

Universidad Autónoma de Chiapas
Instituto de Investigaciones Jurídicas

A N U A R I O
2 0 1 8





A N U A R I O
2 0 1 8



ANUARIO 2018

UNACH | INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
CARLOS F. NATARÉN NANDAYAPA, RECTOR

ISBN: 978-1-7336115-1-0
Texas; Estados Unidos de Norteamérica

D.R © Diseño, 2019
Edgar Lara Morales

Todos los derechos reservados.
Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra,
sea cual fuera el medio, sin el consentimiento por escrito del editor.

Nimrod Mihael Champo y Omar David Jiménez Ojeda

Coordinadores

PRESENTACIÓN XI

SUSPENSIÓN CONDICIONAL: LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO
UNA POSIBLE CAUSA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA 13

Alexis Aguilar Domínguez

LA ANTIJURIDICIDAD EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO 33

Nimrod Mihael Champo Sánchez

MAGIA Y REALIDAD EN EL DERECHO: EL REALISMO JURÍDICO 55

Seyma Cruz Aguilera García

EL PASADO DE LA MIGRACIÓN Y SUS VULNERACIONES DRANTE
LA DETENCIÓN MIGRATORIA EN MÉXICO 71

Alejandra Domínguez Torres

LA MATERNIDAD SUBROGADA: ANÁLISIS Y CRÍTICA
EN EL SUPUESTO DE APLICACIÓN EN CHIAPAS 86

Oscar Andrey Espinosa Gómez

HIJOS E HIJAS DE MUJERES EN PRISIÓN EN MÉXICO 108

Ana Rosa Gómez Vázquez

EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA 128

Diana Leslie Mendoza Robles

PERCEPCIONES EN TORNO AL NUEVO
SISTEMA PENAL ACUSATORIO 145

Carlos Sergio Montesinos Kramsky

ACERCAMIENTO A UNA JUSTICIA RESTAURATIVA ELECTORAL EN
EL CONTEXTO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS DE CHIAPAS 163

Manuel Gustavo Ocampo Muñoa

EL DERECHO AL ACCESO DEL INTERNET Y SUS REPERCUSIONES
DENTRO DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL INFANTIL 187

Bertha Fabiola Olvera León

UN ACERCAMIENTO A LA PROTECCIÓN DE DATOS
PERSONALES EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA 202

Paul Alexis Ortiz Vázquez

LAS MANIFESTACIONES Y PROTESTA SOCIAL EN
CHIAPAS. REFLEJO DE VACÍO DE CULTURA DEMOCRÁTICA
Y CULTURA DE LA LEGALIDAD 228

Jorge Alberto Pascacio Bringas

INFLUENCIA DE LA JURIMETRÍA EN LA ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA MEXICANA 264

José Juan Pérez Ramos

POLÍTICA CRIMINAL DESDE LA VISIÓN DE
JUSTICIA RESTAURATIVA 276

Braulio Eduardo Salazar Gordillo

ANÁLISIS DE LA MEDIDA DE PAGO CAUTELAR PARA GASTOS
DE EMBARAZO Y PARTO ¿UNA ACCIÓN AFIRMATIVA PARA
GARANTIZAR LA IGUALDAD DE GÉNERO EN CHIAPAS? 307

Christian Maythé Santiago Bartolomé

JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO 324

Osman Sarmiento Ochoa

PROTOCOLO PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. 345
HACIENDO REALIDAD EL DERECHO A LA IGUALDAD

Lidia Inés Serrano Sánchez

RETOS QUE ENFRENTA LAS PERSONAS LGBTI EN EL
RECONOCIMIENTO DE SUS DERECHOS EN MÉXICO 369

Tania Valencia Sánchez

LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN EL NUEVO SISTEMA DE
JUSTICIA PENAL MEXICANO: UNA APROXIMACIÓN DESDE
EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO 391

Antonio de Jesús Victorio López

*“El estudiante que sigue aprendiendo por su cuenta...
Eso es lo que separa a los triunfadores de los que solo hacen la tarea.”*

Neal deGrasse Tyson

PRESENTACIÓN

El propósito principal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas, es el desarrollo de la docencia, la investigación y la extensión del conocimiento de las ciencias jurídicas, dirigidas a la búsqueda de soluciones de los problemas sociales y políticos del país y, especialmente, de la región, con sentido ético, de responsabilidad social, mediante la enseñanza profesional y avanzada, la investigación científica e innovación, y la extensión del conocimiento y los servicios a la sociedad.

Acorde a lo anterior, el día de hoy tenemos el agrado de presentar nuestro Anuario 2018, cuya publicación tiene como objetivo el difundir el conocimiento derivado de la actividad investigadora de nuestros miembros de la comunidad académico-científica. Si bien se tocan tópicos jurídicos diversos, todos ellos atienden a nuestra línea de investigación general: Gobernabilidad, Democracia y Derechos Fundamentales.

La difusión del conocimiento es uno de los compromisos que las instituciones académicas deben considerar como prioritario, si bien el conocimiento puede gene-

rarse en las aulas de los posgrados, no tendrá mayor impacto si éste no se traduce en propuestas y proyectos que generen un impacto en la vida de la sociedad.

Cumpliendo con este compromiso, nuestro Anuario 2018 reúne las opiniones de varios miembros de nuestra comunidad y son producto de la constante labor académica de nuestros programas de posgrado durante el año que acaba de terminar. Con objetivo de que se convierta en un ejercicio periódico, y la esperanza de que sea de utilidad a la comunidad académico-científica de nuestro Estado, del país e internacional.

“Por la conciencia de la necesidad de servir”

Dr. Nimrod Mihael Champo

Dr. Omar David Jiménez Ojeda

Coordinadores

Dr. Carlos F Natarén Nandayapa

Director

SUSPENSIÓN CONDICIONAL: LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO
UNA POSIBLE CAUSA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Alexis Aguilar Domínguez

Resumen

Dentro del nuevo Sistema de Justicia Penal vigente en México, existe entre otras figuras la llamada suspensión condicional, la cual forma parte de las salidas alternas en el paradigma actual de justicia penal. Entre las bondades de la suspensión condicional podemos mencionar que es una salida alterna en aras de evitar un juicio largo y tedioso para las partes, en el cual lo que se busca una solución entre las partes sin necesidad de esperar el dictado de una sentencia; es pertinente mencionar no solamente las bondades, sino también vislumbrar problemáticas latentes dentro de su aplicación, y esta figura novedosa en nuestro sistema jurídico no va a ser la excepción a la regla, así las cosas, puede suscitarse un enriquecimiento sin causa al quedar materializada la reparación del daño a favor de la víctima y en detrimento del presunto responsable, requisito *sine qua non* de que se lleguen a presentar las condiciones o supuestos que se indican en el presente trabajo.

Palabras clave: *Suspensión condicional, enriquecimiento sin causa, reparación del daño, salidas alternas.*

Abstract

Within the new Criminal Justice System in force in Mexico, there is among other figures the so-called conditional suspension, which is part of the alternative outputs in the current paradigm of criminal justice. Among the benefits of the suspension can be requested an alternative alternative to avoid an extensive and tedious trial for the parties, in which what is sought a solution between the parties without the need to wait for the issuance of a sentence; it is pertinent to mention not only the benefits, but also to glimpse latent problems within its application, and this novel figure in our legal system is not going to be the exception to the rule, in this context, an illicit gain may occur when the damage reparation is materialized in favor of the victim and to the detriment of the suspected offender, *sine qua non* requirement that the conditions or assumptions indicated in the present work are presented.

Keywords: *conditional suspensión, illicit gain, compensation claims, alternate outputs.*

Sumario

I. Definición de suspensión condicional. II. Definición de reparación del daño. III. Crítica a la suspensión condicional. IV. Conclusiones.

Introducción

Es un hecho ya conocido para todos los abogados con un bagaje jurídico mediano o para aquellos quienes se encuentren familiarizados con el nuevo Sistema de Justicia Penal en México, que ha existido un cambio de paradigma donde la regla ahora es la libertad y la excepción la pena privativa de la libertad, o su traducción en lenguaje común, la Cárcel. En este sentido y en consonancia con este nuevo paradigma impe-

rante en el contexto jurídico mexicano, en aras de aplicar los principios de celeridad y economía procesal¹, se ha incorporado a nuestro pacto federal con la reforma de junio del año 2008 la figura denominada suspensión condicional.

La reforma anteriormente señalada hace mayor énfasis en la justicia restaurativa. Un elemento central de la justicia restaurativa² es la idea de compensar el daño causado a la víctima del delito cometido. Nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales (en lo sucesivo CNPP) acoge diversas figuras que podríamos determinar de Justicia Restaurativa, entre otras se encuentra la suspensión condicional.

La suspensión condicional entre una de sus finalidades³ busca una salida alterna establecida en el CNPP la cual busca dar por terminado un conflicto sin la necesidad de llegar hasta la sentencia. La problemática que se plantea en este presente ensayo reside en el hecho hipotético en el cual se revoque⁴ la suspensión condicional al imputado, y en consecuencia el efecto es la continuación del proceso en el momento o fase en que se suspendió, pero que sucedería en el caso en que el imputado

¹ Cfr. Mccold Paul y Wachtel, *En busca de un paradigma: Una teoría sobre justicia restaurativa*, Costa Rica, Conamaj, 2006, p. 62.

² Gordon Bazemore y Lode Walgrave definen la justicia restaurativa como: “toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito”. Cfr. Bazemore, Gordon y Walgrave, *Lode, Restorative Juvenile Justice*, Missouri, Willow Tree, 1999, p.49.

³ Para Alberto Bovino los fines de la suspensión son los siguientes: “a) evitar la continuación de la persecución penal y la eventual imposición de una sanción punitiva al imputado que podría ocasionar que éste sufriera un proceso de estigmatización; b) atender los intereses de la víctima a quien se reparará el daño que le fue causado;4 c) racionalizar la intervención de la justicia penal logrando, por la evitación del trámite del proceso, ahorro de recursos estatales, la descongestión o descarga de casos tramitados y la concentración de los órganos del sistema penal en la persecución y juzgamiento de los delitos más graves; y, d) lograr efectos preventivo especiales sobre el presunto infractor para hacer posible el fin de la reinserción social”. Cfr. Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código penal argentino*, Argentina, Editores del Puerto, 2001, p.4.

⁴ Las causales se encuentran reguladas en los supuestos del artículo 198 del CNPP. Obviamente la consecuencia de la revocación de la suspensión condicional es la revocación del beneficio y la continuación del proceso.

resultara inocente y la presumida víctima ya hubiera recibido una reparación del daño económica.

Lo anterior sin duda abre un problema sin paragón, ya que no existe esa suposición en el actual cuerpo del CNPP, lo cual la vuelve una hipótesis tratable que se presentará eventualmente. Podemos darnos cuenta de que nos encontramos ante uno de los ya llamados *border lines* o casos difíciles, así enunciados por Ronald Dworkin y Hart.⁵

No existe como ya mencionamos una norma jurídica respecto a la situación abordada en el párrafo anterior, únicamente el CNPP menciona en el artículo 198 lo siguiente: “Si la víctima u ofendido hubiese recibido pagos durante la suspensión condicional del proceso y ésta en forma posterior fuera revocada, el monto total a que ascendieran dichos pagos deberá ser destinados al pago de la indemnización por daños y perjuicios que en su caso corresponda a la víctima u ofendido”, pero hay omisión respecto a la situación que se planteó en el párrafo anterior.

Aun cuando sea inexistente norma alguna en el CNPP que considere el caso planteado, es justo que la parte agraviada tenga derecho a recibir lo que no le correspondía de origen entregar. Resulta interesante que el propio CNPP únicamente plantee la hipótesis y de por un hecho que el imputado será declarado culpable, siendo omiso en la hipótesis tratable de que sea absuelto. Probablemente el legislador no quiso ahondar ante tal circunstancia para evitar mayores complicaciones, por lo que ante tal omisión se tendrá que resolver casuísticamente. Así las cosas, ¿podría el otrora presunto responsable demandar en la vía civil la devolución de lo pagado?

⁵ Se debe hacer la prevención que ambos abordan el problema de los casos difíciles desde diferentes aristas, pero también se hace la mención que dicha tesis sostenida por ambos autores no será objeto del presente artículo.

I. Definición de suspensión condicional

La suspensión condicional es una figura noble y debutante en nuestro sistema de justicia penal mexicano como forma alternativa para dar por terminado el procedimiento. Podemos dar una definición sencilla de la suspensión condicional, y ésta es la siguiente: mecanismo procesal en virtud del cual el Ministerio Público o el imputado, con la aprobación del juez de control, dan término anticipado al procedimiento, cuando se cumplen los requisitos legales y se cumplen las condiciones fijadas por el juez al aprobar la suspensión.

De acuerdo con el artículo 184 del CNPP, la suspensión condicional del proceso es una salida alterna del procedimiento⁶. Una salida alterna del procedimiento es una herramienta jurídica que se encuentra al alcance de las partes para poder concluir el procedimiento obviando la necesidad de tener que llegar a la etapa de juicio oral.

El artículo 191 del CNPP define la suspensión condicional de la siguiente manera:

Por suspensión condicional del proceso deberá entenderse el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones que refiere este Capítulo, que ga-

⁶ Salidas alternativas: Mecanismos establecidos por la ley, que bajo ciertos presupuestos legales de procedencia dan fin al procedimiento penal, sin necesidad de llegar a juicio oral, atendiendo al principio de mínima intervención de justicia restaurativa. La mediación, el arbitraje y la conciliación son medios alternativos de solución de controversias, cuya aplicación tiene el propósito de obtener resultados restaurativos, [...] Véase Polanco Braga, Elías, *Nuevo diccionario del sistema procesal penal acusatorio juicio oral*, México, Porrúa, 2014, p. 289.

Las salidas alternas buscan cumplir con los fines perseguidos por el proceso sin necesidad de llegar a la etapa de juicio oral, incluyen el acuerdo reparatorio, la suspensión condicional del proceso, el procedimiento abreviado y los criterios de oportunidad. Cfr. Azzolini Bincáz, Alicia Beatriz, “Las Salidas Alternas al Juicio: Acuerdos Reparatorios y Suspensión Condicional”, p. 244, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4032/21.pdf>. Fecha de consulta: 08/11/2017.

ranticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que, en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal.

Es importante recalcar que la suspensión condicional no procede de oficio por parte del Juez, por lo que se encuentra imposibilitado de promoverla o dictada por sí mismo, esto al tenor del principio de legalidad consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁷ La solicitud de la suspensión condicional deberá contener un plan de reparación del daño causado por el delito y plazos para cumplirlo.⁸

Resulta importante esclarecer la razón por la cual únicamente el Ministerio Público y la parte imputada pueden solicitar tal beneficio, lo cual resulta de gran relevancia para desentrañar la naturaleza de la suspensión condicional. Como lo manifiesta Rubén Vasconcelos Méndez, la facultad del Ministerio Público para solicitar la suspensión condicional en el nuevo sistema de justicia penal, es una atribución discrecional que forma parte de la función de persecución que realiza, mientras que para el imputado es un auténtico derecho derivado de su condición jurídica.⁹

El autor anteriormente señalado menciona con una claridad extraordinaria la razón por la cual ambas figuras, es decir, la del imputado y el Ministerio Público pueden realizar la solicitud de marras:

El Ministerio Público, al ejercer la facultad de presentar al juez una solicitud de suspender algún proceso, expresa su decisión de no continuar la persecu-

⁷ El principio de legalidad se encuentra previsto en los artículos 14 y 16 constitucional, el cual suele enunciarse bajo el lema de que, mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no está prohibido, las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les señala.

⁸ Bovino manifiesta que “será razonable, entonces, todo ofrecimiento que, de hecho, satisfaga a la víctima y, además, todo ofrecimiento que cubra el total del daño reparable conforme a las reglas del derecho privado”. Cfr. Bovino, Alberto, *op. cit* p. 141.

⁹ Cfr. Vasconcelos Méndez, Rubén, “La suspensión del proceso penal a prueba”, p.127, https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/La_suspensi%C3%B3n_del_proceso.pdf. Fecha de consulta:10/11/2017.

ción penal de cierto caso y no llevarlo a juicio oral, por considerar que ello se corresponde con los fines del sistema penal, las políticas de persecución que la institución a la que pertenece tiene diseñadas e implementadas y con los intereses de la víctima, mientras que el imputado, al presentar la solicitud, manifiesta su deseo de no ser sujeto a proceso y su conformidad con atender las exigencias de reparación de los daños sufridos por la víctima y someterse voluntariamente a algunas reglas de conducta durante cierto lapso de tiempo, aun renunciando a algunos de sus derechos. La presentación de la solicitud por parte del Ministerio Público implicará que éste ya valoró lo que resulta más conveniente para la víctima y el imputado, efectuó un pronóstico positivo sobre la conducta futura de éste, es decir, estimó que la suspensión del proceso es suficiente para evitar que no vuelva a cometer delitos y lograr su reinserción social y consideró lo que es más satisfactorio al sistema e incluso al trámite de su propio caso por el cúmulo de evidencia que posee. Solicitar la aplicación de este mecanismo forma parte de la visión estratégica que el sistema penal le asigna e impone. Nada lo obliga a proponer la institución más que la perspectiva que tenga sobre la mejor manera de resolver el conflicto que conoce, su compromiso con la disminución de los niveles de violencia dentro de la sociedad y la reducción de la impunidad en casos en que llevar el asunto a juicio representa un riesgo.

El imputado, de la misma forma, en ejercicio de su derecho de solicitar la suspensión, podrá hacer un cálculo de lo que más le conviene: que continúe el proceso y llegar a una sentencia en un juicio oral o bien someterse a algunas condiciones y reparar el daño causado.¹⁰

¹⁰ *Ídem.*

Se puede corroborar que la suspensión condicional es un medio que surge basado en los principios y garantías plasmados en la Constitución, lo que se traduce en que el Ministerio Público sea un garante también de los derechos del imputado y no únicamente de la víctima, y a la vez es un freno al poder punitivo del Estado.

A. Requisitos que se deben llenar para obsequiar la suspensión condicional.

Los requisitos se encuentran establecidos en el CNPP, los podemos encontrar en los artículos 192 y 193:

- El primer requisito tiene que ver con el momento procesal oportuno para solicitar la suspensión condicional, ya que esta únicamente procede ante el Juez de Control después de la vinculación a proceso y antes de acordarse la apertura a juicio.
- El segundo requisito necesario para que pueda otorgarse la suspensión condicional, es que se trate de delitos cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años.
- El tercer requisito es que no exista oposición fundada de la víctima u ofendido.¹¹
- El cuarto requisito podemos reside (en el supuesto) en que hayan transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento, de una suspensión condicional anterior, en su caso.

Los anteriores requisitos los podemos clasificar para fines didácticos de la siguiente manera:

¹¹ Nos podemos percatar del importante rol que juega la víctima en la suspensión condicional como medida alterna, ya que si ésta no se encuentra de acuerdo en la solicitud ya sea por parte del Ministerio Público o del imputado, puede decretarse la negativa a la solicitud, pero siempre y cuando exista una oposición fundada. Es un derecho de la víctima a que ésta sea escuchada y más aún cuando se oponga a la suspensión, y aunque realmente esto no vincula al Juez de Control, como todo acto de autoridad y para evitar una violación a los derechos de la víctima, en su resolución debe precisar y argumentar el valor que ha atribuido a dicha opinión y las razones que lo llevaron a adoptarla.

1. Iniciativa. Corresponde al Ministerio Público y al imputado o su defensor la iniciativa para requerir la suspensión condicional del procedimiento.
2. Procedencia.
 - a. Que no exista oposición fundada de la víctima.
 - b. Que se trate de delitos cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años.
 - c. Que hayan transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento, de una suspensión condicional anterior.
3. Oportunidad procesal.
 - a. Después de la vinculación a proceso
 - b. Antes de acordarse la apertura a juicio.

II. Definición de reparación del daño

En cuanto al significado del término “reparación del daño” en el Diccionario para Juristas, se alude que es el derecho al resarcimiento económico a quien ha sufrido un menoscabo en su patrimonio por acto ilícito o delito. Y “reparar” significa precaver o remediar un daño perjuicio. “Daño” en Derecho es el delito que se comete cuando por cualquier medio se causan daños, destrucción o deterioro en cosa de otro o en cosa propia con perjuicio de tercero.¹²

En la justicia restaurativa, la cual es el paradigma en el cual se encuentra hoy en día encuadrada la justicia penal mexicana, en este concepto de idea, no únicamente converge la idea de reparación material del infractor a la víctima, sino también que en algunos tipos de delitos es posible que estos sean remediados si no ya desde un

¹² Cfr. Juan Palomar de Miguel, voces “Reparación del Daño”, “Reparar”, y “Daño”, en *Diccionario para Juristas*, mayo, 1981.

punto de vista material, sino desde un punto de vista simbólico y emocional.

En este sentido, desde una opinión, considero bastante difícil que un Juez de Control acepte una reparación económica de tipo simbólica y emocional, pero esto debido a la falta de técnicas o medidas alternativas distintas a la patrimonial. Al parecer parece que el derecho se encuentra en un espiral oscilante sin freno, en el cual éste es reducido que puede ser reducido al intercambio de equivalentes, debe tenerse especial cuidado en este punto, porque como ya vimos la reparación del daño es requisito *sine qua non* para la procedencia de la suspensión, pero que pasa cuando el imputado carece de recursos económicos para cubrir la reparación del daño, en este sentido debería el Juez de Control optar por otras formas de reparación.¹³

De acuerdo con el artículo 196 del CNPP y de una correcta interpretación teleológica y armónica de acuerdo con el paradigma de justicia penal vigente en México, el Juez de Control cuenta con la facultad de modificar la oferta de reparación presentada por el imputado, en este tenor a fin de que la suspensión condicional no sea vista como un medio para conseguir un fin económico y en consecuencia desnaturalizarla, la reparación puede consistir o revestir una naturaleza simbólica o natural.

El papel del juez al momento de ofrecer una oferta de reparación económica a la víctima debe ser la de un garante no únicamente de la víctima, sino también de los derechos del imputado, por lo que su papel no únicamente se debería constreñir en aceptar únicamente reparaciones del daño de índole económica, sino también simbólicas.

Si bien en el CNPP no existe un artículo en el cual expresamente el imputado debe aceptar los hechos que se le imputan, consideramos que el legislador se decantó por la opción de considerar que la aceptación del imputado no importa más que

¹³ Es importante mencionar que el Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas en su artículo 94, fracción VII permite la opción de medidas conciliatorias como reparación del daño.

la manifestación de su voluntad de acceder a la salida alternativa, esto se robustece con la parte *in fine* del artículo 196 del código de marras, el cual menciona que la información que se genere como producto de la suspensión condicional del proceso no podrá ser utilizada en caso de continuar el proceso penal.

III. Crítica a la suspensión condicional

Si bien *prima facie* se cuenta con la apariencia que la suspensión condicional es una figura relativamente sencilla y bondadosa, ciertamente conlleva ciertos riesgos y perjuicios en los derechos de la parte imputada, por ejemplo, como menciona Alicia Beatriz Azzolini Bincaz:

[...] contiene una respuesta de carácter sancionatorio para una persona que aún no ha sido juzgada, en ese sentido afecta la presunción de inocencia. El cumplimiento de las condiciones que fije el juez es una restricción a los derechos del imputado, cuyo único fundamento descansa en su propio consentimiento. Por ello, cuando sean procedentes otras salidas alternas menos aflictivas deben imponerse.¹⁴

En otras palabras, una de las principales críticas constantemente sostenidas a esta salida alterna es la relativa a que, al imponerse condiciones, el imputado queda sujeto a obligaciones no obstante legalmente ser todavía inocente por no haberse declarado su culpabilidad mediante sentencia que haya causado estado o ejecutoria, por lo que en *stricto sensu* y para fines prácticos, apriorísticamente se le está considerando culpable.

¹⁴ Véase Azzolini Bincaz, Alicia Beatriz, “Las Salidas Alternas al Juicio: Acuerdos Reparatorios y Suspensión Condicional del Proceso”, p. 252, https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/La_suspensi%C3%B3n_del_proceso.pdf. Fecha de consulta:13/11/2017.

Existen opiniones diversas, tales como la de García Aguilar, quien manifiesta que las medidas impuestas como condiciones en la suspensión del proceso no constituyen sanciones, ya que, en estos casos no ha existido juicio previo que determine la responsabilidad y culpabilidad del infractor, por lo que únicamente tienen la naturaleza de directrices que se consideran adecuadas.¹⁵

Disentimos respetuosamente de la posición de García Aguilar, ya que se equiparan análogamente dichas medidas a una equiparación de hecho entre imputado y culpable, así ya lo ha determinado en una novedosa una interpretación que ha alcanzado nivel jurisprudencial, en la cual se sustenta un principio que prohíbe a los jueces en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena.¹⁶ Como podemos percatarnos tal principio de presunción de inocencia es violentado y tampoco se respeta el carácter que lo reviste, es decir, como mandato de optimización, tanto al ser enunciado como requisito y al verse materializado con la autorización del Juez de Control.

Otra de las críticas que se le ha añadido a la figura de la suspensión condicional es el término empleado, pues manifiestan los doctrinarios que el término correcto debió haber sido suspensión condicional del proceso y no del procedimiento.¹⁷

Otra crítica que incluso puede llegar a ser más problemática que la anterior, es la que suscita la presente elaboración del presente trabajo; si bien es cierto no únicamente

¹⁵ Citado por Méndez Vasconcelos, Rubén, *op. cit.*, p. 150.

¹⁶ Cfr. Tesis: 1a/J.24/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* Décima Época, t. I, abril de 2014, p.497.

¹⁷ Ocampos Gonzáles, Gustavo Adolfo, “La Suspensión Condicional del Proceso”, p. 490, <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Gustavo-Ocampos-La-Suspenci%C3%B3n.pdf>. Fecha de consulta: 16/11/2017.

se viola la presunción de inocencia, pues es ampliamente explorado y de conocimiento por cualquier persona que se encuentre envuelto en la práctica jurídica, que una persona es inocente hasta el momento en que una sentencia condenatoria determine su culpabilidad y la misma quede firme, es decir, adquiriera calidad de cosa juzgada.

Siguiendo la línea argumentativa horizontal antes planteada, también se puede ver violentado el artículo 14 constitucional, el cual menciona que nadie puede ser privado de sus posesiones sin haber sido oído y vencido en juicio, en este sentido el imputado se ve sobrepasado, pudiendo usar un anglicismo que es *ad hoc* al contexto planteado, el imputado se siente *overwelmed* (abrumado) por lo que como ya se mencionó con anterioridad, hará un cálculo de lo que más le conviene, es decir, se encontrará en una disyuntiva: que continúe el proceso y se dicte a una sentencia en un juicio oral o bien someterse a algunas condiciones y reparar el daño causado.

Como menciona Alberto Binder, una de las causas por las que es utilizada esta figura es para evitar causar una marca o señalamiento al imputado:

[...] se opta por abrir la posibilidad de no llevar a proceso al imputado, evitando que se le imponga una sanción que tenga como efecto su estigmatización.¹⁸

Por términos incluso probabilísticos, es un hecho que en algunas ocasiones el imputado sea realmente inocente, pero no pasa desapercibido que pueda argumentarse, lo cual resulta interesante, ya que la sola enunciación de que el imputado hará un cálculo de lo que más le conviene y que en consecuencia otorgará su consentimiento (¿realmente podemos hablar de un consentimiento otorgado llanamente sin algún tipo de vicio?), podría asegurarse que si bien resulta ser inocente de acuerdo a lo que obra en autos durante toda la secuela procesal, para algunos podría ser asociado con algo similar a un fraude o engaño por medio del imputado.

¹⁸ Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª. ed., Argentina, Ad-Hoc, 2005. p. 223.

En nuestra opinión, no hay que pecar de ingenuos, porque en este sentido, si se le ofrece al imputado o a cualquier persona la oportunidad de elegir entre dos o más opciones naturalmente elegirá aquella que le brinde mayores beneficios *ipso facto* ya sean reales o posibles. Esto no debería ser un asunto de sorpresa ni de indignación, por lo que el imputado deberá identificar por adelantado que le otorga mayores beneficios. Así las cosas, lo que busca el imputado es una probabilidad de un resultado favorable por adelantado.

No debe pasar por desapercibido también, aunado a que guarda relación con lo vertido en el párrafo anterior, ya que resulta interesante que la sola noción de que la elección de la suspensión condicional es hecha con miras a obtener un resultado favorable para el imputado, esta práctica ha sido asociada con algo similar un fraude a la justicia.

No se omite manifestar que el CNPP es omiso respecto si el imputado debe aceptar los hechos o no, pero en el supuesto de que tuviera que aceptar los hechos, se debe distinguir únicamente en que tal aceptación estriba en una conformidad procesal y no una aceptación penal, en este sentido cobra mayor sustento y se robustece lo argumentado en este presente trabajo, es decir, en el sentido que hipotéticamente en un juicio se revoque la suspensión condicional por las circunstancias enunciadas en el CNPP, pero que durante el transcurso natural del juicio se llegue a la conclusión en la sentencia que el imputado es inocente, en este sentido cobra mayor argumento que el imputado pueda requerir le sea devuelto el pago que haya realizado por concepto de reparación del daño. Lo anterior así lo afirma Rubén Vasconcelos Méndez¹⁹:

Es importante decir que con este instituto no se elimina el derecho a la presunción de inocencia de que goza el imputado a pesar de que admita los he-

¹⁹ Vasconcelos Méndez, Rubén, “La Suspensión del Proceso Penal a Prueba”, https://app.vlex.com/#MX/vid/75456443/graphical_version. Fecha de consulta: 13/11/2017.

chos, ya que esta aceptación no implica una confesión o el reconocimiento de culpabilidad.

Lo anterior también lo han comentado Duce y Riego de la siguiente manera:

[...] en el fondo, la voluntariedad del imputado para lograr un acuerdo con el fiscal y la posibilidad siempre existente de llegar a un juicio oral dotado de todos los resguardos requeridos para el debido proceso, constituyen la garantía final para el imputado de que la suspensión condicional no será un mecanismo de control social que vulnere el principio de inocencia y el resto de sus derechos a contar con un debido proceso [...].²⁰

Volviendo a la admisión de los hechos que se le imputan, no olvidando el nuevo paradigma garantista del CNPP, debemos tener en consideración que para no vulnerar los derechos del imputado, no se debe tomar como una confesión de la admisión de los hechos, por lo que debe operar una ficción creada por la ley, en la que única y exclusivamente el imputado admita que los hechos pasaron u ocurrieron de tal forma, pero esto no implica la confesión del delito²¹, pero esta admisión no debe contar con valor probatorio, de lo contrario se le estaría violentando un juicio imparcial en el caso de denegarse la procedencia de dicha figura o su futura suspensión, en caso que se den los supuestos enumerados en el artículo 196 último párrafo del CNPP.

Una de las críticas que también se realizan respecto a la oportunidad para brindar la suspensión condicional, es la relativa en que el imputado se comprometa a reparar el daño, si se es meticuloso, esto conlleva un reconocimiento tácito, si bien no expreso que el imputado cometió el daño como consecuencia de un hecho perpetrado.

²⁰ Duce J., Mauricio, y riego R. Cristian, *Proceso penal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 317 y 318.

²¹ Véase Ocampos González, Gustavo Adolfo, *op. cit.*, p.495.

Ahora, respecto a lo anterior, cabe hablar sobre el enriquecimiento sin causa.²² El enriquecimiento sin causa se presenta cuando el patrimonio de una persona se transfiere a otro individuo sin existir una causa jurídica que justifique esa transmisión. El artículo 1858 del Códex Civil para nuestra entidad federativa de Chiapas, establece para que se actualice el “enriquecimiento ilegítimo” o “sin causa”, debe determinarse la relación que existe entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, así las cosas, deben estar presente los siguientes requisitos:

1. Que haya empobrecimiento de un patrimonio;
2. Que exista enriquecimiento de otro;
3. Que medie relación de causa a efecto entre el primero y el segundo;
4. Que no exista una causa jurídica que justifique ese desplazamiento patrimonial.

Como podemos apreciar, de darse el supuesto que sea revocada la suspensión condicional y el imputado se vea sometido a llevar todo el procedimiento hasta su etapa final, y que en la sentencia definitiva se declare su inocencia, en consecuencia y al hilo de lo anteriormente enunciado, podemos colegir que existe un enriquecimiento sin causa a cargo de la que se hacía llamar víctima y del que se le llamaba presunto responsable, toda vez que existe un empobrecimiento de un patrimonio y enriquecimiento de otro, el cual es carente de una causa jurídica que justifique ese desplazamiento, ya que si el imputado es inocente, por consecuencia no nace la obligación jurídica de reparar el daño. En este sentido, el imputado debería contar con la facultad de recuperar lo que entregó por concepto de reparación del daño al imputado.

²² Gutiérrez y Gonzáles lo define como “el acrecentamiento sin causa que recibe una persona en su patrimonio económico o moral en detrimento –directo en el primero e indirecto en el segundo- de otra persona”. Cfr. Gutiérrez y Gonzales, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 10. ed., México, Porrúa, 2002, p.559.

Respecto al punto número cuatro, cabe hacer una precisión atinente, si bien es cierto que existe consentimiento por parte del imputado para que sea beneficiado con la suspensión condicional y en consecuencia presentar una propuesta de reparación del daño, podría pensarse entonces que existe una causa justificada de ese desplazamiento patrimonial, y que por lo consiguiente el imputado no puede quejarse de haberse empobrecido, ya que radico en un acto libre y de su espontánea determinación; se disiente de esa postura, toda vez que realmente el imputado se encuentra en una situación en que su juicio no se encuentra libre de vicios, ya que se ve sobrepasado por una situación y al tener la elección de poder sustraerse de un proceso largo, costoso y tedioso, se somete a los requisitos establecidos para la suspensión condicional, pero como ya ha quedado afirmado, sin que esto implique una aceptación o confesión de los hechos que se dirijan a que reconoce la culpabilidad de los hechos imputado.

IV. Conclusiones

Gracias a las bondades de la reforma constitucional de 2008, ahora es posible hacer uso de salidas alternas al proceso penal, entre ellas la suspensión condicional. Sin duda alguna es un adelanto en nuestro sistema penal mexicano la inclusión de salidas alternas, pero como toda innovación, ésta presentará problemas. Si bien la figura de la suspensión condicional pretende inicialmente salvaguardar tanto los derechos de la víctima y el imputado, si se estudia con un poco más de detenimiento se pueden percatar algunas críticas válidas y fundamentadas respecto a esta figura.

Es importante observar si existe acuerdo entre imputado y víctima, es posible una salida alterna al procedimiento, pero lo interesante es el principio de la autonomía de la voluntad, el cual básicamente permite que los interesados puedan acogerse a estas medidas. Se considera que este cambio de justicia distributiva a restaurativa

no implica una disminución del *ius puniendi* del Estado, sino todo lo contrario, es decir, si bien es cierto se trata de aplicar menos la fuerza del Estado para la solución de los conflictos, no menos cierto es que los propios ciudadanos legitiman al hacer uso de las medidas alternas, en este sentido se ve ampliada la percepción del concepto de justicia que aplica el Estado. Como atinadamente lo señala Vítale, la suspensión del proceso penal a prueba, una vez cumplidos los recaudos legales, es un derecho que puede hacer valer el imputado frente al poder punitivo estatal.²³

Para que proceda la suspensión condicional se considera requisito *sine qua non* la reparación del daño, pero el problema no es *per se* la reparación misma, sino que se tiene aún la impresión en el imaginario colectivo de que la única manera de reparar el daño es a través de la vía económica, pero no se debe perder de vista y se debe tomar en cuenta que pueden existir otras maneras de realizar la reparación del daño y ésta pueden consistir en la conciliación con la víctima o en la reparación natural o simbólica del daño causado. Lo anterior podría prevenir el enriquecimiento sin causa por parte de la parte ofendida, en el supuesto que fue enunciado en el presente trabajo.

Ahora cabe hacer la siguiente reflexión: ¿por qué si el presunto ofendido o víctima tiene derecho al resarcimiento de los daños, por qué no plantear la posibilidad de que el presunto culpable tenga la posibilidad de recuperar a lo que se obligó por concepto de reparación del daño en el imaginario de que sea declarado inocente posteriormente? Si bien es cierto, en el CNPP es inexistente la formalidad en la que el imputado deba aceptar los hechos, es decir, que manifieste conformidad de que ocurrieron de esa manera, la aceptación de estos viene implícita con la anuencia de la reparación del daño y con las condiciones que puede llegar a imponer el Juez de

²³ Vitale, Gustavo L., *La suspensión del proceso penal a prueba*, 2ª. ed., Argentina, Editores del Puerto, 2004. p. 229.

Control de acuerdo con la lista enunciada en el artículo 195 del CNPP, pero se debe considerar que para la procedencia la suspensión condicional del procedimiento y atendiendo a los fines de la nueva reforma de 2008, únicamente estriba en una conformidad procesal y no una aceptación penal, en este sentido cobra mayor sustento y se robustece lo argumentado en este presente trabajo, es decir, el imputado cuenta con el derecho que le sea retribuido lo que haya erogado en concepto de reparación del daño a través de la figura de enriquecimiento sin causa.

Bibliografía

BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª. ed., Argentina, Ad-Hoc.

BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código penal argentino*, Argentina, Editores del Puerto, 2001.

MCCOLD Paul y WACHTEL Tel, *En busca de un paradigma: Una teoría sobre justicia restaurativa*, Costa Rica, Conamaj, 2006.

DUCE J., Mauricio, y RIEGO R. Cristian, *Proceso penal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 10ª ed., actualizada, México, Porrúa, 2002.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 9ª ed., México, Porrúa, 2003.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan, voces “Reparación del Daño”, “Reparar”, y “Daño”, en *Diccionario para Juristas*, mayo, 1981.

POLANCO BRAGA, Elías, *Nuevo diccionario del sistema procesal penal acusatorio juicio oral*, México, Porrúa, 2014.

VITALE, Gustavo L., *La suspensión del proceso penal a prueba*, 2ª. ed., Porrúa, Argentina Editores del Puerto, 2004.

Cibergrafía

MÉNDEZ VASCONCELOS, Rubén, “La Suspensión del Proceso Penal a Prueba”, <https://app.vlex.com/#vid/suspension-proceso-penal-prueba-75456443>

OCAMPOS GONZÁLES, Gustavo Adolfo, “La Suspensión Condicional del Proceso”, <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Gustavo-Ocampos-La-Suspenci%C3%B3n.pdf>

AZZOLINI BINCAZ, Alicia Beatriz, “Las Salidas Alternas al Juicio: Acuerdos Reparatorios y Suspensión Condicional del Proceso”, https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/La_suspensi%C3%B3n_del_proceso.pdf

Legislación nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Civil para el estado de Chiapas.

Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas.

LA ANTIJURIDICIDAD EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Nimrod Mihael Champo Sánchez

Resumen

Para acreditar la antijuridicidad, en el sistema mixto de corte inquisitivo, el Ministerio Público se limita –en su escrito de consignación– a indicar que en el caso concreto no se actualiza ninguna causa de justificación, transfiriendo la carga demostrativa de dicha causa de justificación al imputado y su defensa. En un sistema de audiencias, la actividad del Agente del Ministerio Público ha cambiado, particularmente en la manera de presentar (dato de prueba) y desahogar pruebas; sin olvidar que el material probatorio deberá referirse a los conceptos que exige la teoría del delito. Si bien la dinámica cambia en las audiencias, tampoco existe mención expresa a la acreditación de la antijuridicidad, pero derivado de la exposición y argumentación del representante social en cuanto a la existencia de la conducta y el análisis lógico jurídico de la tipicidad, se entenderá que no existe una causa de justificación; evidentemente será diferente en cada etapa procesal.

Palabras clave: Delito, antijuridicidad, vinculación a proceso, audiencias.

Sumario

I.- Nota Metodológica; II.- Planteamiento del problema; III.- Evolución de Dogmática de

la antijuridicidad; IV.- Etapas procesales en el sistema acusatorio y la acreditación de la antijuridicidad; V.- Conclusión. VI.- Bibliografía.

I.- Nota metodológica

Es importante aclarar que en el presente artículo, a pesar de versar la última parte sobre cuestiones procesales, no se citan ni hace referencia a ningún ordenamiento procesal en particular; lo anterior en virtud de situación que vive el país al momento de escribirlo. Por un lado, nos encontramos ante un vasto número de Entidades Federativas que cuentan ya con códigos procesales vigentes, o por lo menos publicados, con sistema acusatorio y oral; por otro, una fuerte tendencia, así como una iniciativa en el Senado de un Código Federal Único.

En virtud de lo anterior, solo hacemos referencia a figuras y etapas procesales que han sido aceptadas de manera uniforme en los diversos códigos, lo cual esperamos sirva al lector para no confundirse.

II.- Planteamiento del problema

De manera general se puede decir que lo antijurídico es lo contrario (desaprobado) al Derecho. Ésta, únicamente puede tomarse como una definición provisional que solamente marca el punto de partida, sin aportar mayor cosa, ya que no sabemos lo que es contrario al Derecho. Aunado a lo anterior, nos encontramos con que el ordenamiento jurídico (en otras palabras el legislador) establece las formas negativas (causas de justificación) de la antijuridicidad, es decir, las formas en que una conducta no será antijurídica sin una manifestación expresa de lo que es antijurídico.

En este sentido, el Maestro Luis Jiménez de Asúa afirma que el tipo es la

descripción y la antijuridicidad nos da la estimativa del acto; de tal manera que el homicidio definido objetivamente por la ley, se castiga por ser antijurídico, salvo que una causa de justificación –la legítima defensa por ejemplo– convierta en jurídica la acción. Dicho de otra manera, y de acuerdo con esta concepción, tiene un significado valorativo.¹

A la luz de estas ideas, la práctica común del Ministerio Público, al acreditar el cuerpo del delito en su escrito de consignación (obvio nos referimos al sistema mixto previo a la reforma constitucional de junio de 2008) se limitaba a indicar que la conducta del imputado “*no se encuentra amparada por alguna causa de licitud [o] justificación ya que al desplegarla no actuó con el consentimiento de persona o autoridad alguna legitimada para consentirla; como tampoco repelía una agresión real, actual o inminente con dicha conducta; además, esa conducta tampoco se justifica de manera tal que excluya el delito, ya que el sujeto activo [no] actuó en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, pues lo cierto es que Juan Pérez Jolote, sabía de la ilicitud de su proceder, en consecuencia, su conducta no se ve emparada por alguna causa de licitud o justificación que puedan excluir el delito*”.²

Dicha actividad del órgano persecutor, es criticada por algunos, al interpretarla como inversión de la carga probatoria al ser la defensa quien deberá demostrar, si así lo requiere, la existencia de alguna causa de justificación; en otras palabras, no se respeta el debido proceso, la presunción de inocencia y el principio de carga de la prueba.

Ahora bien, ya que el sistema acusatorio, cuya base es un sistema de audiencias, y que los actos procesales se dan, casi absolutamente, en audiencias regidas por

¹ Jiménez de Asúa, Luis. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO. 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, 1958, p. 268.

² Esta redacción se puede encontrar en cualquier escrito de consignación ya sea de un asunto de jurisdicción local o federal; cabe advertir que tuvimos que corregir y agregar algunas palabras para que su lectura fuera comprensible.

las características (acusatorio y oral) y principios (publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación) del artículo 20 de nuestra carta magna; hay que preguntarse si la actividad probatoria del representante social será la misma con respecto al tema de la antijuridicidad.

No olvidemos que, ahora, existen distintas tres etapas procesales, con diferentes estándares probatorios, lo cual nos hará analizar el tema en comento, desde diferentes perspectivas.

III.- Evolución de dogmática de la antijuridicidad

La Dogmática jurídico-penal constituye un conjunto de conocimientos lógicamente estructurados y que pretenden establecer la esencialidad de la naturaleza del contenido del Derecho Penal. En este sentido, el Dr. Rafael Márquez Piñero explica que tal contenido “está integrado por las normas jurídicas que establecen los delitos, señalan las penas y medidas de seguridad así como su forma de aplicación”.³

El autor en comento explica que estamos en presencia de una verdadera ciencia perteneciente al mundo del **deber ser**, o sea a las ciencias culturales, que intentan desentrañar la verdadera significación del contenido normativo del derecho penal y esclarecer la finalidad de la *ratio legis*.

Su **objeto de conocimiento** será, precisamente, el conjunto de normas positivas que integran el derecho penal. Su **método**, detecta una larga tradición derivada del sistema continental europeo, con fundamento en el derecho romano, la exégesis francesa y la jurisprudencia de conceptos alemana.⁴

³ Márquez Piñero, Rafael. DERECHO PENAL. Parte General, 4ª Ed, 3ª reimpr. México, Trillas, 2004, pp. 24 y 25.

⁴ Cfr: Nino, Carlos Santiago. CONSIDERACIONES SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 6.

Por su parte, el Ilustre Profesor Cerezo Mir, indica que la Dogmática del Derecho Penal tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos jurídico-penales positivos y desenvolver su contenido de una manera sistemática, en otras palabras, la **interpretación** –en términos generales– del Derecho Penal positivo (lo cual incluye la elaboración del sistema).

Lo cual no quiere decir que únicamente se busque saber cuál es la voluntad del legislador que creó la norma –quien en su momento respondió a la necesidad de un lugar y un momento determinado– sino en virtud de ser el Derecho una parte integrante de la cultura ha de ser interpretado de una forma que pueda cumplir con las tareas éticas, sociales y económicas de nuestro tiempo.⁵

De igual manera, el Dr. Polaino Navarrete, afirma que la Dogmática penal es la propia actividad científica encaminada al conocimiento sistemático del Derecho Penal, dicho estudio consiste en la exégesis, el análisis, la síntesis, la sistematización, la interpretación y la crítica de la normatividad jurídico-penal.⁶

Pero el pensamiento y, por ende, la ciencia evoluciona, por ello debemos ana-

⁵ Cerezo Mir, José. OBRAS COMPLETAS, T. I., Perú, Editorial IBIJUS/ARA Editores, 2006, pp. 92, 93 y ss.

El autor en comento dice literalmente: “La vinculación del juez y del funcionario del poder ejecutivo a la ley puede ser puesta en peligro so pretexto de hacer valer el sentido objetivo de la misma. Este peligro puede ser conjurado, sin embargo, dentro del marco de la teoría objetiva.

El sentido objetivo del precepto legal ha de haber hallado, en primer lugar, expresión, aunque sea imperfecta, en el tenor literal del mismo. La interpretación ha de mantenerse dentro de los límites del sentido literal posible del precepto”.

⁶ Polaino Navarrete, Miguel. FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DEL MODERNO DERECHO PENAL, México, Porrúa, 2001, pp. 51 y 52.

“La Dogmática jurídico-penal presenta una doble faceta o aspecto:

- a) En primer lugar, la Dogmática es un *haz de conceptos* (conocimientos) doctrinalmente propuestos o inferidos, o sea, es el *resultado* de una *elaboración conceptual sistemática*, realizada por los juristas, que tiene como objeto el Derecho positivo (las normas jurídicas), que se obtiene mediante el empleo de procedimientos lógico abstractos. Esa elaboración sólo es posible con una actitud crítica por parte de los juristas: la *crítica* es, pues, concepto esencial de la tarea dogmática.
- b) En segundo término, la Dogmática se configura como *método científico de investigación* propio del jurista en el área de conocimiento jurídico-penal, en orden a la configuración de un Sistema penal... puede denominarse “Ciencia penal” *stricto sensu*”.

lizar la evolución del pensamiento dogmático jurídico-penal de la Antijuridicidad, al ser ésta una de las categorías de la Teoría del Delito.

Karl Binding

Afirma (opuesto a la concepción general) que el delito no es lo contrario a la ley, sino el acto que se ajusta a lo previsto por la ley penal. El que mata se ajusta a lo establecido en el tipo de homicidio del Código Penal.

No se vulnera la ley, pero si se quebranta algo que es esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Lo que se infringe es la norma, que se encuentra por encima y da origen a la ley; por ejemplo, el decálogo contiene el “no matarás”, el “no robaras”, si se roba o se mata se quebranta la norma y no la ley. *“La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe. Ésta construye la disposición penal que se compone del precepto”, en que se describe y define el acto o la omisión, y la sanción, en que se determina la pena con que el hecho está conminado*”.⁷

Por eso en vez de hablar de antijuridicidad, prefiere Binding hablar de lo contrario a la norma (**Normwidrigkeit**). El problema de esta postura es el delimitar que es la norma. Aunque la principal crítica viene de Kelsen, quien afirma que lo que se quebranta no es la norma ni la ley, sino el Estado real de paz.

El hecho sería más bien contrario al fin de la norma, cuestión que confundió al principio Binding, aunque no hay que olvidar que la ley tiene el mismo fin que la norma aunque no lo diga expresamente.

⁷ *Ibidem*, pp. 270 y 271.

Alexander Graf Zu Dohna

Para él lo antijurídico es lo injusto, en otras palabras, la norma representa un medio justo para la consecución de un fin justo. En virtud de que la misión del Derecho es la regulación de la vida social en común de los miembros del cuerpo social, la norma tiene como finalidad el del ser un medio justo para cumplir con un fin justo, ofreciendo una aplicación adecuada de la misma, para la correcta regulación de la vida social común.⁸

Pero no basta el contenido de la norma para determinar lo antijurídico, también hay que atender al Derecho Penal positivo (ley), de tal manera que una conducta será antijurídica si muestra las circunstancias de hecho específicas de un delito legalmente determinado y que en dicho aspecto es injusta, o viceversa: *es antijurídica la conducta injusta que además realiza el tipo específico de un delito.*

Franz Von Liszt

El crimen (delito) es algo contrario al Derecho, de la misma manera que lo es un delito civil, pero en el crimen recae una reprobación jurídica doble:

1. El acto es *formalmente* contrario al Derecho, en tanto que es trasgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato de una prohibición del orden jurídico.
2. El acto es *materialmente* ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial).⁹

⁸ Graf zu Dohna, Alexander. LA ILICITUD. trad. Faustino Ballvé, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1958, passim.

⁹ Von Liszt, Franz. TRATADO DE DERECHO PENAL. T. II., trad. Jiménez de Asúa, 4ª ed. Madrid, Editorial Reus, 199, pp. 336 y 337.

El contenido material (antisocial) de la infracción es completamente independiente de la apreciación del legislador. La norma jurídica se encuentra ante él, no lo crea. La ilegalidad formal y material puede coincidir o discrepar.

Max Ernest Mayer

Retoma la idea de la norma, complementándola expresamente con la noción de cultura, dice que el orden jurídico es un orden de cultura, concibiendo así lo antijurídico como normas de cultura, donde la sociedad es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura.

Las normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que las sociedades exigen el comportamiento que corresponde a sus intereses. *“Es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado. Se debe de repetir una vez más que para **fundamentar** el orden jurídico y no para **suplantarle** es preciso retrotraer la teoría hasta aquel complejo de normas prejurídicas de las que se obtiene el Derecho. Para poder interpretar las líneas de la ley, para poder leer entre esas líneas, para preservarnos de la confusión y, últimamente, para prestar a las resoluciones de la práctica una medida objetiva fija se tiene que saber lo que es una conducta antijurídica”¹⁰.*

Así mismo expresa que el tipo está ligado a la antijuridicidad al ser éste quien indica el camino para la antijuridicidad, es decir, *el tipo es un indicio de la antijuridicidad.*

Hans Welzel

La doctrina tradicional intentó comprender el concepto de injusto con la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo, lo primero pertenece a la acción y el segundo a la

¹⁰ Mayer, Max Ernesto. DER ALLGEMEINE TEIL DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS, LEHBRUCH. 2ª. Ed. Pp. 9, 10 y 182.

culpabilidad. La antijuridicidad era concebida como un juicio de desvalorativo “objetivo”, se tenía la creencia errónea de que la antijuridicidad era objetiva, es decir, que pertenecía únicamente al mundo exterior, y la culpabilidad era la relación anímica subjetiva entre autor y el resultado.¹¹

Con el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto se advirtió que en muchos tipos es imposible concebir el injusto de modo puramente objetivo, por ejemplo la “apropiación” en el delito de apropiación indebida, revela aún más claramente que la acción típica no puede ser comprendida, en absoluto, sin la tendencia subjetiva de la voluntad que determina el acontecer externo, y es necesario para diferenciarlo de la perturbación arbitraria de la posesión, prohibida por el Derecho Civil.

Se advirtió además, que en la tentativa el dolo es un elemento subjetivo del injusto, ya que sería imposible construir, desde el punto de vista meramente objetivo, es decir, sin atención a la decisión subjetiva del autor, que tipo es el que ocurre (un disparo que pasa junto a otro, puede ser tentativa de homicidio, de lesiones, o de un disparo en lugar no autorizado).

Como consecuencia de lo anterior, si el dolo pertenece al tipo y no sólo a la culpabilidad en la tentativa, conservaría la misma función en la consumación. Si el tipo se consuma como en el ejemplo de que alguien hiere mortalmente a otro, el problema de si ha realizado un tipo doloso de homicidio o de lesiones con resultado de muerte, depende exclusivamente del contenido del dolo a nivel de tipo.

Por lo tanto, sólo el concepto de la acción finalista, y no el concepto de la acción causal puede suministrar la base óptica de la doctrina de lo injusto.

La antijuridicidad es la lesión del bien jurídico como obra de un autor determinado, en cambio, el injusto es la acción referida al autor, es decir, el fin que el

¹¹ Welzel, Hans. DERECHO PENAL ALEMAN. 4ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997. pp. 72, 73 y ss.

autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligan a este respecto, por eso se habla de un injusto personal.

Por esta razón, lo injusto de un mismo hecho puede tener diversa gravedad para los diferentes concurrentes. Por ejemplo en el narcotráfico su punibilidad es mayor para un miembro de las fuerzas armadas que para alguien que no lo es. Incluso, a tal grado de que para uno puede estar justificada y para otro no.

- Injusto = desvalor de la acción
- Antijuridicidad = desvalor del resultado

El desvalor del resultado tiene relevancia en el Derecho Penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (desvalor de la acción).

Tales elementos subjetivos del injusto se manifiestan de tres formas:

- Delitos de intención:* tienen una intención subjetiva, como en el ejemplo de hurto.
- Delitos de tendencia:* la acción aparece como expresión de una tendencia subjetiva del autor. Ejemplo: no todo tocamiento de los órganos genitales es una acción “impúdica” solamente aquella que tiende a excitar o satisfacer el instinto sexual, a diferencia de las realizadas con la finalidad de hacer un diagnóstico médico.
- Delitos de expresión:* La acción se pone de manifiesto como expresión de un proceso interno psíquico del autor. Si no se compara el suceso externo con su aspecto psíquico, no se puede juzgar terminantemente acerca de la antijuridicidad y de la tipicidad, por ejemplo si se trata de establecer si el autor ha prestado una declaración verídica o falsa de su intención de realizar un negocio jurídico.

Pero Mezger indica que no es posible que el dolo sea un elemento estructural

de la antijuridicidad; la existencia del injusto culposo (punible) lo demuestra de una manera inevitable.¹²

Reinhart Maurach

En la práctica, la teoría de la antijuridicidad es en realidad una teoría de la juridicidad. En virtud de que el número de las circunstancias de hecho imaginables, constitutivas de ilícito es ilimitado; y en cambio, el de los tipos depende de la voluntad del legislador y es, por ello, limitado, hay que atender a estos últimos.

El tipo sólo contiene un juicio de desvalor general, provisorio y no vinculante sobre el hecho, un mero indicio de la antijuridicidad. Numerosos son los casos que, conformándose con éste ideal legislativo, no reúnen el requisito de la antijuridicidad. La consecuencia de ese efecto indiciario radica en que la constatación de la antijuridicidad se transforma en una investigación de la licitud de la conducta, con el efecto de desvirtuar aquel indicio, pese haberse cumplido un tipo.

De tal manera, que la teoría de la antijuridicidad pasa a ser una teoría acerca de las circunstancias que permiten que una acción típica sea considerada como lícita (causales de exclusión).

Realiza la distinción entre valoración del hecho (ilícito típico) y valoración del autor (atribuibilidad) destaca al mismo tiempo una conquista característica para la moderna ciencia penal, injustamente puesta en duda en los últimos tiempos: la teoría de la antijuridicidad se limita a la caracterización negativa del hecho, ella es un juicio sobre el acontecer, no sobre la personalidad.

¹² Mezger, Edmundo. DERECHO PENAL PARTE GENERAL, 4ª ed. México, Cárdenas Editores, 1955, p. 140.

Claus Roxin

Una conducta es antijurídica si no hay una causa de justificación que excluya la antijuridicidad. Dicha conducta no es desaprobada por el ordenamiento jurídico y con ella es aceptada por éste, pero la emisión de ulteriores juicios de valor positivos no pertenecen a los cometidos del Derecho Penal.

Los conceptos sistemáticos penales de la antijuridicidad y del injusto se distinguen en que la antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal, mientras que por injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor. En el concepto de injusto se reúnen las tres categorías delictivas: acción tipicidad y antijuridicidad.

El injusto penal presupone la existencia de un tipo, por lo cual es materia del Derecho penal, existiendo a su vez un injusto civil, uno administrativo etc. En cambio, la categoría de antijuridicidad es de carácter general al ordenamiento jurídico.

Realiza Roxin la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, afirmando que la importancia práctica de la antijuridicidad material se da en tres aspectos¹³:

1. Permite realizar graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente.
2. Proporciona auxiliares de interpretación para la teoría del tipo y del error y para solucionar otros problemas de interpretación para la teoría del tipo y del error para solucionar otros problemas dogmáticos, y

¹³ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General. Trad. Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal. T. I., Editorial. Civitas Madrid, 1997, pp. 557, 558 y ss.

“por ejemplo el regalo de año nuevo al cartero, un juego de azar con pequeñas apuestas, o expresiones denigrantes, pero dichas confidencialmente en un círculo familiar íntimo, no encajan en los tipos penales, pese a la redacción de su tenor, porque esas conductas no lesionan el correspondiente bien jurídico en su contenido material”.

3. Hace posible formular los principios en los que se basan las causas de exclusión del injusto y determinar su alcance.

El concepto de antijuridicidad material no solo es importante en el ámbito de la política criminal, sino que también despliega su eficacia mediante la interpretación del tipo, graduación del injusto y ponderación de intereses dentro de los límites del Derecho vigente.

Günther Jakobs

La postura de Jakobs, obviamente difiere de las demás, ya que como bien es sabido, para este autor la función del Derecho Penal no es la de proteger bienes sino salvaguardar la vigencia de la norma, es decir, las expectativas necesarias para el funcionamiento de la sociedad, en otras palabras, la norma es el bien a proteger.¹⁴ En este sentido, respecto a la antijuridicidad material no se traduce en la lesión del bien (la vida, el patrimonio, etc.) sino el no reconocimiento a la validez de la norma.

IV.- Etapas procesales en el Sistema Acusatorio y la acreditación de la antijuridicidad

Como hemos visto, una de las principales características de un Sistema Acusatorio es la separación entre las funciones de juzgamiento y las de investigación –persecución

¹⁴ Polaino Navarrete, Miguel. FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DEL MODERNO DERECHO PENAL, México, Porrúa, 2001, pp. 28 y 29.

“La confrontación la lleva a cabo siempre un concreto “observador” (*Beobachter*). Es decir, se parte del análisis de la realidad, del dato como problema. El análisis consiste en describir la relación entre los diferentes problemas y buscar *soluciones actuales y equivalentes funcionales (funktionales Äquivalente)* a cada uno de ellos”. Cfr: Jakobs, Günther. Sociedad Norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Editorial Civitas, 1996, pp. 15, 16 y ss.

de los delitos—. En este sentido, el artículo 21 de nuestra Carta Magna es muy claro al establecer lo siguiente:

La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las Policias, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

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

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

...

Del texto anterior se dependen las dos funciones del Ministerio Público; **la primera**, la actividad investigadora se traduce en una búsqueda constante de pruebas para acreditar la existencia de los delitos así como la responsabilidad de los participantes. Es en esta primera etapa donde el Ministerio Público tratará de recabar todas las evidencias necesarias para comprobar la existencia de los delitos y estar en aptitud, en su momento, de acusar a los individuos ante los tribunales. **La segunda**, el ejercicio de la acción penal, es el derecho/obligación de perseguir los delitos ante los órganos estatales, función que será analizada en el apartado de actos procesales.

En el Sistema Acusatorio la etapa de investigación se encuentra dividida en investigación inicial (desformalizada o desjudicializada) e investigación complementaria (formalizada judicializada). En la desformalizada, el órgano investigador puede realizar todo tipo de actuaciones de investigación, con completa libertad, siempre y cuando esas actuaciones no se traduzcan en actos de molestia o privación hacia los gobernados; por excepción, existirán actos de investigación que necesiten del con-

trol judicial sin que ello se traduzca formalmente en una audiencia. La formalización de la investigación se da a partir de que el Ministerio Público formula imputación y solicita vinculación a proceso que, en caso de decretarse la misma, la actividad del órgano de investigación estará bajo control judicial respecto de actos de privación y molestia hacia los gobernados; muestra de ello es la determinación del plazo de cierre de investigación por parte del Juez de control.¹⁵

En este sentido, la **INVESTIGACIÓN INICIAL** comenzará mediante denuncia, querrela o su equivalente el Ministerio Público y la policía estarán obligados a proceder sin mayores trámites a investigar los hechos señalados en la ley como delito desde el momento en que tengan noticia; es dable aclarar que en los delitos perseguibles de oficio bastara, para iniciar la investigación, la simple *noticia criminis* realizada por cualquier persona o, en su caso, el Informe Policial Homologado (parte informativo) que rinda la policía en donde se haga del conocimiento de la autoridad investigadora los hechos que pudieran ser delictivos. La comunicación y el parte informativo deben ir acompañados de elementos conducentes para la investigación.

Ya que la etapa de investigación inicial culmina cuando el imputado es queda a disposición del Juez de control para que se formule imputación (art. 211 Código Nacional de Procedimientos Penales, en adelante CNPP), su límite de temporalidad legal deberá analizarse desde dos supuestos: con detenido y sin detenido. Cuando sea sin detenido el plazo estará determinado por las reglas de la prescripción de la acción penal.¹⁶ En la hipótesis de ser con detenido (flagrancia y caso urgente) el plazo será de cuarenta y ocho horas de conformidad con la Constitución Política de los

¹⁵ Champo Sánchez, Nimrod Mihael, et.al., METODOLOGÍA GENERAL DEL ESTUDIO DEL DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y ESTRATEGIAS DELITIGACIÓN DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO, México, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal./Instituto Nacional de Ciencias Penales, [en línea] <http://setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/MetInvCriminal.pdf>, consulta el 07 de mayo de 2013.

¹⁶ Véase Libro Primero, Título V, Capítulo VI del Código Penal Federal.

Estados Unidos Mexicanos ya que, transcurrido dicho plazo el Ministerio Público deberá ordenar su inmediata libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial.¹⁷

En caso de ponerlo a disposición del Juez de Control, deberá llevarse a cabo la audiencia de control de detención, donde se procederá a calificar la detención ratificándola en caso de encontrarse ajustada a los derechos y garantías constitucionales o decreta la libertad. En cuanto al tema que nos atañe, el Ministerio Público al realizar su exposición de las circunstancias de la detención ya está valorando el tema de la antijuridicidad y, en el plazo de las 48 horas no encontró ninguna causa de justificación aplicable al caso.

Como ya vimos, el injusto está compuesto por la acción la tipicidad y la antijuridicidad, es decir, que si el Ministerio Público al analizar la conducta y encuadrarla al tipo y, de su investigación, no encuentra ningún dato o indicio de algún elemento negativo de la antijuridicidad, procederá a judicializar la investigación.

El siguiente acto es la formulación de imputación, que es la comunicación que el Ministerio Público efectúa al imputado en presencia del juez de que desarrolle una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito, así como la probabilidad de que él lo cometió o participó en su comisión. El Ministerio Público hará una exposición verbal indicando en que consiste el hecho, fecha, lugar y modo de comisión, y en qué hace consistir la intervención que le atribuye al imputado en ese hecho, así como el nombre de su acusador. Acto seguido se dará al imputado el derecho a declarar o abstenerse de hacerlo, en caso de decidir declarar podrá abstenerse de responder a las preguntas formuladas por el Ministerio Público o por la víctima u ofendido.¹⁸

Respecto al tema de la acreditación de la antijuridicidad, seguimos en la mis-

¹⁷ Véase artículo 16 Constitucional párrafos sexto y décimo.

¹⁸ Véase artículo 307 CNPP.

ma postura, al hacer dicha exposición, el Ministerio Público está manifestando que una conducta humana encuadra en la figura típica, y hasta ese momento, no existe ningún dato de prueba que haga pensar lo contrario. Sería el imputado el indicado en su declaración, si fuera el caso, el que debe arrojar información que haga pensar en alguna causa de justificación.

Uno de los requisitos para la vinculación a proceso es que se desprendan datos de prueba que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Evidentemente los datos de prueba expuestos por el Ministerio Público son los que ha obtenido en la investigación inicial y que obran en la carpeta de investigación.

El juez tiene un plazo de setenta y dos horas para resolver sobre la vinculación o no a proceso del imputado (artículo 19 CPEUM), podrá duplicarse el plazo a solitud del imputado por sí o por su defensor, siempre que la ampliación tenga como finalidad aportar y desahogar datos de pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica. Es importante señalar, que en este nuevo sistema, la defensa realiza también actos de investigación con el propósito de ofrecer y, en su caso, aportar datos de prueba en su beneficio para la resolución de su situación jurídica. Indudablemente, los actos investigatorios de la defensa de ninguna manera podrán asemejarse a los realizados por el Ministerio Público y las Policías.

Recordemos que la antijuridicidad se encuentra, doctrinalmente, ubicada en el injusto objetivo, y por ello, puede ser motivo de análisis en la vinculación a proceso y por ende, motivo de sobreseimiento cuando se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito (art. 316, f. IV del CNPP), como lo son las causas de justificación como parte negativa de la antijuridicidad.

Los efectos del auto de vinculación son sujetar al imputado a proceso y fijar

los hechos, y así poder establecer una medida cautelar y fijar el plazo para el cierre de la investigación formalizada para formular la acusación, siendo esto último una segunda fase del proceso. La investigación formalizada deberá concluir dentro del plazo señalado por el juez de control en la audiencia, pudiéndose agotar dicha investigación antes de que venza el plazo fijado para tal efecto, dándosele vista al imputado para que manifieste lo que a su derecho convenga; si este último no se opone o no emite manifestación alguna se decretará el cierre de la investigación formalizada para la formulación de acusación.

Excepcionalmente, se podrá solicitar una prórroga del plazo de investigación formalizada con el fin de lograr una mejor preparación del caso, el Ministerio Público deberá fundar y motivar su petición; el juez podrá conceder la prórroga siempre y cuando el plazo solicitado, sumado al original no sea mayor a dos meses cuando se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda los dos años de prisión, no de seis meses si la pena excediera de ese tiempo.

Al concluir el plazo de investigación el Ministerio Público deberá cerrar la investigación, y pronunciarse, teniendo tres posibilidades de actuación: solicitar al juez la suspensión del proceso (por ejemplo ante la sustracción del imputado) solicitar el sobreseimiento (por ejemplo al encontrar una causa de justificación en la investigación) y formular la acusación.¹⁹

Precisamente la acusación abre la etapa intermedia que tendrá por objeto conocer si el tribunal ordinario debe abrir el juicio oral; en otras palabras sirve para revisar y valorar los resultados de la investigación, resolviendo sobre la pretensión penal. En esta etapa se hace el ofrecimiento de los medios probatorios que se presentarán y examinarán en el juicio oral para acreditar los hechos alegados; también

¹⁹ Benavente Chorres, Hesbert. LA ETAPA INTERMEDIA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL. México, Flores Editor, 2011, p. 38.

la defensa tendrá su oportunidad de contestar la acusación y ofrecer los medios de prueba que estime pertinentes.

En el momento del debate de admisión de exclusión de pruebas, las partes indican con que motivo las ofrecen, respecto al tema de la antijuridicidad, el Ministerio Público no hace mención expresa de la antijuridicidad, sino mediante el examen de los hechos y la tipicidad, desde su visión, está indicando que no existe ningún aspecto negativo de la misma. En su caso, será la defensa la encargada de ofrecer pruebas al respecto.

Siguiendo la ruta temporal, en caso de llevar la causa a juicio oral, El juicio oral es la tercera etapa del nuevo sistema penal, es la parte culminante del proceso, cuyo objeto es llevar a cabo el enjuiciamiento penal a través del debido proceso. En la etapa del juicio oral se habla ya de la prueba que es todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho ingresado legalmente al proceso a través de un medio de prueba.

En ésta etapa se desahogan y valoran las pruebas que serán tomadas para fundamentar sentencia. En respeto a la adversarialidad y la contradicción, las probanzas de las partes deberán ser por regla general conforme al interrogatorio y contra interrogatorio respectivamente, con la oportunidad de las objeciones respectivas.²⁰

En el sentido que hemos venido explicando, el Ministerio Público no desahoga ninguna prueba afirmativa de la acreditación de la antijuridicidad, si respecto a los hechos y a la tipicidad, cabe señalar que, en sus alegatos, podrá indicar que ante el análisis de la conducta y su encuadre típico se da por acreditada la antijuridicidad. Caso contrario el de la Defensa, que al desahogar su prueba, acredita positivamente (si fue el caso) alguna causa de justificación.

Recordemos que en nuestra tradición jurídica –Romano Germánica– para que una conducta sea considerada como delito debe hacerse un análisis de las categorías del delito, de tal manera que el artículo 405 en su párrafo segundo establece, como

²⁰ Champo Sánchez, Nimrod Mihael, et.al., op. cit. Nota 15, p. 42.

obligación del Tribunal de enjuiciamiento, para el dictado de una sentencia absoluta, determinarse sobre la existencia de una causa de exclusión, tales como causas de atipicidad, **de justificación** o inculpabilidad, bajo los rubros siguientes:

Art. 405. Sentencia absolutoria

...

II. Son causas de justificación: el consentimiento presunto, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber...

V.- Conclusión

Derivado del estudio doctrinal del concepto de antijuridicidad, queda evidenciado que la antijuridicidad es un concepto negativo, es decir, lo contrario a la norma y al derecho; una conducta antijurídica no es simplemente lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas reconocidas del Estado.

Aunado a lo anterior, la antijuridicidad no es un concepto aislado y autónomo, antes al contrario, está íntimamente ligado a la conducta y a la tipicidad; la antijuridicidad se manifiesta de manera indiciaria al encuadrarse la conducta al tipo y al existir una lesión al bien jurídico.

En virtud de todo lo anterior, nos atrevemos afirmar que la actividad probatoria –del Ministerio Público– en los distintos momentos procesales, deberá encaminarse a la demostración de la existencia del hecho y su adecuación típica; en otras palabras, al demostrar la conducta y analizarla a la luz de los elementos del tipo penal, está implícita la antijuridicidad, a menos que de su análisis observe de manera evidente la existencia de una causa de justificación. Esto de ninguna manera invierte la carga de la prueba ni, mucho menos, el debido proceso.

VI.- Bibliografía

Benavente Chorres, Hesbert. LA ETAPA INTERMEDIA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL. México, Flores Editor, 2011, p. 38.

Cerezo Mir, José. OBRAS COMPLETAS, T. I., Perú, Editorial IBIJUS/ARA Editores, 2006.

Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *et.al.*, METODOLOGÍA GENERAL DEL ESTUDIO DEL DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y ESTRATEGIAS DELITIGACIÓN DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO, México, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal./Instituto Nacional de Ciencias Penales, [en línea] <http://setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/MetInvCriminal.pdf> , consulta el 07 de mayo de 2013.

Graf zu Dohna, Alexander. LA ILICITUD. trad. Faustino Ballvé, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1958.

Jiménez de Asúa, Luis. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO. 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana.

Márquez Piñero, Rafael. DERECHO PENAL. Parte General, 4ª Ed, 3ª reimpr. México, Trillas, 2004.

Mayer, Max Ernesto. DER ALLGEMEINE TEIL DES DESUTSCHEN STRAFRECHS, LEHBRUCH. 2ª. ed.

Mezger, Edmundo. DERECHO PENAL PARTE GENERAL, 4ª ed. México, Cárdenas Editores, 1955.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Nino, Carlos Santiago. CONSIDERACIONES SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

Polaino Navarrete, Miguel. FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DEL MODERNO DERECHO PENAL, México, Porrúa, 2001.

Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General. Trad. Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal. T. I., Editorial. Civitas Madrid, 1997.

Von Lisz, Franz. TRATADO DE DERECHO PENAL. T. II., trad. Jiménez de Asúa, 4ª ed. Madrid, Editorial Reus, 1999.

Welzel, Hans. DERECHO PENAL ALEMAN. 4ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

MAGIA Y REALIDAD EN EL DERECHO: EL REALISMO JURÍDICO

Seyma Cruz Aguilera García

Abstract

Legal realism has developed a strong sociological and functional approach to law, because for this current movement, legal norms should serve social purposes and to the extent that they fail to serve those purposes, the rules are not fulfilling their role. The laws may or may not be a good description of how judges decide cases and may or may not be a good predictor of how future cases would be resolved.

Palabras clave: *realismo, imperativos independientes, lenguaje, realismo escandinavo.*

Sumario

I. Introducción. II. El papel del lenguaje en el Derecho. III. Realismo jurídico escandinavo. IV. La perspectiva realista. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

El *iusnaturalismo* es la teoría de Aristóteles y Tomás de Aquino, mientras que el realismo jurídico se ha asociado de diversas maneras con el pragmatismo, el positivismo lógico, el conductismo, el psicoanálisis, la antropología moderna e incluso la

mecánica cuántica¹, todas estas ideas están firmemente arraigadas en la mentalidad del siglo veintiuno. Pero calma, sólo trataremos de adentrarnos en la corriente del realismo jurídico escandinavo y con suerte entenderemos el papel de la magia en el derecho.

II. El papel del lenguaje en el Derecho

El uso del lenguaje es crucial para cualquier sistema jurídico: los legisladores usan el lenguaje y sus características para hacer leyes, y la ley debe proporcionar la solución de conflictos sobre los efectos de ese uso del lenguaje. La filosofía del derecho puede sacar provecho con una buena explicación filosófica del significado y el uso del lenguaje, y con ello, se podrían resolver disputas sobre el uso de esta herramienta. La filosofía del lenguaje puede beneficiarse al estudiar las pruebas dentro del lenguaje en la regulación normativa y resolución de conflictos. Los filósofos del lenguaje pueden ganar con el recordatorio, de que su tarea no es sólo dar cuenta de lo que las personas comparten en virtud del dominio de un idioma; también deben tener en cuenta la posibilidad de desacuerdos sobre el significado y el uso del lenguaje, y sobre la posibilidad de que haya una buena razón para resolver esos desacuerdos de una manera y no de otra.

Además de su interés en el uso del lenguaje en la ley, los filósofos del derecho han desarrollado un segundo interés interrelacionado en el uso de ideas de la filosofía del lenguaje para abordar problemas de la naturaleza de la ley. Aquí es donde entran los escandinavos con su enérgica escuela del *realismo jurídico escandinavo*

¹ Para tener una idea mucho más precisa sobre el Realismo local y el Principio de localidad en la mecánica cuántica, véase: <http://www.investigacionyciencia.es/revistas/investigacion-y-ciencia/mundo-cuántico-y-relatividad-482/el-principio-de-localidad-995> (consultado el 21 de noviembre del 2017)

durante el siglo XX, considerando términos jurídicos como *derecho* como “carente de referencia semántica” y “que no denota nada”. Por lo tanto, consideraron que las declaraciones que afirman la existencia de derechos, deberes y otras relaciones jurídicas son incapaces de ser verdaderas o falsas.²

De una manera muy diversa, explicaron el uso de declaraciones tales como intentos de realizar conjuros mágicos como herramientas para aprovechar el condicionamiento psicológico que lleva a los funcionarios y a los ciudadanos a actuar de una forma u otra cuando escuchan tales declaraciones, más adelante profundizaremos más sobre su postura.

Muchos de estos estándares no tienen una formulación lingüística canónica (es decir, ninguna forma de palabras que, de acuerdo con la ley, determine el contenido de un estándar mínimo aplicable). Los abogados en sistemas de derecho consuetudinario están familiarizados con tales normas: un homicidio puede ser un delito (o la calumnia puede ser un agravio, o ciertos acuerdos pueden ser exigibles como contratos), no a causa de la expresión por una persona o institución de una regla que debería ser así, sino debido a que las instituciones del sistema jurídico en turno habitualmente tratan el homicidio como un delito (o calumnia como un agravio). Además, los sistemas de *common law* no pueden distinguirse de los sistemas jurídicos que consisten únicamente en actos lingüísticos, porque ningún sistema legal consiste únicamente en actos lingüísticos. Un sistema de derecho civil con un código civil y un código penal puede convertir el homicidio en un delito (y la calumnia en un agravio) mediante un acto escrito, y puede ser una construcción escrita que da fuerza legal al código civil y al código penal. Pero la validez de la construcción escrita dependerá de una norma que no se crea mediante el uso de signos: la regla de que ese texto debe ser tratado como el establecimiento práctico de la efectividad de la norma.

² OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1989.

¿Cuál es la relación entre el lenguaje que se utiliza para elaborar estándares jurídicos y la ley misma? Si la ley establece que una forma de palabras determina el contenido de una norma (como un término de un contrato, un delito o un deber del ejecutor de un testamento), ¿cuál es el efecto del uso de las palabras? La pregunta parece exigir teorías generales del significado del lenguaje y de la interpretación de los actos comunicativos. Si no hay teorías generales, entonces no hay una respuesta general a la pregunta. Una teoría del significado y la interpretación del lenguaje jurídico no serían mucho menos general que una teoría del significado y la interpretación del lenguaje.

III. Realismo jurídico escandinavo

El movimiento del realismo jurídico escandinavo ve al carismático Axel Hägerström como su líder, pero los protagonistas, los *rockstars* de este movimiento, son Karl Olivecrona, Anders Vilhelm Lundstedt y Alf Ross. Sus escritos despertaron considerable interés porque parecen estar en línea con las tradiciones empíricas en filosofía y en la jurisprudencia, y también por tener algunas afinidades con enfoque sociológico, tema que ha crecido en los últimos años en el mundo del derecho.

Todos de alguna manera hemos escuchado el término realismo, pero no olvidemos que abordaremos el concepto desde un enfoque jurídico. Así que para abordar este concepto, nos valdremos de Brian H. Bix, quien nos explica, de una manera muy creativa en lo que al término realismo se refiere, que éste:

Puede tener significados muy variados, incluso contradictorios, en los estudios sobre teoría del derecho. El uso más común deriva de la manera en que el término es usado tanto en el habla común como en la literatura y la pintura:

“realismo” alude a algo más realista, un retrato menos idealizado del mundo. En este sentido, los movimientos tanto del realismo norteamericano como del realismo escandinavo intentaron eliminar la mistificación y las capas legitimadoras de la retórica en las investigaciones acerca del derecho.

