultad respiratoria moderada, sin embargo, los médicos que lo atendieron omitieron realizar un diagnóstico certero sobre su padecimiento.- Primero, alrededor de las 19:00 horas del 28 de diciembre de 2011, el menor fue atendido en el área de urgencias del Hospital de Gineco Pediatría "Dr. Lucio Mayoral Hernández", del Instituto Mexicano del Seguro Social en Hermosillo, Sonora, para que ser atendido por dificultad respiratoria.- Al día siguiente, 29 de diciembre fue dado de alta por "evolución clínica satisfactoria, con diagnóstico final de bronquiolitis y cita abierta a urgencias pediatría".- Sin embargo, la salud del menor comenzó a empeorar, por lo que fue llevado al día siguiente al Hospital Infantil "Doctora Luisa María Godoy Olvera", donde permaneció hospitalizado hasta que murió el 10 de enero de 2012, a causa de choque séptico y neumonía, según consta en el certificado de defunción correspondiente.- En su investigación el organismo nacional encontró que el personal de salud del hospital María Godoy no solicitó, de manera oportuna, la toma de una placa radiológica de tórax para confirmar o descartar el "infiltrado intersticial" (trastornos inflamatorios difusos de las vías aéreas inferiores) que fue reportado por un médico adscrito al servicio de urgencias.- Ello, señaló la CNDH en su recomendación, "evidenció descuido en el seguimiento del caso" y por ende provocó que se deteriorara la salud del menor, quien tras permanecer internado varios días en el hospital, perdió la vida a causa de un "choque séptico y neumonía", según consta en el certificado de defunción correspondiente.- No fue lo único, el organismo defensor de los derechos humanos corroboró que las notas del expediente clínico del paciente son

ilegibles y los médicos tratantes omitieron precisar sus nombres completos, lo que impide su identificación y "contraviene la normatividad vigente".- …"[1994].

Por último, La Prensa, el 08 de Octubre de 2013, informa que al final, a IRMA, le cobraron la atención post-parto[1995]:

"Clínica cobra a mujer tras dar a luz en césped.- La Secretaría de Salud de México inició una investigación por el caso de Irma López, quien dio a luz en el patio del centro de salud del municipio de San Felipe Jalapa de Díaz, Oaxaca.- En un comunicado informó que se instruyó a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed) y a la Dirección General de Calidad y Enseñanza en Salud a que envíe personal especializado para que documente el caso.- "En el supuesto de que la investigación determinara que hubo alguna responsabilidad de los profesionales que atendieron a la paciente, se procederá conforme a derecho", se indicó.- El miércoles 2 de octubre, Irma López acudió a la clínica y al no encontrar personal que la auxiliara, parió a su bebé en el césped.- La Alcaldesa Silvia Flores acusó al personal de negar atención a mujeres a punto de parir, igual como sucedió el 18 de julio con Cristina López Durán.- En el comunicado, la Secretaría de Salud señaló que Irma López y su hijo fue hospitalizados para valorar su estado de salud y ese mismo día fueron dados de alta.- "Para evitar que este tipo de situaciones ocurran en nuestro país, la Secretaría de Salud ha reforzado la formación de personal especializado en obstetricia con énfasis en la atención de la emergencia obstétrica.- "También se ha hecho énfasis en asegurar el abasto de insumos esenciales para la atención del parto y en la ampliación de la capacidad resolutiva obstétrica", añadió la dependencia …".

Es evidente que los sucesos relatados hacen patente que no existe grado alguno de efectividad en el derecho a la salud constitucionalmente reconocido.

Un verdadero constitucionalismo, implica necesariamente, eficacia en la protección del grupo social, de otra forma, es letra muerta. No importa que se trate de

[1994] Revista proceso: http://www.proceso.com.mx/?p=356599, fecha de consulta Noviembre 30 de 2013.

1995 La prensa.hn: http://www.laprensa.hn/mundo/americalatina/391861-96/clinica-cobra-a-mujer-trasdar-a-luz-en-cesped#panel1-1, fecha de consulta Noviembre 30 de 2013.

derechos de primera o segunda, generación, no hacen falta generaciones de derechos, lo realmente importante es la eficacia de éstos.

Hablar de Constitución es hablar de Derecho y hablar de Derecho es hablar de Justicia y Bien Común[1996], siendo éstos los principios fundamentales de toda sociedad.

Resulta imposible hacer referencia a la justicia y al bien común cuando, a pesar de considerarse a la constitución de 1917, como el reflejo de un anhelo de justicia del pueblo mexicano, esta se incumple.

Una constitución incumplida, es una ley injusta, puesto que acaba con el anhelo -de justicia- que dio pie, en el caso de México, a la revolución de 1910 y fue base del documento de 1917, por lo tanto, no puede considerarse cimiento de un pueblo, y a ello hace referencia Poole al parafrasear a Santo Tomás, quien afirma que "la ley injusta no es propiamente ley, … sencillamente porque, en cuanto injusta, no sirve para conformar la comunidad"[1997].

CONCLUSION

Los acontecimientos relatados a lo largo del presente trabajo, hacen patente que se ha traicionado el anhelo de ser tomado en cuenta, de ser percibido. Hacen patente también que resulta innecesario dividir a los derechos humanos por generaciones. Lo realmente importante, en estricto apego a nuestro nuevo constitucionalismo, es velar por su cumplimiento, para que se asegure su efectividad, para que éstos sean satisfechos concretamente y esto se logrará a través de una cultura de verdadera vocación de servicio basada en el bien común y en los gobernados, es decir, basada en una conciencia en pro del prójimo.

BIBLIOGRAFÍA

D'AGOSTINO, Francesco, *Filosofía del Derecho,* Colombia, Temis-Universidad de La Sabana, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, España, editorial Trotta, 2008.

HERNÁNDEZ APARICIO, Francisco, *Las garantías constitucionales y los derechos humanos del gobernado,* México, Flores, Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., 2012.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, 2a. Edición, España, Ed. Ariel, S.A., 1970.

LUYPEN, William. *Fenomenología Existencial*. Argentina. Ed. Carlos Lohlé. 1967.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, 6a. reimpresión, España, Alianza Editorial, S.A., 2009.

[1996]RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Rodrigo, *La justicia social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/87/dtr/dtr18.pdf, fecha de consulta 04 de Diciembre de 2013.

[1997] POOLE, Diego, *Bien común y derechos humanos,* http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/17355/1/37335616.pdf, fecha de consulta 04 de Diciembre de 2013.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías sociales*, 2ª. edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

FUENTES ELECTRONICAS DE INFORMACIÓN

MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Concepto de Constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.1/pr/pr3.pdf, p. 2, consulta efectuada el Primero de Diciembre de 2013.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/2.htm?s=, consulta efectuada el 05 de Diciembre de 2013.

Real Academia de la Lengua, *Reconocer*, http://lema.rae.es/drae/?val=reconocer, consulta efectuada el 05 de Diciembre de 2013.

Azteca noticias: http://www.aztecanoticias.com.mx/notas/estados/171919/muereafuera-de-hospital-de-sonora-por-falta-de-dinero, fecha de consulta Noviembre 30 de 2013.

Terra Noticias, http://noticias.terra.com.mx/mexico/discriminacion-un-problema-desalud-publica-en-mexico,c963655f11702410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html, fecha de consulta Noviembre 30 de 2013.

Revista proceso: http://www.proceso.com.mx/?p=356599, fecha de consulta Noviembre 30 de 2013.

La prensa.hn: http://www.laprensa.hn/mundo/americalatina/391861-96/clinicacobra-a-mujer-tras-dar-a-luz-en-cesped#panel1-1, fecha de consulta Noviembre 30 de 2013.

MONTEJANO, Bernardino, *El fin del estado: el bien común*, http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8bBV4t7NZRkJ:dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12269/1/PD_III_06.pdf+&cd=5&hl=es419&ct=clnk&gl=mx, fecha de consulta, 12 de Diciembre de 2013.

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Rodrigo, *La justicia social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/87/dtr/dtr18.pdf, fecha de consulta 04 de Diciembre de 2013.

POOLE, Diego, *Bien común y derechos humanos*, http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/17355/1/37335616.pdf, fecha de consulta 04 de Diciembre de 2013.

CAPÍTULO XII. EL DERECHO AL MATRIMONIO Y A LA FAMILIA: EL PROBLEMA DE LOS DENOMINADOS "MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA" EN ESPAÑA

Alfonso Ortega Giménez[1998]

SUMARIO:

I. Planteamiento: el auge de los matrimonios de conveniencia.- II. Concepto de matrimonio de conveniencia.- III. Matrimonio y nacionalidad española.- IV. Matrimonio y Registro Civil español.- V. Indicios de matrimonio de conveniencia.- VI. Formas de combatir los matrimonios de conveniencia.- VII. El control registral de la legalidad del matrimonio.- VIII. El control judicial de la legalidad del matrimonio.- IX. Los efectos del matrimonio y la Ley de Extranjería.- X. Reflexiones finales.- XI. Bibliografía consultada.- XII. Enlaces web consultados.

RESUMEN:

Se trata de efectuar un análisis, del problema de los denominados "matrimonios de conveniencia", fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que comienza a tener bastante importancia en España, que ha pasado de ser "un país de emigración al extranjero", a ser "un país receptor de ciudadanos que llegan de otros países para vivir aquí". Mediante este tipo de enlaces, no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas del matrimonio a los efectos de regularizar su estancia en el país o de obtener de forma más fácil la nacionalidad del que aparecerá formalmente como su cónyuge. De esta forma, en el presente trabajo trataremos de, tras concretar qué se entiende por "matrimonio de conveniencia", analizar la verdadera razón de ser de esta práctica, para así, poder detenernos en el examen de los indicios de todo "matrimonio de conveniencia", las posibles formas de combatirlos, así como el control registral y judicial (deseable) de la legalidad de estos matrimonios; finalmente, haremos hincapié en los efectos de estos matrimonios, y la actual Ley de Extranjería española, tras su última reforma.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio por conveniencia, derecho civil, ley de extranjería, España, migración.

ABSTRACT:

This is an analysis of the problem of so-called "marriages of convenience" very common phenomenon in countries undergoing strong immigration and start having some importance in Spain, which has gone from being "a country of emigration abroad "to be" receiver citizens arriving from other countries to live here country. " Through such links, it is not really seeking marriage between a national and a foreigner, but is intended under the guise of this institution and generally previous price, a foreign take advantage of the benefits of marriage for the purpose of regularizing stay at home or to get more easily the nationality of formally listed as your spouse. Thus, in this paper we try to, after specifying what is meant by "marriage of convenience", analyzing the real reason for this practice, so, to dwell on the consideration of all the evidence "marriage of convenience "possible ways to fight as well as the (desirable) registration and judicial review of the legality of these marriages; Finally, we will emphasize the effects of these marriages, and the current Spanish Aliens Act after its latest reform.

KEYWORDS: Marriage of convenience , civil law, immigration law , Spain , migration.

I. PLANTEAMIENTO: EL AUGE DE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA

Un 6 de junio, Antonia se casó enamorada de Eduardo, un joven uruguayo que le prometió amor eterno. Tres meses más tarde, y a la siete de la mañana, el "esposo" salió del domicilio conyugal para recoger su autorización de residencia y de trabajo. No volvió nunca más....Y es

[1998]Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche. alfonso.ortega@umh.es

que la idea que más ha calado en la sociedad sobre estas uniones es el aprovechamiento que el extranjero hace del matrimonio para conseguir los papeles. No obstante, es justo reconocer que el otro cónyuge también se aprovecha. ¿Cómo? Recibe un beneficio económico o disfruta de una relación que puede ser de amistad, amorosa, o simplemente sexual[1999].

En España, el Instituto Nacional de Estadística facilita cada año el número de matrimonios celebrados en nuestro país en los que al menos uno de los contrayentes es extranjero. De 1996 (9.198 matrimonios) a 2004 (30.930) se triplicaron este tipo de enlaces, y aunque en principio eran más proclives a estas uniones las españolas, ahora lo son los españoles. De hecho, en el periodo 2001-2004, se ha duplicado el número de españoles que se ha casado con extranjeras: de 6.517 a 13.574.

Un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que comienza a tener bastante importancia en España, –que ha pasado de ser un país de emigración al extranjero, a ser un país receptor de ciudadanos que llegan de otros países para vivir aquí–, es el problema de los denominados "matrimonios de conveniencia" [2000].

Mediante este tipo de enlaces, no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, asumir los derechos y las obligaciones que derivan del matrimonio, fundar una familia basada en el matrimonio, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y, generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas del matrimonio a

[1999] Algunas de las uniones que han sido declaradas nulas por los jueces españoles lo han sido por razones evidentes: así, en el acta de inscripción un matrimonio celebrado en la República Dominicana consta: "Se conocieron siete días antes de la boda por medio de una hermana de ella, casada a su vez con un hermano del contrayente que vive en España; ella estuvo conviviendo con otro varón, padre de sus tres hijos, hasta un mes antes de venir el contrayente a la República Dominicana; ella desconoce datos de él como la edad, fecha de nacimiento o dirección; por su parte el contrayente manifestó en la entrevista que lo único que sabía de su esposa es que se llamaba Victoria (en realidad era Tomasina) desconociendo sus apellidos, estado civil y si la misma tenía hijos"; "La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 16 de junio de 2001, ha ratificado la decisión del juez del Registro Civil de Barcelona que ha impedido el matrimonio de un español divorciado, de 64 años, con una mujer nigeriana de 25 años sin permiso de residencia en España, fundamentando tal decisión en la falta, por parte de la contrayente, de consentimiento matrimonial, basado en el "desconocimiento recíproco de los contrayentes respecto de su vida personal".

[2000] Así, p. ej., hace algún tiempo leíamos en la prensa, bajo el titular "Por la nacionalidad vale cualquier cosa", que, en Italia, un joven futbolista nigeriano de 19 años fue denunciado por la policía por un supuesto "matrimonio de conveniencia" con una italiana, con el objetivo de adquirir la nacionalidad transalpina, tras lo cual fue expulsado del país. La idea de dicho enlace, según la investigación policial, habría sido de un entrenador de fútbol, de 61 años y residente en Terni, que actualmente dirige un conjunto aficionado.

los efectos de regularizar su estancia en el país o de obtener de forma más fácil la nacionalidad del que aparecerá formalmente como su cónyuge[2001].