El otro significado de “realismo” proviene del uso filosófico del término, que involucra una afirmación de que los términos de un cierto tipo de discurso seleccionan una cosa que realmente existe en el mundo. Ya que el término es comúnmente usado en la filosofía para analizar el debate acerca de los términos morales, un realista de este tipo podría creer en la existencia diferente al de este mundo, pero siguen siendo referentes, en este enfoque, de términos como “bien”.³

Las opiniones del sueco Karl Olivecrona (quien fue alumno de Hägerström, compañero de Lundstedt y el consentido del realismo jurídico) han sido apreciadas por sus implicaciones prácticas; hizo hincapié en el estudio de la ley como un hecho social, porque de acuerdo con él, la ley no es más que un *conjunto de hechos sociales*.⁴ Rechazó la opinión de que las leyes son un mandato o una expresión de la voluntad del Estado y argumentó que son *imperativos independientes* (efectos psicológicos que imprime el acto de quienes lo internalizan) emitidos de vez en cuando por las agencias constitucionales del Estado y que “operan en la mente de los juzgadores” mientras se llega a una decisión particular. Para él, no existe tal cosa como la vinculación o la fuerza de la ley; le resulta un mito. Pongamos un ejemplo: en *La naranja Mecánica*, de Kubrick, el protagonista Alex DeLarge viola la ley campantemente, o

³ H.BIX, Brian, Diccionario de Teoría Jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012. Pág. 229 y 230.

⁴ OLIVECRONA, Karl, Lenguaje jurídico, cit., págs. 43, 44 y 45.

sea, este personaje puede violar la ley y ser detectada sin que nadie diga que la ley no es vinculante para él. En su opinión, la noción de fuerza vinculante de la ley solo existe en la mente de una persona debido a las presiones psicológicas que ejercen una influencia sobre su conducta y lo motiva a la regularidad de la conducta, que es un atributo de un sistema jurídico.⁵

Olivecrona sostiene que la ley tiene una fuerza vinculante y es válida siempre que tenga esa fuerza vinculante y, por lo tanto, una ley inválida no es vinculante. Separando la moralidad de la ley, observó que la ley es vinculante, ya sea que concuerde o no con la moralidad. Sin embargo, difiere de aquellos que consideran que la fuerza vinculante reside en el consentimiento o la “voluntad” del Estado. Propagó la opinión de que la ley es un conjunto de “imperativos independientes” prescritos por las agencias de la ley, como los tribunales, las legislaturas, etc. que producen un conjunto de hechos sociales basados en la aplicación de la fuerza organizada del estado.

En *El derecho como hecho*, Olivecrona intentó explicar la relación entre los estándares morales y la ley. Según él, cuando los pensamientos de actos ilícitos entran en la mente de una persona, pronto se ven contrarrestados por el impulso moral involuntario y los cálculos de los riesgos involucrados. Él los ha llamado *imperativos independientes*. Estos imperativos superan las tendencias a la ilegalidad. Y las ideas o sentimientos que los acompañan son en gran medida –aunque no, por supuesto, exclusivamente– una consecuencia de la “administración de justicia” mediante la imposición regular de castigos y la extracción de castigos y la extracción de daños; sugiere que las ideas morales son el factor principal y la ley está inspirada por ellas. Las principales reglas de la ley se representan basadas en la “justicia”. Para Olivecrona, se basan en una norma abstracta que existe por sí misma *in nubibus*⁶, o que la ley se basa en nuestras ideas de justicia.

⁵ OLIVECRONA, Karl, *El Derecho como hecho*, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1959. Pág. 5

⁶ En las nubes. Esta es una expresión figurativa para indicar un estado de suspensión.

Trató de resolver las preguntas sobre cómo se modelan los estándares morales de cada individuo y cuál es la influencia del uso de la fuerza de acuerdo con las reglas de la ley a este respecto. Sugiere que la personalidad de una persona se forma bajo la influencia de su entorno, especialmente en los primeros años. Las ideas de una persona también son marcadas por la sociedad en donde vive, no es lo mismo crecer en un ambiente marginal, *outsider*, donde ciertas prácticas criminales son el pan de cada día a crecer en un ambiente donde existe vigilancia. La ley es una de las principales fuerzas que trabajan dentro de la sociedad.

La ley ciertamente no puede ser una proyección de algunas convicciones morales innatas en el niño o adolescente, ya que ésta existía mucho antes de que él naciera. Cuando este niño crezca y se familiarice con las condiciones de vida, estará sujeto a su influencia. Las primeras impresiones indelebles en la juventud temprana con respecto a las relaciones con otras personas se derivan directa o indirectamente de la ley. Pero el efecto no es solo crear miedo a las sanciones y hacer que el individuo se ajuste a sí mismo para poder vivir sin temor. Las reglas también tienen un efecto moral positivo ya que posibilitan la construcción o elaboración de ideas morales en la mente del individuo.

Las reglas de la ley son *imperativos independientes*. De esa manera, se comunican a jóvenes y mayores. Ahora estos imperativos son absorbidos por la mente, los tomamos y los hacemos una parte integral de nuestra mentalidad. Se establece una conexión psicológica firme entre la idea de ciertas acciones y ciertas expresiones imperativas, que prohíben las acciones u ordenan que se hagan.

Magia pura, señala Olivecrona, es la coronación del rey de Inglaterra, y en alguna medida se cree en dicha magia, al menos con cierto grado de convicción. El matrimonio es un acto mágico, un proyecto sobre urbanización que

idean unos individuos, el cual es místicamente “transformado” en ley por efecto de una imputación mágica de nuestro intelecto.⁷

Hablamos de un comando moral cuando un imperativo independiente ha sido completamente objetivado y, por lo tanto, se considera vinculante sin referencia a una autoridad en el mundo exterior. Los principales imperativos de la ley generalmente se transforman de esa manera. Solo cuando este es el caso, la ley está firmemente establecida, se requiere una influencia moral de la ley para su efectividad solo con respecto a un número limitado de reglas fundamentales, y solo en estos casos es posible tal influencia.

Por lo demás, es suficiente que la idea de una obligación moral de acatar la ley como tal se mantenga y que no se vea perjudicada por leyes irrazonables o por una jurisdicción arbitraria. Varias cosas explican cómo las reglas de la ley pueden ser absorbidas por toda la gente. El efecto sugestivo de los imperativos es enorme cuando hay poder detrás de ellos: he aquí el poder majestuoso del estado, que trabaja implacablemente de acuerdo con las reglas sobre sanciones. Este poder está rodeado de ceremonias señoriales y se encuentra con una reverencia tradicional y profundamente arraigada. Todo esto se combina para causar una profunda impresión en la mente, haciendo que tomemos los “mandamientos” fundamentales de la ley en el corazón como vinculantes objetivamente.

Decimos que el lenguaje del derecho (lenguaje jurídico) es “el lenguaje de la magia”, puesto que el sentido de tales expresiones realizativas es mágico (o por lo menos imaginado en la psique del agente), dado que la creación, modificación o supresión de relaciones o propiedades no físicas (no verificables empíricamente) obedecen al hecho de pronunciar algunas palabras (ciertas

⁷ RAMÍREZ Alejandro, Jorge, El concepto de derecho de Karl Olivecrona. Pág 209.

palabras y no otras, en determinadas o apropiadas circunstancias y no otras) y, en este sentido, hablamos como si creásemos efectos invisibles con ciertas palabras, atendiendo a que la esencia de esto se nos hace inteligible a partir de la comprensión del efecto psicológico que producen tales palabras en quienes están “acostumbrados” a responder de una manera uniforme al acto a que ellas refieren por el sólo uso y función del lenguaje (operativo), sumado ello a las expectativas que se tiene en torno a la conducta de los tribunales en tal sentido, lo que da relleno a las palabras mágicas y no las toma “huecas” o “vacías”, lo cierto es que, como lo señaláramos anteriormente, no avanzamos demasiado en la elucidación acerca de qué es lo que hace que una conducta revista el calificativo de jurídica, y aún más, el elemento predictivo que se intenta -neutralizar se afirma con mayor fuerza, en tanto no se proporcionan respuestas adecuadas a “la situación del asaltante”.⁸

Lo hacemos todo más fácilmente ya que entendemos, al menos de forma instintiva, la necesidad de estas reglas para el mantenimiento de la paz y la seguridad. La absorción de los imperativos no puede, por supuesto, ser efectuada bajo todas las circunstancias. Por el contrario, es posible solo bajo condiciones específicas, que deben ser estudiadas a fondo. En términos generales, el primer requisito es que las reglas parezcan razonables para la mayoría de las personas, es decir, como fines de promoción que generalmente se reconocen como deseables. De lo contrario, las reglas no tendrán ningún efecto moral o incluso pueden despertar la indignación moral.

También es necesario que la aplicación de sanciones sea regular y bastante imparcial. Parece imposible no admitir que esas son, en breves palabras, las relaciones entre la ley y los estándares morales del individuo. La ley es el factor principal.

⁸ Cfr. OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico*, cit., págs. 28 y 59.

El individuo está atrapado en su control desde la etapa más temprana de la vida y sus ideas morales se desarrollan bajo su influencia. La ley, incluido el uso regular de la fuerza según las reglas, no es, por supuesto, un factor aislado.

Nunca hay una sola causa que pueda explicar algo tan complicado como nuestra moral o nuestras ideas. Las causas siempre son múltiples. Sobre todo, el uso de la fuerza debe estar asociado con propaganda, preparando las mentes para la recepción de los imperativos, y debe haber una inculcación directa de los imperativos a través de padres, maestros, superiores, etc. Aquí se sugiere simplemente que el uso de la fuerza es uno de los principales factores en el moldeado de nuestros estándares morales, y no al revés.

IV. La perspectiva realista

El realismo jurídico reniega de las normas y conceptos jurídicos tradicionales y se concentra más en lo que los tribunales realmente hacen con las leyes al tomar la decisión final en el caso que tienen ante sí. En este sentido, el realismo jurídico entiende a la ley como una predicción generalizada que harán los tribunales. Las principales características que definen esta postura son las siguientes:

1. Los realistas creen que no puede haber certeza acerca de la ley, ya que su predictibilidad depende del conjunto de hechos que se encuentran ante el tribunal para su decisión.
2. No apoyan el enfoque formal, lógico y conceptual de la ley, porque la corte al decidir un caso llega a una decisión “emocional”⁹ más que una decisión lógica.

⁹ BARBERIS, Mauro, El realismo jurídico europeo-continental, Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho, Capítulo 6, volumen uno / México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. Pág. 236.

3. Ponen más énfasis en el enfoque psicológico para la comprensión adecuada de la ley, ya que se trata del comportamiento humano; es decir, nos referimos a las convicciones de los operadores jurídicos, por ejemplo abogados y jueces.
4. Los realistas se oponen al valor de la terminología jurídica, ya que lo consideran un método implícito para suprimir la incertidumbre de la ley.
5. Prefieren evaluar cualquier parte de la ley en términos de sus efectos.

Los realistas escandinavos comparten con otras escuelas modernas la perspectiva positivista, es decir, el deseo de eliminar de sus postulados todo atisbo de metafísica. Para ellos, la ley sólo se puede explicar en términos de observabilidad de los hechos y a través del estudio de tales hechos –que es la ciencia del derecho–. Así, el derecho adquiere el estatus de una verdadera ciencia como cualquier otra porque construye explicaciones de los fenómenos jurídicos a partir de la causalidad. Entonces, nociones tales como la fuerza vinculante o la validez de la ley, la existencia de derechos y deberes o la idea de propiedad son descartadas como meras fantasías de la mente, sin una existencia real más que en un mundo metafísico imaginario.

Los filósofos jurídicos han intentado explicar la obligatoriedad de la ley: el hecho de que la norma de una comunidad sea, o se presenta como, una guía para la conducta de los miembros de una comunidad, ilustra o les sirve de ejemplo para explicar la función de la ley. Una manera fácil de expresar este rasgo abstracto de la ley es señalando que ésta puede establecerse mediante declaraciones normativas (es decir, declaraciones que usan expresiones como “obligación”, “derecho”, “debe”, “puede”). Y una forma atractiva de tratar de explicar la esencia de la ley es analizando el significado y el uso del lenguaje normativo que se emplea a menudo para establecer la ley. Es decir, el problema de explicar la naturaleza de las normas legales (obligaciones,

derechos, etc.) puede abordarse explicando el significado o el uso de las palabras normativas que se utilizan en la ley (“obligación”, “derecho”, etc.). Joseph Raz ha dicho que “el problema de la normatividad de la ley es el problema de explicar el uso del lenguaje normativo al describir la ley o situaciones legales”¹⁰

El interés de Hart en el lenguaje normativo no se centró en su significado, sino en la actitud que muestran las personas cuando lo usan. Su explicación de la diferencia entre las aseveraciones no normativas y normativas (entre, como él dijo, “la afirmación de que alguien estaba obligado a hacer algo y la afirmación de que tenía la obligación de hacerlo”) consistía simplemente en que el último elemento de la afirmación se emplea para mostrar un tipo distintivo de actitud.

Entonces, si esas nociones son descartadas como meras burlas metafísicas, ¿qué queda para el científico jurídico? Aparentemente nada más que predicciones sobre el comportamiento jurídico, aparte de varios tipos de presiones psicológicas que condicionan la toma de decisiones del individuo. ¿Significa esto que el elemento normativo de las normas jurídicas se elimina por completo? No del todo, porque Olivecrona postula la opinión de que la esencia de la ley es arrancada de su contexto de maquinaria legal; así, las leyes se transforman en simples pedazos de papel sin sentido. En ese contexto, estas “etiquetas” pueden influir en la acción, aunque la conexión causal es extremadamente complicada.

Puede ser “bastante práctico” hablar de reglas legales en lenguaje común (aunque realmente no hay necesidad de hacerlo) y no hay ninguna razón por la cual los abogados no deberían usar esta forma de palabras. Pero los teóricos jurídicos preocupados con conexiones reales y no imaginarias deberían abstenerse de argumentar que, debido a una cierta regla, se impone un deber jurídico. Porque esto es para apoyar un enlace metafísico o normativo que ninguna cantidad de observación

¹⁰ RAZ, Joseph, La autoridad del Derecho, Ediciones Coyoacán, 2011, p. 170.

puede establecer como un hecho. Olivecrona rechazó los deberes (un deber es solo un término para un efecto sobre el hombre de mantener diversas normas de derecho aplicables a ciertas acciones) y los derechos.

V. Conclusiones

El enfoque realista de la jurisprudencia ha provocado críticas desde muchos puntos. Sus críticos alegan que los exponentes de la filosofía realista han pasado por alto la importancia de las reglas y los principios jurídicos, y han tratado la ley como un conjunto de decisiones judiciales sin conexión; su percepción de la ley, sostienen sus detractores, se basa en las fantasías subjetivas y la experiencia de vida del Juez que está decidiendo el caso. Por lo tanto, concluyen, no puede haber certeza y precisión sobre la ley; este último punto sobrevalora el papel de los jueces (tribunales) en la formulación de las normas. Sin lugar a dudas, los jueces sí contribuyen en la elaboración de leyes, pero no se puede olvidar que su función principal es interpretar la ley.

Otra crítica tan a menudo avanzada contra realistas es que parecen haber descuidado por completo esa parte de la ley que nunca se presenta ante el tribunal: es erróneo pensar que la ley evoluciona y se desarrolla solo a través de decisiones judiciales. De hecho, buena parte de la ley promulgada por la legislatura nunca se presenta ante el tribunal; sin embargo, sigue siendo una ley exigible y aplicable en casos y situaciones apropiadas.

Slavoj Žižek, filósofo y sociólogo esloveno, sostiene que la medida del estatus ético de la sociedad depende no de ciertas cosas que se debaten, sino de ciertas cosas que simplemente se aceptan como reglas no escritas. Veamos un ejemplo: *en Europa –dice Žižek– no se ven carteles que digan “No escupir en el suelo. No tirar comida”. No estoy siendo despreciativo, pero me han dicho que este tipo de indicaciones se encuentran*

*en China. Pero en Europa automáticamente se dan por supuestas. No tienes que poner carteles en la pared. Este es, creo, el estándar ético de la sociedad. No lo que está explícitamente prohibido o permitido, son lo que está aceptado hasta tal punto que no hace falta hablar de ello.*¹¹ En este sentido, los derechos deberían formar un estándar ético social, entendiéndolos sin duda alguna, aceptándolos universalmente.

Los partidarios de la teoría realista socavan la autoridad del precedente y argumentan que la jurisprudencia a menudo se formula “a toda prisa”, sin tener en cuenta las implicaciones más amplias. En general, los tribunales dictan decisiones sobre el terreno y solo pocas veces toman tiempo para su consideración. Deben confiar en la evidencia y los argumentos que se les presentan ante el tribunal y no tienen acceso a pruebas más amplias, como datos estadísticos, pronósticos económicos, opinión pública, encuestas, etc. Los realistas han exagerado el papel del factor humano en las decisiones judiciales. No es correcto decir que los pronunciamientos judiciales son el resultado de la personalidad y del comportamiento del juez, también hay otra variedad de factores que éste debe tener en cuenta al tomar una resolución.

En nuestros días, la palabra “magia” sugiere la imagen de Harry Potter y Hogwarts, Gandalf y su bastón o de un mago sacando un conejo de un sombrero. Pero, en la Edad Moderna, el asunto era la *magia naturalis*, algo muy diferente y que constituye una parte importante de la historia de la ciencia. La mejor traducción de *magia* para el lector de nuestro tiempo quizá sea “maestría” o “dominio”. El objetivo del practicante de la magia, el *magus*, era conocer y dominar las conexiones que se hallan ocultas en el mundo con el fin de utilizarlas para fines prácticos. Pero había objetos que actuaban de manera extraña e imposible de explicar mediante las cualidades manifiestas. En estos casos se consideraba que dichos objetos poseían “cualidades ocultas” que no podemos detectar con los sentidos. Estas cualidades actuaban

¹¹ ŽIŽEK, Slavoj, *Pedir lo imposible*, Ediciones Akal, Madrid 2014, p. 37.

a menudo de manera muy específica, lo que sugería la existencia de una conexión especial e invisible entre determinadas cosas y los objetos sobre los que actuaban.¹²

En conclusión, podemos hacer magia... tenemos que invocar esas palabras mágicas –las leyes–, darles vida, porque en nosotros, los únicos y verdaderos operadores de ese poder, está la capacidad de hacer de la nuestra una realidad más justa.

VI. Fuentes

BAERBERIS, Mauro *El realismo jurídico europeo-continental*, Capítulo 6, Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho, volumen uno / México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. www.juridicas.unam.mx

H.BIX, Brian, *Diccionario de Teoría Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012.

OLLERO, Tassara, Manuel, *Un realismo a medias: el empirismo escandinavo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1989.

OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico*, Editorial Fontamara, 1991.

PRINCIPE, M. Lawrence, *La revolución científica: Una breve introducción*, Alianza editorial, España, 2011.

RAMÍREZ Alejandro, Jorge, *El concepto de derecho de Karl Olivecrona*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. www.juridicas.unam.mx

¹² PRINCIPE, Lawrence M., *La Revolución científica: Una breve introducción*. Alianza Editorial, España, 2011. Págs. 48.50.

RAZ, Joseph, *La autoridad del Derecho*, Ediciones Coyoacán, México, 2011.

ŽIŽEK, Slavoj, *Pedir lo imposible*, Ediciones Akal, Madrid 2014.

Albert, David Z. Galchen, Rivka, El principio de localidad *Investigación y Ciencia*
Mayo 2009 N° 392 <http://www.investigacionyciencia.es/revistas/investigacion-y-ciencia/mundo-cuntico-y-relatividad-482/el-principio-de-localidad-995>

EL PASADO DE LA MIGRACIÓN Y SUS VULNERACIONES
DURANTE LA DETENCIÓN MIGRATORIA EN MÉXICO

Alejandra Domínguez Torres

Resumen

Un análisis histórico de la evolución del fenómeno de la migración en México además de las implicaciones normativas que este ha significado para el Estado. Así como el devenir de los procesos e instituciones encargadas de controlar y proteger a los flujos migratorios, donde se exponen las carencias a las que se enfrentan los inmigrantes irregulares.

Palabras clave: *migración, inmigrantes irregulares, víctimas de delito, estaciones migratorias, violaciones.*

Abstract

A historical analysis of the evolution of the phenomenon of migration in Mexico in addition to the normative implications that this has meant for the State. The becoming of the processes and institutions responsible for controlling and protecting the migratory flows, which exposes the shortcomings faced by irregular immigrants.

Keywords: *migration, irregular immigrants, victims of crime, migratory stations, violations.*

Sumario

I. Antecedente histórico. II. Aparición de las estaciones migratorias en México. III. Instituto Nacional de Migración. IV. La realidad de las detenciones. V. Falta de atención a inmigrantes irregulares víctimas de delitos. VI. Conclusiones VII. Referencias.

I. Antecedentes de la migración

Este fenómeno social se remonta desde el principio de los tiempos, en este caso la misma historia nos demuestra que siempre ha existido el derecho de tránsito, el cual se presenta como una libertad para desplazarse, una acción presente desde el origen del hombre y hasta el día de hoy. “...Se trata de un derecho humano natural o derecho fundamental de la persona humana...”¹. Podemos encontrar la migración desde nuestros orígenes, como seres nómadas, hasta el descubrimiento de la agricultura. Este descubrimiento hace que el estilo de vida cambie radicalmente.

Dentro de la historia podemos ver que los desplazamientos humanos han influenciado en la división política mundial. En la Antigua Roma la libertad para transitar se reservaba para clases sociales privilegiadas; época donde la población no gozaba de derechos fundamentales, simplemente contaban con derechos políticos y civiles. En la Edad Media no se concebía el derecho de tránsito, en la Época Feudal las salidas y entradas estaban estrictamente restringidas, “...podemos decir que en la época medieval la libertad de tránsito, que no era un derecho, estaba considerablemente limitada como fenómeno fáctico.”²

Los hechos históricos que logran demostrar los principios de este derecho, son los antecedentes jurídicos extranjeros, se pueden encontrar de forma rudimen-

¹ Silva Carreño Jorge Ignacio, *Derecho Migratorio en México*, Porrúa, México, 2004. p. 22

² Burgoa, Orihuela, Ignacio. *Las garantías individuales*, 27ª Edic., Ed. Porrúa. México, 1995, p.400.

taria en los regímenes jurídicos español e inglés. Estas normas jurídicas se encuentran establecidas en nuestro orden jurídico; un ejemplo del régimen jurídico español es el pacto político-civil, en el año 1188, mejor conocido como el fuero de León, este era entendido como una exclusividad jurisdiccional, la cual otorgaba diversos tipos de derechos, pero antecede a nuestro actual derecho de tránsito; en cuanto al régimen inglés esta libertad se logro con la creación de la Carta Magna inglesa de 1215.

Aunque la mayor consagración jurídica se llevó a cabo en Francia, posterior a la revolución francesa en el año 1789, con la “Declaración de derechos del hombre”, donde se establecen por primera vez el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, y fue adoptada en principio por la mayor parte de Europa y posteriormente por algunos países de América. Es así que el derecho de libre tránsito o bien de libre circulación se convierte en parte del derecho público interno en la organización de cada Estado. Este derecho se relaciona con los derechos de libertad y seguridad personal, de manera que incluso se le ha considerado como parte de la *libertad física*, haciendo referencia exclusivamente a la capacidad de los individuos de moverse o establecerse, con el tiempo este se ha separado del derecho de libertad personal y se ha convertido en un derecho autónomo.

En cuanto a los antecedentes de derecho de tránsito en México, comienzan en la prehistoria con los mexicas, los cuales podían transitar libremente por las distintas regiones del imperio, ulteriormente al consolidarse la época colonial a la que se sometió a México, por mandato del rey Carlos I de España, tenían total libertad de transitar por todo el territorio los españoles mientras que los indígenas se limitaban a poder morar en una región en específico siempre que no afectaran los intereses de la monarquía.

Tras la colonización y las rigurosas restricciones a las que se vio sometido el territorio, surge un levantamiento en contra de los españoles para poder obtener la

libertad de los indígenas y mestizos que surgieron a causa de la invasión de la corona española, ya que nuestra actual población es el resultado del movimiento migratorio de los españoles a América. Fue el 16 de septiembre de 1810 que se levanta un movimiento político y social para la independencia de México y para concluir su sometimiento como Nueva España. Una vez que México logra su libertad y se consolida como nación independiente el 27 de septiembre de 1821, se toma la decisión de que México tenía que empezar a tomar medidas legales en criterios de los no nacionales.

Es así que nace la legislación enfocada a la migración en México; cuando se implementan medidas restrictivas por medio de la ley de “Expulsión de los Españoles”, el 17 de septiembre de 1822. Consistía en la distinción entre quienes calificaban como ciudadanos mexicanos por origen. Es en la fecha de 23 de diciembre de 1824 cuando México por medidas de seguridad, ya considera la facultad de expeler de la republica a los extranjeros, siempre que lo considere necesario, y todo conforme a documentación. Dentro de estas medidas de seguridad se introdujo el pasaporte.

La incipiente soberanía de México se encontraba frágil; con una reciente victoria de independencia, no se podía dejar cabos sueltos, es cuando se decide la expulsión de los extranjeros en México principalmente los españoles, a todo esto, podríamos decir que fue así como se realizan en México las primeras medidas de deportación.

Una cuestión para resaltar, es el hecho de que en toda esa campaña se le dio prioridad a la *unidad familiar*, para que los pertenecientes a algún núcleo familiar con cónyuge mexicano o descendencia que acreditara nacionalidad mexicana se les concediera la residencia en el país, además de que ahora ya se permitiría el ingreso de nueva cuenta siempre que cumplieran con los requisitos que solicitara el gobierno de México, uno de ellos era el pasaporte. Las medidas implementadas en el país para mayor regularización de las entradas y salidas ayudo a mantener fuera a todo aquel extranjero que llegara a causar actos que pudieran amenazar la seguridad del país.

Posteriormente esta ley fue derogada, pero dio entrada a que México consolidara legislación en materia de migración como en 1854 donde se publicó el decreto de “Extranjería y nacionalidad de los habitantes de la República Mexicana”; ya hacían un reconocimiento a los extranjeros pero estos no gozaban de derechos dentro de territorio mexicano aún. De manera que transcurre el tiempo podemos ver que el Estado tiene que mejorar sus leyes respecto a las nuevas necesidades de la sociedad y en ocasiones eso solo ha implicado el reconocimiento de derechos.

II.- Aparición de las Estaciones Migratorias en México

La primera estación migratoria en México fue en el estado de Veracruz, en el año de 1942. *“Se creó para detener a las personas extranjeras que no podían comprobar su estancia legal y pertenecían a los países del Eje de la Segunda Guerra Mundial teniendo como motivo principal la Seguridad Nacional, bajo una ley de Emergencia”*.³ Para 1947 se decretó en la Ley General de Población, que los extranjeros detenidos pueden hacer una llamada telefónica, aunque la verdadera finalidad de esto era la posible expulsión, ya que no cumplía con los requisitos establecidos por el gobierno del país. En este tiempo el ingreso irregular era considerado como un delito penal, que ameritaba desde seis meses de prisión hasta cinco años.

En el año 2008 sucede algo que sería trascendental en materia de migración, se reforman y derogan disposiciones de migración en la Ley General de Población, ahora el ingreso irregular a territorio mexicano deja de ser un delito, es considerado como una falta administrativa, otro aspecto importante es que se despenaliza la asistencia humanitaria a las personas migrantes.

³ Cfr. Oehler, Monica, Estaciones migratorias en México y alternativas a la detención de personas migrantes. Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2013.

Al día de hoy las estaciones migratorias, o bien, centros de detención para migrantes, son instalaciones físicas por parte del órgano desconcentrado; Instituto Nacional de Migración. La finalidad de estos lugares es contener a los inmigrantes irregulares durante su proceso administrativo migratorio. En el país existen 59 centros de detención para migrantes, 32 estaciones migratorias, 15 estancias provisionales tipo A, adaptadas para una estancia máxima de 48 horas, y 12 estancias provisionales de tipo B para una estancia máxima de siete días.

III. Instituto Nacional de Migración y su pasado

El Instituto Nacional de Migración (INM), órgano encargado del control migratorio, surge en el 19 de octubre de 1993. Toma el lugar de la Dirección General de Servicios Migratorios (DGSM) de la Secretaría de Gobernación. Las facultades de la DGSM, se encontraban en la Ley General de Población, esta ley regula cuestiones poblacionales dentro de los cuales abarca migración. El mayor cambio para el INM fue a raíz de la reforma en materia de derechos humanos del 2011, el cual generó un cambio en la ley que le brinda sus facultades, es decir, la Ley de Migración y posteriormente se realizaron los cambios respectivos al reglamento de la Ley de Migración en el año 2012. Ahora, en cuanto al objeto del INM: es la planeación, supervisión, y evaluación de los servicios migratorios, así como la coordinación de las dependencias de administración pública con atribuciones que involucran cuestiones de migración.

El INM es el encargado de todas las gestiones en migración, ellos son el punto interceptor entre el Estado mexicano y los extranjeros una vez dentro del país. La cuestión es que este organismo se ha distinguido por impermeabilidad y la opacidad de sus actuaciones. En materia de migración es mucho lo que dice la legislación, pero al momento de tener que efectuar todo lo que el marco normativo reconoce es muy poco

lo que se cumple. Sus facultades como ente administrativo se encuentran en la Ley de Migración, así como en el respectivo reglamento, no hay que olvidar que los agentes del este Instituto siempre deben actuar en base al respeto de los derechos humanos independientemente del estatus del inmigrante. Toda practica realizada por ellos debe hacerse protegiendo los derechos reconocidos en todo el marco normativo nacional así como los del marco internacional en los que se encuentra México.

Respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria, con especial atención a grupos vulnerables como menores de edad, mujeres, indígenas, adolescentes y personas de la tercera edad, así como víctimas del delito, no se prejuzgará la comisión de ilícitos por parte de un migrante por el hecho de encontrarse en condición de no documentada.⁴

Hay que reconocer que muchos de los procesos que los agentes el INM realizan se basan en deportar a los inmigrantes irregulares, que, al trato digno de las inmigrantes durante este proceso, gran parte de este se efectúa siempre con un estigmatización y criminalización hacia los inmigrantes, sobre todo a los provienen del triángulo norte de Centroamérica. (Guatemala, Honduras y El Salvador).

La pena para los actos arbitrarios de los agentes es deficiente, el personal del Instituto no es sometido a evaluaciones de control de confianza, ni a medidas para mantener ciertos estándares dentro de la misma, controlar dichos rubros no significaría una completa efectividad en sus actuaciones, pero al menos ayudaría depurar y reconocer la existencia de los malos elementos.

⁴ Ley de Migración, artículo 2.

IV. La realidad de las detenciones

En junio de 2011 se crean reformas constitucionales; la primera sobre el juicio de amparo y la segunda reforma fue en materia de derechos humanos. La segunda involucro cambios en el marco constitucional referente a migración, en los artículos constitucionales 11 y 33, pero en la actualidad el marco constitucional en materia de migración abarca también los artículos 1, 11, 14, 16, 17, 30 y 33. Durante el mismo año se crearon leyes especializadas en materia de migración como la Ley de Migración y la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político. Un año después se adoptó el acuerdo en el que se emiten las normas de funcionamiento de las estaciones migratorias y estancias provisionales del INM.

El Instituto cuenta con facultad para realizar visitas de verificación, para que pueda comprobar que las personas cumplan con los requisitos administrativos previstos en la legislación, así como también pueden realizarla en distintas áreas del país consideradas como puntos destinados al tráfico de personas. Si al momento de las revisiones encuentran personas extranjeras que no acrediten los requisitos solicitados para el ingreso al país, se inicia un procedimiento administrativo migratorio; por medio de su detención en Estaciones Migratorias y/o Estancias Provisionales. Las detenciones deberán tener un plazo de 15 días hábiles, que se pueden llegar a prolongar de manera indefinida en caso de haber interpuesto algún recurso judicial o administrativo.

La realidad de las detenciones realizadas por los agentes de migración es que suelen prolongarse de manera excesiva, sin que les den acceso a realizar una llamada a familiares o a sus respectivos consulados, con amenazas de que si no cumplen con lo que los agentes solicitan prolongaran su tiempo de detención. Los extranjeros detenidos desconocen los derechos con los que cuentan durante el tiempo de detención, cómo funciona el proceso administrativo al que han sido sometidos, no reciben

atención e información, sobre todo para detectar si han sido víctimas de algún delito en el país. En caso de que decidan hacer la denuncia correspondiente, suelen recibir amenazas de que será mayor el tiempo de su detención, les hacen creer que su estado irregular es para considerarlos como delincuentes, siempre manteniendo un trato discriminatorio hacia ellos, sobre todo a los provenientes del triángulo norte de Centroamérica (Guatemala, Honduras y El Salvador). Al parecer la estigmatización que siempre se ha mantenido en la sociedad sobre los inmigrantes la promueven incluso quienes tienen la función efectuar su debido proceso de manera digna.

Es verdad que cada Estado tiene la facultad discrecional de crear los requisitos que considere necesarios para el ingreso a su territorio, como la detención de los extranjeros en las estaciones migratorias la cual es una privación a la libertad, una facultad administrativa que se encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 21, establece que se puede proceder a una detención de carácter administrativo hasta por 36 horas, sin embargo, las detenciones siempre superan ese lapso, la Ley de Migración da pie a un proceso anticonstitucional. La justificación del INM es que no se les está privando de la libertad a los extranjeros, se usa el eufemismo de alojamiento necesario por su condición irregular. Hay recomendaciones de la Corte Interamericana, así como protocolos de actuación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; en ellos establecen que sin importar como quieran denominarlo, aseguramiento, medida de apremio, alojamiento o sanción, no dejara de ser un procedimiento administrativo que los priva de la libertad, remarcan siempre que debe procurarse que se llegue a esa medida como la última opción, que se haga de manera proporcional, idónea y necesaria, el supuesto medio de protección que les limita su libertad debe tener un fin objetivo, es decir, el fin de proteger al inmigrante.

Los protocolos plantean la detención como última instancia, ya que al no ser objetiva, proporcional e idónea se habla de un acto arbitrario siempre que no cumpla

con esos requisitos, pero la detención ya es un acto general por parte del INM y no existen hasta el momento otras medidas alternativas, es mucho lo que se menciona en las recomendaciones y en los protocolos, pero no se ha ideado nada que se acople a los que mencionan los protocolos de actuación. No se les detiene como medida punitiva pero en el sistema administrativo migratorio hay muchos problemas estructurales que siguen vulnerando los derechos de los inmigrantes y que no se apegan para nada a la detención como última opción, por el contrario, las políticas migratorias si bien cumplen con el discurso político de protección a los derechos irregulares pero el verdadero trasfondo de estas es la deportación de los inmigrantes, sus derechos pasan a un tercer plano.

La privación de libertad es cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no puede disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no solo a las personas privadas de su libertad por infracciones o incumplimientos de la ley, ya sean estas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales, psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores, centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugiados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.⁵

⁵ Cfr. CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, Disposición General de marzo de 2008, en: Protocolo de Actuación para quienes

Es comprensible que el Estado ha creado medidas para asegurar la comparecencia de los inmigrantes durante el proceso administrativo, para la determinación su situación migratoria, pero es necesario que durante su tiempo de detención en las estaciones migratorias se les dé una condición digna de trato, que la estación cuente con instalaciones adecuadas, que la atención médica se otorguen cuando sea solicitada y no cuando la persona se encuentre en un estado crítico, que se les mantenga informados en todo momento sobre su procedimiento, muchas veces los mantienen detenidos por un tiempo bastante prolongado sin tener conocimiento de cómo funciona el proceso al que han sido sometidos, que cuentan con el derecho de realizar una denuncia ante los órganos jurisdiccionales. No debería existir tanta opacidad en las actuaciones de los agentes de migración en todo proceso o detención, deben actuar con respeto a los derechos básicos que se han reconocidos en el marco internacional, así como en el nacional a toda persona sin distinción. La Corte Interamericana ha establecido en la sentencia del caso Vélez Lloor contra Panamá; cuáles deben ser los estándares mínimos para poder proceder a la privación de la libertad en casos de migración, considera que privar a un migrante de su libertad debe ser considerado como la última opción, en casos excepcionales y que los motivos para realizarlos deberán cumplir con los principios de proporcionalidad, idoneidad, y necesidad.

La detención de los migrantes irregulares en estaciones migratorias, representa actos arbitrarios, aunque, no existen actualmente medidas alternativas para que se disponga de ese método como última instancia, los agentes migratorios no cuentan con herramientas para determinar esos casos. La detención ya es un método generalizado, lo aplican de manera sistemática sin el análisis en concreto el caso, es verdad que mucho tiene que ver la falta de capacitación de los agentes, pero también influye la falta de creación de medidas alternativas a un problema que ya se ha detectado.

imparten justicia en casos que afectan a personas migrantes y sujetas de protección internacional, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Cit.

V. Falta de atención a migrantes víctimas de delitos

Cuando los inmigrantes son detenidos en las estaciones migratorias se les debe dar atención para identificar si han sido víctimas de algún delito dentro del país, esto es parte del procedimiento migratorio administrativo de detención desde el 2011, sin embargo, no se efectúa, no está claro de qué manera el INM procede para identificarlo en los testimonios de los inmigrantes, jamás se hace el intento por cuestionarles si fueron víctimas de algún delito, por el contrario se les hace creer que ellos han cometido un delito al ingresar de manera irregular y que debido a ello no merecen las mínimas atenciones, se ha convertido incluso en una forma de amenaza el hecho de carezcan de estatus regular. Esto impide que se les de atención oportuna para que realicen la denuncia penal.

La legislación en materia de migración ha recocado la prioridad a la protección de los grupos vulnerables como en el caso de los migrantes, así como a la detección y protección de inmigrantes irregulares que han sido víctimas de delitos, desafortunadamente es poco lo que se hace para atender estos casos, no se les da información por lo que una denuncia penal es algo incluso más complicado para este sector. Durante la detención en las estaciones migratorias las mismas autoridades son las que incitan a los inmigrantes a desistir de la denuncia, a pesar de que esto contradice los objetivos de la Ley, tan solo se procura que todo proceso migratorio administrativo termine en deportación y no en la procuración de sus derechos. Parece que dentro de las estaciones buscan la manera de crear presiones a los inmigrantes para desistir de sus denuncias, para no exigir su derecho de acceso a la justicia, crean medios de servicios inadecuados con tal de que ellos se rindan y se proceda a la deportación a su país.

VI. Conclusiones

Es importante analizar las fallas, discrepancias o lagunas que presentan los derechos humanos de los migrantes en México, ya que al ser un grupo vulnerable se encuentran expuestos a situaciones de discriminación y desigualdad, las cuales deben ser atendidas por el Estado. La migración supone grandes retos, actualmente es un fenómeno en el cual aún no se logra idear una concepción moderna que responda a todas las vulneraciones que implica ser un migrante.

México aún tiene un camino muy largo para atender todo lo que implica la migración, sobre todo cuando tiene todos los aspectos que esta implica; emigración, inmigración y transmigración. Es necesario atender este fenómeno que se suscita en gran proporción, debe aplicar la solidaridad con la protección de los derechos de los extranjeros que carecen de una acreditación regular, así como exige para sus conacionales en Estados Unidos. No solo tener derechos positivados, donde a pesar del reconocimiento en el marco normativo se padece de problemas de facto, los cuales llegan a vulnerar los derechos de los inmigrantes. El INM siempre se ha destacado por la opacidad en sus actuaciones, pero son muy pocas las medidas que se han creado para erradicarlas o al menos controlarlas, parece que es preferible mantener ese tipo de actuaciones que favorecen el número de deportaciones. No se debe olvidar que ante las actuaciones arbitrarias de los funcionarios debe responder el Estado. Toda vulneración a los derechos de los inmigrantes por medio de los actos del poder público, toda acción ilícita dentro de las estaciones migratorias implica responsabilidad del Estado, siempre se debe procurar que efectúen una adecuada diligencia para evitar violaciones a los derechos de los migrantes. La realidad en México respecto a migración es dual, se reconocen ampliamente los derechos de todas las personas sin importar su estatus dentro del país, sin embargo, muy poco de eso se refleja durante su proceso administrativo o judicial, siguen es un espectro de criminalización.

VI. Referencias

Ruíz García Laura, El Derecho Migratorio en México, Porrúa, 2005.

Silva Carreño Jorge Ignacio, Derecho Migratorio en México, Porrúa, México, 2004.

Burgoa, Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales, 27ª Edic., Ed. Porrúa. México, 1995.

Everett S. Lee, University of Pennsylvania, A theory of migration.

Gary P. Freeman, Academy of Political and Social Science, Can Liberal States Control Unwanted Migration?, 1994.

Martin A. Schain, The European Journal of International Law Vol. 20 no.1 EJIL; 2009, The State Strikes Back: Immigration Policy in the European Union.

Christian Joppke, Why Liberal States Accept Unwanted immigration.

Country Notes: Recent Changes In Migration Movments And Policies, www.oecd.org/migration/imo

Informe sobre estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración, Iztapalapa, Puebla y Saltillo, INSYDE, veáse en; http://insyde.org.mx/wp-content/uploads/2014/08/Informe_EM_INM2013_DMDH_Insyde.pdf

La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa, Carlos Bernal Pulido. Veáse en; <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/13.pdf>

Extranjeros y el Debido Proceso Legal, Gabriela Rodriguez Huerta. Veáse en; <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/12.pdf>

Programa de Defensa e Incidencia Binacional de la Iniciativa Frontera Norte de México, Violaciones a Derechos Humanos de Personas Migrantes Mexicanas Detenidas en los Estados Unidos 2011-2012, véase en; <http://corteidh.or.cr/tablas/29958.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: Migrantes, véase en; <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf>

El Acceso a la Justicia par a las Personas Migrantes en México, Un Derecho que Existe Solo en Papel, Julio 2017, véase en; https://www.wola.org/wp-content/uploads/2017/07/Accesoalajusticia_Versionweb_Julio20172.pdf

Migration Policy Practice, a bimonthly journal for and by policymakers worldwide, december 2015.

LA MATERNIDAD SUBROGADA: ANÁLISIS Y CRÍTICA
EN EL SUPUESTO DE APLICACIÓN EN CHIAPAS

Oscar Andrey Espinosa Gómez

Resumen

La maternidad subrogada es un fenómeno multidisciplinario dentro del derecho: tanto así, que incluye estudios periféricos y centrales dentro de los derechos humanos, derecho civil, derecho penal, sociología jurídica, bioética jurídica y filosofía jurídica, entre otros. Sin embargo, lo que se pretende en este supuesto, es establecer reflexiones desde su enfoque integral: partiendo de la idea de lo fáctico y válido, así como su esfera de aplicación argumentativa con pretensiones de validez.

Para esto, es importante verificar y utilizar los elementos de legitimidad, validez, y legalidad, aspectos que podrían considerarse para establecer criterios de regulación de la maternidad subrogada en Chiapas, con un código civil progresista y que enfrente con inteligencia los retos sociales planteados desde el significado de este fenómeno; (a) tutelar los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad, (b) ejercer un derecho normativo eficaz y eficiente, (c) estudiar las nuevas reconfiguraciones de las instituciones del derecho y; (d) concluir mediante la reflexión derivada de la crítica jurídica, un derecho que pueda anticiparse y llenar vacíos legales.

Palabras clave: *Maternidad subrogada, facticidad y validez, legitimación, propuesta de regulación.*

Abstract

Subrogated motherhood is a multidisciplinary phenomenon within the law: includes peripheral and central studies within human rights, civil law, criminal law, legal sociology, legal bioethics and legal philosophy, among others. However, what is intended in this case, is to establish reflections from its integral approach: starting from the idea of the factual and valid, as well as its sphere of argumentative application with claims of validity.

For this, it is important to verify and use the elements of legitimacy, validity, and legality, aspects that could be considered to establish criteria for the regulation of surrogate motherhood in Chiapas, with a progressive civil code that intelligently addresses the social challenges posed by the meaning of this phenomenon: (a) to protect the fundamental juridical rights of society, (b) to exercise an effective and efficient normative right, (c) to study the new reconfigurations of the institutions of law and; (d) conclude through reflection derived from legal criticism, a right that can be anticipated and fill legal gaps.

Keywords: *Surrogate motherhood, fact, validity, legitimation and law proposal.*

Sumario

I. Introducción. II. ¿Es posible en Chiapas? III. Propuesta de las personas que pueden ser consideradas para este beneficio en Chiapas. IV. Propuesta de los instrumentos jurídicos que pueden ser utilizados para regularla. V. Conclusiones. VI. Anexos. VII. Fuentes consultadas

I. Introducción

Es importante señalar que esta nueva forma de procreación se le conocen con diferentes términos, por ejemplo: maternidad subrogada, renta de vientres, subrogación materna, gestación por sustitución, maternidad sustituta, y uso temporal del útero materno etc.

Para este supuesto, se le denominará “maternidad subrogada”, y conceptualmente se entenderá como aquella que se origina cuando una mujer a la que se le llamará solicitante, recurre a otra¹ para que esta segunda mujer, que se le denominará mujer gestante, sea inseminada de forma artificial, pudiendo suceder dos hechos: i) que se utilice el óvulo de la mujer solicitante – y en este caso la solicitante será la madre genética-, o ii) que se utilice el óvulo de la mujer gestante –y en este caso la mujer gestante será la madre biológica.

Es por ello que se abordarán ligeramente algunos elementos desde el enfoque Jürgen Habermas, conceptos bioéticos e instrumentos de derechos humanos firmados y ratificados por México, elementos que podrán darnos otra visión sobre el fenómeno.

II. ¿Es posible en Chiapas?

Para responder, primero debe entenderse que nuestro derecho es un derecho sujeto a; 1) sistema político; 2) a la denominada voluntad general representada por la elección popular de nuestros legisladores (la voluntad del legislador); 3) a la economía política y; 4) un derecho positivo

Como menciona Juliana Gonzáles Valenzuela:

¹ A esto se le ha conocido como contrato de maternidad subrogada, y regularmente media un intercambio económico.

[...] Encontramos los casos de nuevas situaciones generadas por el desarrollo tecno-científico, que no se encuentran previstas por el derecho, pero que implican la afectación de algún bien jurídico o incluso la necesidad de incorporación de un nuevo bien, producto precisamente del desarrollo científico.

En estos supuestos, la creación o no de nuevas regulaciones, o la extensión de las existentes a las nuevas situaciones, dependerá esencialmente de dos cosas: en primer lugar de la concepción del derecho mismo, que sea vigente en cada sociedad, pues de ella dependerán las materias que el derecho deba regular, o, por expresarlo de otra forma, la política jurídico normativa.

Por otra parte, también se habrán de considerar los consensos o acuerdos que, después de amplios procesos de información y discusión, se alcancen en cada sociedad, lo que podríamos llamar la moral social vigente, y que habrá de dar contenido a las normas jurídicas².

Es así que en lo respectivo a la moral social vigente no puede tenerse del todo un fundamento absoluto, sino más bien, un hecho referencial que pueda atender a lo fáctico en la esfera normativa, ya que sería una equivocación el desentendimiento entre lo normativo, lo fáctico y, en consecuencia las pretensiones de validez de la regulación de la maternidad subrogada, pues su ejercicio no se reduce a un “tienes qué” “prescriptivo de una regla de acción, reduciéndose a la validez deontológica de un precepto moral o a la validez axiológica de una constelación de valores objeto de preferencias, o la eficacia empírica de una regla técnica”,³

² Gonzáles Valenzuela, Juliana (coord.), et, al., perspectivas de bioética, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2008, pág. 104.

³ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Ed. Trotta, Madrid España, 2005, Pág. 66. Traducción de: Manuel Jiménez Redondo.

sino es la correlación entre estos elementos, los que producen la eficacia de la norma y la convalidación social del supuesto.

Continuando en la misma lógica, el congreso del Estado puede legislar en esta materia justificándose en la obligación contraída por los tratados internacionales firmados en *el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se refiere en su artículo 15 inciso “b”*;

a. Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

Así como el deber de garantizar la protección de la familia, atendiendo a lo referido en nuestra Carta Magna, en su artículo 4;

toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Así también en la *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su artículo 16, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966) en su artículo 23, el Pacto de San José de Costa Rica (1969) en su artículo 17*, todos estos, defendiendo la posición de la familia, como un elemento natural y fundamental y que es importante proteger.

Esto significa que desde la óptica puramente del Derecho, no debe existir ningún tipo de obstáculo que se pretenda utilizar para evitar la legislación por ser un asunto de lógica jurídica, ya que el instaurarlo en nuestra legislación vigente no conllevaría a promoverlo, sino atendería a un grave vacío legal, evitando sin lugar a dudas, en un futuro cercano, que el Estado de Chiapas se convierta en un paraíso de la investigación científica, sin un marco jurídico que regule, sancione y evite que se viole el respeto a la dignidad humana,⁴

⁴ Véase el caso de la India, y las clínicas de maternidad subrogada, que claramente atentan contra la dignidad humana, y cosifican sin ningún tipo de regulación al no nacido.

que como referencia, otros Estados de los Estados Unidos Mexicanos, ya han regulado⁵.

Pero, ¿Por qué la tibieza para legislar sobre este hecho?, desde la facticidad de las preposiciones puede decirse que uno de los elementos que limitan la esfera de actuación pública y de regulación de la maternidad subrogada, consisten en dogmas religiosos, basados en ideas heredadas sobre la inseparable conexión entre el significado unitivo y procreativo del matrimonio⁶: un ejemplo se encuentra en *la instrucción sobre el respeto de la vida humana en su origen y sobre la dignidad de la procreación* en el cuál se prohíbe la inseminación con esperma del marido, ya que media una masturbación en la obtención del semen⁷ y por lo tanto invalida cualquier tipo de reproducción no natural; ya en el documento se considera que el acto de procrear no puede ser permisible cuando no es el producto de las relaciones sexuales de la pareja (familia tradicional)⁸, es por ello que se define que algunas legislaciones obedecen a intereses difusos. Sin embargo, dentro de los mismas posiciones religiosas existen algunas que sí aceptan el uso de estas técnicas, pero bajo ciertos supuestos: “[...] por infertilidad o por indicaciones genéticas, no *por mera conveniencia*”⁹.

En este sentido, superando una prima etapa, para facilitar el estudio de la materia en cuestión, se seguirá el siguiente orden; a) ¿el derecho debe legislar sobre la maternidad subrogada en Chiapas? b) ¿bajo qué argumentos o justificación debe

⁵ Ver anexos.

⁶ LUNA, Florencia. Op. Cit. Pág. 28

⁷ *Ídem*.

⁸ *Ídem*.

⁹ LUNA, Florencia. Op. Cit. Pág. 29.

legislarse la maternidad subrogada en Chiapas?; y c) ¿qué elementos deben considerarse como sustanciales durante dicha legislación?

Una vez resuelto el punto “a”, continuamos con el punto “b” ¿bajo qué argumentos o justificación debe legislarse la maternidad subrogada en Chiapas?; para esto debe tenerse en consideración el efecto comunicativo social, lo que permite a los elementos coexistentes aceptar o negar una realidad social, y pretendiendo llegar a esta justificación coincidimos con lo que menciona Habermas;

En la medida en que para explicar la acción social tenemos que recurrir a órdenes legítimos (a convenciones y a normas jurídicas) estamos suponiendo:

- que «la dinámica de los intereses» mueve la acción;
- pero que la dinámica de los intereses sólo se impone dentro de los límites que les fijan las valoraciones normativas que rigen fácticamente;
- que la validez normativa de las regulaciones descansa en la fuerza de convicción de las ideas que pueden alegarse en su justificación; y
- que la fuerza de convicción que fácticamente poseen las ideas depende también del potencial de fundamentación y de justificación (que en actitud realizativa podemos someter a un enjuiciamiento objetivo) que esas ideas representan en un contexto dado.

Los participantes en la argumentación tienen todos que presuponer que la estructura de su comunicación, en virtud de propiedades que pueden describirse de modo puramente formal, excluye toda otra coacción, ya provenga de fuera de ese proceso de argumentación, ya nazca de ese proceso mismo, que no sea la del mejor argumento (con lo cual queda neutralizado todo otro motivo que no sea el de la búsqueda cooperativa de la verdad). Bajo este aspecto la argumentación puede entenderse como una continuación con otros

medios, ahora de tipo reflexivo, de la acción orientada al entendimiento¹⁰.

Es por ello que se crea el concepto de *idealidad* en contraposición al de *realidad*. ¿Entonces, cómo podemos reconciliar estas dos acepciones?

Para llegar a esto debe cumplirse el principio de objetividad, afirmación que tiene que estar sujetas a las reglas de comunicación, del lenguaje, con pretensiones de validez, por lo tanto, Habermas menciona que:

Para cumplir tal exigencia de objetividad habría que demostrar que la estructura racional interna de los procesos de entendimiento, que propedéuticamente he caracterizado mediante a) las relaciones de los actores con el mundo y los correspondientes conceptos de mundo objetivo, mundo subjetivo y mundo social, b) las pretensiones de validez que son la verdad proposicional, la rectitud normativa y la veracidad o autenticidad, c) el concepto de un acuerdo racionalmente motivado, es decir, de un acuerdo basado en el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica, y d) el proceso de entendimiento como negociación cooperativa de definiciones compartidas de la situación, posee en un determinado sentido una validez universal¹¹.

Esto comprende que para dar origen a la *idealidad* de una maternidad subrogada justa en Chiapas, primero deben sus miembros estar dispuestos a; i) aceptar y por lo tanto a afrontar y corresponder a las responsabilidades que conlleva dicho ideal; ii) que se encuentren en igualdad de condiciones para poder realizar el intercambio argumentativo, y; iii) que económicamente no se vean diferenciados. En esencia que

¹⁰ HABERMAS Jürgen, Teoría de acción comunicativa, I, racionalidad de la acción y racionalización social, Ed. Taurus, España. Pág. 46, traducción de: Manuel Jiménez Redondo.

¹¹ *Ibidem*. Pág. 193

no tengan ninguna desventaja respecto del otro, aunque esto sea difícil por las implicaciones que coexisten en tal situación como la intervención mediática sobre los estereotipos, la política, y el contagio de las masas; para que de esta manera el intercambio sea válido, legítimo, y pueda llevarse a término fáctico. Por eso el principio de objetividad. Y todo esto sujeto al poder del Estado y el Derecho.

Por la dificultad que esto puede representar la idealidad se debe delimitar a los que participan en el campo de la acción argumentativa, quedando en sí *el género femenino* como principal elemento de la acción por ser ellas las que tienen la relación directa física y biológica con este tema, asimismo considerar las relaciones indirectas surgidas a partir de la concreción del fenómeno; como las instituciones del Estado y operadores jurídicos, que por lo consiguiente pueden convalidar o negar la certeza de lo dicho.

Para esto también se recurre al *consenso - hecho* que legitima un sentir general, pero que a veces violenta a las minorías, sin que todavía se llegue a subsanar los daños colaterales, sin embargo, deberá entenderse que la justicia es un concepto relativo y corresponde al significado que le ha dado el colectivo, y aún más en un lugar como Chiapas, lleno de tradiciones, cultura, múltiple en *usos y costumbres*¹² con valor coercitivo.

Por lo tanto nos debemos en lo general a la idea colectiva, siempre que esta no atente contra los ideales de igualdad en un sentido proporcional, de justicia en un sentido del respeto a la vida, la dignidad y demás ideales morales que se han formado –eso sí– de manera general a lo largo de los años y que por lo tanto son válidas. Tenemos que referirnos a la normativa vigente relativa al derecho de familia, las personas, el nasciturus. En una sociedad chiapaneca en donde, 18 de cada 100 personas de 15

¹² Por usos y costumbres en algunas comunidades indígenas, debe estarse no al meta-derecho, sino al derecho híbrido. En palabras del antropólogo José Rubén Orantes, investigador de CIMSUR-UNAM. Revisar obras como: Derecho Pedrano: estrategias jurídicas en los altos de Chiapas y ii) derecho tenejapaneco: procedimientos legales híbridos entre los tzeltales de Chiapas.

años y más, no saben leer ni escribir¹³, no puede considerarse un intercambio de igualdad en el caso de las mujeres que solicitaran la sustitución del vientre y las que cederán su vientre, considerando que el número de mujeres es de 2, 443, 773.00 en comparación del hombre que radica en 2, 352, 807¹⁴, un Estado en donde se concentra el mayor porcentaje de pobreza extrema de la República con un porcentaje del 14.1 %¹⁵, respecto de la pobreza multidimensional en el cual se mide a partir de tres aspectos: i) educación, ii) salud, y iii) nivel de vida, en ese sentido Chiapas posee un índice del 74.7%, uno de los más altos a nivel nacional¹⁶ y por ello, tampoco puede hablarse de igualdad económica. En el caso de la maternidad subrogada deberá considerarse el hecho de ser un acto que permita que se realice de manera onerosa, sin dejar de lado que pueda ser gratuita, aunque sea un hecho que no pueda justificarse; entonces, ¿por qué a pesar de esto debe permitirse?

La respuesta consiste en afirmar que existen instituciones que median entre los particulares, instituciones como el Desarrollo Integral de la Familia, o instituciones de protección hacia la mujer, organizaciones civiles, sociales u organismos bioéticos nacionales e internacionales, - a los cuales he denominado agentes externos coincidentes -, son elementos de participación dentro de la esfera de actuación que se deben tener en consideración para legitimar dicho escenario de acción comunicativa; esto solo aplicable a nuestra *realidad* porque de no ser así, se tendría que tirar definitivamente la posibilidad de llevar a término dicho ideal, por la dura ruptura con la realidad, en términos de género.

¹³ <http://www.cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/chis/poblacion/educacion.aspx?tema=me&e=07>

¹⁴ *Ídem.*

¹⁵ <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/contenidos/estadisticas/2013/pobreza0.pdf>, pág. 1.

¹⁶ *Ibidem*, Pág. 8.



Ahora bien, conforme a lo anterior, *estos agentes externos* deberán informar, única y exclusivamente sobre los riesgos que existen al realizar este proceso, las obligaciones que se contraen, los derechos que se tienen con respecto a los que contratan, o solicitan este servicio. Ya que si deliberadamente estos agentes externos inciden sobre la decisión de la mujer emitiendo opiniones personales en favor de quien solicita el beneficio, perderían el sentido sobre el que se justifican y entonces no se debería legislar, ya que los elementos sociales participativos no se legitimarían entre sí, rompiendo la facticidad del ideal y su validez.

Por último, lo respectivo al punto “c” ¿qué elementos deben considerarse como sustanciales durante dicha legislación?

Primeramente, como se ha referido sobre el campo de acción, una de las herramientas es el denominado consenso entre los que participan, y como mencione, una situación de la que debe tenerse especial cuidado radica en la forma, ya que de no ser un consenso preciso en la formulación de las preguntas se estaría deliberadamente tirando la balanza hacia el lado que el Estado desee.

Otra situación que debe considerarse, es el de la igualación de protección jurídica del embrión al del nasciturus, y con ello me refiero al reconocimiento igualitario, no sobreprotección, que podrían devenir en ficciones innecesarias y que conseguirían confundir más allá de los beneficios que pudiesen aportar.

Otro elemento sustancial que es importante tomar en consideración es el instrumento jurídico que ha de utilizarse y bajo qué circunstancias debe imperar, ya que el derecho debe ser un conjunto normativo sistemático.

En este sentido también que tipos de procedimientos se permitirán para dar lugar la maternidad subrogada en Chiapas conforme a la realidad de salubridad existente en el Estado, y dentro de esto incluir las consideraciones legislativas sobre la crio preservación.

En el mismo sentido el legislativo puede incluir en nuestro sistema jurídico el derecho a la *objeción de conciencia*, derecho que permite a un médico, centro médico o cualquier profesional negarse a realizar dicho procedimiento por cuestiones personales de naturaleza ética.

En este tenor, también es importante establecer criterios para determinar que centros médicos podrán realizar este proceso, siendo públicos o privados, y como los médicos que intervengan deben acreditar que poseen dichos conocimientos y facultad para realizar estos procesos de fertilización artificial; por lo tanto, debe tenerse en cuenta sobre qué tipo de infertilidad se habla, si es una infertilidad primaria o secundaria, ya que en la medida de esto se podrá hacer un diagnóstico viable y eficaz, incluyendo si la infertilidad viene del hombre o de la mujer para establecer la posibilidad de evitar este procesos invasivos para las mujeres.

También se debe tener en consideración elemental la cirugía tubárica, técnica médica quirúrgica que es importante establecer en el diagnóstico, ya que por ejemplo, la investigadora María Yolanda Makuch cita un estudio brasileño en el cual el 42% de las mujeres que consultan por infertilidad padecen de obstrucción tubárica debido a infecciones del tracto reproductivo.

III. Propuesta de personas que pueden ser consideradas para este beneficio en Chiapas

Basado en las teorías doctrinarias relativas a la maternidad subrogada, y conforme a

la evolución de las figuras incluidas en el derecho de familia y civil, se considera que para evitar conflictos jurídicos y sociales en el sentido de convivencia y de intercambio argumentativo, legitimación, facticidad, legalidad, y validez, debe de considerarse como posibles beneficiarios en Chiapas a los siguientes individuos:

1. A las mujeres mayores de edad, con capacidad de goce y ejercicio que sufran incapacidades físicas o biológicas que les impida llevar a cabo la gestación, es decir; a aquellas mujeres que padezcan un problema grave o severo para llevar a cabo la gestación por desprendimiento del feto a temprana gestación u otras razones, cuestión que debe ser evaluada y dictaminada por médico competente y autorizado.
2. Aquellas mujeres que puedan realizar la gestación tendrán que ser descartadas, ya que pueden someterse a procedimientos como la inseminación artificial homóloga o heteróloga, ya que no causan conflicto jurídico en la determinación de la maternidad por razones de alumbramiento, y manteniendo el fundamento de la dignidad humana.
3. A las personas solteras, previo análisis psicológico y socioeconómico, que garanticen el pleno desarrollo del concebido, o futuro nacido, evitando así cualquier tipo de daño psicológico al *nasciturus*.
4. A los matrimonios o concubinatos claramente establecidos.
5. Las parejas homoparentales, bajo el principio de excepción y mediante el análisis en específico de cada caso en concreto.

En este sentido se prohibirá la participación de esta modalidad en los siguientes supuestos;

- a. Cuando se trate de personas incapaces o interdictos conforme al código civil de Chiapas. Tanto para quien cede su vientre como para quien lo soli-

cite. –esto, inicialmente, ya que los análisis para descartar a un participante, deben ser análisis integrales y no solo sometidos bajo la lupa de la ley, pero se recomienda sea en un inicio restrictiva, para evaluar el desarrollo del ejercicio de estas técnicas de reproducción asistida, y dentro de ellas la consideración de sus participantes; médicos, mujer gestante, padre biológico o donador, instituciones, operadores jurídicos, legisladores etc.-

- b. A las mujeres que por razones estéticas pretendan acceder a esta modalidad.
- c. A las mujeres que antes de un año han sido sometidas a un proceso de maternidad subrogada.
- d. A las mujeres que han sido sometidas dos veces al proceso de maternidad subrogada.

IV. Propuesta de los instrumentos jurídicos que pueden ser utilizados para regularla

No puede definirse de tajo el tipo de instrumento jurídico que se podría utilizar para realizar la maternidad subrogada y garantizar su eficacia, sin embargo, se pretende proponer las posibles vías que nos garanticen dicha eficacia.

Utilizando los argumentos antes mencionados, los instrumentos propuestos por los legisladores son los siguientes;

- a. Documento expedido por juez de lo familiar.

Así como sucedió en la primera propuesta de ley del Distrito Federal (actualmente Ciudad de México), en el caso del juez en materia de lo familiar, que sería quien emitiría un documento que se utilizaría para llevar a cabo la materni-

dad subrogada¹⁷.

Cada una de estas modalidades puede presuponer que tiene un objetivo vital, y es la prontitud del acto, la rapidez de realizar la maternidad subrogada.

V. Conclusiones finales

Primero.- Facilitar el acceso a este beneficio de reproducción asistida es un error, primeramente por ser una ley que causa polémica, y en un Estado como el de Chiapas, es aún más complejo; por ello debe ser una ley restrictiva en principio y abierta conforme vayan haciéndose los análisis de los fenómenos y respuestas sociales y efectos jurídicos de la ley de maternidad subrogada en Chiapas. Por ello, un procedimiento especial pueda realizarse con el acompañamiento del juez de lo familiar, y esto sería propositivo.

Segundo.- Por lo tanto se propone cargar el proceso, ya que es una forma de reemplazar el vínculo psico-afectivo que se produce por el vínculo biológico de la madre con el gestado en el caso de la donación temporal del útero, es decir: la madre contratante que pretende ser la madre legal del no nacido, estará realizando un proceso cargado y tedioso que suponga esfuerzo, sacrificio y por supuesto voluntad, una especie de gestación burocrática, porque no realizará como tal la gestación biológica, y entonces estará equilibrando el *status quo* natural de una gestación normal.

Tercero.- La mujer gestante, y que también será madre biológica, deberá ser beneficiada de una cantidad en dinero, no como una compraventa, sino como un resarcimiento de los daños físicos que pudieren ocasionarle por someterse a dicho proceso,

¹⁷ VARGAS LÓPEZ Raúl, GÓMEZ FLORES, Olga Aracely, diputados integrantes de la fracción parlamentaria del Partido de la Revolución Democrática, *Iniciativa de ley que regula la subrogación materna en el Estado de Jalisco, sin publicación en el Diario Oficial de la Federación, versión electrónica*: http://congreso.jalisco.gob.mx/servicios/sistemas/agenda/Documentos/17022011/Dipu39/18022011104350_materna.pdf

todo esto establecido en el instrumento jurídico previo el proceso que se establezca en acompañamiento del juez. Naturalmente se considerará por regla general a este como un acto gratuito, bajo el supuesto de un dinero cierto por razones de pago por razón de reparación de daños que puedan ser en perjuicio de la persona que se someta a dicho proceso, en este supuesto: la mujer gestante. Si el proceso fuese comprobablemente sin ningún perjuicio o daño en menoscabo de la mujer gestante, quedará a arbitrio de las partes la compensación económica, pero deberá obedecer a los criterios en materia familiar, interés superior del menor, en observancia del juez de lo familiar.

Cuarto.- Al facilitar dicho proceso se correría el riesgo de convertirlo en un acto inmediato, vacío, fácil, y por lo tanto no dimensionado. Se tendrá que atender de manera solemne y bajo el principio de dignidad por corresponderse a una vida, mediante el control de convencionalidad y constitucionalidad aplicable.

Quinto.- Se propone estudiar la posibilidad de realizar la donación temporal de útero mediante un juicio especial declarativo, un juicio que se pueda denominar como “juicio de gestación por sustitución”. Así el proceso será más lento y podrá ser calificado, desechado o aceptado, y en gran medida se evitará que se incurran en delitos como la trata de personas. O violaciones graves al recurrir a este proceso, con motivos distintos a los anteriormente esgrimidos.

Sexto.- La maternidad subrogada en Chiapas debe realizarse como un acto de salud pública, y que por lo ello el Estado debe responder a dicha obligación de facilitar este beneficio a la pareja que lo solicita.

Séptimo.- El derecho reclamado será de carácter constitucional al fundar y decidir sobre el esparcimiento de la familia, consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su Artículo 4, así como el beneficio de gozar de los avances de la tecnología, permitiendo la objeción de conciencia, consagrado en materia de derechos humanos, que México ha ratificado.

Octavo.- Los requisitos deben ser los formulados por una jurisdicción voluntaria en lo general, pero también se deberá acreditar mediante un estudio de infertilidad por un instituto público, que determine que la mujer solicitante está imposibilitada por razón biológica o física para realizar la gestación, y que por lo tanto solicita el beneficio y reconocimiento a este derecho por parte del Estado.

Noveno.- Otro requisito será el hecho de radicar en Chiapas, con comprobante de domicilio debidamente requisitado con un mínimo de residencia de tres años y se prohibirá la representación en este proceso de gestación por sustitución. Para esto se deberá modificar la ley de salud del Estado de Chiapas, y establecer los parámetros de regulación en el caso de los espermatozoides y óvulos, en razón de que debe prohibirse su comercialización y su crio-preservación debe ser realizada antes de los catorce días en el caso de los embriones, su destrucción debe ser realizada de manera anual, y anexar la renunciabilidad de paternidad y maternidad en el caso de donaciones de espermatozoides u óvulos.

Décimo.- Se deberá modificar el Código Civil para que los embriones después de los catorce días sean reconocidos bajo el cobijo de la protección del Código Civil de Chiapas, anexar este supuesto de maternidad subrogada o reproducción asistida en el caso de la filiación, del parentesco, de las obligaciones, de la paternidad, de la maternidad, de la adopción y por último en el caso de muerte, a quienes se podrá asignar a los no nacidos.

Décimo primero.- Se deberá modificar el reglamento del Registro Civil, así como también el Código de Procedimientos Civiles de Chiapas en materia de documentos expedidos para dar fe del nacimiento y del asentamiento de actas.

Décimo segundo.- Deberán agregarse tipos penales que sean el resultado de la maternidad subrogada en Chiapas, con fines distintos a los reproductivos, como la explotación, la trata de personas, investigaciones científicas no aprobadas, y con ello

la prohibición precisa de la gestación sustituta por razón de testamento, o en úteros de personas en estado vegetativo, etc.

VI. Anexos

1. La regulación de la maternidad subrogada en Tabasco

1.- Código Civil del Estado de Tabasco	Artículos: 31, 165, 272, 324, 327, 329, 340, 347, 349, 360, 365, y 399.
--	---

2. Códigos locales que regulan y reconocen alguna técnica de reproducción asistida en México

1.- Código Civil para el D.F	Artículos: 293, 325, 326, y 329*.
2.- Código Civil para el Estado de Jalisco	Artículo 457**.
3.- Código Civil para el Estado de México	Artículos: 4.112, 4.113, 4.114, y 4.116***.
4.- Código de Familia para el Estado de Michoacán	Artículos: 150, 261 fracción XX, y 301.
5.- Código Civil para el Estado de Tabasco	
6.- Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí	Artículos: 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, y 246****.
7.- Código Familiar para el Estado de Zacatecas	Artículos: 123, 246, y 290*****.
8.- Código de familia para el Estado de Sonora	Artículos: 206, 207, Y 208.

* México, Código Civil del Distrito Federal, Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones, Diario Oficial de la Federación, 26 de Mayo de 1928, revisar la versión electrónica en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-4c1dd1ef8815f0db9187652d7bd673ab.pdf>

** A pesar de ser un Estado que no regula como tal a la Reproducción Asistida, se la reconoce dentro de su marco legal, como excepción a la presunción de paternidad, Art. 457.- Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento o en el caso de fecundación asistida con semen del marido.

*** México, Estado de México, Código Civil, 7 de junio del 2002. Revisar la versión electrónica en: http://www.infosap.gob.mx/leyes_y_codigos.html

**** México, San Luis Potosí, Código Familiar, 18 de Diciembre de 2008, Revisar la versión electrónica en: http://148.235.65.21/LIX/documentos/leyes/96_Co_Familiar.pdf

***** México, Zacatecas, Código Familiar, 10 de Mayo de 1986, Revisar la versión electrónica en: <http://www.congreso Zac.gob.mx/e/todojuridico&cual=104>

3. Códigos locales que prohíben la maternidad subrogada en México

1.- Código Civil del Estado de Querétaro	Artículo 400*****
1.- Código Familiar del Estado de San Luis Potosí	Artículo 243*****.
2.- Código Civil del Estado de México	Artículo 4.112

4. Estados que no reconocen en su legislación a la maternidad subrogada o en su defecto a la reproducción asistida, son los siguientes;

No	Estado	No.	Estado..
1.-	Aguascalientes	13.-	Morelos
2.-	Baja California	14.-	Nayarit
3.-	Baja California Sur	15.-	Nuevo León
4.-	Campeche	16.-	Oaxaca
5.-	Chiapas	17.-	Puebla
6.-	Chihuahua	18.-	Quintana Roo
7.-	Coahuila	19.-	Sinaloa
8.-	Colima	20.-	Tamaulipas
9.-	Durango	21.-	Tlaxcala
10.-	Guanajuato	22.-	Veracruz
11.-	Guerrero	23.-	Yucatán
12.-	Hidalgo		

VII.- Fuentes de consulta

KANT, Immanuel, *fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Trad. Luis Martínez de Velasco, Ed. Espasa, Madrid, 1999,

***** Artículo 400. Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión. En la adopción de embriones queda prohibido seleccionar el sexo del niño a adoptar, ni se podrá rechazar el producto si éste nace con alguna enfermedad o defecto físico.

***** ARTICULO 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta al cónyuge o concubina, la maternidad se atribuirá a la primera.

VARGAS LÓPEZ Raúl, GÓMEZ FLORES, Olga Aracely, diputados integrantes de la fracción parlamentaria del Partido de la Revolución Democrática, *Iniciativa de ley que regula la subrogación materna en el Estado de Jalisco, sin publicación en el Diario Oficial de la Federación*, http://congreso.jal.gob.mx/servicios/sistemas/agenda/Documentos/17022011/Dipu39/18022011104350_materna.pdf

GONZÁLES VALENZUELA, Juliana (coord.), et, al., *perspectivas de bioética*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2008

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid España, Ed. Trotta, 2005. Traducción de: Manuel Jiménez Redondo.

-----, *Teoría de acción comunicativa, I, racionalidad de la acción y racionalización social*, España Ed. Taurus, Traducción de: Manuel Jiménez Redondo, 1999.

-----, *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, trad. R.S. Carbó, Barcelona, Ed. Paidós, 2002.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar, BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho de Familia*, México, Edit. Oxford University Press, 2005.

BUBER, Martín, *¿Qué es el hombre?* Trad. De Eugenio Ímaz,, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1949.

Cuéntame, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, información poblacional, Chiapas. <http://www.cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/chis/poblacion/educacion.aspx?tema=me&e=07>

Cuéntame, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, información poblacional,

Chiapas <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/contenidos/estadisticas/2013/pobreza0.pdf> , pág. 1.

ELEONORA CANO María, “Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada”, REVISTA PERSONA, Versión electrónica: http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm#_ftn15

Legislación consultada

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Convención sobre los derechos del niño.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales

Declaración sobre la Bioética y los Derechos Humanos de la UNESCO.

Declaración universal sobre el genoma humano y los derechos humanos

Ley General de Salud del Estado de Chiapas.

México, Código Civil del Distrito Federal

México, Estado de México, Código Civil.

México, San Luis Potosí, Código Familiar

México, Zacatecas, Código Familiar

México, Michoacán, Código Familiar.

México, Tabasco, Código Civil.

México, Sonora, Código Familiar.

México, Querétaro, Código Civil del Estado de Querétaro

Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Tabasco. Versión electrónica:

[http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2013/LXI/OFICIALIA/Iniciativas/90.-Iniciativa%20reforma%20maternidad%20subrogada%20\(1\).pdf](http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2013/LXI/OFICIALIA/Iniciativas/90.-Iniciativa%20reforma%20maternidad%20subrogada%20(1).pdf)

Iniciativa de ley que regula la subrogación materna en el estado de Jalisco.

Versión electrónica: http://congreso.jalisco.gob.mx/servicios/sistemas/agenda/Documentos/17022011/Dipu39/18022011104350_materna.pdf

Iniciativas con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. Versión electrónica:

<http://www.aldf.gob.mx/archivo-3f7e1195feb6a2a6fc616d1cef522305.pdf>

HIJOS E HIJAS DE MUJERES EN PRISIÓN EN MÉXICO

Ana Rosa Gómez Vázquez

Resumen

El siguiente artículo presenta un panorama general acerca de la situación de los menores viviendo con sus madres en prisión; así también, despliega un análisis acerca del marco legal que protege a los derechos del niño y los criterios que se siguen en el país. Se analiza el concepto de interés superior del niño y la manera en que se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a este principio.

Palabras clave: *prisión, interés superior del niño, mujeres reclusas.*

Abstract

This article presents an overview about the situation of children's life in prison with their mothers. Thus, it deploys an analysis about the legal framework that supports the children's rights and the criteria that the country continues to be fulfilled. The child's best interest and the way that Mexico's Supreme court with regards to this principle has made pronouncements, is analyzed.

Keywords: *prison, the child's best interests, female prisoners.*

Sumario

I. Introducción, II. Situación general de los menores viviendo en prisión, III. Marco legal de protección de los derechos del niño, IV. Interés superior del niño, V. Conclusiones, VI. Fuentes Consultadas.

I. Introducción

El número de mujeres en prisión en México ha ido aumentando progresivamente, hasta julio de 2016 en nuestro país existían 12,132 mujeres privadas de su libertad,¹ las causas por las que delinquen son diversas y acarrear consecuencias como que los hijos que tuvieron antes de ingresar a prisión o durante su encarcelamiento vivan el periodo de aislamiento junto con ellas.

Existen diversos criterios que difieren sobre si es mejor que el niño permanezca con su madre o que sea separado de ella y sobre la edad hasta la que debería ser permitida su estancia dentro de prisión, lo cierto es que deben considerarse criterios respecto a la situación concreta en la que se encuentren. Tomando en cuenta de que en muchas ocasiones no tiene más familia que cuide de ellos más que la madre en prisión, los menores terminan en centros de asistencia social donde además sufren la separación de su madre; así también, hay que considerar que no es posible que dentro de una prisión de desarrollen plenamente y les sean respetados sus derechos humanos.

La finalidad de este artículo es analizar la situación general de los hijos e hijas de mujeres en prisión en México basándonos en Informe especial de la Comisión

¹ CNS, *Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional*, 2016, versión en línea disponible en el sitio web: http://www.cns.gob.mx/portalWebApp/appmanager/portal/desk?_nfpb=true&_pageLabel=portalsportal_page_m2p1p2&content_id=810211&folderNode=810277&folderNode1=810281, actualizado a junio de 2016

Nacional de los Derechos Humanos sobre las condiciones de hijas e hijos de las mujeres privadas de la libertad en los centros de reclusión de la República Mexicana y en el marco legal que les otorga la protección de sus derechos específicos tanto nacional como internacional. Así también se estudia el principio del interés superior de niño, el cual debe considerarse en la toma de una decisión en la que esté involucrado un menor.

Se pretende generar un panorama general sobre cada uno de los derechos que salvaguardan el bienestar de un menor y los criterios que se siguen el país, así también la manera en que se han pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al interés superior del niño.

II. Situación general de los menores viviendo en prisión

La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) ha reiterado y señalado que en el sistema penitenciario del país se observa un modelo discriminatorio, que trae como resultado que las graves carencias en materia de recursos humanos y materiales se acentúen en los centros de reinserción para mujeres.² Ahora bien, ¿En qué situación se encuentran los menores viviendo con ellas?

Hasta 2016 según el Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales realizado por el INEGI, existían 609 menores de 6 años viviendo con su madre en los centros penitenciarios del país.³ Del total de la po-

² Informe Especial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre las mujeres internas en los centros de reclusión de la República Mexicana, México, 2013, p. 66, versión en línea disponible en el sitio web: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/informeEspecial_CentrosReclusion.pdf

³ INEGI, *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales, 2016*, versión en línea disponible en el sitio web: http://www.inegi.org.mx/Sistemas/Olap/Proyectos/bd/censos/gobierno2016/CNGSPSE2016/PobCentPenit.asp?s=est&proy=cngspspe2016_pobcentpenit;p=cngspspe2016

blación infantil, 298 eran menores a un año, 120 tenían un año, 88 dos años, 41 tres años, 32 cuatro años y 30 cinco años.

Derivado del censo, la Ciudad de México tiene la población más grande de menores de 6 años viviendo en prisión con un total de 105, seguido de Nuevo León con 73 y Tamaulipas con 61 menores.

Existen tres modalidades de niños y niñas de padres en prisión: ⁴

- **Niños y niñas que viven en la prisión:** con pocas o nulas posibilidades de que al cumplir la edad reglamentaria puedan ser cuidados por su familia al salir de la cárcel. En estos casos se les lleva a una institución de cuidado alternativo donde se asume el compromiso de llevarlos de visita al reclusorio, estas visitas generalmente se reducen a una vez al mes ya que las instituciones no pueden garantizar llevarlos con mayor frecuencia.
- **Niños y niñas que viven en prisión parcialmente:** los que pueden recibir cuidados por parte de familiares cercanos y que viven más en un ambiente de libertad, pueden visitar a la madre en prisión durante las vacaciones o los fines de semana.
- **Niños y niñas que acuden únicamente como visita:** no realizan su vida en el interior de la prisión, acuden únicamente los días y horas de visita.

En cualquiera de estos supuestos, los niños y niñas tienen con el ambiente carcelario, según la CNDH también existen centros en los que no se permite la estancia de menores con sus madres en prisión.

En el Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre las condiciones de hijas e hijos de las mujeres privadas de la libertad en los centros de reclusión de la República Mexicana, identificó “*transgresiones a sus derechos*

⁴ CDHDF, *Pronunciamento general: Derechos de los niños y niñas hijos e hijas de padres en reclusión*, México, 2013, p.10-13,

*humanos en condiciones de estancia, trato digno salud, alimentación, legalidad, reinserción social, así como de los satisfactores adecuados y necesarios para el sano desarrollo de las hijas e hijos que permanecen con sus madres en internamiento”.*⁵

La CNDH ha destacado situaciones que vulneran los derechos de las hijas e hijos de mujeres privadas de la libertad en México, destacando principalmente las siguientes:

- Trato digno

La infraestructura no dispone del espacio adecuado, ya que en ocasiones se comparte la cama con madres que tienen más de un hijo viviendo con ellas; pudo observarse deambular en algunos centros sin ninguna restricción. Además de que en algunos centros, el hacinamiento se hace presente de manera importante.⁶

En cuanto al servicio médico, se considera que en la mayoría de los casos la población infantil sólo cuenta con atención médica general, sin contar con atención de médicos pediatras, servicios de vacunación, servicios dentales y psicólogo infantil. No existen consultorios exclusivos para niños, por lo que se les atiende en los destinados a las personas adultas.⁷

En México, existen 15 Centros de Reinserción Social exclusivos para mujeres, 13 de ellos estatales y dos federales, 3 prisiones militares, que alojan a población mixta, así como 59 centros también mixtos bajo la administración de autoridades estatales.⁸ En 51 de esos centros no se brinda ningún apoyo para que los menores

⁵ CNDH, Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre las condiciones de hijas e hijos de las mujeres privadas de la libertad en los centros de reclusión de la República Mexicana, 2016 p.2, versión en línea disponible en el sitio web: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/InformeEspecial_20161125.pdf

⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁷ *Ibidem* p. 14.

⁸ CNDH; *Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre las Mujeres Internas*

cuenten con servicios de guardería y educación preescolar, por lo que en algunos se opta por enviarlos a centros educativos al exterior, lo que se limitó por el transporte o personal.

Se identificaron 65 centros en los que no se les proporciona alimentación especial a los menores y en los que los alimentos son insuficientes y de mala calidad, además de que se les restringe el ingreso de alimentos para sus hijos. En 13 centros no hay separación entre mujeres y hombres en áreas comunes, lo que representa un riesgo para los menores que habitan ahí. La mala atención repercute también el derecho a la lactancia, sobre el cual la CNDH se ha pronunciado acerca de que no se limita ni se suspende por el hecho de estar privada de la libertad.⁹

- Legalidad y seguridad jurídica

La Comisión reitera que en los centros de reclusión que albergan a madres junto con sus menores, se ha incumplido con la obligación de las autoridades penitenciarias de proporcionar alimentación, salud, educación y un sano esparcimiento, todo lo cual desatiende el principio de “interés superior del niño”,¹⁰ mismo que se retomará más adelante en este artículo.

La ley protege a los niños viviendo con sus madres en prisión, ellos tienen derecho a vivir en condiciones de bienestar y sano desarrollo integral, así como las madres privadas de su libertad tienen derecho a convivir con sus hijos e hijas, las leyes que los protegen y los derechos que se les otorgan se abordarán en el capítulo siguiente.

La CNDH, ha propuesto a las autoridades responsables que cumplan con privilegiar la convivencia de los menores con sus madres privadas de la libertad, aun cuan-

en los Centros de Reclusión de la República Mexicana, 2015, versión en línea disponible en el sitio web: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2015_IE_MujeresInternas.pdf

⁹ *Op. cit.*, nota 5, p. 16-17.

¹⁰ *Ibidem*, p. 18-19.

do hayan nacido previo al internamiento, atendiendo el interés superior del niño. Ha recomendado que se establezcan protocolos específicos sobre el procedimiento que se habrá de seguir con los niños y niñas que se encuentran en prisión con sus madres, contar con planeación presupuestal para contar con instalaciones exclusivas para mujeres y espacios para quienes cursen un embarazo, lactancia o tengan viviendo con ella a sus hijos e hijas. Así también dotar de presupuesto para una adecuada alimentación y capacitar al personal sobre perspectiva de género y derechos de la niñez.¹¹

III. Marco legal de protección de los Derechos de los niños y niñas.

En Legislación nacional vigente aplicable a los derechos de los niños y niñas se encuentran:

- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

Nuestra Constitución establece en su artículo 1º que todas las personas (incluyendo por tanto a los menores) gozarán de los derechos humanos reconocidos en ella y de los tratados humanos en los que el Estado sea parte.

En su artículo 4º párrafo octavo, señala que *“los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”*.¹² El Estado debe velar y cumplir con el principio del interés superior del niño en todas las decisiones y actuaciones; este principio deberá guiar las políticas públicas dirigidas a la niñez.

La Carta Magna de nuestro país otorga pues la obligación constitucional del Estado de velar por la niñez sin hacer distinción del ámbito en el que se desarrollen

¹¹ *Op. cit.* nota 5, p. 24-26

¹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 05 de febrero de 1917, art. 4º, párr. octavo.

o la situación en la que se encuentren sus padres, por lo que deberán disfrutar de sus derechos en todo momento.

- Ley Nacional de Ejecución Penal

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 16 de junio de 2016, es de observancia general en la federación y entidades federativas respecto a prisión preventiva, ejecución de penas y medidas de seguridad del fuero local y federal.

En el artículo 10 establece los derechos de las mujeres privadas de su libertad en un Centro Penitenciario, dentro de ellos se encuentran: La maternidad y la lactancia; conservar la guardia y custodia de su hija o hijo menor de tres años a fin de que pueda permanecer con ella en el Centro; que sus hijos reciban alimentación adecuada y saludable acorde con su edad y sus necesidades de salud; educación inicial para sus hijas e hijos, vestimenta acorde a su edad y etapa de desarrollo y atención pediátrica mientras permanezcan en el Centro; y poder adoptar disposiciones de acuerdo a su cuidado.¹³

A pesar de esta ley otorga el derecho a las madres a que a conservar la custodia de sus hijos e hijas en los Centros penitenciarios, según el Informe de la CNDH, existen 10 centros donde no se permite la estancia de los menores con sus madres. Así pues, aun cuando la Ley Nacional de Ejecución penal señala como límite de estancia los 3 años, existen diferentes criterios en los centros del país que van desde los ocho meses hasta los seis años. Los reglamentos de los centros de reinserción de las entidades federativas que cumplen con regular el límite que establece la ley son los de Chihuahua, Puebla y Tlaxcala.¹⁴

¹³ Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de junio de 2016, artículo 10.

¹⁴ GÓMEZ Macfarland, Carla Angélica, *Menores que viven con sus madres en centros penitenciarios*:

El artículo 10 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, también establece obligaciones para las autoridades penitenciarias, como la de coadyuvar con las autoridades corresponsales para *“proporcionar las condiciones de vida que garanticen el sano desarrollo de niñas y niños”*. La autoridad penitenciaria deberá *“garantizar que en los Centros Penitenciarios para mujeres haya espacios adecuados para el desarrollo integral de los hijos o hijas de las mujeres privadas de su libertad, o en su defecto, para el esparcimiento del niño o niña en las visitas a su madre”*.

En cuanto al derecho de las madres a conservar la custodia de sus hijos en el interior de los centros penitenciarios, la autoridad penitenciaria deberá atender el interés superior de la niñez, por lo que se entiende que sólo tomando en cuenta este principio podrá considerarse una variación en el límite permitido y también se podrá solicitar una ampliación del plazo en caso de que el niño o niña tenga una discapacidad. En caso de que la madre no desee conservar la custodia, el niño o niña deberá ser entregado a una institución de asistencia social.

Deberá existir un régimen específico de visitas para las personas menores de edad que no superen los diez años y no convivan con la madre en el Centro, las cuales se deberán realizarse sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad y ajustándose a la organización interna del Centro.

- Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes (LGDNNA)

Esta ley fue publicada en el DOF el 4 de diciembre de 2014, reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de sus derechos humanos, crear y regular la integración, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; y establecer los principios rectores y cri-

legislación en México, Dirección de análisis legislativo del Senado de la República, México, 2017, p. 60-79.

terios que orientarán la política nacional en materia de sus derechos, así como las facultades de competencia, concurrencia y coordinación entre los niveles de gobierno.

Sin embargo, la CNDH ha reiterado a los tres niveles de gobierno, la falta de políticas públicas que hagan efectivas las disposiciones jurídicas para que se atiendan a las hijas e hijos de mujeres en centros de reclusión y para que se presten los servicios para satisfacer sus necesidades.¹⁵

La LGDNNA señala en su artículo 2° que “el interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector”.¹⁶

En el mismo artículo se impone la obligación de las autoridades a incorporar a sus proyectos de presupuesto la asignación de recursos que permitan dar cumplimiento a las acciones establecidas por la ley. Esta disposición por tanto es aplicable a los presupuestos de los Centros de Reinserción donde habitan menores con sus madres.

Para efectos de este artículo, la ley también dicta los principios rectores siguientes: el interés superior de la niñez, los derechos humanos y sus principios, la igualdad sustantiva, la no discriminación, la inclusión, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, la participación, la interculturalidad, la autonomía progresiva, el principio pro persona, el acceso a una vida libre de violencia, entre otros.

La ley enuncia que son derechos de los niños, niñas y adolescentes los siguientes:

¹⁵ *Op. cit.*, nota 5, p. 1.

¹⁶ Ley General de los derechos de niños, niñas y adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, artículo 2°.

- I. Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo.- deberán disfrutar de una vida plena acorde a su dignidad y que garantice su desarrollo integral, tienen derecho a no ser privados de la vida bajo ninguna circunstancia.

En un estudio realizado por la CDHDF, se observa que los niños que viven con su madre en prisión tienen interiorizado un “efecto de prisionización” (interiorización en las conducta de usos y costumbres propios de la prisión) que se acentúa con la edad, logran ubicarse en un lugar en el que no pueden ingresar y salir libremente.¹⁷El entorno carcelario no garantiza plenamente su adecuado desarrollo y en ocasiones los pone en situaciones de riesgo.

- II. Derecho de prioridad.- Debe brindárseles protección y socorro en cualquier circunstancia, antes que las personas adultas y deben ser considerados en el diseño y ejecución de las políticas públicas. Según la CDHFE desde la detención hasta la liberación de las mujeres en reclusión, el interés superior del niño o niña no es tomado en cuenta por las políticas, procedimientos, decisiones judiciales y leyes aplicables.¹⁸ Por lo que se incumple también con este derecho.
- III. Derecho a la identidad.- Contar con nombre y apellidos, ser inscritos en el Registro Civil, contar con nacionalidad, conocer su filiación y origen, preservar su identidad. Se desconoce si los recién nacidos en los Centros de Reinserción cuentan con actas de nacimiento.
- IV. Derecho a vivir en familia.- No podrán ser separados de quienes tengan su guarda y custodia, salvo que medie orden de autoridad competente en cumplimiento del interés superior del niño. Tienen derecho a convivir con

¹⁷ *Op. cit.* nota 4, p. 14

¹⁸ *Ibídem*, p.32

sus familiares cuando éstos se encuentren privados de su libertad, las autoridades deberán garantizar este derecho y establecer las condiciones necesarias para la convivencia se realice en forma adecuada. Sólo podrá ser restringido este derecho por resolución del órgano jurisdiccional competente, cuando no sea contrario a su interés superior.

Existen diferentes criterios en cuanto al límite en que los menores pueden permanecer con sus madres aunque en la Ley Nacional de Ejecución se estipule que sean 3 años. Aunque esta circunstancia no sea la ideal el vínculo que durante los primeros seis años de vida se formó entre la madre y su hijo o hija, no se puede fracturar repentinamente¹⁹, por lo que las autoridades deben elegir cual es la opción más adecuada atendiendo el interés superior del niño.

- V. Derecho a la igualdad sustantiva.- Deberán recibir el mismo trato y oportunidades para el reconocimiento de sus derechos humanos. Para ello las autoridades deberán acciones afirmativas tendientes a eliminar los obstáculos que impiden la igualdad de acceso y de oportunidades a la alimentación, a la educación y a la atención médica. La CNDH evidenció la necesidad establecer *“programas de atención médica general y especializada a las mujeres en reclusión, así como a las hijas e hijos que las acompañan, proporcionando además una adecuada y suficiente alimentación”*.²⁰
- VI. Derecho a no ser discriminado.- Tienen derecho a no ser sujetos de discriminación, 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 na-

¹⁹ *Ibidem*, p. 36.

²⁰ *Op. cit*, nota 2, p. 30.

cimiento, 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. Se entiende por tanto que los hijos e hijas de madres en reclusión no pueden ser discriminados por el hecho de que sus padres se encuentren en centros de reinserción.

- VII. Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo Integral.- Vivir en medio ambiente sano y sustentable, y en condiciones que permitan su desarrollo, bienestar y crecimiento. Existe la necesidad de que tengan a su disposición de áreas para caminar y jugar que no supongan riesgo a su integridad; a menudo los centros de reinserción no cuentan con las condiciones necesarias.²¹
- VIII. Derecho de acceso a una vida libre de violencia.- Que se resguarde su integridad personal, a fin de lograr las mejores condiciones de bienestar y el libre desarrollo de su personalidad. No existen datos de la violencia hacia los niños en las prisiones, pero sí existen acerca de la violencia que sufren las mujeres, lo que puede afectar a los menores.
- IX. Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social.- derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud, así como a recibir la prestación de servicios de atención médica gratuita y de calidad. En todos los diagnósticos realizados se ha observado la deficiencia en atención a la salud, a la educación, a la alimentación y a una estancia digna primordialmente, situación que incide con mayor intensidad en las niñas y niños.²²
- X. Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad.- Tendrán derecho a vivir incluidos en la comunidad, en igualdad de con-

21 *Op. cit.* nota 4, p. 21.

22 *Op. cit.* nota 5, p. 5.

diciones que las demás niñas, niños y adolescentes. Las autoridades están obligadas a implementar medidas de nivelación, de inclusión y acciones afirmativas. Como se mencionó anteriormente, la discapacidad del menor es un criterio para modificar el límite de estancia con sus madres en reclusión.

- XI. Derecho a la educación.- Recibir educación de calidad que contribuya al conocimiento de sus derechos y, basada en un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva, que garantice el respeto a su dignidad humana, desarrollo armónico de sus potencialidades y personalidad. Las autoridades tendrán la obligación entre otras cosas de destinar recursos adecuados y suficientes para garantizar su educación. Como indicó la CNDH, no en todos los centros se cuenta con servicios de guardería y educación preescolar.
- XII. Derecho al descanso y al esparcimiento.- Realizar actividades recreativas propias de su edad, participar libremente en actividades culturales, deportivas y artísticas. No podrán imponerles regímenes de vida, estudio, trabajo o reglas de disciplina desproporcionadas a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.
- XIII. Derechos de la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura.- No podrán ser discriminados de forma alguna por ejercer esas libertades. Tienen derecho a disfrutar libremente todas las formas específicas de organización social y todos los elementos que constituyan su identidad cultural.
- XIV. Derecho a la libertad de expresión y acceso a la información.- Expresar su opinión libremente, buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo y por cualquier medio; buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo y por cualquier medio.

- XV. Derecho a la participación.- Su opinión deberá ser tomada en cuenta respecto de los asuntos que les afecten directamente, o a sus familias o comunidades. Por lo que debería garantizarse su opinión en las decisiones que les adecten.
- XVI. Derecho de asociación y reunión.- Podrán asociarse y reunirse, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución.
- XVII. Derecho a la intimidad.- Intimidad personal y familiar, y la protección de sus datos personales. Se considerará violación a su intimidad cualquier manejo directo de su imagen, nombre, datos personales o referencias que permitan su identificación en los medios de comunicación. Derecho que debe ser respetado incluso en un ambiente penitenciario.
- XVIII. Derecho a la seguridad jurídica y debido proceso.- gozan de los derechos y garantías de seguridad jurídica y debido proceso establecidos en la Constitución.
- XIX. Niños, niñas y adolescentes migrantes.- Se deberán adoptar medidas especiales a fin de garantizar sus derechos, las autoridades de todos los órdenes de gobierno deberán proporcionarles los servicios correspondientes independientemente de su nacionalidad o su situación migratoria.

Dentro de la legislación internacional aplicable a los derechos de los hijos e hijas de mujeres en reclusión se encuentran: La Convención de los Derechos del niño,; la Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela); mismas que requerirían de un estudio aparte.

IV. Interés superior del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño el artículo 3º establece que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*”²³ Estas medidas conciernen por supuesto a las que se tomen en los Centros de Reinserción que tengan que ver con los menores que ahí habitan.

La función de este principio según la Convención tiene un carácter interpretativo, de prioridad en las políticas públicas para la infancia y la considera como un principio rector guía de ella.²⁴

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que “*la expresión ‘interés superior del niño’... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.*”²⁵ Por tanto, se entiende que no pueden hacerse caso omiso de los derechos, especialmente de los que viven en reclusión con sus madres, a pesar de ello, se observa poca preocupación en la elaboración las normas.

Además, la segunda sala de la SCJN, considera que el interés superior del niño es un concepto triple, pues lo considera como: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental, y una norma de procedimiento. Este concepto deberá ser considerado en cualquier decisión que las autoridades tomen respecto de

²³ Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989, artículo 3º.

²⁴ Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*, p.1, versión en línea disponible en el sitio web: http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf

²⁵ Tesis 1a. CXLI/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Novena Época, Tomo XXVI, Julio de 2007, Pág. 265.

la situación del menor.²⁶

Según la CNDH, el Interés Superior de la Niñez consiste en atenderlo primordialmente, en la medida en que sea considerado en las decisiones, se garantizará de mejor manera su atención de manera integral.²⁷

V. Conclusiones

La situación en la que se encuentra el Sistema Penitenciario del país, no permite que los hijos e hijas de madres en reclusión puedan disfrutar a plenitud de sus derechos humanos. Sin embargo, en la medida de lo posible es importante que se creen los medios adecuados para que su estancia permita su desarrollo en medida de lo posible.

No existe consenso sobre la edad límite permitida para la estancia con sus madres, es un proceso que debe tratarse con sensibilidad puesto que a pesar de que el vínculo maternal es importante en su crecimiento, es improbable que dentro de un Centro de Reclusión se tengan las condiciones óptimas de bienestar. Los menores se exponen a situaciones de riesgo y a la falta de satisfacción de sus necesidades básicas como la salud, la alimentación, educación y trato digno.

Las autoridades están obligadas a velar por el interés superior del niño en cualquier decisión que les afecte y a analizar el caso en concreto. Así también, a que sus presupuestos institucionales y políticas públicas tomen en cuenta este principio jurídico.

Es necesario también que las leyes estatales que regulan el funcionamiento de los centros de reinserción del país tomen en cuenta las necesidades de los niños y

²⁶ Tesis 2a. CXLI/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, segunda sala, décima época, t. I., p. 792.

²⁷ *Op. cit*, nota 4, p. 25.

niñas que se encuentran en reclusión con sus madres y que adapten sus reglamentos en beneficio de la infancia.

Además de que el fenómeno va en aumento, los datos de la CNDH respecto a las condiciones de vida de los menores viviendo en prisión son alarmantes y debe ser un asunto primordial el velar por la niñez, sin importar el ambiente donde se desarrollen; especialmente cuando el Estado funge como garante de sus derechos.

Fuentes consultadas

CDHDF, *Pronunciamiento general: Derechos de los niños y niñas hijos e hijas de padres en reclusión*, México, 2013.

CNDH, Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre las condiciones de hijas e hijos de las mujeres privadas de la libertad en los centros de reclusión de la República Mexicana, 2016, versión en línea disponible en el sitio web: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/InformeEspecial_20161125.pdf

CNDH; *Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre las Mujeres Internas en los Centros de Reclusión de la República Mexicana*, 2015, versión en línea disponible en el sitio web: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2015_IE_MujeresInternas.pdf

CNS, *Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional*, 2016, versión en línea disponible en el sitio web: http://www.cns.gob.mx/portalWebApp/appmanager/portal/desk?_nfpb=true&_pageLabel=portalsportal_page

[m2p1p2&content_id=810211&folderNode=810277&folderNode1=810281,](#)
[actualizado a junio de 2016](#)

Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*, versión en línea disponible en el sitio web: http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf

INEGI, *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales*, 2016, versión en línea disponible en el sitio web: http://www.inegi.org.mx/Sistemas/Olap/Proyectos/bd/censos/gobierno2016/CNGSPSPE2016/PobCentPenit.asp?s=est&proy=cngspspe2016_pobcentpenit;p=cngspspe2016

Informe Especial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre las mujeres internas en los centros de reclusión de la República Mexicana, México, 2013, versión en línea disponible en el sitio web: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/informeEspecial_CentrosReclusion.pdf

GÓMEZ Macfarland, Carla Angélica, *Menores que viven con sus madres en centros penitenciarios: legislación en México*, Dirección de análisis legislativo del Senado de la República, México, 2017.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 05 de febrero de 1917.

Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de junio de 2016.

Ley General de los derechos de niños, niñas y adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, artículo 2º

Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989..

Tesis

Tesis 1a. CXLI/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta , Primera Sala, Novena Época, Tomo XXVI, Julio de 2007.

Tesis 2a. CXLI/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, segunda sala, décima época, t. I.

EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

Diana Leslie Mendoza Robles

Resumen

El presente trabajo trata de situarnos en un panorama general acerca de uno de los daños que puede sufrir la **víctima** de un delito, el cual, representa tal magnitud, que la deja completamente privada de un elemento esencial, ajeno a la luz de la sociedad, pero trascendental para quien lo sufre, de valor subjetivo, pero a la vez concreto y real, que afecta completamente el derecho a la libertad, esto es, el daño al proyecto de vida. La reparación integral del daño efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que además ha sentado las bases para la evolución de dicho concepto, cuenta con medidas reparatorias para el proyecto de vida, para su aplicación debe llevarse a cabo un análisis concreto de cada caso, dado que el daño causado va en torno al proyecto y la afectación de éste, que cada persona tiene, de acuerdo a sus características propias, así como objetivos futuros. En las páginas siguientes se aborda el tema desde el marco teórico, pero también desde casos emblemáticos, que han llevado a la consolidación de dicho daño en la jurisprudencia de la Corte IDH, ya que afecta en varios niveles a los derechos humanos de una persona.

Abstract

The present work tries to situate us in a general panorama about one of the damages that can suffer the victim of a crime, which, represents such magnitude, that leaves

it completely deprived of an essential element, alien to the light of the society, but transcendental for those who suffer it, of subjective value, but at the same time concrete and real, which completely affects the right to freedom, that is, the damage to the project of life. The integral reparation of the damage done by the Inter-American Court of Human Rights, which has also laid the foundations for the evolution of this concept, has reparatory measures for the life project, for its application a concrete analysis of each case must be carried out, given that the damage caused is related to the project and its impact, which each person has, according to their own characteristics, as well as future objectives. In the following pages, the subject is approached from the theoretical framework, but also from emblematic cases, which have led to the consolidation of this damage in the jurisprudence of the Inter-American Court, since it affects the human rights of a person at several levels.

Palabras clave: Reparación integral del daño, Daño al proyecto de vida, Derechos humanos, Derecho penal, Víctima.

Sumario

I. Introducción. II. El proyecto de vida y la reparación del daño. III. Sentencias reparadoras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. IV. Conclusiones. V. Fuentes de consulta.

I. Introducción

La víctima, es la figura del derecho penal que se toma como punto de partida en el presente trabajo, dado que es el sujeto pasivo de una conducta delictuosa, el cual reciente el daño de un bien jurídicamente protegido, es decir, ya sea en su persona o

patrimonio, incluso la Organización de las Naciones Unidas agrega que dicha lesión puede darse en sus derechos humanos,¹ la figura de la víctima también se extiende a quien indirectamente recibe tal afectación, como por ejemplo la familia de la víctima directa, o quien se vea afectado de una u otra forma por la conducta que causa el detrimento.

Cabe señalar, que una persona o grupo de personas pueden convertirse en víctimas, a través de la comisión de un delito, sin importar que se trate de un acto culposo o doloso, así como mediante un accidente, o un fenómeno natural, el hecho trascendental es el daño que dicha víctima recibe.

Es así como, por ser un concepto de víctima amplio y acorde con las circunstancias actuales del derecho, podemos citar el contenido en el artículo 1 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del delito y abuso de poder, el cual a la letra indica:

Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.²

Una vez teniendo claro el concepto de víctima, podemos pasar a hablar de otros temas relevantes para el presente ensayo, como lo es el de reparación del daño a la víctima.

¹ Resolución de la Asamblea General 40/34 de fecha 29 de noviembre de 1985 “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/40/34&Lang=S>

² Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, artículo 1º.

De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la que México es parte, el estado tiene la responsabilidad de reparar el daño por violaciones a derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado al respecto que:

Toda violación de una obligación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.³

El concepto de reparación entonces, a nivel internacional, se desprende del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que se indica que:

1. 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.⁴

Dicha concepción, ha pasado del mero sentido material de las reparaciones, a uno tan amplio, que a su vez enmarca el ámbito inmaterial, que nos lleva a un plano más profundo, en el cual nos encontramos con una división de los tipos de daño más completa, acorde a la vulneración de derechos del ser humano, en la cual se incluyen factores como el daño moral, psicológico, físico, daños colectivos y sociales, daño emergente, lucro cesante, daño al patrimonio familiar y en el caso que nos ocupa, el daño al proyecto de vida.

³ Caso de la masacre de la Rochela vs Colombia, disponible en http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=217

⁴ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>

Así tenemos que, al haber una clasificación de los tipos de daño, también nos encontraremos con una larga lista de medidas de reparación integral, entre las que se encuentran conceptos tan importantes como el restablecimiento de la libertad o la reincorporación de la víctima a su cargo y el pago de los salarios dejados de percibir.

Dado que, dependiendo del caso concreto se determinará el daño sufrido por una víctima, de la misma forma se emplearán medidas para su reparación, a saber, las podemos agrupar en las siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, ello de acuerdo con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La reparación integral del daño, es un concepto que se integra a nuestro marco jurídico, como parte de la influencia que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han representado para la legislación nacional, es por ello que, en el presente trabajo, es de vital importancia tomar en cuenta algunos casos prácticos y emblemáticos, con los cuales la Corte IDH dio un paso adelante y definitivo en materia de reparación del daño al proyecto de vida.

Como antes se menciona, nos avocaremos a estudiar un tipo de daño que se clasifica como inmaterial, el cual, además, es de los más complicados de identificar y de cuantificar, este es, el daño al proyecto de vida, para poder comprenderlo, necesitaremos tener en cuenta conceptos como la vida, la dignidad o la libertad.

Si consideramos que la reparación integral del daño, comprenderá devolver todas las cosas al estado que guardaban antes de la conducta delictiva o violación de derechos humanos por parte del Estado, nos encontraremos con muchas dificultades al tratar de cumplir con dicha encomienda, en el sentido de colocar a la víctima de nuevo en el momento en que su abanico de posibilidades y opciones se encontraba a su alcance, aquel momento en el que su proyecto de vida parecía posible, y que pudo haber sido arrebatado, colapsado, o pausado indefinidamente.

El Estado entonces, tiene la obligación de lograr en la mayor medida posible dicho objetivo.

II. El proyecto de vida, el lucro cesante y la reparación del daño

Un proyecto es un plan a futuro, cada ser humano, dadas sus características particulares, tendrá objetivos distintos, por lo que al hablar de un proyecto de vida nos estaremos refiriendo a elementos tan subjetivos, que son difíciles de determinar al momento de la reparación al daño del que fueron objeto, por lo tanto, se deberán tomar en cuenta elementos reales y concretos, que le daban sentido a la vida de la persona, las opciones que ésta tenía y la probabilidad de que fueran cumplidas y la llevaran a su desarrollo personal.

Es por ello que podemos considerar que el proyecto de vida, responde a la exigencia existencial por la cual cada ser humano debe otorgarle un sentido a su vida, una ineludible razón de ser.⁵

...consiste en un *proyecto de vida*, no de situación, que sea *concreto, realizable*, que se tengan elementos *visibles y viables* para alcanzarlo.⁶

José Francisco Calderón Gamboa considera, además, que el proyecto de vida no está acorde a una generalidad para todos los seres humanos, por lo cual, en materia de reparaciones, cada proyecto será determinado de acuerdo al caso concreto, tomando en cuenta factores tales como el nivel de estudios, la profesión, experiencias personales, así como la propia opinión de la víctima, que es quien finalmente tiene la

⁵ Fernández Sessarego, Carlos, “Los jueces y la reparación del daño al proyecto de vida”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, Perú, 2007, volumen 1, número 1, P.171.

⁶ Calderón Gamboa, Jorge Francisco, *Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a derechos humanos*, primera edición, México, Editorial Porrúa, 2005, P. 39.

visión de la afectación de la que fue objeto, los cuales son elementos que realmente hubiesen determinado el rumbo que la vida de una persona tomaría, de no haberse violentado sus derechos.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera que el proyecto de vida “atiende a la realización integral de la persona afectada, según su vocación, aptitudes, circunstancias potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijare razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”⁷

Para Carlos Fernández Sessarego, la libertad es equivalente a proyecto. Como seres humanos nacemos libres, y esa libertad es la que nos permite proyectar de una u otra forma nuestra vida. Por ello, la afectación al proyecto de vida de una persona atentará contra su dignidad, de la cual se desprenden derechos tan inherentes a ésta como la vida y la libertad.

De acuerdo con el contenido de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se desprenden dos conceptos: el lucro cesante, de carácter material, y daño al proyecto de vida de carácter inmaterial. Ambos, aunque pueden sonar parecidos, y aun cuando están bastante ligados, se diferencian de acuerdo a sus características.

El primero de ellos se valora en términos monetarios, tomando en consideración las características de la víctima, que influyen en términos económicos. Mientras que, en cuanto al daño al proyecto de vida, su concepto ha quedado menos claro y desarrollado en la jurisprudencia de la Corte IDH.

De acuerdo con lo anterior, podemos aseverar que el concepto de lucro cesante es más fácilmente determinable al momento de cuantificar el daño a la víctima, toda vez que se toman en cuenta factores como la edad y condición económica, en

⁷ Caso Loayza Tamayo vs Perú, párr.. 147. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf

cambio, establecer todos los sectores dañados con tal magnitud en un nivel inmaterial, de acuerdo a los cuales se considere efectiva la afectación al proyecto de la vida de una persona o personas, es mucho más complejo, por lo que, determinar las medidas de reparación necesarias será todo un reto, considerándose como tales quizás, aquellas que van más allá de términos económicos, como por ejemplo la garantía de no repetición.

Al respecto, podemos señalar una fuerte crítica sobre la necesidad del daño al proyecto de vida en materia de reparaciones, la cual es realizada en un voto razonado del entonces Juez Oliver Jackman de la Corte IDH, en el caso *Gutiérrez Soler vs Colombia*.⁸

El concepto de daño comprensible al llamado “proyecto de vida” –aparte de la impresión que podría generar de una Corte demasiado ansiosa en encontrar formas novedosas para castigar a los Estados demandados– es, en mi opinión respetuosa, artificial, y una creación que no responde a una necesidad jurídica identificable.⁹

La postura del entonces Juez de la Corte IDH, deja ver otra cara de la moneda en torno al daño al proyecto de vida, que nos hace reflexionar acerca de la utilidad de dicho concepto de daño al momento de determinar las reparaciones.

Si bien, el daño que aquí estudiamos, reviste un carácter inmaterial, el impacto integral que tiene sobre una persona, atenta con un carácter bastante real a la

⁸ Caso *Gutiérrez Soler vs Colombia* disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_ing.pdf

⁹ I support the decision of the Court regarding the relief granted to *Gutiérrez Soler*; however, I am not satisfied that there be in this case any element that may lead me to change the opinion stated in the Case of *Loayza-Tamayo*.

Not only would the concept of redeemable damage to the so-called “life project” give the impression that the Court is too eager to find innovative methods to punish respondent States but also, in my most respectful opinion, it is artificial and a creation that does not respond to any identifiable legal need.

totalidad de sus derechos humanos, empezando por afectar la vida y la libertad, entendiéndose ésta como la capacidad de determinar nuestro proyecto trazado y elegir de entre todas las opciones y oportunidades a los que tenemos acceso, un todo que le es arrebatado a las víctimas.

a. Reparación del daño al proyecto de vida.

Respecto del tema, Fernández Sessarego señala lo siguiente: El daño al proyecto de vida compromete “el ser mismo del hombre, al afectar la libertad de la persona y que trastoca o frustra el proyecto de vida que libremente se formula cada uno para su realización como ser humano.”¹⁰

El daño al proyecto de vida, si bien es actual al momento de su estudio en una sentencia de reparaciones, las consecuencias para la persona son una especie de afectación futura.

En ocasiones se ha determinado como daño al proyecto de vida, especialmente a partir del caso Loayza Tamayo, en el que la Corte reconoció específicamente, una serie de pérdidas indirectas, de oportunidades de desarrollo personal educativo o profesional.¹¹

Debemos tomar en cuenta que el daño al proyecto de vida, se da cuando la afectación a los derechos de una persona es trascendental, por lo que no en todos los casos tendremos una medida de reparación en ese sentido, dado que hay otros daños como el lucro cesante que antes ya fue explicado, que podrían confundirse con el que aquí tratamos.

Dicho lo anterior, nos encontramos con una interrogante de suma importan-

¹⁰ Fernández Sessarego Carlos, “*Protección a la persona*”, Daño y protección a la persona humana, cit., Argentina, editorial La Rocca., 1993, p55.

¹¹ Beristain, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación, qué reparar en los casos de violaciones a derechos humanos* 1ª edición, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad, 2009, p.16

cia, y esto es, ¿Qué clase de violación de derechos trastoca a ese grado la vida de una persona? En la práctica, no nos encontraremos con demasiadas sentencias que reparen el daño al proyecto de vida, pero más adelante nos encargaremos de analizar algunos ejemplos.

III. Sentencias reparatoras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La labor del Juzgador es de suma importancia para hacer una efectiva reparación integral del daño, que será dictada a partir de una sentencia condenatoria. Por lo cual, la importancia de su capacitación en conceptos tan relevantes como los aquí citados es innegable.

Respecto del daño al proyecto de vida, nos encontraremos con dos sentencias emblemáticas: El caso Loayza Tamayo v Perú y el caso Cantoral Benavides vs Perú.

La primera de ellas es el caso Loayza Tamayo vs Perú, que marcó un parateguas al respecto de las reparaciones, toda vez que la afectación que la víctima había sufrido dadas las violaciones de derechos humanos de las que el Estado era responsable, así como el estudio del caso concreto por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, marcó una diferencia en el sentido de las medidas de reparación.

La Corte IDH llevó a cabo un análisis a detalle las pruebas presentadas, estableciendo no sólo indemnizaciones como reparación, sino que tomó en cuenta todo el daño sufrido a raíz de una reclusión injusta, ordenando desde su liberación, hasta la reparación del daño a su proyecto de vida, por medio de la orden de reinstalación a su centro de trabajo, e incluso el ingreso al puesto laboral al que pudo haber accedido de haberse encontrado en la situación anterior a su detención, además de indemnizar a sus familiares por el desgaste monetario y psíquico del que fueron presas.

El segundo de los casos es el de Cantoral Benavides vs Perú, en el cuál se consolida la reparación del daño al proyecto de vida, toda vez que la Corte dictó en su sentencia, que el Estado debía otorgar una beca universitaria completa para la víctima, dado que al momento de su detención y desaparición se encontraba estudiando una carrera universitaria.

Si bien, al principio la víctima estaba en un estado de desánimo, posteriormente hizo efectiva la beca, logrando concluir sus estudios universitarios en derecho, para posteriormente inclinar su perfil hacia los derechos humanos.

Esta sentencia es emblemática, dado que significa un pequeño éxito en materia de reparaciones, toda vez que con ella se cumplen algunos de los objetivos de éstas, principalmente el hecho de que la víctima pudiera tener de nuevo las opciones a su alcance, ser libre para definir sus metas y encaminar de nuevo el curso de su vida.

La educación juega un papel trascendental en materia de este tipo de reparaciones, toda vez que ésta, tomada como medida reparadora del daño, traerá nuevas posibilidades para la víctima de retomar su proyecto truncado por la violación a sus derechos humanos, o como mencionamos en el párrafo que antecede, de trazarse uno nuevo.

La problemática que se presenta a este respecto va en torno al cumplimiento que de dicha medida hacen los Estados sentenciados, dado que no es una medida que apliquen con agilidad, sino que se ve ensombrecida por los trámites burocráticos, en ocasiones tardando tanto tiempo, que las víctimas ya consideran ser mayores para seguir estudiando.

Para mayor claridad de los aspectos, los cuales se deben tomar en cuenta para hacer efectiva la medida de educación en la reparación del daño al proyecto de vida, Carlos Martín Beristain presenta los siguientes criterios a considerar:

Criterios para las medidas de educación

1. Claridad
 - Lugar.
 - Tipo de estudios y centro educativo.
 - Tiempo de beca.
2. Tiempo de adjudicación
 - Atender a ciclos escolares.
 - Tiempo de reconstrucción de proyecto de vida.
3. Adecuación a nivel
 - Evaluación de nivel de estudios.
 - Actividades de apoyo o complemento.
 - Nivel de exigencias en formas de acceso.
4. Tipo de exigencias
 - Flexibilidad en exigencia de resultados.
 - Facilitar procedimientos administrativos.
5. Apoyo y asesoría
 - Elección de estudios y necesidades de apoyo.
 - Consideración de lo realista y seguimiento.
6. Inserción en programas institucionales
 - Programas accesibles y con facilidades administrativas.
 - Adecuar los programas al componente e reparación.
 - Superar los obstáculos burocráticos.¹²

¹² Beristain, Carlos Martín, *op.cit.* pp.319, 320.

IV. Conclusiones

La capacitación en derechos humanos es de suma importancia, tanto para la primera autoridad que debe brindar atención a la víctima, como para el Juez que dicta la sentencia del caso, dado que deberá incluir la reparación integral del daño con una visión de derechos humanos, dada la profunda trascendencia que éstos tienen, no solo sobre la impartición de justicia, sino en cuanto al proceso de humanización de la sociedad en general.

Es así, que la falta de conocimiento en derechos humanos, así como la protección de las personas, mediante la ley, políticas públicas, planes y programas eficaces, son parte del actual rezago y desconocimiento en conceptos actuales, pero necesarios del derecho, como, por ejemplo, el tema que aquí tocamos.

En cuanto a nuestro País, podemos decir que, en el papel, México se encuentra obligado y vinculado al cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero la realidad es que si bien, ha aplicado a su legislación conceptos como el daño al proyecto de vida sólo lo ha hecho de una manera elemental, como es el caso de la Ley de Víctimas, en lo tocante a reparaciones, en su artículo 62 fracción IV, que a la letra indica:

Artículo 62. Las medidas de rehabilitación incluyen, entre otras y según proceda, las siguientes:

IV. Programas de educación orientados a la capacitación y formación de las víctimas con el fin de garantizar su plena reintegración a la sociedad y la realización de su proyecto de vida.¹³

Es así, como podemos percatarnos de que México aún tiene puntos pendientes a cumplir en materia de reparaciones para con las víctimas, pudiendo enumerarlos de la siguiente forma:

¹³ Cfr. Ley de Víctimas. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>

- A pesar de que se cuenta con una legislación que trata de abarcar los puntos que los Tratados suscritos por México en materia de derechos humanos indican, la falta de conocimiento de la Ley por parte de las autoridades y la ciudadanía son un factor negativo.
- La elección de las autoridades y servidores públicos encargados de operar la ley de víctimas en base a circunstancias distintas a la capacidad y a la especialización en temas trascendentales como derechos humanos, género o el nuevo sistema de justicia penal hacen difícil la aplicación de ésta.
- La falta de capacitación, o por lo menos de concientización de los operadores de la Ley no hace posible una adecuada atención a las víctimas del delito, desde el primer funcionario que da atención a éstas, hasta el Juez encargado de dictar una sentencia que repare el daño, estableciendo medidas eficaces para tal fin.
- Si bien, la legislación cuenta con un fondo de reparaciones, no es del todo claro si la forma en que éste se compone es actualmente funcional, por lo que es incierto para las víctimas si el Estado será quien finalmente corra con dicho gasto, de acuerdo a sus posibilidades. El acceso a dicho fondo no parece ser un medio ágil de reparación del daño, toda vez que son los casos más emblemáticos y colectivos los candidatos más próximos a beneficiarse.
- Un punto importante a tomar en cuenta es la revictimización que actualmente es parte de la atención y apoyo a las víctimas del delito, ya sea por parte de las autoridades, la propia ciudadanía e incluso algunas medidas de reparación.

Respecto de la eficacia o necesidad de determinar el daño al proyecto de vida de una persona, considero, que, a pesar de tratarse de factores inmateriales, éstos

ameritan especial atención, toda vez que, el reparar un daño de tal magnitud, aun cuando es una ardua tarea por parte del juzgador y de quienes deben hacer cumplir tales medidas, éstas deben ser efectivas, ya que traerán a la víctima nuevas posibilidades y opciones, mediante las cuales podrá tener acceso ya sea a retomar el proyecto de vida que se había trazado, o de construir uno nuevo.

Las medidas de educación son un punto toral en la búsqueda de la reparación del daño al proyecto de vida, toda vez que brindan una nueva oportunidad de centrarse en medio de opciones al alcance de la víctima, para fijarse de nuevo un camino.

Cabe señalar que las medidas de reparación no pueden analizarse ni llevarse a cabo de una manera aislada, sino hacer mano de todas aquellas que sean de utilidad para lograr la reparación integral del daño en la mayor medida posible, es decir, de acuerdo al caso concreto, hacer uso de los cinco tipos de medidas (restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición) al momento de dictar las sentencias.

Casos concretos a nivel internacional, como es el caso Cantoral Benavides, dan una esperanza a los activistas de derechos humanos y a la sociedad en general acerca de la efectividad de las sentencias en materia de reparaciones, dado el éxito que supuso el hecho de que una víctima, si bien no recuperara el proyecto de vida que antes se había trazado y que fue coartado, pudiera finalmente encontrar de nuevo el sentido a su vida, que le fuera proporcionado un nuevo abanico de posibilidades y que tuviera la libertad nuevamente de elegir la opción que mejor se acomodara a su nuevo proyecto.

V. Fuentes de consulta

Libros

BERISTAIN, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación, qué reparar en los casos de violaciones a derechos humanos* 1ª edición, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad, 2009.

CALDERÓN GAMBOA, Jorge Francisco, *Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a derechos humanos*, primera edición, México, Editorial Porrúa, 2005.

FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos, “*Protección a la persona*”, *Daño y protección a la persona humana*, cit., Argentina, editorial La Rocca., 1993.

Revista

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Los jueces y la reparación del daño al proyecto de vida”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, Perú, 2007, volumen 1, número 1.

Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Loayza Tamayo vs Perú. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf

Caso Cantoral Benavides vs Perú. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_69_esp.pdf

Caso Gutiérrez Soler vs Colombia disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_ing.pdf

Legislación consultada

Ley de Víctimas. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>

PERCEPCIONES EN TORNO AL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Carlos Sergio Montesinos Kramsky

Sumario

I.- Introducción, II.- Rasgos del Nuevo Sistema Penal Acusatorio, III.- Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio. IV.- Ejercicio de Percepción Sobre el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio. V.- Conclusiones

I.- Introducción

Inmerso en el estado actual del país y de profunda raíz social, la expresión multidimensional de violencia desbordada es quizá la constante, el fenómeno más preeminente a partir del advenimiento de la alternancia democrática justo al iniciar el siglo XXI en México.

La urgencia del cambio político se planteó como una meta que habría –en teoría- de recomponer el tejido social, ampliar las libertades sociales y de abatir la corrupción del sistema. Todo ello había sido evidentemente expresado desde la eclosión de las crisis políticas de 1968 y 1988, y habría de tener un paliativo a través de la amplia reforma política de 1977.

La exigencia unísona de libertades políticas y democracia real, fue siempre tan importante, que -a mi entender- se dejó de lado y con fatales consecuencias, la ponde-

ración del daño en el tejido social que las crisis económicas recurrentes desde el año 1976 y la galopante impunidad de la clase política, acarrearían hasta nuestros días.

Al día de hoy, cifras tan claras como las del Instituto Nacional de Estadística y Geografía a través la séptima edición de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de la Seguridad Pública (ENVIPE) 2017¹ establecen que durante el año 2016 los daños económicos por inseguridad y el delito en hogares fue de 229.1 mil millones de pesos, lo que significa el 1.1% del PIB nacional, que se traduce en un costo per cápita de 5,647 pesos por persona afectada, y peor aún; la cifra negra que no se materializó en una averiguación previa fue a nivel nacional del 93.6% y en el año 2015 fue de 93.7%.

La encuesta presentada en 2017, estima que la causas atribuibles a la práctica de la no denuncia son relacionadas con la percepción ciudadana hacia las autoridades de justicia, al suponer que la denuncia es una pérdida de tiempo en el 33.1% de los casos y en la desconfianza hacia la autoridad con 16.5 %.

Frente a ese aumento desproporcionado y alarmante del fenómeno delin cuencial que ha sufrido el país en el presente siglo, la confrontación teórica entre el modelo mixto inquisitorio y el modelo acusatorio-garantista ya resultaba insuficiente y de poca utilidad -como lo señala Miguel Ángel Aguilar López en la obra colectiva del INACIPE “Reforma Penal 2008-2016. El sistema Penal Acusatorio en México”², y era menester conducirse entonces, hacia la construcción mejores instrumentos de gobernanza que tuvieran incidencia en la contención de un problema que a la fecha no termina ni siquiera de estabilizarse y mucho menos disminuir.

¹ Instituto Nacional de Geografía y Estadística “Encuesta nacional de victimización y percepción sobre seguridad pública 2017”, Boletín de prensa, México, núm. 417, septiembre de 2017 http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/envipe/envipe2017_09.pdf

² Aguilar López Miguel Ángel, “Evolución del principio de presunción de inocencia en el Proceso Penal Mexicano”, en El sistema penal acusatorio, coord. Gómez González, Arely (México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016) 1.

II.- Generalidades del Nuevo Sistema Penal Acusatorio

Dado que la impartición y la procuración de justicia referidas por Tomás Zerón de Lucio³ en la misma obra referida en el párrafo anterior, son alguna de las más importantes aspiraciones del Estado nacional mexicano y pilares del Estado de Derecho, los principios jurídicos de respeto a los derechos humanos, certeza legal que habrían de ser garantizados, hacia mediados del año 2008 cuando se aprobó una reforma constitucional amplia que modificó los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22.

Dichas reformas constitucionales establecen un sistema de garantías teniendo como base una serie de principios generales sobre proceso penal que pondera la observancia los derechos humanos en el marco de los principios de interdependencia, universalidad, progresividad e indivisibilidad.

Todo el proceso referido, dio luz al Nuevo Sistema Penal Acusatorio que finalmente en el año 2016 habría de implementarse a nivel nacional en su totalidad, porque habiendo una fecha límite, ésta se cumplió.

Este sistema en vez de ser adversarial, se propuso tener legitimidad a través del reconocimiento y credibilidad social a través de sus múltiples operadores jurídicos, que tuviese en la presunción de la inocencia como derecho humano, uno de los replanteamientos más importantes del proceso penal.⁴

Frente al lento e ineficaz modelo híbrido de justicia penal inquisitorio que acusaba falta de agilidad y eficiencia, con el agravante de un rezago procesal mayúsculo a costas, la expectativa o planteamiento general del cambio de paradigma con el nuevo modelo, era que éste, con un mejor andamiaje institucional imbricado a lo largo de 8 años, pudiera garantizar el acceso efectivo de los gobernados a la impartición

³ Aguirre Zamarripa, Carlos en “El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio en el estado de Guanajuato”, en El sistema penal acusatorio, coord. Gómez González, Arely (México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016), 1028.

⁴ *Ibid.*

de justicia, o por lo menos esa ha sido la idea con que se planteó de origen.

Por decirlo mediante una analogía, todo este proyecto representa una ventaja al contar con instrumentos de justicia alternativa en delitos de menor gravedad, que permitan el desazolve, la liberación del “humor social” que es sin duda una de las situaciones más apremiantes del país, porque son el insumo causal de múltiples expresiones de violencia.

Es este pues, un sistema que entre otras cosas procura la asistencia del juzgador permanentemente en todas las audiencias del proceso, que son además de carácter público, de esta forma se crean las condiciones para que el juzgador tenga una visión integral y no fragmentaria del proceso de todo el proceso.

El involucramiento mayor del juzgador implica que este ya no delega en funcionarios judiciales bajo su cargo, las responsabilidades sustanciales tal y como sucedía en el sistema penal anterior.

Una de las consideraciones más importantes de esta transformación, ha sido el que la prisión como penalidad, no soluciona el problema de la inseguridad, y si en cambio propicia a la vez un subsistema de corrupción y violencia complejo, caracterizado por la sobrepoblación el hacinamiento.

Además de ello todo, este entramado de instalaciones carcelarias en muchos casos obsoletas e disfuncionales, son de difícil intervención y administración y ello es apreciable en el llamado “autogobierno” de los centros penitenciarios como una forma de funcionamiento anómalo del sistema, además de que es sumamente costoso e ineficaz.

Desde la percepción de cualquier ciudadano informado o por lo menos consciente, la reinserción social no se cumple en el sistema penitenciario mexicano, y sí en cambio se ha convertido en una plataforma en donde se cometen las atrocidades más deleznable, verdaderas escuelas de la delincuencia; el caso del penal de Piedras

Negras en Coahuila⁵ bajo el control de un cartel, escapa a los márgenes de la ignominia, y expresa como caso paradigmático la urgencia de contar con un mejor sistema penal y de compurgación de penas.

Sobre ese punto en particular, el estudio denominado “Los centros penitenciarios en México. ¿Centros de rehabilitación o escuelas del crimen?” realizado por el Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados⁶ establece una serie de datos duros muy reveladores respecto de la magnitud de los costos económicos del sistema penitenciario federal y de los de las entidades federales.

En principio de cuentas, se destaca que nuestro país tiene el séptimo lugar en población más elevada de reos en el mundo y que el sistema federal eroga diariamente 4.6 millones de pesos, lo cual arroja una cifra de mil 679 millones de pesos anuales.

Lo anterior contrasta con los poco más de 129 millones de personas que de acuerdo a la Organización de las Naciones Unidas habitamos México⁷ y que nos ubica en el país con la décima población más grande, es decir, hay una disparidad tremenda, una desproporción abrupta entre la población y el número de reos del sistema penal en México.

En el ámbito de la competencia estatal, los 32 sistemas penitenciarios gastan diariamente 32.4 millones lo que implica 11 mil 800 millones al año. La sumatoria entre el sistema federal y los estatales arroja una cifra anual de 13 mil 505 millones.

Paradójicamente, lo anterior representa un monto similar a los 13 mil 66 millones de pesos que se necesitaron de gasto público en el año 2016 destinado al

⁵ Cedillo, Juan Alberto. “El Cereso de Piedras Negras, ”búnker” de Los Zetas”, *Proceso*, octubre de 2017.

⁶ Heraldo de México, “Suma 1,300 millones de pesos el gasto anual en prisiones”, <https://heraldodemexico.com.mx/pais/suma-13000-millones-de-pesos-gasto-anual-en-prisiones/> (consultada el 22 de noviembre de 2017)

⁷ Excelsior, “México es el décimo país más poblado del mundo: ONU”, <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/06/21/1171150> (consultada el 21 de noviembre de 2017)

mantenimiento de los 31 congresos locales y de la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México⁸.

Además, el estudio referido pone en perspectiva a otros modelos penitenciarios en el mundo, tales como el finlandés en el que las cárceles carecen de rejas y de guardias armados⁹. Esto representa por supuesto un contraste muy fuerte con la realidad Mexicana, y bien cabe señalar que no puede haber comparación posible porque son realidades culturales y socioeconómicas disímbolas, sin embargo los datos llaman mucho la atención.

Lo que es evidente es que hay una percepción social que se expresa en la alta incidencia delictiva, que señala de manera general que una crisis del sistema penitenciario y del sistema jurídico penal¹⁰.

Volviendo al tema del SJPA, en el marco de la dimensión mediática del clima de inseguridad y violencia, destaca el principio de presunción de inocencia como uno de los puntos centrales de este nuevo sistema penal, que permite a un acusado enfrentar el proceso penal en libertad, resulta ser uno de los puntos más sensibles de la crítica social hacia el nuevo sistema de justicia penal.

A manera de síntesis, hay que puntualizar que comparativamente el sistema de juicios tradicionales frente al sistema acusatorio oral marca varias diferencias importantes que se reportan junto a una serie de datos muy específicos del acontecer judicial mexicano en la publicación Estadísticas judiciales en el marco del nuevo

⁸ Heraldo de México, “Suma 1,300 millones de pesos el gasto anual en prisiones”, <https://heraldodemexico.com.mx/pais/suma-13000-millones-de-pesos-gasto-anual-en-prisiones/> (consultada el 22 de noviembre de 2017)

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2016”, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP_2016.pdf (consultada el 20 de noviembre de 2017).

sistema de justicia penal en México del Inegi¹¹:

Respecto a lo que representaban los juicios escritos y de carácter no públicos, frente a los juicios orales y las audiencias públicas, en materia de los inculpados de un delito, estos debían probar su inocencia a través de un proceso, mientras que hoy a los sindicados se les concede la presunción de la inocencia.

En el anterior sistema a todos los delitos se consignaban a juicio y hoy se procura que sólo los delitos graves sean consignados. Anteriormente la defensa de una víctima o del inculpado podía recaer en alguna persona de confianza, con independencia de si era o no abogado.

Hoy día la víctima tiene la asistencia de un asesor jurídico, y el imputado la asistencia de un defensor público, pero en las dos situaciones los representantes deben ser abogados titulados.

Antes durante el proceso tomaba parte el ministerio público y en el nuevo sistema toma parte el ministerio público y la víctima. En la anterior situación el ministerio público validada las pruebas, mientras que actualmente el ministerio público lleva a cabo la investigación, pero los jueces validan las pruebas.

Anteriormente la revisión del proceso era responsabilidad de un solo juzgado y actualmente la revisión del proceso recae en varias figuras.

Anteriormente los tiempos eran indefinidos de las etapas del proceso, en la situación actual los tiempos están definidos en cada etapa del proceso. Antes era común dar lugar a la prisión preventiva por oficio, por lo que los imputados inocentes o no pasaban el proceso en la prisión, actualmente los casos de prisión preventiva se dan solamente en los casos de los delitos que por su gravedad merezcan pena privativa de libertad.

¹¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Estadísticas judiciales en el marco del nuevo sistema de justicia penal en México”, <http://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/articulos/doc/20.pdf> (consultada el 20 de noviembre de 2017).

Respecto de la reparación del daño a las víctimas de un delito, eso sólo sucedía después de que era dictada la sentencia condenatoria, y en el actual sistema la reparación y la atención a las víctimas son un asunto capital para el proceso penal.

En el anterior sistema se carecía de soluciones alternas y de mecanismos de justicia alternativa, y en el actual sistema se implementan soluciones alternas y formas de terminación del proceso antes de entrar a la etapa del juicio oral, ponderando el arreglo y conformidad de las partes en conflicto.

III.- Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio

El proceso de implementación de SJPA es quizá el punto de partida de su percepción negativa, de ello da cuenta el documento “Hallazgos 2016: Seguimiento y evaluación de la operación del sistema de justicia penal en México”, generado por el Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC)¹² que establece que el proceso estuvo caracterizado por su improvisación y por acciones de manera aisladas, desarticuladas entre sí, que a final de cuentas no fueron efectivas al momento de ponerlo en operación.

El propósito mayúsculo de generar un cambio sistémico en la procuración y administración de justicia desde el año 2008 a la fecha es insuficiente desde el plano de las reformas constitucionales y de leyes secundarias, por delante queda el reto ineludible del mejoramiento técnico del aparato de investigación de este sistema de justicia compuesto por 33 sistemas particulares de investigación criminal.

Parte del problema de la percepción social hacia el nuevo modelo de justicia penal, es que dados los antecedentes de mala percepción del sistema anterior, la

¹² Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. “Hallazgos 2016” http://cidac.org/wpcontent/uploads/2017/06/DOCUMENTO-HALLAZGOS-2016_COMPLETO-digital.pdf

expectativa social con la que se tomó su entrada en vigor en junio de 2016 era muy alta y que tenía que –no podía ser de otra forma- establecer un estándar muy alto de impartición de justicia y a su vez ser homogéneo en todas las entidades federales y en el propio sistema federal.

La percepción negativa sobre el NSJP no es causalidad, y aunque con lógica podríamos entender la presunción de que en esta percepción median juicios de valor en función de posiciones políticas personales, lo cierto es que ejercicios sólidos de medición sobre los distintos ritmos de avance que se registraron hasta su implementación a nivel nacional, tales como el realizado por parte de la CIDAC¹³ a partir de condicionantes de consolidación, nos permiten establecer una clasificación de las entidades federativas para medir el distinto grado en el que se implementó y las razones de ello.

A grandes rasgos la medición referida determinó que Guanajuato, Chihuahua, Baja California, Querétaro y Nuevo León son los estados que tuvieron a lo largo del proceso, un mayor avance y que ello se debió a sus mejores prácticas de coordinación y simetría institucional en los sistemas de registro y gestión de la información. En el lado opuesto se encuentran en ese orden Guerrero, Querétaro, Tlaxcala, Estado de México, Jalisco y Zacatecas con un avance más lento en el proceso de implementación del NSJP.

Agrupaciones reconocidas de la sociedad civil tales como “México Unido Contra la Delincuencia”¹⁴ han expuesto que al realizarse un monitoreo en las salas de oralidad de los reclusorios norte sur y oriente, de la Ciudad de México, así como entre agosto de 2016 y enero de 2017, se identificaron errores, fallas y malas prác-

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Animal Político, “¿Justicia? Un monitoreo ciudadano exhibe las fallas del Sistema Penal Acusatorio en la CDMX”, <http://www.animalpolitico.com/2017/05/justicia-sistema-penal-fallas/> (consultada el 19 de noviembre de 2017)

ticas de los operadores jurídicos en el 94% de los casos, lo cual supone un índice verdaderamente alarmante.

Cualquier noción de preocupación que se desprenda del anterior párrafo, se agrava cuando reflexionamos en que el contexto sobre el que se ha hecho este análisis es urbano y refiere a la capital del país, en donde por lógicas razones se infiere que habría un mayor grado eficacia en los procedimientos y prácticas administrativas.

Reflexionando sobre lo anterior es importante preguntarnos: ¿esto en qué lugar supone que deja a entidades con un evidente atraso frente a la Ciudad de México? ¿Cuál será el estado real de las cosas en las salas de oralidad de las entidades más atrasadas del país?

IV.- Ejercicio de Percepción Sobre el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio

En virtud de la necesidad de contar con una percepción cercana y local sobre este nuevo sistema penal, consideré necesario diseñar una prueba sencilla, concreta y puntual bajo las siguientes características:

- El universo de la encuesta fue de 50 personas.
- El rango de las edades fue de 26 años a los 70.
- Todos los encuestados son población económicamente activa.
- Todos los encuestados tienen formación profesional.
- Los hechos sobre los que se opinó fueron en la escala nacional más allá de la escala local de Chiapas.
- Fue realizada en un rango de 14 días.
- Se optó por redondear los porcentajes para ser más ilustrativos.
- Se procuró que ninguno de los encuestados tuviera una formación profesional jurídica.

Las preguntas fueron las siguientes:

1.- *¿Cómo considera la situación general de la justicia en México?*

- a. Muy mala 60%
- b. Mala 30%
- c. Regular 10%
- d. Buena 0 %

2.- *¿Ha oído hablar del nuevo sistema de justicia penal acusatorio?*

- a. Si 90%
- b. No 10%

3.- *¿Cree que un nuevo sistema de justicia penal mejore la situación de la justicia en el país?*

- a. Si 80%
- b. No 20%

4.- *¿Ha escuchado sobre los medios de justicia alternativa?*

- a. Si 20%
- b. No 80%

5.- *¿Qué debe de privilegiar un sistema penal?*

- a. Castigar a los delincuentes 80%
- b. Procurar arreglo entre las partes en conflicto 20%

En preciso puntualizar ciertas apreciaciones sobre cada una de las preguntas, por lo que he de abordarlas en lo particular:

1.- *¿Cómo considera la situación general de la justicia en México?*

- a. Muy mala 60%
- b. Mala 30%
- c. Regular 10%
- d. Buena 0 %

Sobre la primera pregunta cabe apuntar lo siguiente:

La peor crisis de seguridad pública en los recientes 11 años a partir de que el gobierno federal del sexenio 2006-2012 asumió un combate frontal al crimen organizado, y la discusión de carácter político que se ha suscitado en el tema, han permeado de manera definitiva en la percepción de la población no solo sobre seguridad pública, sino también sobre el tema de la procuración e impartición de justicia de manera general.

Tengo claro que entre seguridad y justicia como hechos palpables no es ni siquiera necesario establecer delimitaciones conceptuales o teóricas; la percepción de la población mexicana que vive a diario distintas situaciones de riesgo o afectación directa concibe con claridad a ambos conceptos.

El hecho de que el 60% de los encuestados califiquen a la justicia como Muy Mala tiene sentido con los datos que arroja la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción Sobre Seguridad Pública 2017¹⁵ que revelan que la tasa de incidencia de delitos por cada 100 mil habitantes es de 28,788.

Particularmente respecto de Chiapas, esta entidad es reportada en esta encuesta nacional como una de las 8 entidades que aumentaron su incidencia delictiva durante el año 2016 junto con Baja California, Sonora, Campeche, Baja California Sur, Chihuahua, Puebla y Colima.

¹⁵ El Universal “¿Y qué nos dice la ENVIPE 2018 sobre los niveles de delitos y la percepción de inseguridad en México”, <http://www.eluniversal.com.mx/observatorio-nacional-ciudadano/y-que-nos-dice-la-envipe-2017-sobre-los-niveles-de-delitos-y-la> (consultado el 21 de noviembre de 2017)

Este no es un dato menor, en la convivencia diaria de los chiapanecos se advierte un deterioro paulatino de la seguridad pública sin necesidad de acudir a estudios de opinión.

Destaco que cuando las personas a las que apliqué esta pequeña encuesta respondieron la primera respuesta, su respuesta al margen de las opciones de Muy mala, Mala, Regular o buena, fue en la amplia mayoría de los casos reiterativas sobre lo muy malo o malo de la situación de la justicia en el país como si se tratara de una pregunta tan obvia que resultara innecesaria.

2.- *¿Ha oído hablar del nuevo sistema de justicia penal acusatorio?*

- a. Si 90%
- b. No 10%

Sobre la segunda pregunta cabe apuntar lo siguiente:

Se advierte que hay una penetración muy sólida del tema en la percepción de los encuestados. Aunque no fue una pregunta concreta, al margen de la pregunta en específico, la mayoría de esa casi totalidad del 90% refirió que el nuevo sistema de justicia penal acusatorio estaba presente principalmente en la televisión y en internet, particularmente en las notas periodísticas que fluyen por las redes sociales.

El elemento más identificado en esta alta percepción es el de los juicios orales, que aunque no proyecta una idea estructurada ni precisa sobre la totalidad del nuevo modelo, la sola idea de la oralidad supone para los encuestados transparencia y agilidad, menos burocracia y por tanto una posibilidad de menor corrupción.

Infiero que la alta incidencia de la identificación del nuevo modelo jurídico tiene relación directa y causal con el contexto mediático y digital de la sociedad y en particular por el origen urbano y profesional de los 50 encuestados.

3.- *¿Cree que un nuevo sistema de justicia penal mejore la situación de la justicia en el país?*

- a. Si 80%
- b. No 20%

Sobre la tercera pregunta cabe apuntar lo siguiente:

El uso de la violencia sobre la violencia también es parte del hartazgo sobre la violencia, suena reiterativo sobre manera, pero lo que quiero decir es que de alguna forma, a pesar del desgaste y desprestigio de las instituciones de impartición y de procuración de justicia, persiste todavía la idea de carácter positivista de que el derecho puede ser la solución a los males de una sociedad, es decir una solución final y definitiva.

El tema de un ideal de sistema jurídico eficiente y la expectativa de este como el estado previo a una tiranía que ponga orden en el país, es un espectro importante en la discusión política en redes sociales, por ejemplo.

A mi entender la sola idea del cambio de modelo de justicia, proyecta en la población encuestada, con las características socioeconómicas y educativas que he precisado, sin formación jurídica una idea positiva, una idea positiva a grandes rasgos.

4.- *¿Ha escuchado sobre los medios de justicia alternativa?*

- a. Si 20%
- b. No 80%

Sobre la cuarta pregunta cabe apuntar lo siguiente:

Considero que la alta tasa de la cifra negra de los delitos en nuestro país ya referida en este documento con anterioridad¹⁶ es un factor determinante en el hecho de la limitada penetración de los medios de justicia alternativa como un elemento identi-

¹⁶ Instituto Nacional de Geografía y Estadística “Encuesta nacional de victimización y percepción sobre seguridad pública 2017”, Boletín de prensa, México, núm. 417, septiembre de 2017 http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/envipe/envipe2017_09.pdf

ficable en la respuesta de los encuestados, porque al desdeñar –por las razones que sean- la invocación de los órganos de justicia, la ciudadanía no se entera de primera mano a cerca de las ventajas y propiedades de estos medios.

Lo anterior lejos de ser una problemática insalvable, creo que es principalmente un campo de oportunidad para la construcción de una nueva cultura jurídica, que encuentre en la práctica de estos medios alternativos la posibilidad de la solución a una buena parte de problemas de orden jurídico.

5.- *¿Qué debe de privilegiar un sistema penal?*

- a. Castigar a los delincuentes 80%
- b. Procurar arreglo entre las partes en conflicto 20%

Sobre la quinta pregunta cabe apuntar lo siguiente:

Sin duda que en la respuesta a esta pregunta se expresa el hondo calado de la cultura punitiva del derecho positivo, presente y manifiesto en una respuesta con amplia mayoría que se decantó por el castigo a los delincuentes como solución a la problemática de seguridad y justicia.

Además, la respuesta a esta última pregunta fue en el mismo modo tajante, como dada en automático sin reparar en mayores consideraciones, el argumento hacia esta respuesta fue casi siempre en el mismo sentido; que no se puede tener libres a los delincuentes porque volverían a delinquir, y eso comprueba la ascendencia que socialmente se guarda hacia el anterior sistema penal inquisitorio.

Resulta paradójico, que cuando se contrastan las respuestas hacia la pregunta número 3 en el sentido de que si se **Cree que un nuevo sistema de justicia penal mejore la situación de la justicia en el país** las respuestas son idénticas en proposición; 80% y 20%.

De la anterior relación entre las preguntas 3 y 5 puedo inferir que la percepción generalizada de que un nuevo sistema de justicia penal puede resolver el problema de la justicia en México se da sólo en función de sí y sólo sí ese sistema de justicia penal es punitivo, si este castiga, somete y encarcela a los delincuentes.

También en esta relación se advierte otra inferencia; que se enfatiza que la falta de credibilidad del anterior sistema penal se expresaba en la impunidad, en la falta de sentencias contundentes y encarcelamientos efectivos de los delincuentes.

V.- Conclusiones

En términos de lo pertinente que es un análisis sobre la funcionalidad o no funcionalidad del nuevo sistema de justicia penal, seguramente no hay elementos todavía consistentes para juzgar sobre un asunto que puede ser analizado con mayor objetividad y elementos en el mediano plazo.

Sucede que el hartazgo y la desesperación de la sociedad mexicana exige con justa razón resultados inmediatos ante el fenómeno delincuencia.

Una reforma de esta magnitud, requiere de un ejercicio mayúsculo no sólo de instituciones y operadores jurídicos que actúen de manera más o menos sincronizada u homogenizada. Un replanteamiento de este tipo requiere ineludiblemente de nuevas y mejores prácticas sociales que acerquen a la ciudadanía a las instituciones de justicia y abatan la cifra negra del problema de seguridad y justicia en nuestro país.

Sin embargo, la credibilidad necesaria para que esto suceda, no puede darse si no desde la operación eficiente de los órganos de justicia.

En medio de la mayor crisis de seguridad y justicia que haya vivido el país en su historia, es consecuencia natural encontrar una sociedad escéptica, incrédula y renuente a priori frente a un proyecto tan ambicioso en el buen sentido del término.

La incredulidad hacia este nuevo sistema no exclusiva de la ciudadanía, recientemente varios gobernadores y el Comisionado Nacional de Seguridad expresaron opiniones públicas en el sentido de la necesidad de ampliar el catálogo de delitos que serían acreedores a prisión automática.

Al respecto, expertos académicos y operadores jurídicos involucrados en el tema convocados por el sitio electrónico Animal Político¹⁷ han señalado que la entre los factores que más inconformidad causan están:

A falta de la Unidad de Seguimiento de Medidas Cautelares en varias entidades federativas, o el mal funcionamiento de las que sí están instituidas y que habrá de estudiar el perfil de riesgo de los inculpados para que los jueces tengan elementos para determinar una medida cautelar como la prisión, el arraigo, o un embargo, por ejemplo.

También se acusa la falta de contratación de personal especializado que sean óptimos para este nuevo sistema, de acuerdo a la opinión de Héctor Díaz, exdirector de Coordinación Institucional de Secretaría Técnica de Implementación de la Reforma Penal¹⁸.

Varias son las cuestiones que a poco tiempo de haberse implementado el nuevo sistema, quedan aún en el aire, que están pendientes de resolverse.

A mi parecer, la percepción sobre la justicia y la seguridad en México no escapa de los juicios de valores con talante político, es decir; el rechazo y el hartazgo político de la sociedad juzga por igual o más o menos con esos mismos elementos al rubro de la seguridad y la justicia. Las razones y causas del auge delictivo en nuestro país pueden tener relación con la problemática política, pero en realidad trascienden

¹⁷ Animal Político, “Seis carencias que tiene el nuevo sistema penal acusatorio, según expertos”, <http://www.animalpolitico.com/2017/07/clave-nuevo-sistema-penal/> (consultado el 21 de noviembre de 2017).

¹⁸ *Ibid.*

mucho más allá de ello, subyacen en motivaciones económicas, educativas y circunstanciales.

Los procesos de descomposición social que se producen cuando sistemáticamente coinciden crisis económicas, desempleo y encarecimiento de la vida económica derivan ineludiblemente en pautas de conducta que amplían paulatinamente su margen hasta convertirse en conductas delictivas.

A esas conductas sociales que la sociedad en distintas épocas y distintos grupos cometen, se les alimenta y se les incentiva con la impunidad en el campo de la clase política y ahí es justamente en donde el hartazgo social identifica en la impunidad política a una facultad social de quebrantar las leyes dejando de lado el ideal del bien común y adoptando prácticas lascivas que lejos de ser un contrapeso o una respuesta socialmente positiva respecto de la corrupción política, se convierte en otro espacio de ilegalidad sistematizada y constante.

Finalmente cabe reflexionar sobre los alcances reales de esta reforma mayúscula que ha dado origen el nuevo modelo de justicia penal ¿hasta dónde es realizable un ejercicio de tal magnitud, si las instituciones y la cultura de prácticas y valores jurídicos de una sociedad y de las instituciones a las que opone su crítica instituciones son los mismos.

Todo el proceso desde el año 2008 a la fecha habrá requerido la intervención de protocolos, reformas legales, capacitaciones, adecuaciones, sincronización y homogenización de preceptos en todo un sistema nacional que es finalmente un ente abstracto.

Lo que no es un ente abstracto inerte, es el cúmulo de valores y de prácticas que la propia sociedad ejercita y tiene como ciertas y válidas, es decir la cultura de la legalidad o para ser precisos a una cultura de la ilegalidad de todo un país y que puede dar al traste a una reforma legal tan profunda que puede transformar a priori a las instituciones, pero necesariamente a la mentalidad social.

ACERCAMIENTO A UNA JUSTICIA RESTAURATIVA ELECTORAL EN
EL CONTEXTO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS DE CHIAPAS

Manuel Gustavo Ocampo Muñoa

Resumen

En este texto se demuestra que la interculturalidad y la Justicia Restaurativa son discursos que pueden incluirse en una metodología que permita obtener la mejor solución posible en conflictos político electorales relacionados con la legitimidad de la autoridad municipal en el contexto de los pueblos originarios de Chiapas. Para lograr un acercamiento a la Justicia Restaurativa Electoral se hace una descripción de su contenido y como puede trasladarse a la materia electoral. Se establece además, el papel del enfoque intercultural del derecho en la justicia restaurativa y la legitimidad material de la autoridad municipal en los pueblos originarios de Chiapas, en la contextualización de las resoluciones judiciales en materia electoral. Se toma como referencia la sentencia emitida en el expediente SUP-JDC 1654/2016 promovido por la ciudadana Rosa Pérez para justificar la necesidad de incluir a la Justicia restaurativa en el sistema de justicia electoral con la finalidad de generar soluciones alternas a los conflictos.

Abstract

This text demonstrates that interculturality and Restorative Justice are discourses that can be included in a methodology that allows obtaining the best possible solu-

tion in electoral political conflicts related to the legitimacy of the municipal authority in the context of the original peoples of Chiapas. In order to achieve an approach to the Electoral Restorative Justice, a description of its content is made and how it can be transferred to the electoral matter. It also establishes the role of the intercultural approach of law in restorative justice and the material legitimacy of the municipal authority in the indigenous peoples of Chiapas, in the contextualization of judicial resolutions in electoral matters. The ruling issued in the SUP-JDC 1654/2016 file promoted by citizen Rosa Pérez is taken as a reference to justify the need to include restorative justice in the electoral justice system in order to generate alternative solutions to conflicts.

Sumario

I.- Introducción; II.- Marco Teórico; III.- Planteamiento del Problema; IV.- Principios y valores de la Justicia Restaurativa y su relación con los componentes básicos de la interculturalidad; V.- Justicia restaurativa y legitimidad de la autoridad municipal en los pueblos originarios de Chiapas; VI.- Inclusión de la Justicia Restaurativa en los Juicios para la protección de los derechos político electorales del ciudadano (apuntes a la sentencia del SUP-JDC 1654/2016); VII.- Conclusiones, y; VIII.- Fuentes.

I. Introducción

En este ensayo se pretende demostrar que la interculturalidad y la Justicia Restaurativa pueden ser parte de un mismo discurso y de manera conjunta construir una metodología que en materia electoral en los pueblos originarios de Chiapas permita obtener la mejor solución posible en los conflictos relacionados con la legitimidad de la autoridad municipal.

Con fines meramente didácticos, se divide en ocho apartados; el primero de ellos corresponde a esta introducción, los restantes al desarrollo de las ideas, conclusiones y fuentes de información.

En el Marco Teórico se establecen las ideas y conceptos que de manera general guían este trabajo, relacionadas con la conceptualización de la Justicia restaurativa y su traslado a la materia electoral.

En el Planteamiento del Problema, se describe la crisis del Sistema Electoral Mexicano y se establece el papel del enfoque intercultural del derecho y el de la justicia restaurativa en el contexto de los pueblos originarios para el diseño de una metodología integral que resuelva conflictos jurídico electorales relacionados con la legitimidad de la autoridad Municipal.

En los principios y valores de la Justicia Restaurativa y su relación con los componentes básicos de la interculturalidad, se establece la relación entre los componentes de la interculturalidad y los principios y valores de la justicia restaurativa con miras a su inserción en el sistema de justicia electoral.

En Justicia restaurativa y legitimidad de la autoridad municipal en los pueblos originarios de Chiapas, se analiza la trascendencia de la legitimidad material de la autoridad municipal para los pueblos originarios de Chiapas, subrayando la necesaria contextualización de las resoluciones judiciales en materia electoral.

En la inclusión de la Justicia Restaurativa en los Juicios para la protección de los derechos político electorales del ciudadano (apuntes a la sentencia del SUP-JDC 1654/2016) se analiza la sentencia de dicho Juicio y se toma como referente para justificar la necesidad de incluir a la Justicia restaurativa en el sistema de justicia electoral con la finalidad de generar las mejores alternativas de solución posible a las problemáticas de la materia, que en el caso Chenalho al parecer no se eligieron.

En las Conclusiones se expresan las reflexiones finales, y en las Fuentes se hace un listado de los recursos que se emplearon en la construcción de esta obra.

II. Marco teórico

Determinar el contenido de la Justicia Restaurativa es bastante aventurado, dado que se le identifica como movimiento ideológico, filosofía o enfoque, de igual forma como programa de trabajo, metodología, proceso o política pública, y se utilizan, tal como lo apunta Miers,¹ diferentes términos para describirla, entre otros, los de justicia comunitaria, hacer reparaciones, justicia positiva, justicia relacional, justicia reparadora, y justicia restauradora, por lo que tratando de aproximarnos a su definición, se hace una breve exposición de estado del arte.

Aparece por primera vez, con carácter filosófico jurídico como un enfoque en los trabajos de los Primeros Congresos de la Organización de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal que se comenzaron a convocar a partir del 22 de agosto de 1955². La expresión justicia restaurativa o restauradora fue precisamente la que los expertos consideraron más conveniente para denominar a esta perspectiva que busca responder al delito de una manera constructiva, a partir de la necesidad de reconocer aspectos hasta antes no incluidos, como la importancia de los derechos de las víctimas, la búsqueda de una solución basada en la reparación del daño y no en la venganza, sino en las necesidades de las partes y la construcción un estado de paz, así se plantea en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest en 1993.

¹ Miers, D., “Una revisión internacional de justicia restaurativa”, *Serie de investigación sobre reducción de crímenes*, Londres, documento 10, 2001, p 81.

² AMIJ, Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia A.C, “Constitución y justicia restaurativa”, *Documento de trabajo mesa IV. Décima asamblea general ordinaria*, Querétaro, México, AMIJ, 2016, <http://www.amij.org.mx/XI%20AGO/Constituci%C3%B3n%20y%20Justicia%20Restaurativa.pdf>

Para Howard,³ se ha convertido en un enfoque que toma en consideración necesidades y roles tanto de la víctima como del ofensor, pero también se le debe considerar un proceso que involucra en la medida de lo posible a todos aquellos que tengan interés en una ofensa particular, en identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de la ofensa, esto con la intención de sanar y enmendar los daños de la mejor forma posible. Por su parte Brathwaite,⁴ la considera un proceso caracterizado por la oportunidad que tienen todos los involucrados en un acto injusto de conversar para analizarlo y determinar cómo se ven afectados y decidir cómo reparar el daño; enfatiza que la justicia debe sanar porque el delito duele; en cuanto a su forma de presentarse en los sistemas jurídicos, menciona que en Europa y América del Norte lo hace como mediación víctima-delincuente; pero que son el movimiento inspirado por Nueva Zelanda y las innovaciones de los círculos canadienses, los que han ampliado el círculo para incluir a los defensores del delincuente, los partidarios de la víctima y otras partes interesadas de la comunidad, lo que ha generado mejores resultados.