Como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, "el verdadero objetivo de estos "matrimonios" es obtener determinados "beneficios" en materia de nacionalidad y extranjería (=adquisición veloz y privilegiada de la nacionalidad española, obtención de un permiso de residencia en España, reagrupamiento familiar, etc.)"[2002]. En este sentido, los jueces creen que mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende y, generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la entrada o regulación en territorio nacional u obtener con facilidad la nacionalidad del contrayente.

Así, p. ej., cada año, con el fresón, llega al campo onubense la revolución de las pieles blancas. Más de 20.000 mujeres de Polonia, Bulgaria y Rumanía responden a la llamada de la agricultura de primor que pide manos femeninas e inunda de cuerpos níveos, desinhibidos bajos los túneles ardientes de plástico, su vida provinciana. "Flores de otro mundo" que de marzo a abril se dejan el espinazo y, muchas, también la soltería. Aquí, más del 30 por ciento de los matrimonios son entre españoles y extranjeras. Ellas ganan marido y papeles y no vuelven a pisar el campo. Ellos, dicen, obtienen el bien impagable del amor. ¿Matrimonios de conveniencia?, ¿Y quién lo dice?, ¿Quién en España se casa "por inconveniencia?".

De esta forma, en el presente trabajo trataremos de, tras concretar qué se entiende por "matrimonio de conveniencia" [2003], para así, poder detenernos en el examen de los indicios de

---

[2001] El matrimonio entre el joven futbolista nigeriano de 19 años y la ciudadana italiana, antes comentado, le hubiera permitido al jugador nigeriano obtener la nacionalidad italiana, lo que le habría permitido fichar por un club profesional del país. A la esposa, a cambio, según las investigaciones policiales, se le habría prometido un puesto de trabajo y una cantidad en metálico de 5.000 euros.

[2002] *Vid.* CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado", en *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 120.

[2003] Recientemente, la prensa se ha ocupado de este fenómeno; así, p. ej., el pasado mes de abril de 2006, Antena3 TV emitía un reportaje sobre los "matrimonios de conveniencia"., en el que se ponía de manifiesto el espectacular aumento de este tipo de "enlaces por dinero"; y, el Diario Información de la provincia de Alicante, del pasado 30 de abril de 2006, en relación con el creciente aumento de bodas de conveniencia por Internet", se hacía eco de las palabras del Magistrado-Juez del Registro Civil de Alicante, Luis Segovia, que venía a señalar que "la Dirección General de los Registros y Notariado está alarmada porque se han disparado los casos por la inmigración, pero los jueces no somos policías. Que pongan más trabas para adquirir la nacionalidad. Nosotros sólo actuamos cuando hay casos muy claros...sólo estamos detectando una pequeña parte de los matrimonios simulados. Además, cuando denegamos en Alicante una boda se van a Elche o a Murcia a intentarlo de nuevo".

todo "matrimonio de conveniencia", las posibles formas de combatirlos, así como el control registral y judicial (deseable) de la validez de estos matrimonios; finalmente, haremos hincapié en los efectos de estos matrimonios, y la actual Ley de Extranjería española.

II. Concepto de matrimonio de conveniencia.

El crecimiento de los denominados "matrimonios de conveniencia" –aunque CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, prefieran hablar de "matrimonios de complacencia" o de "matrimonios blancos", como hace la doctrina francesa, ya que "con ello se indica no que el matrimonio se ha celebrado "por conveniencia", sino que estos matrimonios son, realmente, matrimonios simulados"–[2004], llevó a la Dirección General de los Registros y del Notariado (en lo sucesivo, DGRN) ha dictar una Instrucción [de la DGRN], de 9 de enero de 1995, sobre el Expediente Previo al Matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el Extranjero[2005]. Con esta Instrucción, el instructor del expediente practica un interrogatorio por separado, y de modo reservado, para cerciorarse de la verdadera intención matrimonial o, en su caso, para descubrir posibles fraudes. Es, en sí, un medio de control preventivo, pero que no permite erradicar todo matrimonio de conveniencia[2006].

Ahora bien, si queremos dar un concepto de "matrimonio de conveniencia", debemos esperar un par de años, a que el Consejo de la Unión Europea (en adelante, UE), en 1997, se ocupara de este fenómeno, mediante la Resolución del Consejo, de 4 de Diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra matrimonios fraudulentos[2007]. Con arreglo a la presente Resolución se estableció que se entenderá por "matrimonio fraudulento",

---

[2004] *Vid.* CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado", en *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, citado, pp. 121.

[2005] *BOE* núm. 21, de 25 de enero de 1995.

[2006] DIAGO DIAGO, Mª Pilar "Matrimonios de conveniencia" en *Actualidad Civil* nº 2, 1996, pp. 329-347, se refiere a la Instrucción de 9 de Enero de 1995, que tiene por objeto, dar mayor publicidad a unas normas contenidas en el Reglamento del Registro Civil, con la finalidad de evitar matrimonios nulos. Sigue diciendo que, en la Instrucción de 22 de Marzo de 1974 sobre expediente previo al Registro Civil, ya se refería a matrimonios mixtos, ahora bien, se ha producido una cierta evolución en la actitud de la Dirección General de los Registros y del Notariado, puesto que en esta última se instaba a que en la medida de lo posible se evitase el amontonamiento de trámites y de exigencias, mientras que en la Instrucción de 9 de Enero de 1995, no se muestra ninguna preocupación por la dilación, y se insta a que se cumpla de forma rigurosa lo previsto en el Reglamento del Registro Civil. También advierte la diferencia entre la Instrucción de Marzo de 1974 y de Enero de 1995, FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique, "De la ficción a la realidad: La creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España", en *Revista de derecho privado*, Septiembre 1998, pp. 635.

[2007] *DOCE* C 382, de 16 de Diciembre de 1997.

el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro[2008].

Además, se señalaban como factores que pueden permitir que se presuma que un matrimonio es fraudulento, en particular, los siguientes: a) el no mantenimiento de la vida en común; b) la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; c) el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; d) el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos personales y profesionales –nombre, dirección, nacionalidad, trabajo–, sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos; e) el hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos[2009]; f) el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio[2010] –a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea práctica normal–; o, g) el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

En este contexto, dichos factores, según señalaba, el Consejo de la UE, pueden desprenderse de declaraciones de los interesados o de terceras personas, informaciones que procedan de documentos escritos, o de datos obtenidos durante una investigación.

Así, cuando existieran factores que hicieran presuponer que nos encontrábamos ante un "matrimonio fraudulento", sólo se expedirá una autorización de residencia por causa de matrimonio al nacional del país tercero tras haber mandado comprobar a las autoridades

[2008] Este concepto de "matrimonio de conveniencia" ha sido seguido por la Fiscalía General del Estado, que, mediante la Circular 1/2002, define los "matrimonios de conveniencia" como *"*aquellos matrimonios celebrados con la única finalidad de regularizar la situación en España de uno de los contrayentes, mediante el matrimonio con español o con quien ya se encuentra legalmente en el país*"*.

[2009] Así, p. ej, el Juzgado del Registro Civil de Alicante ha impedido algunas bodas en las que los contrayentes ni siquiera "sabían la misma lengua. Decían que se entendían por señas".

[2010] Así, p. ej., en la Red son muchos los anuncios en los que un extranjero puede llegar a pagar hasta 6.000 euros –aunque la cifra media está entre los 3.000 y los 4.000 euros–, a aquel que acceda a contraer matrimonio civil que le permita residir legalmente en España.

competentes, según el Derecho nacional, que el matrimonio no es un matrimonio fraudulento y, que se cumplen las demás condiciones de entrada y residencia[2011].

Cuando las autoridades competentes según el Derecho nacional establezcan que el matrimonio es un matrimonio fraudulento, se retirará, revocará o no se renovará la autorización de residencia por causa de matrimonio del nacional del país tercero[2012].

Con el fin de luchar contra el fraude en esta materia, y erradicar los "matrimonios fraudulentos"[2013], la DGRN, recientemente, ha dictado una Instrucción [de la DGRN], de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia[2014]. Ahora bien, como señala CREMADES GARCÍA, "si bien no se trata de una situación de reciente creación, y es que ya existía una Instrucción anterior, de 9 de enero de 1995, aprobada por el mismo Centro Directivo, en este caso sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero. En dicha Instrucción ya se refiere el aumento de matrimonios entre españoles domiciliado en España y extranjero domiciliado fuera de España, contraídos exclusivamente para facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros"[2015].

De esta forma, la DGRN ha dado a conocer una serie de orientaciones y reglas con el fin de evitar la proliferación de "matrimonios de conveniencia". A los Encargados de los Registros Civiles españoles se les indica, por ejemplo, que "debe considerarse y presumirse que existe auténtico consentimiento matrimonial", cuando un contrayente conoce "los datos personales y/o familiares básicos del otro". Eso sí, teniendo en cuenta ciertas reglas, como que el desconocimiento "debe ser claro, evidente y flagrante", que no es preciso "descender a los detalles más concretos posibles" y que no puede fijarse una "lista cerrada" de datos básicos de obligado conocimiento. Además, la DGRN considera que para acreditar la existencia de

---

[2011] Dicha comprobación podrá conllevar una entrevista por separado con cada uno de los cónyuges.

[2012] Eso sí, el nacional del país tercero tendrá la posibilidad de oponerse a una decisión de denegación, retirada, revocación o no renovación del permiso de residencia o de la autorización de residencia o de solicitar su revisión, con arreglo al Derecho nacional, bien ante un Tribunal, bien ante una autoridad administrativa competente.

[2013] Según, el Instituto Nacional de Estadística, el número de matrimonios celebrados en nuestro país, en los que al menos uno de los contrayentes es extranjero, pasó, en 1996, de 9.198 matrimonios a 30.930, en 2004. De hecho, en el periodo 2001-2004, se ha duplicado el número de españoles que se han casado con extranjeras: de 6.517 a 13.574.

[2014] *BOE* núm. 41, de 17 de febrero de 2006.

[2015] *Vid.* CREMADES GARCÍA, Purificación, "Matrimonios de complacencia: una realidad", Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández, núm. 1, 2006, pp. 12-28, disponible en http://revistasocialesyjuridicas.umh.es .

auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes deben tenerse en cuenta seis reglas, como tiempo y tipo de relaciones de convivencia, idioma común, matrimonios simulados anteriores y prueba indubitable de entrega de una cantidad económica.

Señala la DGRN, que los llamados "matrimonios complacencia" se celebran, frecuentemente, a cambio de un precio: un sujeto –frecuentemente, aunque no siempre, un ciudadano extranjero, paga una cantidad a otro sujeto -normalmente, aunque no siempre, un ciudadano español-, para que éste último acceda a contraer matrimonio con él, con el acuerdo, expreso o tácito, de que nunca habrá "convivencia matrimonial auténtica" ni "voluntad de fundar y formar una familia", y de que, pasado un año u otro plazo convenido, se instará la separación judicial o el divorcio.

El verdadero objetivo de estos matrimonios de complacencia es obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería. Los objetivos más usuales de estos matrimonios son los siguientes: a) adquirir de modo acelerado la nacionalidad española, en la medida en que el cónyuge del ciudadano español goza de una posición privilegiada para la adquisición de la nacionalidad española (art. 22.2 de nuestro CC): basta un año de residencia en España por parte del sujeto extranjero (art. 22.2 del CC), siempre que sea una residencia "legal, continuada e inmediatamente anterior a la Petición" (art. 22.3 del CC); b) lograr una autorización de residencia en España, ya que el extranjero que ostenta la nacionalidad de un tercer Estado no miembro de la UE ni del EEE y que sea cónyuge o pareja de hecho de un ciudadano español, goza del derecho a residir en España, como indica el art. 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo[2016] (en adelante, Real Decreto 240/2007), no siendo preciso que tales extranjeros "mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente" con sus cónyuges españoles –tal y como señaló el TS, Sala Tercera, en su Sentencia de 10 de junio de 2004–[2017]; o, c) lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados. En efecto, el cónyuge extranjero del ciudadano extranjero puede ser "reagrupado", pues el artículo 39.1 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el

[2016] *BOE* núm. 51 de 28 febrero de 2007.

[2017] *Vid.* en este sentido, ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso y HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys Saray, "El nuevo estatuto jurídico de los ciudadanos comunitarios en España", en *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, Número 116, La Ley, Madrid, Mayo 2007, pp. 50-59.

que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, Real Decreto 2393/2004)[2018].

Por tanto, en España, conforme a las previsiones de las DGRN y de la Fiscalía General del Estado, se presumen "matrimonios de conveniencia", los siguientes[2019]:

a) Aquellos matrimonios celebrados en España entre nacionales de Estados miembros de la UE, con nacionales de terceros Estados en situación irregular;
b) Aquellos matrimonios celebrados en España entre nacionales de Estados no miembros de la UE, cuando uno de los contrayentes se encuentra legalmente en el país y el otro contrayente está en situación irregular; y,
c) Aquellos matrimonios celebrados en un país extranjero conforme a la ley del lugar de celebración cuando uno de los contrayentes es español y el otro contrayente es nacional de un tercer Estado no miembro de la UE.

La respuesta jurídica a estos "matrimonios blancos" es la de declararlos nulos, ante la falta de consentimiento matrimonial[2020].

Ahora bien, CARRASCOSA GONZÁLEZ considera que examinar las intenciones de los contrayentes antes de la celebración del matrimonio colisiona casi inevitablemente con la presunción general de buena fe y el *ius connubii*. Si los contrayentes insisten en su intención de contraer matrimonio, será difícil impedir su derecho. Sólo después de haberlo contraído, se podrá constatar la ausencia de intención.[2021] De esta manera se puede instar el correspondiente proceso judicial, por el Ministerio Fiscal, los cónyuges o cualquier persona con interés directo y legítimo[2022].

III. Matrimonio y nacionalidad española.

[2018] *BOE* núm. 6, de 7 de enero de 2005; corrección de errores en *BOE* núm. 130, de 1 de junio de 2005.
[2019] *Vid.* SALVADOR RODRÍGUEZ, Susana, "Registro Civil, inmigración y matrimonio", en VV. AA., *Derecho registral internacional*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 261-262.
[2020] Como señala MAÑÉ-RIGAT, *"las sentencias más recientes tienen declarado que la nulidad del matrimonio es la sanción civil por ausencia o imperfección de alguna de las condiciones legalmente requeridas para la formación del vínculo matrimonial y procede tal declaración de inexistencia de matrimonio, al acreditarse que los cónyuges o uno de ellos no tuvo desde un principio intención matrimonial"*, disponible en http://www.togas.biz/togas46/mane.htm.
[2021] *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española", Anales de Derecho, Universidad de Murcia, nº 20, 2002, pp. 21.
[2022] No obstante, en la práctica las sentencias de nulidad matrimonial por matrimonios de complacencia, resultan promovidas por alguno de los cónyuges.