En el ámbito internacional la Declaración de Costa Rica sobre Justicia Restaurativa al referirse al tema pone especial énfasis en la reparación del daño causado por una conducta delictiva, superando así la lógica del castigo, o la justicia basada en el dolor, proponiendo que las partes lleguen a una solución dependiendo de la gravedad del delito⁵, lo que trae como consecuencia que la Organización de las Naciones Unidas, hoy día, vea en la justicia restaurativa una metodología⁶ cuyo objetivo es

³ Zehr, Howard, *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, USA, Good Books, Intercourse, 2007, pp 18 – 21

⁴ Brathwaite, John, “Restorative Justice and De-Professionalization”, *The Good Society*, USA, Volumen 13, número 1, 2004, pp. 28-31

⁵ Pérez Saucedo, Benito y Zaragoza Huerta, José: 2011, 639 - 654

⁶ Oficina de las naciones unidas contra la droga y el delito, “Manual sobre programas de justicia res-

solucionar problemas que además de involucrar a la víctima y al ofensor incluyen otros elementos como las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad; desde esa perspectiva avala programas de justicia restaurativa basados en el principio fundamental de que el comportamiento delictivo no solamente viola la ley, sino también hiere a las víctimas y a la comunidad.

Con lo expuesto, para los efectos de este ensayo se entiende a la Justicia restaurativa como un enfoque filosófico que permite desarrollar una metodología cuyos procesos pueden adaptarse a varios contextos culturales y a las necesidades de comunidades diferentes, para solucionar problemas que involucren a la víctima, al ofensor y a la comunidad misma.

Es de considerarse además que si bien es cierto dicho enfoque, en nuestro país, forma parte del discurso de la Reforma en materia de seguridad pública y justicia del 2008, no debe ser considerado exclusivo del ámbito penal y por tanto es posible su traslado a la impartición de la Justicia Electoral, cuya relevancia es inquestionable, pues dentro de sus propósitos se encuentran la garantía de que todos los procedimientos y resoluciones relacionadas con el proceso electoral se ajusten a lo previsto en el derecho, así como proteger o restaurar el goce de los derechos electorales a toda persona que considera que algunos de sus derechos electorales le ha sido violado para presentar una impugnación, ser oída y que tal impugnación sea resuelta.⁷

taurativa”, *Serie de manuales sobre justicia penal naciones unidas*, Austria 2006, pp

⁷ Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia Electoral: El manual de IDEA internacional*, Estocolmo, Suecia, IDEA, 2013 pp. 9-10

III. Planteamiento del problema

El Sistema Electoral Mexicano se integra por el Instituto Nacional Electoral, autoridad administrativa⁸, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, autoridad jurisdiccional⁹ y la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos Electorales, organismo especializado de la Procuraduría General de la República, encargado de investigar los delitos electorales a nivel federal. Las referidas instituciones participan en el único proceso de legitimación del poder en México que es el denominado proceso electoral reconocido por la constitución y definido por la Ley General de Instituciones y Procesos Electorales.¹⁰

Inmersa en ese sistema se encuentra la Justicia Electoral, que a decir del propio Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, dados los procesos que la componen, forma otro sistema que se considera como el instrumento clave del Estado de derecho y la garantía final del cumplimiento del principio democrático de celebración de elecciones libres, justas y auténticas. El sistema de Justicia Electoral está obligado no solamente a resolver los conflictos que se le planteen en la materia de su competencia, sino que sus resoluciones deben contener alternativas de solución reales, es decir contextualizadas con la problemática planteada, integrales y no de carácter momentáneo, es debido a esta exigencia debe implementar políticas públicas que respondan a esas necesidades. Actualmente y en seguimiento a lo que se ha denominado gobierno abierto, el Tribunal Electoral diseña un modelo de Justicia Abierta con la intención de perfeccionar la Administración de Justicia orientándola

⁸ Artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

⁹ Artículo 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

¹⁰ Artículo 207.- "...proceso electoral es el conjunto de actos ordenados por la Constitución y la Ley, realizados por las autoridades electorales, los partidos políticos, así como los ciudadanos, que tiene por objeto la renovación periódica de los integrantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo tanto federal como de las entidades federativas, los integrantes de los ayuntamientos en los estados de la República y los Jefes Delegacionales en la Ciudad de México".

como un servicio público, actual, ágil, eficaz y confiable, que garantice el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, y que cumpla con las expectativas actuales de la ciudadanía, es decir se busca su modernización.

En ese tenor, el enfoque restaurativo y la interculturalidad pueden generar la metodología que marque el rumbo, en contextos de diversidad cultural, a esa política pública, logrando que la ciudadanía retome la confianza en las autoridades que imparten justicia electoral, al emitir resoluciones apegadas a la realidad de cada pueblo o comunidad, como resultado de un diálogo intercultural en donde prevalece el respeto a las diferencias, se toma en consideración necesidades y roles de todos los involucrados con la finalidad de sanar y enmendar los daños que pudieran surgir de la mejor forma posible.

En consideración anterior aparecen algunas preguntas respecto a la relación que debe guardar la Justicia Electoral y los pueblos originarios: ¿Qué rol desempeña en la Justicia Electoral el respeto a las diferencias?; ¿De qué manera se pueden desarrollar los principios de justicia electoral en escenarios interculturales?; ¿La Justicia Electoral reconoce los sistemas normativos internos de los pueblos originarios?; ¿Es posible en los pueblos originarios cumplir con los principios y valores de la Justicia Electoral?; ¿En las resoluciones de la autoridad judicial electoral existe una correlación entre reparación del daño, paz social y diversidad cultural?

En síntesis, el objetivo central de este trabajo es en consecuencia demostrar que la interculturalidad y la Justicia Restaurativa son discursos que de manera conjunta pueden en materia electoral construir una metodología que genere la mejor solución a los conflictos relacionados con la legitimidad de la autoridad municipal en los pueblos originarios, esto con la finalidad de evitar una escalada de violencia, diseñar mejores políticas públicas en materia electoral y reflexionar acerca de los alcances del derecho de autodeterminación en esos pueblos.

IV. Principios y valores de la justicia restaurativa y su relación con los componentes básicos de la interculturalidad

La interculturalidad entendida como el derecho a vivir en un entorno de riqueza cultural, de conocimiento recíproco y respeto mutuo entre personas y grupos de distintos orígenes, lenguas, religiones y culturas,¹¹ encuentra en la Justicia Restaurativa una metodología cuyos procesos buscan la mejor solución en caso de conflicto, lo que en escenarios multiculturales y en una materia tan dinámica como la electoral ha sido una necesidad; sin embargo, el traslado de los contenidos de la Justicia Restauradora a la materia electoral debe iniciar por el encuadre de los principios y valores que de acuerdo al consenso internacional se consideran característicos de este enfoque pero que se han diseñado para la materia penal, hasta desarrollar procesos y programas que acerquen a la mejor alternativa de solución.

Buenrostro,¹² considera dentro de los primeros a la voluntariedad, la confidencialidad, la imparcialidad, la cooperación, la creatividad, la honestidad, la equidad, la subrogación, la complementariedad, el arrepentimiento, el responsabilidad, la satisfacción de necesidades y la reintegración; y como parte de los segundos identifica el respeto a la dignidad e igualdad de las personas, el entendimiento y la armonía social, el involucrar a la víctima, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad, el reconocimiento de que los infractores dañan a las víctimas, a las comunidades y a ellos mismos, la atención a las víctimas, los ofensores y la sociedad en general, tras el daño causado con motivo del delito, la reflexión sobre el papel

¹¹ Dietz, Gunther y Mateos Cortés, Laura Selene, *Educación Intercultural en México, un análisis de los discursos nacionales e internacionales en su impacto en los modelos educativos mexicanos*, 1a ed., Ciudad de México, Coordinación de educación intercultural y bilingüe de la Secretaría de Educación Pública, 2011, pp 57 - 60

¹² Buenrostro Báez, Rosalía, et al., *Justicia alternativa y el sistema acusatorio*, México, SEGOB, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2008, pp 146 - 168

que debe desempeñar tanto el gobierno como la comunidad, el proceso encuentro, reparación, reintegración y participación.

Ahora bien, para efectos de este trabajo se hará únicamente referencia a tres componentes básicos de la interculturalidad, el dialogo intercultural, el respeto a la diferencia cultural y lingüística y el proceso enseñanza aprendizaje de jueces y ciudadanía de los saberes diversos de los pueblos originarios; mismos que a continuación de manera breve se exponen y se vinculan con los principios y valores de la justicia restaurativa, antes descritos.

El primero de esos componentes es el diálogo intercultural, que de acuerdo a Casillas¹³ remite a la posibilidad de promover un proceso de interlocución y aprendizaje en reciprocidad que favorece las condiciones para la integración de saberes derivados de culturas diversas, las cuales se enriquecen unas a otras al permitir la incorporación de elementos culturales diversos, bajo esta lógica de intercambio los principios básicos de la Justicia Restaurativa pueden enriquecerse y desarrollarse en la comunidad. Poner en práctica el dialogo intercultural requiere tener conciencia de la propia cultura en todas sus dimensiones con sus virtudes y defectos, para aceptar el modo de ser de otra¹⁴, los Tribunales Electorales están obligados a establecer un diálogo con todos los involucrados en el fenómeno jurídico electoral en el caso concreto con los pueblos y comunidades originarios, con la finalidad de cambiar la percepción que estos colectivos tengan de la autoridades jurisdiccionales.

Otro componente es el respeto a la diferencia cultural y lingüística, que ha sido una demanda generalizada de los pueblos indios de Latinoamérica, quienes han recibido y continúan recibiendo un trato injusto e inhumano, pese a que las consti-

¹³ Casillas Muñoz, María de Lourdes y Santini Villar, Laura, *Universidad Intercultural Modelo Educativo*, México, Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, SEP, 2010 p 25

¹⁴ CGEIB, Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, SEP *Reflexiones de Raúl Fonet-Betancourt Sobre el Concepto de Interculturalidad*, México, CGEIB SEP, 2007, pp 13 - 25.

tuciones políticas modernas insistan en promover el respeto a sus derechos.¹⁵

Es ahora algo aceptado, al menos desde el plano filosófico, que en una sociedad existan y coexistan dos o más sistemas normativos, es decir que se reconozca el derecho de los pueblos a contar con su propia cultura, su propio esquema de valores, y lengua. Lo anterior se visibiliza en parte en lo tocante a la garantía procesal de ser escuchado por un Tribunal Judicial usando su propia lengua materna, previéndose además que en el caso de que la lengua oficial no sea la natural, pueda el individuo ser asistido por un intérprete calificado.

Por último, se considera elemento fundamental de la interculturalidad el proceso enseñanza aprendizaje de jueces y ciudadanía de los saberes diversos de los pueblos originarios, entendidos estos desde la visión de Ávila¹⁶ como el conjunto de conocimientos prácticos, experimentales y reflexivos que forman parte del patrimonio cultural de los pueblos y se transmiten por generaciones, mediante un mecanismo de pedagogía comunitaria. En este sentido los saberes diversos de los pueblos originarios se integran con al conocimiento profundo del espacio territorial: la comunidad, el patio, la cocina, la milpa, la cueva; a una práctica cotidiana de saberes (el cultivo, la preparación de alimentos, el corte de leña, etcétera) y a una tradición fundamentalmente oral. Este aspecto permite desarrollar programas de Justicia restaurativa apegados a la realidad de los pueblos originarios.

La Justicia Restaurativa con el auxilio de los componentes de la interculturalidad puede lograr mejorar la comunicación con las y los ciudadanos en el contexto de los pueblos originarios en busca de mejores soluciones a los conflictos políticos

¹⁵ Bastiani Gómez, José, 2007, "Fronteras lingüísticas: una aproximación al estudio de las lenguas indígenas" en Vila Toni (comp.). *Lengua, interculturalidad e identidad*, Girona, España, Documenta Universitaria, Universidad de Girona, pp 153 - 165

¹⁶ Ávila, León, "La agroecología en resistencia: Poder, autonomía y diálogo en la formación de promotores comunitarios en el noreste de Chiapas", *Argumentos*, México, número 41, abril 2002, pp. 59 -90.

electorales que puedan generarse debido a temas relacionados con la legitimidad de la autoridad municipal.

V. Justicia restaurativa y legitimidad de la autoridad municipal en los pueblos originarios de Chiapas

Para justificar que al integrar los componentes básicos de la interculturalidad con los principios y valores de la Justicia restaurativa en una metodología, es probable encontrar la mejor alternativa de solución al conflicto relativo a la legitimidad de la autoridad municipal en el contexto de los pueblos originarios de Chiapas, es necesario establecer en primer lugar el significado de ese término.

Para efectos de este trabajo, se toma el vocablo legitimar, en el sentido que le da el diccionario de la Real Academia Española¹⁷ es decir convertir en legítimo algo, desde luego sin perder de vista que en sentido amplio implica reconocimiento derivado del sentir expresado por una comunidad donde se delimita si determinada conducta es correcta; por lo que puede interpretarse como hecho de que en el seno de la sociedad, una autoridad adquiera y ejerza el poder de modo adecuado.¹⁸

Ahora bien, Weber¹⁹ utiliza el término para referirse al poder político obtenido por medio de la dominación, es decir empleando la capacidad de ciertos individuos y grupos de suscitar la obediencia más o menos voluntaria de otras partes de la sociedad. El referido politólogo, sostenía que en el caso de los regímenes democráticos la dominación provenía de los representantes legitimados en las urnas y la obe-

¹⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española*, España, RAE.es, 2014

¹⁸ Sabadell, Ana Lucía, *Manual de Sociología Jurídica introducción a una lectura externa del derecho*, Paraguay, Revista de los Tribunales de Sao Paulo, traducción de Martínez Arnoldo y Villalba Gabriela, 2003, unidad V.

¹⁹ Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014 pp 170 - 173

diencia se limitaba a los mandatos ejecutivos y legislativos de éstos. Lo fundamental para mantener el poder legitimado era y es que los dominados estén convencidos de su obediencia.

En lo Jurídico, por ejemplo, el término legitimación se emplea para referirse a la norma considerada justa y necesaria, es decir la norma jurídica que legitima el poder; por lo tanto el sistema jurídico debe estar integrado por normas que se vinculen a la idea de lo justo para que así las leyes sean respetadas por todos, lo que se traduce en que las autoridades del Estado no ejercerán el poder arbitrariamente, sino que este se restringen al aplicarse las reglas previamente establecidas.

La legitimidad se considera una característica de la norma jurídica y se puede dividir de manera didáctica en formal y material; la primera hace referencia a la necesidad de que la norma jurídica sea creada y sancionada bajo los lineamientos legales y parámetros establecidos dentro del ordenamiento jurídico vigente que rige al país en donde entrará en vigor para que pueda tener validez y poder ser aplicada y la segunda alude de manera específica al contenido de la norma jurídica. En materia Electoral, la legitimación se estudia en relación con los individuos que son electos y electas como representantes populares y el proceso que los lleva al cargo, es decir puede entenderse como la aceptación mayoritaria de quienes detentan el poder, y depende de la percepción que cada ciudadano tenga de sus representantes, por lo que puede afirmarse que la legitimidad, al asociarse con la aceptación de la ciudadanía, facilita la gobernanza²⁰.

En opinión de Valdés²¹ la legitimidad política y jurídica, en los Estados democráticos, surge de un proceso para acceder al poder mismo que se encuentra in-

²⁰ TEPJF, Manual de Derecho Electoral, Ciudad de México, TEPJF, 2016, p 12 <http://portales.te.gob.mx/ccje/sites/default/files/Manual-Derecho-Electoral.pdf>

²¹ Valdés Zurita, Leonardo, "Sistemas electorales y de partidos", *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, número 7, INE, Instituto Nacional Electoral, marzo 2016, pp 13 - 15

serto en un sistema denominado electoral, estos sistemas se componen de reglas y procedimientos destinados a regular aspectos y etapas de los procesos de votación tales como: ¿quiénes pueden votar?, ¿quiénes pueden ser votados?, ¿de cuántos votos dispone cada elector?, ¿cómo pueden y deben desarrollarse las campañas de propaganda y difusión?, ¿cuántos representantes se eligen en cada demarcación electoral?, entre otros.

En resumen, la legitimación de la autoridad se relaciona con el ejercicio del poder político y este requiere del consentimiento social para todo aquello que se realiza, lo que implica que aquellos quienes detentan el poder deban pensar con anticipación cual será el método para sentirse legitimados en lo que hacen, pues estar legitimado equivale a estar certificado en la toma de decisiones, luego entonces si la forma de obtener el poder es percibida como legítima, quién lo ostente será obedecido por la mayoría, de lo contrario solo podrá lograr la obediencia de unos cuantos. Entrelazando los principios de la Justicia restaurativa y los componentes de la interculturalidad, bien puede encontrarse un punto medio entre los intereses de los que detentan el poder en una comunidad y la comunidad misma.

VI. Inclusión de la justicia restaurativa en la protección de los derechos político electorales del ciudadano (apuntes a la Sentencia del SUP-JDC 1654/2016)

Es el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación²² el órgano especializado competente para proteger los derechos político-electorales de los ciudadanos; sin embargo en escenarios de diversidad cultural²³ al resolver los conflictos debe tomar en

²² TEPJF, ¿Qué es el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación? México, TEPJF, 2014, p 14

²³ TEPJF, *Guía de actuación para juzgadores en materia de Derecho Electoral Indígena*, México, Tribunal

consideración algunos principios que nacen del ejercicio jurisdiccional, y son reconocidos a nivel internacional como derecho colectivo de los pueblos y comunidades indígenas en materia política. Lo anterior debe entenderse en el sentido de que la Justicia Electoral reconoce la posibilidad de que la aceptación de sus resoluciones judiciales en pueblos originarios requieren no solamente de las formalidades que establecen los ordenamientos jurídicos sino además de otros componentes como el diálogo, la interacción, la inclusión y el respeto de las diferencias culturales, para alcanzar la legitimidad material. Los componentes interculturales, rompen con el esquema tradicional occidental de la construcción del derecho, al aceptar la existencia del pluralismo jurídico y por lo tanto la posibilidad de diseñar las normas jurídicas fundamentales atendiendo al contexto cultural y político de todas las comunidades, pueblos, grupos, sectores, naciones que puedan existir dentro de un Estado, Federación o Confederación.

Visto lo anterior se puede afirmar que del cumplimiento forzoso de una resolución judicial electoral solamente se genera legitimación formal, por lo que resulta muy poco probable que el colectivo la acepte y en escenarios de diversidad cultural en los que cada pueblo cuenta con su propia forma de validar y elegir a sus representantes, se requiere también la material; lo que significa un reto para el sistema de justicia electoral. Es entonces fundamental conocer el contexto social, político y jurídico de cada pueblo originario.

Para justificar los beneficios que en la Justicia Electoral puede generar el utilizar una metodología restaurativa en escenarios multiculturales, a continuación se hace una breve relación de la sentencia del caso Chenalhó, para establecer si esa resolución judicial electoral que ordena restituir derechos políticos resolvió en realidad el conflicto y de no ser así sugerir desde este nuevo enfoque de justicia una alternativa.

Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015, p 66

De la historia narrada por la propia ciudadana Rosa Pérez Pérez en su escrito inicial referido en los considerandos del expediente SUP-JDC 1654/2016, resulta que en el año 2015 fue electa para encabezar la planilla municipal del Partido Verde Ecologista de México, y registrada ante el Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana de Chiapas como su candidata. Realizadas las elecciones constitucionales el 19 de julio de 2015, de acuerdo con la información del sitio oficial del Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana (IEPC) de Chiapas²⁴ obtuvo el triunfo con 6959 votos frente a 6159 de su rival el PRI. Después de celebradas las elecciones los militantes del PRI detectaron irregularidades y presentaron recurso de impugnación, argumentando que un funcionario del IEPC, aceptó que fue sobornado por Rosa Pérez, presidenta electa del PVEM para realizar actos fraudulentos para beneficiarla el día de la elección; por lo anterior, priistas encabezados por Santos Gómez Velasco, ex candidato a la alcaldía, acudieron ante el Tribunal Electoral para presentar la formal denuncia e impugnar las elecciones, acompañando evidencias, entre las que destacan la compra de votos, obsequio de plásticos, playeras y despensas entregados días previos y en pleno proceso de la elección. La Sala Regional Xalapa del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación con fecha 22 de septiembre del 2015 al resolver el JDC-848/2015 confirmó la constancia de mayoría y validez otorgada a la fórmula postulada por el PVEM, encabezada por Rosa Pérez Pérez y accede al cargo de Presidenta el 1 de octubre de 2015.

El 25 de mayo de 2016, mientras se encontraban en una reunión de trabajo en la ciudad de San Cristóbal de las Casas Chiapas, el Presidente del Congreso del Estado y a un diputado local (ambos afiliados al Partido Verde ecologista), fueron sustraídos por un grupo de habitantes de Chenalhó y trasladados a la cabecera municipal, en

²⁴ Para más información del proceso electoral local ordinario 2014 – 2015 puede consultar <http://www.iepc-chiapas.org.mx/archivos/resultados>

donde se instaló una asamblea pública en la que exigían la destitución de la alcaldesa Rosa Pérez Pérez, expresando que ya lo habían solicitado en diversas ocasiones, bajo el argumento de que se trata de una decisión de todas las comunidades que integran el municipio y que si el Congreso Local no hacía nada al respecto, los quemarían vivos en la plaza pública. Bajo estas circunstancias, mediante el decreto 216 emitido por el Pleno de la Sexagésima Sexta Legislatura del Honorable Congreso del Estado Libre y Soberano de Chiapas, ese mismo día, se calificó y aprobó la renuncia de Rosa Pérez al cargo de presidenta y se designó a Miguel Sántiz Álvarez para ocuparla.

El 6 de junio de ese año la Alcaldesa promovió juicio para la Protección de sus Derechos Político Electorales, aduciendo como agravio que dicho decreto, afecta su derecho político electoral de ser votada en su vertiente de ocupar y ejercer el cargo para el que fue electa, porque se origina de un procedimiento viciado, pues la sustitución tiene como antecedente una supuesta renuncia que carece de toda validez, al haber sido suscrita bajo coacción, a cambio de salvar la vida del Presidente de la Mesa Directiva del Congreso del Estado, Diputado Oscar Eduardo Ramírez Aguilar y del Diputado Carlos Arturo Penagos Vargas. Aunado a lo anterior, alegaba que el Congreso del Estado omitió agotar las etapas establecidas tanto en la Constitución Política del Estado de Chiapas, como de la Ley Orgánica Municipal y Reglamento Interior del Congreso, dado que la renuncia no se hizo del conocimiento de la autoridad municipal, para que efectuara la calificación de la causa que la originaba, como lo exige el artículo 22 de la Ley Orgánica Municipal; no existió convocatoria para la realización de alguna sesión extraordinaria en la que se analizara la supuesta renuncia, la cual tuvo que haber emitido con veinticuatro horas de anticipación; tampoco se turnó a la Comisión respectiva, a efecto de que emitiera dictamen correspondiente; en consecuencia, tampoco hubo alguna discusión o aprobación del Decreto en una sesión de Pleno en la que se hubiera valorado la aludida renuncia.

El 17 de agosto de 2016 la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resuelve ordenando la reincorporación de la ciudadana Rosa Pérez al cargo de Presidenta Municipal, en atención a que acredita haber sido víctima de violencia política de género. En su resolución la Sala Superior considera fundados los argumentos de la actora quien fue enfática en visibilizar que había sido objeto de violencia política por razón de género; después de citar diversos instrumentos internacionales que garantizan el principio de igualdad entre la mujer y el hombre, así como el derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia, insiste que la renuncia que firmó fue obtenida a través de violencia física, psicológica e institucional, sin su consentimiento y voluntad, como medio para liberar a los Diputados que se encontraban retenidos en Chenalhó, Chiapas.

Cabe señalar que el Ministro González Oropeza mediante voto concurrente manifestó, en la referida sentencia, entre otras cosas que si bien es cierto se acredita la violencia política de género era competencia de una asamblea comunitaria de Chenalhó determinar la persona que debía gobernar el municipio, ya sea refrendando a la inconforme, o bien, designando a otra persona, todo ello con el fin de generar condiciones para la paz social y gobernabilidad, pues el conflicto de origen es otro y está relacionado con la lucha por el poder.

La precisión anterior respecto a quién le corresponde tomar la decisión en el contexto de Chenalhó, nos parece un argumento fuerte y se funda en el derecho de la autodeterminación; pues fue una constante que diversas comunidades de Chenalhó solicitaran al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que ratificara a Miguel Sántiz Álvarez como presidente municipal sustituto, al haber sido designado mediante un plebiscito realizado el 25 de abril, fecha en que le tomó protesta el presidente del Congreso del estado de Chiapas, Eduardo Ramírez Aguilar. El sentir de esas comunidades fue expresado por sus representantes sosteniendo que Rosa Pérez

no fue removida por inequidad de género, sino porque no supo gobernar, por no tomar en cuenta a los usos y costumbres. Esta tensión imposibilitó el cumplimiento material de la resolución.

La dinámica social de Chenalhó, es un ejemplo de cómo los conflictos de origen social, político y jurídico, dificultan la gobernabilidad y la legitimación de la autoridad. Estos conflictos nacen de la lucha de sus comunidades por el reconocimiento del derecho a la autodeterminación, de la que se desprenden otros derechos como el de autogobierno y autogestión en todos los ámbitos de la vida en sociedad, los de participación política, económica, social y cultural, el pleno acceso a la jurisdicción estatal y el derecho a la consulta, y en consecuencia la mejor solución debe incluir todos estos aspectos.

Desde el enfoque de Justicia Restaurativa, en el caso Chenalhó se advierte una colisión entre los derechos de libre autodeterminación del pueblo originario y los políticos electorales de la ciudadana Rosa Pérez, que fue resuelto al parecer por el principio pro persona aduciendo que la violación de los derechos políticos de la ciudadana se traduce en un ataque a la paridad en materia política y al género, valores que en estos momentos cuentan con una ponderación mayor que todos los derechos colectivos derivados de la autonomía. Ahora bien, bajo el contexto antes mencionado la decisión de reinstalar a la alcaldesa Rosa Pérez parece no ser la mejor opción para solucionar el conflicto, pues carece de legitimación material al ser rechazada por un grupo significativo de pobladores, circunstancia que debió ser advertida por la autoridad; y suponiendo sin conceder que existió violencia política, la razón más poderosa es la pugna de partidos políticos por el control de la región, lo que puede generar una escalada de violencia.

La mejor solución es ponderar en escenarios de diversidad cultural, cada pueblo cuenta con su propio sistema normativo electoral para validar y elegir a sus repre-

sentantes, por ejemplo el hecho de que los acuerdos en las comunidades surjan después de largas discusiones o que la elección de autoridades sea resultado de votaciones abiertas y públicas, garantiza que los acuerdos que se tomen tengan legitimidad y que las autoridades electas sean personas de reconocido prestigio y comprometidas con su comunidad, obligadas además a rendir cuentas de sus acciones. Se trata de prácticas que corresponden a la llamada “democracia directa”, en donde la relación entre gobernante y gobernado no pasa por mediaciones. Es por esto que la toma de decisiones fundamentales para la vida política de una comunidad en asamblea bien puede ser una opción bastante aceptable, así como la promoción del dialogo entre las partes involucradas con la intención de que reconozcan que todas y todos son responsables de lo que está pasando en la comunidad, para así buscar una alternativa juntos.

VII. Conclusiones

La interculturalidad y la Justicia Restaurativa pueden ser parte de un mismo discurso y de manera conjunta construir una metodología que en materia de Justicia Electoral en los pueblos originarios de Chiapas permita obtener la mejor solución posible en los conflictos de su competencia como los relacionados con la legitimidad de la autoridad municipal, lo que coadyuva a evitar una escalada de violencia, diseñar mejores políticas públicas en materia judicial electoral y contextualizar el derecho de autodeterminación de los pueblos originarios de Chiapas.

El ejercicio del poder político requiere del consentimiento social para todo aquello que se realiza, y este implica que aquellos quienes detentan el poder deban pensar con anticipación cual será el método para sentirse legitimados en lo que hacen, pues estar legitimado equivale a estar certificado en la toma de decisiones, entonces si la forma de obtener el poder es percibida como legitima, quién lo ostente será obede-

cido por la mayoría, de lo contrario solo podrá lograr la obediencia de unos cuantos y de la mayoría quizá por medio de la violencia en sus muchas expresiones.

En escenarios de diversidad cultural, cada pueblo cuenta con su propio sistema normativo electoral para validar y elegir a sus representantes, por ejemplo el hecho de que los acuerdos en las comunidades surjan después de largas discusiones o que la elección de autoridades sea resultado de votaciones abiertas y públicas, garantiza que los acuerdos que se tomen tengan legitimidad y que las autoridades electas sean personas de reconocido prestigio y comprometidas con su comunidad, obligadas además a rendir cuentas de sus acciones. Se trata de prácticas que corresponden a la llamada “democracia directa”, en donde la relación entre gobernante y gobernado no pasa por mediaciones.

La dinámica social de Chenalhó, es un ejemplo de cómo los conflictos de origen social, político y jurídico, dificultan la gobernabilidad y la legitimación de la autoridad. Estos conflictos nacen de la lucha de sus comunidades por el reconocimiento del derecho a la autodeterminación, de la que se desprenden otros derechos como el de autogobierno y autogestión en todos los ámbitos de la vida en sociedad, los de participación política, económica, social y cultural, el pleno acceso a la jurisdicción estatal y el derecho a la consulta, y en consecuencia la mejor solución debe incluir todos estos aspectos.

Por todo lo antes descrito, cabe hacerse la pregunta: En el contexto de los Pueblos originarios de Chiapas, ¿Cuál debe ser el objetivo de la Justicia Electoral?

VIII.- Fuentes

AMIJ, Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia A.C, “Constitución y justicia restaurativa”, *Documento de trabajo mesa IV. Décima asamblea general*

ordinaria, Querétaro, México, AMIJ, 2016, <http://www.amij.org.mx/XI%20AGO/Constituci%C3%B3n%20y%20Justicia%20Restaurativa.pdf>

Ávila, León, “La agroecología en resistencia: Poder, autonomía y diálogo en la formación de promotores comunitarios en el noreste de Chiapas”, *Argumentos*, México, número 41, abril 2002.

Bastiani Gómez, José, 2007, “Fronteras lingüísticas: una aproximación al estudio de las lenguas indígenas” en Vila Toni (comp.). *Lengua, interculturalidad e identidad*, Girona, España, Documenta Universitaria, Universidad de Girona.

Brathwaite, John, “Restorative Justice and De-Professionalization”, *The Good Society*, USA, Volumen 13, número 1, 2004.

Buenrostro Báez, Rosalía, *et al.*, *Justicia alternativa y el sistema acusatorio*, México, SEGOB, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2008.

Casillas Muñoz, María de Lourdes y Santini Villar, Laura, *Universidad Intercultural Modelo Educativo*, México, Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, SEP, 2010

CGEIB, Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, SEP *Reflexiones de Raúl Fonet-Betancourt Sobre el Concepto de Interculturalidad*, México, CGEIB SEP, 2007.

Dietz, Gunther y Mateos Cortés, Laura Selene, *Educación Intercultural en México, un análisis de los discursos nacionales e internacionales en su impacto en los modelos educativos mexicanos*, 1a ed., Ciudad de México, Coordinación de educación

intercultural y bilingüe de la Secretaría de Educación Pública, 2011.

Miers, D., “Una revisión internacional de justicia restaurativa”, *Serie de investigación sobre reducción de crímenes*, Londres, documento 10, 2001.

Oficina de las naciones unidas contra la droga y el delito, “Manual sobre programas de justicia restaurativa”, *Serie de manuales sobre justicia penal naciones unidas*, Austria 2006.

Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia Electoral: El manual de IDEA internacional*, Estocolmo, Suecia, IDEA, 2013.

Pérez Saucedo, Benito y Zaragoza Huerta, José, 2011, “Justicia Restaurativa: del castigo a la reparación”, en Campos Domínguez, Fernando Gerardo, *et al* (coords.), *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo*, México, Editora Laguna

Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española*, España, RAE.es, 2014.

Sabadell, Ana Lucía, *Manual de Sociología Jurídica introducción a una lectura externa del derecho*, Paraguay, Revista de los Tribunales de Sao Paulo, traducción de Martínez Arnoldo y Villalba Gabriela, 2003.

TEPJF, *Guía de actuación para juzgadores en materia de Derecho Electoral Indígena*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015.

TEPJF, *Manual de Derecho Electoral*, Ciudad de México, TEPJF, 2016. <http://portales.te.gob.mx/ccje/sites/default/files/Manual-Derecho-Electoral.pdf>

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

TEPJF, *¿Qué es el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación?* México, TEPJF, 2014.

Valdés Zurita, Leonardo, “Sistemas electorales y de partidos”, *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, número 7, INE, Instituto Nacional Electoral, marzo 2016.

Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

Zehr, Howard, *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, USA, Good Books, Intercourse, 2007.

EL DERECHO AL ACCESO DEL INTERNET Y SUS REPERCUSIONES
DENTRO DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL INFANTIL

Bertha Fabiola Olvera León

Resumen

La llegada de las tecnologías de la información y la comunicación cambiaron varios aspectos de nuestra vida diaria, como por ejemplo permanecer informados, sin embargo, también existe un lado malo. El objetivo de este artículo es conocer las desventajas que tienen los niños, niñas y adolescentes con el uso del internet, especialmente sobre la explotación sexual comercial infantil. Principalmente, los riesgos de contactar y entablar conversaciones con personas que no conocen a través de las redes sociales como Facebook o Twitter. Otro de los objetivos de este documento es enseñar cuánta gente usa el internet, así como sus edades y las actividades que comúnmente se realizan en el internet.

Palabras claves: *Tecnologías de información y de comunicación, internet, NNA (niños, niñas y adolescentes), ESCI (explotación sexual comercial), redes sociales.*

Abstract

There's no doubt with the arrived of information and communications technology changed some aspects of our daily basis, like stayed informed, nowadays you just check your mobile phone and you can know what's going on around the world. Ano-

ther aspect that has changed is education; internet has become a fundamental tool to achieve or start your studies, is easier these days, there's no need to go to an university or a school to complete your goals.

The objective of this article is to know the disadvantages of children and teenagers using internet, specially of what concern about sexual exploitation of children. First of all, the risks they have of having contact with unknown persons through social networks like Facebook or Twitter. Also, this document will show how many people use internet and their ages average, and the most common activities in the internet.

Key words: *Information and communications technology, internet, social networks, sexual exploitation of children, risks.*

Sumario

I. Introducción. II. Acceso al Internet, ¿un derecho humano? III. El uso del internet y sus repercusiones en los niños, niñas y adolescentes en la Explotación Sexual Comercial. IV. Conclusiones. V. Referencias

I. Introducción

Ciertos aspectos de nuestra vida diaria fueron facilitados con el surgimiento de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), un ejemplo tan simple de esto es, es mantenernos informados -siendo esta su función principal-, ya que la información se intercambia más rápido y podemos acceder a ella más fácilmente. Tan sólo con revisar nuestro teléfono móvil sabemos qué está ocurriendo en el mundo.

Otro de los aspectos que ha renovado las TIC, es en el ámbito de la educación, hoy en día puedes completar tus estudios a través de plataformas educativas, con

la finalidad de ayudar a aquellas personas que se les dificulta ir físicamente a una institución por cuestiones personales o laborales, siendo esta una buena opción para concluir sus estudios.

Dentro del catálogo de servicios de las tecnologías de información y comunicación se encuentran: las computadoras, los teléfonos móviles, televisores, los reproductores de música, correo electrónico, la banca en línea, sin duda la más importante, el internet junto con los servidores.

La lista de los beneficios de las tecnologías de información es bastante amplia y se podría dedicar este trabajo a ello, sin embargo, no es el objetivo de este trabajo. El objetivo es, conocer sobre las desventajas del uso del internet, en específico acerca de las repercusiones dentro de la explotación sexual comercial, saber cuáles son los grupos más vulnerables dentro de este fenómeno, así también hablar respecto de cómo operan las personas que se dedican a reclutar niños, niñas y adolescentes a través del internet y las redes sociales con la finalidad de comercializarlos para propósitos sexuales.

Así también se analizarán qué porcentaje de los ciudadanos tienen acceso al internet, cuáles son las edades más comunes de los usuarios, así como cuáles son las actividades más comunes que los cibernautas realizan.

II. Acceso al Internet, ¿un derecho humano?

Antes de entrar en materia, sería pertinente analizar si el recién derecho al acceso a Internet, debe considerarse y estar dentro del catálogo como un derecho humano, en especial en México, ya que existen otros derechos que son más esenciales que deberían ser prioridad a la hora de garantizarlos por parte del Estado Mexicano.

El 27 de junio de 2012, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, adoptó la resolución A/HRC/20/L.13, resolución A/HR-

C/20/L.13 acerca de la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet. Dentro de sus considerandos, podemos destacar los siguientes puntos:

- Gracias al rápido ritmo del desarrollo tecnológico, el derecho a la libertad de expresión ha tomado gran importancia.
- Reconoce al internet como gran facilitador del desarrollo y la innovación; como fuerza impulsora.¹

Por lo tanto, y bajo estos considerandos el Consejo de derechos humanos alienta a todos los estados miembros a que promuevan y faciliten el acceso a Internet, así como que cooperen entre los países para desarrollar los medios de comunicación, así como los servicios de información y comunicación en todos los países.

Cabe mencionar que dicha resolución no es vinculante para los estados miembros, sin embargo, sí es una especie de detonante para que los países empiecen a crear o a adoptar medidas para implementar el acceso al Internet, puesto que dicho Consejo ha considerado al Internet como un derecho básico.

Por su parte, México, ha implementado medidas para llevar a cabo los lineamientos de dicha resolución -convirtiéndose en el octavo país a nivel mundial en garantizar dicho derecho-, en la reforma de junio de 2013 en materia de telecomunicaciones² promulgada por el presidente Enrique Peña Nieto, el derecho al acceso al Internet quedó consagrado en nuestra Constitución Política, misma que adicionó un tercer párrafo del artículo 6º, el cual precisa:

El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones,

¹ Resolución A/HRC/20/L.13, Consejo de Derechos Humanos, 29 de junio de 2012.

² Consultado en <https://www.gob.mx/gobmx/articulos/en-mexico-el-acceso-a-internet-es-un-derecho-constitucional>

*incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.*³

Bien se sabe que los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran positivados en el derecho interno constitucional, que en este caso México lo positivó dentro de su Carta Magna en el 2013; y son inherentes a las personas. Una de las características de los derechos fundamentales es la interdependencia, lo que significa que se encuentran vinculados con otros derechos⁴, por lo que deben considerarse como un todo y como consecuencia no debe de existir una jerarquía al momento de garantizarlos.

Por tal motivo, una vez positivado, se vincula con otros derechos, como, por ejemplo: la educación, la protección de datos, a la privacidad el derecho a la información, el acceso a las tecnologías de información y de la comunicación. La pregunta obligada en este caso sería, ¿será posible que el Estado Mexicano pueda garantizar este derecho perteneciente a la llamada cuarta generación, sin terminar de garantizar ciertos derechos de las primeras tres generaciones?

Inclusive, existe el día del internet, que se celebra desde el 2005, declarado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la resolución A/RES/60/252. Con el objetivo de promover la importancia de las tecnologías de la información y de la comunicación, así mismo para reducir la brecha digital.⁵ Esta celebración se lleva a cabo, además de México, en otros países, tales como: Chile, Perú, Argentina, entre otros.

Bajo este panorama, el derecho al acceso al Internet puede considerarse como

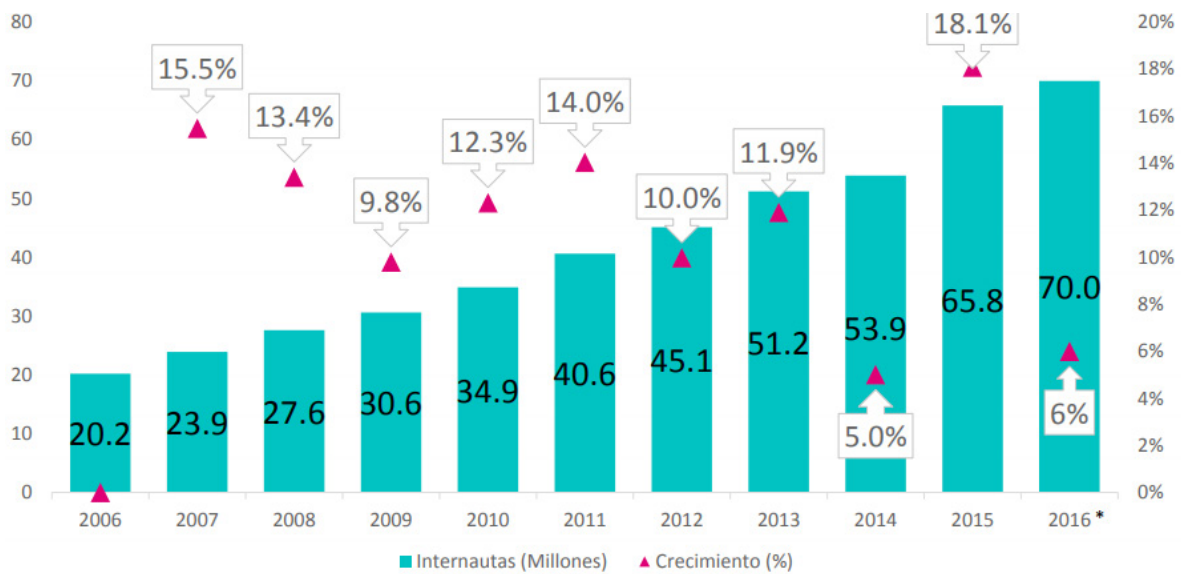
³ Artículo 6º, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*, México, CNDH, 2016, p.11.

⁵ La brecha digital se refiere a la desigualdad que existe entre los que tienen y los que no tienen acceso a las nuevas tecnologías.

derecho humano, toda vez que ha sido positivado por parte del Estado Mexicano, mismo que tiene la obligación de garantizarlo a todos los ciudadanos, sin que exista una jerarquía, así también deberá garantizar los demás derechos que se relacionen con el mismo y de esta manera no incrementar la brecha digital. De igual forma deberá de promover y generar acciones para que todos tengan acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación.

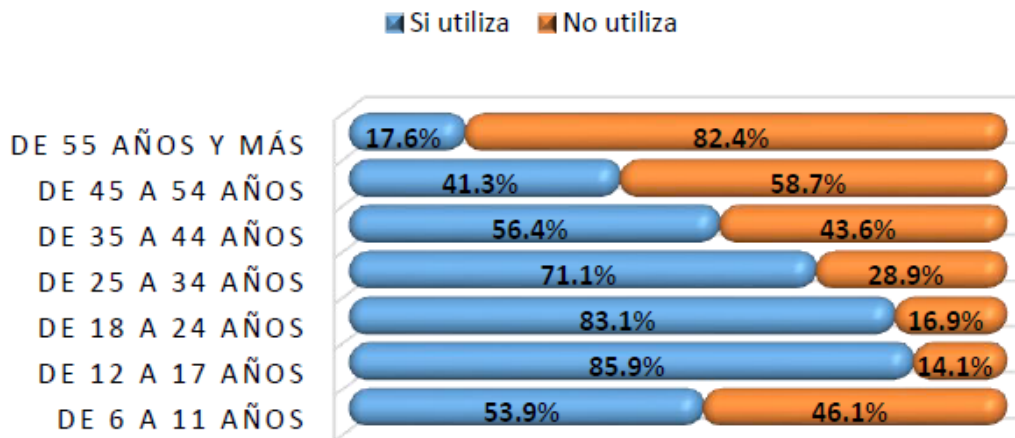
De acuerdo con el decimo tercer estudio sobre los Hábitos de los Usuarios de internet en México 2017, en el 2016 hubo 70 millones de internautas, lo que significa el 63% de la población, lo que en seguida se representa con la siguiente tabla.



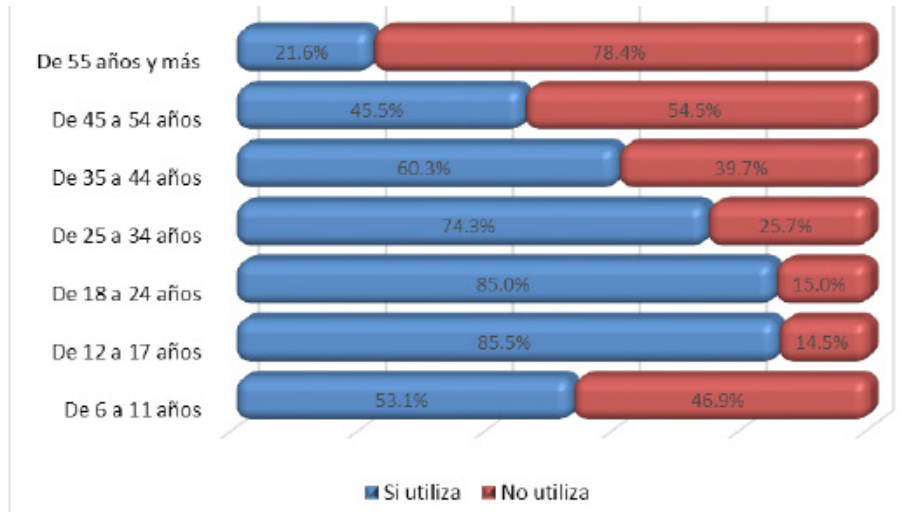
De acuerdo con datos del INEGI del 2015 al 2016, los usuarios de internet aumentaron de un 57.4 a un 59.5 del porcentaje de la población, un 2.1 por ciento. De esos usuarios, la mayoría son adolescentes, oscilan de los 12 a los 17 años, en las siguientes gráficas que se presentan a continuación se podrá comparar cómo han aumentado dichas cifras.

Me refiero a estas gráficas en específico con el propósito de llegar al objetivo final de este trabajo, el cual es explicar que los adolescentes son el grupo más vulnerable para dejarse llevar y caer en los agresores que se dedican a la explotación sexual comercial infantil, más adelante se desarrollara esta temática.

Usuarios de internet por grupos de edad, 2015 (%)⁶



Grupo de internet por grupos de edad, 2016⁷



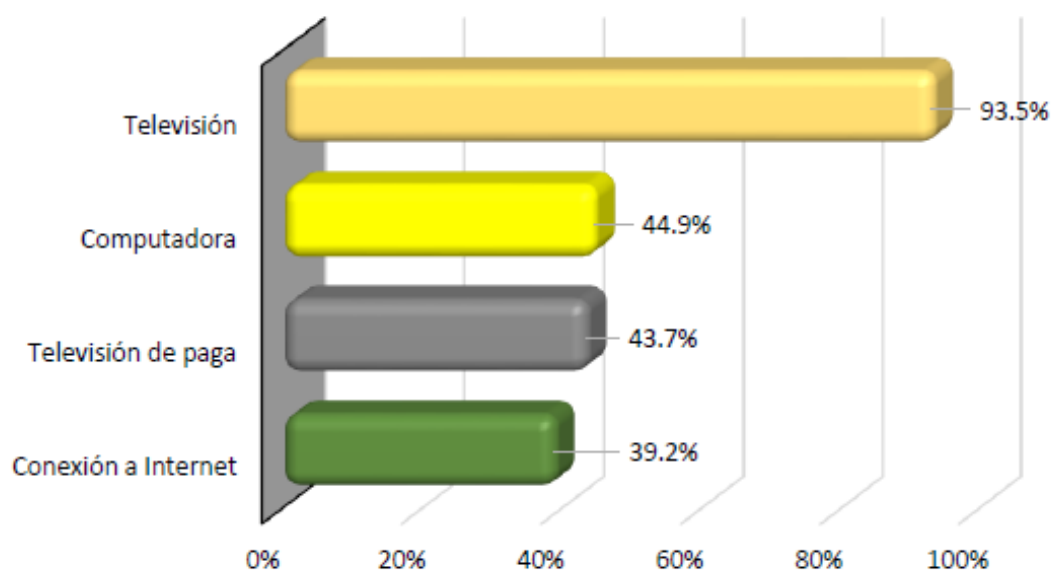
⁶ INEGI, Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de las Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH), 2015.

⁷ INEGI, ENDUTIH, 2016.

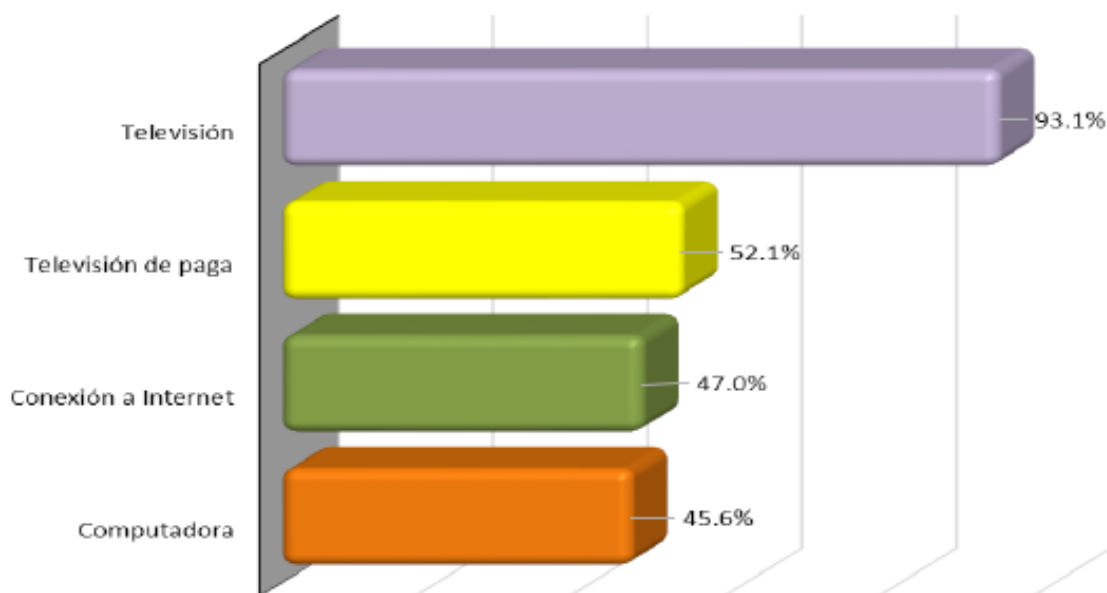
Como podemos apreciar, hubo un aumento significativo en todas las edades de los usuarios de internet, sin embargo, los que más usan la herramienta del internet son los adolescentes que van de los 12 años a los 17 años. Tal vez, esto se deba a como mencionaba el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, gracias al desarrollo tecnológico; hoy en día es común ver a los niños y adolescentes tener un aparato electrónico con acceso a internet. Personalmente, puedo darme cuenta de esta situación con mis sobrinas quienes apenas tienen dos años y ya saben cómo utilizar un dispositivo móvil.

A continuación, con las siguientes gráficas se podrá percibir el alcance que tienen las Tecnologías de Información y de las Comunicaciones en los hogares de la sociedad mexicana.

Hogares según disponibilidad de TIC, 2015 (%)⁸



⁸ Ídem, 2015.

Hogares según disponibilidad de TIC, 2016 (%)⁹

De acuerdo con la encuesta nacional sobre la disponibilidad y uso de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones llevadas a cabo en los años 2015 y 2016, el internet tuvo un aumento del 6.4 por ciento de un año a otro, lo que demuestra que los hogares han tenido más facilidad al acceso del uso del internet, lo cual probablemente se deba a que el Estado Mexicano ha generado las medidas pertinentes para garantizar este derecho humano.

Hace unos quince años, eran muy contados los hogares que tenían el servicio de internet, ahora esta herramienta está considerada como una necesidad para poder realizar actividades cotidianas, tal como poder realizar tu tarea. Algunas instituciones ya piden que los alumnos suban sus actividades en una plataforma, lo que implica que es necesario usar el internet. Lo que me hace reflexionar en qué otros cambios ha traído consigo las TIC.

⁹ *Ídem*, 2016.

El uso del internet y sus repercusiones en los niños, niñas y adolescentes en la Explotación Sexual Comercial

Como hemos visto en la sección anterior, el Estado Mexicano debe garantizar el acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación, en este caso en específico nos referimos al Internet, esto a raíz de que se convirtió un derecho humano, positivado en el artículo sexto, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Las gráficas representadas demostraron los adolescentes son los mayores usuarios del internet seguido por los niños y niñas de entre seis a 11 años.

Ahora bien, en este apartado se hablarán de los efectos que tiene el uso del internet en los niños, niñas y adolescentes (NNA en adelante), sobre todo en lo que respecta a la Explotación Sexual Comercial Infantil. Se explicarán las consecuencias del uso de las redes sociales y como estos se ven envueltos en situaciones que ponen en riesgo su vida cuando hablan con desconocidos.

Otra de las consecuencias que puede llegar a tener las Tecnologías de la Información y la Comunicación, es la adicción, inclusive ciertos autores la han comparado a la misma adicción de las sustancias, y se refieren a tres síntomas: incapacidad de control e impotencia, la dependencia psicológica, efectos perjudiciales en el ambiente familiar y personales¹⁰. Sin embargo, en este trabajo no está enfocado a ese tipo de consecuencias, puntualizaremos en aquellas cuando no hay una vigilancia suficiente por parte de los padres al momento de que los menores están navegando en el internet.

Para un mejor desarrollo de este apartado, primero se definirá brevemente lo qué es la Explotación Sexual Comercial Infantil (ESCI en adelante); ECPAT¹¹ se

¹⁰ Castellana Rosell, Montserrat, Sánchez-Carbonell, et al, *El adolescente ante las tecnologías de la información y la comunicación: internet, móvil y videojuegos. Papeles del Psicólogo* [en línea] 2007, 28 (Septiembre-Diciembre) [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017] Disponible en: <http://www.uacm.kirj.redalyc.org/articulo.oa?id=77828306> ISSN 0214-7823

¹¹ End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking of Children for Sexual Purposes, es una organización no gubernamental encargada de combatir la explotación sexual comercial infantil.

refiere a ella como una violación grave de los derechos humanos y los derechos de la infancia. Particularmente el menor es utilizado como un objeto sexual y comercial por parte de un adulto, quien obtiene una remuneración ya sea en efectivo o en especie. El fenómeno de la ESCI se presenta en cuatro modalidades¹²:

- Pornografía infantil
- Trata de niños, niñas y adolescentes con propósitos sexuales
- Prostitución infantil asociada al turismo; y
- Prostitución infantil y adolescente

Dentro de los grupos vulnerables están las niñas, niños y adolescentes, quienes por su condición de la edad¹³ tienden a ser más susceptibles a sufrir más daños, en este caso, los NNA son más endebles a toparse con reclutadores de la ESCI en las redes sociales, pues aceptan a personas que no conocen en sus perfiles y de esa forma pueden obtener información personal, aunado a que este grupo vulnerable tiende a publicar ubicaciones en tiempo real, así como fotografías y vídeos que revelan datos más específicos.

Uno de los riesgos más comunes a los que se enfrentan los NNA es platicar con gente desconocida sin saber que pueden ser enganchadores dedicados a la explotación sexual comercial, ya que agregan sin antes averiguar quién es, pues mientras tengan más amigos mejor, así se sienten más populares entre sus compañeros. En la gráfica que se presentará a continuación¹⁴ demuestra cuáles son las redes sociales más usadas por los NNA -refiriéndose a ellos por ser el porcentaje de la sociedad que usa más el internet-.

¹² ECPAT, *Informe de monitoreo de país sobre la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes México*, ECPAT International, 2014, p. 19.

¹³ Plan Nacional de Desarrollo, “Grupos Vulnerables”, Informe 2003, p. 98, disponible en línea <http://pnd.presidencia.gob.mx/index.php?idseccion=51> , consultado el 22 de noviembre de 2017.

¹⁴ 13º Estudio sobre los hábitos de los usuarios de internet en México 2017, Asociación de Internet. mx, p. 19.



Como podemos observar la red social más utilizada es la de Facebook, aquí los reclutadores enganchan a sus víctimas enviándoles una solicitud de amistad, sabiendo que los NNA los aceptarán fácilmente, y de estar forma en el agresor se mantienen en el anonimato creando un perfil falso. Entonces lo primero que hacen es ganarse la confianza entablando conversaciones con su víctima con la finalidad de conseguir información y una vez que obtiene la plena confianza podrá conseguir material, por ejemplo: fotografías de desnudos o vídeos para material de pornografía infantil.¹⁵

El internet al ser una herramienta que ha llegado a la mayor parte del mundo gracias a la globalización se ha convertido en una vía más accesible¹⁶ para los agresores ocasionando que la explotación sexual comercial infantil vaya en incremento, pues es más fácil conseguir material pornográfico o con tal sólo saber la ubicación de las personas pueden sustraerlas para ingresarlas al comercio de la prostitución o ser víctimas de trata.

¹⁵ Meza Ardila, Jenny Alejandra, *Los delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes en las redes sociales. Beneficios de los mecanismos de protección y prevención judicial*, Universidad Católica de Colombia, p.7.

¹⁶ Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente (IIN), *Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en internet*, Organización de los Estados Americanos, 2011, p. 11.

En el aspecto del turismo sexual infantil, es diferente, ya que son los adultos que buscan a los NNA a través de agencias de viajes o servicios de transporte, en ciertas circunstancias los hoteles tienen los contactos. Me refiero a diferente porque los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de esta forma de explotación sexual comercial generalmente son NNA en situación de calle, o aquellos que venden en las calles o los que son explotados laboralmente.

Conclusiones

Después del desarrollo de este trabajo podemos concluir que sí, el acceso a internet en efecto es un derecho humano y al considerarse como tal, tienen dos aristas, los derechos y obligaciones que los ciudadanos tienen, no únicamente la responsabilidad recae en el Estado, sino también en los que disfrutan de este derecho, es decir los ciudadanos.

Así como es obligación del Estado garantizar, crear y adoptar medidas para que los ciudadanos tengan acceso al internet, es obligación de los usuarios ser responsable al momento de acceder a páginas de internet, de compartir datos personales, publicar fotografías y ubicaciones, ya que nuestros datos quedan expuestos en la red y de esta forma ser víctima de los hackers.

Respecto a los riesgos que tienen los NNA en las redes sociales, parte de la responsabilidad recae en los padres, pues deben vigilar las páginas que visitan, así como las actividades que realizan y también crear conciencia en ellos para que no hablen con desconocidos, no publiquen datos personales, para que así no sean víctimas de la explotación sexual comercial, incluso de secuestros o extorsión.

Referencias

- Azaola Garrido, Elena, La explotación sexual comercial de niños y niñas en México, México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 2013.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, México, CNDH, 2016.
- Carballo, Juan, La ONU declara el acceso a internet como un derecho humano, 2016 disponible en <http://computerhoy.com/noticias/internet/onu-declara-acceso-internet-como-derecho-humano-47674> visitado el 20 de noviembre de 2017.
- Castellana Rosell, Montserrat, Sánchez-Carbonell, et al, El adolescente ante las tecnologías de la información y la comunicación: internet, móvil y videojuegos. Papeles del Psicólogo [en línea] 2007, 28 (Septiembre-Diciembre) [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017] Disponible en: <http://www.uacm.kirj.redalyc.org/articulo.oa?id=77828306> ISSN 0214-7823
- ECPAT, Informe de monitoreo de país sobre la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes México, ECPAT International, 2014.
- Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente (IIN), Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en internet, Organización de los Estados Americanos, 2011, p.
- Meza Ardila, Jenny Alejandra, Los delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes en las redes sociales. Beneficios de los mecanismos de protección y prevención judicial, Universidad Católica de Colombia.

Plan Nacional de Desarrollo, “Grupos Vulnerables”, Informe 2003, p. 98, disponible en línea <http://pnd.presidencia.gob.mx/index.php?idseccion=51> , consultado el 22 de noviembre de 2017.

13° Estudio sobre los hábitos de los usuarios de internet en México 2017, Asociación de Internet.mx.

Estadísticas a propósito del día mundial del internet, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Aguascalientes, 2016.

Estadísticas a propósito del día mundial del internet, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Aguascalientes, 2017.

UN ACERCAMIENTO A LA PROTECCIÓN DE DATOS
PERSONALES EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Paul Alexis Ortiz Vázquez

Resumen

La protección de los datos personales ha tomado gran fuerza e importancia en esta **última década**. Debido a la trascendencia que tiene este tema se tuvo que normar dentro del sistema mexicano para su adecuado funcionamiento, con el fin de regular el uso y prohibir el uso indebido de los datos personales, en especial aquellos que se encuentran en posición de particulares, estos tienen una importante función en la recolección de estos datos, ya que son fundamentales para su funcionamiento como empresa, pero deben actuar siempre al margen de la ley para no ser utilizados indebidamente, en este artículo nos limitaremos a mencionar los principios base y deberes, así como hacer mención de un análisis breve del caso de España y México.

Palabras claves: *Derechos ARCO, protección de datos personales, principios y deberes.*

Abstract

The protection of personal data has taken great strength and importance in the last decade. Due to the transcendence of this issue, it had to be regulated within the Mexican system for its proper functioning, in order to regulate the use and prohibit the improper use of personal data, especially those who are in position of indivi-

duals, these have an important role in the collection of these data, as they are essential for its operation as a company, but must always act outside the law to not be used improperly. In this article we will limit ourselves to mentioning the basic principles and duties, as well as mentioning a brief analysis of the case of Spain and Mexico.

Sumario

I. Introducción. II. Marco internacional. III. Principales fundamentos en México. IV. Casos prácticos. V. Conclusiones

I. Introducción

En el presente artículo abordaremos breves aspectos internacionales para ubicar el origen de la protección de datos personales, el surgimiento desde la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, las directrices de la organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE, convención americana de los derechos y deberes del hombre, convención americana sobre derechos humanos, organización de Estados americanos OEA, después identificar dentro de estos ordenamientos internacionales, bajaremos al plano local con la legislación de México, y su Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, hay que destacar que este trabajo solo se acotará a los datos que se encuentren en posesión de particular, para comparar algunos aspectos que se han tomado en cuenta para la regulación de esta materia y poder llegar a una postura referente a esto, así mismo vamos a desglosar cada uno de los principios y deberes de los responsables de la protección de los datos personales en posesión de particulares, ya que la ley antes mencionada, tiene una importante labor dentro de dicha protección, sin embargo, hay que destacar que para que pueden obtener

dichos datos, primero deben ser proporcionados por el dueño o titular de estos, porque es bien sabido que para las empresas es una fuente valiosa de información la obtención de estos datos pues les sirve para mejorar sus servicios o ampliar necesidades de los clientes, de tal forma que el uso de estos datos representan las ganancias diarias y a su vez captar unos clientes, por lo que para una empresa es vital esta fuente de información o base de datos, también conlleva una gran responsabilidad para su protección y que nadie más puede tener acceso o puede utilizarlos sin el previo consentimiento del titular o dueño de los mismos, posteriormente analizaremos dos casos sobresalientes relativos a la protección de datos personales y el problema del incumplimiento de las sentencias que enfrentan los órganos garantes, tanto en México como en España.

II. Marco internacional

Para iniciar el presente artículo, debemos entender que los datos personales son las características que nos identifican, por medio de los aspectos visuales, y los datos sensibles, son aquellas características que identifican a una persona ya sea por su forma de pensar, comportamiento, nombre, domicilio, edad, sexo, preferencia sexual, aspectos fisionómicos¹.

Para el marco internacional, el nacimiento de la protección de datos personales se encuentra en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948² que a la letra dice:

¹ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, “Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares”, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>

² Naciones Unidas, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

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 o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Lo anterior nos remite al contenido que hoy en día tiene el artículo 16 de la Constitución Federal³, en donde se indican los derechos a la protección de datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición para ser publicadas o usados para fines distintos a los establecidos, con la declaración universal de los derechos humanos se sientan las primeras bases para la protección de los datos personales, pues le da vida a diversos ordenamientos que en lo subsecuente será utilizado para conformar los principio y deberes para su protección.

Otro instrumento es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴ que fue 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 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976, que en el artículo 17 indica:

Artículo 17

1. 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.

³ Artículo 16. 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.

⁴ Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos”, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se promulgó años más tarde el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que al igual que la Declaración manifiestan el interés por la salvaguardia de la privacidad, es claro que aún no se tenía **muy en claro** la existencia de la protección de datos personales, pero estos ordenamientos empiezan a formar parte de la base para la creación de diversas leyes para la protección de datos personales, sin embargo, lo antes mencionado se podrá concretar mejor con los lineamientos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE.

Debido a los grandes saltos tecnológicos que se empezaron a suscitar en esa época la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos⁵, que en lo subsecuente se le denominará OCDE, tiene directrices para la protección de la intimidad y de la circulación transfronteriza de datos personales de fecha 23 de septiembre de 1980, como se había mencionado antes las directrices sobre la protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales tiene como base tres principios que son la democracia pluralista, respeto de los derechos humanos y economías de mercado abiertas, posterior a esta directriz, el 11 de abril de 1985 la OCDE adoptó la Declaración sobre los flujos de datos, que tenía como fin regular y proteger la información de actividades comerciales, flujos intraempresariales, servicios de información e intercambios científicos y tecnológicos ⁶, posterior a ello

⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE, “Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales”, <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf>

⁶ Ruiz Miguel, Carlos, “EL derecho a la protección de los datos personales en la carta de los derechos fundamentales de la unión europea: análisis crítico” <https://recyt.fecyt.es/index.php/RDCE/article/viewFile/48377/29850>

surge la Declaración ministerial sobre la protección de la privacidad de las redes globales de 1998, que tiene como objeto “generar confianza en las redes globales y evitar restricciones innecesarias en los flujos transfronterizos de datos personales”⁷, estas directrices no solo sujetan a los entes privados, también es para los entes públicos, pues al igual que las empresas, los órganos públicos también cuentan con datos personales o sensibles que deben estar sujetos a tratamiento iguales por la importancia que tienen, es importante señalar que aquí empezaron a formalizarse las acciones para la protección de los datos personales a nivel mundial y el compromiso que tienen los países para salvaguardar estos derechos. Hay que indicar que la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre 1948⁸, que en su numeral 5 indica:

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

Con esto se debe resaltar que a lo largo de la vida de la protección de datos personales aún no se tenía la intención de llegar a dicha protección, pues por la época en la que se promulgó dicha Declaración no se tenía noción sobre este tema, pero en años posteriores va a funcionar como piedra angular para el funcionamiento y protección de este importante derecho.

En el mismo tenor tenemos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁹ cuyo artículo 11 indica el derecho a la privacidad:

⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas, “Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales”, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3249/28.pdf>

⁸ Organización de los Estados Americanos, “Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre”, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

⁹ Organización de los Estados Americanos, “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto De San José)”, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_

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

Es menester resalta la importancia de proteger la vida privada de las personas, familia, domicilio o correspondencia que se manifiesta en este numeral pues es lo parte importante de la vida de la protección de datos personales. Dentro de la Organización de Estados Americanos OEA el 8 de junio de 2010 se aprueba la Ley modelo Interamericana sobre acceso a la información pública, indicando los mínimos estándares de protección que debe contener una ley local.

III. Principales fundamentos en México

Dentro de la legislación mexicana nos encontramos con la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares (en lo subsecuente LFPDPPP), donde se pueden ubicar muchos de los principales fundamentos que sustentan la protección de los datos personales en México, de tal manera, podemos decir, que la legislación mexicana se encuentra dentro de las legislaciones que tiene un mayor avance y protección de datos personales de los que se pueda encontrar en cualquier parte de Latinoamérica, sin embargo, esto no la hace la mejor dentro de todas las

demás leyes existentes en la materia, pero cabe mencionar que este trabajo no busca demostrar la eficacia de ésta, sino lograr un acercamiento a la protección de los datos personales, por lo que a mención de lo siguiente y atendiendo los lineamientos internacionales, podemos ver que nos encontramos con que en la LFPDPPP, que cumple con las indicaciones, las cuales se irán mencionando y desglosando, tales como la licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad, responsabilidad, seguridad, deber de confidencialidad, acceso, rectificación, cancelación, oposición y ejercicio de los derechos¹⁰.

Tomando en consideración lo anterior, sólo vamos a tomar en cuenta los conceptos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, lo que nos servirá para poder entender el problema que aqueja a México, sin embargo, hay que tocar cada uno de los principios rectores, para poder dilucidar un poco más la problemática existente.

Comenzaremos con la licitud, este principio es muy específico, en el sentido de que busca que los datos personales y los datos sensibles sean conseguidos de manera lícita y que no se deben de obtener por medios como el engaño, fraude o error, porque al obtenerse de esta forma se rompería con lo que busca la LFPDPPP, este principio se encuentra en el artículo 7 de la ley en mención, pero para mayor claridad se citará a continuación:

LÍCITUD (Art. 7 LFPDPPP)

Artículo 7.- Los datos personales deberán recabarse y tratarse de manera lícita conforme a las disposiciones establecidas por esta Ley y demás normatividad aplicable.

La obtención de datos personales no debe hacerse a través de medios engañosos o fraudulentos.

¹⁰ Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, “Guía Práctica para Generar el Aviso de Privacidad”, <http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/privacidadguia.pdf>

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

En todo tratamiento de datos personales, se presume que existe la expectativa razonable de privacidad, entendida como la confianza que deposita cualquier persona en otra, respecto de que los datos personales proporcionados entre ellos serán tratados conforme a lo que acordaron las partes en los términos establecidos por esta Ley.

Para hacer ser más concretos este principio tiene como finalidad que se actúe bajo el marco de la ley que rige al Estado, así como apearse a los estándares del derecho internacional, por ningún motivo utilizar medios engañosos o fraudulentos para la obtención de los datos y utilizar los datos personales para fines que no fueron requeridos.

Como siguiente principio rector a mencionar, podemos encontrar el consentimiento, éste tiene por objeto que el titular esté de acuerdo en el manejo de sus datos personales o sensibles, de tal forma que no habrá manera que tener datos personales o sensibles, sino es mediante el consentimiento del titular, así como la prohibición que tiene el particular de crear una base de datos con información sensible, este principio se encuentra previsto en los artículos 8, 9, 10 y 37 de la LFPDPPP:

CONSENTIMIENTO (Arts. 8, 9, 10,37 LFPDPPP)

Artículo 8.- Todo tratamiento de datos personales estará sujeto al consentimiento de su titular, salvo las excepciones previstas por la presente Ley.

El consentimiento será expreso cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos.

Se entenderá que el titular consiente tácitamente el tratamiento de sus datos, cuando habiéndose puesto a su disposición el aviso de privacidad, no manifieste su oposición.

Los datos financieros o patrimoniales requerirán el consentimiento expreso de su titular, salvo las excepciones a que se refieren los artículos 10 y 37 de la presente Ley.

El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento sin que se le atribuyan efectos retroactivos. Para revocar el consentimiento, el responsable deberá, en el aviso de privacidad, establecer los mecanismos y procedimientos para ello.

Artículo 9.- Tratándose de datos personales sensibles, el responsable deberá obtener el consentimiento expreso y por escrito del titular para su tratamiento, a través **de su firma autógrafa, firma** electrónica, o cualquier mecanismo de autenticación que al efecto se establezca.

No podrán crearse bases de datos que contengan datos personales sensibles, sin que se justifique la creación de las mismas para finalidades legítimas, concretas y acordes con las actividades o fines explícitos que persigue el sujeto regulado.

Artículo 10.- 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 ser-

vicios 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.

Como principales aspectos a destacar de este principio podemos mencionar algunas características, como por ejemplo, que en todo momento debe estar de acuerdo el titular en proporcionar la información, dicho consentimiento puede ser expreso, por escrito, por medios electrónicos **ópticos o por medio de cualquier otro tipo de tecnología que haga ver su conformidad, en el siempre debe ir mencionada la finalidad y tratamiento que se le darán a los datos personales, siendo estas específicas y no generales**, ya que no cabe la generalidad dentro de los aspectos a tratar, para cualquier modificación que se realice deberá notificar al titular de los datos personales, estos serían los aspectos principales de este principio.

El principio de la información, tiene como finalidad el informar para qué van a ser utilizados los datos proporcionados, también se encuentra la fundamentación y motivación para poder utilizar los datos personales, así como notificar en qué sistema se encontraran sus datos, describir la finalidad para la cual va hacer usados, indicar la unidad responsable de la administración de los datos personales y de esta misma forma señalar domicilio o correo electrónico para poder ejercer los derechos de ARCO, este principio se encuentra regulado por los artículos 15, 16 y 17:

INFORMACION (Arts. 15, 16 17LFPDPPP)

Artículo 15.- El responsable tendrá la obligación de informar a los titulares de los datos, la información que se recaba de ellos y con qué fines, a través del aviso de privacidad.

Artículo 16.- El aviso de privacidad deberá contener, al menos, la siguiente información:

I. La identidad y domicilio del responsable que los recaba;

II. Las finalidades del tratamiento de datos;

III. Las opciones y medios que el responsable ofrezca a los titulares para limitar el uso o divulgación de los datos;

IV. Los medios para ejercer los derechos de acceso, **rectificación, cancelación u oposición, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley;**

V. En su caso, las transferencias de datos que se efectúen, y

VI. El procedimiento y medio por el cual el responsable comunicará **a los titulares de cambios al** aviso de privacidad, de conformidad con lo previsto en esta Ley.

En el caso de datos personales sensibles, el aviso de privacidad deberá señalar expresamente que se trata de este tipo de datos.

Artículo 17.- El aviso de privacidad debe ponerse a disposición de los titulares a través de formatos impresos, digitales, visuales, sonoros o cualquier otra tecnología, de la siguiente manera:

I. Cuando los datos personales hayan sido obtenidos personalmente del titular, el aviso de privacidad deberá ser facilitado en el momento en que se recaba el dato de forma clara y fehaciente, a través de los formatos por los que se recaban, salvo que se hubiera facilitado el aviso con anterioridad, y

II. Cuando los datos personales sean obtenidos directamente del titular por cualquier medio electrónico, óptico, sonoro, visual, o a través de cualquier otra tecnología, el responsable deberá proporcionar al titular de manera inmediata, al menos la información a que se refiere las fracciones I y II del artículo anterior, así como proveer los mecanismos para que el titular conozca el texto completo del aviso de privacidad.

Este principio tiene como finalidad informar en todo momento al titular sobre el tratamiento que están recibiendo sus datos personales, así como encontrarse expreso en el aviso de privacidad porque es independiente de que se requiera o no su consentimiento para que se encuentre en el aviso de privacidad, a manera de ayuda el INAI puso a disposición diferentes herramientas para elaborar y cumplir con esta obligación, teniendo al alcance el generador de avisos de privacidad (GAP), la guía EL ABC del Aviso de Privacidad, el formato de auto-evaluación de avisos de privacidad para responsables, el modelo de aviso de privacidad corto para vídeo vigilancia y el modelo de aviso de privacidad simplificado en vídeo¹¹

El principio de calidad, tiene como finalidad la vigilancia constante de los datos proporcionados, en el sentido que, deben ser correctos, pertinentes, actualizados y en caso de que sean datos que no sean de utilidad o que ya hayan cumplido su función deben ser eliminados, dicho principio de encuentra consagrado en el artículo 11:

CALIDAD (Art. 11 LFPDPPP)

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.

¹¹ Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, “Guía para el aviso de privacidad”, <http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/Guia-para-el-Aviso-de-Privacidad.aspx>

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.

El responsable de la base de datos estará obligado a eliminar la información relativa al incumplimiento de obligaciones contractuales, una vez que transcurra un plazo de setenta y dos meses, contado a partir de la fecha calendario en que se presente el mencionado incumplimiento.

En otras palabras el objetivo de este principio es que se utilicen únicamente los datos personales que sean relevantes o necesarios para el propósito de uso, sin olvidar que deben ser exactos, completos y actualizados, pues esto ayudará a un mejor desempeño para el uso que fue pactado. El principio de finalidad, tiene como objeto limitar el uso, en el sentido de solo ser utilizado para la finalidad que fue dado y para nada más que el objetivo principal, sin embargo, si es necesario para otras actividades se le debe notificar al titular y eso abre la posibilidad de ser utilizado e incluso solicitar nuevos datos personales, el principio de finalidad se encuentra regulada en el artículo 12:

FINALIDAD (Art. 12 LFPDPPP)

Artículo 12.- El tratamiento de datos personales deberá limitarse al cumplimiento de las finalidades previstas en el aviso de privacidad. Si el responsable pretende tratar los datos para un fin distinto que no resulte compatible o análogo a los fines establecidos en aviso de privacidad, se requerirá obtener nuevamente el consentimiento del titular.

Este principio se debe entender como el tratamiento, propósito, motivo o razón por el cual se tratan los datos personales, hay que destacar que este principio

cuenta con dos aspectos a cubrir el primero es la finalidad primaria que tiene por objeto el origen y la necesidades jurídicas entre el titular y el responsable, como segundo aspecto tenemos las accesorias o secundarias que son aquellas donde se utilizan tus datos personales con la finalidad de realizar invitaciones, promociones, descuentos o cualquier otro tipo de mecanismo publicitarios, todo esto manteniéndose al margen de que solo serán utilizados para este fin, sin que se utilice para publicidad al público en general.

El principio de proporcionalidad tiene como objetivo que los datos sean los necesarios y los relacionados con la finalidad y que no sean excesivos, es decir, que no se pidan datos demás o innecesarios que los que sean para el uso que va hacer utilizado, el principio de proporcionalidad se encuentra previsto en el artículo 13 de la Ley de LFPDPPP:

PROPORCIONALIDAD (Art. 13 LFPDPPP)

Artículo 13.- El tratamiento de datos personales será el que resulte necesario, adecuado y relevante en relación con las finalidades previstas en el aviso de privacidad. En particular para datos personales sensibles, el responsable deberá realizar esfuerzos razonables para limitar el periodo de tratamiento de los mismos a efecto de que sea el mínimo indispensable.

Este principio es pilar para el funcionamiento de los datos personales ¿por qué? porque solo se remite a la utilización de los datos a ser utilizados son requerir más de lo necesario, es decir, que si solo se trate de una compraventa en línea o presencial se debe remitir a la obtención del domicilio y el motivo de la adquisición y lo incorrecto sería que además de estos datos solicite datos como posibles viajes al extranjero o por la república, porque esto ya no tiene nada que ver con el servicio a prestar, aquí se estaría excediendo en la obtención de datos innecesarios para concluir la compra.

El principio de responsabilidad es el que se encarga de la vigilancia y cumplimiento de los demás principios, ya que tiene como finalidad que ninguno de los demás principios se excedan de los límites establecidos y puede incluso hacer una ampliación de su marco y utilizar todos mecanismos que se encuentren a su alcance para que no se violen los demás principios, el principio de responsabilidad se encuentra en el artículo 14 de la LFPDPPP:

RESPONSABILIDAD (Art. 14 LFPDPPP)

Artículo 14.- El responsable velará por el cumplimiento de los principios de protección de datos personales establecidos por esta Ley, debiendo adoptar las medidas necesarias para su aplicación. Lo anterior aplicará aún y cuando estos datos fueren tratados por un tercero a solicitud del responsable. El responsable deberá tomar las medidas necesarias y suficientes para garantizar que el aviso de privacidad dado a conocer al titular, sea respetado en todo momento por él o por terceros con los que guarde alguna relación jurídica.