Nuestro CC prevé, en los arts. 17 y ss., diferentes formas de adquisición de la nacionalidad española; una de ellas, la prevista en su art. 22, permite la concesión de la nacionalidad por residencia. Se establece un plazo general de diez años, que puede reducirse a cinco *–para los que hayan obtenido la condición de refugiado–*, dos *–cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes–* o, incluso, bajo determinados condicionantes, puede bastar un solo año de residencia para ello –en este sentido, en virtud del art. 22.2.d) de nuestro CC, podrá adquirir la nacionalidad española, *el que al tiempo de la solicitud llevaré un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho*–. Parece ser que para el legislador español, son suficientes vínculos con el foro español, el hecho de que un extranjero/a esté casado/a con español/a.

No obstante, como señala CARRASCOSA GONZÁLEZ, *la adquisición de la nacionalidad española tiene lugar no por el hecho del matrimonio, sino por una combinación de dos factores básicos, que operan como elementos estructurales de la adquisición de la nacionalidad española: 1º) La residencia en España del cónyuge auténtico de español o española; 2º) La manifestación de voluntad de ser español por parte del cónyuge antes extranjero*[2023].

Quizás, el arraigo con el territorio español, la voluntad del sujeto de ser español, y el favorecimiento de la "unidad jurídica de la familia", sean argumentos suficientes para justificar la forma de adquisición de la nacionalidad española prevista en el mencionado art. 22.2.d) de nuestro CC[2024].

12. Ahora bien, debe tratarse de vínculo matrimonial real, esto es, tal y como señaló, en su día, la Instrucción de la DGRN, de 20 de marzo de 1991[2025], *habrá de cerciorarse el Encargado de si el matrimonio del casado o viudo de español corresponde o ha correspondido a una situación de convivencia en el tiempo a que la Ley se refiere*. Aunque, nuestro CC parte de la presunción a favor de que los cónyuges viven juntos, tal y como señala GARCÍA ZÚÑIGA, sobre la base de la mencionada Instrucción de la DGRN, "se impone al casado con español la

[2023] *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española", citado, pp. 7-34.
[2024] *Vid.* en sentido amplio, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española", citado, pp. 7-34.
[2025] *BOE* de 26 de marzo; corrección de errores en *BOE* de 27 de marzo.

acreditación de la convivencia"[2026], ya que establece que *sobre el solicitante recaerá la carga de probar tal convivencia, y como se exige ésta, como un presupuesto más de la concesión agregado al del matrimonio, no bastará para justificar la convivencia con acreditar el matrimonio y con invocar la presunción legal contenida en el artículo 69 del Código Civil*. En la práctica, será en Encargado del registro Civil el que indague la certeza de una convivencia efectiva del matrimonio.

IV. Matrimonio y Registro Civil español.

Hemos tenido que esperar hasta el año 1993 para que la DGRN comenzara a pronunciarse sobre los efectos de los denominados "matrimonios de conveniencia". Pues bien, para que el matrimonio tenga plena validez, se hace necesario que "el Encargado del Registro Civil llegue a la convicción de que los interesados intentan realmente fundar una familia y que su propósito no es simplemente, en claro fraude de ley, el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial sobre la base de un matrimonio en el cual no ha habido verdadero consentimiento matrimonial y que es, en rigor nulo por simulación.

En cualquier caso, como señala GARCÍA ZÚÑIGA, "existe un trámite esencial y del que no debe prescindirse, ni cumplirlo formulariamente, como es la audiencia que el instructor, asistido por el secretario, debe realizar de cada contrayente, reservadamente y por separado, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración. Esta audiencia, que en caso del contrayente domiciliado en otro lugar puede efectuarse ante el Registro Civil del domicilio del mismo, puede y debe servir para que el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de real consentimiento matrimonial"[2027].

Un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, el instructor debe denegar la celebración. Así, hechos objetivos comprobados tales como, p. ej., que *"*...los contrayentes se conocieron personalmente unos días antes de la boda; ella no habla español y él no habla chino y se comunican por medio de una hermana de aquella que actúa como interprete; sus contactos

[2026] *Vid.* GARCÍA ZÚÑIGA, Rocío, "Los Matrimonios de conveniencia como fraude de ley", disponible en http://www.porticolegal.com, 2001.

[2027] *Vid.* GARCÍA ZÚÑIGA, Rocío, "Los Matrimonios de conveniencia como fraude de ley", disponible en http://www.porticolegal.com, 2001.

anteriores por teléfono son, pues, difícilmente comprensibles...*"*[2028]; que *"*...ambos contrayentes se conocieron por teléfono y sólo se vieron tres días antes de la celebración del matrimonio en forma local; que uno y otro ignoran datos elementales sobre la vida de cada uno; que ella nunca ha viajado a España; que él es la primera vez que ha viajado a la República Dominicana y, sin conocer a la interesada, vino provisto de certificado de nacimiento y de la fe de soltería, y que el mismo no recuerda incluso cuándo y dónde ha sido celebrado el matrimonio...*"*[2029]; o, que "...él es un soltero español, nacido en *1974* y ella una viuda cubana nacida en 1934; y, que ésta ha declarado que no recuerda cuándo ni dónde conoció a su esposo*;* que ignora lo que hacía éste en La Habana cuando lo conoció, así como las aficiones de su esposo y sus estudios o profesión, y que desconoce también el empleo del mismo y si dispone de medios económicos..."[2030], permite constatar la ausencia de consentimiento matrimonial, descubrir la voluntad encubierta de las partes y, por tanto, declarar nulo dicho matrimonio.

V. Indicios de matrimonio de conveniencia.

Son varios los indicios a señalar que pueden probar la existencia de un "matrimonio de conveniencia"[2031]:

- El desconocimiento de circunstancias personales y familiares del otro contrayente, deducidas de la audiencia por separado ante el Encargado del Registro Civil[2032].
- Las discrepancias entre las declaraciones de ambos contrayentes, en la audiencia por separado ante el Encargado del Registro Civil, sobre hechos tales como el día en que conocieron, la forma en que se conocieron, la profesión, la existencia de hijos anteriores al matrimonio u otras circunstancias personales y familiares[2033].

[2028] Resolución de la DGRN, de 22 de noviembre de 1995.
[2029] Resolución de la DGRN, de 23 de marzo de 1996.
[2030] Resolución de la DGRN, de 18 de julio de 1996.
[2031] En sentido amplio, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, "La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia", en *Derecho registral internacional*. *Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 252-262.
[2032] Así, p. ej., la resolución de la DGRN, de 18 de julio de 1996, en la que se declaró la conveniencia entre un soltero español, nacido en 1974 y una viuda cubana nacida en 1934, que no recordaba cuándo ni dónde conoció a su esposo; que ignoraba lo que hacía éste en La Habana (Cuba) cuando lo conoció, así como las aficiones de su esposo y sus estudios o profesión, y que desconocía también el empleo del mismo y si dispone de medios económicos suficientes.
[2033] Así, p. ej., la Resolución de la DGRN, de 19 de junio de 1999, en la que se probó que los contrayentes se conocieron personalmente cuatro días antes de la boda y antes por medio de unas amigas de ella que viven en España; antes de conocerse personalmente ya habían decidido la boda por

- La superficialidad de la relación, consecuencia de haberse conocido a través de un intermediario, o unos días antes de la celebración del matrimonio[2034].
- La imposibilidad de comunicación a través de una lengua común[2035].
- La situación de irregularidad del contrayente extranjero[2036].
- La diferencia notable de edad[2037].
- Las confesiones de los contrayentes, que supongan una confesión de la simulación del matrimonio[2038].

Por otro lado, indicios tales como los siguientes, pueden probar la validez del matrimonio[2039]:

- La existencia de hijos comunes, o el hecho de que la mujer esté embarazada[2040].
- La residencia legal del contrayente extranjero en España o en cualquier otro país de la UE[2041].

---

teléfono; ella desconoce el domicilio de su esposo, cuál fue su profesión, el lugar de su nacimiento, el nombre de su madre y los nombres y edades de sus hermanos; él por su parte tampoco supo decir el nombre de su suegra, el domicilio de su esposa y su número de teléfono.

[2034] Así, p. ej., la Resolución de la DGRN, de 23 de marzo de 1996, en la que se consideró "matrimonio de conveniencia" el caso de aquellos contrayentes que se conocieron por teléfono y sólo se vieron tres días antes de la celebración del matrimonio; que uno y otro ignoraban datos elementales sobre la vida de cada uno; que ella nunca había viajado a España; que él era la primera vez que había viajado a la República Dominicana y, sin conocer a la interesada, vino provisto de certificado de nacimiento y de la fe de soltería, y que el mismo no recuerda incluso cuándo y dónde había sido celebrado el matrimonio.

[2035] Así, p. ej., la Resolución de la DGRN, de 22 de noviembre de 1995, en la que se deniega la inscripción de un matrimonio celebrado en China entre un español y una china, en el que "...los contrayentes se conocieron personalmente unos días antes de la boda; ella no habla español y él no habla chino y se comunican por medio de una hermana de aquella que actúa como interprete; sus contactos anteriores por teléfono son, pues, difícilmente comprensibles...".

[2036] Así, p. ej., la Resolución de la DGRN, de 5 de diciembre de 1996, relativa a un expediente para contraer matrimonio civil entre cubano y española, cuya celebración fue denegada por el Encargado del Registro Civil, por entender que no existe verdadero consentimiento matrimonial sino la intención de obtener por parte del contrayente la residencia española.

[2037] Así, p. ej, la Resolución de la DGRN, de 8 de enero de 1996, por la que se declara nulo el matrimonio celebrado en Cuba, el 5 de octubre de 1995 entre una cubana de quince años de edad y un ciudadano español soltero; éste no se desplazó a Cuba, sino que se casó por poderes a favor de otro ciudadano español casado para que éste en su nombre contrajera matrimonio con la joven cubana.

[2038] Así, p. ej., en la Resolución de la DGRN, de 25 de junio de 1997, se señala que el contrayente extranjero, al conocer que la contrayente española era invidente, le participa al Encargado del Registro Civil "que era igual, aunque fuese una vieja, que lo que deseaba era salir de su país".

[2039] En sentido amplio, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, "La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia", citado, pp. 262-265.

[2040] Así, p. ej. las Resoluciones de la DGRN, de 18 de enero de 1999, de 15 de junio de 1999, de 18 de octubre de 1999, de 13 de enero de 2000, o de 3 de julio de 2001.

[2041] Así, p.ej., las Resolución de la DGRN, de 27 de septiembre de 2000, y de 25 de octubre de 2000.

- El conocimiento de circunstancias personales y familiares del otro contrayente.
- Las concordancias entre las declaraciones de ambos contrayentes.
- La posibilidad de comunicación a través de una lengua común.

Además, deben considerarse intrascendentes circunstancias tales como "que el contrayente extranjero se encuentre en prisión[2042], haberse conocido a través de internet[2043], tener preparada la documentación para el expediente matrimonial antes de que el contrayente extranjero venga a España y conozca al contrayente español[2044], o el hecho de contraer matrimonio por poderes[2045],,[2046].

Si bien es cierto que, en ocasiones los indicios nos llevan a afirmar que nos encontramos (o nos podemos encontrar) ante un "matrimonio blanco", será el Encargado del Registro Civil, la autoridad competente para decidir sobre la celebración o inscripción de un matrimonio.

VI. Formas de combatir los matrimonios de conveniencia.

19. Para luchar contra los "matrimonios de conveniencia", las medidas a adoptar pasan por las siguientes: a) las presunciones como medio para acreditar un matrimonio de complacencia; b) la prueba de la simulación en expediente matrimonial previo a la autorización del matrimonio; y, c) la prueba de la simulación en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español cuando el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero.

a) Las presunciones como medio para acreditar un matrimonio de complacencia.

Para evitar que se celebren matrimonios de complacencia debe aplicarse la mencionada Instrucción de la DGRN, de 9 de enero de 1995. La celebración del matrimonio civil, o en las formas religiosas de las iglesias evangélicas –Ley 24/1992, de 10 de noviembre–, la forma hebraica –Ley 25/1992– y la forma islámica –Ley 26/1992–, exige, cuando uno de los contrayentes es español y el consentimiento se va a prestar ante autoridad española, un expediente previo para acreditar la capacidad nupcial del mismo y su verdadera intención de contraer matrimonio, expediente que tiene por objeto verificar la concurrencia de todos los requisitos legales necesarios para la validez del matrimonio y, entre ellos, la existencia de un

[2042] Resolución de la DGRN, de 11 de enero de 2000.
[2043] Resolución de la DGRN, de 3 de marzo de 2000.
[2044] Resolución de la DGRN, de 3 de marzo de 2000.
[2045] Resolución de la DGRN, de 19 de octubre de 1998.
[2046] *Vid.* SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, "La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia", en *Derecho registral internacional*. *Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 265-266.

verdadero consentimiento matrimonial[2047]. Se prevé la realización de un trámite de audiencia de cada uno de los contrayentes por separado y "de modo reservado" en el que el instructor del expediente puede y debe interrogar a los contrayentes para cerciorarse de la "verdadera intención matrimonial" de los mismos o, en su caso, descubrir posibles fraudes[2048].

En el mismo sentido, no debemos olvidar que cuando un español desea contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y esta ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, el expediente previo para la celebración del matrimonio ha de instruirse conforme a las reglas generales, siendo, pues, trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración, incluida la eventual simulación del consentimiento.

Como bien señala CREMADES GARCÍA, "para deducir la simulación del consentimiento matrimonial hay que tener en cuenta dos datos básicos, a saber: a) el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los datos personales y/o familiares básicos del otro...; b) la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes...; c) los datos o hechos relativos al matrimonio, que no afectan al conocimiento personal mutuo de los contrayentes, ni a la

[2047] Así, p. ej., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 8 de Noviembre de 1999[2047], al tratar la nulidad de un matrimonio entre española y uruguayo, considera que hay muy poco espacio de tiempo entre la fecha del matrimonio, y el abandono del domicilio conyugal por parte del marido, poco más de tres meses, lo que no delata, dice el Tribunal, una verdadera causa de separación matrimonial, y sí delata en cambio la ausencia de consentimiento matrimonial, además el demandado abandona el que fuera domicilio conyugal, precisamente el mismo día que debía acudir a la Oficina de Extranjeros del Gobierno Civil a recoger su permiso de residencia en España. Se utiliza el juego de las presunciones dada la imposibilidad de conocer con exactitud la voluntad interna de una persona, sin embargo se puede deducir la falta de consentimiento del análisis de los hechos previos, coetáneos y posteriores y del comportamiento del contrayente. Sigue diciendo la sentencia que las presunciones permiten deducir la existencia de reserva mental en el consentimiento de uno de los contrayentes mediante hechos externos y circunstancias objetivas.

[2048] La importancia de este trámite fue subrayada por la citada Instrucción de la DGRN, de 9 de enero de 1995, en la que se señaló que "un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes", de modo que dicho interrogatorio "debe servir para que el Instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de verdadero consentimiento matrimonial". El instructor podrá preguntar, por ejemplo, sobre las intenciones de vida en común de los contrayentes, hijos que desearían tener, desde cuándo dura la relación, cómo piensan organizar la convivencia común, etc. Son datos que permiten revelar si los contrayentes desean "formar una familia" o, con otras palabras, "asumir los derechos y deberes del matrimonio". El interrogatorio efectuado por la Autoridad española debe ser lo más completo posible. Un interrogatorio puramente formulario, de escasa entidad cuantitativa y cualitativa no es suficiente para inferir la existencia de un matrimonio simulado.

existencia de relaciones previas entre los mismos, pero que pueden, con los elementos anteriores ayudar a formar la convicción adecuada..."[2049].

b) La prueba de la simulación en expediente matrimonial previo a la autorización del matrimonio.

Señala la DGRN, en su Instrucción de 2006, que cuando el matrimonio se ha celebrado en el extranjero, se puede proceder a su inscripción en el Registro Civil español a través de dos mecanismos registrales alternativos: a) a través de la certificación extranjera en la que conste la celebración del matrimonio; o, b) en su defecto, a través de un expediente registral para acreditar la legalidad del matrimonio y la certeza de su celebración. No obstante, en ambos caso, el Encargado del Registro Civil en cuestión ha de realizar un control de la "legalidad del hecho con arreglo a la ley española", ya que sólo así se garantiza que accedan al Registro Civil actos válidos y eficaces.

Nos encontramos ante un control a priori, el trámite de audiencia de cada uno de los contrayentes, por separado y de modo reservado, con el fin de *cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración*. Ahora bien, tal y como señala CREMADES GARCÍA, "no deja de ser una tarea difícil, y en muchos casos, y existiendo acuerdo simulatorio, los futuros contrayentes pueden haber preparado las cuestiones que se referirán en la entrevista, de manera que sean coincidentes sus manifestaciones"[2050].

c) La prueba de la simulación en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español cuando el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero.

En estos casos, los Encargados del Registro Civil deben controlar la legalidad y autenticidad del consentimiento matrimonial con arreglo a la Ley española cuando uno de los contrayentes sea español o, cuando siendo extranjeros ambos, deba igualmente ser aplicada en ejecución de la cláusula de orden público por admitir la Ley extranjera los matrimonios simulados. Así, con la finalidad de facilitar la consecución de este doble objetivo por parte de los Encargados de los Registros, la DGRN, en la Instrucción comentada de 2006, ha dado las siguientes orientaciones prácticas:

[2049] *Vid.* CREMADES GARCÍA, Purificación, "Matrimonios de complacencia: una realidad", citado, pp. 12-28.

[2050] *Vid.* CREMADES GARCÍA, Purificación, "Matrimonios de complacencia: una realidad", citado, pp. 12-28.

Primera. Los datos básicos de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial son dos: a) el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los datos personales y/o familiares básicos del otro; y, b) la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes. En cuanto a la valoración de ambos elementos se han de tomar en cuenta los siguientes criterios prácticos: a) debe considerarse y presumirse que existe auténtico consentimiento matrimonial cuando un contrayente conoce los datos personales y familiares básicos del otro contrayente. Si los contrayentes demuestran conocer suficientemente los datos básicos personales y familiares mutuos, debe presumirse, conforme al principio general de presunción de la buena fe, que el matrimonio no es simulado y debe autorizarse o inscribirse, según los casos.

Para acreditar la existencia de un conocimiento suficiente de los datos personales básicos mutuos de los contrayentes, deben tenerse presentes estas reglas: 1ª) El Encargado dispone de un necesario margen de apreciación para ajustar las normas jurídicas a los caracteres, circunstancias y rasgos del caso concreto, ponderando necesariamente la equidad en la aplicación de las normas jurídicas; 2ª) No puede fijarse una "lista cerrada" de datos personales y familiares básicos cuyo conocimiento es exigido, pues ello puede depender de las circunstancias del caso concreto. Sí puede, sin embargo, proporcionarse una "lista de aproximación" con los datos básicos personales y familiares mutuos más frecuentes que los contrayentes deberían conocer el uno del otro; 3ª) El conocimiento de los datos básicos personales de un contrayente por el otro contrayente debe ser un conocimiento del núcleo conceptual de dichos datos, sin que sea preciso descender a los detalles más concretos posibles; 4ª) En su caso, el desconocimiento de los datos personales y familiares básicos de un contrayente respecto del otro debe ser claro, evidente y flagrante; y, 5ª) La existencia de otros datos personales del contrayente que son meramente accesorios o secundarios.

Para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes, deben tenerse presentes estas reglas: 1ª) Las relaciones entre los contrayentes pueden referirse a relaciones habidas antes o después de la celebración del matrimonio; 2ª) Las relaciones entre los contrayentes pueden ser relaciones personales, o bien relaciones epistolares o telefónicas o por otro medio de comunicación, como Internet; 3ª) El hecho probado de que los contrayentes conviven juntos en el momento presente o tienen un hijo común es un dato suficiente que acredita la existencia de relaciones personales; 4ª) El hecho de que los contrayentes no hablen

una lengua que ambos comprenden es un mero indicio de que las relaciones personales son especialmente difíciles, pero no imposibles. Por tanto, de ese mero dato no cabe inferir, por sí solo, que las relaciones personales no existen o no han existido. Será un dato más que el Encargado del Registro Civil español tendrá presente para valorar, junto con otros datos y hechos, la presencia o ausencia de relaciones personales» entre ambos contrayentes; 5ª) El hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios simulados anteriores es un poderoso indicio de que no existen auténticas relaciones personales entre los contrayentes, sino relaciones meramente figuradas. 6ª) El hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio, siempre que dicho dato quede indubitadamente probado, es, también, un poderoso indicio de que no existen relaciones personales entre los contrayentes, ni verdadera voluntad matrimonial.

Además, de forma complementaria a lo anterior, señala la DGRN, se ha de señalar que los datos o hechos relativos al matrimonio que no afectan al conocimiento personal mutuo de los contrayentes, ni a la existencia de relaciones previas entre los contrayentes, no son relevantes para inferir de los mismos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado, sin perjuicio de que en concurrencia con las circunstancias antes enumeradas pueda coadyuvar a formar la convicción del Encargado en sentido positivo o negativo respecto de la existencia de verdadera voluntad matrimonial.[2051]

Segunda. De forma adicional, la DGRN, en la mencionada Instrucción de 31 de enero de 2006, ha señalado que: a) el Encargado del Registro Civil debe alcanzar una "certeza moral plena" de hallarse en presencia de un matrimonio simulado para acordar la denegación de la autorización del matrimonio o de su inscripción; b) el Encargado del Registro Civil que aplica las presunciones judiciales debe incluir en su resolución, de modo expreso, el razonamiento en

[2051] Así, se pueden enumerarse los más frecuentes de entre ellos: a) el hecho de que el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería; b) el hecho de que los contrayentes no convivan juntos o nunca hayan convivido juntos cuando existan circunstancias que lo impidan, como la imposibilidad de viajar por razones legales o económicas; c) el hecho de que un contrayente no aporte bienes o recursos económicos al matrimonio, mientras que sea el otro contrayente el que aporte el cien por cien de tales recursos, pues en sí mismo, este dato nada dice de una posible intención simulatoria de los contrayentes o de la autenticidad del consentimiento matrimonial; d) el hecho de que los contrayentes se hayan conocido pocos meses o semanas antes del enlace tampoco dice nada, en sí mismo, sobre la intención simulatoria de los contrayentes; e) el hecho de que exista una diferencia significativa de edad entre los contrayentes tampoco dice nada por sí sólo acerca de la autenticidad y realidad del consentimiento matrimonial, por lo que es un dato que no puede utilizarse, de ningún modo, para inferir nada al respecto, salvo que concurra con otras circunstancias, ya enumeradas, de desconocimiento o falta de relación personal.

virtud del cual dicha Autoridad ha establecido la presunción, evitando la utilización de modelos formularios que, por su generalidad y falta de referencia a las concretas circunstancias particulares del caso concreto, no alcanzan a llenar el requisito imprescindible de la motivación de la resolución; y, finalmente, c) frente a la formulación de una presunción judicial, cualquiera de los contrayentes u otra persona legitimada puede practicar una prueba en contrario, la cual puede estar dirigida a demostrar la inexistencia del indicio tomado en cuenta por la Autoridad española y/o demostrar la inexistencia del nexo de inferencia entre tal indicio y la situación de matrimonio simulado.

Tercera. Finalmente, nos recuerda la propia DGRN que, si se rechaza la autorización o la inscripción del matrimonio al existir sospechas de simulación en el matrimonio, siempre es posible instar posteriormente la inscripción del matrimonio si surgen nuevos datos relevantes, pues en el ámbito del Registro Civil no rige el principio de "cosa juzgada".

VII. El control registral de la legalidad del matrimonio.

20. En virtud del ordenamiento jurídico español, son matrimonios inscribibles en el Registro Civil español, a saber[2052]:

a) Todos aquellos matrimonios celebrados en forma civil cuya celebración fue autorizada por el propio Encargado del Registro Civil español, en el que los contrayentes son nacionales o extranjeros[2053].
b) Todos aquellos matrimonios celebrados en España, sin expediente registral previo, sea en forma religiosa católica o islámica, o en forma consular por dos extranjeros, en aplicación de su ley personal, deben inscribirse en el Registro Civil correspondiente al ligar de su celebración para el pleno reconocimiento de sus efectos civiles[2054].
c) Todos aquellos matrimonios celebrados fuera de España conforme a la ley del lugar de celebración del mismo, cuando uno de los contrayentes sea nacional español, se exige la previa calificación del Encargado del Registro Civil competente, Registro Consular o registro Central.[2055]

[2052] En sentido amplio, SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana, "Registro Civil, inmigración y matrimonio", en *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 263-265.
[2053] Dicho control pasa, en virtud de los arts. 49.1º y 56 de nuestro CC, por la realización de un expediente registral previo.
[2054] Así lo establecen los arts. 60, 61, 63 y 65 del CC; y, 15 y 16 de la LRC.
[2055] Así lo establecen los arts. 65 de nuestro CC; y, 256.3º del RRC.

21. Y, son dos los supuestos de control registral de la legalidad de matrimonios inscribibles por parte del Encargado del Registro Civil competente, a saber[2056]:

a) Control registral previo a la celebración del matrimonio. Cuando un nacional español o extranjero pretenda contraer matrimonio, en España o en el extranjero, es necesario tramitar un expediente registral previo a la autorización del matrimonio, con el fin de controlar la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para la validez del matrimonio que se quiere celebrar: capacidad matrimonial, consentimiento y forma.

b) Control registral posterior a la celebración del matrimonio. Una vez celebrado el matrimonio, sean contrayentes españoles o extranjeros, para alcanzar la plena validez, se hace necesaria su inscripción en el Registro Civil; en ese momento, es donde la autoridad competente, al igual que el supuesto del expediente registral previo, deberá examinar la concurrencia de los requisitos legales exigidos para la validez del matrimonio.

La negativa a la inscripción en el Registro Civil de un matrimonio, abriría la reclamación en sede judicial, con el fin de que "el órgano judicial competente se pronuncie sobre la validez y eficacia del matrimonio celebrado, y, en su caso, acuerde la inscripción del mismo en el Registro Civil español"[2057].

VIII. El control judicial de la validez del matrimonio.

22. Por su parte, respecto del control judicial de la validez del matrimonio, debemos distinguir tres supuestos también[2058]:

a) Ante la denegación del Encargado del Registro Civil competente para la autorización del matrimonio, sólo queda acudir a la vía judicial ordinaria para la tutela judicial del derecho fundamental a contraer matrimonio libremente.

[2056] En sentido amplio, SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana, "Registro Civil, inmigración y matrimonio", en *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 263-265.

[2057] *Vid.* SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana, "Registro Civil, inmigración y matrimonio", en *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 333.

[2058] En sentido amplio, SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana, "Registro Civil, inmigración y matrimonio", citado, pp. 265-268.

b) Si el matrimonio ya se ha celebrado e inscrito en un Registro Civil español, éste sólo podrá ser cancelado a través de la correspondiente acción judicial de nulidad.

c) Respecto de los matrimonios celebrados que deben ser inscritos en el Registro Civil español y dicha inscripción es denegada en vía registral, procede la vía judicial ordinaria, con el fin de declarar la validez de un matrimonio ya celebrado e inscribirlo en el Registro Civil.

IX. Los efectos del matrimonio y la Ley de Extranjería.

La celebración, y posterior inscripción en el registro Civil español de un matrimonio en el que al menos uno de los contrayentes es extranjero tiene sus consecuencias desde la perspectiva del derecho de Extranjería, y que podríamos resumir en las siguientes[2059]:

a) El matrimonio por sí solo no regulariza de forma automática la situación del cónyuge extranjero que se encuentra en España en situación irregular o, en el extranjero esperando la regularización de su situación para poder entrar en España.

b) El matrimonio no es una circunstancia por sí sola determinante para el otorgamiento de un visado o para la concesión de una autorización de residencia y de trabajo.

c) El matrimonio permite la obtención de una autorización de residencia en España, ya que el extranjero que ostenta la nacionalidad de un tercer Estado no miembro de la UE ni del EEE y que sea cónyuge o pareja de hecho de un ciudadano español, goza del derecho a residir en España, en virtud del art. 2 del RD 240/2007.

d) El matrimonio permite lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados. En efecto, el cónyuge extranjero del ciudadano extranjero puede ser "reagrupado", pues el artículo 39.1 del Real Decreto 2393/2004, señala que "el extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares: a) Su cónyuge,

[2059] *Vid.* SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana, "Registro Civil, inmigración y matrimonio", en *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, citado, pp. 343-355.

siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley...”[2060].

e) A partir de la última reforma de la Ley de Extranjería[2061], el “contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito”[2062] es considerada **infracción grave sancionada por la Ley de Extranjería con multa de 501 a 10.000 euros**.