En este principio no necesita mayor explicación que la planteada en su numeral pues es muy claro y específico, sin embargo, por motivos de comprensión cabe decir que el responsable es aquella persona física o moral que tenga los datos personales del cliente.

La seguridad lejos de ser un deber, es una obligación del responsable del tratamiento de los datos personales, ya que éste debe de contar con seguridad técnica, física y administrativa, que permitan la protección en todo momento de los datos personales, la obligación de la seguridad se encuentra prevista en el artículo 19:

SEGURIDAD (Art. 19 LFPDPPP)

Artículo 19.- Todo responsable que lleve a cabo tratamiento de datos perso-

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

nales deberá establecer y mantener medidas de seguridad administrativas, técnicas y físicas que permitan proteger los datos personales contra daño, pérdida, alteración, destrucción o el uso, acceso o tratamiento no autorizado. Los responsables no adoptarán medidas de seguridad menores a aquellas que mantengan para el manejo de su información. Asimismo se tomará en cuenta el riesgo existente, las posibles consecuencias para los titulares, la sensibilidad de los datos y el desarrollo tecnológico.

Este principio tiene como función la salvaguarda de la seguridad de los datos personales, ya que en todo momento se deben de medir todo tipo de riesgos, por ejemplo, la pérdida, destrucción, uso indebido, personas que no tengan acceso o estén autorizadas, hay que señalar que las modificaciones y divulgación de estos deben ser notificadas de manera inmediata al titular de los datos. Deber de la confidencialidad, este deber es aquel en el que se debe guardar el secreto respecto a toda la información y que no debe ser compartida o transmitida a otra persona sino es por medio del consentimiento del titular, sin embargo, cuando el titular lo autoriza, un tercero puede acceder a los datos y este deber se transfiere también al tercero que adquiere la obligación de secreto, el deber de la confidencialidad se encuentra en el artículo 21 de la LFODPPP:

DEBER DE CONFIDENCIALIDAD (Art. 21 LFODPPP)

Artículo 21.- El responsable o terceros que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales deberán guardar confidencialidad respecto de éstos, obligación que subsistirá aun después de finalizar sus relaciones con el titular o, en su caso, con el responsable.

Los derechos para el acceso, rectificación, cancelación u oposición o también conocidos como derechos ARCO, son utilizados únicamente para que el titular en

cualquier momento pueda ejercerlos sin que el responsable pueda objetar algo, pues es un derecho inherente al titular que debe ser respetado, esta serie de derechos se encuentran en el artículo 22 de la LFPDPPP:

ACCESO, RECTIFICACION, CANCELACION, OPOSICION (Art. 22 LFPDPPP)

Artículo 22.- Cualquier titular, o en su caso su representante legal, podrá ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición previstos en la presente Ley. El ejercicio de cualquiera de ellos no es requisito previo ni impide el ejercicio de otro. Los datos personales deben ser resguardados de tal manera que permitan el ejercicio sin dilación de estos derechos.

Los derechos ARCO se deben ejecutar mediante el mecanismo de su ejercicio, es decir, no solo basta con la simple mención, pues deben ser motivados y fundamentados por medio de lo establecido en los artículos 28 al 35, que son los indicadores para poder realizar la solicitud:

EJERCICIO DE LOS DERECHOS (Arts. 28 a 35 LFPDPPP)

Artículo 28.- 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

Artículo 29.- La solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición deberá contener y acompañar lo siguiente:

- I. El nombre del titular y domicilio u otro medio para comunicarle la respuesta a su solicitud;
- II. Los documentos que acrediten la identidad o, en su caso, la representación legal del titular;
- III. La descripción clara y precisa de los datos personales respecto de los que

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

se busca ejercer alguno de los derechos antes mencionados, y

IV. Cualquier otro elemento o documento que facilite la localización de los datos personales.

Artículo 30.- Todo responsable deberá designar a una persona, o departamento de datos personales, quien dará trámite a las solicitudes de los titulares, para el ejercicio de los derechos a que se refiere la presente Ley. Asimismo fomentará la protección de datos personales al interior de la organización.

Artículo 31.- En el caso de solicitudes de rectificación de datos personales, el titular deberá indicar, además de lo señalado en el artículo anterior de esta Ley, las modificaciones a realizarse y aportar la documentación que sustente su petición.

Artículo 32.- El responsable comunicará al titular, en un plazo máximo de veinte días, contados desde la fecha en que se recibió la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición, la determinación adoptada, a efecto de que, si resulta procedente, se haga efectiva la misma dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se comunica la respuesta. Tratándose de solicitudes de acceso a datos personales, procederá la entrega previa acreditación de la identidad del solicitante o representante legal, según corresponda.

Los plazos antes referidos podrán ser ampliados una sola vez por un periodo igual, siempre y cuando así lo justifiquen las circunstancias del caso.

Artículo 33.- La obligación de acceso a la información se dará por cumplida cuando se pongan a disposición del titular los datos personales; o bien, mediante la expedición de copias simples, documentos electrónicos o cualquier otro medio que determine el responsable en el aviso de privacidad.

En el caso de que el titular solicite el acceso a los datos a una persona, que presume es el responsable y ésta resulta no serlo, bastará con que así se le

indique al titular por cualquiera de los medios a que se refiere el párrafo anterior, para tener por cumplida la solicitud.

Artículo 34.- El responsable podrá negar el acceso a los datos personales, o a realizar la rectificación o cancelación o conceder la oposición al tratamiento de los mismos, en los siguientes supuestos:

- I. Cuando el solicitante no sea el titular de los datos personales, o el representante legal no esté debidamente acreditado para ello;
- II. Cuando en su base de datos, no se encuentren los datos personales del solicitante;
- III. Cuando se lesionen los derechos de un tercero;
- IV. Cuando exista un impedimento legal, o la resolución de una autoridad competente, que restrinja el acceso a los datos personales, o no permita la rectificación, cancelación u oposición de los mismos, y
- V. Cuando la rectificación, cancelación u oposición haya sido previamente realizada.

La negativa a que se refiere este artículo podrá ser parcial en cuyo caso el responsable efectuará el acceso, rectificación, cancelación u oposición requerida por el titular.

En todos los casos anteriores, el responsable deberá informar el motivo de su decisión y comunicarla al titular, o en su caso, al representante legal, en los plazos establecidos para tal efecto, por el mismo medio por el que se llevó a cabo la solicitud, acompañando, en su caso, las pruebas que resulten pertinentes.

Artículo 35.- La entrega de los datos personales será gratuita, debiendo cubrir el titular únicamente los gastos justificados de envío o con el costo de reproducción en copias u otros formatos.

Dicho derecho se ejercerá por el titular en forma gratuita, previa acreditación de su identidad ante el responsable. No obstante, si la misma persona reitera su solicitud en un periodo menor a doce meses, los costos no serán mayores a tres días de Salario Mínimo General Vigente en el Distrito Federal, a menos que existan modificaciones sustanciales al aviso de privacidad que motiven nuevas consultas.

El titular podrá presentar una solicitud de protección de datos por la respuesta recibida o falta de respuesta del responsable, de conformidad con lo establecido en el siguiente Capítulo.

VI. Casos prácticos

a. España

Este asunto es sobre la protección de datos personales que son exhibidos en el principal motor de búsqueda en internet, las principales reclamaciones hechas a Google son por datos personales que no son exactos, son ofensivos, falsos o perjudiciales a la honrar.

En este caso el perjudicado era mencionado en dos páginas en línea de un periódico que tenía información sobre una subasta inmobiliaria vinculada a un embargo por deudas a la Seguridad Social, pero la fundamental era una situación que fue superada hace 16 años pero seguían vigente en los buscadores, hasta antes de la resolución de este asunto, todos los buscadores negaban los derechos de cancelación y oposición, bajo el argumento de la libertad de expresión, el asunto fue ganado, condenando a Google Spain, S.L al retiro de estos dos sitios de internet, esta resolución fue el principal motivo de la creación del Reglamento Europeo de Protección de Datos (Reglamento 679/2016), que en su artículo 17 regula el derecho al olvido.

Sin embargo, en la actualidad la sentencia no puede ser ejecutada en su totalidad, ya que el único que puede realizar cambios al contenido de Google es Google Inc., que tiene sede en Estados Unidos, este motivo es el que impide la ejecución de la sentencia, motivando al ciudadano a tener que demandar a Google Inc., pero ya no sería en España, tiene que iniciar un juicio en Estados Unidos, porque Google Inc., no tiene obligación con la sentencia, debido a que no es vinculante para ellos, por el motivo de jurisdicción.

b. Caso México

En México, el empresario Carlos Sánchez de la Peña inició un juicio en contra de Google México, por manejar información sensible de datos personales, por lo que interpuso su demanda en caso Instituto Nacional de Acceso a la Información (INAI), admitiendo y quedando como PPD.0094/14, sin embargo, este empresario está vinculado en actos de corrupción ya que mediante recursos federales otorgados por la familia Fox Sahagún recibió un financiamiento para poder salvar al grupo de transporte estrella blanca, pero una nota internet lo exhibió (la revista Fortuna) haciendo público el acto de corrupción, por lo antes mencionado el INAI resolvió a favor del empresario para la eliminación de la nota periodística, dicho resolutivo quedó de la siguiente forma:

RESUELVE

PRIMERO. Es procedente la solicitud de protección de derechos de oposición y cancelación de datos personales presentada por el Titular.

SEGUNDO. Con fundamento en los artículos 48 y 51 fracción 11, de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares se REVOCA la respuesta emitida por Google México, S. de R.L. de C.V., en fecha

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

nueve de octubre de dos mil catorce y se ordena haga efectivos de manera indubitable los derechos de oposición y cancelación de datos personales del Titular, en los términos precisados en los considerandos Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto de la presente Resolución.

TERCERO. Con fundamento en los artículos 61 y 63 fracciones 1, 11, y XVI, de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y , 125 y 140, primer párrafo, de su Reglamento, se ordena iniciar el procedimiento de imposición de sanciones, en **términos de lo dispuesto en el considerando Sexto** de la presente resolución.

CUARTO. Túrnese a la Secretaría de Protección de Datos Personales, copia certificada del expediente en que se actúa, a efecto de que se inicie el procedimiento de imposición de sanciones.

QUINTO. De conformidad con el artículo 57 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, la presente resolución se hará pública una vez que haya sido notificada a las partes. La publicación se realizará conforme a lo previsto en el artículo citado, eliminando aquellas referencias al Titular de los datos que lo identifiquen o lo hagan identificable.”

En la actualidad la legislación aplicable al caso no tiene excepciones cuando se trata de información de interés público, por lo que dio un camino libre para poder determinar que se eliminaran dichas publicaciones.

V. Conclusiones

Para el INAI, el derecho al olvido no tiene cabida dentro de la legislación mexicana, ya que no se encuentra dentro de ningún marco normativo jurídico, por lo que pa-

rafraseando a Francisco Javier Acuña, se debe proponer un ajuste sobre un determinado contenido informativo, de carácter personal y con carácter de confidencialidad, todo con respecto a esta nueva rama que es exploratoria.

Un caso emblemático es el caso Carlos Sánchez de la Peña Vs Google, donde los consejeros del IFAI ahora INAI votaron a favor de desvincular toda la información y contenido de los motores de búsqueda que relacionan al empresario, sin embargo, había un hipervínculo que lo liga con acto de corrupción donde Carlos Sánchez está acusado de recibir recursos federales de la familia Fox Sahagún para el rescate de estrella blanca, pero el tribunal colegiado concedió un amparo para dejar sin efectos esa resolución que obliga a Google a eliminar de su motor de búsqueda el enlace de la nota periodística realizada por la revista Fortuna.

Además de todo esto, se cree que el derecho al olvido es un tipo de censura para los periodistas, para el internet y para la libertad de expresión (yo considero que no, desde mi humilde punto de vista), dentro de mi investigación creo que las principales personas que deben tener dicho derecho son las víctimas del crimen, ya que en muchas ocasiones se tienen fotografías, datos o hechos que afectan su integridad y es un tipo de revictimización, en este mismo orden de ideas, el derecho al olvido no debe ser un negocio o una forma de delegar facultades a un privado, como actualmente se está haciendo con la empresa española Eliminalia, que por cierto, cualquiera puede acceder a ella desde México, teniendo como bandera la promesa de borrar datos incómodos, sin respetar el derecho de libertad de expresión y derecho de acceso a la información. Es un fenómeno que tiene pocos meses de surgimiento, que aún es exploratorio, pero puede dar un golpe contundente a los periodistas.

Y finalizando, quienes no deben tener derecho al olvido, desde mi aportación y por la investigación, considero que, no deben tener derecho aquellas personas que estén ligadas directa o indirectamente con corrupción, asuntos de interés público, cri-

men organizado, los hechos históricos que marcan a un país o al mundo y aquellas personas que marcaron un cambio jurídico dentro del derecho mexicano o internacional.

Bibliografía

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, “Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares”, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>

Naciones Unidas, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Cámara de diputados, “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150816.pdf

Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos”, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE, “Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales”, <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf>

Organización de los Estados Americanos, “Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre”, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Organización de los Estados Americanos, “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto De San José), http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, “Guía Práctica para Generar el Aviso de Privacidad”, <http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/privacidadguia.pdf>

Ruiz Miguel, Carlos, “EL derecho a la protección de los datos personales en la carta de los derechos fundamentales de la unión europea: análisis crítico” <https://recyt.fecyt.es/index.php/RDCE/article/viewFile/48377/29850>

LAS MANIFESTACIONES Y PROTESTA SOCIAL EN CHIAPAS. REFLEJO DE
VACÍO DE CULTURA DEMOCRÁTICA Y CULTURA DE LA LEGALIDAD

Jorge Alberto Pascacio Bringas

Resumen

La participación ciudadana en el Estado de Chiapas mediante la protesta social, manifestaciones y toma violenta de vías e instalaciones públicas es reflejo de la crisis de la democracia diagnosticada en México así como de la incipiente gobernanza en la entidad federativa que la lleva a ocupar los últimos lugares en los índices de desarrollo humano a nivel nacional. La cultura democrática participativa así como la cultura de la legalidad son realidades que necesitan los Estados democráticos para alcanzar las virtudes de cada individuo, la confianza ciudadana, la convivencia pacífica, la satisfacción de las necesidades sociales y el bien común. Con base a las premisas señaladas, el autor presenta los resultados obtenidos en su investigación sobre la participación ciudadana en el Estado de Chiapas, concluyendo que no existe voluntad política que generen políticas públicas que garanticen la creación y formación de ciudadanía participativa democrática.

Palabras clave: *Democracia, participación política, ciudadanía, gobernanza chiapaneca, asuntos públicos, derechos humanos, derechos fundamentales, protesta social, crisis democrática.*

Abstract

Citizen participation in the State of Chiapas through social protest, protests marches and violent take by force of roads and public building is a reflection of the crisis of democracy diagnosed in Mexico as well as the incipient governance in the state, which take it to occupy the last places in human development indexes nationwide. The participatory democratic and the culture of legality are facts that democratic states need to achieve the virtues of each individual, citizen confidence, peaceful coexistence, the satisfaction of social needs and the commonweal. Based on the indicated premises, the author presents the results obtained in his research on citizen participation in the State of Chiapas, concluding that there is no political will to generate public policies that guarantee the creation and formation of democratic participatory citizenship.

Keywords: *Democracy, political participation, citizenship, governance, public affairs, human rights, fundamental rights, social protest, democratic crisis.*

Introducción

El presente ensayo tiene como objetivo exponer la problemática de la participación ciudadana a través de la protesta a través de bloqueos de vías e instalaciones públicas, que se ha manifestado por más de una década en la entidad chiapaneca y los efectos que producen a terceros, con la finalidad de llevarnos a la reflexión sobre que debemos entender por participación ciudadana democrática.

Para comprender el significado de participación ciudadana se hace necesario partir del análisis de los factores sociales, culturales, psicológicos, históricos y filosóficos necesarios para generar y validar los conocimientos sobre el tema, siendo nece-

sario utilizar la epistemología para obtener el significado del tema que nos ocupa. Lo que en la actualidad, el debate sobre la participación ciudadana y como debería ser conceptualizada, se realiza desde diferentes perspectivas teorías e ideológicas, siendo estudiada por las disciplinas que conforman las ciencias sociales, teniendo como punto de convergencia el ejercicio y el control del gobierno por el pueblo donde los actores políticos y sociales aceptan y reclaman la necesidad de la participación ciudadana, pero cada uno le da significados diferentes.

Al respecto se hace necesario señalar que, desde el ámbito de las ciencias sociales como la sociología, economía, ciencias políticas y por supuesto el derecho, se ha mantenido una lucha sobre el fin ideal, más no práctico y con realidades concretas de lo que debería ser la participación ciudadana; lo trascendental a rescatar de ello, es el destacar que es una actividad eminentemente social y política derivada del valor de participar ante el vacío de la autoridad o la represión.

Al respecto la Doctora en Ciencias Políticas por la Universidad de Stanford, Evelina Dagnino¹, hace una clara descripción de la misma, señalando que desde la década de los ochenta se ha venido librando la lucha ideológica entre los dos principales proyectos políticos que disputan la hegemonía política e ideológica en América Latina. El neoliberal y el democrático participativo, teniendo ambos como trasfondo cultural los remanentes, más o menos vivos y actuantes en cada país, del proyecto autoritario. Señala que el proyecto político neoliberal concibe la participación ciudadana como un instrumento o mecanismo que permite la mejora administrativa y presupuestal de la política pública, facilitando la terciarización² de la política social por agentes

¹ Dagnino, Evelina, ensayo La Disputa por la Construcción Democrática en América Latina en Cuadernos para la Democratización, México, Centro de Investigaciones Superiores en Antropología Social (CIESAS), 2006, pp. 47-73, en: <http://controlatugobierno.com/archivos/bibliografia/olveradisputa.pdf>

² *La terciarización de la economía* es la transformación de las actividades económicas hacia unas más enfocadas al sector de servicios, o también llamadas actividades terciarias. Es una transformación

privados. La desventaja que presenta el proyecto neoliberal es la desresponsabilización del Estado en relación a los derechos de la ciudadanía, en especial de los derechos sociales, siendo el principal promotor de esta política el Banco Mundial, fomentando el voluntariado y la responsabilidad social de las empresas. Por otra parte señala Evelina Dagnino, en el proyecto político democrático participativo, se concibe como el eje de una práctica de la política que permite a los ciudadanos intervenir en los asuntos de interés colectivo a través de la creación de espacios públicos donde no solo se debaten, sino que se decidan y vigilen las políticas públicas de los gobiernos. Este proyecto político se sustenta en la teoría democrática respecto a la sociedad civil, del espacio público, la democracia deliberativa y la democracia participativa.

El 11 de septiembre del 2001 la Organización de los Estados Americanos OEA de la que forma parte el Estado mexicano, emitió el instrumento internacional denominado *Carta Democrática Interamericana*, en el que reconoce en su artículo 6 que *la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad, es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.* En ese contexto nos autoriza a señalar que el hablar de participación ciudadana es referirnos a un derecho humano que conlleva a comprender conceptos tales como democracia (directa e indirecta) y ciudadanía, esencialmente relacionados entre sí en una condición sine qua non.

Pero los problemas en la representatividad política por la que atraviesa la democracia mexicana y que ha sido contagiada al sistema político del Estado de Chiapas, ha orillado a los ciudadanos a utilizar mecanismos de participación ciudadana no formales, no vinculantes y fuera del marco de la ley, para hacer valer sus de-

económica y social que ha afectado a las economías de los países más desarrollados desde la última fase de la revolución industrial, www.actividadeseconomicas.org/2012/09/terciarizacion-de-la-economia.html

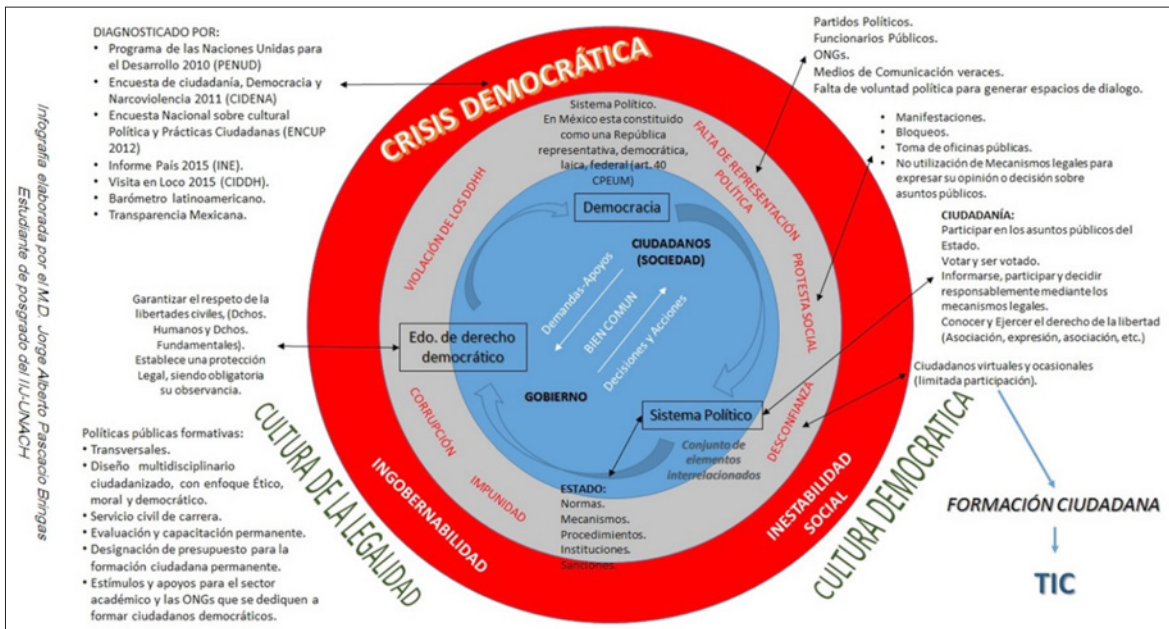
rechos y demandas de atención y solución de los problemas que aquejan históricamente el tejido social chiapaneco; esta participación ciudadana se ha presentado mediante acciones tales como bloqueos carreteros, manifestaciones, toma de vías públicas y oficinas gubernamentales, entre otros, que tienen como intención el de ejercer presión social a las autoridades para que sean atendidas sus demandas, pero al mismo tiempo genera un efecto que interrumpe la paz social del mismo pueblo chiapaneco, siendo la fuente de un nuevo problema social; ello porque tal acción de protesta genera la violación de derechos humanos y derechos fundamentales de diversos segmentos que integran la misma sociedad chiapaneca y que no forman parte de la manifestación y/o protesta.

Esta constante acción de manifestación ciudadana, producto de la crisis democrática que vive el Estado mexicano diagnosticada por diversos organismos públicos y privados, nacionales e internacionales, siendo uno de los más recientes el Informe País sobre la calidad de la ciudadanía 2015 emitido por el Instituto Nacional Electoral³ en el que se determina la desconfianza existente de los ciudadanos hacia sus representantes políticos e instituciones gubernamentales, poniendo a la luz pública y con carácter oficial, el desencanto de la sociedad respecto a los resultados negativos que ha tenido la democracia. Dicho diagnóstico arrojó las siguientes premisas: la ciudadanía no ha sido escuchada ni representada por la clase política; las decisiones gubernamentales son tomadas unilateralmente por los gobernantes y partidos políticos, sin tomar en cuenta la opinión de los ciudadanos; los escándalos políticos, gobiernos corruptos e ineficientes, han propiciado la desconfianza en el pueblo.

Derivado de la investigación con el título de *“La participación ciudadana en el Estado de Chiapas, desde la perspectiva de los Derechos Humanos”* que realice para

³ Córdoba, Lorenzo, Informe País sobre la calidad de la ciudadanía, Instituto Nacional Electoral y el Colegio de México, 2015, pp.

obtener el grado académico de Maestro en Derecho, los hallazgos cuantitativos y cualitativos obtenidos, me permiten compartirles la situación de la participación ciudadana desde la visión de los bloqueos carreteros y el estado de derecho, situación que merece el análisis y reflexión. En esa tesitura y para visualizar de manera abstracta la crisis democrática en México y no siendo la excepción el Estado de Chiapas, les comparto la siguiente infografía que integra la información obtenida en la investigación antes citada.



Del análisis anterior se observa que las premisas antes mencionadas han propiciado el descontento social y la participación ciudadana mediante acciones de protestas, fuera del marco de la ley y con tonos preocupantes de violencia que afectan la convivencia armónica y pacífica de la sociedad en el Estado de Chiapas.

Una fuente que genera este reclamo social la encontramos en el limitado desarrollo histórico del Estado de Chiapas, que impiden garantizar los derechos humanos y la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos y del pueblo chia-

paneco; ello lo podemos confirmar con las cifras y estadísticas oficiales en diversas materiales que señalan que la entidad ocupa a nivel nacional los últimos lugares en educación, salud, economía, productividad, fuentes de empleo, entre otras. Aunado a esos problemas, surgen otros de tipo social como la delincuencia, la violencia, la corrupción, el rezago económico y la falta de confianza en las instituciones públicas y así como entre los mismos integrantes de la sociedad, repercutiendo en las relaciones, confianza y comunicación entre las personas. Cuando las demandas sociales no son escuchadas por sus representantes políticos, responsables por ley en atenderlas, dan origen a nuevas problemáticas de carácter sociopolíticas que se expresan en relaciones tensas y en ocasiones violentas entre el Gobierno del Estado y la sociedad chiapaneca.

Esto lo podemos corroborarlo con los datos de las instituciones públicas estatales sobre los registros de manifestaciones públicas y toma de espacios públicos que han acontecido solamente en el año 2017 en el Estado de Chiapas, obtenidos en la investigación mediante las herramientas que proporciona la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su homóloga a nivel estatal, a quienes se le realizó la siguiente solicitud de información pública: ¿Cuántas y cuáles han sido las manifestaciones Públicas en el Estado de Chiapas realizadas por organizaciones de la sociedad civil y/o población en general, del año 2013 a la presente fecha, que generaron toma de vías públicas, oficinas gubernamentales, cierre de carreteras, bloqueos y similares? Para lo anterior mucho le agradeceré se indique la fecha, el lugar, el asunto o demanda social objeto de la manifestación o protesta, el nombre de la organización civil y/o población que organizó la manifestación, el número de personas que intervinieron activamente en la manifestación y la vía o mecanismo oficial que se utilizó para atender y solucionar el conflicto. De las respuestas obtenidas, procedimos a concentrarlas en la siguiente tabla comparativa*.

Manifestaciones públicas en el Estado de Chiapas de los habitantes y/o Organizaciones de la Sociedad Civil, que generaron toma de vías públicas, oficinas gubernamentales, cierre de carreteras, bloqueos y/o similares, en el 2017.							
Autoridad que se requirió Información	Folio de solicitud de Información	Acción derivada	Núm. total de acción ciudadana	Asunto o demanda social reclamada	Nombre de la organización d'vli o equivalente	Número total de personas que han intervenido en las manifestaciones.	Vía de solución del Conflicto
Secretaría General de Gobierno	217717						
Secretaría de Protección Civil	217417			Hasta el momento no ha brindado atención a la solicitud de información planteada	Inexistente. Manifiesta no tener información		
Fiscalía General del Estado	217617			Hasta el momento no ha brindado atención a la solicitud de información planteada			
Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana	217517	69 - Bloqueos. 15 - Toma de oficinas públicas. 01 - Toma de Gasolineras. 26 - Manifestaciones	111	Demanda de apoyos a estudiantes (pago de becas, instalaciones y otros apoyos); entrega de viviendas; frente contra reformas estructurales (Educativa y Energética); Cumplimiento de compromiso de campaña (obra pública, educación, salud, recursos, apoyos para el campo, seguridad pública, entre otros); Movilizaciones Nacionales (Derechos de la mujer, desaparición Forzada, Reformas Estructurales, liberación de presos políticos); Demanda de derechos laborales (Pensionados y jubilados, despidos injustificados); Contra el aumento de precio (gasolina, alimentos, luz, pasaje); Otorgamiento de recursos a ayuntamientos; Audiencias con autoridades; entre otros.	Pobladores, estudiantes, Ejidatarios, Sectores productivos (Ganadero, campesino, Pesquero, Trabajadores, Médicos, Maestros, Transportistas) Organizaciones de la Sociedad Civil (EZLN, MOCR, CNPA, Frente de lucha popular 29 de febrero, Org. Abejas, CIOAC, OCEZ, MLN, OPEZ, Unidos en Acción, Sindicatos (CNTE,SNTE, Salud, Burocrático,	14,274	57- Diálogo con autoridades. 22- Retiro voluntario sin ser atendidos. 24- Retiro voluntario. 02 - Retiro forzado. 06- Sin dato.

*Tabla de elaboración propia con información obtenida de las solicitudes de información pública.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

En la información antes señalada se observó serías limitantes presentadas por las instituciones gubernamentales a la ciudadanía, al momento de ejercer el derecho de acceso a la información pública, mismas que a continuación señalaremos:

1. De los 4 organismos gubernamentales a los que se les solicitó información, sólo 1 dio atención.
2. Del organismo que atendió la solicitud, esta presenta parcialidad de la información, al proporcionar únicamente información respecto al año 2017, cuando se le solicitó información desde el año 2013. Se desconoce los motivos por los que no proporciona la información restante.
3. Se observa la falta de la cultura de la Transparencia y Cultura de la legalidad por parte de los servidores públicos que representan las instituciones gubernamentales, restringiendo el derecho de acceso a la información pública de la sociedad, parte indispensable para una adecuada, informada y responsable participación ciudadana. Así mismo, refleja nula relación interinstitucional para contar con datos estadísticos unificados, importantes en la gobernanza.

En lo que respecta a la participación ciudadana en los asuntos públicos del Estado de Chiapas, los datos obtenidos presentan de manera general las siguientes premisas:

1. La sociedad chiapaneca si participa en los asuntos que le afectan, pero no la hace a través de los mecanismos de democracia directa señalados en la norma estatal.
2. Si existen asuntos relevantes en la agenda política del Estado, pendientes por atender y de someter a la opinión de la ciudadanía, mismos que no son atendidos, en forma ni de fondo, conforme al marco legal.

3. Las formas utilizadas por la ciudadanía chiapaneca al momento de manifestar su opinión e inconformidad, violentan los derechos fundamentales y humanos de otros sectores de la misma sociedad.
4. Las instituciones gubernamentales no utilizan, en la atención y solución de las demandas sociales, los mecanismos y procedimientos de participación ciudadana establecidos en la norma suprema estatal y el Código de Elecciones y Participación Ciudadana, lo que indica la falta de cultura de la legalidad.
5. Se alcanza a observar que el nivel socioeconómico de las personas que participan en las manifestaciones, es variado; por lo que la condición socioeconómica y cultural de la ciudadanía, no es limitante para que se propicie la participación ciudadana activa en el estado.
6. Cuando un sector se manifiesta, el resto de la sociedad presenta apatía en al sentir de los manifestantes, aun cuando los problemas también les afecta; lo que denota la ausencia de principios y valores democráticos, como lo son la tolerancia, el respeto, la solidaridad y el de informarse objetivamente sobre la problemática planteada por las partes.
7. La ciudadanía emite su opinión y problemas por canales no legales; lo que establece que no cuenta con una formación que propicie la cultura participativa democrática.

La razón es que en al momento de que un sector de la sociedad decide protestar, el resto de la sociedad se ve afectada en sus derechos, libertades y patrimonio, lo que representa un obstáculo más para el desarrollo y el bien común de sus integrantes; los sectores productivos, campesinos, turísticos, del transporte y en general las personas común y corriente resultan afectadas, propiciando descontento, malestar y confrontación,

ya no solamente por la falta de gobernanza, sino también por las consecuencias que producen las protestas y manifestaciones, viéndose afectados en su patrimonio y derechos.

Desarrollo

Cierto es que toda persona tiene derecho a la libre expresión de sus ideas así como a intervenir en los asuntos públicos, a lo que se le llama Derechos Políticos; pero de igual manera toda persona tiene derecho a la vida, seguridad, igualdad, libertad (de tránsito, pensamiento, creencias), a no 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), denominándose Derechos Civiles. Este derecho de participación se encuentra contemplado desde las normas internacionales en derechos humanos así como en la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos y la Constitución Política del Estado de Chiapas. Para identificarlos, nos dimos a la tarea de realizar el siguiente cuadro resumen.

Instrumentos internacionales de Derechos Humanos que contemplan la Participación Ciudadana				
Instrumento	Emisión	Ratificación México	Artículo	Descripción
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	02/05/1948 XX		XVII	Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.
				Toda persona, legalmente capacitada, tiene derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIAPAS

Declaración Universal de los Derechos Humanos	10/12/1948		21	Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	16/12/1966	24/03/1981	1	Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación . En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
			25	Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las restricciones mencionadas en el artículo 2 (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social), y sin restricciones indebidas de los siguientes derechos y oportunidades para participar en la dirección de los asuntos públicos directamente , o por medio de representantes libremente elegidos.
Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos	22/11/1969	24/03/1981	23	Derechos Políticos. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas; c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Carta Democrática Interamericana	16/09/2001 2003 6 27	2	La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad, conforme al respectivo orden constitucional.
		Establece que la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad; por lo que promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.	
		Los programas y actividades gubernamentales se dirigirán a promover la gobernabilidad, la buena gestión, los valores democráticos y el fortalecimiento de la institucionalidad política y de las organizaciones de la sociedad civil.	
Tabla de elaboración propia con datos tomados de cada uno de los Instrumentos Internacionales citados.			

Las normas internacionales señaladas establecen principios y valores mínimos en materia de derechos humanos, que se encuentran estrechamente interrelacionados con la democracia y la ciudadanía. Ahora bien y para el caso de Chiapas, el organismo facultado de la vigilancia e interpretación de los derechos humanos, sobre su respeto y garantía en su aplicación por parte de los países que han ratificado los instrumentos internacionales, es la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, considerado como un organismo judicial internacional de la Organización de los Estados Americanos con sede en San José de Costa Rica. Al respecto la Corte Internacional ha interpretado los derechos políticos como aquellos que reconocen y protegen el derecho y el deber de todos los ciudadanos de participar en la vida po-

lítica de su país⁴. En corolario ha indicado que *la participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente y organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa* (Castañeda, Corte IDH 2008b, 42, párr. 141) - y ha dicho que - *los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscito o consultas ...* (Castañeda, Corte IDH 2008b, 43, párr. 147). Así mismo, la Corte señaló (en Yatama, voto concurrente Juez Diego García. Sayán, Corte IDH 2005b, 4, párr. 16) que en la *Carta Democrática Interamericana* se enfatiza la importancia de la participación ciudadana como un proceso permanente que refuerza a la democracia; declarando en ella que *la democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional*. Esta declaración general adquiere un sentido teleológico⁵ fundamental para el desarrollo conceptual de los derechos políticos que la propia carta reproduce en su artículo 4º. Todo Ello configura un enfoque de expresión consensual que tiene relación directa con la interpretación y aplicación de una disposición amplia como la contenida en el artículo 23º de la Convención Americana.

En consecuencia a lo anterior, es necesario señalar los derechos fundamentales contemplados en el orden jurídico de México y consecuentemente del Estado de Chiapa, respecto a la participación ciudadana.

⁴ Informe Venezuela, CIDH 2009b, cap. II, párr.18.

⁵ El concepto de la teleología, lo define el diccionario de la Real Academia Española (RAE) como la doctrina centrada en las llamadas causas finales, es decir, los fines; esta rige por cuatro causas; la formal (que otorga el ser o algo), la material (la composición), la eficiente (lo que se provoca) y la final (indica para qué existe). En resumen puede entenderse como el análisis de los propósitos o de los objetivos que persigue un ser o un objeto.

El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, norma suprema del Estado Mexicano, establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por la Constitución, así como en aquellos tratados internacionales de los que sea parte. En su párrafo segundo establece que la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos se hará de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. En su tercer párrafo establece la obligación de todas las autoridades, en el ámbito de su respectiva competencia el promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y en consecuencia los derechos políticos de conformidad con los principios de universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad; en consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en términos de lo que establezca la Ley.

Con lo anterior se puede deducir que los criterios internacionales en materia de derechos humanos y específicamente de derechos políticos que norma la participación ciudadana tienen plena vigencia normativa en el Estado Mexicano y consecuentemente en el Estado de Chiapas, al formar parte de este, conforme lo establece el artículo 40 de la Ley suprema. De ahí que los derechos políticos en el Estado Mexicano tienen una doble concepción, desde el punto de vista de los instrumentos internacionales de derechos humanos así como derechos fundamentales al estar contemplados en la norma suprema del Estado Mexicano. Veamos el porqué de esta afirmación.

La base de la participación ciudadana la encontramos en el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se norma la primera regla constitucional del sistema democrático: *la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo, Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para*

beneficio de éste, el pueblo tiene en todo momento el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno. El objetivo del precepto constitucional, no es solamente la elección mediante el ejercicio del derecho al voto directo y universal para la elección de los miembros de los órganos democráticos representativos (legislativo y ejecutivo), sino además el involucramiento de la ciudadanía para que participe en la toma de decisiones de los asuntos públicos; lo anterior cumple, en teoría, con los criterios internacionales anteriormente señalados en materia de derechos humanos; Pero además señala la norma suprema que *el legislador tendrá la obligación de establecer los mecanismos constitucionales que la garanticen*, y en ese contexto el poder legislativo posibilita en la fracción VII del artículo 35 de la norma suprema, relativo a los derechos del ciudadano, a votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional.

Por su parte, el artículo 40 de la norma suprema establece literalmente que *es voluntad del pueblo mexicano constituirse en 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 establecida según los principios de esta ley fundamental.*

De igual manera el artículo 41 de la norma suprema señala que *el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interior, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.* Así mismo, en su apartado C punto 9, establece que *las elecciones locales de las entidades federativas, estarán a cargo de los organismos públicos locales en términos de la Constitución Federal, teniendo a su cargo la organización, desarrollo, cómputo y declaración de resultados en los mecanismos de participación ciudadana que prevea la legisla-*

ción local. El precepto anteriormente señalado reconoce la participación ciudadana y los mecanismos para su ejercicio legal, además de facultar a las entidades federativas en garantizar y utilizar dichos mecanismos de democracia directa.

Lo anterior confirma lo regulado en el artículo 115 de la Ley suprema que establece que *los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre conforme a las bases siguientes: [...] II. Los municipios estarán investidos de personalidad jurídica y manejarán su patrimonio conforme a la ley [...] tendrán facultades de aprobar los bandos de policía y buen gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que [...] aseguren la participación ciudadana y vecinal*. De lo se puede inferir que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla en su texto el derecho a la participación ciudadana mediante mecanismos de participación directa, en sus tres niveles de gobierno (federal, estatal y municipal); Por lo que atendiendo al principio de legalidad, el gobierno se encuentra plenamente facultado y obligado para garantizar y promover la participación ciudadana mediante los mecanismos directos de democracia.

En ese contexto, la Constitución Política del Estado de Chiapas es la norma suprema a nivel estatal donde se encuentran contemplados los derechos fundamentales del pueblo democrático chiapaneco, entre ellos los derechos civiles, políticos y económicos, y más específico el derecho a participar de los ciudadanos en la vida pública y política del Estado de Chiapas.

El artículo 1º establece las bases del sistema político en la entidad federativa, constituyéndose como *un Estado Democrático de composición pluricultural*. Siguiendo su lectura, el artículo 22 relativo a los derechos de los ciudadanos encontramos el derecho de la participación, en las siguientes fracciones: *II. Votar en las elecciones*

correspondientes e intervenir en todos los procesos de participación ciudadana de acuerdo con la legislación en la materia; IV. Tomar parte en los asuntos políticos del estado mediante la formulación de peticiones y la asociación libre y pacífica; y VII. Participar en las consultas relativas al presupuesto participativo de su municipio o del gobierno del estado conforme a la ley de la materia. Otro de los mecanismos legales contemplados en el texto constitucional estatal y que permiten legalmente la participación ciudadana directa es el Plebiscito, señalado en la fracción XXX del artículo 59 relativo a las facultades y obligaciones del Gobernador, que establece que *es facultad del ejecutivo convocarlo en términos de lo que señala la Constitución local y la Ley*, es decir, el Código de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas que establece en el artículo 599 los mecanismos o instrumentos directos de participación ciudadana, encontrando en su primera fracción al plebiscito y regulándolo en el artículo 606 que establece que *el Gobernador podrá consultar a los ciudadanos, por sí o a petición de éstos, para que expresen su aprobación o rechazo previo a actos o decisiones del propio Gobernador y de los Ayuntamientos, y que a juicio de estos últimos sean trascendentes para la vida pública del Estado.*

En este punto es necesario recalcar que el artículo 602 del Código de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas establece que *es obligación del Gobierno del Estado así como de los Gobiernos Municipales garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y habitantes del Estado, quien deberá de promover su participación y coadyuvar en su organización*; entendiéndose por Gobierno del Estado al Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Otro de los mecanismos de democracia directa contemplados en la legislación chiapaneca, es el Referéndum o Referendo. Anteriormente solo era contemplado en el Código de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas, pero a partir de la reforma del 29 de diciembre del año 2016 aparece dicha figura en la

Constitución Política del Estado, específicamente en la fracción XXXIV del artículo 45, como una atribución del Poder Legislativo de convocarlo en términos de la ley Secundaria. Esta última señala, en los artículos 599 fracción II y 615, que *es un instrumento de participación directa mediante el cual la ciudadanía chiapaneca manifiesta su aprobación o rechazo sobre la creación, modificación, derogación o abrogación de leyes propias de la competencia del Congreso del Estado.*

Respecto a la Iniciativa Popular, los artículos 599 fracción III y 636 del Código de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas establecen que *es un mecanismo de participación ciudadana por el que los ciudadanos del Estado de Chiapas presentan al Poder Legislativo del Estado proyectos de creación, modificación, reforma, derogación o abrogación de leyes o decretos o de carácter general dentro del ámbito de su competencia, estando el ciudadano a presentarla con un artículo que cumpla con técnicas jurídicas.*

La Consulta Ciudadana, otro de los instrumentos de participación ciudadana contemplado en el Código de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas, en los artículos 599 fracción IV y 642, establece que *es un instrumento de participación ciudadana a través del cual el Gobernador y las dependencias de la Administración Pública del Estado, someten a consideración de la ciudadanía por medio de preguntas directas, foros, o cualquier otro instrumento de consulta, cualquier tema que tenga impacto trascendental en los distintos ámbitos temáticos y territoriales en el Estado de Chiapas, sin contar con el carácter de vinculante.*

La Audiencia Pública, de igual manera la encontramos regulada en los artículos 599 y 645 del Código de Elecciones y Participación Ciudadana, que establecen que es un instrumento de participación ciudadana, por el que los habitantes habrán de ser recibidos y atendidas sus demandas por las autoridades competentes de los gobiernos Estatal y Municipal para tratar asuntos de interés público, teniendo como

objeto, por parte, de las autoridades la adopción de acuerdos que permitan la realización de actos tendentes al mejor ejercicio de la función pública así como evaluar el cumplimiento de los programas y actos de gobierno y propuestas de campaña. Su procedimiento y requisitos se encuentran contemplados en el capítulo VIII del Título Segundo denominado “De los instrumentos de participación ciudadana” de la norma reglamentaria estatal antes citada, destacando que esta será solicitada por una parte por los habitantes, la ciudadanía y organizaciones civiles quienes contarán con la asesoría por Ley del Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas la legal formulación; por otra parte será solicitada también por los representantes populares electos en el Estado de Chiapas y como mera situación facultativa pero con carácter no obligatoria por el Gobernador del Estado de Chiapas. Dicho en forma breve, este mecanismo es el camino legal para que los habitantes del Estado de Chiapas, manifiesten sus problemas y/o quejas que tengan que ver con la competencia del Poder Ejecutivo del Estado de Chiapas; por lo que de ser utilizada legal y eficazmente, con una adecuada difusión, información y educación ciudadana, nos encontraríamos en condiciones de resolver los severos problemas que ocasionan los plantones, manifestaciones y toma de espacios y vías públicas que han caracterizado a la entidad y que tanto retraso ha ocasionado en su desarrollo.

Por lo que respecta a la Consulta Popular, es necesario citar lo que la norma suprema en México establece en su artículo 35 fracción VIII, al referir que es un mecanismo mediante el cual los ciudadanos pueden intervenir en la discusión pública de los asuntos de trascendencia nacional de manera que su voluntad, vinculante conforme dicte la ley, pueda incidir en el debate y las decisiones que adoptan los órganos representativos del Estado. Por su parte, la Constitución Política del Estado de Chiapas, establece en el artículo 100 párrafo XI las facultades y obligaciones del Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana en materia de Consulta Popular,

remitiéndola a la ley de la materia. Al respecto el Código de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas, establece en los artículos 599 y 658 que la Consulta Popular *es el mecanismo de participación por el cual los ciudadanos ejercen su derecho, a través del voto emitido mediante el cual expresan su opinión respecto de uno o varios temas de trascendencia Estatal.*

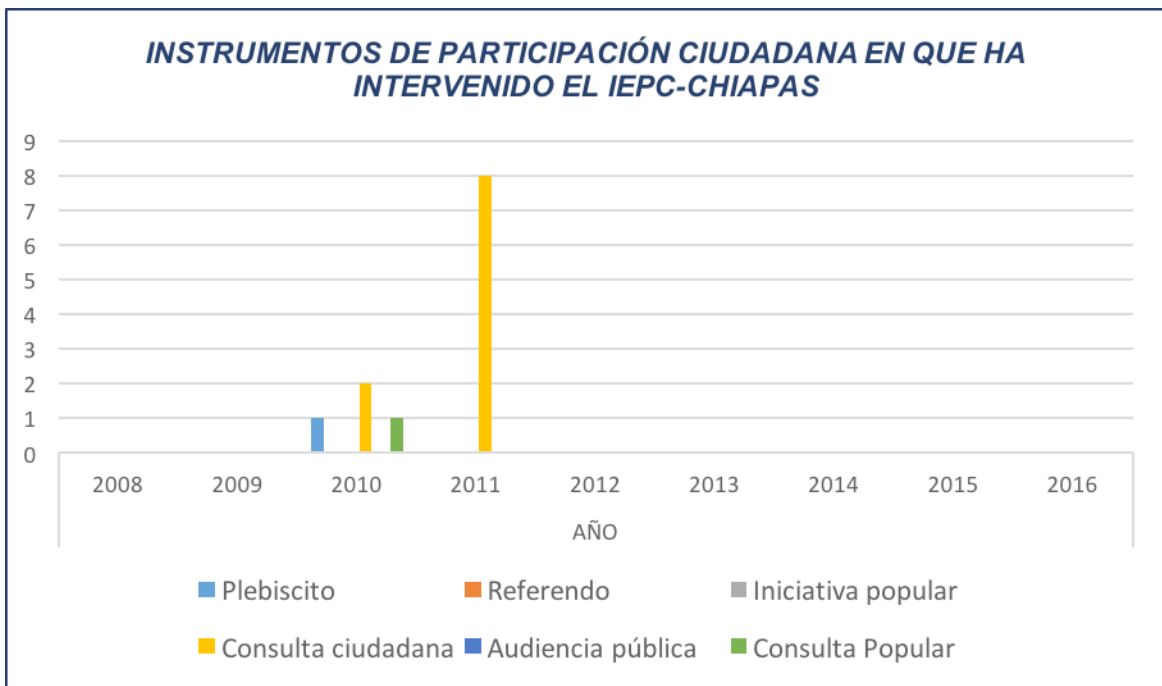
La Constitución Política del Estado en su artículo 101 establece la institución del Tribunal Electoral del Estado, señalando en su párrafo noveno la obligación del magistrado presidente y los magistrados electorales, a realizar tareas de investigación, docencia y difusión en la materia electoral y de participación ciudadana, durante el tiempo que transcurran entre dos tiempos electorales.

Por otra parte dentro de las facultades y obligaciones que la Constitución Local señala a los ayuntamientos, encontramos en su artículo 82 la *de aprobar de acuerdo a la ley, los Bandos de policía y Gobierno, Reglamentos, Circulares y disposiciones administrativas que aseguren la participación ciudadana y vecinal.*

Del examen anterior se advierte que, a manera de síntesis y con base a las consideraciones y disposiciones legales anteriormente citadas, la sociedad chiapaneca cuenta con un marco legal que le permite ejercer la participación ciudadana mediante los mecanismos de democracia directa, es decir, que nos encontramos en presencia de una democracia mixta (representativa y participativa), pero la realidad apunta a que dichas disposiciones se caracterizan por ser nominales más no normativas, ya que no son implementadas en los asuntos públicos del Estado de Chiapas.

Los datos obtenidos en la investigación de posgrado en derecho del suscrito, realizada a través de solicitudes de acceso a la información pública a diversos organismos del Gobierno del Estado de Chiapas y consulta a sus portales de transparencia y acceso a la información pública, arrojaron que no han sido utilizados, del año 2012 al 2017, los instrumentos de participación ciudadana señalados en la

ley. Al respecto el Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas⁶, organismo que tiene entre otros fines el de garantizar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos políticos electorales y garantizar su participación en los procedimientos electorales, promoviendo la cultura política y democrática de la ciudadanía chiapaneca; en su portal electrónico publico información sobre la incidencia de la participación ciudadana en el Estado de Chiapas a través de los mecanismos señalados en la norma, misma que me permito concentrar en la siguiente gráfica:

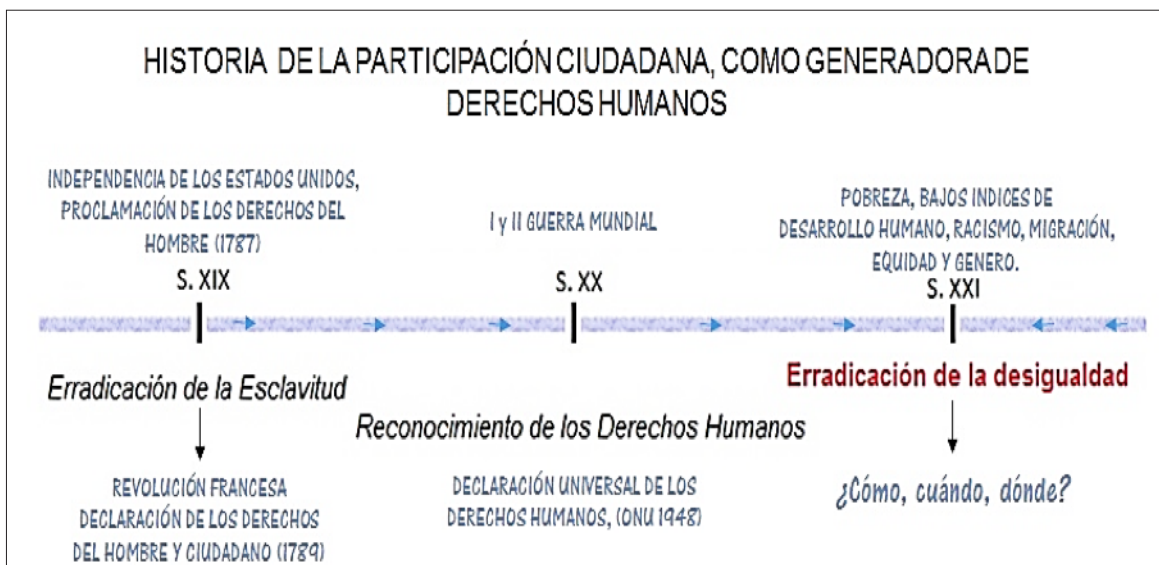


Los ejercicios de participación ciudadana que se han realizado en el Estado de Chiapas, versaron sobre temas relativos a tomar decisiones sobre el nombre de un municipio, elegir los integrantes de las asambleas de barrio, elección de 1 de 5 con-

⁶ Gráfica de propia autoría con información obtenida del Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas, consultada en portal electrónico el 26 de mayo del 2016, https://www.iepcchiapas.org.mx/archivos/transparencia/archivos/XVII/03_INSTRUMENTOS_DE_PARTICIPACION_CIUADADANA.pdf

sejeros del Consejo Estatal de Derechos Humanos, elección de Agentes y Subagentes Municipales en ejidos del Municipio de Tuxtla Gutiérrez, fiestas patronales, elección de Delegado Municipal, asignación de locales comerciales en mercado municipal, y sobre la construcción de la villa rural sustentable. Como podemos observar, los temas no corresponden a los retos que tiene la gobernanza en el estado de Chiapas, sin demeritar dichos eventos.

Entonces si el pueblo chiapaneco cuenta con un marco normativo que establece mecanismos legales de participación ciudadana ¿Qué limita la participación ciudadana en el Estado de Chiapas? La primera respuesta que nos asoma es que no existe en la ciudadanía una cultura democrática participativa que utilice los canales institucionales democráticos ni los mecanismos señalados para tal efecto en la ley porque no existen políticas públicas que formen ciudadanía participativa democrática; Es decir, la sociedad no se ha apropiado del derecho de participar en los asuntos públicos. Lo que determina a una sociedad democrática es la apropiación un derecho, que lo haga suyo, en este caso el de la participación en los asuntos públicos mediante mecanismos de democracia mixta (representativa y directa), dependiendo



de factores culturales, históricos, de lucha, de voluntad política y formación de ciudadanos; A manera de ejemplo podemos citar las experiencias dadas en diferentes sociedades democráticas, que nos permitimos representar en la siguiente infografía, elaborada para fines del presente trabajo:

Pero este argumento presenta un doble espejismo para el Estado de Chiapas, el de la falta de apropiación del derecho de participar democráticamente y el de la ausencia de formación de la sociedad para generar verdaderos ciudadanos democráticos que participen activa, ética, informada y responsable en los asuntos públicos. Ambos aspectos requiere tener mucho cuidado en su tratamiento, con la finalidad de no repetir las experiencias negativas relativamente recientes en diversas sociedades democráticas en el mundo⁷.

Respecto a que la sociedad chiapaneca no se apropiado del derecho de participar democráticamente en los asuntos públicos, un ejemplar hecho histórico del pueblo chiapaneco a la Nación mexicana demuestra lo contrario, conocido por todos como la anexión de Chiapas a México, acontecido el 12 de septiembre de año 1824, donde decidió por voluntad propia, a través de la figura de *Plebiscito*, pasar a formar parte de la Federación Mexicana. Fernando Serrano Migañón (1994)⁸, señala al respecto que en la primera mitad del siglo XIX, Chiapas estaba compuesto de 12 partidos, comprendiendo 104 pueblos y una población de 176,953 almas, los cuales llegado el 12 de septiembre de 1823 votaron como sigue: Por la unión con México 96,829, por la unión con Guatemala 64,400, no manifestaron su opinión 15,724. Como se puede observar, este ejercicio democrático tuvo una participación prácti-

⁷ Caso del plebiscito sobre el acuerdo de paz en Colombia en el 2016, El Referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea en el año 2016, El Referéndum de independencia de Cataluña España 2017.

⁸ Serrano Migañón, Fernando, *Anexión de Chiapas a la Federación Mexicana, en la Rebelión en Chiapas y el Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAN, 1994, p. 244.

camente total de la población chiapaneca; votó el 91.1% de la población, con sólo la abstención de un reducido 8.9%. De los pobladores que acudieron a emitir su voto el 54.7 % señalaron su deseo de pertenecer a la Federación Mexicana y el 36.4 % con Guatemala. Loable es señalar que la historia del pueblo chiapaneco nos presenta una lección de *participación ciudadana* así como de *voluntad política* que permita su ejercicio, en un entorno incierto y violento de independencia colonial, que no contaba con figuras como los Derechos Humanos, Derechos Civiles y Políticos, Derechos Fundamentales, ni con una compleja base legal e institucional, con presupuestos multibillonarios, como se caracteriza la democracia para los partidos políticos que vive el pueblo chiapaneco.

Ahora bien, respecto a la formación de la sociedad para generar verdaderos ciudadanos democráticos, dicha encomienda se encuentra a cargo del Gobierno del Estado de Chiapas, conforme lo establece los artículos 82 y 101 de la Constitución Política del Estado de Chiapas así como el artículo 602 del Código de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas que establece que es obligación del Gobierno del Estado (Ejecutivo, legislativo, Judicial y órganos autónomos) así como de los Gobiernos Municipales quienes deben garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y habitantes del Estado, promoviendo su participación y coadyuvando en su organización.

En ese contexto nos dimos a la tarea de investigar las acciones y avances con que se cuentan la entidad chiapaneca en la formación de ciudadanos democráticos, mediante solicitudes de transparencia y acceso a la información pública, realizadas a las instituciones públicas estatales con competencia en la materia que nos ocupa, arrojando las siguientes respuestas de los sujetos obligados por ley, y que concentramos para un mejor análisis en los siguientes cuadros comparativos:

¿Qué acciones y/o programas se han implementado del 2011 a la fecha, en materia de educación cívica, para los habitantes del Estado de Chiapas que propicien y promuevan la participación ciudadana, específicamente en materia de derechos políticos e instrumentos de participación ciudadana (Plebiscito, Referendo, Iniciativa Popular, Consulta Ciudadana, Audiencia Pública, Consulta Popular)?

Sujetos Obligados	Respuesta	Respaldo Documental
Poder Legislativo	Inexistente-Ninguna	Acuerdo de Transparencia de fecha 30 de agosto del 2016
Poder Ejecutivo	Inexistente-Ninguna	Vía PNT Transparencia
Secretaría de Educación Pública de Chiapas	Inexistente-Ninguna	Acuerdo de Transparencia de fecha 31 de agosto del 2016
Secretaría de Planeación, Gestión Pública y Programas de Gobierno de Chiapas.	Inexistente-Ninguna	Acuerdo de Transparencia de fecha 10 de agosto del 2016
IEPC Chiapas	Inexistente-Ninguna	Oficio IEPC.SE.DEOE.210.2016
Ayuntamiento San Cristóbal de las Casas, Chis.	Inexistente-Ninguna	Recurso de Revisión en el que otorga amonestación pública, expediente 106-A/PNT/2016
Ayuntamiento de Tuxtla Gutiérrez, Chis.	Inexistente-Ninguna	Acuerdo de Transparencia de fecha 29 de agosto del 2016
Ayuntamiento de Tapachula, Chis.	Inexistente-Ninguna	Oficio s/n emitido por el Secretario General del Ayuntamiento de fecha.

¿En los programas educativos en materia de civismo u otra materia (mencionar cual), en todos los niveles educativos (primaria, secundaria, preparatoria y/o bachillerato y profesional), en el estado de Chiapas, contempla la enseñanza de los instrumentos de participación ciudadana (Plebiscito, Referendo, Iniciativa Popular, Consulta Ciudadana, Audiencia Pública, Consulta Popular)? De ser positiva la respuesta indicar de qué manera y si existe traducción para las lenguas indígenas del Estado de Chiapas.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Sujetos Obligados	Respuesta	Respaldo Documental
Poder Legislativo	Inexistente-No	Acuerdo de Transparencia de fecha 30 de agosto del 2016
Poder Ejecutivo	Inexistente-No	Vía PNT Transparencia
Secretaría de Educación Pública de Chiapas	Inexistente-No	Acuerdo de Transparencia de fecha 31 de agosto del 2016
Secretaría de Planeación, Gestión Pública y Programas de Gobierno de Chiapas.	Incompetencia-No	Acuerdo de Transparencia de fecha 10 de agosto del 2016
Secretaría para el Desarrollo Sustentable de los Pueblos Indígenas de Chiapas.	Incompetencia-No	Acuerdo de Transparencia de fecha 15 de agosto del 2016

¿Cuál es el monto autorizado y ejercido, para ese sujeto obligado de recursos públicos, desde el año 2011 hasta la presente fecha, para la promoción de los derechos políticos de los ciudadanos y vecinos inscritos en el padrón electoral y para todos en general, en el estado de Chiapas?

Sujetos Obligados	Respuesta	Respaldo Documental
Poder Legislativo	Inexistente-Ninguno	Acuerdo de Transparencia de fecha 30 de agosto del 2016
Poder Ejecutivo	Inexistente-Ninguno	Vía PNT Transparencia
Secretaría de Educación Púb. de Chiapas	Inexistente-Ninguno	Acuerdo de Transparencia de fecha 31 de agosto del 2016
Secretaría de Planeación, Gestión Pública y Programas de Gobierno de Chiapas.	Inexistente-Ninguno Presupuestalmente no existe programa con recurso autorizado y ejecutado en dicha materia.	Acuerdo de Transparencia de fecha 10 de agosto del 2016

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIAPAS

Secretaría para el Desarrollo Sustentable de los Pueblos Indígenas de Chiapas.	Incompetencia-Ninguno	Acuerdo de Transparencia de fecha 15 de agosto del 2016
IEPC Chiapas	Inexistente-Ninguno No cuenta con un presupuesto autorizado de manera desglosada para la promoción de los derechos políticos de los ciudadanos.	Oficio IEPC.SE.DEOE.210.2016
Ayuntamiento San Cristóbal de las Casas, Chis.	Inexistente-Ninguno	Recurso de Revisión en el que otorga amonestación pública, expediente 106-A/PNT/2016
Ayuntamiento de Tuxtla Gutiérrez, Chis.	Inexistente-Ninguno	Acuerdo de Transparencia de fecha 29 de agosto del 2016
Ayuntamiento de Tapachula, Chis.	Inexistente-Ninguno	Oficio s/n emitido por el Secretario General del Ayuntamiento.

¿Ese sujeto obligado ha participado y/o utilizado, del año 2011 a la presente fecha, los instrumentos de participación ciudadana contemplados en el artículo 599 del Código de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas?

Sujetos Obligados	Respuesta	Respaldo Documental
Poder Legislativo	Inexistente-Ninguno	Acuerdo de Transparencia de fecha 30 de agosto del 2016
Poder Ejecutivo	Inexistente-Ninguno	Vía PNT Transparencia
Secretaría de Educación Pública de Chiapas	Inexistente-Ninguno	Acuerdo de Transparencia de fecha 31 de agosto del 2016
Secretaría de Planeación, Gestión Pública y Programas de Gobierno de Chiapas.	Inexistente-Ninguno	Acuerdo de Transparencia de fecha 10 de agosto del 2016

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Secretaría para el Desarrollo Sustentable de los Pueblos Indígenas de Chiapas.	Inexistente-Ninguno	Acuerdo de Transparencia de fecha 15 de agosto del 2016
Instituto de Elecciones y participación ciudadana IEPC Chiapas	Positiva 6 Consultas Ciudadanas en 2011. 1 Consulta Ciudadana 2014	Oficio IEPC.SE.DEOE.210.2016
Ayuntamiento San Cristóbal de las Casas, Chis.	Positiva 3 Consultas ciudadanas en el 2016	Recurso de Revisión en el que otorga amonestación pública, expediente 106-A/PNT/2016. Oficio DCC.OD.AGO.02216
Ayuntamiento de Tuxtla Gutiérrez, Chis.	Positiva Audiencias Públicas (jueves de audiencia ciudadana) del 2011 a la fecha.	Acuerdo de Transparencia de fecha 29 de agosto del 2016
Ayuntamiento de Tapachula, Chis.	Inexistente-Ninguno	Oficio s/n emitido por el Secretario General del Ayuntamiento de fecha.

En cumplimiento al artículo 602 del Código de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas ¿Qué acciones y/o mecanismos ha implementado ese sujeto obligado, del 2011 a la presente fecha, para garantizar y promover en la ciudadanía los instrumentos de participación ciudadana contenidos en el artículo 599 del Código de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas?

Sujetos Obligados	Respuesta	Respaldo Documental
Poder Legislativo	Inexistente-Ninguna	Acuerdo de Transparencia de fecha 30 de agosto del 2016
Poder Ejecutivo	Inexistente-Ninguna	Vía PNT Transparencia
Secretaría de Educación Pública de Chiapas	Inexistente-Ninguna Solo ejecuta, supervisa y coadyuva con los programas y acciones de la SEP Federal.	Acuerdo de Transparencia de fecha 31 de agosto del 2016 Tarjeta Informativa de fecha 11 de agosto de 2016

Secretaría de Planeación, Gestión Pública y Programas de Gobierno de Chiapas.	Inexistente-Ninguna Desde el punto de vista presupuestal no existe un programa con recursos autorizados en materia de participación ciudadana.	Acuerdo de Transparencia de fecha 10 de agosto del 2016
Secretaría para el Desarrollo Sustentable de los Pueblos Indígenas de Chiapas.	Incompetencia-Ninguna	Acuerdo de Transparencia de fecha 15 de agosto del 2016
IEPC Chiapas	Inexistente-Ninguna	Oficio IEPC.SE.DEOE.210.2016
Ayuntamiento San Cristóbal de las Casas, Chis.	Inexistente-Ninguna	Recurso de Revisión en el que otorga amonestación pública, expediente 106-A/PNT/2016
Ayuntamiento de Tuxtla Gutiérrez, Chis.	Inexistente-Ninguna	Acuerdo de Transparencia de fecha 29 de agosto del 2016
Ayuntamiento de Tapachula, Chis.	Inexistente-Ninguna	Oficio s/n emitido por el Secretario General del Ayuntamiento de fecha.

De la información diagnosticada anteriormente, sin duda alguna encontramos que son dos los obstáculos que resaltan para el pleno ejercicio del derecho a participar en los asuntos públicos: la falta de voluntad política y la ausencia de políticas públicas y presupuesto etiquetado a la formación y construcción de ciudadanos participativos democráticos, situación que se refleja en la siguiente tabla:

Situación del Gobierno del Estado en materia de participación ciudadana del 2011-2017	
Conceptos	Estatus Actual
Marco Legal	El Gobierno del Estado cuenta con un marco legal que permite la participación ciudadana mediante los mecanismos de democracia directa.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Construcción de ciudadanía participativa	No existen políticas públicas, programas gubernamentales, ni material didáctico formativo que promuevan y construya ciudadanía participativa en los asuntos públicos del estado.
	No existe presupuesto autorizado en materia de formación y construcción ciudadana participativa democrática.
	No se cuenta con programas educativos, con materias y material didáctico de derechos políticos específicamente de participación ciudadana directa.
Cultura democrática participativa y cultura de la legalidad	El Gobierno del Estado no utiliza los mecanismos directos de participación ciudadana establecidos en la Constitución y en la ley reglamentaria.
Discrecionalidad en el actuar Estatal en la promoción de la participación ciudadana activa mediante mecanismos de democracia directa	El Gobierno del Estado cuenta con la obligación de promover la participación ciudadana, mas no cuenta con organismo facultado para sancionar el incumpliendo de dicha obligación.
	No existe una coordinación en las acciones y programas de las instituciones públicas que permitan la construcción de ciudadanía ni su participación activa, mediante los mecanismos directos de participación ciudadana.

Aunado a lo anteriormente señalado, lamentables son los acontecimientos en el Estado, relativamente recientes, que sin lugar a duda formarán también parte de los registros de la historia democrática de Chiapas. Eventos tales como la destitución de consejeros del IEPC por parte del INE en el año 2016, por irregularidades en el proceso electoral de diputado migrante⁹; la problemática de legitimidad del cargo de la presidenta municipal de Oxchut, que llevo a sus pobladores indígenas a demostrar su descontento en los asuntos públicos secuestrando al presidente del honorable Congreso del Estado, obligándolo a que renunciara la alcaldesa y a poner a la persona que el pueblo quería como Presidente Municipal, situación que género la intervención del Tribunal Federal Electoral que ordenó al Congreso del Estado su inmediata reincorporación en el cargo para el que fue democráticamente electa durante el proceso electoral 2014-2015¹⁰; El homicidio de 5 funcionarios

⁹ Véase TRIFE, <http://portal.te.gob.mx/noticias-opinion-y-eventos/resumen/0/1463115600>

¹⁰ Véase TRIFE, <http://portal.te.gob.mx/prensa/resumen-informativo/sintesis-informativa-1202>

del cabildo entre ellos el Presidente Municipal de San Juan Chamula, en medio de una manifestación de dos mil habitantes de 30 comunidades indígenas¹¹; la Reforma Educativa y el profesorado de la CNTE en Chiapas, que ha generado un descontento del resto de la sociedad y los sectores productivos que la integran por las constantes violaciones al derecho de libertad de tránsito y otros derechos fundamentales del resto de los ciudadanos, ocasionados por las manifestaciones, protestas, toma de vías de comunicación públicas, instituciones gubernamentales, centros comerciales, cierre de escuelas y suspensión de clases, entre otros pero siendo el más grave el de privarle a la infancia chiapaneca el derecho a la educación; y otros tantos más que han acontecido en tiempos recientes.

Estos problemas pudieron ser resueltos con voluntad política de quienes gobiernan con la legitimidad del pueblo, si se usarán los mecanismos legales de participación ciudadana, es decir si se contara con una cultura democrática y cultura de la Legalidad; pero pareciera que el estado de derecho¹² es inoperante, lo que fomenta la crisis democrática en la entidad chiapaneca. Al respecto necesario es recordar lo señala por el jurista italiano Luigi Ferrajoli¹³, *los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas*.

Queda claro que la participación ciudadana por el camino de la legalidad, el orden, la información, el diálogo, el debate, la deliberación y en consecuencia la legitimación de los actos de los gobernantes, se ha trasladado a un escenario inexistente e inoperante en el Estado de Chiapas, caracterizado por el hartazgo, desesperación e

¹¹ Véase periódico electrónico Animal Político, <http://www.animalpolitico.com/2016/07/asesinan-al-alcalde-san-juan-chamula/>

¹² Se entiende por estado de derecho aquel cuyo poder se encuentra determinado por preceptos legales, de tal modo que no puede exigir de sus miembros ninguna acción y omisión que no tenga su fundamento en la existencia de una norma jurídica preestablecida. La expresión equivale a la de Estado Constitucional y con esta denominación es también establecida. Véase Rafael de Pina, *Diccionario de Derecho*, México, Porrúa, 2013, p.276.

¹³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 15-34.

incredulidad del pueblo hacia sus instituciones públicas, lo que genera inseguridad, zozobra, inestabilidad social y política, poniendo en riesgo la gobernabilidad, por las siguientes premisas:

1. El pueblo no se sienten escuchado y ni representado por sus gobernantes.
2. Poca o nula Participación Ciudadana mediante los mecanismos legales y vinculantes establecidos.
3. Falta de cultura de la legalidad, cívica y democrática.

Ello autoriza a concluir que diversos sectores de la sociedad chiapaneca recurren, como único recurso a su alcance, a las manifestaciones y bloqueos carreteros y de instalaciones públicas, utilizando dichas prácticas con base a los derechos humanos y que a simple vista parecen legítimas por ser el medio que cree que serán escuchados; Pero el resto de la sociedad demuestra apatía convirtiéndose a lo que llamo simplemente ciudadanos virtuales. La omisión en la atención integral del Estado está generando un nuevo problema social, el de la confrontación de la misma sociedad al verse colisionados sus derechos bajo la mirada pasiva de sus representantes políticos; Encontrando por una parte a un sector social que mediante sus ciudadanos demanda por medio de las protestas y manifestaciones que se les respeten sus derechos y se solucionen sus problemas, pero por otra parte encontramos al resto de los ciudadanos de la misma sociedad violentándose sus derechos humanos y fundamentales por los ciudadanos que protestan.

Conclusión

El marco legal con que cuenta el Estado de Chiapas, en materia de participación ciudadana se caracteriza por ser de carácter *nominal* y no normativa, por encontrarse

en una esfera ideal más no real y practica que construya y propicie verdadera ciudadanía participativa y Democracia. Al respecto señala Barceló Rojas¹⁴, Doctor en derecho y destacado jurista mexicano, que las Constituciones nominales se caracterizan por dos razones: la primera, porque se caracterizan por tener un diseño institucional para evitar que efectivamente ciertos derechos políticos e instituciones públicas sirvan para controlar el ejercicio del poder; y, la segunda, porque además se interpretan de forma tal que se pervierte el significado real del lenguaje constitucional. Las Constituciones estatales de la República mexicana, en esta primera década del siglo XXI, no han servido hasta ahora como instrumento democrático eficaz para la regulación de las relaciones de poder. Las Normas electorales secundarias, y no la Constitución estatal, son verdadera fuente de donde emana el poder político de los estados; una vez en el poder, el gobernador en turno lo ejerce en forma autoritaria, constituyendo la categoría que Loewenstein denomina “demoautoritarismo”. Este subtipo de sistema autoritario equivale a ejercer el poder en forma arbitraria, sin rendir cuentas y sin sujeción a control político y jurídico alguno.

El Estado de Chiapas requiere de ciudadanos y gobernantes formados entorno a la cultura democrática y la cultura de la legalidad, siendo la única manera de lograr la gobernanza y consecuentemente el desarrollo y la estabilidad social chiapaneca.

La ausencia del Estado de Derecho, en situaciones de manifestaciones y protesta social, genera la confrontación entre los mismos ciudadanos, lo que a su vez irrumpe la convivencia y paz social, ideal que busca un verdadero Estado Democrático.

La colisión de derechos de los ciudadanos chiapanecos que se genera en el marco de las manifestaciones y protesta social, es un problema que debe ser atendido integralmente por el Gobierno de Chiapas, aplicando las leyes bajo los están-

¹⁴ Barceló Rojas, Daniel Armando, *Federalismo y Derecho Estatal Mexicano*, en Historia de las Instituciones Jurídicas, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, pp. 51-53, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3868/5.pdf>

dares, protocolos y restricciones que marque la propia constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tal como lo señala el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La participación ciudadana es un derecho humano y fundamental, , no garantizado, promovido o utilizado en el Estado de Chiapas del 2010 a la fecha, mediante los mecanismo legales; su regulación y redacción ambigua y nominal conlleva únicamente a la interpretación a conveniencia de la voluntad política de la clase gobernante bajo la ignorancia del pueblo, confirmándose lo señalado por el teórico y jurista italiano Luigi Ferrajoli: “*Los derechos son un papel, si no se incluyen garantías adecuadas*”.

El origen de la falta de cultura democrática participativa y de la cultura de la legalidad en el Estado de Chiapas la encontramos en la ausencia de voluntad política de la clase gobernante para crear, desarrollar, mantener y sostener políticas públicas destinadas a la formación y creación de verdaderos ciudadanos que integren una sociedad democrática y próspera. El daño causado por tal omisión está hecho en cada generación de ciudadanos chiapanecos del pasado, presente y futuro, lo que seguirá impactando en el tan anhelado desarrollo integral del hermoso Estado de Chiapas. Ya lo refirió el honorable e histórico chiapaneco Belisario Domínguez (1863-1913 d.C)¹⁵, quien señaló en su discurso como senador por el Estado de Chiapas contra Victoriano Huerta el 22 de septiembre de 1913 que *si cada uno de los mexicanos hiciera lo que le corresponde, la patria estaría salvada*.

¹⁵ Véase discurso completo, http://www.espacioimasd.unach.mx/breviarios/pdf/Discurso_belisario.pdf

Referencias

- Barceló Rojas, Daniel Armando, *Federalismo y Derecho Estatal Mexicano*, en *Historia de las Instituciones Jurídicas*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, pp. 51-53, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3868/5.pdf>
- Córdoba, Lorenzo, *Informe País sobre la calidad de la ciudadanía*, Instituto Nacional Electoral y el Colegio de México, 2015, pp.
- Domínguez, Belisario, *Primer discurso en el Senado de la República Mexicana*, México, UNAM, consultado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2714/14.pdf>
- Dagnino, Evelina, ensayo *La Disputa por la Construcción Democrática en América Latina en Cuadernos para la Democratización*, México, Centro de Investigaciones Superiores en Antropología Social (CIESAS), 2006, pp. 47-73, en: <http://controlatugobierno.com/archivos/bibliografia/olveradisputa.pdf>
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 15-34.
- Informe Venezuela, CIDH 2009b, cap. II, párr.18.
- Serrano Migañón, Fernando, *Anexión de Chiapas a la Federación Mexicana*, en *la Rebelión en Chiapas y el Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAN, 1994, p. 244.

INFLUENCIA DE LA JURIMETRÍA EN LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MEXICANA

José Juan Pérez Ramos

Resumen

El presente artículo advierte los alcances que se pueden obtener mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información (TIC's) en la función jurisdiccional, en el marco del compromiso internacional contraído por el Estado mexicano de que los jueces nacionales apliquen el control difuso de convencionalidad en todas sus resoluciones.

Abstract

This article reviews the effects and improvements that can be made using new technology in the judicial function, it considers these advancements through the lens of the Mexican state's commitment that the judges uphold the common law in all their resolutions.

Sumario

I.- Introducción; II.- Diferenciación de conceptos; III.- Recepción del Control Difuso de Convencionalidad en México; IV.- Propuesta del uso de las TIC's en el ejercicio jurisdiccional; V.- Conclusiones, y; VI.- Fuentes.

I. Introducción

No son los filósofos, sino los que se dan a la marquetaría y los coleccionistas de sellos, quienes constituyen la espina dorsal de la humanidad.

Aldous Huxley en “Un mundo feliz”.

Los avances tecnológicos que la sociedad moderna ha experimentado en las últimas décadas han traído consigo el nacimiento de una nueva era de la información, caracterizada por la enorme cantidad de datos que se comparten en las plataformas digitales y la facilidad con la que éstos pueden ser consultados.

Como lo señala Mark Prensky¹, la brecha que separa a las nuevas generaciones de los antiguos va más allá de la indumentaria, música o cultura de la época, las diferencias se acentúan en el uso de la tecnología y su influjo en las relaciones humanas.

La Tecno Era se manifiesta en casi todas las esferas de la vida societaria, al grado de que en la actualidad no existe ápice de actividad en la que no se inmiscuya un remanente tecnológico, desde las acciones más sencillas, como la programación de una alarma de un reloj despertador, hasta las transacciones comerciales más complejas que se realizan en Wall Street.

En 1997 Giovanni Sartori señaló, en su *Hommo Viddens*², el advenimiento de una “sociedad teledirigida” caracterizada por el imperio de las nuevas tecnologías, primero la televisión y posteriormente las computadoras y teléfonos inteligentes, al grado de que resultaría tan fácil perder el hilo conector con la realidad fáctica.

Por otro lado, el politólogo italiano se ocupó en destacar la faceta positiva de

¹ Véase la traducción al español del artículo “*Nativos e Inmigrantes Digitales*”, en [http://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](http://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf)

² Sartori, Giovanni, “*El Homo Videns*”, Taurus, Barcelona, 1997.

esta revolución científica, acentuando las ventajas que se obtienen cuando dichos avances pueden ser utilizados para educar la mente y el espíritu.

En esa óptica, el presente ensayo versará sobre la importancia de canalizar las tecnologías de la información en la impartición y procuración de justicia en nuestro país, campo en el que es urgente modernizar los procesos institucionales, con la finalidad de acercar la justicia al ciudadano de la era digital.

II. Diferenciación de conceptos

No es tarea fácil explicar la significación de las categorías emergentes que suponen la evolución de las TIC's, especialmente cuando de hacer una simbiosis entre derecho y tecnología se trata.

En este apartado abordaremos la explicación de los dos grandes axiomas propuestos por la revolución tecnológica en el campo de la exploración jurídica.

a. Informática jurídica

La Real Academia de la Lengua Española define a lo informático como aquel “conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la **información** por medio de **computadoras**”³. Énfasis añadido.

De esta lectura sobresalen dos elementos trascendentales para el abordaje de la temática en cuestión, en primer lugar, la información, que puede ser comprendida como el conjunto de datos que aportan conocimiento sobre un asunto especial en un lugar y tiempos determinados.