CONCLUSIONES

Como señala ARENAS GARCÍA “puede suceder que dos personas contraigan matrimonio sin tener intención de convivir y asumir las obligaciones y derechos que se derivan del estado de casado. En estos supuestos el matrimonio es puramente formal con el objetivo de conseguir alguna de las ventajas que el ordenamiento reserva para los cónyuges. Así, por ejemplo, el titular de una pensión de la Seguridad Social puede contraer matrimonio con un amigo o pariente con el fin de que tras su muerte el cónyuge reciba la pensión de viudedad correspondiente. Podemos pensar, igualmente, en un matrimonio estrictamente formal que persiga que el cónyuge supérstite pueda continuar en el arrendamiento de la vivienda del que se beneficiaba el fallecido. Se trata de supuestos en los que falta el consentimiento matrimonial porque ambos cónyuges no pretenden asumir el contenido de la institución, sino únicamente beneficiarse de su apariencia. Estos supuestos de matrimonio únicamente formal menudean en aquellos casos en los que uno de los cónyuges puede obtener mediante el matrimonio determinados beneficios en materia de Derecho de extranjería o de Derecho de la nacionalidad. El supuesto típico desde la perspectiva española de este tipo de matrimonios es

---

[2060] ***Vid.*** **en sentido amplio, ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Notas sobre el Reglamento de Extranjería: Nuevo Reglamento de Extranjería. Estructura, elementos y proceso de normalización” en *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho, Número 92*, La Ley, Madrid, Marzo 2005, pp. 23-32.**

[2061] Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (*BOE* núm. 299, de 12 de diciembre de 2009).

[2062] Artículo 53.2.c) de la Ley de Extranjería.

aquél en el que un español contrae matrimonio con un extranjero con el fin de que dicho extranjero pueda obtener un permiso para residir en España o para conseguir la nacionalidad española, sin que ninguno de los cónyuges pretenda llevar a cabo un proyecto de vida en común"[2063].

Llegados a este punto, a modo de conclusión, podríamos destacar las siguientes ideas:

Primera. La nacionalidad española es el nexo jurídico de unión entre las personas con el Estado; se configura como un derecho que tienen los ciudadanos que otorga derechos y deberes de capital importancia. En este sentido, una de las formas más utilizadas de adquisición de la nacionalidad española es la vía del matrimonio –art. 22 de nuestro CC–[2064], ya que el cónyuge de español o española puede adquirir la nacionalidad española al cumplir un año de residencia en España.

Así, como señala ARENAS GARCÍA, "frente a los diez años de residencia que se prevén con carácter general, los cinco que han de residir los refugiados o los dos que se establecen para los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o sefardíes34. De esta forma, puede resultar interesante para el extranjero contraer matrimonio con un español con el fin de obtener alguna de estas ventajas. El español, por su parte, puede acceder a la solicitud por dinero, por altruismo o por cualquier otra circunstancia. En cualquier caso lo que convierte el matrimonio en un matrimonio blanco es que los contrayentes no pretenden cumplir con los fines del matrimonio, tal como vienen definidos en los arts. 67 y 68 del CC[2065]".

Segunda. Los llamados "matrimonios conveniencia" son una realidad en creciente aumento en nuestro país[2066]. Se trata enlaces matrimoniales donde lo que se pretende es exclusivamente facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros[2067].

[2063] *Vid.* ARENAS GARCÍA, Rafael, "Algunos problemas relativos al reconocimiento matrimonial en los supuestos internacionales (Matrimonios blancos y matrimonios convenidos en DIPr.)", disponible en http://adipr.files.wordpress.com/2007/07/matrimonios-convenidos1def2.pdf, 2007.

[2064] Buena prueba del aumento de bodas entre españoles y extranjeros es el hecho de que hemos pasado de 9.198 matrimonios en 1996, a 30.930 en el año 2004.

[2065] *Vid.* ARENAS GARCÍA, Rafael, "Algunos problemas relativos al reconocimiento matrimonial en los supuestos internacionales (Matrimonios blancos y matrimonios convenidos en DIPr.)", disponible en http://adipr.files.wordpress.com/2007/07/matrimonios-convenidos1def2.pdf, 2007.

[2066] Así, p. ej., el número de resoluciones dictadas por la DGRN, en relación con tales matrimonios, es incontable, especialmente desde el año 1995.

Las instrucciones dadas por el Ministerio de Justicia al personal de los Registros Civiles para detectar estos "matrimonios de conveniencia" no dejan de ser medidas de sentido común, que difícilmente garantizan que disminuyan el número de estos "matrimonios fraudulentos". Nos encontramos ante medidas desproporcionadas para atajar este fenómeno, desproporción en el sentido de que son los Encargados de los Registros Civiles –órganos administrativos– quienes deciden sobre la conveniencia o no de un matrimonio, su celebración, inscripción y validez, pudiendo sus decisiones ser atacadas en vía judicial[2068].

Si el Juez Encargado del Registro Civil llega a la convicción de que los interesados están actuando en fraude a la ley, beneficiándose de las consecuencias legales del matrimonio, ante la falta de verdadero consentimiento matrimonial, dicho matrimonio será declarado nulo por simulación, y al extranjero, en cuestión, se le aplicará la sanción correspondiente, prevista en la legislación de extranjería.

En definitiva, independientemente de la denominación –matrimonios de complacencia", "matrimonios de conveniencia" o "matrimonios blancos"–, nos encontramos ante matrimonios simulados celebrados normalmente entre extranjeros y españoles, o entre extranjeros. Son "matrimonios" en los que no concurre un verdadero "consentimiento matrimonial". Por tanto, no son "verdaderos matrimonios", sino negocios jurídicos simulados o "matrimonios meramente aparentes", como señala la DGRN, pues no existe un verdadero consentimiento matrimonial, ya que son sólo el medio a través del cual se procuran obtener ventajas legales en el sector del Derecho de Extranjería y de la Nacionalidad, o como indica B. AUDIT, son una forma de fraude a las normas de Extranjería y Nacionalidad[2069].

Tercera. La preocupación ante la extensión de este fenómeno –cuyo propósito, en claro fraude de ley, no es sino el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial en el campo de la nacionalidad y de la extranjería–, en el plano internacional, ha llevado a la

---

[2067] Buena prueba de estos "matrimonios de conveniencia", como señala MAÑÉ-RIGAT es "la ausencia de formalismo y de publicidad de la celebración (los contrayentes van vestidos de calle, no hay invitados, ni fotos, los familiares y amigos ignoran el enlace), así como la ausencia de convivencia y la solicitud de la demanda al finalizar el plazo para obtención del permiso de residencia correspondiente", disponible en http://www.togas.biz/togas46/mane.htm.

[2068] *Vid.* SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, "La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia", en *Derecho registral internacional*. *Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 266-268.

[2069] Vid. B. AUDIT, *Droit International privé*, Economista, París, 3ª edición, 2000, pág. 547.

Comisión Internacional del Estado Civil la constitución de un Grupo de Trabajo específico para intercambiar las experiencias y medidas adoptadas para combatir tal fenómeno en los distintos países miembros, que pretende complementar en el ámbito de los matrimonios de complacencia la Recomendación (n.º 9), adoptada en Estrasburgo el 17 de marzo de 2005, relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil.

En la misma línea se ha de citar la reciente iniciativa adoptada en Francia a través de la Circular relativa a la lucha contra los matrimonios simulados, adoptada en París el 2 de mayo de 2005 por el Ministerio de Justicia de la República francesa, en desarrollo de la modificación introducida en el "Code civil" por la Ley número 2003-1119, de 26 de noviembre de 2003, relativa a la ordenación de la inmigración, la residencia de los extranjeros y la nacionalidad, que reforma el artículo 47 del Código Civil e introduce el trámite de audiencia previa para evitar matrimonios de complacencia.

Además, de las medidas adoptadas en Bélgica con la aprobación del nuevo Código de Derecho Internacional Privado, en Holanda con el establecimiento de un nuevo procedimiento de verificación y control de los documentos de estado civil extranjeros, o en Suiza con la atribución de mayores poderes a los Encargados de los Registros Civiles para poder denegar las inscripciones de documentos que consideren fraudulentos.

Cuarta. La DGRN, en su Instrucción de 31 de enero de 2006, se refiere a las dos vías de lucha contra los "matrimonios blancos": a) una *a posteriori*, que consiste a la acción de nulidad matrimonial instada por el Ministerio Fiscal; y, b) la conveniencia de adoptar medidas *a priori*, en especial con el trámite fundamental de la audiencia reservada y por separado, y ello para que *el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos del real consentimiento matrimonial. Un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una de las dos partes y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, el instructor debe denegar la celebración.*

Quinta. El nuevo panorama en el que nos encontramos exige acometer algunas reformas, que permitan afrontar la nueva realidad de una forma global. Varios caminos se vislumbran, a nuestro modo de ver: a) por un lado, acometer la reforma del "generoso" art. 22 de nuestro CC, de forma que se amplíen los plazos de adquisición de la nacionalidad española por

matrimonio, hasta que el ciudadanos extranjero pruebe que está totalmente integrado en España;[2070] y/o, b) por otro lado, acometer la reforma de la legislación de extranjería –en particular del RD 2393/2004 y del RD 240/2007–, de forma que para la concesión de una autorización de residencia y de trabajo no baste sólo con acreditar el matrimonio con un ciudadano nacional de un estado miembro de la UE, ampliándose los plazos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar.

26. El hecho de que, p. ej., en Internet pueden encontrarse páginas en las que se conciertan hasta veinte bodas de conveniencia en menos de siete días y se pueden recibir hasta 25 ofertas de matrimonio en una sola jornada, por precios que oscilan entre los 4.000 y los 10.000 euros, prueba que estas uniones no son matrimonios de conveniencia, sino "matrimonios patera" que originan miserias, ya que lo que se busca es la autorización de residencia, la nacionalidad española y el reagrupamiento familiar[2071].

[2070] En sentido contrario pensó el legislador español, cuando acometió la reforma del artículo 22 del CC, a través de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil, al pensar que la integración se produce más rápidamente si hay matrimonio, incluso aunque el cónyuge haya fallecido.

[2071] Así, p. ej., uno de cada cuatro matrimonios civiles de los 1.429 celebrados el año pasado en Valencia fue unión de conveniencia y por tanto con vicios legales, según ha denunciado la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia (TSJ). Se trata de matrimonios entre españoles y extranjeros con el único fin de obtener la residencia legal en España. En el Registro Civil de Valencia y respecto a la ciudad, los matrimonios de conveniencia fueron el 25% del total de los realizados durante 2002. Tal como consta en la Memoria Anual de la Fiscalía, ese año se produjeron un total de 1.429 inscripciones de matrimonio civil con intervención del fiscal. En relación a los países de origen, los extranjeros que con más frecuencia intentan esta clase de matrimonios son ciudadanos provenientes de Nigeria, Marruecos, Pakistán, Rusia y Rumanía. También constan las pretensiones de extranjeros del otro lado del Atlántico, y especialmente países como Cuba, República Dominicana y Colombia. En el mismo sentido, la Fiscalía de Gipuzkoa advierte de que la llegada de inmigrantes ilegales al territorio está provocando un problemático incremento de los matrimonios de conveniencia, también llamados enlaces *blancos*. A su juicio, es necesario habilitar un cuerpo de funcionarios específico que se dedique a realizar entrevistas personales a los contrayentes y certificar que verdaderamente son pareja antes de sellar el matrimonio. Propone, en resumen, un sistema inspirado en el que existe en Estados Unidos, reflejado en películas como *Matrimonio de conveniencia*, en la que Gérard Depardieu interpreta a un francés que se casa con Andie MacDowel para conseguir la tarjeta de residente americano. En ningún momento se solicita un permiso de residencia, porque cualquier persona tiene derecho a casarse en nuestro país aunque sea de fuera si presenta la documentación requerida, igual que un español podría contraer matrimonio en el extranjero sin necesidad de cambiar de nacionalidad o realizar trámites de este tipo. Una vez aportada la documentación, los juzgados entregan a la pareja un formulario. Una vez rellenado, se remite a la Fiscalía, que normalmente da su visto bueno al matrimonio y, en contadas ocasiones, determina que no se puede celebrar porque ha hallado pruebas de que se trata de un enlace fraudulento; ahora bien, tal como están concebidos los formularios que revisa la Fiscalía, resulta muy difícil, cuando no imposible, descubrir un matrimonio de conveniencia, porque en el cuestionario que se entrega a la pareja no se indaga demasiado en su vida y experiencias comunes. Para dar marcha atrás

27. No obstante, si se pretenden evitar de esta manera los "matrimonios por conveniencia", no debemos olvidar que, a pesar de la nueva "Ley del Divorcio Express", en este tipo de uniones matrimoniales el índice del divorcio es de sólo el 15 %, muy por debajo de las "uniones puras". En definitiva, "¡Ponga usted un extranjero o una extranjera en su vida!, abandone el caparazón del miedo al desconocido, salte las barreras de clase, etnia, raza y religión y déjese contaminar por él, por ella"[2072].

BIBLIOGRAFÍA

a. Manuales y monografías.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *Derecho de familia internacional*, 3ª edición, Colex, Madrid, 2005.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, DURÁN AYAGO, Antonia y CARRILLO CARRILLO, Beatriz L., *Curso de Nacionalidad y Extranjería*, Colex, Madrid, 2007.

DURÁN AYAGO, Antonia y CARRILLO CARRILLO, Beatriz L., *Guía legal práctica de extranjería*, Comares, Granada, 2006.

GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, Juan Vicente (Dir.) y otros, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Cuadernos de Derecho Judicial IV-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

MASANET FERNÁNDEZ, Juan Manuel (Coord.), ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso y otros, M*anual práctico orientativo de extranjería. Aspectos jurídicos y sociales del fenómeno de la inmigración en España*, Grupo Difusión, Barcelona, 2007.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (Coord.) y otros, *Manual Práctico Orientativo de Derecho de la Nacionalidad*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2011.

b. Artículos.

ARENAS GARCÍA, Rafael, "Algunos problemas relativos al reconocimiento matrimonial en los supuestos internacionales (Matrimonios blancos y matrimonios convenidos en DIPr.)", disponible en http://adipr.files.wordpress.com/2007/07/matrimonios-convenidos1def2.pdf, 2007.

ARTUCH IRIBERRI, Elena, "Matrimonios mixtos: diversidad cultural y Derecho internacional privado", en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 199-222.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado", en *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 119-158.

---

a una petición de matrimonio debe haber indicios muy sólidos. Sólo se rechazan los casos más flagrantes y clamorosos, en los que es evidente que no existe ninguna relación entre los miembros de la pareja.

[2072] Vid. AMIRIAN, Nazanín, "Matrimonios sin fronteras", en Diario *Metro Hoy*, Miércoles 13 de septiembre de 2006, disponible en http://www.metrodirecto.com.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española", en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 20, 2002, pp. 7-34.

CREMADES GARCÍA, Purificación, "Matrimonios de complacencia: una realidad", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, núm. 1, 2006, pp. 12-28, disponible en http://revistasocialesyjuridicas.umh.es, 2006.

DIAGO DIAGO, Mª Pilar, "Matrimonios de conveniencia", en *Actualidad Civil*, nº 2, 1996.

GARCÍA ZÚÑIGA, Rocío, "Los Matrimonios de conveniencia como fraude de ley", disponible en http://www.porticolegal.com, 2001.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, "Matrimonios de conveniencia: por la nacionalidad española cualquier cosa", en *Revista Economist & Jurist*, Número 118, Difusión Jurídica, Barcelona, marzo 2008, pp. 56-67

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, "Los matrimonios de conveniencia y el fútbol español", en ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso y LÓPEZ ÁLVAREZ, Antonio (Coords.), en *Cuestiones jurídicas actuales sobre el fútbol español*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 47-75.

SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana, "Registro Civil, inmigración y matrimonio", en *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 257-357.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, "La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia", en *Derecho registral internacional*. *Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 247-273.

c. Textos legales.

ALONSO BURÓN, José Carlos (Dir.), ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (Coord.) y otros, *Código básico de Extranjería y Nacionalidad*, Ediciones Laborum, Murcia, 2007.

d. Formularios.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (Coord.) y otros, *Formularios de nacionalidad y extranjería*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2008.

XII. Enlaces web consultados.

Área de extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.
http://www.reicaz.es/extranjeria

Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Alicante- Oficina Única de Extranjeros de Alicante.
http://www.consultor.com/oue/

Instituto Nacional de Estadística (INE).
http://www.ine.es

Migrar con Derechos:
http://www.migrarconderechos.es

Observatorio Valenciano de la Inmigración (OVIM):
http://www.observatorioinmigracion.gva.es

Webpage Calvo & Carrascosa.
http://www.accursio.com

CAPÍTULO XIII. LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

Gina Jaqueline Prado Carrera[2073]

SUMARIO:

Introducción. 1. Derechos de los migrantes. 2. Flujo migratorio y desarrollo sustentable. 3. Protección de los menores migrantes. Conclusión. Bibliografía.

RESUMEN:

México se ha vuelto un país de moda para los migrantes; donde las condiciones de igualdad de derechos y deberes de las personas han sido ya reconocidos en nuestra constitución, conforme a los tratados internacionales. En el 2014 se crearon Planes y Programas para favorecer la protección de los migrantes, ya sea para su retorno a su país de origen o bien, que en condiciones de vulnerabilidad, estos puedan gozar de oportunidades para su inserción en nuestra sociedad. Sin embargo hace falta que se establezcan las bases que garanticen dicha protección a la brevedad, sobre todo en lo que concierne al tema de los más vulnerables, es decir, los menores migrantes, donde esta protección ha quedado pendiente, ya que no se han establecido los mecanismos para garantizar esto.

PALABRAS CLAVES: Derechos humanos, migrantes, protección, desarrollo sustentable, protección de menores.

ABSTRACT:

Mexico has become a trendy country for migrants; where the conditions of equal rights and duties of people have already been recognized in our Constitution, in accordance with international treaties. In 2014 plans and programs were created to promote the protection of migrants, either to return to their country of origin or that in conditions of vulnerability, they can enjoy opportunities for insertion in our society. However it is necessary that the bases that guarantee such protection as soon as possible be established, especially with regard to the issue of the most vulnerable, ie, migrant children, as such protection is still pending, as they have not been established mechanisms to guarantee this.

KEYWORDS: Human rights, migrants, protection, sustainable development, protection of minors.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad la movilidad de las personas lleva consigo de la mano una gran problemática de un estado a otro, trastocando con ella el quehacer de las políticas públicas de estos, dado que al no contar los migrantes, en la mayoría de los casos con los documentos que acrediten su calidad migratoria y muchas veces al tratarse de "migración ilegal" no cuentan si quiera con documentos para comprobar su identidad; esto ocasiona que no se les brinden oportunidades para encontrar un medio honesto de vivir y mucho menos para desarrollarse; situación que contribuye a vulnerar la seguridad del estado donde se asientan, ya sea de manera temporal o pretendiendo hacerlo de manera definitiva.

[2073]Dra. en Derecho Procesal por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Estudios Doctorales en Derecho Internacional Económico por la Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne, Profesora e Investigadora del Centro de Investigación en Tecnología Jurídica y Criminológica de la FACDYC, UANL; líder del CA de Derecho Internacional y Sustentabilidad UANL-CA-265; contacto: gjaquelineprado@yahoo.com.mx.

Temas como este deben de ser tratados con toda la preocupación por parte de todos los países, ya que si bien es menester que estos se ocupen de proteger los derechos humanos de los migrantes, no menos cierto es que también cada estado debe velar para garantizar los derechos humanos de sus habitantes, cuestiones que ameritan una profunda reflexión desde la perspectiva del desarrollo sustentable de los estados.

En el presente trabajo, analizaremos desde esta perspectiva la problemática que en este sentido atraviesa nuestro país al convertirse este, en los últimos años, en un estado atractivo para los migrantes, ya sea por elección por parte de los migrantes o en muchos casos por necesidad, dado que una gran parte de estos no tenía como opción primaria quedarse en el y que por diversas situaciones, terminan habitándolo. Tocaremos primeramente el tema de sus derechos, para después hablar de la incidencia de la migración en el desarrollo sustentable del estado y finalmente hacer referencia al caso de la necesidad de protección de los menores migrantes.

I. Derechos de los migrantes

Los problemas que afrontan los migrantes durante su curso o estancia por nuestro país son numerosos y estos tienden a incidir directamente en sus derechos humanos. Es decir, que su calidad de vida peligra o "la protección de sus derechos humanos desaparece" y que no tienen a su alcance los medios idóneos para buscar mejores oportunidades para su desarrollo, salud y bienestar, aunado esto a que las costumbres les son ajenas y que se les ve como extraños.

En efecto ¿como puede un migrante tener posibilidades de vivir dignamente si se le niega el derecho a trabajar, si no tiene donde pasar la noche y necesita alimentarse? ¿Como puede un migrante subsistir si no tiene acceso a alimentación y aseo, mucho menos es sujeto de contar con una protección para su salud en caso de enfermedad? ¿De donde puede un migrante sacar los recursos económicos para regresar a su país, si es que así lo desea, si no tiene oportunidades laborales?

Este tipo de planteamientos son los menos que podemos realizarnos y vemos como nuestro país, si bien ha avanzado en el tema de la protección de los derechos humanos, este avance se ha dado sólo a manera de reformas en las legislaciones y en el establecimiento de programas de gobierno, los cuales buscan su protección; pero en la vida práctica hay mucha tarea por hacer y son pocos los lugares, de uno que otro estado, donde realmente existe apoyo

para algunos migrantes y muchas veces este apoyo no viene precisamente de dependencias ni de programas de gobierno, sino más bien que estos derivan de agrupaciones de personas que preocupadas por ellos deciden hacer algo para brindarles una ayuda básica, brindándoles comida o techo. Sin embargo, las políticas públicas no han llegado a ser efectivas a la fecha y el problema se agrava de más en más en nuestro país, donde el mismo es visto como un país de moda para la migración.

Podemos mencionar que partiendo de lo estipulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los estados que la adoptan se comprometen a tratar a todos los seres humanos de manera igualitaria, lo cual forma parte del derecho internacional vinculante (es decir de aplicación obligatoria) e independientemente de esto las Naciones Unidas también han aprobado muchos tratados que obligan jurídicamente a los Estados a garantizar los derechos fundamentales de sus ciudadanos, entre los cuales podemos destacara el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos Protocolos Facultativos (sobre el procedimiento de quejas individuales y la pena de muerte) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo facultativo[2074]. Todo esto viene a formar parte de la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Pero, en lo que respecta a nuestro país, vemos que es hasta la reforma del 2011[2075] que se lleva a la Constitución (en su Título Primero) esta garantía de igualdad, para quedar como sigue:

> **"Capítulo I**
> **De los Derechos Humanos y sus Garantías**
>
> **Artículo 1o.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
>
> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los

[2074] www.un.org/es/rights/overview.
[2075] Reformada DOF 10-06-2011.

términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

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 sexuales, 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."[2076]

Más sin embargo a la fecha no vemos que esta disposición constitucional se cumpla, pues cada vez hay más migrantes y las quejas de muchos de ellos, así como de ciudadanos y hasta de algunas organizaciones ciudadanas son más numerosas y en su mayoría conocemos, por los diversos medios de comunicación, de situaciones de riesgo por las que los mismos atraviesan durante su travesía o estancia en nuestro país y las cuales son totalmente contrarias a lo que dicta el referido artículo 1ro constitucional; por lo que aun estamos muy lejos de dar un trato digno e igualitario en nuestro país para los migrantes.

Ahora bien, no obstante que esta reforma constitucional se llevó a cabo en el 2011,[2077] el Gobierno Federal, tratando de establecer las prerrogativas para hacer valida esta protección a los migrantes, presentó el Programa Nacional de Derechos Humanos (para el periodo 2014 a 2018)[2078] el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de abril de 2014; con el cual se pretende dar una real protección en nuestro país a los derechos humanos en general y hace énfasis a los grupos vulnerables, mismo en el cuál podemos observar que presenta una gráfica (en su página 9)[2079] en la cuál se refleja un incremento en quejas por violaciones a derechos humanos y, que con el mismo se pretende erradicar estas, así como también se busca lograr mayor efectividad en las políticas públicas y su incidencia en el goce y ejercicio de los derechos humanos.

[2076] www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm.

[2077] Para dar cumplimiento a lo estipulado en el Artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "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." www.un.org/es/documents/udhr.

[2078] http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5343071&fecha=30/04/2014&print=true recuperado el 24 de marzo de 2015.

[2079] Ver Gráfica 1 en el Programa Nacional de Derechos Humanos. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5343071&fecha=30/04/201.

Dicho programa hace referencia a la tardía ocupación de nuestro país por garantizar la protección de los derechos humanos tal y como lo suscribió México en los acuerdos internacionales en los cuales forma parte, por lo que en el mismo se suscribe el compromiso de implementar políticas públicas que tengan efectos concretos en la realidad de las personas y que hagan operable la reforma del 2011, donde las instituciones hagan valer los programas y acciones que el mismo establece considerando los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad y pro persona.

Que de la implementación de la reforma constitucional y el seguimiento de este programa depende la construcción de una sociedad de derechos. Y si a la fecha esto no se ha dado es debido a la falta de coordinación y articulación de los poderes de la Unión y de los órdenes federal y local. Además de que el desconocimiento por parte de la sociedad de esta reforma impide que esta se cumpla y que sea exigible por parte de los ciudadanos. Señalando también que hace falta que se armonicen todas las reglamentaciones con el marco constitucional, ya que esto conlleva a una deficiente garantía de protección al no existir los mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad, en primer plano y, al no haber una evaluación y seguimiento para su control, en segundo plano, por falta de cumplimiento de los funcionarios de gobierno encargados de los mismos, casi siempre por desconocimiento, ha hecho casi imposible esta protección.

Es decir, la principal preocupación por la que el gobierno federal llevó a cabo la implementación de este Programa Nacional de Derechos Humanos es para que la administración actual garantice su ejecución en las distintas dependencias del ejecutivo Federal y con la colaboración de los otros poderes, órganos autónomos, estados, municipios y sociedad civil, en el ámbito de sus respectivas atribuciones legales, para llegar al 2018 con la efectiva implementación de la reforma constitucional, con mecanismos fortalecidos de prevención y de protección de violaciones a derechos humanos, así como de garantías sólidas de los mismos; donde la coordinación efectiva de las instancias involucradas en la política de Estado en la materia, así como contar con la información que permita evaluar el impacto y resultado de dicha política.

Con ello se pretende consolidar las bases de una sociedad de derechos y se contribuirá a una nueva etapa de desarrollo en México. Para esto deben de alinearse las metas nacionales y los programas sectoriales con objetivos, estrategias y líneas de acción apegadas a la citada

reforma constitucional, donde se asegure que la gestión de la Administración Pública Federal se apegue a la reforma.

Por otra parte, como la protección de los derechos humanos ha sido reconocida constitucionalmente en nuestro país para todos sin excepción, debemos tomar en cuenta que esta también debe ser válida para todos los migrantes. Y, que para poder hacer real y efectiva esta protección, nuestro país estableció un Programa Especial de Migración también para el periodo 2014 a 2018.[2080]

Este programa tiene su origen en el rápido crecimiento de la migración en los últimos tiempos, esto a nivel internacional. Donde se puede destacar que en los últimos 50 años el volumen de la migración aumentó 3.2 veces. Y donde también se destaca que México – Estados Unidos es el principal corredor migratorio del planeta.[2081]

Este PEM (Programa Especial de Migración) propone la conformación de una política migratoria integral que forme y se beneficie de la estrategia de desarrollo impulsada por la Administración actual, que coordinadamente entre los órdenes de gobierno y la participación de la sociedad civil y de las diversas organizaciones que se ocupen de este tema, trabajen en el ámbito regional teniendo presentes las tendencias globalizadoras en el plano mundial, poniendo como centro de atención el bienestar de las personas migrantes, a sus familiares y el desarrollo de las comunidades. Es decir, las características que este PEM plantea deben ser Integrales, de largo plazo, de responsabilidad compartida, garante de los derechos de los migrantes, orientada al desarrollo de la comunidad y al bienestar del migrante, intergeneracional, con perspectiva de género y de grupos vulnerables; garante de la seguridad humana, participativa, coordinada interinstitucionalmente, entre los tres órdenes de gobierno y las dependencias y entidades que tienen alguna responsabilidad de atención respecto a la población migrante.[2082]

2. Flujo migratorio y desarrollo sustentable

La migración tiene su origen en un contexto de carencias en el lugar donde se habita, por lo que la población que decide migrar lo hace, en la mayoría de los casos, buscando una mejor oportunidad de vida para él y/o para sus familias, que le permitan una oportunidad de desarrollo en todos los ámbitos. México esta consciente de ello y por eso en su Plan Nacional

[2080] http://www.dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5343074 recuperado el 24/03/2015.
[2081] Ibídem pág. 5.
[2082] Ibídem pág. 6.

de Migración hace referencia a que las políticas migratorias restrictivas conllevan a un desorden y a una afectación en el desarrollo nacional.