³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, asequible en: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=LY8zQy3>

Adviértase que la información es relativa, por ejemplo, no son los mismos datos que se tienen en nuestros días sobre la composición del sistema planetario en comparación a los de hace una década.

Y por otro lado las computadoras, instrumento necesario para el almacenamiento, divulgación y protección de la información.

El binomio *máquina-hombre* ha gestado las condiciones idóneas para el nacimiento de la era de la información que, a la opinión de Marco Antonio Besares Escobar, está “(...) caracterizada por el dinamismo de las tecnologías de la información y la comunicación y la **masiva producción de información a velocidades y cantidades** inusitadas, surgen nuevas formas de convivencia entre los integrantes de una nación y los de la aldea internacional⁴”. *Negritas añadidas.*

Siguiendo la línea de pensamiento de Julio Téllez Valdez⁵ podemos afirmar que, informática jurídica, es “**el conjunto de técnicas interdisciplinarias que tienen como finalidad la aplicación de las computadoras** (o cualquier otro equipo que procese información de manera electrónica) en la toma de decisiones jurídicas”.

La jurimetría se erige pues como una técnica al servicio del jurista, que puede ser aplicada en todos los ámbitos en los que el derecho tiene resonancia, con resultados positivos, desde la elaboración de una sentencia hasta la enseñanza del derecho, mediante la adquisición de información y presentación a través de los contenidos audiovisuales más novedosos.

⁴ “*Tópicos de Derecho Informático*”, P. 18, UNACH-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015.

⁵ Derecho Informático, p. 1118, disponible en: <file:///F:/Doctorado%20IV%20Generación/Introducción%20al%20Derecho%20Informático%20de%20Téllez%20Valdez.pdf>

b. Derecho Informático

Por otro lado, no debemos confundir a la informática jurídica con el derecho informático, puesto que la primera pretende ser un recurso del que se vale el operador jurídico y la segunda una especialización de la ciencia que tiene su propio campo de estudio.

Su objeto será la regulación de las actividades que se producen en el mundo del ciber-espacio, en el que se están tipificando nuevas figuras delictivas que demandan la atención del estudioso, sólo por ejemplificar mencionaremos el conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, la perturbación e infiltración en las fuentes de datos con el *hackeo* a las cuentas personales o institucionales, entre otras ya contenidas en el Capítulo II del Título IX del Código Penal Federal.

III. Recepción del control difuso de convencionalidad en México

Los modelos de control constitucional pueden definirse como el “conjunto de normas e instituciones jurídicas cuya finalidad es mantener la permanencia y eficacia de la constitución⁶”.

Para lograr este cometido se han propuesto diferentes modelos de control constitucional que han sido desarrollados a con el devenir del tiempo, siendo los más destacados los siguientes:

III.I Control concentrado o “Kelseniano”

Como su pseudónimo lo advierte, el control concentrado surge por la influencia de la filosofía de Hans Kelsen en los primeros años del siglo XIX. El control de la consti-

⁶ Castro y Castro, Juventino V., “*Biblioteca de amparo y derecho constitucional*”, Vol I, Edit. Oxford University Press, México, 2001, p. 192.

tución se <concentra> en un solo tribunal que a su vez es independiente del Poder Judicial, se realiza de manera abstracta, lo cual significa que no asiente la existencia de un litigio previo y la sentencia resultante consigna efectos *erga omnes*.

III.II. Control difuso o “Americano”

A *contrario sensu*, este modelo concede la facultad, a todos los jueces, sin distingo de cargo, materia, jerarquía o cuantía, para decidir si las normas que conforman el *corpus iuris* pasan el tamiz constitucional.

La norma que se objeta inconstitucional debe ser inaplicada de inmediato por el juez que la identifica.

III.III. Control mixto

Existe también una postura intermedia denominada mixta, adoptada en nuestro país en la que se bifurcan las acciones de tutela como las funciones de control constitucional entre los órganos de justicia.

Para tal efecto se instituye una Corte Constitucional de carácter jurisdiccional, independiente de los demás órganos del Estado, de cuyas declaratorias de inconstitucionalidad se originan efectos generales, a través de los medios de control constitucional establecidos en la propia constitución⁷.

Es un sistema mixto porque:

“En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad,

⁷ A saber: el juicio de amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, el juicio para la protección de los derechos políticos electorales y el juicio de revisión constitucional electoral.

dad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes [...] es un sistema concentrado en una parte y difuso en la otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional.⁸ [Negritas añadidas.]

III.IV. Control difuso de convencionalidad ex-officio

La primer característica que llama a nuestra atención es que, si previamente el control de la constitución se había concebido como la adecuación de las leyes secundarias a la norma superior, mediante el control convencional difuso, las disposiciones de origen interno (constitución, leyes, reglamentos, etc.) deben conciliarse con los propósitos de las convenciones firmadas y ratificadas por el Estado mexicano.

En primer lugar –y de allí toma su nombre- con la Convención Americana de Derechos Humanos o “Pacto de San José⁹” y en seguida con los demás protocolos adicionales e instrumentos que protegen los derechos humanos en el hemisferio.

Para reafirmar lo previamente escrito se trae a colación la letra fiel de los criterios interpretativos¹⁰ del expediente varios 912/2010 de la SCJN que señalan contundentemente:

⁸ [TA] P.LXX/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, t. I, diciembre del 2011, p. 557.

⁹ En adelante CADH.

¹⁰ [TA] LCVIII/2011 (9ª.) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Pleno, Libro III, t. I, diciembre del 2011, p. 551.

El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la siguiente manera:

1. Todos los derechos humanos contenidos en la constitución federal (con fundamento en los artículos 1° y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
2. **Todos los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales** en los que el Estado mexicano sea parte;
3. **Los criterios vinculantes de la Corte Interamericana** de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado mexicano sea parte;
4. **Los criterios orientadores** de la jurisprudencia y precedentes de la citada **corte**, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

La razón por la que estimamos que este modelo de control de leyes representa un verdadero reto es porque su fin último trasciende más allá de validar únicamente si las normas emanadas del proceso legislativo contravienen a la constitución.

La responsabilidad del juzgador se cierne en conocer a cabalidad el derecho internacional de los derechos humanos, pues su labor desembocará en la justipreciación de éste con el derecho interno.

La complejidad que este ejercicio de convencionalidad reside en la responsabilidad conferida a nuestros jueces ya que en obvio de razones generará grandes desafíos en todas las esferas administrativas, pues exige de ellos conocer a cabalidad el entramado de derechos contenidos en las declaratorias internacionales, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la aplicación e interpretación del *corpus iuris* interamericano que favorezca con la mayor protección

a las personas en el territorio mexicano¹¹.

IV. Propuesta de utilización de las TIC's en el ejercicio jurisdiccional

Ahora bien, este desafío habrá de ser encarado con la ayuda de la informática jurídica proveyendo de información oportuna a la autoridad con la finalidad de coadyuvar a que cumpla con el cometido adquirido por el Estado mexicano.

Sobre la pertinencia de aplicar los avances tecnológicos en la administración de justicia, Agustí Cerrillo¹² ha escrito que:

...Puede suponer importantes beneficios en el funcionamiento de la administración de justicia: los profesionales de la justicia pueden ahorrar tiempo y trabajo; el gobierno puede obtener mayor información y transparencia sobre el funcionamiento de la justicia, y ofrecerla de manera más eficaz y eficiente; los justiciables pueden relacionarse directamente con la justicia, lo que les puede facilitar el acceso a la misma; los usuarios de la justicia pueden suponer una mayor eficiencia en el tratamiento de los casos, un ahorro de tiempo, una disminución de los costes y un mejor acceso a una justicia de mayor calidad.

¹¹ Bajo esta óptica se han pronunciado diversos expertos en el tema, dentro de ellos, el Magistrado Luís Fernando Angulo Jacobo, con las siguientes líneas:

“[...] A raíz de lo anterior, el control de constitucionalidad y de convencionalidad concentrado pasó a ser un control difuso, que permite a todos los juzgadores del país aplicar, analizar e interpretar los derechos humanos, su protección y cumplimiento dentro de las normas secundarias. Es por esto, que el perfil del juzgador mexicano ha cambiado radicalmente, requiriendo a personas capacitadas no solo en la aplicación irrestricta de las normas jurídicas, sino en la interpretación, protección y defensa de los derechos humanos a nivel nacional e internacional.”

Cfr. “El Control Difuso de Convencionalidad en México”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 12-11-2013, p. 72.

¹² “E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI”, en IDP, *Revista de Internet, Derecho y Política*.

En la tarea de acercar la justicia al ciudadano de la aldea digital, las herramientas tecnológicas pueden ser un poderoso aliado, tomando como referencia el avance que han tenido países como Holanda y Portugal¹³ podemos concluir que en México existe un largo camino por recorrer.

Se propone aquí la creación de una unidad de informática jurídica al seno del Poder Judicial, tanto del Estado como a nivel de la Federación, que trabaje en el diseño de un software de internet que correlacione, mediante un motor de búsqueda avanzado, información pertinente sobre el asunto que la autoridad jurisdiccional tenga bajo su conocimiento.

Se prevé que dicha aplicación proporcione un marco de referencia entre protocolos, instrumentos convencionales y jurisprudencia de tribunales internacionales con la finalidad de que, al momento de decidir sobre un caso, haya disposición de datos relativos a la *litis* y su compatibilidad o, en su defecto la contravención, tanto con normas de carácter nacional, como con los tratados internacionales en la materia.

Este programa debe estar diseñado de tal manera que su uso sea asequible, con facilidad, a toda autoridad, es decir aquellas personas que en el ejercicio de sus funciones representen al Estado para que, al realizar sus funciones cotidianas, las hagan con amplios conocimientos sobre los dispositivos normativos que tutelan los derechos humanos a partir de una sencilla búsqueda del tema en la base de datos.

¹³ Holanda es uno de los países que ha mostrado un progreso significativo en la inclusión de las tecnologías de la información en la impartición de justicia, con la plataforma llamada “*Justitienet*”, creada para servir como enlace de información entre los diversos tribunales de todo el país, permitiendo intercambiar datos relevantes para la función jurisdiccional. Portugal por su parte cuenta con un sistema denominado “H@bilus” integrado por una serie de aplicaciones informáticas de las que disponen las partes en el juicio (jueces, fiscales, abogados y procuradores) y que pueden ser utilizadas para desahogar diligencias y obtener información sobre legislación y jurisprudencia aplicable, es posible además obtener la aplicación para dispositivos móviles que cuenta con una función para realizar notificaciones a los interesados.

Véase el “*Informe de Buenas Prácticas en el Uso de las Nuevas Tecnologías de la Información en el Poder Judicial*”, elaborado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas del 2010 en: <http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/3938/InformeBuenasPracticasenelUsodeNuevasTecnologiasenelPoderJudicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Por ejemplo cuando las organizaciones policiales tengan que intervenir en una manifestación podrán realizar la búsqueda desde sus dispositivos móviles sobre los protocolos de actuación oportunos.

Lo mismo hará un juez, en el ámbito local o federal, al entrar al estudio de un proceso puesto a su conocimiento, concatenando los distintos instrumentos internacionales y prefiriendo por los que otorguen una mayor protección a los derechos humanos de los ciudadanos, por encima de las leyes nacionales, de no hacerlo así el programa dejará un registro sobre la búsqueda realizada y la omisión de aplicar el control de convencionalidad de manera oficiosa.

V. Conclusiones

Las tecnologías de la información pueden generar ventajas para acceder a la justicia en términos de facilitarle, tanto al peticionario como al juzgador los datos pertinentes con los que se debe alcanzar este fin.

Hay notables avances en la materia que si bien se han quedado en el terreno del “control y la gestión de datos” es necesario que se continúen a pasos acelerados con miras de que la justicia mexicana pueda posibilitar la economización de costos y tiempo, máxime en esta nueva época en la que se han emitido criterios jurisprudenciales que constriñen a todas la autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, estudiar y conocer el marco internacional de los derechos humanos que le asisten a sus gobernados.

VI.- Fuentes consultadas

Besares Escobar, Marco Antonio, “*Tópicos de Derecho Informático*”, UNACH-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015.

Castro y Castro, Juventino V., “*Biblioteca de amparo y derecho constitucional*”, Vol I, Edit. Oxford University Press, México, 2001.

Sartori, Giovanni, “*El Homo Videns*”, Taurus, Barcelona, 1997

Ventura Robles, Manuel, “*El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. En Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos Tomo II, San José, CIDH e IIDH, 2010.

POLÍTICA CRIMINAL DESDE LA VISIÓN DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Braulio Eduardo Salazar Gordillo

Resumen

México adolece grandes problemas de inseguridad e índices delictivos, las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia se encuentran rebasadas, el sistema penitenciario está saturado y es totalmente ineficaz en su misión de reinserción social, por ello es necesario reflexionar respecto a la política pública criminal que ha sido encaminada en nuestro país, política que se ha dirigido prioritariamente a la represión y castigo, desatendiéndose el aspecto preventivo, aspecto este último, que ha probado su mayor eficacia en diversas latitudes; la reforma procesal penal del año 2008 apertura otra forma de entender e impartir la justicia, la cual es alternativa a la prisión, debido a que ha quedado claro que solo castigar, aumentar penas y sobre poblar las cárceles no está funcionando, hablamos de la justicia restaurativa la cual tiene como características principales el apostar por el poder de la palabra a través de propiciar el diálogo, fomentar la empatía, concientizar y responsabilizar al infractor, conocer la verdad y arreglar las controversias de una manera armoniosa, pudiéndose entonces encaminar la política criminal en los ámbitos ejecutivo, legislativo y judicial bajo esta nueva perspectiva.

Palabras clave: *justicia restaurativa, política pública, diálogo, política criminal.*

Abstract

Mexico suffers from great problems of insecurity and crime rates, the institutions in charge of seeking and providing justice are overrun, the penitentiary system is saturated and totally ineffective in its mission of social reintegration, for this reason it is necessary to reflect on public policy criminal that has been directed in our country, policy that has been directed primarily to repression and punishment, neglecting the preventive aspect, aspect of the latter, which has proven its greatest effectiveness in various latitudes; the criminal procedure reform of 2008 opened another way of understanding and imparting justice, which is an alternative to imprisonment, because it has become clear that only punishing, increasing penalties and overpopulating prisons is not working, we are talking about justice restorative which has as main characteristics betting on the power of the word through propitiating dialogue, promoting empathy, awareness and accountability to the offender, know the truth and settle disputes in a harmonious way, being able then to direct the criminal policy in the executive, legislative and judicial spheres under this new perspective.

Keywords: *restorative justice, public policy, dialogue, criminal policy.*

Sumario

I. Introducción. II. Justicia restaurativa. III. Política criminal como política pública. IV. Política criminal en el ámbito ejecutivo. V. Política criminal en el ámbito legislativo. VI. Política criminal en el ámbito judicial. VII. Consideraciones finales. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

En México la idea del Estado punitivo y castigador, aquel que debe hacer cumplir la ley a quien la infrinja, sin prestar atención a las causas que originan la conducta delictiva, ocasionó que bajo esta arista se encaminará la política criminal, la cual se enfocó a atender primordialmente el aspecto represivo, provocándose con ello el incremento del catálogo de delitos, el aumento de las penas, la aplicación de la ley de manera formal, la sobre población y abandono de los centros penitenciarios, sin atenderse debidamente el aspecto preventivo que se opera desde un ámbito no penal y que tiene como finalidad atender el origen del fenómeno delictivo.

Ello impulso la reforma constitucional en materia procesal penal del año 2008, la cual significa un cambio en el sistema de justicia cuyo objetivo es superar ese sistema inquisitivo ineficaz que estaba rebasado por la impunidad manifiesta, por la falta de confianza en las instituciones y en los operadores jurídicos, por la saturación de fiscalías y juzgados, comúnmente identificados con un tinte de corrupción, además de la lentitud de los procesos judiciales.

Aunado a ello, un sistema penitenciario evidentemente obsoleto que no cumplía con el objetivo de reinsertar a quienes eran reclusos, debido a que dicho sistema siempre ha adolecido de muchas deficiencias, desde recursos humanos y financieros hasta estructurales, además de no contar con efectivos programas de resocialización, donde no es un secreto que la población carcelaria vive hacinada, sin respeto a sus derechos humanos elementales, es decir sin el mínimo vital, siendo olvidados y deshumanizados por el propio aparato estatal.

Es por lo anterior que el actual modelo, que se está aún implementando, busca una nueva forma de hacer justicia, con características de ser un sistema acusatorio, garantista y oral, la reforma constitucional en materia penal del año 2008 se concatena con la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de junio de

2011, lo que obliga a que la impartición de justicia y la política criminal que se elija sea con base al respeto de los Derechos Humanos, se reconoce la dignidad de la persona, como algo inherente a su simple condición humana, Pedro Nikken sostiene que la sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que este, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización.¹

Bajo esta perspectiva el Estado debe encaminar su nueva forma de entender la justicia y buscar la armonía social como fin primordial de éste, Prieto Sanchís señala que se observa que una renovada fe iusnaturalista estaría en la base de nuestro nuevo modelo de Constitución y de justicia constitucional, no ya como semilla ideológica o programa de política jurídica, sino como una realidad operativa y actuante en el seno del propio derecho positivo, y de necesaria consideración para la plena comprensión del mismo.²

A partir de dicha reforma constitucional, se prevén mecanismos alternativos de solución de conflictos, que en materia penal buscan asegurar la reparación del daño y establecer los casos en que sea necesaria supervisión judicial (CPEUM, artículo 18), con ello se otorga cierto margen a los gobernados de resolver sus diferencias y evitar en algo la escalada de violencia.

De esta manera se apertura y se fomenta lo que se ha denominado justicia restaurativa la cual busca un balance entre la víctima, el infractor y la comunidad, se entiende como necesidad el no abandonar a la víctima, el rectificar la conducta delictiva y de la misma manera prevenir la repetición de la conducta antisocial.

¹ Nikken, Pedro, *El concepto de Derechos Humanos*, Estudios de Derechos Humanos Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/03_Curso_PGJ/Contenidos/contenidos/Modulo_1/2.Pedro_Nikken.pdf

² Prieto Sanchis, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 21.

El presente ensayo tiene como objetivo reflexionar respecto a la política criminal que ha implementado el Estado Mexicano en sus distintas esferas de poder, realizando un análisis respecto a que camino debiese seguir dicha política en la tarea estatal de combatir el fenómeno delincencial, tomando en consideración esta nueva forma de entender la impartición de justicia, bajo principios de respeto irrestricto de derechos humanos, presunción de inocencia y bajo el modelo de justicia restaurativa.

II.- Justicia restaurativa

La justicia restaurativa es un proceso en el que las partes implicadas en un delito, determinan de manera colectiva las formas en que habrán de manejar sus consecuencias e implicaciones. Representa una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construyendo comprensión y promoviendo la armonía social, a través de un proceso de sanación de las víctimas, los ofensores y la comunidad. Dicha respuesta se basa en virtudes como: sensibilidad, apertura, confianza, esperanza y sanación.³

La justicia restaurativa apuesta principalmente por el dialogo, es una forma no vertical de resolución de conflictos, se busca que entre iguales al controvertir posiciones se llegue a un arreglo armonioso sin la necesidad de la intervención de un tercero que resuelva por los involucrados.

Es un tipo de justicia que pretende minimizar la violencia por medio de la confrontación entre los implicados, regulada y conducida por un especialista, garantizando a priori la protección de la víctima y propiciando la restauración de la paz social, dicha justicia pugna la satisfacción de necesidades que no siempre tienen un

³ Domingo de la Fuente, Virginia, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la teoría a la práctica*, Lex Nova. Ed. Lex Nova Madrid, 2008, p. 33.

carácter económico, debido a que muchas veces se constata que la víctima más que una reparación en dinero lo que busca es la verdad, el saber las razones que lo colocaron en esa posición para estar en posibilidad de recobrar su seguridad.

La justicia restaurativa tiene en claro la naturaleza humana, confía en el carácter perfectible del ser humano y está consciente que el cambio de actitud se puede dar a través de condiciones precisas y apropiadas, en un entorno favorable que permita a quien ha realizado alguna acción considerada como delito, responsabilizarse de ella, entender las consecuencias de su conducta y el daño provocado, ser empático con la víctima, situación, que ha quedado demostrada, no se logra en reclusión y olvido.

El entender que la reclusión no es el mejor camino para reducir los índices delictivos, ha potenciado el auge de la justicia restaurativa que posee entre sus objetivos la humanización del sistema penal y proporcionar alternativas de prisión frente al delito, además de conceder facultades a los implicados víctima-victimario otra u otras formas de resolver el conflicto, a diferencia de la justicia penal tradicional, la cual puesta en marcha nada la detiene, inclusive ni la voluntad de la víctima.

Se persigue entonces, una visión amable del ser humano, se confía en que toda persona tiene la capacidad de aportar o dar lo mejor de sí en pro de resolver un problema, a través de la sinceridad, la verdad y la empatía, se intenta, en la manera de lo posible la disculpa y el perdón, asimismo se enaltece la filosofía del ganar-ganar, argumentando que en toda contienda no necesariamente tiene que haber un ganador y un perdedor.

III.- Política criminal como política pública

Lo primero que hay que establecer y dejar en claro es que la política criminal, es una política pública, entendiendo a ésta como la actividad enfocada en definir y diseñar

la intervención del Estado frente a cuestiones socialmente problematizadas, orientada por las directrices de la justicia, la equidad, la seguridad y el bien común, para procurar la convivencia social pacífica.⁴

Sobre este tema Mihael Champo señala que es posible considerar cuatro elementos principales que permiten ubicar la existencia de una política pública, estos son, implicación de gobierno, percepción de problemas, definiciones de objetivos y proceso, asimismo su objeto de estudio es el conjunto de dispositivos conformados por los objetivos colectivos que el Estado considera como deseables o necesarios incluyendo el proceso de definición y formación de éstos; los medios y acciones procesados, total o parcialmente, por una institución u organización gubernamental; y los resultados de estas acciones, incluyendo tanto las consecuencias deseadas como las imprevistas.⁵

En este sentido la política criminal implica la manera en que el Estado debe intervenir a través de toma de decisiones y del ejercicio del poder para combatir el fenómeno de la delincuencia, para ello el Estado puede optar por actuar de forma represiva o preventiva, así como de una manera que se podría llamar combinada, la última es la que está siendo utilizada por los Estados modernos, ya que si bien se debe priorizar la prevención, es un hecho, que solo con ella no se puede procurar la paz social, siempre será necesario establecer una represión o castigo a quien realice conductas desviadas que atenten contra la sociedad, dicho castigo debe ser proporcional y con base en el respeto a derechos fundamentales.

Para Claus Roxin la política criminal incluye los métodos adecuados en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho

⁴ Juárez Bribiesca, Armando, Medina Ramírez, Marco Antonio, *Política criminal (México y Chile)*, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8806/10857>

⁵ Champo Sanchez, Nimrod Mihael, *El juez de ejecución de sanciones en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 7-8.

penal; mientras que al Derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del “Leviathan” del Estado.⁶

Los métodos adecuados suponen que frente al hecho delictivo debe existir una congruencia entre la creación legal y las demás instituciones estatales, no solamente las de carácter penal, sino que debe involucrarse el resto del sistema gubernamental y la propia sociedad.

La política criminal busca la manera de lograr que el individuo comprenda que la vida hostil va en contra de la armonía social, siendo consciente que el sujeto aprende de su entorno, la familia es esencial para blindar al sujeto de un entorno dañino, por ello la política criminal tiene una estructura jurídica y sociológica, en el ámbito preventivo se deben implementar programas y estrategias, nacionales y locales en los diferentes niveles de gobierno, con el objetivo de comprender por qué se origina la delincuencia, debiendo atender dos factores, uno es el endógeno, cabiendo aclarar que aunque sea así, existe un aprendizaje social, y el factor exógeno, en este factor se encuentra principalmente la pobreza y la corrupción, aunque la primera mencionada no es un factor determinante para delinquir, si puede ser un motivo importante.

En el aspecto represivo, nos enfocamos a la actuación del derecho penal, partiendo de la pregunta, ¿Todo delito necesita o merece una pena?, los objetivos del derecho penal son la conservación del orden social, proteger el libre desarrollo del individuo y proteger de manera subsidiaria bienes jurídicos, la protección es subsidiaria porque el derecho penal es reactivo, se pone en marcha una vez que algún bien jurídico es vulnerado.

⁶ Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed., trad. de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi srl, 2000, claves del derecho penal, vol. 2, p. 32.

En cuanto a la aplicación de la pena existe una prevención especial negativa y una prevención especial positiva, la primera señala que la simple aplicación de una pena debe reducir el número de hechos delictivos posibles, es decir, un castigo ejemplar por sí solo, debe inhibir el fenómeno delictivo anulando la reincidencia, la segunda expone que lo que se busca es disuadir al autor de un delito de futuros hechos punibles, esto se logra a través de una verdadera resocialización o reinserción social, a través de programas sociales proporcionados por el Estado durante la purgación de la pena.

Asimismo la teoría refiere una prevención general negativa y una prevención general positiva, en la primera existe una amenaza e intimidación a la colectividad, pretende disminuir los niveles delincuenciales a través de la mera aplicación de la pena, se muestra al resto de la sociedad las graves consecuencias de realizar alguna conducta considerada como delito, la segunda busca en cambio validez de las normas, reforzar y mantener la confianza en el ordenamiento jurídico, fortaleciendo el respeto de la población al orden social, se dice entonces que las principales funciones de la prevención general positiva de contribución en la vida social son tres; informar lo que está prohibido y lo que se debe de hacer, reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse, así como crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos una actitud de respeto por el Derecho.⁷

Es claro que se debe apuntar como objetivo a la prevención especial y general positiva, puesto que, en lo individual se debe buscar, como fin primordial de la pena, la reinserción a la sociedad y disuadir al infractor de la realización de futuros delitos, y en el aspecto colectivo, más que una intimidación lo que se debe generar es confianza y seguridad hacia las instituciones.

⁷ Duran Migliardi, Mario, *La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función*, Revista de Derecho Valdivia (junio de 2016), https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000100013

En el ámbito de las penas, hay quienes opinan que la política criminal se debe encaminar a generar un derecho penal mínimo, idea que surge de la desconfianza que se tiene hacia el legislador, que ciertamente ha provocado una inflación legislativa, que en muchas ocasiones responde a intereses políticos, más que a un verdadero análisis de como disminuir el índice delictivo, lo anterior supone que la justicia penal debe despresurizarse no atendiendo delitos considerados de bagatela y solo enfocarse a investigar y sancionar delitos realmente lesivos a la sociedad.⁸

Es decir el derecho penal debe respetar al máximo la esfera del individuo, en el entendido de que el Derecho es el límite del poder, lo cual implica que el derecho penal sea efectivamente la última ratio, ya que en la comunidad conflictiva y desconfiada de la actualidad es común criminalizar cualquier conducta, aprovechándose de lo manipulables que pueden llegar a ser las instituciones encargadas de impartir justicia, lo que ocasiona un abuso del derecho penal cuando el conflicto puede resolverse en otras instancias.

A contrario sensu se habla también de un derecho penal en expansión constante por la aparición de nuevos riesgos, como son la sensación de inseguridad nacional y transnacional, el deterioro ambiental, los que provocan que el ciudadano se sienta vulnerable, este expansionismo provoca una inflación legislativa en la materia, con las consecuencias inherentes de ésta, como son la saturación del sistema penal y la ineficacia de éste, debido a la incapacidad de perseguir un gran número de conductas tipificadas como delitos. La expansión penal es entonces la tendencia al maximalismo penal de las legislaciones por los riesgos modernos provenientes de una sociedad postindustrial, principalmente por los siguientes factores, la institucionalización de la inseguridad, el descredito de otras instancias de protección, la

⁸ Piedrabuena Richard, Guillermo, *política criminal de la nueva justicia penal*, clase en el magister de derecho penal de la U. de Chile (13 de junio de 2008), <http://fletcher.tufts.edu/CCI/~media/Fletcher/Microsites/CCI/Chile/Politica%20Criminal%20-%20Piedrabuena.pdf>

crisis del modelo estado bienestar, miedo a los riesgos y la identificación social de las mayorías con la víctima del delito.⁹

De estas teorías contrapuestas será de suma importancia encontrar un equilibrio adecuado en el catálogo estatal de delitos; a continuación el ensayo se enfocará en un análisis y crítica de la política criminal implementada en México a través de sus tres poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, realizando también una consideración particular en el aspecto de los tópicos del sistema de justicia penal que se está implementando en la actualidad, entre ellos la justicia restaurativa.

IV.- Política criminal en el ámbito ejecutivo

Como ya se mencionó, la política criminal del Estado Mexicano en general se ha enfocado principalmente al aspecto represivo, el poder ejecutivo no ha sido la excepción, es importante referir el fallido sistema penitenciario en nuestro país que ha propiciado la criminalización excesiva del ciudadano, se ha caracterizado por un desprecio y olvido de las personas que se encuentran reclusas, existe una sobrepoblación de la mayoría de los centros penitenciarios que provoca hacinamiento de las personas que allí se encuentran, ya sea sentenciadas o bajo una medida cautelar de prisión preventiva, la cual, a la postre, vulnera el principio elemental de presunción de inocencia.

La precaria alimentación que se les proporciona, la violencia física y psicológica, la delincuencia dentro de los penales, en muchas ocasiones tolerada y consentida por las propias autoridades carcelarias, las condiciones inapropiadas de los penales, la mínima garantía de salud, ocasionan en su conjunto una violación sistemática y con-

⁹ Carrasco Jimenez, Edison, *El concepto de “expansión” del Derecho Penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto “inflación” penal*, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXVII (2017), www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/3059/4175

tinua de los derechos humanos de la población reclusa, aunado a ello, la ineficacia o inexistencia de programas de desintoxicación, rehabilitación, educacionales, deportivos, culturales, laborales, hacen imposible la reinserción de las personas que cumplan una pena, convirtiéndose para muchos en escuelas donde aprenden a delinquir de otras maneras, lo que ha generado resentimiento hacia el Estado y la sociedad.

Incluso cuando las personas salen de prisión son señaladas por la sociedad, debido a que se sabe que la pena regularmente no cumple su cometido, inclusive, en muchas ocasiones son rechazados por su propia familia, son discriminados socialmente al buscar su reingreso al ámbito laboral, exigencias de los empleadores como la exhibición de una constancia de antecedentes no penales, que, desde mi perspectiva, representa una contradicción debido a que se supone que al cumplir su pena la persona se encuentra lista para reinsertarse a la sociedad, sin embargo este contrasentido es permitido por el Estado, el cual se beneficia al recibir como contraprestación por la expedición de dicha constancia un pago por concepto de derechos, siendo importante ponderar si el beneficio económico estatal es suficiente y válido para obstruir aún más el reingreso de quien estuvo recluso de la sociedad.

Por estas razones, el sistema penitenciario, como política criminal, lejos de disminuir el fenómeno delincuencia, lo ha incrementado, el trato inhumano que se otorga en los penales no permite una verdadera resocialización, aunado a que es de menester señalar que la ineficacia del sistema penal no garantiza que todo el que se encuentra sentenciado, realmente sea culpable del delito que se le haya imputado, esto como se mencionó genera resentimiento, que acompañado de la estigmatización y los impedimentos para reinsertarse socialmente conducen a más de un ex convicto a la reincidencia.

En la nueva perspectiva del sistema penal y de justicia restaurativa cuyo fin es restaurar la paz social, nuestro país debe enfocarse, en el ámbito preventivo desti-

nando recursos humanos y financieros a los sistemas penitenciarios, para que estos dejen de ser la antesala al infierno, en lo que se han convertido, siendo necesario garantizar mínimos con base en el respeto a los derechos humanos de los internos y su dignidad, terminar con el hacinamiento existente, reducir la violencia y delincuencia dentro de los penales, procurar el establecimiento en todos los penales de programas de desintoxicación y rehabilitación, proporcionar educación y capacitación laboral, fomentar el deporte y la cultura, lo anterior pareciese utópico, pero es necesario si se desea que se cumpla a cabalidad la finalidad de la pena.

Es necesario que en México se apueste más por políticas públicas preventivas que sean capaces de identificar y atender el origen del fenómeno delictivo, siendo importante considerar que la política criminal es un todo y que el sistema judicial es solo parte de ella, por lo que deben involucrarse todos los sectores del gobierno y la sociedad civil, dicho aspecto preventivo debe enfocarse a un aspecto no penal.

Moisés Moreno Hernández al respecto señala que la política criminal del Estado Mexicano debe ser coherente en todos sus aspectos y niveles, es decir, todos ellos deben estar orientados por criterios uniformes, y de ahí que la política criminal debe ser contemplada de manera integral, además dentro de esa integralidad, la política criminal mexicana deber darle preferencia a la prevención general, particularmente a la prevención de carácter no penal; por lo que, en ella debe prevalecer la idea de que el derecho penal solo es el último recurso para las funciones que competen al Estado.¹⁰

En este orden de ideas, deben implementarse en México medidas educativas, culturales, económicas, sociales y las que sean necesarias con el fin de disminuir el fenómeno delincencial que tanto daña a nuestro país, la educación es esencial, sería positivo que la Secretaría de Educación Pública integrara en sus planes de estudios

¹⁰ Moreno Hernandez, Moises, *Estado de Derecho y Política criminal*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2506/6.pdf>

asignaturas relacionadas con el respeto de los derechos humanos, la prevención del delito y la cultura de paz, con el objetivo de ir formando a las personas por el camino de armonía social desde temprana edad.

Es fundamental también atender el factor endógeno de la política criminal preventiva buscando la identificación y tratamiento de ciudadanos que pudiesen poseer la predisposición de desarrollar alguna sicopatía que pudiese conducirlos a delinquir, por ello la manera de atender este factor será a través de la educación, del fomento de prácticas deportivas y culturales, implementación de programas eficaces en materia de rehabilitación contra adicciones, asimismo procurar terapias y platicas psicológicas tanto en el ámbito familiar como individual.

En cuanto al factor exógeno que señala como detonante de la delincuencia principalmente a la pobreza y la corrupción, nuestro país tiene mucho que hacer, en el primer aspecto, la política estatal debe re direccionarse para combatir la pobreza, es necesario analizar la idoneidad y reducción de programas sociales clientelistas que lejos de aminorar la pobreza la han ido acentuando, estos programas han provocado la improductividad de un gran sector social, respondiendo dichos programas asistenciales mayormente a beneficios político electorales.

La pobreza se debe combatir generando productividad y empleos, posibilitando el acceso al derecho al trabajo decente que implica en su mínimo el percibir un salario justo, estabilidad laboral y seguridad social, ya que ciertamente la pobreza puede ser un detonante de la delincuencia, puesto que la falta de oportunidades laborales orillan a muchas personas a cometer conductas anti sociales para poder subsistir ya no se diga para desarrollarse libremente y disfrutar de los demás derechos humanos constitucionalizados, en México el ámbito laboral es endeble y es un problema fundamental sobre todo porque se ha tenido que abandonar la idea de Estado bienestar, abriendo paso a una tendencia flexibilizadora del trabajo que ori-

gina precariedad e inestabilidad en el empleo, además de informalidad laboral, por consiguiente es urgente establecer políticas que permitan elevar el índice de trabajo decente en el país, generar empleos, apoyar el emprendimiento, disminuir la informalidad laboral y fomentar la inversión, lo que disminuiría la pobreza y por ende el fenómeno delincuencia.

Un factor exógeno determinante que incide en la criminalidad es la corrupción, la cual merma las instituciones y debilita al estado de derecho, nuestro país desgraciadamente tiene un alto índice de corrupción, muchas de las instituciones se encuentran permeadas por ella, es tan grave este fenómeno que incluso un amplio porcentaje de la población ya lo considera una cuestión cultural o natural e inclusive la consiente y práctica.

Al respecto María Amparo Casar refiere: conocemos algunas de sus causas pero no logramos comprender como se concatenan para construir un modo de vida, observamos que tiene consecuencias negativas en el crecimiento pero la dejamos operar, sabemos que daña la economía familiar de los más necesitados, que profundiza la desigualdad y que disminuye el bienestar pero optamos por practicarla, identificamos a los que la comenten pero los premiamos con puestos de gobierno y un lugar privilegiado en la sociedad, estudiamos casos exitosos para erradicarla pero no los replicamos, la condenamos pero la justificamos, hablamos, claro está, de la corrupción, de ella sabemos tres cosas, primero, la percepción sobre la corrupción, principalmente la que campea en el sector público, crece año con año, segundo, en las mediciones de percepción de los problemas que aquejan a nuestro país, la corrupción se ha posicionado como uno de los principales problemas, incluso por encima de la pobreza y tercero, la impunidad que acompaña a la corrupción se ha mantenido constante.¹¹

¹¹ Casar, María Amparo, *México: Anatomía de la corrupción*, México, CIDE, Instituto Mexicano para la

Por ello es de importancia y de urgencia asumir una política anticorrupción que permita sanear a las corporaciones policiacas y las instituciones encargadas de perseguir delitos, en específico las fiscalías o agencias del ministerio público, así como brindar capacitación adecuada y de calidad para estar en condiciones de combatir el fenómeno criminológico, es indispensable recuperar la confianza social en dichas instituciones, que significan el primer contacto de la víctima y el inculpado con el sistema de justicia estatal.

En consecuencia, el gobierno debe implementar estrategias claras y efectivas a corto, mediano y largo plazo, debiendo otorgarse a estas, en caso de ser funcionales y dar resultados, la garantía de continuidad, sin importar cambios en la administración; incluso muchos criminólogos sostienen que, considerando que cada comunidad posee características sociales, culturales y demográficas específicas y únicas, cada comunidad o grupo social debe generar una política criminal adhoc a cada uno de ellos, por ende se deben generar tantos programas de política criminal como sean necesarios.

Para la realización de los programas que serán parte de la política criminal para determinado conglomerado social, es relevante considerar que se requiere de un proceso metodológico que parte de la investigación y diagnóstico interdisciplinario que responde al porqué e identifica el origen del fenómeno delictivo, después se desarrollan los programas de aplicación y estrategias y por último es necesario una evaluación de resultados para concluir si la estrategia o programa está dando resultados o es necesario ajustarla.

En ese sentido, en el ámbito del poder ejecutivo y tomando en consideración los lineamientos de la justicia restaurativa, una vez que la prevención, que sería lo ideal, es rebasada y se comete una conducta considerada como delito, se debe in-

competitividad, A.C., 2015, p. 5.

centivar el dialogo como la forma más importante y eficaz de resolver conflictos, se debe de fomentar la paz social mediante la mediación, la confrontación, cuando sea posible y haya disposición de los involucrados, procurar la comunicación entre el ofendido y el agresor para conocer la realidad y el porqué de la conducta realizada así como poner mucha atención en las necesidades de la víctima, dicha disposición se debe lograr fomentando en la sociedad esta forma más humanizada de hacer justicia, el otorgarle una explicación al ofendido, para quien, en muchas ocasiones aún más importante que la reparación económica es comprender el actuar y circunstancias del sujeto activo y recibir una explicación cierta de lo acontecido.

En este orden de ideas desde el ámbito ejecutivo hay mucho que hacer, desde educar a nuestros niños inculcando y privilegiando el poder de la palabra, entendiendo que la mejor forma de resolver diferencias es a partir del diálogo, fomentando una cultura de paz, de respeto y empatía, así como realizar campañas de concientización sobre esta nueva forma de impartir justicia, que para un alto porcentaje de la población ha propiciado una percepción de incremento a la impunidad, será tarea entonces a través de políticas públicas el dar a conocer realmente de que se trata la justicia restaurativa, dar a conocer a los ciudadanos que no es perdón al acusado, sino más bien una forma de responsabilizarlo moralmente, proteger a la víctima y conocer el verdadero motivo del delito, para que en consecuencia se pueda inhibir la reincidencia.

Para lograr esos objetivos, será necesario también la capacitación constante de los operadores jurídicos de las fiscalías, quienes deben aprovechar esta forma de solución de controversias, evitando en la medida de lo posible judicializar la mayoría de denuncias que conocen, cuando es posible resolverlas de una manera más rápida y eficiente, ponderando el derecho humano constitucionalizado a una impartición de justicia pronta y expedita.

Es necesario comprender que la represión no es el camino, llenar las cárceles a más de su capacidad no ha funcionado, implicando dicha sobrepoblación un gasto millonario para el presupuesto federal en lo referente a la manutención de todos los centros penitenciarios del país, los cuales aún sin brindar a las personas reclusas un nivel de vida digno y sin contar con verdaderas estrategias y programas de rehabilitación y reinserción representan para el sistema penitenciario federal un gasto de 140 pesos diarios por reo, importe que incluye salarios de los custodios, alimentos, medicinas, uniformes, energía eléctrica, combustibles, trabajos de mantenimiento, entre otros; dichos 140 pesos como costo diario promedio para todo el país, tomando en cuenta que se encuentran en prisión 23943 personas en México (diciembre de 2011) cuesta por día, al erario, 32.3 millones de pesos, lo que significa que con solo un día de estos costos de reclusión se podría cubrir el apoyo anual para 4986 familias dentro del programa para superar la pobreza “oportunidades”, o se podrían incorporar a 50889 niños más al programa de desayunos escolares, asimismo el gasto por reo es incluso mayor al que invierte la UNAM por cada alumno de bachillerado, pues la máxima casa de estudios gasta por estudiante 115 pesos diarios, según su presupuesto de 2014.¹²

Por lo anterior se cae en el absurdo de que si es un hecho notorio que las cárceles no están cumpliendo su cometido y objetivos, porque invertir grandes sumas de dinero, que bien podrían ser empleadas en la implementación de políticas y programas encaminados a fortalecer la educación y las oportunidades laborales, aspectos que verdaderamente contribuyen a la reducción del índice delictivo.

Por ello es importante concientizar sobre la aplicación de los mecanismos alternos de solución de conflictos, la cárcel no es, no ha sido y no será la solución,

¹² Zepeda Lecuona, Guillermo et al., *La transformación del sistema penitenciario federal: una visión de Estado*, México, Centro de Investigación y Estudios en Seguridad CIES, 2012, p. 38.

mucho menos sino se cuenta con los recursos y programas necesarios e indicados, por ello hay que propiciar y concientizar esta forma más humana de administrar e impartir justicia, que representa una alternativa a la prisión.

V.- Política criminal en el ámbito legislativo

La política criminal legislativa se ha encaminado al aspecto preventivo, pero a mi consideración, de manera errónea, puesto que se ha trabajado como política principalmente el incremento del catálogo de delitos en los códigos sustantivos penales, así como el incremento de la penalidad o castigo de dichas conductas, lo anterior ha propiciado una inflación legislativa que ha respondido regularmente a intereses político electorales, ya que este tipo de acciones provocan mayor impacto en la ciudadanía, aunque han demostrado no ser eficaces y al final la sociedad percibe cierto grado de engaño que a la postre incrementa la desconfianza.

Este abultamiento del código penal sustantivo tiene como consecuencia la saturación de las fiscalías o agencias del ministerio público, las instituciones judiciales y los centros penitenciarios, puesto que al elevar el catalogo delictivo se produce un exceso de carga laboral en cuanto a la investigación del delito, a la impartición de justicia y por ende genera sobre población de los centros de reinserción social, saturación existente aun cuando en nuestro país adolece de un muy elevado porcentaje de impunidad, esto debido a que un muy reducido número de delitos se denuncian, y un número aún mucho menor llegan al estudio y análisis de las instancias judiciales, es preocupante imaginar que ocurriría si existiese una cultura fuerte de la denuncia, lo que muy seguramente provocaría un colapso del sistema de justicia.

La reforma constitucional en materia procesal penal de 2008 que se complementa con la reforma en materia de Derechos Humanos de junio de 2011, son parte

de una política criminal implementada por el Estado para combatir el alto índice delincuencia, ésta nueva perspectiva de sistema de justicia penal, que es la boga actualmente en nuestro país, ha introducido elementos o medidas como los medios alternativos de solución de conflictos, dichos medios encuentran fundamento legal constitucional en el artículo 17 párrafo cuarto de la Constitución, del cual nos referimos ya en líneas anteriores.

El mencionado numeral constitucional permite que la política criminal se encamine a diseñar alternativas de resolución de conflictos, lo que ayudaría a desprestigiar el sistema judicial, ya que a dicho sistema se encomendaría únicamente conductas socialmente reprochables que sean de gravedad, pudiéndose resolver delitos y conflictos menores, por así llamarlos, en otras instancias no jurisdiccionales.

Es evidente que ha existido la tendencia de que todo conflicto o conducta antisocial se ha querido llevar al ámbito penal, por ello es necesario reducir la inflación legislativa debiéndose diseñar un sistema integral de medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa, que pudiesen encargarse de atender cuestiones que actualmente se concentran en los códigos penales para que tengan una solución de otra naturaleza.

Es de menester desprestigiar la ley penal sustantiva realizando una selección analítica y prudente del catálogo de delitos que se encuentran en los códigos, ya que actualmente al existir uno por cada entidad federativa existe una gran variedad de criterios tanto de figuras delictivas como de las sanciones que corresponden a las mismas.

La unificación de criterios es una alternativa, de hecho en la actualidad se trabaja en un proyecto de elaboración de un Código Penal único para todo el territorio nacional, que se uniría al Código Nacional de Procedimientos Penales, a la Ley Nacional de Medios Alternativos de Solución de Conflictos y a la Ley Nacional de

Ejecución de Sanciones, leyes generales que obtuvieron fundamento constitucional en el artículo 73, fracción XXI, inciso c) que literalmente expresa que será facultad del Congreso, para expedir: la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Sin embargo, la creación de un Código Penal único golpearía al endeble federalismo mexicano, que cada vez más tiende a una centralización de prerrogativas y recursos, además de que violentaría la autonomía y soberanía de las entidades federativas, atentando también contra la pluralidad jurídica y la máxima de que no existe un derecho absoluto ya que todo derecho es relativo.

La unificación de la ley sustantiva penal, por sí sola, no garantiza un aminoramiento del fenómeno delictivo y si impide que una entidad federativa encamine su política criminal legislativa de acuerdo a su realidad demográfica y social, además de lacerar aún más, como ya mencionó el débil federalismo del Estado mexicano.

Dentro del presente apartado que se refiere a como encaminar la política criminal en el ámbito del poder legislativo, el cual es el encargado de la creación de reglas y supuestos que regulan y dictan las reglas del juego de la vida en sociedad; específicamente en el aspecto de la prisión preventiva, constitucionalmente se establece que el juez ordenara la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas de fuego y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, (CPEUM, artículo 19) aunque es entendible que esta medida cautelar tiene como finalidad evitar que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia, dicha medida es muy debatible.

En este sentido es importante analizar si debiese legislarse al respecto con fundamento al principio fundamental de presunción de inocencia, lo anterior debido a que, en la mayoría de centros penitenciarios no se puede dar un trato separado a quienes se encuentran ya sentenciados de quienes están bajo esta medida cautelar, situación que en nada contribuye a la paz social; por ello es indispensable reflexionar sobre la aplicación de esta medida, la cual debiese implementarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto cuando se conjuguen dos cuestiones, la probable responsabilidad y un evidente riesgo real e inminente de evadir la justicia.

En este aspecto García Ramírez afirma que la prisión preventiva es esencialmente injusta, sin perjuicio de sus ventajas en su utilización desde una perspectiva práctica, y dicha medida cautelar presenta una tensión mayor entre el principio de presunción de inocencia.¹³

Desde la perspectiva del ámbito legislativo y la justicia restaurativa, sería importante un análisis exhaustivo sobre la actual participación de las víctimas en muchas conductas tipificadas como delitos, puesto que el sistema penal tradicional tiende a no darle importancia a la voluntad de los ofendidos, el código sesga la posibilidad de llegar a un arreglo en un gran número de delitos, que son calificados por sus características como graves y de oficio, lo cual limita que a través del dialogo se resuelvan conflictos que a consideración de los implicados pudiesen resolverse de una forma más fácil, rápida y menos desgastante.

Es necesario ponderar y en dado caso re categorizar cuales delitos deben ser perseguidos de oficio por el aparato estatal, ya que una vez puesto en marcha la maquinaria estatal jurisdiccional, ni la voluntad de la víctima puede detenerlo, aun cuando ésta ha quedado satisfecha con la reparación del daño y ha, en determinado momento, perdonado a su agresor, por ello, para otorgar mayor margen de maniobra

¹³ García Ramírez, Sergio, *Panorama del proceso penal*, México, Porrúa, 2004, p. 158.

a las autoridades y a los involucrados en un delito, sería prudente analizar el catálogo de delitos perseguidos de oficio, en pro de potenciar la participación de la víctima en el proceso y reconocerle la facultad de perdonar y arreglarse como mejor le convenga, lo que conlleva la oportunidad también al agresor de reconocer su falta, de ser consciente del daño provocado y poder mejorar su conducta social.

Tomando en cuenta lo anterior sería importante fomentar la justicia restaurativa, como un sistema alternativo a la prisión, es necesario, en consecuencia, una revisión del catálogo delictivo, pudiendo despenalizar conductas, obviamente garantizando la satisfacción de las necesidades del ofendido y reparado el daño causado, puesto que es evidente que la reclusión no es el camino, la prisión, sin las garantías de respeto a derechos humanos y sin programas reales de reinserción en nada disminuye el fenómeno delincencial, pues al contrario genera odio y resentimiento para con la sociedad, propiciando en un alto porcentaje la reincidencia, volviendo delincuente al inocente y profesional al que ya de por sí delinquía.

VI.- Política criminal en el ámbito judicial

La política criminal implementada desde este ámbito de poder posee una esencia principalmente represiva, puesto que el derecho penal es reactivo, interviene después de cometido el hecho antijurídico conocido como delito y ha sido vulnerado algún bien jurídico tutelado.

En México la impartición de justicia estuvo caracterizada por un sistema judicial, lento y saturado por la excesiva carga de trabajo en los juzgados penales, haciendo del principio constitucional del derecho a una justicia pronta y expedita una falacia, en la práctica era evidente el retraso del procedimiento y el irrespeto del principio de inmediación, era común la acumulación de constancias procesales que

generaban expedientes voluminosos que imposibilitaban al juzgador una revisión y análisis a detalle y conciencia de ellos, lo que propiciaba el dictado de resoluciones insensibles, técnicas, mecanizadas y en algunas ocasiones no apegadas a derecho.

Es oportuno y necesario, a partir de los criterios y las posibilidades que se aperturan en materia de justicia con la reforma procesal penal constitucional de 2008, la cual da la oportunidad de atender al delito, al infractor y a la víctima – comunidad, desde otra perspectiva y otros principios, incluyendo desde la justicia restaurativa que busca reparar y sanar en vez de reprimir y castigar y que apuesta por un aparato judicial más humano, más sensible y más empático.

Se debiese procurar un sistema judicial, como se mencionó, con juzgadores humanitarios y sensibles que estén conscientes, que por la dinámica y contingente que resulta ser la vida, nadie está exento de realizar una conducta, sea dolosa o culposa, que sea considerada como delito en el código sustantivo penal, es necesario generar empatía que permita estar abierto a segundas oportunidades o posibles beneficios, debido a que la realidad ha demostrado que la represión no ha funcionado para combatir de manera efectiva al fenómeno delictivo.

Desde esta perspectiva se hace necesario voltear a ver a la justicia restaurativa como elemento fundamental de una política criminal en el ámbito judicial que permita primeramente restaurar la armonía y paz social, en segunda escuchar y sanar a la víctima involucrando a la sociedad y por último evitar la reincidencia del infractor, lo que en consecuencia disminuiría el nivel de delincuencia.

En ese orden de ideas el nuevo sistema de justicia penal y la justicia restaurativa implican salidas alternas del proceso judicial, alternas a la sentencia de juicio oral, dichas salidas alternas son los criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado, la suspensión condicional de la pena y los acuerdos reparatorios, siendo importante mencionar que estas salidas alternas han generado en un alto porcentaje de la

población una sensación de mayor impunidad, esto debido al desconocimiento del sistema, sin embargo estas opciones utilizadas y conducidas correctamente ayudan a la despresurización del sistema y a la reducción de la criminalidad.

Por los motivos de discrecionalidad en que se encuentran investidas las salidas alternas, en concreto los criterios de oportunidad y el procedimiento abreviado, éstas pueden tender a convertirse en procedimientos de corrupción y solo descongestión del aparato judicial y ejecutivo encargados de perseguir e impartir justicia, buscando únicamente elevar los índices y estadísticas de supuesta efectividad de las referidas instituciones.

La justicia restaurativa no tiene la finalidad de descongestionar el sistema sin atender, sanar y resolver realmente el conflicto, por lo anterior únicamente se reconocen como verdaderos medios alternativos de solución de conflictos y como parte de la justicia restaurativa a la suspensión condicional de la pena y sobre todos los acuerdos reparatorios.

La suspensión condicional de la pena se introduce como forma alternativa de terminación del proceso para no tener que esperar una sentencia que al final permita la libertad condicional o una ejecución condicional, permite que el imputado admita los hechos facilitando su libertad sujeta a prueba bajo ciertas condiciones (CNPP, artículo 184).

En lo que respecta a la última salida alterna mencionada, que son los acuerdos reparatorios, estos si son considerados verdaderamente como una justicia restaurativa aplicada, en estos se busca un encuentro víctima – victimario donde la víctima es acompañada por un facilitador sin que éste pierda su imparcialidad, se trata de concientizar respecto a que el delito causa un daño a las personas y a la comunidad, que ese daño conlleva una obligación y que la obligación principal es reparar el daño.

En el ámbito judicial, la justicia restaurativa, que representa un medio alternativo de solución de conflictos, se hace presente a través de las figuras mencionadas

de suspensión condicional de la pena y acuerdos reparatorios, descritos brevemente en líneas que anteceden, por ello para impulsar esta nueva forma de impartición de justicia, que también tendría efectos de política criminal, ya que dichas figuras bien aplicadas deberían contribuir a disminuir los niveles de reincidencia, se necesitan juzgadores empáticos, que estén abiertos al diálogo y a la restauración de la paz social.

Por ello cuando un asunto es judicializado, y si la conducta delictiva lo permite, el juez debe propiciar el dialogo entre los implicados con la finalidad de conocer la verdad de los hechos, a través de las sesiones que sean necesarias conducidas bajo un ambiente adecuado y con la ayuda de un experto facilitador, por medio de las cuales se logre la protección de la víctima y la satisfacción de sus inquietudes, así como la comprensión de responsabilidad del daño causado por parte del infractor que permita llegar a un acuerdo que concluya el conflicto.

Debiendo el juzgador estar abierto a escuchar cualquier acuerdo al que lleguen las partes, respetando la forma en que los involucrados deseen concluir con la controversia, sin poner trabas innecesarias, ya que se trata de dar un margen de exteriorizar la voluntad tanto de la víctima como del imputado, inclusive cuando el acuerdo al que lleguen, desde el punto de vista jurídico, pudiese parecer ridículo o irrisorio.

Sin embargo es importante señalar y poner atención que en México actualmente, los acuerdos reparatorios no están siendo utilizados como una verdadera herramienta de justicia restaurativa, existe una tasa alta de incumplimiento debido a que no se dirime realmente el conflicto, por ello es necesario el compromiso de la autoridad judicial para lograr un proceso de justicia restaurativa que permita dirimir el conflicto, concediendo el tiempo y número de sesiones que sean necesarias para ello, con el objetivo de restaurar la paz en la sociedad.

En tratándose de la suspensión condicional de la pena, al ser solicitada por el imputado demuestra con ello sometimiento y aceptación de la conducta realizada,

así como la disposición de reparar el daño causado, refleja cierto grado de arrepentimiento, culpa y respeto a la víctima u ofendido, sentimientos que, desde mi perspectiva, inciden en un cambio de conducta que disminuye la posibilidad de reincidencia.

Los juzgadores deben ser sensibles, se trata de humanizar nuestro aparato judicial, ponerse en el lugar del otro, y tener presente, reiteró, que nadie está exento de verse involucrado en un proceso judicial, siendo un hecho notorio que la política criminal represiva, de aplicación formal de la ley y justicia es y ha sido ineficaz.

VII. Consideraciones finales

Una vez realizada la revisión análisis de la política criminal implementada en el México contemporáneo desde sus tres ámbitos de poder, se pudo identificar, en primera, que dicha política se ha encaminado principalmente hacia el aspecto represivo y, en segunda, que ésta no ha sido eficiente ni funcional, lo anterior se debe a que se ha ponderado y privilegiado al combatir el fenómeno delictivo satisfacer intereses político electorales, así como es palpable falta voluntad política para emprender estrategias y programas efectivos.

El nivel de delincuencia e inseguridad actual del país es alarmante y preocupante, la delincuencia organizada y la convencional lastima prácticamente a todo el país, por ello es necesario y urgente que exista disposición gubernamental verdadera y un involucramiento de todos los sectores de la sociedad con la finalidad de combatir frontalmente este problema.

La política criminal debe conducirse hacia un aspecto preventivo, se debe encaminar un sistema de justicia estatal desde la óptica de respeto a derechos humanos y la nueva perspectiva de comprender la impartición de justicia, que inicio a partir de las reformas constitucionales de 2008 y 2011.

El poder ejecutivo debe destinar recursos y voluntad, implementando una política criminal metodológica que realice los diagnósticos necesarios por sectores sociales y demográficos que permitan identificar el origen del fenómeno delincuen- cial de una zona o población específica, para que con base en ello se puedan poner en marcha políticas preferentemente a largo plazo, que serán después evaluados, para que de acuerdo a su funcionalidad, se les otorgue continuidad, se modifiquen o se cancelen; la educación de calidad y generación de fuentes de empleo es primordial para desde este ámbito combatir la criminalidad.

Asimismo también es importante, ante un hecho delictivo, difundir en la so- ciedad el dialogo como el único medio para resolver conflictos, educar a la sociedad inculcando valores de cultura de paz, respeto y empatía, lineamientos principales por los que apuesta la justicia restaurativa, difusión y capacitación que debe exten- derse a los operadores jurídicos.

En cuanto al poder legislativo su política criminal debe tender a combatir la inflación existente en los códigos sustantivos penales, se debe buscar cierta unifíca- ción de criterios, pero es importante reflexionar respecto a la creación de un códi- go único, puestos que se atenta principalmente contra la pluralidad jurídica, siendo también importante repensar los catálogos de delitos y su categorización según su gravedad, puesto que desde una visión de justicia restaurativa podría ser positivo otorgar margen de maniobra y participación a los involucrados en un delito para re- solver sus diferencias a través de una justicia de tipo horizontal, restándole un poco de potestad al Estado castigador, lo que podría disminuir la reincidencia.

En el ámbito judicial del poder es necesario, de acuerdo a esta nueva forma de entender la impartición de justicia, desde el garantismo y los medios alternativos de solución de conflictos, humanizar a nuestros jueces, éstos deben ser sensibles y empáticos, debiendo procurar, cuando sea posible, fomentar la justicia restaurativa

para resolver conflictos, a través de las figuras jurídicas que permiten reunir a la víctima e infractor, para que por medio del dialogo, la aceptación y concientización de la conducta se resuelvan diferencias.

Desde este mismo poder judicial se necesita también que en su tarea de interpretar los tópicos legales, creen criterios jurisprudenciales que vayan encaminados a procurar una impartición de justicia más justa y humana, consientes que la represión como política criminal en México no está funcionando.

VIII. Bibliografía

NIKKEN, Pedro, *El concepto de Derechos Humanos*, Estudios de Derechos Humanos

Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/03_Curso_PGJ/Contenidos/contenidos/Modulo_1/2.Pedro_Nikken.pdf

PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la teoría a la práctica*, Lex Nova. Ed. Lex Nova Madrid, 2008

JUÁREZ BRIBIESCA, Armando, Medina Ramírez, Marco Antonio, *Política criminal (México y Chile)*, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8806/10857>

CHAMPO SANCHEZ, Nimrod Mihael, *El juez de ejecución de sanciones en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013

ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed., trad. de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi srl, 2000, claves del derecho penal, vol. 2.

DURAN MIGLIARDI, Mario, *La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función*, Revista de Derecho Valdivia (junio de 2016), https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000100013

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *política criminal de la nueva justicia penal*, clase en el magister de derecho penal de la U. de Chile (13 de junio de 2008), <http://fletcher.tufts.edu/CCI/~media/Fletcher/Microsites/CCI/Chile/Politica%20Criminal%20-%20Piedrabuena.pdf>

CARRASCO JIMENEZ, Edison, *El concepto de “expansión” del Derecho Penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto “inflación” penal*, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXVII (2017), www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/3059/4175

MORENO HERNANDEZ, Moisés, *Estado de Derecho y Política criminal*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2506/6.pdf>

CASAR, María Amparo, *México: Anatomía de la corrupción*, México, CIDE, Instituto Mexicano para la competitividad, A.C., 2015.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo et al., *La transformación del sistema penitenciario federal: una visión de Estado*, México, Centro de Investigación y Estudios en Seguridad CIES, 2012.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del proceso penal*, México, Porrúa, 2004.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Nacional de Procedimientos Penales

ANÁLISIS DE LA MEDIDA DE PAGO CAUTELAR PARA GASTOS
DE EMBARAZO Y PARTO ¿UNA ACCIÓN AFIRMATIVA PARA
GARANTIZAR LA IGUALDAD DE GÉNERO EN CHIAPAS?

Christian Maythé Santiago Bartolomé

Resumen

A partir de 2009 en Chiapas aparece en el código civil la medida de pago cautelar por gastos de embarazo y parto, una figura que resulta polémica pero a la vez innovadora. En busca de la igualdad de género para combatir la discriminación y violencia de que son objeto las mujeres, se ha implementado un modelo de pago que sirva para cubrir los gastos necesarios del embarazo y parto, cuando los progenitores quieren evadir la responsabilidad que la paternidad implica. Debido a la falta de acceso a la justicia de las mujeres, se ha propiciado en muchas ocasiones el desamparo de los menores aún no nacidos, por la falta de mecanismos o supuestos legales que permitieran el cumplimiento anticipado de las obligaciones que conlleva la procreación.

Este trabajo busca justificar el origen de esta medida cautelar, que si bien no se señala en el código civil chiapaneco, puede interpretarse como una acción afirmativa, además de analizar los derechos que se encuentran en conflicto y las implicaciones o alcances que tiene la prueba de paternidad en este procedimiento.

Palabras clave: *Medida cautelar, presunción de paternidad, prueba de paternidad, interés superior del menor, derecho a la intimidad, equidad e igualdad de género, acciones afirmativas.*

Abstract

As of 2009 in Chiapas, the precautionary payment for pregnancy and childbirth expenses appears in the civil code, a figure that is controversial but at the same time innovative. In search of gender equality to combat discrimination and violence against women, a payment model has been implemented to cover the necessary expenses of pregnancy and childbirth, when parents want to evade the responsibility that fatherhood implies. . Due to the lack of access to justice for women, the abandonment of unborn children has been promoted on many occasions, due to the lack of mechanisms or legal assumptions that allow the anticipated fulfillment of the obligations that procreation entails.

This work seeks to justify the origin of this precautionary measure, which although not indicated in the civil code of Chiapas, can be interpreted as an affirmative action, in addition to analyzing the rights that are in conflict and the implications or scope of the proof of paternity in this procedure.

Sumario

1.Introducción.- 2. Fundamento jurídico.- 3. Características, definición y requisitos de procedibilidad. - 4. Presunción de paternidad y prueba de ADN VS el interés superior del menor.- 5. Tipos de pruebas de paternidad.- 6. Análisis a la medida de pago cautelar por gasto de embarazo y parto, bajo el principio de igualdad de género.- 7. Acción afirmativa en el derecho civil chiapaneco.- 8. Conclusión.

1. Introducción

Es evidente que actualmente hombres y mujeres no accedemos en igualdad de oportunidades a los bienes y derechos que la sociedad ofrece, pues a lo largo de la historia

la mujer ha sufrido discriminación por su condición de género, lo que la ha llevado en muchas ocasiones a ser objeto de violencia ya sea física, emocional o económica, debido a estas inconsistencias en el trato hacia las mujeres fue necesario el reconocimiento de sus derechos, entre muchos otros el derecho a la igualdad, en consecuencia se han adoptado medidas afirmativas para mitigar las desigualdades estructurales entre hombres y mujeres, en ese sentido, a continuación abordaremos en este trabajo el estudio de la medida de pago cautelar por gastos de embarazo y parto en el Estado de Chiapas, adoptada para proteger los derechos de las mujeres embarazadas que se encuentran fuera de la relación matrimonial, que se traduce en un acción afirmativa, por su carácter. Cuando hablamos de mujeres embarazadas, que tienen que afrontar dicha situación sin el apoyo económico de quien es el progenitor de la criatura que gesta, las condiciones se tornan difíciles, muchas veces los hombres evaden esta obligación, dejando en estado de desamparo a las mujeres y al ser que están concibiendo, tomando en consideración esa situación en el Estado de Chiapas se ha implementado una medida legislativa para introducir en el derecho sustantivo civil una prerrogativa a favor de las mujeres y que no necesariamente satisface tantos requisitos en el ámbito procedimental, con el objeto de que ellas puedan hacer reclamo de la mitad de los gastos que se generan para cubrir las necesidades durante el embarazo y el parto, de los hijos aún no reconocidos.

2. Fundamento jurídico

El 18 de diciembre de 2009, se publicó mediante decreto número 028, la adición del capítulo IV bis del Título Séptimo del Código Civil para el Estado de Chiapas, que a continuación se transcribe:

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Artículo. 384 bis.- La mujer que se encuentre embarazada fuera del matrimonio podrá solicitar ante el juez de lo familiar, en donde no lo haya conocerán los jueces civiles o de jurisdicción mixta; una medida de pago cautelar para sufragar los gastos de embarazo y parto, de quien presumiblemente sea el padre, bastando para tal efecto la manifestación de la actora bajo protesta de decir verdad y constancia de gravidez.¹

En virtud de la urgente necesidad y por tratarse la petición de orden público, el juez decretara dicha medida por el cincuenta por ciento de los gastos de embarazo y parto, siempre y cuando que la progenitora al momento de la presentación de la solicitud, se encuentre en estado de gravidez o dentro de los seis meses posteriores a la fecha del alumbramiento.²

Dicha petición; se registrá conforme a lo establecido al procedimiento de las controversias del orden familiar.³

Artículo. 384 ter.- en caso de negativa de la parte demandada ante la afirmativa de la actora, deberá probar su negativa con la prueba de ácido desoxirribonucleico (ADN)⁴.

Artículo. 384 cuater (sic).- En caso de resultar negativa la prueba de ácido desoxirribonucleico (ADN), ante la petición hecha por la progenitora embarazada, el juez ordenará la cancelación de la medida cautelar y el demandado

¹ Decreto 028 de 2009, Por el que se adicionan diversas disposiciones al Código Civil para el Estado de Chiapas, publicado en el periódico oficial del Estado de Chiapas el 18 de diciembre de 2009.

² *Idem.*

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

podrá ejercer su derecho de exigir la reparación del daño, conforme a lo establecido en la ley de la materia⁵.

Ésta medida legislativa busca garantizar el acceso y aplicación de la justicia, en igualdad de derechos y obligaciones de hombres y mujeres, tan es así que el monto económico generado se cubre en un cincuenta y cincuenta por ciento, respectivamente, como justificación de esta reforma al código civil chiapaneco podemos señalar: la necesidad de protección económica para cubrir las necesidades apremiantes de los hijos nacidos o por nacer, para que sean atendidas debidamente y de manera oportuna. Pues durante la etapa de embarazo las mujeres se encuentran en un estado de salud que requiere atenciones especiales para ella y su producto de gestación, como podemos referir por ejemplo a los casos de embarazo adolescente o precoz, que ha sido un fenómeno que se manifiesta cada vez de manera más común y donde se hace necesaria la aplicación de una medida rápida para protección de dichas adolescentes, que muchas veces carecen de los recursos económicos y del apoyo del progenitor.

3. Características, definición y requisitos de procedibilidad

Por cautelar se entiende aquellas “medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo”.⁶ Las medidas cautelares son disposiciones tomadas para prevenir un daño o peligro, cuando las circunstancias así lo requieran.

Procesalmente las medidas cautelares tienen como finalidad asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso, es decir, preparan

⁵ *Idem.*

⁶ Diccionario de la Real Academia Española, disponible en línea <http://dle.rae.es/?id=80fotNV|80hOfyd>

el camino y aportan los medios aptos para el éxito de un proceso principal. Son una manera de perfeccionar una acción futura, que se vería comprometida o disminuida de no proporcionarse dicha medida cautelar.

De modo que podemos señalar de la medida cautelar las siguientes características: a) Es una disposición de carácter judicial, en la que el órgano jurisdiccional ante quien se promueve, puede en su caso, ordenar el cumplimiento de un acto que ha de servir para perfeccionar una acción que se intentará promover en lo subsecuente, ésta será otorgada si está justificada por los hechos y el derecho; b) es de carácter urgente, necesaria para evitar un perjuicio grave a los intereses de quien la solicita. En ese sentido, la finalidad de la medida cautelar es asegurar el cumplimiento de una obligación, en este caso el cumplimiento de una obligación de pago pero de manera anticipada.

La medida de pago cautelar por gastos de embarazo y parto, entonces, es un procedimiento que prevé el aseguramiento de una obligación de carácter alimentario pero de manera provisional y equitativa. Se da ante el caso de una mujer embarazada fuera del matrimonio, y dada esta condición la ley la protege considerando su estado de urgencia por no contar con el apoyo de quien presumiblemente es el padre; condenándose así al demandado por el pago del cincuenta por ciento del total de los gastos que se generen por el embarazo y el parto.

Como requisitos de procedibilidad la ley señala:

1. La manifestación de la mujer bajo protesta de decir verdad, que efectivamente se encuentra en estado de gestación y que el demandado es el presunto padre.
2. Constancia de gravidez.
3. El plazo para intentar la acción será dentro de los nueve meses correspondientes al embarazo o seis meses posteriores a este.

La sustanciación:

Esta medida cautelar se resuelve bajo la misma forma de las controversias del orden familiar, es decir, sigue las reglas y etapas del proceso formal, instauración de la demanda, contestación de la misma, etapa probatoria, etapa de alegatos y finalmente la sentencia. Cabe señalar que debido a esto, aunque el fin de la medida sea dar solución urgente a las necesidades de la parte actora, en la práctica por resolverse bajo las reglas del juicio de alimentos, exige el cumplimiento de los plazos de cada fase, el desahogo de las pruebas; en su caso, la ejecución de la sentencia, en las que en el peor de los casos el demandado se niegue a pagar, terminando así en un embargo y aunado a esto, la carga de trabajo de los tribunales, hace que el procedimiento por su propia naturaleza se extienda, lo cual recae muchas veces en que la finalidad no se cumpla tal cual, pues se satisfacen las pretensiones de la parte actora mucho tiempo después de su estado de urgencia.

4. Presunción de paternidad y prueba de ADN VS el interés superior del menor

La medida materia de éste análisis, establece que la acción se interpone contra quien se presume es el progenitor del menor que la mujer gesta, por presunción se entiende que existen indicios que llevan a considerar al juzgador que los hechos controvertidos son ciertos, por lo tanto impera la presunción de paternidad, desde el inicio del procedimiento.

Sin embargo, la paternidad únicamente puede ser acreditada fehacientemente mediante una prueba pericial en Ácido Desoxirribonucleico (en adelante ADN), aunque esta prueba puede ser considerada un mecanismo invasivo, razón que ha servido de argumento para oponerse a la realización de la prueba, sin embargo de la

aplicación de métodos interpretativos para resolver esta situación, se ha establecido una jerarquía de derechos, quedando por encima el interés superior del menor y su derecho a tener una identidad y conocer con ello su filiación sobre el derecho a la intimidad y a la integridad física de quien se presume es el progenitor.

Aunque se ha dicho que la prueba genética de ADN “constituye el método más preciso, confiable y contundente para el establecimiento de la relaciones paterno-filiales, pues es la vía que posibilita de la mejor manera la determinación de la identidad de un individuo”.⁷ Dentro de los argumentos dirigidos a sostener la oposición de realizarse dicha prueba, encontramos la vulneración al derecho a la intimidad y a la integridad física, sin embargo la Suprema Corte se pronunció al respecto para resolver una contradicción de tesis, en la cual realizó un estudio a fin de determinar las implicaciones de la prueba de paternidad de ADN, mismo que arrojó que “la prueba no analiza la totalidad del mapa genético de la persona sino únicamente la huella genética”,⁸ por lo tanto no se revela información que no sea materia del juicio, por lo que no se afecta el límite del derecho a la intimidad del demandado; mientras que en el derecho a la integridad física, se ha establecido que la toma de la muestra no representa un riesgo para la salud del demandado y el dolor causado es mínimo.

Cuando el demandado se niega a comparecer o someterse a la prueba de paternidad, existen desde luego consecuencias jurídicas atribuibles a dicha situación, como son el uso de medidas de apremio o la confesión ficta de los hechos que se le demandan, para poder valorar en conjunto con las otras pruebas, a fin de emitir una sentencia que pueda condenar al demandado de la paternidad que se le demanda. Por lo que en la medida cautelar que nos ocupa, la prueba idónea que manifiesta el

⁷ Tello, Luisa, *Pruebas de ADN y presunción de la paternidad en los juicios de filiación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006, pp. 211.

⁸ *Idem*, pp. 210.

legislador para desacreditar o acreditar la paternidad, según sea el caso, es la prueba pericial de ADN.

Siendo la prueba de ADN, idónea para conocer la huella genética de una persona a fin de poder descubrir una verdad biológica, lo cual comprueba una relación de parentesco que genera así un derecho a los alimentos pero que también garantiza el derecho a la identidad de una persona. Como se señaló anteriormente, la negativa del presunto progenitor a realizarse la prueba, trae como consecuencia la presunción de la paternidad, y puede incluso ser condenado de las prestaciones que se le reclaman, sin embargo no existirá la certeza de dicha paternidad, aún cuando dentro del juicio se establezca una verdad legal, pero esta no será comprobada por carecer del medio de prueba idóneo que permita llegar a una verdad histórico-biológica en el proceso civil, entonces existirá una verdad legal más no una verdad histórica de los hechos.

Si bien el demandado puede oponerse a la realización de la prueba pericial en genética, argumentando su derecho a la intimidad o su derecho a la integridad física, pese a decretarse medios de apremio, debe prevalecer la aplicación de la justicia por ser además un asunto de interés público, así también “la sujeción a un proceso implica que las partes asuman obligaciones y cargas, siéndoles exigibles determinados comportamientos”,⁹ como la realización de la prueba de paternidad.

5. Tipos de pruebas de paternidad

La filiación “es el vínculo jurídico que existe entre dos personas a las cuales la ley atribuye el carácter de padres e hijos. Por lo tanto, bajo esta óptica, la filiación puede

⁹ Bueno, Fabio, *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*, 2ª edición, Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 1996, pp. 138.

proceder de la procreación o de la adopción”¹⁰, siendo relevante para el presente análisis aquella que se deriva de la procreación. Esta relación filial puede comprobarse mediante diversos métodos científicos.

Inclusive el desarrollo de la tecnología ha permitido grandes avances en el campo de la genética, existiendo hoy en día una gama diversa de pruebas para acreditar la paternidad, mediante la búsqueda del ADN, que puede entonces establecer una relación de carácter filial derivada del hecho biológico de la procreación, lo cual resulta muy útil en el proceso civil, sin embargo lo que resulta complicado y a veces riesgoso es poder determinar la existencia de este vínculo en un menor aún no nacido, aunque existen pruebas para poder hacerlo, como las que a continuación se mencionan:

- a. *Biopsia de vellosidades coriales o muestra de vello coriónico*: “el cirujano llega al útero por el cuello uterino (procedimiento transcervical) o a través del abdomen (procedimiento transabdominal)”¹¹, “la edad gestacional recomendada es entre la 10^a y 13^a semana, es un procedimiento diagnóstico invasivo, consiste en la obtención de vellosidades coriales que revisten el corión (membrana más externa que rodea al feto pues contiene el mismo material genético que el del bebé) para estudio citogenético o molecular”.¹²
- b. *Amnioentesis*: “Es un procedimiento invasivo de diagnóstico prenatal que consiste en la introducción de una aguja a través de la pared abdominal

¹⁰ Villalobos de González, Elvira, *Manual de derecho de familia*, Editorial tirant lo blanch, México, 2014, pp. 139.

¹¹ University of Maryland Medical Center, *Muestra de vellosidad coriónica*, disponible en <http://umm.edu/health/medical/spanishency/presentations/muestra-de-vellosidad-corionica-serie>

¹² Cfr. Borell, Antoni et al, *Protocolo biopsia de vellosidades coriales*, Unitat Diagnòstic Prenatal, Servei de Medicina Materno Fetal Institut Clínic de Ginecologia, Obstetrícia i Neonatologia. Hospital Clínic de Barcelona, disponible en https://medicinafetalbarcelona.org/clinica/images/protocolos/patologia__fetal/biopsiavellosidadescoriales.pdf

materna para aspirar una muestra de líquido amniótico”¹³, “debe ser realizada desde la 15ª semana de edad gestacional en adelante”¹⁴, “en el líquido amniótico se pueden realizar estudios cromosómicos, bioquímicos, moleculares o microbiológicos”¹⁵..

- c. *La prueba de paternidad prenatal no invasiva*: “Es la mejor solución si desea determinar la paternidad del bebé aún por nacer. Realizando otras pruebas de paternidad prenatales durante el embarazo existe el peligro de dañar al feto o sufrir un aborto. Sin embargo, con la prueba de paternidad prenatal no invasiva se puede establecer la paternidad sin que el feto sufra ningún peligro. No hay necesidad de esperar a que nazca el bebé para determinar la paternidad de manera segura”.¹⁶

“Requiere una muestra estándar de sangre de la madre, posteriormente se extrae el ADN fetal hallado en la sangre materna, y lo compararán con la muestra de ADN del alegado padre”.¹⁷

Mediante estas pruebas es posible determinar la paternidad del menor aun no nacido, sin embargo, no se puede dejar de advertir que éstas también implican

¹³ Borrell, Antoni, Protocolo amniocentesis, Unitat de Diagnòstic Prenatal, Servei de Medicina Materno Fetal Institut Clínic de Ginecologia, Obstetrícia i Neonatologia. Hospital Clínic de Barcelona, disponible en https://medicinafetalbarcelona.org/clinica/images/protocolos/patologia__fetal/amniocentesis.pdf

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Parra-Saavedra, Miguel et al, “Amniocentesis: guía práctica”, *Diagnóstico prenatal*, país, Vol. 25, 2014, Núm. 1, enero-julio, pp. 20.

¹⁶ *La prueba de paternidad prenatal no invasiva*, disponible en <http://www.easydna.es/articulos/prueba-paternidad-prenatal/>

¹⁷ *Idem.*

complicaciones médicas y éticas. El examen de ADN durante el embarazo, tanto la prueba de Vello coriónico como la de amnioentesis, conllevan un pequeño riesgo de infección, aborto inesperado u otras complicaciones, por lo que no se ofrece a todas las mujeres embarazadas dichas pruebas; resultado la más segura de ellas la prueba de paternidad no invasiva, pero también es la más cara de ellas.

6. Análisis a la medida de pago cautelar por gasto de embarazo y parto, bajo el principio de igualdad de género

Por principio según la definición de la Real Academia Española debemos entender: “la base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia”.¹⁸ Por lo tanto un principio, viene a ser una fórmula para guiar u orientar la aplicación de alguna cosa o el obrar de alguien.

Luego entonces, en el campo del derecho, primeramente diríamos ¿Para qué nos sirve un principio? Un principio sirve para cumplir con la función de: Dirigir la creación y la aplicación del derecho, y orientan a la autoridad para apegarse al respeto de los mismos. Los principios son una herramienta fundamental para la valoración que hace un juez al aplicar la ley, pues ésta no alcanza a contemplar todos los fenómenos que acontecen en la realidad, pues los principios revelan el sentido de las normas y ahí se encuentra su verdadera importancia.

Por ejemplo, “la Equidad designa un criterio o una noción que sirve de guía o fundamento y en cuyo concepto se apoyan las facultades discrecionales del juez”.¹⁹ “Es un principio de acción dirigido hacia el logro de condiciones justas en el acceso

¹⁸ Diccionario de la Real Academia, disponible en línea en <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=VlsWtXHJ5DXX2Zf0mQkO>

¹⁹ Barreno, Luis. El Nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano. Ediciones del Cerro. Falcón. 1986

y control de los bienes culturales y materiales tanto para las mujeres como para los hombres”.²⁰ Al ser un término vinculado con la justicia, obliga a plantear los objetivos que deben conseguirse para avanzar hacia una sociedad más justa.

La equidad de género, inserta como un principio en las disposiciones jurídicas, busca lograr que hombres y mujeres alcancen en igualdad de oportunidades los mismos derechos. Esto implica que es una medida de trato preferencial mediante la cual se logra poner a mujeres y hombres en un plano de igualdad en el acceso a sus derechos.

La equidad es un medio, para lograr el fin de la igualdad, que como aristotélicamente se definiría igualdad, es trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Busca que todos posean los mismos derechos sin importar condición económica, nacionalidad, etnia, género, entre otros. Se trata de igualdad ante la ley.

En el ámbito procesal la igualdad refiere que los derechos, obligaciones y carga de la prueba que surgen con motivo de ese proceso deben ser distribuidas sin discriminación entre las partes, de modo que tengan las mismas oportunidades o reciban condiciones para un debido proceso.

La medida de pago cautelar por gasto de embarazo y parto, tiene sustento en estos principios señalados, favoreciendo así a quienes se encuentran en una condición de desigualdad ante la ley, buscando garantizar los derechos de las mujeres en el acceso a la justicia y evitar sean víctimas de violencia económica.

Ahora bien damos paso al siguiente concepto que tiene relación, con la equidad y la igualdad de género, y que ha venido a adoptarse como una medida urgente para alcanzar la igualdad entre los hombres y las mujeres.

²⁰ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *Conceptos en materia de Equidad de Género*, disponible en http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/008_comisioneslx/001_ordinarias/015_equidad_y_genero/001_equidad_y_genero

7. Acción afirmativa en el derecho civil chiapaneco

Como se ha señalado, debido a la desigualdad que existe en la sociedad, entre hombres y mujeres, ha sido necesario que mediante figuras específicas se pueda dar un trato diferente a alguien que se encuentra en una desventaja social, para ponerla en condiciones de igualdad respecto del resto de la sociedad, es aquí donde encontramos las acciones afirmativas o bien la discriminación positiva.

Esta figura se crea con el propósito de combatir, disminuir y erradicar, la desigualdad que resulta del trato social por motivos de género. Son estrategias implementadas para garantizar el respeto de las mujeres en la sociedad, y mejorar el acceso y oportunidades en sus derechos.

Es aquí donde se materializa y justifica la medida de pago cautelar por gastos de embarazo y parto en Chiapas, pues mediante esta acción afirmativa, insertada en el derecho civil desde 2009, se pretende que las mujeres que se encuentran en una condición de desventaja frente a los hombres y debido a su estado de necesidad y desamparo, precisan una protección especial, una discriminación positiva justificada por la vulneración de los derechos que están en riesgo: derechos reproductivos, interés superior del menor, respeto a la dignidad, derecho a la identidad, “derecho a la obtención de los satisfactorios básicos para el desarrollo que fue calificado como una extensión del derecho a la vida”²¹, entre otros.

8. Conclusión

La medida de pago cautelar de gastos de embarazo y parto como acción afirmativa para lograr la igualdad de género en Chiapas, es sin duda una disposición mediante la cual se otorga un trato preferencial a la mujer frente a los hombres, dada la situación de desventaja en la que se encuentra.

²¹ Tello, Luisa. *Op cit*, pp. 210.

Esta medida se justifica por el estado de urgencia en la que se encuentra la mujer, es necesario entonces proveerla de un pago anticipado que cubrirá una necesidad que se entiende como una extensión de la obligación alimentaria, que tiene para con ella y el menor, la parte demandada, pues proporcionar los medios para satisfacer necesidades que resultan básicos para la mujer embarazada y su hijo se pueden considerar una extensión del derecho a la vida, sin que ello signifique dejar en estado de indefensión al demandado, pues él puede hacer uso de los medios probatorios que la ley le concede, para desacreditar a la autora, puede incluso si la parte actora actuara por mala fe, hacer uso de una reparación del daño, ésta injerencia en los derechos del demandado está plenamente justificada a la luz del interés superior de la niñez, pues debe prevalecer éste, por el daño que se le puede provocar al dejarlo en una situación de riesgo o de carencia de los medios elementales para subsistir, los cuales alcanzan a la madre por ser ella la figura que asegura la subsistencia del menor, en los primeros momento de vida.

La obligación que resulta de esta medida cautelar, misma que se traduce en una extensión de los alimentos, que como ya ha quedado mencionado se refiere a cubrir la mitad de los gastos que implican el desarrollo del embarazo y el parto, lo que significa que estrictamente se está considerando a las partes en igualdad económica para cubrir los gastos generados.

Es de vital importancia proteger a la mujer que por su condición, no cabe en el supuesto de concubina o cónyuge (viéndose impelida para promover un juicio de alimentos), ante la oposición del presunto padre para proporcionarle apoyo económico y con ello poder soportar los gastos que se generan por la gestación y el parto, pues además debe prevalecer la protección del interés superior del menor, pues el cumplimiento de esta medida incide en la calidad de vida y el respeto por la dignidad de ambos, madre e hijo. Existen muchos menores que quedan desprotegidos, debido al incumplimiento de los progenitores de sus obligaciones para con ellos, en ese sen-

tido la medida de pago cautelar por gastos de embarazo y parto resulta viable para el desarrollo de la infancia.

Esta discriminación positiva, en la que ante la ley se privilegia a la mujer embarazada, cobra importancia, pues tramitar un juicio de alimentos o un reconocimiento de paternidad, tiene otras dificultades procedimentales, los tiempos son más extensos, y los costos se elevan, la medida de pago cautelar por gasto de embarazo y parto, busca que en menor tiempo y con menores requisitos procesales se puedan satisfacer necesidades apremiantes y que muchas se desean cubrir de manera efectiva y pronta.

Bibliografía

BARRENO, Luis, El Nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano, Falcón., Ediciones del Cerro, 1986.

CALAMANDREI. Piero, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Argentina, Ejea, 1998.

ESPINO, A., La participación política de las mujeres. de las cuotas de género a la paridad. México, CEAMEG y Cámara de diputados. LXI Legislatura. 2010.

LAGARDE, Marcela, Claves feministas para liderazgos entrañables, Managua., Memoria del Taller. 1999.

PRIETO-CASTRO. F, Derecho Procesal Civil, *Revista de Derecho Privado*. Madrid. 1968.

TELLO, Luisa, Pruebas de ADN y presunción de la paternidad en los juicios de filiación, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006.

VILLALOBOS DE GONZÁLEZ, Elvira, Manual de derecho de familia, Editorial tirant lo blanch, México, 2014.

Parra-Saavedra, Miguel et al, “Amniocentesis: guía práctica”, Diagnóstico prenatal, 2014.

CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE CHIAPAS.

DECRETO 028, por el que se adiciona el capítulo IV bis, título séptimo del Código Civil para el Estado de Chiapas.

http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/008_comisioneslx/001_ordinarias/015_equidad_y_genero/001_equidad_y_genero

University of Maryland Medical Center, Muestra de velloidad coriónica, disponible en <http://umm.edu/health/medical/spanishency/presentations/muestra-de-vellosidad-corionica-serie>

Borell, Antoni et al, Protocolo biopsia de vellosidades coriales, Unitat Diagnòstic Prenatal, Servei de Medicina Materno Fetal Institut Clínic de Ginecologia, Obstetrícia i Neonatologia. Hospital Clínic de Barcelona, disponible en https://medicinafetalbarcelona.org/clinica/images/protocolos/patologia_fetal/biopsiavellosidadescoriales.pdf

Borrell, Antoni, Protocolo amniocentesis, Unitat de Diagnòstic Prenatal, Servei de Medicina Materno Fetal Institut Clínic de Ginecologia, Obstetrícia i Neonatologia. Hospital Clínic de Barcelona, disponible en https://medicinafetalbarcelona.org/clinica/images/protocolos/patologia_fetal/amniocentesis.pdf

La prueba de paternidad prenatal no invasiva, disponible en <http://www.easydna.es/articulos/prueba-paternidad-prenatal/>

JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO

Osman Sarmiento Ochoa

Resumen

La reforma constitucional en materia de justicia penal de junio del 2008, incorpora el modelo de justicia restaurativa, que tiene como finalidad primordial que los derechos de las víctimas sean respetados y atendidos a través de mecanismos alternativos de solución de controversias surgidas con motivos de la comisión de delitos, como la conciliación, la mediación y la junta restaurativa. Busca el balance procesal y social entre la víctima, el infractor y la comunidad; ahora al Estado ya no se le considera más como agraviado o víctima, como tradicionalmente lo fue durante décadas en el viejo sistema penal mexicano.

Palabras clave: *Justicia restaurativa, mecanismos alternativos de solución de controversias, conciliación, mediación, la junta restaurativa.*

Abstract

The constitutional reform in criminal justice matters of June 2008, incorporates the model of restorative justice, whose main purpose is that the rights of victims are respected and addressed through alternative dispute resolution mechanisms arising from the commission's motives. of crimes, such as conciliation, mediation and the

restorative board. Look for the procedural and social balance between the victim, the offender and the community; now the State is no longer considered as aggrieved or victim, as it was traditionally for decades in the old mexican criminal system.

Keywords: *Restorative justice, alternative mechanisms of dispute resolution, conciliation, mediation, the restorative board.*

Sumario

I. Antecedentes. II. La reforma constitucional de 18 de junio de 2008. III. El modelo de justicia restaurativa. VI. Consideraciones finales. VII. Fuentes bibliográficas.

I. Antecedentes

Por antonomasia al Derecho Penal en general, se le identifica por ser represor de diversas conductas antisociales contenidas en un código llamadas *tipo penal* y por cuya comisión u omisión se debe imponer una pena, como castigo ejemplar e implacable al infractor, de naturaleza retributiva con el fin teleológico de reducir los índices de la criminalidad en nuestra vida social; en este sistema de justicia se privilegiaba la imposición de la pena como sinónimo del poder omnímoto del Estado, más allá de obtener una verdadera reparación de los daños y de las afectaciones provocadas directamente a las víctimas, proteger sus derechos, garantizar la seguridad pública y la eficaz readaptación de los delincuentes.

En las aulas, durante nuestra formación profesional, estudiamos el Derecho Penal a partir de los delitos en particular, las penas y las medidas de seguridad, sobre la base doctrinaria tradicional de grandes estudiosos y de todo el entramado jurídico especialmente diseñado para operar ese sistema de justicia, para la armónica convi-

vencia de los seres humanos, traducida en paz social y seguridad pública como sinónimo de justicia; empero, se le caracterizó más como un instrumento jurídico para castigar a quienes cometieran una conducta reprochable o delito, aunque también contemplara procedimientos y políticas públicas de corte criminal, a fin de evitar que esas conductas antijurídicas se produjeran, es decir, la prevención del delito, la no reincidencia o habitualidad para delinquir y lograr la tan anhelada paz social.

De esta forma se fue construyendo nuestro sistema de justicia penal, rudo, represor, insensible, castigador, retributivo y, hasta cierto punto, inhumano como medio para imponer castigos por diversas conductas consideradas como injustas por el Estado mexicano, en el afán de mantener la cohesión del colectivo y el orden, esa era su naturaleza y razón de ser.

El término sistema penal, según Moisés Moreno, hace referencia al *“conjunto de medidas de control social de carácter penal. Éstas a su vez, son parte del conjunto de medidas de carácter político-criminal que el Estado adopta para lograr sus objetivos en materia criminal”*. En ese entendido, entre los objetivos del Estado se encuentra el combatir los delitos que alteran el orden social, y lo cumple por medio del derecho penal y de sus instituciones.¹

Ese tradicional sistema de justicia penal, conformado por diversas etapas donde la investigación, la persecución de los delitos, la indagación, la obtención de pruebas para acreditar la responsabilidad de los inculcados, el procurar que los juicios se siguieran en sus plazos para la pronta y expedita administración de justicia, así como solicitar la aplicación de las penas a los responsables de un delito, eran de la competencia exclusiva de la institución del Estado llamada Ministerio Público, con amplias y exorbitantes facultades, al grado tal de haber cometido excesos en sus actuaciones, provocando, inclusive,

¹ Moreno, Moisés, citado en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Aspectos básicos para comprender la reforma constitucional en materia de justicia penal, Ed., CNDH, México, 2011, pág. 9.

serías violaciones a los derechos humanos, olvidándose, en los más de los casos, de las víctimas de los delitos y de sus consecuencias provocadas en ellos.

Con el paso del tiempo, dicho sistema de justicia, basado en el viejo Código Federal de Procedimientos Penales del 30 de agosto de 1934, se llegó a considerar desgastado y obsoleto, que se fue contaminado con una serie de trampas, vicios y triquiñuelas, que generaban un excesivo engrosamiento de los expedientes, con actuaciones y documentos sin sentido, sin el objetivo fundamental de probar absolutamente nada en el juicio, desnaturalizando por completo.

La crítica a ese sistema se centra en la especial y particular forma de privilegiar los derechos procesales de los inculpados, reos o delincuentes, por sobre el de las víctimas directas del delito, quienes resentían las consecuencias psicológicas o materiales de esas conductas delictivas, sin tener la oportunidad de ser escuchadas al igual que su victimario, en un desequilibrio procesal más que obvio; esta circunstancia fue provocando en la sociedad una sensación generalizada de impotencia y, sobre todo, de creciente impunidad, que se fue erigiendo como el común denominador de la justicia penal mexicana, trayendo como consecuencias la percepción negativa, de desconfianza y de rechazo por parte de los ciudadanos hacía este sistema de justicia.

Aunque, como se ha dicho, la imposición de las penas al infractor era lo que principalmente le importaba al Estado, la reparación del daño ocasionado por conductas antijurídicas estaba presente y formaba parte de la sanción prevista como pena, incluso, se considerara como objeto accesorio para el Ministerio Público en el momento en que solicitaba al juez de la causa, en el ejercicio de la acción penal, el obsequio de la orden de aprensión o el dictado del auto de formal prisión, para que posteriormente los jueces tuvieran la responsabilidad de fijarla e imponerla en la sentencia definitiva, bajo ciertos parámetros y conforme al monto económico que hubiere quedado debidamente demostrado o acreditado en el juicio.

No obstante, la existencia de la figura de la reparación del daño, jamás alcanzó a cumplir el objetivo de resolver los conflictos generados entre víctima y victimario, sobre todo el de sanar aquellos de tipo psicológico, surgidos con posterioridad al evento delictivo traumatizante, ya que este tipo de lesiones son muy difíciles de tratar y permanecen por mucho más tiempo en la psique humana; una vez procesado, sentenciado y recluido el delincuente en un centro penitenciario, las víctimas quedaban en el completo olvido, el Estado no tuvo la capacidad para darles atención realmente satisfactoria, aunque promulgando la Ley General de Víctimas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013; ese resentimiento de olvido, injusticia e impunidad continuó latente en ellas.

El sentir generalizado de impotencia, injusticia, inseguridad, impunidad y de excesiva burocracia, provocaba que no se denunciaran muchos delitos, aunado a las deficientes políticas criminales y penitenciarias que no alcanzaban a cumplir con sus objetivos de disminuir los índices de la criminalidad y reinserir socialmente a los delincuentes, pero por sobre todo lo fue la ignorancia o exclusión de la víctimas directas del delito en todo el proceso penal, factores que fueron determinantes para obligar al Estado a una reflexión para la reforma integral al sistema de justicia penal mexicano.

II. La reforma constitucional de 18 de junio de 2008

La reforma a la Constitución mexicana en sus artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, fracciones XXI y XXIII, 115, fracción VII y 123, fracción XIII, apartado B, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, es el pilar de un nuevo sistema de justicia penal, de tipo acusatorio, pero sobre todo oral, con diferentes principios, tales como el de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación.

Su principal característica es que se trata de todo un sistema de audiencias dirigidas por jueces, donde se busca el esclarecimiento de los hechos reprochables, proteger al verdadero inocente, que los daños causados a las víctimas sean realmente reparados, evitar al máximo que siga habiendo impunidad, reinsertar socialmente al sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir.

En su momento el Poder Judicial de la Federación, refirió que:

El proceso será un diálogo abierto entre los diversos actores que confrontarán por el predominio de lo que consideran es la verdad procesal. Gracias a la reforma, la trascendencia de la labor de los jueces tendrá una preeminencia sin precedentes en México. El cambio de paradigma, cada vez más cercano en el horizonte, de un sistema inquisitivo a otro acusatorio, es revolucionario y equivalente al que se dio en la ciencia, al transitar de las férreas y monológicas leyes de la física clásica a los principios, más dialógicos, interactivos y tolerantes de la física cuántica.²

De todos los artículos reformados, el 20 constitucional es el más significativo en cuanto al establecimiento de este nuevo sistema de justicia penal, para una mayor ilustración podemos destacar de su apartado A, de una manera breve, los siguientes principios generales:

Toda audiencia se desarrollará ante la presencia de un juez, el desahogo y la valoración de las pruebas es una facultad indelegable del juzgador, quien tiene la más amplia plenitud para hacerlo, de manera libre y apegado a los razonamientos de la lógica, es decir, que tiene la obligación de estudiar de manera ordenada y coherente lo ocurrido en el proceso penal y los nexos con la verdad de los hechos reprochables sometidos a su resolución.

² Poder Judicial de la Federación, *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional*, Ed., Consejo de la Judicatura Federal, México, 2011.

Solamente se considerarán como pruebas en el juicio, todas aquellas que hayan sido presentadas y desahogadas en la audiencia respectiva; de manera excepcional se podrá admitir la prueba anticipada, la que por su especial naturaleza sea necesario su desahogo prematuro, conforme a los requisitos establecidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

La etapa del juicio, se desarrollará ante la presencia de un juez que no conoce del caso, se hará de manera pública, contradictoria y oral, en esta etapa procesal se expondrán los argumentos y se presentarán los medios probatorios por cada una de las partes y de quienes más intervengan en el juicio, llámense peritos, testigos, etc., se respetará la igualdad procesal, tanto para sostener la acusación como la defensa, según corresponda.

Los medios de prueba para demostrar la culpabilidad del presunto responsable de la comisión de un delito deben ser presentados por la parte que realiza la acusación, observando las exigencias legales para ello, seguramente esta carga es para el Ministerio Público, a quien por disposición normativa le corresponde hacer tal acusación y trabajar para obtener todas las pruebas necesarias o fundamentales que sostengan aquélla ante el juez, probanzas que deben ser obtenidas de manera legítima, porque de lo contrario éstas se consideraran nulas y sin eficacia alguna.

Los juzgadores están impedidos para tratar asuntos, que se encuentren sometidos a su jurisdicción, de forma aislada con alguna de las partes sin que se encuentre presente su contraria, esto en estricta observancia del principio procesal de contradicción y mantener ese equilibrio procesal de igualdad, hecha excepción de aquellas previstas en el texto constitucional.

Se podrá decretar la terminación anticipada del juicio en los supuestos y bajo las modalidades que determine la legislación penal. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, que

ha participado en la comisión de un delito y, además, existen medios de convicción suficientes que corroboran la imputación, el juez podrá citar a una audiencia para emitir su fallo o sentencia. La legislación penal contemplará beneficios que se podrán conceder al inculcado cuando acepte libremente su responsabilidad.

Solamente se podrá emitir una sentencia de condena, cuando exista plena convicción de la culpabilidad del procesado, es decir, cuando quede debidamente probada su responsabilidad en la comisión del delito que se le señale.

Una de las características del sistema acusatorio es el respeto a los derechos de las personas, el llamado *garantismo*, que, como ustedes bien saben, nace como un concepto elaborado y con límites acotados en los años ochenta, al cual Ferrajoli hace importantes aportaciones como respetar los derechos fundamentales de todos, porque a veces se parte de la premisa falsa de que en la medida en que se respeten más los derechos de una de las partes, se dejan de respetar los derechos de su contraparte y viceversa. Al respecto, la conclusión fue: “es posible respetar los derechos de todos, porque respetar derechos no es generar un régimen de privilegios, sino hacer en un marco de legalidad que una democracia, que un sistema democrático al cual todos nos debemos atener, preponderantemente las autoridades, al principio de legalidad, no haya atropello, no haya menoscabo de los derechos de nadie”.³

En el apartado C, del artículo 20 constitucional que nos ocupa y para efectos de este ensayo, se comprenden una serie de derechos a favor de la víctima o del ofendido, tales como recibir asesoría jurídica gratuita, ser informado de los derechos que en su favor establece la propia Constitución, ser informado del desarrollo del procedimiento penal; que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la etapa de investigación como en el proceso mismo, a que se

³ García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, (Coords), La reforma constitucional en materia penal, Jornadas de Justicia Penal, Ed., Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2010, pág. 20.

desahoguen las diligencias que correspondan para el esclarecimiento de los hechos; poder intervenir en el juicio e, inclusive, interponer los recursos que procedan en los términos de ley; recibir atención médica y psicológica en cualquier etapa del proceso y desde que se cometa el delito, asimismo a que le sea reparado el daño a su plena satisfacción.

Ahora el Ministerio Público debe fundar y motivar correctamente cuando a su parecer no sea necesario el desahogo de alguna diligencia, asimismo, estará obligado a solicitar primordialmente la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido la pueda pedir directamente, y el juzgador jamás podrá absolver al sentenciado de la reparación si ha emitido ya una sentencia condenatoria, la que deberá cumplimentarse conforme a los procedimientos de ejecución de sanciones penales.

Las víctimas del delito pueden impugnar ante la autoridad judicial competente, todas aquellas omisiones del Ministerio Público en su labor de investigar los delitos, así también todas aquellas resoluciones o determinaciones que éste emita, como por ejemplo la de reservar del expediente, con lo cual se abstienen de continuar investigando la comisión del delito, su decisión sobre el no ejercicio o del desistimiento de la acción penal, así como la suspensión del procedimiento, cuando no esté debidamente cumplimentada la reparación del daño causado, porque ahora el fin principal consiste precisamente en que el infractor o delincuente se haga responsable de sanar las consecuencias de su conducta antijurídica mediante cualquiera de los medios o formas que ahora están contemplados en la legislación penal.

El artículo segundo transitorio del Decreto de reforma constitucional de junio de 2008, precisa que el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entraron en vigor en el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de su publicación de este Decreto,

ese plazo se ha cumplido el 18 de junio de 2016 y ahora en México se investigan y procesan las conductas delictivas conforme a las reglas de este nuevo sistema de justicia penal.

De esta manera en todo el territorio nacional se han hecho los ajustes y las modificaciones exigidas por el Decreto referido y se ha adoptado este nuevo sistema procesal penal de corte acusatorio, conforme a las reglas previstas en el Código Nacional de Procedimientos Penales y demás ordenamientos legales, por la comisión de delitos federales y locales, apegados a los principios y derechos establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales reconocidos por nuestro país.

III. El modelo de justicia restaurativa

Transitamos de un modelo de justicia retributiva, donde prevalece el criterio de que la pena impuesta debe ser proporcional a la infracción cometida por el delincuente, quien debe responder ante el Estado más que a la víctima; de forma similar a la Ley del antiguo pueblo de Israel, en Deuteronomio 19:18-21, [...] 18. *“Los jueces indagarán minuciosamente, y si resulta que el testigo es un testigo falso, que ha acusado falsamente a su hermano, 19. Haréis con él lo que él pretendía hacer con su hermano. Así harás desaparecer el mal de en medio de ti. 20. Los demás, al saberlo, temerán y no volverán a cometer una maldad semejante en medio de ti. 21. No tendrá piedad tu ojo. Vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie” [...]*; la severidad de la pena es el distintivo del anterior modelo como un ejemplar castigo para desalentar a quien pretenda delinquir; en cambio el modelo de justicia restaurativa, busca sanar realmente a las víctimas del delito y a la sociedad de los daños causados con su comisión.

En el Congreso Internacional de Budapest de 1993, la Justicia Restaurativa o Restauradora ganó esta denominación frente a otros términos que también se utilizaban para nombrarla, como: Justicia Positiva, Pacificadora, Temporal, Transformadora, Comunitaria, Conciliativa, Conciliadora, Reparativa, Reparadora, Restitutiva, Reintegradora, o Reintegrativa.⁴

En el párrafo cuarto del artículo 17 constitucional se establece 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 los que se requerirá supervisión judicial [...]*, de esta manera se incorpora una novedosa forma de resolución de conflictos originados por la comisión de un delito, el infractor debe responder mediante otras formas y no solo con prisión, multa y reparación del daño como tradicionalmente se venía impartiendo por los jueces mexicanos.

Los mecanismos alternativos favorecen la cultura de paz en el sentido de que contribuyen a una justicia penal no inquisitiva, con el objetivo de que las partes resuelvan por ellos mismos sus conflictos bajo un esquema de positiva (sic), con una franca tendencia a la cultura de la paz.⁵

En el Diario Oficial de la Federación del 29 de diciembre de 2014, se promulgó la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, en cuyo artículo 1º, segundo párrafo, se precisa que éstos tienen como finalidad propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de alguna denuncia o querrela referidos

⁴ Pérez Saucedo, José Benito y Zaragoza Huerta, José, Artículo: Justicia Restaurativa: del Castigo a la Reparación, En Campos Domínguez, Fernando Gerardo, et al. (Coords.), Entre Libertad y Castigo: dilemas del Estado Contemporáneo. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2011, pág., 640.

⁵ Gorjón Gómez, Gabriel de Jesús y Martínez Pérez, Yahaira Berenice, La justicia restaurativa en el derecho penal mexicano y la cultura de paz, pág., 21, publicado en http://rcnl.ukko.mx/documents/files/000/000/222/original/Justicia_Restaurativa_en_el_Derecho_Penal_.pdf?1503633845

a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.

En el diverso artículo 3º, fracción IX, de dicha ley se precisa que son mecanismos alternativos: la mediación, la conciliación y la junta restaurativa, que buscan realmente solucionar un conflicto penal más que castigar con severidad al delincuyente, ya que propician un diálogo directo entre víctima y victimario a fin de obtener un acuerdo de voluntades libre y espontáneo que remedie los daños causados con el injusto penal, el cual una vez que es sancionado por el juez de la causa adquiere el carácter de cosa juzgada, cual si se tratase de una sentencia definitiva y debe ser cumplimentado en sus términos también de manera voluntaria, en caso contrario se hará de manera forzosa conforme a los medios establecidos en la legislación penal.

La justicia restaurativa tiene como finalidad principal reestablecer la paz social; pero durante el proceso de restauración de las relaciones sociales, violentadas por el hecho delictivo, cobra relevancia la participación de la víctima u ofendido, el inculpado y la comunidad en la solución del conflicto penal.⁶

Más allá de pretender castigar al infractor, la justicia restaurativa busca la cohesión del tejido social que se lacera o descompone cuando se comete un delito, mantener la unidad como antaño se hacía en los grupos humanos indígenas que arreglaban este tipo de situaciones ante la comuna o presencia de todos los integrantes y que en muchas de ellas aún se sigue practicando, conforme a sus sistemas normativos internos.

En épocas recientes, después de que varias tendencias doctrinales críticas al modelo de resolución de conflictos basado en una justicia penal represiva —durante décadas— habían señalado su notorio fracaso, estas antiguas formas de resolver con-

⁶ Meza Fonseca, Emma, Hacia una justicia restaurativa en México, apartado IV. Justicia Restaurativa, publicado por el Instituto de la Judicatura Federal, México, 2004, pág. 16.

tiendas entre particulares, a través de modelos de Justicia Restaurativa, comienzan a retomar presencia en el escenario internacional. En este sentido, en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (1985), que se llevó a cabo en Milán, se retoma una idea sustancial: “Acceso a la Justicia y trato Justo.”⁷

Encontramos dos resoluciones del Consejo Económico de la Organización de las Naciones Unidas, la primera: 2000/14 “*Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva en materia penal*”, fue aprobada el 27 de julio de 2000, en la que se establece que por *proceso restaurativo* se entiende todo aquel 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.

La segunda: 2002/12 “*Principios básicos para la aplicación de programas de justicia retributiva en materia penal*”, aprobada el 26 de julio de 2002, se pronuncia prácticamente en el mismo sentido que la anterior.

Por otra parte, también se tiene a la declaración derivada del Seminario “*Construyendo la Justicia Restaurativa en América Latina*”, celebrado en Santo Domingo de Heredia, Costa Rica, del 21 al 24 de septiembre de 2005, la cual recomienda en su artículo 1º: Es programa de JR todo aquel que utilice procedimientos restaurativos y busque resultados restaurativos. Parágrafo 1o: Procedimiento Restaurativo significa todo aquel en el cual víctima y ofensor y cualquier otro individuo miembro de la

⁷ Pesqueira Angulo, Georgina y Guillén López, Germán, Justicia restaurativa: un nuevo modelo de justicia en materia penal, Revista Jurídica del Departamento de Derecho Universidad de Sonora, Academia de Derecho Administrativo, Tercera Época Año 4. No 9, México, julio a diciembre de 2013, pág. 29.

comunidad participe cuando sea adecuado juntos a la ayuda de un colaborador en la búsqueda de la paz social. Parágrafo 2o: Podrán incluirse entre los resultados restaurativos respuestas de arrepentimiento, perdón, restitución, responsabilización, rehabilitación y reinserción social, entre otros.

a. La mediación (Artículos 21 a 24 de la LNMA SCP)

La Ley de la materia lo conceptualiza como el mecanismo voluntario mediante el cual los intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar una solución satisfactoria de ésta. El facilitador durante la mediación propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los llamados intervinientes.

Debe existir la conformidad previa para sujetarse y desplegar este mecanismo llamado mediación, con la ayuda de un facilitador habilitado para ello, quien juega un papel muy importante, sobre todo al momento de hacer la presentación del formato y de los objetivos deseables de la sesión, así como las reglas y los principios que deberán observarse en sus distintas etapas; es en este entorno en que los intervinientes pueden exponer libremente sus percepciones frente al conflicto, plantear sus preocupaciones y pretensiones, así identificar y proponer las posibles soluciones a la controversia existente entre víctima y victimario.

Otra tarea del facilitador es la de clarificar los términos de la controversia, con la finalidad de purificarla, quitando todos los elementos negativos y las descalificaciones proferidas entre las partes, procurando dar relevancia a aquellos elementos que permitan lograr un consenso; el acuerdo que resuelva la controversia penal, será registrado y elaborado para la firma de quienes hubieren intervenido en la mediación.

El facilitador tiene la potestad de sustituir la mediación, siempre y cuando cuente con la anuencia de los interesados y considere que es idóneo para la concre-

ción del acuerdo, atendiendo a las características y particularidades del caso concreto, así como a la posición que tengan los intervinientes en el caso concreto. Un compromiso del delincuente en relación a su comportamiento futuro suele ser un componente esencial de los acuerdos a los que se llega a través de la mediación y otros procesos restaurativos.⁸

b. La conciliación (Artículos 25 y 26 de la LNMA SCP)

La conciliación es el proceso voluntario mediante el cual un tercero, de manera neutral e imparcial, ayuda a las personas en conflicto a buscar una solución consensual, y les propone soluciones, las cuales pueden ser aceptadas o rechazadas por las personas en controversia.⁹

Es otro mecanismo voluntario de solución de controversias en materia penal, mediante el cual los intervinientes, con plenitud de libertad hacen propuestas para solucionar la controversia que se presenta ante ellos. El facilitador puede presentar diversas alternativas de solución, de manera objetiva e imparcial, una vez que hubiere escuchado el diálogo entre las partes.

El procedimiento conciliatorio se desarrolla en los mismos términos previstos para la mediación, con la diferencia que en este mecanismo, como ya se dijo, el facilitador está autorizado para realizar propuestas de solución, previo diálogo y visualización de escenarios posibles que le permitan ofrecer la alternativa más viable y equitativa para los Intervinientes, desde luego, el acuerdo resolutorio, será registrado y elaborado para su firma, respetando los principios previstos en la legislación penal.

⁸ Organización de las Naciones Unidas, Manual sobre, Programas de Justicia restaurativa, Serie de Manuales Sobre Justicia Penales, Ed., ONU, Nueva York, 2006, pág. 11.

⁹ Molina González, María del Rosario, Justicia restaurativa en materia penal, una aproximación, revista Letras Jurídicas, núm. 11, México, otoño 2010, págs. 10 y 11.

c. La junta restaurativa (Artículos 27 a 29 de la LNMA SCP)

La junta restaurativa cae dentro de la denominada la “justicia restauradora” que le reconoce un papel central a la víctima en la solución de la controversia, ofrece respuestas distintas a la prisión e intenta la rehabilitación del delincuente.¹⁰

En términos del artículo 27 de la Ley Nacional de Medios Alternativos de Solución de Conflictos Penales se trata de un mecanismo mediante el cual la víctima u ofendido, el imputado y, en su caso, la comunidad afectada que resiente los efectos de la conducta criminal, con plenitud de libertad, participan de manera conjunta en la búsqueda y construcción de salidas al conflicto generado por la comisión de un delito.

El acuerdo que se logre debe atender a las necesidades y responsabilidades, tanto individuales como colectivas, considerando también la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad, con la finalidad de recomponer el tejido social lesionado o fracturado con el ilícito.

La junta restaurativa se puede lograr, atendiendo a la naturaleza del caso o por el número de personas involucradas en el conflicto; para lograr resultados óptimos se realizarán sesiones preparatorias para explicar los alcances, reglas, metodología y aclarar cualquier duda que los intervinientes se planteen; servirá, además, para identificar la naturaleza y las circunstancias particulares del caso, las necesidades de quienes intervienen y las perspectivas individuales que tengan, esto permitirá evaluar su convicción para desarrollar este mecanismo, la posibilidad y condiciones para realizar la reunión conjunta, incluyendo a miembros de la comunidad también lesionada.

En la sesión conjunta, el facilitador formulará una serie de preguntas previamente diseñadas, las que se dirigirán en primer término al imputado, después a la

¹⁰ Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC), Ensayos sobre la implementación de la reforma penal en México, Vol., II, Ed., CIDAC, México, 2015, pág. 45.

víctima u ofendido, en su caso a otros intervinientes afectados, y por último, a los miembros de la comunidad presentes en la sesión.

El imputado podrá manifestar las acciones con las que pretenda reparar el daño causado con la comisión del delito, también de los compromisos que asuma para con los demás intervinientes. Concretado el acuerdo reparatorio producto de la junta restaurativa, se cerrará la sesión, el facilitador lo registrará y lo preparará para la firma respectiva, de acuerdo con lo establecido en la legislación penal.

IV. Consideraciones finales

Los sistemas formales de justicia penal se caracterizan por la marginalización que han hecho a las víctimas del delito, dejándola en el más completo desamparo y, en contrapartida, se ha privilegiado el estricto respeto por los derechos y garantías procesales de los delincuentes.

La reforma constitucional en materia de justicia penal de junio del 2008, incorpora este nuevo modelo de impartir justicia en México, la llamada justicia restaurativa, que tiene como finalidad primordial que los derechos de las víctimas sean respetados y atendidos por mecanismos alternativos de solución de controversias generadas con el despliegue de los injustos penales, más allá de la tradicional sanción corporal.

La justicia restaurativa busca restaurar el balance procesal y social entre la víctima, el infractor y la comunidad, donde al Estado ya no se le considera más como agraviado o víctima de los delitos, como tradicionalmente lo fue durante décadas en el viejo sistema penal mexicano, que se consideró amañado, desgastado y obsoleto por provocar sentimientos negativos en los justiciables.

La justicia restaurativa no desatiende a la víctima u ofendido, busca rectificar la conducta delictiva y procurar la prevención del delito para su no repetición, me-

diante procedimientos adecuados y conforme a políticas criminales encaminadas a la verdadera reinserción de los reos, sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación, la educación, la salud y el deporte, conforme lo prevé el segundo párrafo del artículo 18 constitucional.

Hoy el proceso penal permite que se involucre de forma activa a la víctima, al agresor o victimario y a los integrantes de la comunidad, para que mediante el diálogo encuentren formas eficaces para la reparación o sanación de los daños causados y las condiciones para que ello sea posible, sin pretender que el reo sea necesariamente privado de su libertad deambulatoria y sometido a tratamientos ineficaces.

En este sistema de justicia restaurativa, se considera:

1. Que el delito causa daños a las personas y a las comunidades.
2. El motivo de causar daños por conductas ilícitas conlleva la obligación de reparar, más que recibir un castigo corporal o pecuniario impuesto como pena.
3. Por tanto, quien cause un daño debe, en consecuencia, repararlo de conformidad con la petición de la víctima o de quien lo resienta.

Lo que realmente interesa para la justicia restaurativa es valorar el o los daños causados y procurar que el infractor los sane o repare de manera voluntaria y a satisfacción de las víctimas, ofendidos o la comunidad, sobre todo en aquellos delitos que se cometen por culpa, negligencia, impericia o descuido, donde no existe la más mínima voluntad de cometerlo.

Karla Villarreal Sotelo, considera que la justicia restaurativa se centra en el daño: Parte de una preocupación por las víctimas y sus necesidades, procura reparar el daño dentro de lo posible tanto de manera concreta como simbólica. El objetivo de la justicia restaurativa es generar una experiencia que sea sanadora para todos los

involucrados.¹¹

Es aún muy prematuro para hacer un juicio de valor sobre la eficacia de estos mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, conocidos como justicia restaurativa, no obstante que la Ley de la materia fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2014, entró en vigor conjuntamente con el Código Nacional de Procedimientos Penales, el 18 de junio de 2016, su asimilación y aceptación por parte de la sociedad mexicana será gradual, el reto es para el Estado en el sentido de formar y consolidar un equipo de facilitadores, sensibles y capacitados, que permitan cumplir con los objetivos de este modelo de justicia restaurativa.

VII:- Fuentes bibliográficas

Bibliografía

CENTRO de INVESTIGACIÓN para el Desarrollo, A.C. (CIDAC), Ensayos sobre la implementación de la reforma penal en México, Ed., CIDAC, México, 2015.

COMISIÓN NACIONAL de los Derechos Humanos, Aspectos básicos para comprender la reforma constitucional en materia de justicia penal, Ed., CNDH, México, 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS de GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, (Coords), La reforma constitucional en materia penal, Jornadas de Justicia Penal, Ed., Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2010.

GORJÓN GÓMEZ, Gabriel de Jesús y MARTÍNEZ PÉREZ, Yahaira Berenice, La

¹¹ Villarreal Sotelo, Karla, La víctima, el victimario y la justicia restaurativa, Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza – Vol. VII – N. 1 – Gennaio-Aprile 2013. Pág., 45.

justicia restaurativa en el derecho penal mexicano y la cultura de paz, publicado en http://rcnl.ukko.mx/documents/files/000/000/222/original/Justicia_Restaurativa_en_el_Derecho_Penal_.pdf?1503633845

GUTIÉRREZ PARADA, Óscar, *Formas de terminación anticipada en el procedimiento penal acusatorio*, Ed., Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SE-TEC), obra publicada en formato digital, México, 2012.

MEZA FONSECA, Emma, *Hacia una justicia restaurativa en México*, publicado por el Instituto de la Judicatura Federal, México, 2004.

MOLINA GONZÁLEZ, María del Rosario, *Justicia restaurativa en materia penal, una aproximación*, revista Letras Jurídicas, núm. 11, México, 2010.

ORGANIZACIÓN de las Naciones Unidas, *Manual sobre Programas de Justicia restaurativa*, Serie de Manuales Sobre Justicia Penales, Ed., ONU, Nueva York, 2006.

PÉREZ SAUCEDA, José Benito y ZARAGOZA HUERTA, José, *Artículo: Justicia Restaurativa: del Castigo a la Reparación*, En Campos Domínguez, Fernando Gerardo, et al. (Coords.), *Entre Libertad y Castigo: dilemas del Estado Contemporáneo*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2011.

PESQUEIRA ANGULO, Georgina y GUILLÉN LÓPEZ, Germán, *Justicia restaurativa: un nuevo modelo de justicia en materia penal*, Revista Jurídica del Departamento de Derecho Universidad de Sonora, Academia de Derecho Administrativo, Tercera Época Año 4. No 9, México, julio a diciembre de 2013.

PODER JUDICIAL de la Federación, *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional*, Ed., Consejo de la Judicatura Federal, México, 2011.

VILLARREAL SOTELO, Karla, La víctima, el victimario y la justicia restaurativa, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* – Vol. VII – N. 1 – Gennaio-Aprile 2013.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

Resolución 2000/14 “*Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva en materia penal*”, fue aprobada el 27 de julio de 2000. (Consejo Económico de la Organización de las Naciones Unidas)

Resolución 2002/12 “*Principios básicos para la aplicación de programas de justicia retributiva en materia penal*”, aprobada el 26 de julio de 2002. (Consejo Económico de la Organización de las Naciones Unidas)

Declaración derivada del Seminario “*Construyendo la Justicia Restaurativa en América Latina*”, celebrado en Santo Domingo de Heredia, Costa Rica, del 21 al 24 de septiembre de 2005.

PROTOCOLO PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.
HACIENDO REALIDAD EL DERECHO A LA IGUALDAD

Lidia Inés Serrano Sánchez

Resumen

El presente artículo, parte del análisis del “Protocolo para Juzgar con Perspectiva de género” (Protocolo), que realizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en julio de 2013, argumentando el interés de impulsar la adopción de criterios jurisdiccionales basados en el derecho a la igualdad y generar herramientas que les permitan juzgar con perspectiva de género, lo anterior, en aras de cumplir con las medidas ordenadas por diferentes instrumentos internacionales, que se abordaran más adelante. Es importante mencionar que más que entrar en materia de análisis del contenido o fondo del Protocolo, nos enfocaremos en tres problemas centrales, en *primer* término a argumentar, sí en realidad integra una verdadera “perspectiva de género” el Protocolo, es decir, sí cumple con los parámetros establecidos por la igualdad entre hombres y mujeres; en *segundo* lugar, nos enfocaremos a analizar la naturaleza jurídica instituida a partir de su construcción como Protocolo de actuación y el papel que tienen en este contexto tanto el juez como el legislador; y finalmente, en *tercer* lugar, analizaremos sí el Protocolo cumple con los requisitos necesarios para ser considerado norma jurídica, entre ellos la obligatoriedad (coacción) para su aplicación, a la luz de diferentes teorías jurídicas.

Abstract

This article is based on the analysis of the “Protocol for Judging with a Gender Perspective” (Protocol), which was carried out by the Supreme Court of Justice of the Nation (SCJN) in July 2013, arguing the interest of the adoption of jurisdictional criteria adopted in the right to equality and generate tools that allow them to judge with a gender perspective, the above, in order to comply with the measures ordered by different international instruments. It is important that, rather than entering into the matter of analysis of the content or substance of the Protocol, we will focus on three central problems, *first* of all an argument, if in fact, to integrate a true “gender perspective”, that is, if it complies with the parameters established for equality between men and women; *Secondly*, we focus on analyzing the legal nature of the institution and its protocol of action and the role that both the judge and the legislator have in this context; and finally, *thirdly*, we will analyze whether the Protocol meets the necessary requirements to be a juridical legal norm, among them the obligatory nature (coercion) for its application, in the light of different legal theories.

Palabras clave: *Protocolo, juzgar, Perspectiva de género, igualdad, argumentación.*

Sumario

I.- Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género y la Perspectiva de Género como propuesta de transformación y herramienta enfocada a superar la desigualdad entre hombres y mujeres. II.- La naturaleza jurídica del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. El papel del Juez y del Legislador. III.- Debate sobre sí el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género constituye o no norma jurídica. IV.- Conclusiones.

I.- Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género y la Perspectiva de Género como propuesta de transformación y herramienta enfocada a superar la desigualdad entre hombres y mujeres

En preciso explicar, que para poder juzgar con perspectiva de género ya sea, emitir una sentencia o un fallo sobre un algún asunto en donde exista una razón de género, se necesita explicar, argumentar, justificar o poder demostrar que, en primer término, la misma existe, es decir, que el juzgador esta frente a una situación en la que exista una “situación de género”; en este sentido, propongo, definir brevemente qué es el género y cómo se debe entender de forma correcta a la perspectiva de género.

La perspectiva –o enfoque– de género, surge en la segunda mitad del siglo XX en el ámbito de las ciencias sociales, particularmente de la Teoría de género, como una propuesta de transformación democrática y como herramienta enfocada a superar la desigualdad entre hombres y mujeres, que de manera teórico-metodológica se integrada de forma interdisciplinaria;¹ actualmente son muchos los estudios sobre el género, los que han determinado un gran avance en las ciencias sociales, en especial, por incorporar los estudios de la mujer como un nuevo paradigma desarrollado básicamente por el feminismo.

También se le denomina “estudios de género”, ya que constituyen un conjunto de estudios realizados tanto al género como a la equidad e igualdad de éste ante la sociedad, es decir, son todas las reflexiones históricas sobre el género, de sus consecuencias y significados que nos llevan a pertenecer a uno de los dos sexos.² La importancia de la Perspectiva de género es que es una vía eficaz para hacer avanzar

¹ CAZÉS MENACHE, Daniel, *La perspectiva de género*. Universidad Nacional Autónoma de México-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, edición electrónica, México, 2011, p. 13.

² GAMBA, Susana. “Perspectiva de género ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género?” <http://www.mujiereenred.net/spip.php?article1395> . Consulta el 05 del 10 de 2014.

propuestas y acceder a los mecanismos institucionales, a foros, a congresos, a profundizar investigaciones y por supuesto, formular alternativas nuevas de solución,³ llegando incluso, a ser un requisito para profundizar en los cambios sociales, tanto en programas políticos (partidistas y gubernamentales), como en acciones de organismos civiles e incluso en compromisos adquiridos por los gobiernos en foros internacionales, verbalizándose como la integración de los géneros al desarrollo,⁴ con el objetivo de globalizarse e impulsar su causa social, en una causa de todos, es decir, de mujeres, de hombres, de organizaciones, de organismos, de instituciones internacionales y de los Estados.

Es importante atender que la necesidad de estudiar las relaciones de género, no únicamente se hace presente la condición femenina de la mujeres, sino también, la condición masculina y situación de vida de los hombres, lo cual es correcto analizar desde la perspectiva de género, ya que género abarca todo lo referente a las relaciones sociales basadas en la diferencia sexual,⁵ tanto de hombres como de mujeres. Es dable aclarar que, al hablar de género, no está supeditado a que lo adopten las mujeres, ni está dirigido exclusivamente a ellas, es una concepción del mundo, de la vida, de comprender la problemática y su trascendencia;⁶ para así, responsabilizarnos como sociedad y no comprometiendo únicamente a un género para dejar excluir al otro.

Es cierto que a lo largo de los estudios aportados y en lo plasmado en diferentes legislaciones, se habla de género haciendo referencia a la mujer o incluso como un sinónimo de ella, un claro ejemplo, es el Protocolo para juzgar con perspectiva de

³ Cfr. CAZÉS MENACHE, Daniel, *La perspectiva de género*. op. cit., pp. 42 a 44.

⁴ GAMBA, Susana, “Perspectiva de género...” *op.cit.*, Consulta el 06 de 10 de 2014.

⁵ Cfr., CAZÉS MENACHE, Daniel, *op.cit.*, *La perspectiva de género*. p. 25.

⁶ GAMBA, Susana, “Perspectiva de género...”, *op.cit.*, Consulta el 05 de 10 de 2014.

género, realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que a pesar de establecer que “la perspectiva de género no sólo es pertinente en casos relacionados con mujeres, sino que también se hace cargo de detectar los impactos diferenciados que una norma genera y de buscar soluciones a través del derecho, lo que determina si en un proceso se debe o no aplicar”, y reafirma que la perspectiva de género, “es la existencia de situaciones asimétricas de poder o bien, de contextos de desigualdad estructural basados en el sexo, el género o las preferencias/orientaciones sexuales de las personas”, de lo que podemos referir lo siguiente.

La propia justificación del Protocolo, se funda en instrumentos internacionales, como la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), del caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México emitida el 16 de noviembre de 2009); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención De Belém Do Pará); en el caso de Teresa González y Alberta Alcántara que en marzo de 2010, la SCJN decidió atraer el caso y; la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007, por lo tanto, los casos en los que determina el Protocolo su actuación, es en cuestiones relacionadas, sólo con mujeres.⁷

El sentido de orientar todas las herramientas de “género” hacia la mujer, se debe, a que el concepto fue aportado por numerosos estudios en su mayoría realizados por feministas, pero sobre todo –y en determinado punto comprensible– por los antecedentes históricos de la discriminación que ha enfrentado ante el hombre y ante el Estado, la falta de derechos por los que ha tenido que luchar para su recono-

⁷ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*. México, SCJN, julio 2013, p. 7 y ss. http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/PROTOCOLO_PARA_JUZGAR-CON_PERSPECTIVA_DE_GENERO.pdf, Consulta el 11 del 10 de 2014.

cimiento y sobre todo, por la violencia de la que ha sido víctima; siendo entonces un concepto comprensible, no deja de ser erróneo, si ya hemos visto que gracias a los avances aportados por los estudios de género se han obtenido beneficios a favor de la mujer, existe la posibilidad de que también nuevos estudios creen una concepción correcta al hacer mención hacia un género (femenino o masculino), como al hacerlo a un sexo (hombre o mujer).

Analizar desde una perspectiva de género, permite entender que la vida de los hombres y las mujeres puede modificarse, ya que no está “naturalmente” determinada. Esto no sólo ayuda a comprender las relaciones entre ambos, también nos permite cuestionar los estereotipos con los que somos educados y deja abierta la posibilidad a elaborar nuevos conceptos, contenidos de socialización y relación entre los seres humanos.⁸ Para lograrlo, es necesario desarrollar el respeto en las relaciones con personas de nuestro mismo sexo como con personas del otro sexo, a través de la educación, pero sobre todo, a través de mayores aportaciones y estudios que conceptúen de manera correcta la composición de la perspectiva de género y sirvan como directrices crear para nuestras leyes y e incluso crear Protocolos que integren a ambos géneros.

Es importante mencionar, que los ejes centrales que integran la Perspectiva de género, son el hombre y la mujer, iniciando por su diferencia de sexos. El sexo es la diferencia biológica (fisiológica y anatómica) que existe entre un hombre y una mujer, de manera general en todo el cuerpo y de manera específica en los genitales. Es una diferencia visible, fácilmente determinable, propia de la naturaleza que distingue entre machos y hembras; por lo que el cuerpo sexuado constituye la manera perfecta de relacionarnos entre nosotros y con otros seres.⁹

⁸ INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES (INMUJERES), (ed.). *Glosario de Género*. Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES), México, 2007, p.104.

⁹ Mujeres que tejen la vida, *Primeros pasos en la teoría de género. Documento 1*. San José Costa rica, del 2 al 17 de marzo de 2009, p.1, www.stjteresianas.pcn.net/EnlacesBlogs/.../TeoriadeGenero.doc .

Entendiendo entonces, que el sexo corresponde a un hecho biológico, pueden y deben distinguirse de las atribuciones que la sociedad establece para cada uno de los sexos individualmente constituidos, que acentúa la esencia que compone el cuerpo y que determina el sentido de pertenencia.¹⁰ Los humanos son seres sexuados y con un sexo definido naturalmente, se es mujeres u hombres, no se hace nada para merecerlo.

El análisis de la información contextualizada es la que dará cuenta del estado de los géneros en una sociedad y en un momento determinado. El sexo como variable es condición necesaria pero no suficiente, para que un análisis social sea un estudio de género.¹¹

El género es el conjunto de características sociales atribuidas, asignadas o adquiridas por una persona según su sexo o su identidad. Al nacer se condiciona de acuerdo a lo que la sociedad determina que corresponde o es “propio” de cada sexo, con los “modelos” de feminidad o masculinidad y obligan a ajustarse a esos patrones, instituyendo para que se parezcan a ese “modelo”, según los intereses y necesidades de esa sociedad.¹²

Así, cada persona y sociedad construyen su propia concepción de género, como parte de su visión del mundo, conjugándose con otras visiones que conforman las identidades culturales, valores y motivaciones, que integran la cosmovisión de género, de aquí, que las ideas, prejuicio, interpretaciones, normas, deberes y prohibiciones, conforman la cosmovisión particular de género; cada persona se identifica

Consulta el 12 del 10 de 2014.

¹⁰ GAMBA, Susana. “Perspectiva de género...”, *op.cit.* Consulta el 12 del 10 de 2014.

¹¹ *Cfr.* DE BARBIERI, Teresita, “Sobre la Categoría Género. Una Introducción Teórico- Metodológico”, Sao Paulo, Taller sobre Derechos reproductivos organizado por PRODIR, 1990, p. 123.

¹² Mujeres que tejen la vida, *Primeros pasos...*, *op. cit.*, Consulta el 12 del 10 de 2014.

con su cosmovisión de género y la cree única o verdadera,¹³ que durante su vida la transforma, a medida de que cambia la sociedad, los valores y la experiencia personal que a su vez se va modificando.

II.- La naturaleza jurídica del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. El deber del Juez y del Legislador

Una vez teniendo claro cuál es la diferencia entre sexo y género; y qué integra la verdadera perspectiva de género, entraremos a estudiar el tema de la naturaleza jurídica del Protocolo realizado por la SCJN, nos podríamos referir a la definición que realiza la Real Academia Española sobre el Protocolo, entendiéndola como una serie ordenada de escrituras matrices y otros documentos que un notario o escribano autoriza y custodia con ciertas formalidades; o como un acta o cuaderno de actas relativas a un acuerdo, conferencia o congreso diplomático; o como regla ceremonial diplomática o palatina establecida por decreto o por costumbre.¹⁴

Sin embargo esta definición no es suficiente, ya que los Protocolos en México, que son diseñados por el Poder Judicial de la Federación, están referidos a la específica actuación para quienes imparten justicia, que en ciertos casos deben tener un estudio especializado, como en los relacionados con ciertas comunidades, con personas con discapacidad, o como en este caso para juzgar con perspectiva de género.¹⁵

En este sentido, la naturaleza jurídica de los Protocolos, sólo es guiar o servir

¹³ CAZÉS MENACHE, Daniel, *La perspectiva de género.*, op. cit. p. 42.

¹⁴ Diccionario de la Real Academia Española, “protocolo”, <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=protocolo> . Consulta el 19 del 10 de 2014.

¹⁵ Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Listado de protocolos de la SCJN” en Protocolos de actuación para quienes imparten justicia, <https://www.scjn.gob.mx/libreria/Paginas/protocolos.aspx> . Consulta el 21 del 10 de 2014.

directriz en dichas situaciones que el mismo Protocolo establece, cuestión que ha sido sujeta a diferentes críticas por la falta de obligatoriedad para su aplicación por parte de los juzgadores; pero antes de entrar a las características de las normas –que se abordará en el siguiente punto– es importante mencionar, tanto el papel del juez, como el del legislador en este punto.

En cuanto al juez, sabemos que tiene el deber de mejor proveer, y se rige bajo el sistema de libre valoración y sana crítica en nuestro sistema, es decir, cuenta con la potestad discrecional (como obligación de todo juzgador), de recabar los elementos que aprecie fundamentales para el conocimiento de la verdad material sobre la formal.¹⁶ También podemos decir que en nuestro sistema, en la libre apreciación de la prueba, el Juez no sólo obedece a un criterio legal preestablecido, sino a lo que dicta su propia estimación; en el caso de que la prueba no sea tasada, no es la ley quien fija el valor de la prueba, sino el juzgador;¹⁷ las reglas de la sana crítica sabemos que están integradas, por una parte, con los principios fundamentales del intelecto humano, pilares de todo conocimiento racional e instrumento de certeza, en el camino dirigido hacia la verdad lógica y ontológica, y por otra parte, por las reglas empíricas denominadas máxima de experiencias, la lógica y experiencia común.¹⁸

Por lo que el Protocolo, en sí mismo, constituye una recomendación de aplicación, para mejorar y facilitar el desarrollo argumentativo de sus sentencias, y por

¹⁶ CASTRO León, Rodolfo. “La carga de la prueba y la facultad del juzgador para recabar elementos de convicción en el juicio contencioso administrativo federal conforme a la jurisprudencia mexicana: un problema de procuración del conocimiento de la verdad materia”, en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No. 31, México, edición electrónica, <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/31/Interiores/1%20Rodolfo%20Castro%20Le%C3%B3n%20Pag%2011-44.pdf> , Consulta el 24 del 10 de 2014.

¹⁷ BARRIENTOS Corrales, Rosaura Esther. *Correcta Valoración de las Pruebas*, México, Gto, Poder Judicial del Estado de Guanajuato, <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/413.pdf> , p. 13, Consultado el día 24 del 10 de 2014.

¹⁸ Facultad de Ciencias Sociales - U.B.A. “Sana Crítica”, en Boletín, AÑO 4, Buenos Aires, Argentina, 2000 – 2001. <http://produccion.fsoc.uba.ar/avefenix/Boletines/b16/sana.html> , Consulta el 26 del 10 de 14.

tanto hacerlas más completa e incluso más “justas”, esta recomendación sí se determina de forma explícita en tratados internacionales –cuestión que analizaremos más adelante– ya que de manera literal no existe ningún ordenamiento jurídico en México que regule la aplicación especializada de Protocolos en México y que en consecuencia obligue a los jueces a su observancia y aplicación, por lo que en este sentido, es importante destacar el papel del legislador.

El legislador, tiene una justificación interesante en este tema, ya que además de la función jurisdiccional, se debe resaltar la tarea de creación normativa general y abstracta que tiene el legislador frente a la de aplicación normativa concreta propia de los jueces, como explica el Dr., Miguel Ángel Suarez, que refiere que debe existir un cambio en la mentalidad de concebir a la Ley frente a la Constitución, lo que provocará un mayor control de constitucionalidad de las leyes; por lo que se debe considerar al legislador no ya como el creador del Derecho sin límites, sino como un Poder constituido que en su actuación siempre creativa e innovadora deberá ceñirse a la voluntad soberana del Constituyente.¹⁹

De esta forma, se hace efectivo el Estado de Derecho, ya que implica una distribución adecuada de las funciones estatales (división de poderes), en el que se encuentre en todo momento la función legislativa, la ejecutiva y la judicial, no suponer la sustitución de una función por otra, ni mucho menos una preminencia,²⁰ ya que no todo es carga o función de los juzgadores, debe haber un equilibrio entre sí.

Por lo que para existir cohesión y concordancia dentro de nuestro sistema jurídico como conjunto normativo e institucional, el legislador debería estimar pertinente crear una normatividad referida a la aplicación, función y regulación en lo general y

¹⁹ SUÁREZ Romero, Miguel Ángel. “Estado Constitucional Y Argumentación Jurídica En Sede Legislativa”, en DERECHOS Y LIBERTADES, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Número 28, Época II, enero 2013, pp.140, 141 y 148.

²⁰ *Ibidem*, p. 148.

específico de los Protocolos de actuación, como el que hemos estado citando en nuestro análisis y así, garantizar una mayor efectividad dentro de nuestro sistema jurídico, no sólo como mera “buena intención” sino como obligación que de seguridad y certeza en todo momento y por supuesto que de resultado una eficacia generalizada.

En este sentido, cito a Manuel Atienza, que al explicar el nivel de la racionalidad jurídico-formal, de entender el sistema como un sistema jurídico o conjunto de normas válidamente establecidas y estructuradas en un sistema, el fin de la actividad legislativa es la sistematicidad, sin lagunas ni contradicciones, es decir que está nueva ley se inserte de manera armoniosa en nuestro sistema,²¹ por lo que debe corresponder al legislador, a través de un procedimiento legislativo, crear tanto los Protocolos como la regulación respectiva para su aplicación, y no al poder judicial, ya que éste mismo es al que le corresponde aplicarla. Así, si hay una mejor legislación, habrá una mejor jurisdicción, y por tanto en una mejor aplicación y eficacia de derechos y que se consigan garantizar en mayor medida la igualdad en cualquier casos prácticos, pero siempre desde el origen de la ley.

III.- Debate sobre sí el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género constituye o no norma jurídica

En esta aserción, es oportuno entrar al debate de sí el Protocolo constituye una norma o de qué elementos carece para no ser considerado norma jurídica, en esta tesitura, se plantea el debate de distinguir que el Protocolo es una mera “intención” de la SCJN para su uso directivo, es decir, que está formulado con la finalidad de influir en la conducta de los jueces como destinatarios, y que estos puedan cumplir con el comportamiento indicado, pero como refiere Santiago Nino, el hecho de que el juez

²¹ ATIENZA, Manuel., *Contribución a una Teoría de la Legislación*, Civitas, Madrid, 1997, p. 32 a 35.

como destinatario acepte la directiva, debe estar estimulado por una amenaza o por un premio que el emisor agregue a esa directiva, recordando que la naturaleza de un protocolo es orientar, Nino refiere que las directivas, que están relacionadas con las normas son las que tienen mayor fuerza, es decir, las ordenes, mandatos y las imposiciones que también se les llama prescripciones y que se caracterizan por la superioridad del sujeto emisor respecto del destinatario.²²

Cuando Nino refiere una “superioridad”, puede observarse que en el “Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en casos que afecten Personas Migrantes y Sujetas a Protección Internacional” realizado en 2013 por la SCJN, en el contenido del mismo, se consideró que el Poder Judicial tiene facultades para supervisar la actuación del resto de los poderes públicos y en algunos casos, enmendará la inejecución total o parcial de ciertas acciones; en otros, consolidará la interpretación del legislador a favor de personas migrantes y sujetas a protección internacional. Refiriendo que el protocolo está dirigido a todas aquellas personas cuya labor es la impartición de justicia, tanto en sede local como en sede federal y que por lo tanto decidirán sobre casos de personas migrantes y sujetas a protección internacional; no obstante, reconoce también la utilidad que puede tener para las organizaciones de la sociedad civil, así como para las instancias académicas interesadas en el acceso a la justicia de esta población.²³ Su explicación no es del todo clara, ya que no establece dichos mecanismos de supervisión y la forma en la que enmendará la inejecución total o parcial de las acciones que se establezcan en dicho Protocolo, pero lo que sí se refleja claramente, es la relación de superioridad que establece como Poder Judicial de la Federación.

²² Cfr. SANTIAGO Nino Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, 9ed., Ariel, 1984, pp. 64, 65 y 66.

²³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en casos que afecten Personas Migrantes y Sujetas a Protección Internacional” México, SCJN, 2013, http://www.sinfronteras.org.mx/attachments/article/1491/Protocolo_Migrantes.pdf , p. 23, Consulta el 26 del 11 de 2014.

En este contexto, es importante aclarar que no todas las prescripciones son normas, ni todas las normas son prescripciones, Von Whright, cuando clasifica las normas, en las especies principales, explica que las directivas o reglas técnicas, indican que las condiciones de voluntad presuponen siempre una proposición anankástica que debe ser verdadera para que la regla sea eficaz, es decir, un enunciado anankástico es una proposición descriptiva que dice que algo (el medio) es condición necesaria de otro algo (fin),²⁴ como decir “sí quieres juzgar conforme a derecho, aplica el protocolo cuando se presenten tales o cuales características específicas.”

Sin embargo, Bobbio refiere en que toda norma jurídica está formada por dos elementos constitutivos y por consiguiente indefectibles: el sujeto a quien se dirige la norma o sea el destinatario y el objeto de la prescripción o sea la acción prescrita,²⁵ en este sentido, no hay duda que se cubren ambos elementos, el destinatario como hemos dicho son los jueces y el objeto o acción prescrita es la aplicación de los Protocolos siempre y cuando existieran determinadas circunstancias que el mismo Protocolo refiere.

Pero Hans Kelsen refiere, que toda norma tiene un carácter general, cuando dicta un comportamiento determinado que puede ser a muchos hombres determinados individualmente o a una categoría de hombres, es decir a una pluralidad de personas determinadas de manera no individual, sino solamente general; ahora bien, en el sentido de entender a la autoridad imperante correspondiente es la SCJN, y lo que es ordenado mediante un imperativo es un determinado comportamiento que es el de aplicación del Protocolo, entendiendo que sí cumple con el elemento de imperativo dirigido al conjunto de jueces, para su aplicación, un rasgo fundamental de la norma es establecer un comportamiento debido, “el deber de aplicar el Protocolo en

²⁴ SANTIAGO Nino Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, op.cit., p. 68.

²⁵ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del derecho*, Debate, 1990, p. 132,

determinadas circunstancias”;²⁶ en cuanto al destinatario de la norma, refiere que la norma debe de ir dirigido al comportamiento de esa persona que la norma señala, o al comportamiento de un número de personas determinado o indeterminado de individuos, en este sentido, sería únicamente al conjunto de jueces que van a aplicar la norma.

Pero en este espacio, es necesario aludir al acto volitivo, ya que cuando un hombre a través de una acción cualquiera exterioriza su voluntad, de que otro hombre actué en determinada manera, aquel que ordena o autoriza, quiere que aquel que recibe la orden, se le permite o autorice algo, la palabra “debe” es el sentido normativo de un acto orientado intencionalmente al comportamiento de otro, en el término “debe”, Kelsen refiere que está comprendido el “estar permitido y el estar facultado”,²⁷ puesto que la norma puede mandar, permitir o autorizar, la SCJN establece la facultar a los jueces de “poder” aplicar el Protocolo, es decir los autoriza a aplicar su contenido, más nos los obliga de manera coactiva.

Pero si entendemos por norma el acto ordenatorio de alguna manera cualificado, es decir, un acto coercitivo que está legitimado a través de la norma de un orden legal, entraríamos en la siguiente reflexión.

Kelsen, refiere que una orden debe estar respaldada por una autoridad, en el sentido subjetivo y objetivo de un acto coercitivo, el acto coercitivo puede sólo tener un sentido subjetivo, el sentido que le confiere el agente ordenado, más no tiene un verdadero sentido desde el punto de vista del destinatario (jueces), si él no la obedece, porque no sería contrario a derecho, ya que sólo un mandato coactivo porta también el sentido objetivo del deber ser, lo que quiere decir, que sólo el mandato coactivo es una norma que hace que el destinatario de la norma tenga la obligación de

²⁶ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, Trillas, México D.F., 2003, pp., 25 y 26.

²⁷ *Ibidem.*, pp. 18 y 19.

cumplir con el comportamiento prescrito por ella,²⁸ y el Protocolo no es un mandato coercitivo al no establecer una sanción en caso de su inobservancia e inaplicación, por lo que para Kelsen, no tendría un verdadero sentido si se limitara al sentido subjetivo y los jueces no la obedecieran, porque no estarían actuando contra derecho, es decir, sería potestativo y conforme a derecho su aplicación o inaplicación.

Pero en el caso de normas que no disponen sanción, en donde su contenido no sea un acto coercitivo, sólo se considera norma jurídica si constituye una norma secundaria que derive de una norma primaria, Nino refiere aquí, la crítica a Kelsen, respecto a los enunciados normativos cuyo contenido no son actos coercitivos ni se derivan de enunciados normativos que mencionan actos coercitivos, Kelsen refiere que hay enunciados que no son normas sino partes de normas genuinas, así varios enunciados que integran nuestro sistema jurídico formarían el antecedente de las auténticas normas, en las que debe figurar siempre una sanción, Nino refiere que hay una distinción entre norma jurídica y proposición normativa, en la que ésta última es un enunciado que describe una o varias normas jurídicas, y la norma jurídica es el objeto de estudio de la ciencia del derecho que formula para describir proposiciones normativas.²⁹

Pero los Protocolo, no son regulados por otra u otras normas jurídicas en cuyo sentido se encuentre una sanción, ni constituyen el antecedente de las misma, cuestión que además de dificultar su aplicación podría incluso poner en tela de juicio su legitimidad; lo anterior nos llevaría a pensar que los Protocolos son normas más no son normas jurídicas.

Siguiendo a Kelsen, que afirma que la conducta real, por parte de los destinatarios de la norma puede no ser cumplida, es decir que puede no corresponder o contradecir una norma, el comportamiento fáctico constituye un objeto de valora-

²⁸ Cfr. *Idem.*, pp., 44

²⁹ SANTIAGO Nino Carlos, Introducción al Análisis del Derecho, *op.cit.*, pp. 85 a 87.

ción, es decir que el valor constituido por una norma objetivamente válida, en caso de que el juicio de que algo real es “bueno”, expresa que esa conducta corresponde a una norma objetivamente válida,³⁰ es decir, que en caso de que sea empíricamente ejecutado el Protocolo, por parte de los jueces, se entendería que ésta fue reconocida como una norma objetivamente válida, por lo que se aplicaría entonces por parte del resto de los jueces, según la afirmación, de Kelsen se estaría en ese dicho, pero no basta con su mera aplicación o inaplicación para considerar una sentencia como un acto “bueno” o “malo”, sino como un acto jurídico que pueda dar certeza y seguridad jurídica en caso de su aplicación o inaplicación a través de la motivación de las sentencias.

Von Wright, caracteriza a las normas prescriptivas mediante los siguientes elementos: que emanan de una voluntad del emisor de la norma, a la que llama autoridad normativa; que sea destinada al sujeto normativo para hacer conocer al sujeto su voluntad de que se conduzca de determinada manera; la autoridad promulga la norma y para dar efectividad a su voluntad, la autoridad añade a la norma una sanción o amenaza de castigo,³¹ el emisor o autoridad normativa, su voluntad y el destinatario o sujeto normativo ya fueron analizados en líneas anteriores, al igual que la coacción, pero cabe agregar, en cuanto a la autoridad normativa, considerando que una de las características de la norma es que son heterónomas, es decir que devienen de un agente da a otro, esta autoridad normativa, explica el autor, refiere a la legislativa, es decir, a la autoridad creadora de normas que a través de un procedimiento legislativo, que legitime su creación, sabemos que en este sentido la SCJN no tiene una función legislativa, aunque produzca jurisprudencia, no lleva a cabo un procedi-

³⁰ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría Pura Del Derecho*, 2A. ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS-UNAM, Serie G: Estudios Doctrinales 20, 1982, pp. 30 a 32.

³¹ SANTIAGO Nino Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, *op.cit.*, pp. 68 y 69

miento legislativo como lo hace el Poder Legislativo Federal, por lo que el Protocolo al no constituirse como ley o jurisprudencia, quedaría en el limbo, según la teoría de Von Wright.

Desde el punto de vista de Alf Ross, una norma jurídica existe o se encuentra vigente en determinado lugar, cuando se pueda decir con probabilidad que los jueces la usaran como fundamento de sus resoluciones, ya que para Ross no importa el contenido ni el origen de una norma para calificarla de jurídica y para sostener que es vigente, lo decisivo es que se probable que formen parte del razonamiento de los jueces de un ámbito determinado, cuestión en la cual, Ross consideraría el Protocolo, una norma jurídica vigente sí fuera aplicada por los jueces, aunque sería importante aquí referir que quedaría la duda si aplicaría a todo el conjunto de jueces, a la mayoría de los jueces o sólo algunos de ellos para que sea considerada norma jurídica vigente; Kelsen en este sentido, refiere que la aplicación judicial de las normas jurídicas determina su eficacia, una norma es eficaz si es obedecida por los súbditos,³² por lo que en el mismo sentido, sí el Protocolo se aplicara se convertiría entonces en norma jurídica y eficaz.

Bobbio, refiere cuando habla de la generalidad y la abstracción, como requisitos no ya de la norma jurídica, sino como ideal de justicia es decir de una norma justa, donde una prescripción general sea el medio para realizar uno de los fundamentos al que todo ordenamiento jurídico debería tender, que es el fin de la igualdad, es decir, que la generalidad de la norma se dirija a la totalidad de los ciudadanos,³³ se puede confundir con la justificación que realiza la SCJN, de tener como objetivo o fin la igualdad, ya que ésta es un objetivo pretendido por el Protocolo, más no una dirección de la norma jurídica a la generalidad de los ciudadanos, ya que se destina para

³² *Ibidem.*, p. 94.

³³ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del derecho*, op. cit., pp. 134 y 135

ciertas circunstancias determinadas y condicionadas para su aplicación y a cierto tipos de individuos, aunque justifique que su aplicación hará mejor y más completa una sentencia.

También Bobbio, en su teoría general del derecho, clasifica las normas en primarias y secundarias las primarias establecen que se debe hacer o no hacer y secundarias a las normas que prevén una sanción en el caso de la norma primaria sea violada, en la que las primarias la conducta va dirigida a los ciudadanos y las secundarias, a los jueces,³⁴ no estaría dicha explicación del todo compuesta en los Protocolos, ya que las normas primarias van dirigidas a los jueces y en caso de su incumplimiento no establece la sanción, para que otra autoridad la aplique en caso de su omisión o incumplimiento. Por lo que dicha situación quedaría vacía al hacer este análisis teórico de la composición del Protocolo y reafirmaría la clara necesidad de una legislación integra sobre el Protocolo en nuestro País.

En este punto es preciso mencionar la racionalidad tanto teórica como práctica, teórica, en creencias y opiniones del juzgador y práctica, en decisiones, acciones y conducta, en esta última, refiriéndola como género y la argumentación jurídica como especie, ya que está alude con mayor énfasis a la argumentación o razonamiento judicial, en la que la teórica necesariamente precede a la práctica,³⁵ y en teoría el juzgador puede creer necesario aplicar el Protocolo de actuación o en su opinión no debería aplicarlo, sin embargo, en la racionalidad práctica, el Protocolo, refiere que en sí mismo, constituye una recomendación de aplicación, para mejorar y facilitar el desarrollo argumentativo de sus sentencias, y por tanto hacerlas más completa, eficaz y que proporcione una mayor certeza y seguridad jurídica.

³⁴ *Ibidem.*, pp. 308 y 309.

³⁵ SUÁREZ ROMERO, M. A., “La Argumentación Jurídica y el Pensamiento de Luis Recaséns Siches. Un Análisis Retrospectivo”, en VVAA. *Luis Recaséns Siches. Homenaje*, Facultad de Derecho, UNAM, México, 2012, pp. 122 y 123

Cuando hablamos de certeza, mencionaremos a Recaséns Siches que deja de la lado al igual que la seguridad jurídica; destaca que la eficacia, se lleva a través del cumplimiento de los destinatarios o a través de su aplicación por los órganos jurisdiccionales, en el que se lleva a cabo un proceso racional, en el que existe un paso del enunciado normativo a la proposición, que consistirá en la actividad de denotación de significado a dichos enunciados y pueda entonces existir una interpretación, ésta interpretación debe valorarse en cada caso, ya que no existe una razón única para que se prefiera una de otra, más bien el método debe dirigirse a una solución más justa.³⁶ Es decir, no dé certeza y seguridad por no considerarlos valores absolutos ya que en la vida humana no existen.

Cerrando en el debate de sí el Protocolo constituye una norma jurídica a la luz de las diversas teorías jurídicas, la respuesta sería que no, es necesario distinguir que el Protocolo es una mera “intención” de la SCJN para su uso directivo, es decir, que está formulado con la finalidad únicamente de influir en el comportamiento de los jueces para mejorar el análisis, argumentación y elaboración de sus sentencias y cubrir con los parámetros de análisis de control, por lo que sí se considera norma por tener contenido normativo, más no norma jurídica.

IV.- Conclusiones

PRIMERA.- Existe una gran diferencia entre el sexo y el género; se entiende por sexo todas las diferencias biológicas y fisiológicas de los seres humanos con las que se nace y que nos definen como hombres y mujeres; y como género, al conjunto de ideas, creencias y atribuciones sociales, construidas partiendo como base de la diferencia sexual y construyendo conceptos de “masculinidad” y “feminidad”, que son aprendidas y pueden

³⁶ *Ibidem.*, pp. 117 a 119.

modificarse. La Perspectiva de Género juega un papel fundamental, que fomenta el desarrollo al respeto en las relaciones a través de la educación, pero sobre todo, a través de mayores aportaciones y estudios que conceptúen de manera correcta su composición y sirvan como directrices para crear nuestras leyes y lograr una efectiva igualdad de género y efectiva equidad de género. Por lo que todos los instrumentos que constituyan una correcta perspectiva de género, deben integrar a ambos género, es decir el masculino y el femenino, por tanto al hombre y la mujer no solamente a la mujer.

SEGUNDA.- La naturaleza jurídica del Protocolos, es guiar o servir de directriz en las situaciones que él mismo lo determina, por tanto, los Protocolos en México, que son diseñados por el Poder Judicial de la Federación, están referidos a la específica actuación para quienes imparten justicia, que en ciertos casos deben tener un estudio especializado, como en los relacionados con ciertas comunidades, con personas con discapacidad, o como en el caso del Protocolo, para juzgar con perspectiva de género, pero sin estar obligados a su aplicación u observancia.

TERCERA.- Es necesario distinguir que el Protocolo al ser una mera “intención” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para su uso directivo, es decir, que está formulado con la finalidad únicamente de influir en el comportamiento de los jueces para mejorar el análisis, argumentación y elaboración de sus sentencias y cubrir con los parámetros de análisis de control, por lo que sí se considera norma por tener contenido dirigido a regular una conducta, más no constituye una norma jurídica por carecer de una sanción en caso de su incumplimiento.

CUARTA.- El legislador tiene una justificación de suma importancia, ya que además de la función jurisdiccional, se debe resaltar la tarea de creación normativa general y abstracta que tiene el legislador frente a la de aplicación normativa concreta propia de los jueces. Al existir la necesidad de cohesión y concordancia en nuestro sistema jurídico como conjunto normativo e institucional, en donde el legislador

debería estimar pertinente crear una normatividad referida a la aplicación, función y regulación en lo general y específico de los Protocolos de actuación, como el que hemos estado citando en nuestro análisis y así, garantizar una mayor efectividad dentro de nuestro sistema jurídico, no sólo como mera “buena intención” sino como una obligación, que de seguridad y certeza en todo momento y por supuesto que dé como resultado, una eficacia generalizada.

Bibliohemerografía

ATIENZA, Manuel., *Contribución a una Teoría de la Legislación*, Civitas, Madrid, 1997.

BARRIENTOS Corrales, Rosaura Esther. *Correcta Valoración de las Pruebas*, México, Gto, Poder Judicial del Estado de Guanajuato, <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/413.pdf>

BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del derecho*, Debate, 1990.

CASTRO León, Rodolfo. “La carga de la prueba y la facultad del juzgador para recabar elementos de convicción en el juicio contencioso administrativo federal conforme a la jurisprudencia mexicana: un problema de procuración del conocimiento de la verdad materia”, en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No. 31, México, edición electrónica, <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/31/Interiores/1%20Rodolfo%20Castro%20Le%C3%B3n%20Pag%2011-44.pdf>

CAZÉS MENACHE, Daniel, *La perspectiva de género*. Universidad Nacional Autónoma de México-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, edición electrónica, México, 2011.

CAZÉS, Daniel. “El feminismo y los hombres” <http://www.edualter.org/material/masculinitat/feminismo.htm>

DE BARBIERI, Teresita, “Sobre la Categoría Género. Una Introducción Teórico-Metodológico”, Sao Paulo, Taller sobre Derechos reproductivos organizado por PRODIR, 1990.