Nuestro país se ha convertido en un país de moda para los migrantes, quienes escapando de la miseria de su país, piensan alcanzar el sueño americano y que, en la mayoría de los casos al ver frustrado este, no les queda más que permanecer en la clandestinidad en el mismo, sorteando cada situación que se les presenta en el desamparo y pocas veces a la expensa de la misericordia de alguna persona o agrupación civil; más sin embargo la idea del gobierno mexicano al establecer este PNM es fijar las bases para orientar y auxiliar a los migrantes ya sea para su integración temporal o definitiva a nuestro país (dependiendo de su condición de vulnerabilidad) o para reintegrarlos a su país de procedencia, junto a sus familiares.

Por ello, la idea es generar oportunidades de desarrollo en los países donde más incidencia hay a la migración irregular. Es decir, que para combatirla hay que programar estrategias de desarrollo incluyente e inversiones en el capital humano para que las personas tengan más oportunidades y no se vean en la necesidad de salir de su lugar de origen a buscar mejores oportunidades de vida o de trabajo mejor remunerado a otros lugares.[2083]

La integración social de los migrantes es necesaria, desde el punto de vista de sociedad civil, muchas veces esto sólo puede llevarse a cabo a partir de programas de acceso a la nacionalidad, lo que les dota de una estabilidad y les permite el acceso a herramientas para ejercer sus derechos, además de que les crea un ambiente de no discriminación, igualdad de trato y de oportunidades, certeza jurídica y erradicación de la inseguridad y la violencia, incluida la perpetuada en contra de las mujeres por razones de género.[2084]

Los objetivos, estrategias y líneas de acción del PEM buscan dar cumplimiento a la Metas Nacionales establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo, fortaleciendo esas acciones prioritarias que dan sustento a la política migratoria del Estado mexicano.[2085]

[2083]Programa Especial de Migración 2014-2018, p. 15. www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5343074&fecha=30/…/2014
[2084] Ibídem p. 22.
[2085] www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5299465

Si nuestro país se ocupa de cumplir las metas en propuestas, poco a poco iremos viendo los resultados favorables en el tema que nos ocupa y por ende las condiciones de desarrollo del mismo serán menos vulnerables. Si se coordina la seguridad, vigilancia y control de la estancia en nuestro país de los migrantes, es más probable que se les pueda brindar a estos, mecanismos para que ellos puedan tener mejores oportunidades de desarrollo a su paso por nuestro país o bien, para su permanencia dentro del mismo.

Este tipo de auxilio a los migrantes les brinda, no solo un respeto y garantía de sus derechos, sino que puede también ayudar en gran medida para conocerse a detalle la situación por la que ellos traviesan y de igual manera sirve también para conocer las circunstancias que los llevaron a salir de su país; visualizar la oportunidades que se les pueden garantizar ya sea para retornar a su país o bien, medir la posibilidad de su inserción social en el nuestro.

Debemos entender que el flujo migratorio también tiene incidencia en nuestro territorio y que las consecuencias del mismo pueden originar riesgos a nuestros nacionales, sobre todo en los casos donde los migrantes son reclutados por la delincuencia organizada o bien, cuando por las mismas condiciones de hambre, se ven en la necesidad de delinquir; esto incide directamente en la calidad de vida de los habitantes de los estados donde prolifera la migración y, que si el estado mexicano no se ocupara, los problemas del desarrollo estarían realmente en riesgo. Es por ello que los programas y las políticas públicas que se han planteado en el PEM con acentuación en las prerrogativas puntualizadas en el PND, son acordes con las necesidades de desarrollo sustentable del país y que pretenden seguir las bases del derecho internacional para brindar mejores condiciones de vida, de seguridad e inserción social a los migrantes.

Para lograr lo anterior, nuestro país cuenta con una Ley de Migración, la cuál se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011, misma la cuál sufrió algunas reformas el 4 de junio de 2013 y otras el 30 de octubre de 2014. Esta ley tiene por objeto regular el ingreso y salida de los mexicanos y extranjeros al territorio de los Estados Unidos Mexicanos y el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo, esto en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos, con la idea de contribuir al desarrollo nacional y preservar la soberanía y seguridad de las naciones.[2086]

[2086] Artículo 1ro. de la Ley de Migración; www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_301014.pdf

En esta ley se señalan claramente los derechos y obligaciones de los migrantes,[2087] así como la entrada y salida del territorio nacional[2088] y la estancia de los extranjeros en el territorio nacional.[2089]

Además en el Título Quinto de la misma se encuentra previsto lo conducente para la protección a los migrantes que transiten por el territorio nacional,[2090] donde se señala claramente que:

> "Artículo 66. La situación migratoria de un migrante no impedirá el ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, así como en la presente Ley.
> El Estado mexicano garantizará el derecho a la seguridad personal de los migrantes, con independencia de su situación migratoria.
> Artículo 67. Todos los migrantes en situación migratoria irregular tienen derecho a ser tratados sin discriminación alguna y con el debido respeto a sus derechos humanos."

Es decir, que tanto el artículo 66 como el 67 de la citada Ley, reconocen los derechos y libertades de los migrantes, ante un plano de igualdad que a nuestros nacionales, así como sus derechos humanos. Y que, para el caso de que los migrantes se encuentren en situaciones de vulnerabilidad (niñas, niños, adolescentes no acompañados, mujeres, las víctimas de delitos, personas con discapacidad y las adultas mayores) la Secretaría deberá implementar acciones para brindarles una atención adecuada.[2091]

Pero para poder brindar esta protección y seguridad, es menester el control migratorio,[2092] ya que sin este control, no puede ubicarse a las personas, ni conocer sus condiciones de vulnerabilidad, estando imposibilitado el Estado mexicano de brindarles la seguridad y atención necesaria para cada caso en particular.

Es decir, para el caso de poder hacer cumplir la ley y garantizar la seguridad y protección de los migrantes, ya sea para su acompañamiento y protección en tanto se les auxilie para poder reintegrarse a su país de origen o bien, para dar trámite a las acciones necesarias para que puedan permanecer en el país legalmente y ser sujetos a procedimientos legales (por ejemplo como la adopción –para el caso de los menores no acompañados o sujetos

---

[2087] Artículo 2do. De la Ley de Migración.
[2088] Capítulo I de la Ley de Migración (arts. 31 al 51).
[2089] Capitulo II de la Ley de Migración (arts. 52 al 65).
[2090] Capítulo Único (arts. 66 al 76) de la Ley de Migración.
[2091] Artículo 73 de la Ley de Migración.
[2092] Artículo 81 de la Ley de Migración.

de violencia familiar en su país- en los casos que esto sea posible) es menester poder ubicarlos, brindarles las atenciones necesarias por las autoridades encargadas y/o por las instituciones debidamente establecidas para ello.

Por lo anterior, necesitamos una campaña constante de concientización ciudadana para poder colaborar con las autoridades y ayudar a salvaguardar los derechos humanos de los migrantes, contribuyendo con ello a garantizar de paso el desarrollo sustentable del estado y del país.

En otro orden de ideas, muchas veces la permanencia clandestina de estas personas o de grupos de migrantes en condiciones vulnerables o insalubres puede llegar a ocasionar un malestar o inconformidad en la sociedad, derivado de los riesgos que esto pueda ocasionar o hasta de las conductas delictuosas que ellos puedan llegar a realizar debido a su crítica necesidad de subsistencia.

Por ello, es menester una labor coordinada de las instituciones y autoridades con la sociedad civil, para que en conjunto puedan brindarles las condiciones necesarias a estos migrantes para buscar mejores oportunidades de vida y de inserción social o bien, para su regreso a su país de origen.

A la fecha, tenemos conocimiento de algunas casas de asistencia para los migrantes, pero estas se encuentran en sitios donde la migración estuvo presente por años, sin embargo en ciudades donde este problema se ha acrecentado falta aún mucho por hacer y que, la sociedad civil sola no puede realmente ser tan efectiva y lograr un control o auxilio de los migrantes, que si bien por cuestiones humanitarias, se han formado grupos para brindarles el apoyo o atención básicas, hace falta que el PNM sea oportunamente aterrizado y llevado a las ciudades que están sufriendo desde hace algunos años para acá graves problemas de migración y por ende de irregulares asentamientos humanos por parte de estas personas, que en la medida de sus condiciones se asientan donde pueden y que siguen viviendo en la clandestinidad por miedo a ser deportados y que mientras ellos no puedan ser ubicados, no podrán ni la autoridad ni las instituciones hacer su trabajo para garantizarles mejores condiciones de vida y una oportunidad para salir adelante e insertarse en la sociedad.

Vemos como los esfuerzos de la sociedad civil son cada vez mas grandes, donde personas van organizándose para poder ayudar a los migrantes, pero si en nuestro Estado existe este PNM derivado de la preocupación y compromiso que el mismo ha establecido con

la comunidad internacional, es menester que este se de ha conocer y que se multiplique la atención a los migrantes en las ciudades que en los últimos años se han multiplicado este fenómeno.

Otro tema importante a abordar por nuestro Estado, es la coordinación necesaria con los países de origen de los migrantes a efecto de conseguir sus documentos de identidad (actas de nacimiento o hasta pasaportes) ya que en la mayoría de los casos, al salir estos de su país de origen no los portaron consigo, o bien que los mismos les fueron robados durante su trayecto o bien que los llegaron a perder durante su travesía. Este tipo de circunstancias los vuelve más vulnerables, ya que no pueden identificarse, no pueden conseguir un trabajo ni si quiera de manera temporal y, en el peor de los casos, muchas veces al verse envueltos en la comisión de algún delito y al no poder saber con exactitud su edad, pueden, los menores que en estos participen, verse involucrados a procedimientos o condenas no acordes a su edad.

Así mismo, para el caso de los menores migrantes, sobre todo de aquellos que huyeron de su país por sufrir de violencia familiar, no pueden ser acogidos por programas de protección a menores y apoyados para ser ubicados en una familia, ya sea de manera temporal o definitiva.

Por todo lo anterior, si existiera una oportuna coordinación entre países respecto a este tema, pudiera darse el caso de conseguir a la brevedad los documentos que acrediten la identidad de los migrantes, lo cual facilitaría enormemente para el control y seguimiento de la situación de cada uno de los migrantes, garantizándoles una oportuna y correcta atención a cada caso en particular.

En el caso de las personas adultas, esto les ayudaría a encontrar o poder ubicarlos en un trabajo temporal para que la carga no quedara completamente a cargo del estado, además que les ayudaría a integrarse y mantenerse ocupados, obteniendo un salario que les permita tener un ingreso mínimo para su subsistencia y que en su caso les facilite el contacto con sus familias.

3. Protección de los menores migrantes

Es menester hacer énfasis en la atención y protección de los menores migrantes,[2093] ya que al encontrarse ellos en este tipo de situación, se encuentran suspendidos sus derechos fundamentales, entre los cuales podemos mencionar el derecho a gozar de una buena alimentación, de la educación, de atención a su salud y a beneficiarse de condiciones favorables para su sano desarrollo, como lo es la recreación y el derecho a vivir en una familia, que le brinde la seguridad y protección necesaria para un sano equilibrio en su desarrollo; que es cuando más lo necesitan.

La carencia de estos derechos inherentes a su condición de vulnerabilidad, pone a los menores migrantes, así como a los adolescentes, en un contexto muy complejo, donde su situación deviene más compleja en relación a los migrantes adultos, ya que ellos no pueden valerse por sí mismos y se encuentran, por lo general, imposibilitados de cualquier oportunidad de sobrevivir y por ende son sujetos de mayores riesgos para su salud física y emocional.

Sin embargo, los avances que nuestro país a la fecha ha logrado, para la protección de este grupo vulnerable, los podemos encontrar estipulados en un capítulo de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,[2094] la cuál señala en su *Capítulo Décimo Noveno, de los Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes*, lo siguiente:

[2093] El 29 de mayo de 2000 se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, pero que al tratarse de una ley federal y que no era concurrente para poder distribuir competencias entre los distintos niveles de gobierno, ocasionó una falta de protección integral y homogénea para este sector de la sociedad y en el que encuadraba perfectamente la situación de estos niños migrantes. Por lo que tratando de garantizar su efectividad, conforme a los objetivos para la cual fue creada, se llevó a cabo una reforma que se publicó por Decreto en el Diario Oficial de la Federación el 12 de octubre de 2011, es decir la relativa al Artículo 4to. Constitucional, donde se inserta lo conducente sobre el principio del interés superior de la niñez y, que tratando de lograr hacer efectiva la aplicación de la misma se adicionó al Artículo 73 de la Constitución la fracción XXIX-P; la cual faculta al Estado para: *"expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte."* Sin embargo, pasaron varios años y estos avances no rindieron frutos, y la supuesta protección que brindaba dicha ley a los menores (y también por ende a los menores migrantes) no se vio manifiesta y esto permitió que el problema siguiera creciendo, a tal grado de que nuestro país se vio obligado a hacer otras reformas para, de manera integral, ir a la par de los compromisos pactados en los tratados internacionales y, poder en realidad hacer efectiva la protección de los menores. Razones suficientes para abrogar dicha ley, esto a la par de la entrada en vigor de una Nueva Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, por Decreto en el cual también se reforman diversas disposiciones de la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014 y entró en vigor al día siguiente de su publicación.

[2094] http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5374143&fecga=04/12/2014.

> **"Artículo 89.-** El presente Capítulo se refiere a las medidas especiales de protección que las autoridades deberán adoptar para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, acompañados, no acompañados, separados, nacionales, extranjeros y repatriados en el contexto de movilidad humana.
>
> Las autoridades de todos los órdenes de gobierno deberán proporcionar, de conformidad con sus competencias, los servicios correspondientes a niñas, niños y adolescentes en situación de migración, independientemente de su nacionalidad o su situación migratoria."

En tanto el Instituto Nacional de Migración determine la condición migratoria de la niña, niño o adolescente, el Sistema Nacional DIF o sistema de las entidades, según corresponda, deberá brindar la protección que prevé esta Ley y demás disposiciones aplicables.

El principio del interés superior de la niñez será una consideración primordial que se tomará en cuenta durante el procedimiento administrativo migratorio al que estén sujetos niñas, niños y adolescentes migrantes, en el que se estimarán las posibles repercusiones de la decisión que se tome en cada caso.

Partiendo de lo anteriormente estipulado, esta nueva ley hace una amplia referencia a las medidas especiales para proteger a todos los menores migrantes acompañados o no acompañados por parte de las autoridades mexicanas, independientemente de su calidad y situación migratoria y deja a cargo, del Sistema Nacional DIF o a los sistemas de las entidades, la protección para el menor prevista en dicha ley; donde el principio del interés superior de la niñez deberá prevalecer ante cualquier situación en particular por la que atraviesen los menores, además de que en lo que concierne al tema migratorio, las autoridades deben cumplir con los estándares internacionales y deberán adoptar las medidas necesarias para la protección de sus derechos, así como también otorgarles las garantías para un debido proceso.[2095]

Ahora bien, para el caso de menores migrantes, ya sea no acompañados o para los que estén en riesgo de permanecer (por diversas circunstancias) o no quieran estar con sus familias, la ley estipula que los Sistemas Nacional, Estatal y Municipales DIF, habilitarán

[2095] De conformidad con lo previsto en la Ley de Migración, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables (Artículos 90, 91 y 92 de la Ley).

espacios de alojamiento o albergues que cumplan con los estándares mínimos que este señalará para que les sea brindada la atención adecuada a las niñas, niños y adolescentes[2096] y establece las bases sobre las cuales funcionarán estos[2097]. Y en la misma hace referencia a la estrecha relación que deben guardar los Sistemas DIF y con el Instituto Nacional de Migración en el caso de que los menores migrantes extranjeros sean susceptibles de reconocimiento de condición de refugiado o de asilo.[2098]

Otra innovación al seno de esta Ley, es que le corresponderá al Sistema Nacional DIF diseñar y administrar las bases de datos de niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros no acompañados, con una serie de datos que le permitan a las autoridades conocer diversos aspectos de estos migrantes y las consecuencias que los llevaron a esta condición, para compartirlos con la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, atendiendo en todo momento las cuestiones de privacidad que deben ser respetadas de conformidad con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y demás disposiciones aplicables en materia de transparencia.[2099]
Y también menciona claramente esta ley, en su artículo 101 que:

> *"en ningún caso la condición migratoria irregular de los menores, pre configurará por sí misma la comisión de un delito, ni se prejuzgará la comisión de ilícitos por el hecho de encontrarse en condición migratoria irregular."*

Estas reformas, dejan en claro que México va finalmente por el camino correcto en el tema de protección de menores y que al hacerlo por medio de esta Ley, establece los principios rectores para la misma, con los cuales pretende, tal y como lo señala en su artículo 2do, garantizar la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, para lo cual las autoridades realizarán las acciones y tomarán medidas necesarias para diseñar los instrumentos de políticas públicas y programas de gobierno en los tres niveles de competencia.

Es decir, tanto los Estados, como los Municipios y en su caso, las demarcaciones territoriales para el Distrito Federal, deben establecer los mecanismos de seguimiento y

[2096] Artículo 94 de la Ley.
[2097] Artículo 95 de la Ley.
[2098] Artículo 98 de la Ley.
[2099] Artículo 99 de la Ley.

evaluación de su implementación; además de que deberán adecuar sus legislaciones de conformidad con esta ley, acorde a los compromisos derivados de los tratados internacionales, satisfaciendo ante todo las necesidades de los menores y garantizando el interés superior de los mismos, salvaguardando sus garantías procesales; así como de conformidad con sus respectivas competencias, deberán establecer e incorporar a sus proyectos de presupuesto la asignación de recursos y la aprobación de los mismos, para que permitan el cumplimiento de esta ley.

Lo anterior, de conformidad con los principios rectores que ella establece en su artículo 6to[2100]. y que son los siguientes:

> "**Artículo 6.** Para efectos del artículo 2 de esta Ley, son principios rectores, los siguientes:
> **I.** El interés superior de la niñez;
> **II.** La universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e integralidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes, conforme a lo dispuesto en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como en los tratados internacionales;
> **III.** La igualdad sustantiva;
> **IV.** La no discriminación;
> **V.** La inclusión;
> **VI.** El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo;
> **VII.** La participación;
> **VIII.** La interculturalidad;
> **IX.** La corresponsabilidad de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades;
> **X.** La transversalidad en la legislación, políticas públicas, actividades administrativas, económicas y culturales;
> **XI.** La autonomía progresiva;
> **XII.** El principio pro persona;
> **XIII.** El acceso a una vida libre de violencia, y
> **XIV.** La accesibilidad."

Sin embargo, podemos mencionar que si bien nuestro país ha dado grandes pasos en esta materia, tratando de cumplir con los tratados internacionales, aún hay mucha tarea pendiente por hacer, ya que a partir de la entrada en vigor de esta ley, el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias tienen como límite, para la realización de las modificaciones legislativas y para la creación de las disposiciones reglamentaciones, un plazo de los ciento ochenta días naturales siguientes a su entrada en vigor, tal y como se señala en el Decreto que se publicó en el Diario Oficial de la

[2100] http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5374143&fecha=04/12/2014.

Federación el 4 de diciembre de 2014[2101], por lo que la fecha señalada como límite para llevar a cabo dichas reformas era el pasado 4 de junio del año en curso; sin embargo, a la fecha no encontramos que esto se haya llevado a cabo, es decir, que a nuestros días esta ley está imposibilitada de hacerse valer. Y que mientras esto no se realice, no es posible hacer efectiva esta protección a los menores y adolescentes migrantes.

Y, por otra parte, para que las disposiciones contenidas en esta nueva Ley pueda también asegurar un efectivo cumplimiento de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en todo el territorio nacional, es menester que a la par de que se creen las leyes y reglamentos mencionados en el párrafo que antecede, se integren debidamente los Sistemas de Protección Locales y Municipales, a más tardar dentro de los noventa días siguientes a la entrada en vigor de las modificaciones legislativas[2102] y también debe constituirse La Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes; pero esto queda programado para que se lleve a cabo *"a partir del siguiente ejercicio presupuestal a la publicación del presente Decreto."*[2103]

En razón de lo anterior, podemos deducir que, a la fecha, esta Procuraduría aún no ha sido constituida,[2104] ya que no encontramos información oficial de su creación en ningún sitio. Además de que, para robustecer nuestro dicho, podemos citar la preocupación manifiesta por parte de la Diputada Morgan Navarrete, Secretaria de la Comisión de la Juventud, del día 9 de mayo del presente, en el punto de Acuerdo que analiza la Segunda Comisión de la Permanente, al hacer alusión de que dicho plazo esta por concluir[2105] y que de no llevarse a cabo lo estipulado en dicho decreto, los Congresos Locales estarán a su vez imposibilitados para hacer lo conducente y por ende no podrán armonizar las leyes y reglamentaciones necesarias para que esta Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes se

[2101] TRANSITORIO QUINTO.
[2102] De conformidad con lo señalado en el TERCERO TRANSITORIO del DECRETO por el que se expide la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y se reforman diversas disposiciones de la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5374143&fecha=04/12/2014.
[2103] Es una tarea aún pendiente.
[2104] Toda vez que la publicación del Decreto que origina la entrada en vigor, obliga a que se lleva a cabo el proceso para determinar el ejercicio presupuestal para el año siguiente al cual entró en vigor dicha ley, por lo que el mismo deberá estar listo y aprobado para utilizarse durante el año 2016.
[2105]www.almomento.mx/diputada-pide-formalizar-la-creacion-de-procuraduria-federal-de-proteccion-de-ninas-ninos-y-adolescentes/.

pueda hacer valer.

Por último, podemos mencionar que si bien nuestro gobierno no reflejó grandes avances en la materia, durante más de una década mientras estuvo en vigor la ley anterior, tenemos que, a partir de la entrada de la nueva ley, la preocupación fundamental de nuestras autoridades es que se trabaje de manera intensa y esta pueda llegar a materializarse y concretarse en su totalidad a más tardar para finales de 2016. Con esto se estaría cumpliendo lo estipulado en el Plan Nacional de Derechos Humanos y en el Programa Especial de Migración, ambos para 2014-2018.

Cabe señalar que, atendiendo a lo estipulado en el TRANSITORIO SEXTO, de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, se señala que el Sistema Nacional DIF deberá reformar su Estatuto Orgánico, a fin de que en un plazo no mayor a noventa días naturales,[2106] se formalice la creación de la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes,[2107] con sus respectivas unidades administrativas; lo cual aún es tarea pendiente (la presidenta de la Comisión de Derechos de la Niñez, diputada Verónica Beatriz Juárez Piña, del PRD, anunció en el Palacio Legislativo el pasado 19 de marzo del año en curso, que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) ha destinado cerca de 49 millones de pesos para su creación.[2108]

A abundamiento, debemos mencionar que en fecha 2 de abril de 2015 se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, el ACUERDO 06/ORD.01/2015, mediante el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia[2109] que contempla en su Capítulo VI todo lo referente de La Procuraduría Federal de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, que en el mismo señala, que dicha procuraduría deberá crearse en el presente ejercicio presupuestario, a efecto de dar

[2106] A partir de la entrada en vigor del presente Decreto (es decir, que los 90 días empezaban a corren a partir del 5 de Diciembre de 2014).
[2107] http://www.unicef.org/mexico/spanish/noticias_28530.htm.
[2108]http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicación/Agenda-de-Noticias/2015/03_Marzo/19/10286-Funcionara-en-junio-proximo-la-nueva-Procuraduria-Federal-de-Proteccion-de-Ninas-Ninos-y-Adolescentes.
[2109] De conformidad con lo dispuesto por los artículos 58, fracción VIII de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales; 33 inciso c de la Ley de Asistencia Social y 7, a través del cual autoriza las modificaciones propuestas al Estatuto Orgánico del Organismo.

cumplimiento a lo establecido en la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.[2110]

De todo lo anterior, se desprende que estas disposiciones aún no han sido aplicadas para poder garantizar la protección de las niñas, niños y adolescentes; pero que en caso de que las mismas se aprueben en tiempo y forma[2111], estas se entenderán realizadas por la Procuraduría General de la República, en tanto no entre en vigor la autonomía constitucional de la nueva Fiscalía General de la República.[2112]

En otras palabras, nuestro país ha realizado muchas reformas trascendentales en lo que toca al tema de la protección de los menores de edad, más sin embargo, vemos que a la luz del día, las mismas no terminan por satisfacer plenamente los derechos de los menores, ya que dichas reformas han quedado inoperantes a falta de las reformas estructurales que han dependido en gran parte a la ausencia de trabajo en el tema por parte nuestros legisladores federales y locales, de cumplimentar las reglamentaciones necesarias para que las mismas operaren.

Pero también esto se ha debido a la falta de interés y preocupación por parte de todas las autoridades competentes para ello, ya que ante este tipo de situaciones el orden público, el interés social y el bienestar común, necesitan una dirección que va desde lo federal, a lo estatal y hasta lo local, gracias al sistema que en nuestro país tenemos.

Y si bien, los responsables de velar por la estabilidad social, económica, política y cultural de nuestro país no atienden estas prioridades, no es posible que las políticas públicas funcionen por mas leyes que existan y al ser el problema de la migración de los menores, una situación que atenta contra la estabilidad social de nuestras comunidades, ya que incide contra el desarrollo sustentable de las mismas dado que nuestras autoridades no se involucran para solucionar este problema atacándolo desde la raíz, no sólo nos exhibimos ante la comunidad internacional por no acatar los principios, los tratados y convenios internacionales sobre

[2110] CUARTO TRANISTORIO.
[2111] Lo cuál sigue sin realizarse a la fecha de esta ponencia.
[2112] ttp://www.mimorelia.com/noticias/mexico/aprobada-la-ley-de-la-fiscalia-general-de-la-republica-para-reemplazar-a-la-actual-pgr/156150.

derechos humanos de los cuales formamos parte; sino mas bien que al evadir aplicarlos, contribuimos a poner en peligro el orden social del país y a su vez el de los países vecinos, al no apoyar a los más necesitados ante el tipo de situaciones de vulnerabilidad por el que atraviesan.

CONCLUSIÓN

Los derechos humanos de los migrantes, no sólo deben ser reconocidos, sino también garantizados, ya que en su calidad de personas gozan de los mismos derechos y prerrogativas que para su protección otorga nuestra constitución y los tratados internacionales de los que nuestro país forma parte, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la misma constitución establece (art. 1ro).

Es tarea del estado mexicano velar por que las reformas pendientes garanticen totalmente la protección de los derechos humanos ya reconocidos por la constitución y establecidos por las leyes y que se cumpla en tiempo y forma con las prerrogativas para su cabal cumplimiento.

La protección de los derechos de los migrantes y el reconocimiento de sus deberes y obligaciones debe permitir no solo mejorar su condición de vida y proveerles de oportunidades para su desarrollo personal e inserción social, sino que esto no debe interferir con el desarrollo y sustentabilidad del estado donde estos se asientan, garantizando ante todo un orden público y la satisfacción del interés general de la sociedad.

En cuanto a las tareas pendientes por parte de nuestros legisladores federales y locales, como también de las autoridades en todos los ámbitos de nuestro gobierno, la protección y seguridad de los derechos humanos de los menores migrantes y de los adolescentes debe ser una prioridad, para que cada uno, en el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones, puedan proporcionar a estos los servicios correspondientes, independientemente de su nacionalidad o su situación migratoria; siendo prerrogativa del Estado la satisfacción, ante todo, de las necesidades de los menores y garantizar el interés superior de los mismos, salvaguardando sus garantías procesales.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación:

Constitución Política Mexicana. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm
Ley de Migración. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_301014.pdf
Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_041214.pdf

Ley para la protección de los DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. http://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-para-la-proteccion-de-los-derechos-de-ninas-ninos-y-adolescentes/

Programas:

Programa Especial de MIGRACIÓN 2014-2018. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5343074

Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5343071

Acuerdos o convenciones:

ACUERDO mediante el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. Publicado en el DOF el 2 de abril de 2015. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regla/n252.pdf

Convención Sobre los Derechos del Niño. http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Discapacidad/Conv_DNiño.pdf

Otros documentos:

Derechos Humanos de los Migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. 2013. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf

Más de 40 millones de niños podrán contar con un mejor marco legal. http://www.unicef.org./mexico/spanish/noticias_28530.htm