Diccionario de la Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=protocolo>

Facultad de Ciencias Sociales - U.B.A. “Sana Critica”, en Boletín, AÑO 4, Buenos Aires, Argentina, 2000 – 2001. <http://produccion.fsoc.uba.ar/avefenix/Boletines/b16/sana.html>

GAMBA, Susana. “Perspectiva de género ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género?” <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article1395>

INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES (INMUJERES), (ed.). *Glosario de Género*. Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES), México, 2007.

KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, Trillas, México D.F., 2003.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura Del Derecho*, 2A. ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS-UNAM, Serie G: Estudios Doctrinales 20, 1982.

Mujeres que tejen la vida, *Primeros pasos en la teoría de género. Documento 1*. San José Costa rica, del 2 al 17 de marzo de 2009, p.1, www.stjteresianas.pcn.net/EnlacesBlogs/.../TeoriadeGenero.doc

PÉREZ-SAUQUILLO Muñoz, Carmen, *Una aproximación al concepto de validez y sus*

relaciones con la eficacia, en el Taller de Teoría del Derecho II edición, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2011-2011.

SANTIAGO Nino Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, 9ed., Ariel, 1984.

SUÁREZ Romero, Miguel Ángel. “Estado Constitucional Y Argumentación Jurídica En Sede Legislativa”, en DERECHOS Y LIBERTADES, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Número 28, Época II, enero 2013.

SUÁREZ, Romero Miguel. Ángel., “La Argumentación Jurídica y el Pensamiento de Luis Recaséns Siches. Un Análisis Retrospectivo”, en VVAA. *Luis Recaséns Siches. Homenaje*, Facultad de Derecho, UNAM, México, 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Listado de protocolos de la SCJN” en Protocolos de actuación para quienes imparten justicia, <https://www.scjn.gob.mx/libreria/Paginas/protocolos.aspx>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en caos que afecten Personas Migrantes y Sujetas a Protección Internacional” México, SCJN, 2013, http://www.sinfronteras.org.mx/attachments/article/1491/Protocolo_Migrantes.pdf

Suprema Corte De Justicia De La Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, México, SCJN, Febrero 2012, http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/junta_federal/secciones/documentos/Protocolo%20infancia.pdf

Suprema Corte De Justicia De La Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*. México, SCJN, julio

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

2013. http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/PROTOCOLO_PARA_JUZGAR-CON_PERSPECTIVA_DE_GENERO.pdf

Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, *Protocolo De Actuación Para Impartir Justicia En Casos Que Involucren Derechos De Personas, Comunidades Y Pueblos Indígenas Del Estado De Tlaxcala; Aprobado En Sesión Ordinaria Celebrada El Catorce De Octubre De Dos Mil Trece*, TSJET, Tlaxcala, 2013, http://www.tsjtlaxcala.gob.mx/Sria_General/sesionespleno/protocolodeactuacionindigenas.pdf

RETOS QUE ENFRENTA LAS PERSONAS LGBTI EN EL
RECONOCIMIENTO DE SUS DERECHOS EN MÉXICO

Tania Valencia Sánchez

Resumen

El presente artículo tiene como finalidad hacer una reflexión en torno a los problemas jurídicos que enfrenta las personas que optan una identidad sexual, orientación sexual y género distinta al sexo asignado al nacer, es decir, fuera de la Cisnormatividad.

Se analizará los problemas respecto a la efectividad de los Derechos Humanos, el acercamiento a la justicia, la discriminación y obstáculos que impiden el desarrollo de una vida Digna de estas personas.

Palabras claves: *Diversidad sexual, Derechos Humanos y Discriminación.*

Abstract

The object of this article is to reflect on the judicial problems that adopt a sexual identity, sexual orientation, or gender that what they were born with, also known as cisnormativity.

It will analyze in turn the problems in efficacy of human rights protection, the approach to justice the discrimination, and the obstacles that impede development of a life of dignity for these persons.

Keywords: *Sexual Diversity, Human Rights y Discrimination*

Sumario

I. Introducción al estudio de género. II. Personas de la Disidencia Sexogenérica. III. Efectividad de los Derechos Humanos de las personas LGBTI. IV. Principios de YOGYAKARTA y el control de Convencionalidad, como medio para el reconocimiento de los Derechos de las personas LGBTI. V. Violaciones al debido proceso de las personas LGBTI. VI. Casos en donde se establecieron violaciones a derechos de las personas LGBTI.

*Hablar de estado de Derecho, no es equivalente a una justicia social,
pero ningún modelo de justicia social, puede ser alcanzado
si no a través del Estado de Derecho.*

Claus Roxin

Introducción

El presente artículo tiene como finalidad analizar la situación jurídica de las personas LGBTI, L (por lesbiana), G (por gay), B (por bisexual), T (por trans), e I (por intersex), siglas que autoidentifican a las comunidades con Diversidad Sexual en México¹; no omitiéndose las demás expresiones de género, sin embargo, por su aceptación Internacional en los siguientes párrafos se utilizaran las anteriores siglas. La reforma de 2011 en Derechos Humanos fue un gran avance al establecer la prohibición de discriminación por preferencia sexual². Por generaciones han sido víctimas de actos violentos y discriminatorios derivado de su identidad sexual, orientación sexual o expresión de género.

¹ FLORES DAVILA, Julia Isabel, La diversidad sexual y los retos de la igualdad y la inclusión, CNPD, 2007, Pg. 13.

² Artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A lo largo de los años la sociedad ha experimentado nuevos cambios culturales, encaminados a lograr la construcción de una sociedad más abierta con pleno respeto a los Derechos Humanos. Sin embargo, la realidad de las personas LGBTI, enfrenta retos más complicados que las personas heterosexuales, constantemente sufren restricciones en sus derechos (laborales, de salud, religioso, políticos, de educación e incluso el acceso a una justicia efectiva que reconozca sus derechos), así también, se ven involucrados en acosos, prejuicios, discriminación, las oportunidades de vida se limita, impidiendo el desarrollo de una vida digna.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su artículo primero³ que todas las personas, deben de gozar los derechos reconocidos en la Carta Magna y en los Tratados Internacionales, mismos que serán respetados, protegidos y garantizados por el Estado, con base a los principios de Pro- persona y de Convencionalidad, pero valdría la pena preguntarse, ¿Se les ha garantizado y respetado estos derechos a las personas LGBTI?, ¿Por qué si existen Tratados Internacionales que reconocen sus Derechos Humanos, no se ha podido combatir, la múltiple violencia que sufren a diario?, ¿Quienes fomentan la discriminación, la sociedad en conjunto o determinados grupos sociales?.

En las siguientes páginas, se tratará de dar respuesta a las anteriores interrogantes, primeramente, se dará una definición del concepto LGBTI, así también, se hará un análisis al artículo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para después analizar el marco internacional de De-

³ 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 3. 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.

rechos Humanos, y se presentará algunos ejemplos de casos en donde se observa estas violaciones.

I. Introducción al estudio de género

Para sentar las bases de esta investigación, es necesario analizar “los conceptos sexo-género, sexo, que se define a través de las determinaciones biológicas al momento de nacer, hombre o mujer y por el género, representa la construcción cultural de la sexualidad”⁴, ambos conceptos son totalmente distintos, por lo que tampoco deben de tener una relación necesariamente, es decir, el hecho de tener como sexo asignado al nacer, ser hombre no necesariamente, debe de coincidir con el género masculino, o el ser mujer con el femenino.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer, estableció que el termino sexo, se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer (cromosomas, genitales, glándulas, morfología y hormona sexuales), cuando las personas nacen, tienen un sexo asignado al nacer, también conocido como sexo biológico, esta características asignada al nacer se realiza con base a los órganos sexuales externos, catalogados como hombre - macho (testículos) o mujer- hembra (vagina), sin embargo, hay que tener en cuenta, que pueden existir personas que al nacer tengan ambos aparatos sexuales, por generaciones los hemos nombrado como hermafroditas, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta palabra es discriminatoria, dándoles en nombre de personas intersexuales o personas intersex.

Pero, ¿qué es género?, situación que durante años se ha venido trabajando al hacer la distinción con sexo, como se ha dicho anteriormente ambos conceptos son

⁴ *Ibid.* Pg. 19

totalmente distintos. Mediante el género “Los seres humanos nos identificamos de manera primordial en referencia al binomio masculino/femenino y como consecuencia nos pensamos en la mayoría de los casos hombres o mujeres. Y el hecho de que el género se inscriba en la propia manera de entender quiénes somos es lo que hace tan difícil cuestionarnos su carácter supuestamente natural”⁵, Es decir se utiliza para referirse a las características que socialmente han sido identificadas como masculinas o femeninas.

Es muy común que se logre confundir los conceptos de orientación sexual, identidad de género y expresión de género, sin embargo, son conceptos totalmente distintos, cuando hablamos de orientación sexual, hacemos alusión a la atracción emocional y afectiva hacia una persona del mismo sexo o de un sexo distinto, por otro lado, la identidad de género va a describir el sexo o género de las personas, por el cual se identifica la persona.

Por su parte la expresión de género, se refiere a la construcción cultural de una persona respecto a su sexualidad y se manifiesta de forma externa, como femenino o masculino. La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) ha indicado que la expresión de género, se constituye mediante normas masculinas o femeninas, por lo que las personas al no tener una expresión de género que sea conforme a los roles que se esperan de un género a otro, es decir por los estereotipos que la sociedad ha creado, se tiende a vulnerar sus Derechos, desde el momento que la sociedad observa a una persona con comportamientos o apariencia distinta a la que tiene como sexo asignado al nacer, la sociedad comienza con actos discriminatorios. Creándose de esta manera estereotipos de género, que la misma sociedad ha construido por generaciones, ejemplo de ello son los roles asignados a cada género, cuando las parejas esperan a un bebé y saben el sexo,

⁵ Méndez Mercado, Jessica y Serret Estela, *Sexo, género y feminismo*, primera edición, SCJN, TEPJF e IEDF, México, 2011, pg. 37.

de inmediato relacionan niño- azul y niña-rosa, o la idea que la mujer es responsable de los hijos y el hombre de trabajar para mantener el hogar, o cuando relacionamos palabras como mama- con amor, cuidado y al papa- con autoridad.

Este tipo de estereotipos, no son malos, sin embargo, deben de ser empleados con cautela y precaución, para que no se limite la capacidad del hombre o la mujer para desarrollar actividades personales; de modo que se conviertan en perjudiciales o negativos cuanto limitan a la igualdad, la justicia o el acceso a más derechos, por la condición de género.

Como se ha planteado, género no siempre va estar ligado al sexo (es decir no siempre por el hecho de ser hombre las personas tendrán comportamientos masculinos o el hecho de ser mujer femeninos), aquí, es donde se torna difícil comprender para determinados grupos de personas, no entender esta dinámica de diversidad sexual a traído consigo un gran número de casos en donde integrantes de la comunidad LGBTI han sufrido, discriminación, exclusión y violencia contra su identidad de género, expresión de género u orientación sexual.

La sociedad vive en un dinamismo en donde considera como única persona facultada de Derechos, a quienes se encuentran dentro de la cisnormatividad⁶; es decir, las personas heterosexuales. Tan obvio ha sido esta situación, que cuando hablamos de personas Trans⁷, que han acudido a la justicia, al reclamo un Derecho Humano que se les ha violado, independientemente de tratarse de un delito sexual, u de otra índole en donde se les ha sido afectado un bien jurídico, la respuesta por parte de los operadores de justicia, tienden a ser omisiva, por lo consiguiente, el avance que se ha obtenido en torno al respeto de sus derechos, ha quedado únicamente en discurso.

⁶ Expectativa, creencia o estereotipo de que todas las personas son cisgénero (Cuando la expectativa social del género de la persona se alinea con el sexo asignado al nacer), o de que esta condición es la única normal o aceptable.

⁷ Travesti, Transexual, Transgénero.

II. Personas de la Disidencia Sexogenérica

¿Qué es la diversidad?

Hemos hablado acerca de la diversidad sexual, pero no hemos dado una definición de ¿Qué entendemos por diversidad?, esto hace referencia “a la condición de ser diverso, es decir, al hecho de ser diferente y desigual, y sugiere una distancia respecto de “la norma”, que es la heterosexualidad”⁸. Cuando hablamos de diversidad, hace referencia a un amplio catálogo de identidades sexuales, orientación sexual y expresión de género, que sin lugar a duda la combinación de estos, hace una amplia gama de Diversidad sexual⁹.

La sexualidad es una construcción cultural; sin embargo, el instinto sexual se enfrenta a un complicado sistema de prohibiciones, reglas y valores que van más allá de las necesidades biológicas. Las siglas LGBTI, se conjuntan para visibilizar la lucha por erradicar la violencia y discriminación que padecen las personas que se identifican como no heterosexuales o desafían el género impuesto asignado al nacer, además de la reivindicación de su existencia y derechos¹⁰. Es tan evidente que la sociedad no está de acuerdo en adoptar y aceptar a las personas que han adoptado un género distinto al que le es asignado al nacer, que se genera discriminación y violencia, basada en el deseo de castigar este tipo de expresiones y comportamientos que difieren con los roles tradicionales.

La realidad en la que viven las personas LGBTI, es realmente preocupante, de acuerdo con la Asociación de Travesti, Transexuales y Transgéneros de la Argentina

⁸ FLORES DAVILA, Julia Isabel, La diversidad sexual y los retos de la igualdad y la inclusión, CNPD, 2007, Pg:17.

⁹ Corto: “¿Qué es la diversidad sexual?”

¹⁰ *Ídem*

(ATTTA), la expectativa de vida de las personas Transvesti es de 35 años, mientras que una persona heterosexual llega hasta los 70 años¹¹, y este problema es derivado a la desigualdad en la que viven, debido a la falta de acceso a derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, inmersos en un mundo de violencia que sufren en sus hogares, comunidades y en la mayoría de los espacios donde tengan interacción con otras personas, los actos de violencia que sufren las persona LGBTI, son sumamente crueles, e incluso se han llegado a presentar crímenes de odio, lo que nos conlleva hablar de la discriminación.

Discriminación

La discriminación es un factor que ha dado lugar a múltiples violaciones de Derechos Humanos para el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación lo define como “una práctica cotidiana que consiste en dar un trato desfavorable o de desprecio inmerecido a determinada persona o grupo, que a veces no percibimos, pero que en algún momento la hemos causado o recibido”,

cuando hacemos referencia a la discriminación que sufren las personas con Diversidad Sexual distinta a la Heterosexual, nos damos cuenta que esa idea que erróneamente nos han vendido de que todos somos iguales, ha quedado unidamente en discurso.

Ahora bien, la magnitud de discriminación que viven estas personas, es realmente preocupante, el rechazo que sufren por parte de la sociedad por los prejuicios y estereotipos que se han creado a lo largo de los años ha impedido que puedan desarrollar una vida libre de violencia. Es común salir a la calle y escuchar las expresiones de las personas al ver a una pareja Lesbiana o Gay u observar a una persona Trans.

¹¹ Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de la Argentina, versión en línea disponible en la página web: <http://athta.org.ar/> , visitada el 11 de Enero de 2018.

La discriminación comienza dentro del círculo de amistades, familia, compañeros de trabajo nombrándolos como: “joto”, “marimacha”, regionalmente en Chiapas, “mampo” e incluso otros más ofensivos, expresiones que afectan directamente a las personas.

La discriminación que sufren las persona LGBTI es latente. para reflexionar más a fondo la gravedad de esta situación, haremos mención de los lugares que con mayor frecuencia se da la discriminación.

- a. La Familia: La falta de aceptación por el núcleo principal de convivencia que es la familia, ha sido el primer problema que se enfrentan las personas LGBTI. Los integrantes de la familia comienzan con tratos violentos para la corrección de comportamientos distintos al sexo asignado al nacer.
- b. La escuela: La violencia en los centros educativos, comienza con los compañeros, amigos e incluso por los mismos maestros, en ocasiones se tienden a cerrar las oportunidades educativas, a las personas que deciden cambiar su apariencia física.
- c. Laboral: Las oportunidades de trabajo, son realmente limitadas, por lo que, en su mayoría, se desarrollan en actividades técnicas, es casi imposible ver a una persona trans, ocupando un cargo político importante. En pleno siglo XXI, la sociedad aun no aprueba estos cambios.

Independientemente de lo anterior, cuando se abre una oportunidad laboral, se les solicita como requisito la prueba VIH.

Por último, la discriminación que sufren al acudir ante la justicia, para hacer valer un derecho, se ha convertido en una pesadilla, toda vez, que no se ha podido lograr una verdadera garantía por parte del Estado, las investigaciones en los delitos tienden a ser exhaustivas y llenas de prejuicios.

La lista puede ampliarse aún más si hablamos de discriminación, el ámbito político, religioso e incluso el acceso que tiene a la salud.

Los prejuicios sociales impiden que una sociedad pueda entender y contribuir al respeto de los derechos de terceros independientemente de la presencia sexual que decidan adoptar.

III. Efectividad de los Derechos Humanos de las personas LGBTI

Como bien se ha dicho al inicio, el objeto de este escrito, es hacer una reflexión en torno a problemas que se han detectado en el ejercicio del Derecho y la comunidad LGBTI, siguiendo el orden del artículo, después de hablar en párrafos anteriores de lo que sucede en torno a la Diversidad Sexual, se hablara del reconocimiento de sus Derechos Humanos.

Derivado del cambio de paradigma que hemos adoptado, primeramente, con la reforma de 2008 en el Sistema de Justicia Penal y posteriormente en el 2011 con la reforma en Derechos Humanos, mucho se avanzó en el reconocimiento de Derechos de las personas, sin embargo, se ha detectado que el problema gira en torno a poder hacerlo efectivo y garantizar dichos Derechos.

México es parte de Tratados Internacionales, en donde se reconoce Derechos a grupos que han sido vulnerados: las mujeres, los niños, personas de la tercera edad y la comunidad LGBTI, quienes han sido constantemente víctimas de muchos abusos y al acudir a la justicia han sido ignorados y ofendidos por la misma autoridad.

No se ha logrado entender que todos los Derechos Humanos en general tienen por objeto salvaguardar la Dignidad Humana de las personas (sin importar su condición, orientación sexual o género), deben de tener la seguridad, que serán respetados y garantizados, sin importar si hablamos de derechos políticos, civiles, económicos, sociales o culturales, todos en su conjunto tienen la misma validez.

Estos derechos son garantizados por el Estado con base a los principios de Universalidad, Progresividad, Interdependencia e Indivisibilidad, tal y como menciona el artículo primero, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹².

Ahora bien cuando hablamos de Universalidad, nos referimos a que dichos derechos siendo inherente a la persona misma, se reconocen a todas la personas en general sin distinción alguna, ¿Se aplica este principio para las personas LGBTI? al referirnos al principio de Progresividad, supone el compromiso del estado para lograr la efectividad de estos derechos, de forma que se siga avanzando constantemente hacia una verdadera eficacia de los mismos ¿Existe progresividad en los Derechos de las personas LGBTI?.

Por último, se dice que tienen la característica de ser interdependientes e indivisibles, estos principios trabajan en conjunto, el primero de ellos “reconoce la dificultad (y en muchos casos la imposibilidad) de hacer efectivo cualquiera de los derechos humanos de forma aislada respecto de los demás”¹³ y el segundo reconoce que ningún Derecho Humano puede ser considerado inferior al otro, es decir no se puede distinguir entre un derecho y otro, entorno a su estructura y la forma de reconocerlo, por lo que cuando decimos que todos los Derechos Humanos, cuenta con estos principios se obtiene una mayor protección, en su conjunto todos los derechos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales se refuerzan y se complementan entre sí, por lo que nunca debe de pensarse que un derecho es más importante que otro.

¹² Art 1º párrafo 3.- 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.

¹³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo”, Nueva York y Ginebra, 2006, pp. 50. Versión en línea disponible en la página web: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>, visitada el 27 de marzo de 2017

La idea entorno al concepto de igualdad ha evolucionado al paso de los años. Este logro fue resultado de grandes luchas, puesto que anteriormente no se hablaba de un concepto de igualdad para todos, si no para un grupo privilegiado, y hoy se recurre a esta misma situación, pero frente a determinados grupos de personas.

Sin embargo, es importante resaltar que no siempre todo acto desigual va ser discriminatorio. La Corte Interamericana de los derechos Humanos, “ha sostenido que la noción de igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona; sin embargo, no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio”¹⁴, es decir se realiza un acto discriminatorio cuando existe una distinción que carece de finalidad legítima, que no es objetiva y mucho menos razonable, por lo que afecta y causa un detrimento a los Derechos Humanos de las personas.

La lucha debe de ser constante y al decir esto nos referimos a trabajar en aquellos problemas que se han podido observar, pues no basta con que se le reconozca derechos a través de leyes nacionales e internacionales, el trabajo debe comenzar dentro de la misma sociedad, en el día a día.

Contenido esencial del Derecho en México

En algunas circunstancias, la protección a los derechos fundamentales constituye un gran reto para el Estado mexicano y sus autoridades que en ocasiones no permite determinar los alcances de su protección. Para poder definir que es contenido esencial del derecho, hay que hacer mención que integra uno de de los elementos definatorios de los Derechos Fundamentales, esto hace referencia aquellos elementos genéricos mínimos que debe de tener un derecho los cuales se enumeraran a continuación:

¹⁴ Tesis: 1a./J. 49/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, no. registro: 2012715, Décima Época, Primera Sala, Libro 35, octubre de 2016, Tomo I, Pg. 370.

1. Eficacia directa frente a los Poderes Públicos.
2. Principio de reserva de ley.
3. Respeto del contenido esencial del derecho.
4. T. judicial efectivo.
5. Controles de constitucionalidad.

Por lo que podemos notar que el contenido esencial del derecho es uno de los elementos mínimos que se debe de considerar, pero ¿qué es?, ¿a que nos referimos con este concepto?, “Se entiende por contenido esencial de los derechos fundamentales, aquella parte del derecho fundamental que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Es el núcleo duro que permite reconocer al derecho fundamental como tal, y no como otra cosa”¹⁵ podemos decir que este contenido en el fondo constituye una garantía en el momento de resolver determinados conflictos, pues como bien se sabe cuándo exista un conflicto entre un derecho fundamental y un interés general, debemos de acudir al principio de proporcionalidad.

Este principio de proporcionalidad hay que recordar que valora tres cuestiones, primeramente, si es adecuado, necesario y proporcional, en el último sub-principio mencionado, es donde el contenido esencial del derecho juega un papel muy importante.

La Constitución Española en el artículo 53.1¹⁶, establece el contenido esencial de la misma y la Ley Fundamental Alemana en su artículo 19.2¹⁷. Es importante

¹⁵ Academia de la Magistratura, Temas de derecho Constitucional, capítulo VI, pp. 69-84, versión en línea disponible en línea: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_constitucional/temas_dere_constitu/69-84.pdf, visitada el 14 de Abril de 2017

¹⁶ Artículo 53.1 constitución española.- Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

¹⁷ Artículo 19.2 Ley Fundamental Alemana.- En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado.

destacar que la doctrina ha querido establecer un contenido esencial de los derechos fundamentales de manera genérica, pero para poder dar una definición de la misma se debe de realizar de acuerdo a cada caso en particular.

Tal y como establece Villalón, hoy en día todos los Derechos Fundamentales requieren de tutela judicial y de limitar el poder legislativo (contenido esencial del derecho).

Por lo que se debe de considerar al contenido esencial de los Derechos Fundamentales, como una garantía institucional; entendida como prohibiciones al legislador respecto a los mismos derechos.

IV. Principios de YOGYAKARTA y el control de Convencionalidad, como medio para el reconocimiento de los Derechos de las personas LGBTI

Se ha trabajado con el reconocimiento de las personas LGBTI, los principios de Yogyakarta, es uno de estos resultados, estos Principios hablan respecto a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género¹⁸, la cual cada principio va acompañado de recomendaciones a los Estados, y aunque estos no son vinculantes, son principios bien establecidos por parte del derecho internacional. En palabras de Robert Alexy, los principios deben de cumplirse en la mayor medida posible.

Ahora bien, tras la reforma de 2011, sabemos que los Tratados Internacionales en relación con los Derechos Humanos, pueden tener el mismo peso que la constitución y cuando estos se contradigan debe prevalecer el que mejor convenga a la persona.

tado en su contenido esencial

¹⁸ Principios de Yogyakarta, 2007, versión en línea disponible en página web: <http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2> , visitada el 17 de noviembre de 2017.

Para esto hacemos referencia, al control de Convencionalidad, definido como “El deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los Tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”¹⁹, La corte Interamericana de Derechos Humanos, lo considera como oficioso, es decir se tiene que llevar acabo el control de Convencionalidad, aun cuando las partes no lo hagan valer o no lo soliciten, el cumplimiento de la misma es una obligación internacional, cada país, en este caso México, debe de velar por su cumplimiento, así también tiene que ser de carácter difuso, lo tienen que llevar acabo todos los jueces independiente del fuero, es una tarea que debe llevar acabo las autoridades en su conjunto. Es momento de sentar nuestra reflexión sobre su uso efectivo en relación con derechos de las personas de la comunidad LGBTI.

Se pide que los jueces trabajen con Tratados Internacionales, sin embargo, las partes dentro de cada proceso deben de tener en cuenta este cambio de paradigma, en el momento de realizar una denuncia o realizar alegatos, de este modo se utilizaran mecanismos que puedan favorecer dentro del proceso a esta comunidad. Es muy importante analizar el debido proceso en este apartado, debido a que constantemente se está ante situaciones en donde no se le es respetado este derecho.

V. Violaciones al debido proceso de las personas LGBTI

El derecho al debido proceso, es un mandato de protección con el que cuentan todos los sujetos, el Jurista mexicano Fix Zamudio, lo define de la siguiente manera “debido proceso legal es el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los go-

¹⁹ Miguel Carbonell, Introducción general al control de Convencionalidad, UNAM, S.F., Pg.: 69.

bernados”²⁰, este derecho le corresponde a todos los seres humanos sin distinción alguna, de modo que sirve para proteger y hacer valer el ejercicio de los derechos durante las instancias procesales.

El debido proceso ha figurado con gran frecuencia en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación (en adelante la SCJN) y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo realmente trascendentes, para la vida jurídica e impartición de justicia, así como para emitir determinadas resoluciones.

La SCJN ha trabajado en constante revisión y precisión a lo largo de los años, en el cumplimiento de este derecho, quien también ha sido tarea constante de Tribunales Internacionales, sin embargo, ¿Qué tanto se cumple este derecho?

La primera Sala de la SCJN, emitió la siguiente interpretación jurisdiccional:

En las garantías del debido proceso existe un ‘núcleo duro’ que debe de observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional... así en cuanto al ‘núcleo duro’, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación a identificado como formalidades esenciales del procedimiento... las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica...”

Es decir, con base al criterio anterior debemos de tener en cuenta que cuando se habla de este derecho, estamos ante todo procedimiento, siendo que no únicamente es considerado un Derecho Fundamental, por el máximo ordenamiento constitucional de nuestro Estado, si no que la misma SCJN, ha emitido jurisprudencia

²⁰ PEREZ VAZQUEZ, Carlos, El Derecho Humano al debido proceso, sus dimensiones legal, constitucional y convencional, México, 2014, Tirant lo Blanch, versión en línea disponible en <http://nubedelectura.tirantonline.com.mx/cloudLibrary/ebook/show/9788490534007> . Visitada el 17 de noviembre de 2017.

dencia en el que se considera a este como un Derecho Humano, reconocido a nivel internacional.

En este orden y como ya se hizo mención en párrafos anteriores, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8º, y a interpretación de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, hace referencia al derecho al debido proceso, debe de procurarse su cumplimiento para todos sin distinción alguna.

El problema retorna al poder garantizarlo, debido a que es muy recurrente que, por omisión, prejuicio o estereotipos de genero por parte de las autoridades, se transgredan derechos de las personas con Diversidad Sexual.

VI. Casos en donde se establecieron violaciones a derechos de las personas LGBTI

Se realizó la selección de los siguientes casos por su impacto en el Derecho Internacional, al reconocerles aquellos derechos que se les había afectado, por la condición sexual que habían decidido adoptar.

1. Caso Tonnen vs Australia, No. 488/1992, U.N (1994)

Este fue el primer caso que se resolvió en torno a los problemas de Discriminación de Derechos a las personas de Diversidad Sexual, esta queja fue presentada ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por Nicholas Tonnen el 25 de diciembre de 1991, en donde milita por los Derechos homosexuales en Tasmania, Australia²¹, las leyes australianas que prohíben las relaciones íntimas entre adultos homosexuales tendían a ser discriminatorias, esto conforme a lo establecido en el

²¹ Nicholas Toonen v. Australia, Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), versión en línea disponible en la página web: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/488-1992.html> , visitada el 18 de Noviembre de 2017.

artículo 17²² y 26²³ del Protocolo Facultativo del pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. La ley de Tamania tipificaban como delito la homosexualidad y violaban los derechos a la privacidad y la no discriminación.

Como dato importante hay que destacar que Vitit Muntarhorn es un experto independiente sobre la identidad de género y orientación sexual, que durante la conferencia de Bangkok, señaló cinco objetivos claves, despenalización, despatologización, reconocimiento de la identidad de género, inclusión cultural y empatización solo podrán ser cumplidos con una alianza mundial más amplia²⁴, ha trabajado en concientizar a la población, evaluar la aplicación de instrumentos Internacionales en torno a esta problemática, hacer frente a las distintas formas de Discriminación.

2. Caso Tamara M. Adrián Hernández vs Venezuela, informe 66/16

Esta petición fue presentada ante la Comisión interamericana de Derechos Humanos, en donde se alegaba la falta de oportunidad para adecuar los documentos necesarios para ser identificada de acorde a su identidad de género.²⁵ La Comisión determino una violación al reconocimiento de su personalidad.

²² 1. 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. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

²³ 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.

²⁴ ONU, El nuevo experto de la ONU sobre LGBT insta a asociarse globalmente para poner fin a la violencia y la discriminación, versión en línea disponible en la página web: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20954&LangID=S>, visitada el 18 de Noviembre de 2017.

²⁵ INFORME No. 66/16, PETICIÓN 824-12, INFORME DE ADMISIBILIDAD, TAMARA MARIANA ADRIÁN HERNÁNDEZ vs VENEZUELA, versión en línea disponible en página web: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/VEAD824-12ES.pdf>, visitada el 17 de noviembre de 2017.

3. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012

Este caso fue presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en contra del Estado de Chile, por el trato discriminatorio de la vida privada y familiar de la Sr. Atala y su orientación Sexual, en donde se le quito la custodia y cuidado de sus menores hijas por la condición sexual que había adoptado, sin tomar en cuenta el interés superior de las menores basándose en supuestos prejuicios discriminatorios²⁶.

El objetivo principal de estos ejemplos, es dar a conocer, los procedimientos exhaustivos que las personas LGBTI, han tenido que llegar para el reconocimiento de sus derechos.

Conclusión

Los órganos internacionales, han velado por el reconocimiento de los derechos de las personas con Diversidad Sexual, emitiendo recomendaciones a los Estados, para prevenir este tipo de violaciones.

Sin embargo, el índice de violación a los derechos de las personas ha ido en aumento, derivado de los estereotipos de género que la sociedad se ha construido culturalmente. Sería importantes, que tras identificar el problema de discriminación en la que viven, trabajar en mejorar como sociedad, respetando a las personas con diversidad sexual distinta a la heterosexual, de modo que no se logre ver a la comunidad LGBTI como personas diferentes, sino lograr una verdadera integración como sociedad, en donde puedan ser vistos como personas dignas de reconocimiento y protección de sus derechos.

²⁶ CIDH, *Átala Riffo y niñas vs Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, versión en línea disponible en la página web: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf , visitada el 18 de noviembre de 2017.

En caso de ser parte de algún problema en donde sea vulnerado algún derecho a esta comunidad, utilizar mecanismos que hagan efectivo el reconociendo de los mismo, sin importar las instancia a recurrir para lograrlo, de esta manera se lograra la defensa y respeto de sus derechos y de esta forma se generaría un cambio como sociedad.

Bibliografía

Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de la Argentina, versión en línea disponible en la página web: <http://attta.org.ar/>

Cruz Villalón, P. “formación y evolución de los derechos fundamentales”, Revista Española del derecho Constitucional, No 25,1989.

CIDH- LGBTI-Violencia, conceptos básicos, versión en línea disponible en la página web: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html><http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>

CIDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América. OAS/Ser.L/V/II.rev. 12 noviembre 2015.

CIDH, Atala Riffo y niñas vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, versión en línea disponible en la página web: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

FLORES DAVILA, Julia Isabel, La diversidad sexual y los retos de la igualdad y la inclusión, CNPD, 2007, Pg:17.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, tesis aislada, Registro: 2012529, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, Tesis: 2a. XCII/2016 (10a.), pg. 842

Miguel Carbonell, Introducción general al control de Convencionalidad, UNAM, S.F., Pg: 69.

NIKKEN, Pedro. “El concepto de derechos humanos”, en Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo I, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de los derechos humanos.

ONU, El nuevo experto de la ONU sobre LGBT insta a asociarse globalmente para poner fin a la violencia y la discriminación, versión en línea disponible en la página web: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20954&LangID=S>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo”, Nueva York y Ginebra, 2006, pp. 50. Versión en línea disponible en la página web: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>

Chiarotti Susana, Aportes al Derecho desde la Teoría de Género, Facultad de Humanidades y Educación Universidad de Los Andes Mérida-Venezuela, Revista Otras Miradas, Pg. 07.

Principios de Yogyakarta, 2007, versión en línea disponible en página web: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

PEREZ VAZQUEZ, Carlos, El Derecho Humano al debido proceso, sus dimensiones legal, constitucional y convencional, México, 2014, Tirant lo Blanch, versión en línea disponible en <http://nubedelectura.tirantonline.com.mx/cloudLibrary/ebook/show/9788490534007> .

SERRET, Estela y MENDEZ Jessica, Sexo, género y sexo, SCJN, TEJN, IEDF, México, 2011.

Tesis: 1a./J. 49/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, no. registro: 2012715, Décima Época, Primera Sala, Libro 35, octubre de 2016, Tomo I, Pg. 370.

WEEKS Jeffrey, Sexualidad, UNAM, Paidós Mexicana S.A., México, 1998.

LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN EL NUEVO SISTEMA
DE JUSTICIA PENAL MEXICANO: UNA APROXIMACIÓN
DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Antonio de Jesús Victorio López

Resumen

El Análisis Económico del Derecho ha sido probablemente la más exitosa Escuela de Derecho en los Estados Unidos en los últimos cincuenta o sesenta años; su influencia ha llegado a México aunque de una forma incipiente. La aplicación de los conceptos y métodos del Análisis Económico del Derecho en nuestro país ha sido limitado para trabajos académicos y no es común encontrar pensamiento de este tipo en resoluciones legales.

No obstante, existimos un grupo de personas interesados en el estudio de esta Escuela de Derecho; en este sentido, este escrito trata de develar la influencia del pensamiento del Análisis Económico del Derecho en la ley mexicana, particularmente, en las figuras que han sido incorporadas al nuevo sistema penal como los Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC).

La gente frecuentemente ve con cierta reserva la aplicación de los Medios Alternativos de Conflictos en el sistema penal porque creen que esta figura es una especie de trato corrupto incompatible con el interés público que rige en el derecho penal; por esta razón otro propósito de este trabajo es señalar como los MASC pueden ser una interesante vía para alcanzar una pronta restitución para las víctimas desde el ángulo del Análisis Económico del Derecho.

Palabras clave: *Análisis Económico del Derecho, Medios Alternativos de solución de conflictos, nuevo sistema penal.*

Abstract

Law and Economics has been probably the most successful Law School in the United States in the last fifty or sixty years, its influence has come to México although in an incipient way. The application of the concepts and methods of Law and Economics in our country has been limited to academic works and it is not common to find thinking of this type in legal resolutions.

However, we exist a group of people interested in the study of this Law School; in this sense, this paper try to unveil the influence of the Law and Economics thinking in the mexican law, particulary in the legal figures that have been incorporated in the new criminal system like the Alternative Dispute Resolution (ADR).

The people frecuently see with some reservation the application of Alternative Dispute Resolution in the criminal system because they believe that this figure is a kind of corrupt deal incompatible with the public interest that reings in Criminal Law; for that reason, another pourpose of this work is signalize how ADR could be an interesting way to reach a prompt restitution for the victims since the angle of Law an Economics.

Keywords: *Law and Economics, Alternative Dispute Resolution, new criminal system.*

Sumario

I. Nota introductoria. II. El cambio de paradigma de la justicia penal. III. Acuerdos reparatorios: un análisis económico aplicado. IV. El delito y sus consecuencias: insumos cognitivos del AED. V. Reflexiones Finales. VI. Bibliografía

I. Nota introductoria

Encontrar una aproximación a los Medios Alternativos de Solución de Controversias Penales (MASCP) y los Acuerdos Reparatorios en el nuevo Sistema de Justicia Penal Mexicano, desde conceptos propios del Análisis Económico del Derecho (AED) no es nada extraño; al contrario, las finalidades del nuevo proceso penal se corresponden con algunas de las teorías desarrolladas en torno a esta vinculación interdisciplinaria.¹

En este sentido, este trabajo tiene como finalidad en primer término desvelar la influencia del Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) en los Medios Alternativos de Solución de Controversias (en adelante MASCP), su afinidad con esta corriente del pensamiento jurídico de origen principalmente estadounidense y a la vez responder cuál es la relación entre dichos medios, los cuales se ven materializados en un acuerdo reparatorio, la justicia penal y la eficiencia como componente y finalidad propia del derecho, a través de un análisis económico aplicado.

La inclusión de los acuerdos reparatorios al sistema de justicia penal mexicano ha tenido comentarios de todo tipo, para ilustrar este punto podemos tomar como ejemplo la aportación de Manuel Moreno Melo² al respecto: i) Se involucran algunos conceptos del derecho privado como el de *autonomía de la voluntad* puesto que las partes pueden ponerse de acuerdo para resolver un conflicto del orden criminal; ii) que el factor económico es decisivo ya que los imputados que tengan mayor solvencia económica son quienes tendrán derecho a dicho beneficio procesal; iii) que existe

¹ Besares Escobar, Marco Antonio, “El Análisis Económico del Derecho, Influencia Teórica-Methodológica para la comprensión del sistema jurídico de México”, en Natarén Nandayapa, Carlos y Besares Escobar, Marco Antonio (Coord.) *Reflexiones sobre la Ciencia Jurídica. Ensayos sobre Metodología de la Enseñanza e Investigación del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Chiapas, 2017, p.37

² Melo Moreno, Manuel, “Acuerdos Reparatorios: Pros y Contras”, *Jurista: Derecho y Justicia*, México, 2017, <http://revistajurista.com/la-solucion-de-conflictos-en-el-derecho-penal-y-su-homologacion-al-ambito-del-derecho-privado/>

una relación de desigualdad entre las partes, porque a diferencia de una negociación privada donde las partes acuerdan basándose en la autonomía de su voluntad, en este caso, la misma se encuentra supeditada a cuestiones externas como que el imputado se encuentre privado de su libertad, lo cual puede influir para llegar a tomar un acuerdo al cuál no accedería si no se encontrara en esas circunstancias, lo cual adelantándome a lo que posteriormente argumentaré, me parece contradictorio con el primer punto expuesto en este párrafo, puesto que entonces la *autonomía de la voluntad* impresa en los acuerdos preparatorios tiene matices diferentes al principio que rige las relaciones de naturaleza civil y no es del todo adecuado extrapolarlo de esa forma en virtud de que los propios acuerdos deben pasar por la aprobación de la autoridad, llámese Ministerio Público o Juez de Control; finalmente, iv) que estos acuerdos sitúan la celeridad³ por arriba del fin propio del proceso penal que es el esclarecimiento de los hechos.

Estas formas autocompositivas de solución de controversias se consideran propias de otras materias del derecho, como por ejemplo la civil, mercantil y familiar, es decir, aquellas que se consideran de derecho privado, sin embargo, al menos en México, hasta hace pocos años un proceso que implicara la resolución del conflicto por un acuerdo de las partes, más allá del perdón, era ajeno a nuestra realidad.

De esta manera, los acuerdos reparatorios significan una vía de escape para la saturación del sistema penal mexicano que ha representado para el Estado Mexicano

³ Incluso el autor hace referencia a la justicia restaurativa o alternativa (en ese tenor, sin distinguir una de otra) como otro elemento favorecido sobre el esclarecimiento de los hechos, lo cual me parece de igual forma incorrecto, puesto que como veremos más adelante la justicia restaurativa puede conducirnos a un esclarecimiento de los hechos con mayores elementos, al haber un acercamiento entre víctima, ofendido e imputado; al ser una de las finalidades de la justicia restaurativa la reparación del daño, suele abordarse en las reuniones la manera en la que acontecieron los hechos, por lo que ello puede esclarecer más un hecho que aquel proceso en el que el imputado que es condenado con las pruebas en su contra y que en ningún momento se pronuncia sobre lo sucedido, el esclarecimiento de los hechos en ese caso se reduce a una reconstrucción con las pruebas obtenidas, llegando así a una aproximación a la verdad que puede ser muy distinta a la verdad material. Considero, contrario a lo aludido por dicho autor, que el esclarecimiento de los hechos va de la mano con la justicia restaurativa.

como lo veremos en líneas posteriores una recuperación millonaria en cuanto a la reparación del daño de los delitos en los que pueden ser procedentes; por lo que en el desarrollo de este texto analizaremos desde otra óptica dicha figura.

II. El cambio de paradigma de la justicia penal

1. *La Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública*

La iniciativa de reforma presentada a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, por el Diputado Federal Jesús de León Tello el 29 de septiembre de 2006 marcó el inicio de una serie de propuestas⁴ que a la postre terminarían dando forma a la denominada *Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública* que modificaría los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Reforma en comento se publicó el día 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación trayendo consigo lo que muchos han denominado un cambio de paradigma en la forma de administrar e impartir justicia penal, por la transición a un sistema procesal penal acusatorio que tenía que ser adoptado por la Federación, las entidades federativas y el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) en un plazo máximo de ocho años a partir de la publicación, según lo dispone el primer párrafo del artículo segundo transitorio de la Reforma de mérito.

⁴ Las iniciativas por el orden de presentación fueron las siguientes: La propuesta por el Diputado Federal Jesús de León Tello del Partido Acción Nacional; la presentada por los Diputados César Camacho, Felipe Borrego Estrada, Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González del Partido Revolucionario Institucional, Partido Acción Nacional, Partido de la Revolución Democrática y del Partido Verde Ecologista de México respectivamente; dos más propuestas por el Diputado César Camacho Quiroz del Partido Revolucionario Institucional; una más suscrita por Diputados de los grupos parlamentarios de los Partidos de Convergencia, de la Revolución Democrática y del Trabajo y cuatro más propuestas por diversos Diputados del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática.

En esta inteligencia podría pensarse que ese cambio de paradigma se refiere únicamente a dar paso a la oralidad por encima de la justicia predominante escrita, no obstante, dicho cambio implica cuestiones aún más profundas, que Humberto Benítez Treviño abrevia de manera adecuada en siete puntos: a) el cambio de paradigma referido va desde el paso de concebir una justicia garantista en contraposición a una justicia represiva, donde el fin esencial era castigar al responsable sobre todo lo demás; b) se busca hacer realidad lo dispuesto por el artículo 17 constitucional en lo que se refiere a contar con una impartición de justicia pronta, expedita y diligente a través de mecanismos de justicia alternativa que permitan que las partes involucradas puedan llegar a un acuerdo y evitarse el tortuoso camino de la burocracia y la corrupción; c) crear una nueva percepción acerca de la figura del Ministerio Público no solo como persecutor del delito sino como garante de la reparación del daño recibido por la víctima u ofendido; d) la muy conocida oralidad que es de los elementos más visibles para el grueso de la población en este nuevo sistema y que además de tener como fin agilizar el desahogo de las diversas etapas del juicio, persigue también la consecución de la objetividad que permite la comunicación directa entre emisor y receptor que deja entrever, entre otras cosas, la cultura de las partes, cuestión que debe tomarse en consideración para decidir sobre un asunto; e) la presunción de inocencia quedó expresa en el texto constitucional adecuándose de esa forma a los estándares internacionales sobre derechos humanos y reconociendo a la vez el derecho a una justicia adecuada para el imputado, la cual se materializa en primera instancia con la citada presunción de inocencia pero también en contar con una defensa adecuada; f) se introduce la figura del Juez de Control como un órgano garante de los derechos humanos de las personas involucradas en el proceso, llámense víctima, ofendido, imputado, testigos, etc.; g) se incorpora de igual forma la figura de los Jueces de Ejecución de Sentencias que tienen como principal objetivo revisar que

las sentencias se apliquen de acuerdo a los derechos humanos y que las autoridades administrativas no las apliquen poniendo en riesgo la integridad de los sentenciados o bien según la interpretación propia que de las mismas hagan.⁵

2. Los acuerdos reparatorios como producto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias Penales

De los puntos señalados con antelación para efectos del desarrollo del presente texto nos centraremos en lo relacionado con los acuerdos reparatorios; su sola denominación implica un par de cuestiones que resultan necesarias destacar, en primer término se busca reparar, pero, ¿reparar qué?, esa sola palabra guarda un significado muy profundo y es la base del cambio de paradigma del que tanto se habla, pues indica el tránsito de una justicia retributiva a una justicia restaurativa, ya que lo que se pretende reparar es el daño causado, pero no sólo el daño traducido en el factor económico que representa una cantidad a la que sentencia al imputado como pago del mismo, sino una reparación integral que incorpore además cuestiones más íntimas entre la víctima u ofendido y el imputado, o bien el resarcimiento del daño ocasionado al tejido social, por medio de las reuniones de justicia restaurativa; el otro factor que hay que destacar al mismo tiempo y que se encuentra intrínsecamente ligado con la nueva visión de justicia es precisamente la integración de los Medios Alternativos de Solución de Controversias como respuesta a un sistema superado por el rezago, la burocracia y la corrupción y es que como lo proponía Friedman desde el punto de vista económico, el Estado debe convertirse en un observador pero además garante de la libre elección de los agentes económicos, una teoría que va un paso más allá

⁵ Benítez Treviño, Humberto, “El nuevo paradigma del sistema de seguridad y justicia penal en México” en Gómez González, Arely (Coord.) *El Sistema Penal Acusatorio en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016, pp.121-122, <http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/novedades/ReformaPenal2008-2016.pdf>

del anterior pensamiento keynesiano de la Gran Depresión de los Estados Unidos de América y que hoy en día marca la pauta de la economía global a partir de la adecuación de esa teoría a las decisiones de los organismos internacionales en dicha materia y la cual retomaré para el análisis económico que acá se presenta.

Para dar contexto a la figura del acuerdo reparatorio resulta ilustrativo traer a la vista algunos casos; el primero de ellos ocurrido en la Ciudad de Mérida, Yucatán⁶; el 16 de mayo de 2015 aproximadamente a las dieciséis horas una persona se introdujo en un fraccionamiento en el domicilio en donde su ubicaba una pizzería apoderándose de un teléfono celular, una tableta electrónica, una cámara fotográfica y además una billetera, no obstante momentos después fue detenido⁷, se recuperaron los bienes sustraídos y fueron devueltos a sus propietarios; posteriormente el 21 de mayo en audiencia se hizo del conocimiento del juez de la causa la existencia de un acuerdo reparatorio al que habían arribado las partes, el cual consistió en el ofrecimiento de una disculpa de parte del imputado, el pago de la cantidad de mil pesos como reparación del daño, la prohibición de acercarse a la o las víctimas y a su centro de trabajo; el acuerdo tuvo como consecuencia que una vez aprobado se extinguió la acción penal y se decretó el sobreseimiento del proceso.

Otro caso ocurrido en la Ciudad de México, el primero en suscribirse en dicho lugar luego de la entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal, se desarrolló de la siguiente forma; la víctima cuyo sexo no define la fuente, acudió a un consultorio médico a que le realizaran una bioresonancia, no obstante mientras se llevaba a cabo tal práctica, el imputado presumiblemente comenzó a realizar tocamientos que la víctima consideró indebidos y excesivos para el propósito de la visita, por lo

⁶ Sitio oficial del Poder Judicial del Estado de Yucatán <https://poderjudicialyucatan.gob.mx/?page=iblog&n=875>

⁷ Aunque la nota no especifica si la detención se llevo a cabo en flagrancia, es de suponerse puesto que la detención fue casi instantánea, según el propio relato.

que decidió formular una querrela por abuso sexual agravado. Una vez iniciado el proceso, las partes accedieron a aproximarse al Centro de Justicia Alternativa para resolver su conflicto; de tal forma que concertaron una solución que terminó con la suscripción de un acuerdo reparatorio el día 3 de junio de 2015; el cual de acuerdo a la nota periodística solo les tomó cuatro audiencias durante tres meses; las obligaciones del acuerdo reparatorio para el imputado consistían en el pago de la cantidad de cuarenta y cinco mil pesos por concepto de reparación del daño, no podría tener contacto con la mujer agraviada y debía estar localizable para las autoridades hasta que concluyera el pago de la cantidad referida, el cual conforme a lo pactado se haría en tres exhibiciones.⁸

De los casos antes citados lo primero que puede resultar evidente es que en ambos casos existió una cantidad otorgada a manera de reparación del daño, en el segundo caso es más notorio al ser el pago aunado a las otras restricciones las que lo constituyeron, no obstante, en el primer asunto, además del pago y las restricciones una de las condiciones del acuerdo reparatorio fue la disculpa del imputado, es decir, no todo pasa por el tema económico que es la opinión que permea a la población al escuchar o leer sobre reparación del daño, aunque no se toma en cuenta que la reparación puede incluir cuestiones no materiales como la disculpa mencionada; sin embargo, esa desinformación es la que genera en los ciudadanos una sensación de impunidad y de falta de credibilidad en las instituciones inmersas en la impartición de justicia penal; además no habrá que olvidar que los acuerdos reparatorios deben de ser aceptados por las partes, entonces si alguien considera reparado el daño por un robo por el pago de una cantidad, esa será la decisión a la que arribó después de celebrarse las reuniones de los MASCP, por lo que deberá considerarse meditada;

⁸ Sitio oficial de Azteca Noticias, <http://www.aztecanoticias.com.mx/notas/seguridad/223018/firman-primer-acuerdo-reparatorio-con-nuevo-sistema-penal>

habrá quien no considere reparado el daño con un pago monetario como el caso de un ciclista en la misma Ciudad de México que fue agredido por un automovilista y que concluyó que la justicia en ese caso iba más allá del pago en dinero que pudiera recibir y no aceptó el acuerdo que le pretendía el imputado.

Esa idea de ver a los acuerdos reparatorios como meras y simples transacciones económicas se debe en gran medida al papel que los medios de comunicación juegan en nuestra sociedad actual, además de las propias instituciones que debieran concientizar a la población de que no lo son; puesto que si las partes convienen en un pago monetario eso no significa que sea lo mismo para todos los casos, por ello considero debe quedar suficientemente claro que en un acuerdo reparatorio las partes establezcan un pago en dinero, no significa que sea la única forma aceptada por esta nueva figura del proceso penal mexicano; gran parte de esta errada visión se debe a que se publicitan como meros acuerdos monetarios no como acuerdos reparadores del daño integralmente, que es lo que pretenden ser, lo cual no pasa por la naturaleza *per se* de esta figura sino más bien por el concepto de reparación del daño que los mexicanos hemos interiorizado y esto se debe sobre todo a la idea de justicia que hemos construido (la prisión y un pago monetario por los daños cometidos) puesto que al hablar de justicia restaurativa como tal, podremos comprender que el daño no se limita al perjuicio económico que resulte si es que puede ser cuantificable, sino que se relaciona incluso con las fibras más sensibles de la condición humana.

Antes de entrar al análisis económico aplicado de los acuerdos reparatorios, he de reseñar un asunto que nos permitirá poner en la balanza qué es lo que debe prevalecer al momento de impartir justicia. En México es públicamente conocido el caso de un ex gobernador de un Estado del sur del país, a quien se le acusa de haber desviado cantidades millonarias del erario público para sus intereses y el de sus colaboradores; en este sentido en noviembre de 2016 un empresario cuyo nombre no

fue revelado por las autoridades, se puso a disposición de la Procuraduría General de la República ante el destape de los actos de corrupción que se imputan al referido ex gobernador; el empresario expresó que mediante un sofisticado mecanismo de desvío de dinero se constituyeron un par de personas jurídicas para continuar con ese mismo fin: desvío de recursos; los movimientos consistieron en destinar 233 millones de pesos para constituir las empresas y posteriormente otros 165 millones de pesos a manera de aportación; por lo tanto, después de tener a su disposición al empresario, la Procuraduría General de la República en conjunto con la Secretaría de Hacienda llegaron a un acuerdo reparatorio consistente en rembolsar 421 millones de pesos a las finanzas del Estado de Veracruz; en ese talante, le fue entregado al gobierno de dicha entidad federativa, un primer cheque por la cantidad de 250 millones de pesos, con lo que de cumplir, el empresario evitaría la sanción privativa de la libertad. La Procuraduría General de la República argumentó que se tomó esa decisión al optar por esclarecer los hechos delictivos y a la vez permitir a esa entidad federativa recuperar una porción de los más de tres mil millones de pesos que se presume se desviaron de las arcas públicas.⁹

El escenario anterior nos ejemplifica a la perfección lo que busca la justicia restaurativa a través de estas nuevas herramientas del sistema penal que aún nos cuesta interiorizar (pensando en que los agentes involucrados hayan actuado conforme a lo que expresaron en el discurso oficial) no sin dejar antes material para debatir y plantearnos algunas preguntas sobre la mesa ¿Debe prevalecer el castigo al imputado sobre la reparación del daño? ¿Sería más eficiente recuperar parte del daño económico sufrido o mantener al imputado privado de su libertad?; cabe señalar que el discurso oficial de los dirigentes de dicho estado, abanderan una causa que pareciera

⁹ Sitio oficial de Aristegui Noticias <https://aristeguinoticias.com/3011/mexico/empresario-busco-acuerdo-con-pgr-y-shcp-para-reintegrar-recursos-de-veracruz-cervantes/>

tiene como finalidad el propio castigo a los involucrados que la reparación del daño, pero si no es posible ambos supuestos (otorgando presunta validez al primero de ellos de manera parcial, es decir que fuera válido el castigo como retribución) desde el punto de vista de la eficiencia, del bienestar de la población, sería más benéfico recuperar una porción de lo perdido a tener privado de la libertad al imputado, por las consideraciones que adelante argumentaré.

III. Acuerdos reparatorios. un análisis económico aplicado

1. El Análisis Económico del Derecho. Origen y Finalidad

El Análisis Económico del Derecho puede definirse básicamente como la aplicación de conceptos y postulados propios de las ciencias económicas al estudio del derecho –incluso con aquellas disciplinas jurídicas que pudieran resultar inimaginables como asuntos familiares, accidentes y lo que nos atañe en esta ocasión: el derecho penal— comúnmente se afirma que sus bases más profundas se encuentran en los estudios del teórico inglés Jeremy Bentham, quien a partir de su obra *An introduction to the principles of Morals and Legislation* publicada en 1780 y otros tratados célebres como *Of Laws in General* de 1782 sentó las bases de una corriente ideológica conocida como *utilitarismo*. Es de mencionarse que sus estudios nacen casi a la par de la obra del escocés Adam Smith que con su tratado *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* de 1776 es considerado como el padre de la Economía, por ser estimado como el primer trabajo con rigor científico en donde se sistematizó el conocimiento respecto a esa ciencia entonces emergente y que algunos estudiosos del tema consideran como otro de los pioneros en estudiar al derecho desde lo económico. Volviendo a la influencia de Bentham, Richard Posner considerado uno de los

principales autores del Análisis Económico del Derecho menciona que resulta muy complicado identificar una relación causal directa entre las aportaciones de Bentham y el nacimiento del AED, no obstante, lo que es indubitable en la lógica de Posner¹⁰ es que los trabajos de Bentham inspiraron la corriente de *Law and Economics* como originariamente se le denomina en la tradición americana a lo que conocemos como Análisis Económico del Derecho —idea con la cual concuerdo puesto que en mi opinión el AED nace de las aportaciones de diversos autores, entre ellos el propio Bentham, por lo que el *utilitarismo* es una parte de la inspiración de esta corriente del derecho contemporáneo pero no una causa directa— de tal manera que la eficiencia juega un papel de extrema importancia en los estudios de este tipo por la influencia o como diría Posner, por la inspiración de los trabajos de Bentham.

En cuanto al origen de esta disciplina jurídica-económica interdependiente, algunos autores como el caso de Jürgen Backhaus han dedicado trabajos completos a escudriñar en quienes fueron los precursores que dieron forma a su existencia, regresando de nueva cuenta a la figura de Bentham y también a Adam Smith, uno con la corriente utilitarista y el otro con el análisis de los efectos económicos de la legislación, no obstante su nacimiento regularmente se liga con los trabajos pione-

¹⁰ Para Posner la influencia en sentido amplio puede tener dos significados; el primero entendido como una inspiración, en el sentido de que una persona B rescata una idea propuesta por A y utiliza dicha idea, sin que tenga que descubrirla de manera independiente; por otra parte, el segundo significado dice Posner puede entenderse como una relación causal, en donde B no hubiera podido utilizar la idea de A, si A no hubiera existido, no obstante —menciona Posner— B hubiera tomado la misma idea de otra persona aunque A no hubiera existido por tanto es más probable que en cuanto mayor sea el intervalo entre A y B, puedan existir otras ideas entre ellos lo que hará que más difícil sea desvelar la relación causal, para explicarlo a *contrario sensu* podemos ilustrar con el ejemplo que menciona dicho autor: el Judaísmo fue una inspiración para el Cristianismo y el Islam, pero ello no significa que si el Judaísmo jamás hubiera existido, tampoco existirían el Cristianismo y el Islam puesto que su nacimiento obedece a una serie de circunstancias donde adjudicar una relación causal al Judaísmo no sería del todo correcto; por lo tanto, puede afirmarse que se trata de una influencia a manera de inspiración y no de causa; de igual manera establece Posner el *utilitarismo* de Bentham es una inspiración para el Análisis Económico del Derecho.

Véase Posner, Richard A., “El movimiento del Análisis Económico del Derecho: Desde Bentham hasta Becker”, *THEMIS-Revista de Derecho*, número 44, 2002, p. 38

ros de Ronald Coase, Gido Calabresi, Richard Posner, Gary Becker con los primeros trabajos a finales de la década de 1950 y toda la década de 1960 en Estados Unidos de América que fueron la base de muchas otras colaboraciones como las de Simon, Manne, Director, Tullock el propio Backhaus y muchos otros en los años siguientes; es así que una disciplina relativamente de reciente creación ha ganado tantos adeptos en Estados Unidos y en Europa principalmente (aunque en ese caso con mayores reservas de lo que ocurre en el caso norteamericano), esto se debe en gran parte al soporte que ha tenido el AED en cuanto a la publicación de los trabajos de ese tipo, partiendo de la primera revista especializada en esa materia en 1958 la denominada *Journal of Law and Economics* editada por Aaron Director con participaciones muy sobresalientes como la de Ronald Coase; a la cual le seguirían muchas otras como el *Journal of Legal Studies* del también reconocido Richard Posner y otras tantas como el *Research in Law and Economics*, el *International Review of Law and Economics* y el *European Journal of Law and Economics*, publicaciones a las que se les atribuye haber participado en la construcción del éxito que ha tenido este enfoque de estudio del derecho.¹¹

Es de subrayar que las primigenias revistas del AED de Director y Coase nacieron en el seno de la Universidad de Chicago en Estados Unidos y de a poco fueron delineando la conocida como Escuela de Chicago con un enfoque positivo en la revisión de los problemas relacionados con el derecho; posteriormente, en la Universidad de Yale se originaría la contraparte de esta escuela, corriente que contrario a lo ocurrido en Chicago emplea un enfoque normativo a través de estudios en donde se concede un lugar prioritario a los valores y a la posibilidad de la intervención (la Escuela de Yale). Finalmente como respuesta a las escuelas de Chicago y Yale, nace

¹¹ Parisi, Francesco, "Positive, normative and functional schools in Law and Economics" *European Journal of Law and Economics*, Volumen XVIII, Número 3, 2004, pp. 259-272

una corriente que no comparte las visiones de una y otra, lejos de ello pretende aplicar la teoría de la elección pública enfocada a descubrir fallas políticas en la emisión de normas y se aleja cautelosamente de la eficiencia, insumo cognitivo y prescriptivo de la escuela positivista; esta reciente corriente es conocida como la escuela funcionalista o escuela de Virginia.¹²

Anteriormente adelantaba una definición breve y si quiere verse, simplista del Análisis Económico del Derecho, complementando esa idea tenemos, dos elementos a destacar, el primero de ellos que además de utilizar los conceptos y postulados económicos, también se adoptan algunos métodos proporcionados por las ciencias económicas para el estudio del derecho; por otra parte, los estudios de AED pueden tener un sinfín de propósitos, pero primordialmente pueden resumirse en dos grandes finalidades, una práctica y otra propiamente cognitiva.¹³

Para el estudio de la figura de los acuerdos reparatorios tomando como base los ejemplos expresados con antelación partiremos de un análisis económico práctico y aplicado¹⁴ de manera básica, tomando en consideración la naturaleza de este texto. Para brindar una secuencia y rigor metodológicos mínimos, se analizarán algunos postulados de la intervención estatal en el ámbito económico, algunos aportes positivistas relativos a la eficiencia y algunas premisas fundamentales del AED, para

¹² *Ídem.*

¹³ Doménech Pascual, Gabriel, “Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho” *Revista de Administración Pública*, Madrid, número 195, septiembre-diciembre, 2014, p. 101

¹⁴ Es un análisis práctico en el sentido que busca analizar una problemática real en concreto (acuerdo reparatorios) en contraposición a un análisis teórico que se encarga de realizar señalamientos, críticas y explicaciones respecto al orden jurídico en general; es aplicado en contraposición a fundamental, puesto que el segundo de ellos se inscribe en la élite del pensamiento económico, dirigido a público con estudios avanzados en economía, que regularmente son dirigidos a publicaciones de validez internacional como las revistas señaladas anteriormente, cuyo contenido es cada vez más técnico, sobre problemáticas globales; al contrario, un análisis aplicado propone el estudio de problemáticas del ordenamiento jurídico nacional con relevancia práctica y aunque algunos autores como Doménech Pascual refieren que son invisibles a nivel internacional, persiguen tener injerencia en el público nacional.

dilucidar de esta forma la influencia de la teoría económica en la figura de los acuerdos reparatorios además de ubicar algunos presupuestos de validez de los mismos para finalmente obtener algunas conclusiones al respecto.

2. La intervención estatal. Modelo comparativo a partir de la teoría económica

Aunque el capitalismo como tal no se refiere a una corriente de pensamiento sino más bien a un modo de producción, a partir de los trabajos de Adam Smith, a quien comentaba anteriormente se considera el padre de la economía moderna, sobre todo con su obra popularmente conocida como *La Riqueza de las Naciones* se corresponde el origen de los sistemas de producción capitalista, por su parte, John Locke hizo la distinción entre el capitalismo como modo de producción y el liberalismo como corriente filosófica que lo sostiene; sistema en donde se prioriza la economía de mercado, el capital sobre el trabajo como fuente de riqueza; por ello la intervención del Estado debe restringirse originalmente a prever las condiciones necesarias para permitir el libre acuerdo entre agentes económicos.

No obstante, ante los acontecimientos de la Gran Depresión originada por el conocido como martes negro el 29 de octubre de 1929 en Estados Unidos y que posteriormente tuviera repercusiones globales en la década de 1930 y los años posteriores, conjuntándose con el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial los economistas comenzaron a cuestionarse los sistemas de producción, sobre todo después de observar que las grandes industrias se desplomaban y creaban un efecto dominó en la caída de la demanda en sectores primarios de producción; en esta tesitura nace la revolución *keynesiana*, denominada así por su precursor John Maynard Keynes que con su trabajo *La Teoría general del empleo, el interés y el dinero*, propuso una serie de cambios en el pensamiento económico preponderante en épocas de la Gran

Depresión, respecto a la intervención estatal en el sistema de producción; en una economía de mercado dicha intervención debiera ser limitada, dejando actuar a los agentes económicos en condiciones perfectas; no obstante, la problemática se actualiza cuando las condiciones ya no son perfectas y existe por ejemplo, como en el caso de las consecuencias del *crac del 29* un alza en la tasa de desempleo, a manera de una búsqueda en el equilibrio de los factores productivos que se traduce al final de cuentas en una disminución en la demanda e ingresos y por tanto el edificio de la teoría económica aceptada en esos momentos, comienza a tambalearse.

La pregunta entonces era ¿hasta dónde debe intervenir el Estado para buscar un equilibrio en la economía?, Keynes ofreció una respuesta que tal como él mismo lo esperaba significaría una revolución en el pensamiento económico y que no agradaría a muchos de sus pares economistas; él creía que el gobierno era capaz de detener el descenso, reduciendo las tasas de interés, comprando bonos del gobierno u otras deudas, aumentando la cantidad monetaria que los bancos pueden prestar, estimulando el empleo; además proponía que la inversión pública era una salida para la crisis, puesto que aumentaba la confianza y generaba inversión¹⁵; esta política intervencionista le valió a Keynes ser visto como un visionario y revolucionario, pero también contar con un sinnúmero de detractores que optaban por la no intervención del Estado y creían aún en la célebre metáfora de Adam Smith de la *mano invisible* que se refiere al efecto autoregulador del sistema de mercado, en donde el propio sistema busca su equilibrio y no necesita de mayores intervenciones.

¹⁵ Posner, Richard, “Cómo me convertí en Keynesiano. Segundas reflexiones en medio de una crisis”, *Revista de Economía Institucional*, volumen 12, número 22, Primer Semestre, 2010, pp. 293-305, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41915003015>

3. *La libertad de elegir*

En pleno auge del pensamiento keynesiano, Milton Friedman reaviva la llama de la discusión sobre el comportamiento económico de los países, planteando un discurso que en parte retomaba algunos elementos del libre mercado donde la intervención estatal debe ser en todo caso mínima. La aportación de Friedman se basa en uno de los postulados más famosos e influyentes incluso en la economía moderna, *la libertad de elegir*, que se trata básicamente de plena libertad económica para tomar decisiones, en ese sentido, todo lo que afecte al equilibrio de mercado, tendrá efectos sobre el comportamiento económico y el principal agente de interferencia de un libre mercado es el Estado; como analogía proponía que un padre no podría ni aún deseándolo, controlar las actividades de quienes integran su familia, en este sentido, la persona como agente económico debe actuar libremente para decidir de qué manera interactuar en el libre mercado.

Friedman retoma las ideas de Adam Smith en cuanto a que las actividades económicas nacen de forma espontánea en la propia necesidad del lenguaje, asemejándose con el mismo lenguaje que nace de la necesidad de comunicación y esto por encima o a pesar de contar con un ente que controle estas situaciones; de esta manera Friedman interpreta que la Gran Depresión no se debió a deficiencias propias del mercado sino a la mala actuación del Estado que posteriormente comenzaría a interferir con mayor frecuencia y amplitud en las relaciones económicas; de esta forma el autor define de forma clara y precisa cuál debe ser el papel del Estado en la economía moderna, sobre la consideración de la no intervención.

Utilizando la analogía de un juego, Friedman hace una distinción entre las actividades diarias de las personas y el marco en donde se desarrollan y limitan; las actividades del día a día son las acciones que las personas realizan en el juego, mien-

tras que el marco regulatorio será precisamente el conjunto de reglas a las cuales se someten para llevar a cabo ese juego; en ese sentido el gobierno se convierte en un dador, constructor, del marco jurídico (*Rule-maker*) y por otra parte debe desempeñar un papel de revisor, de árbitro (*umpire*) del juego económico¹⁶; es decir, sobre la idea de la no intervención, el gobierno está facultado únicamente para crear las reglas del juego y asegurarse de su cumplimiento; se convierte en un órgano garante, un observador con facultades de intervención, sólo para hacer que las normas se cumplan a cabalidad.

Esa idea del gobierno dador de normas y árbitro se complementa en el postulado de la libertad para elegir; los agentes económicos deben tener plena libertad para determinar su actuar, mismo que estará dentro del marco obsequiado por el Estado y además garantizado por el mismo. Friedman complementa la idea del papel del Estado en la economía de los países, con dos ideas centrales más acerca de la libertad de elección: la elección de las personas debe ser hecha sin ninguna coacción puesto que si así fuera no existiría realmente una capacidad de elegir, como ejemplo ilustra que en una situación de un robo a mano armada donde el sujeto activo pide a la vida elija entre entregar su bolso o su vida, la elección que realice no será libre puesto que existe coacción para ello; en una situación controlada no tendría si quiera necesidad de elegir entre ambas; de esta forma el Estado debe velar por la protección de las personas frente a la coerción de cualquier tipo que pueda orillarles a tomar una u otra decisión; por otra parte, la necesidad de la administración de justicia, el Estado en el papel de *umpire* no únicamente debe juzgar si se están respetando las reglas del juego, sino que además debe asegurarse que en caso de incumplimiento o siquiera de duda en cuanto a qué forma debe actuarse, provea de un sistema eficien-

¹⁶ Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*, Estados Unidos de América, The University of Chicago Press, 1982, pp. 22-30

te para administrar justicia. Otra aportación por demás interesante es el análisis del costo beneficio de la intervención estatal, Friedman retomando postulados de Smith, establece que no toda intervención estatal es dañina *per se* sino que el propio estado debe justificar su intervención evidenciando a su vez que la misma tendrá un beneficio más allá de su propio costo.¹⁷ Las ideas de Friedman, aunque con sus detractores como suele ocurrir en todos los campos del conocimiento y de la vida diaria, siguen vigentes y gozan de validez internacional puesto que organismos importantes como el Fondo Monetario Internacional basan su actuación en los postulados de dicho pensador.

4. La libertad de elegir y la no intervención estatal en la resolución de controversias

Retomando la figura de los acuerdos reparatorios que encuentran su fundamento en los artículos 186 al 190 del Código Nacional de Procedimientos Penales y como se ha sostenido son aquellos a los que arriban la víctima u ofendido y el imputado por medio del uso de los MASC, los cuales deben sujetarse a lo dispuesto por la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, se tratan de salidas alternas al proceso penal y extinguen la acción penal.

Los acuerdos reparatorios no proceden para todos los casos sino únicamente cuando se trate de los asuntos previstos en el artículo 187 del referido Código Nacional, es decir, en primer término se trate de algunos de los siguientes delitos: i) (a) delitos perseguidos por querrela, (b) perseguidos por requisito equivalente de parte ofendida o (c) que admitan el perdón de la víctima o bien del ofendido; ii) en el caso de delitos culposos y iii) cuando se trate de delitos patrimoniales sin violencia sobre las personas.

¹⁷ Friedman, Milton y Friedman, Rose, *Libre para elegir*, Estados Unidos, 1979, pp. 23 -27

Si se cumple con este primer filtro, es decir, que el tipo penal sea de los referidos con antelación, se tiene un segundo filtro para la procedencia: i) que el imputado no haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos correspondientes a los mismos delitos dolosos; ii) que no se trate de delitos de violencia familiar y iii) que en caso de haber celebrado un acuerdo reparatorio previamente, el imputado haya cumplido con el mismo, a menos que haya sido absuelto.

Desde la primera intervención del Ministerio Público o del Juez de Control, cuando corresponda invitarán a los interesados a sujetarse a los mecanismos establecidos en la Ley Nacional citada párrafos atrás, para alcanzar un acuerdo en su caso, que una vez aprobado y verificado el cumplimiento de las obligaciones contraídas en él tendrá como extinta la acción penal.

Una vez que las partes han llegado a un acuerdo, el Ministerio Público o en su caso el Juez de Control deberán cerciorarse de que las condiciones establecidas en el mismo no sean desproporcionadas, que los involucrados se encontraban en condiciones de igualdad y que no existió coerción de ninguna clase para obtener su consentimiento.

En esta inteligencia, la primera aproximación de esta figura de salida alterna del proceso penal mexicano con la teoría económica, podemos obtenerla de la viabilidad de la intervención del Estado en la resolución de conflictos del orden penal y a *contrario sensu* hasta donde el mismo puede dejar en libertad a las partes para que acuerden lo que mejor les convenga para reparar el daño que han recibido u ocasionado.

Las teorías económicas respecto a la intervención del Estado en las actividades económicas pueda darnos cierta luz en este sentido; desde mi punto de vista la visión de Friedman sobre el papel del Estado en la sociedad moderna es más que adecuada para el paradigma político-jurídico-económico que representan los derechos humanos y explicaré mi posición.

Friedman en respuesta al pensamiento keynesiano que apostaba por una intervención del Estado en las actividades económicas si no férrea si muy representativa, retoma los postulados de Smith regresando en cierta forma a la economía del libre mercado pero con algunas notas distintivas y propias; estableciendo una premisa diádica puesto que por una parte propone la libertad de elección por parte de los individuos pero a su vez establece una obligación para el Estado. El gobierno tiene así un papel de promotor de las actividades económicas, pero ante cualquier avería o discordancia en el sistema de libre mercado debe ser quien restablezca el orden; es decir se trata de un Estado promotor, respetuoso y garante de la libre elección de los individuos, si traducimos eso a la parte jurídica, veremos que es totalmente compatible con el discurso de los derechos humanos, facultades inherentes a las personas que el Estado debe velar, promover y respetar, además de establecer los mecanismos adecuados para su debida protección; no es gratuito que la teoría de Friedman sea tan utilizada en la actualidad a nivel mundial.

Las sociedades modernas dentro de este paradigma de los derechos humanos, dentro del Estado Social de Derecho que establece como proposiciones principales el respeto, la dignidad humana y la solidaridad, necesita de un Estado garante más allá de uno que reprima sus conductas, justamente eso es lo que se ha plasmado en la evolución de los derechos humanos; desde los de primera generación que fueron concebidos inicialmente como límites al Estado hasta los de segunda y posteriores generaciones que implican más allá de una omisión de intervenir, una obligación del Estado de proveer de los insumos necesarios para considerar garantizados los derechos de los ciudadanos.

El nuevo sistema de justicia penal, más allá de las críticas que pudiera recibir en cuanto a si fue una adecuación de sistemas como el norteamericano, chileno u otros; a mi parecer con estas nuevas medidas busca una mayor eficiencia en la im-

partición de justicia y la intervención del Estado será necesaria únicamente cuando se encuentre justificada; qué necesidad habría de intervención del mismo cuando las partes ya han llegado a un acuerdo, sin que ello signifique que la impartición de justicia penal ya no sea más de orden público, al contrario, eso permite aplicar toda la fuerza del Estado a resolver problemas aun más graves, algo parecido a lo que en economía ha venido realizando China, apoyando con todos los recursos de su Estado al desarrollo de la economía doméstica, lo cual hoy en día los coloca como una potencia mundial.

Para explicar lo anterior, veamos a la justicia desde su relación con el concepto de *propiedad*, cabría hacernos un par de cuestionamientos, ¿a quién pertenece el derecho de impartir justicia? Y por otra parte ¿qué es lo que nos corresponde? En respuesta a ello, podremos decir rápidamente que el derecho de impartir justicia corresponde al Estado, puesto que el monopolio de la justicia le corresponde, al menos es lo que reza uno de los grandes dogmas de la modernidad, así lo establece incluso nuestro artículo 17 constitucional en su segundo párrafo, cuando expresa que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales expeditos para ello; lo cual se corresponde tanto con la idea del Estado Social de Derecho, como con el paradigma de los derechos humanos y con la teoría de Friedman de la que se ha hablado; estableciendo así por una parte un derecho de toda persona a recibir justicia pero por otra concediendo al Estado la titularidad del monopolio de la justicia.

Este dogma del monopolio estatal de la justicia es comúnmente cuestionado, al grado de que algunos autores piensan que se encuentra superado, en mi opinión, en este momento no existiría un argumento sólido para considerar inadecuado el monopolio estatal de la justicia y explico mi posición, el referido monopolio implica que el Estado es el titular del derecho de administrar justicia, es el único con ese derecho, pero ello no implica que pueda concesionar parte del mismo a los propios particulares

pero siempre bajo la tutela del Estado, como en el caso de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en general, no se renuncia a la administración de justicia sino que se concesiona a los particulares para que ellos mismos resuelvan sus conflictos teniendo siempre como *ultima ratio* la actuación del gobierno.

Considerar que no exista argumento sólido contra la existencia del monopolio estatal de justicia, no requiere de mucho, si el Estado no tiene el monopolio de la justicia, ¿Quién lo tendría entonces? ¿Cada persona sería titular del derecho a impartir justicia?, imaginemos por un instante un lugar en donde cada ciudadano tenga derecho a impartir justicia, ahora imaginemos un accidente automovilístico común y corriente, ambos conductores creerán tener la razón y en uso de su derecho a impartir justicia uno de ellos estima que es justo embargar el auto del otro conductor como pago inmediato de la reparación del daño, ¿cómo poder refutarle su conducta si él mismo es juez y parte, por el uso de su derecho a impartir justicia?.

Hay quienes apuestan porque el monopolio estatal de la justicia desaparezca, puesto que al ser el Estado el único ente capaz de administrar justicia, también es quien está facultado para determinar las circunstancias en las que otorga ese servicio (como conducta económica) y no tiene necesidad de hacer más eficiente su aparato judicial, contando siempre con la facultad de realizar mayores cobros a los usuarios trasladando los costos de su propia negligencia como lo sostiene Luis Eduardo Zamorano, quien además menciona que es parecido a un proveedor que impide a sus clientes acudir con otros proveedores, comprar sus productos y además al precio que considere justo¹⁸, opinión con la cual no estoy de acuerdo puesto que en efecto la impartición de justicia, sobre todo justicia penal, no es como ir a un restaurante de comida rápida y pedir nuestra comida favorita, implica también el pago de un costo,

¹⁸ Zamorano, Luis Eduardo, "Irracionalidad del Monopolio de la Justicia", *Criterio Jurídico*, Colombia, número 2, pp. 37-39

pero el análisis del costo-beneficio en ese caso será el siguiente, el costo de acudir a las instituciones estatales a reclamar la impartición de justicia y por el otro lado la impunidad del responsable en caso de no hacerlo, lo cual originará mayores costos para el propio Estado que al final de cuentas termina incidiendo en el bolsillo de la población; es cierto que solicitar el servicio de impartición de justicia es problemático, es necesario adecuarse a los trámites burocráticos preestablecidos y no existe la posibilidad de buscar otros proveedores, no obstante, de nueva cuenta la interrogante es ¿Qué otros proveedores pudieran ofrecernos el servicio?, si se tuviera una organización privada impartiendo justicia, en el fondo no significa la desaparición del monopolio estatal, puesto que si esa organización lleva a cabo dicha actividad es por autorización del propio Estado.

Es plausible el interés del autor señalado anteriormente, sin embargo, considero que una crítica a su trabajo puede ser que no propone ninguna solución al respecto; la labor académica consiste en buscar soluciones a problemas sociales; por ello me atrevo a hacer una aventurada y apresurada propuesta de una posible salida a la problemática que puede ser el monopolio estatal de impartición de justicia y es que bajo la más estricta observación de los derechos humanos y bajo un esquema totalmente imparcial pudieran establecerse tribunales internacionales, a libre elección de las personas, obviamente habría una discusión en cuanto a la soberanía, pero para encontrar otro proveedor de este servicio únicamente puede darse en alguien más que cuente con las mismas o mejores herramientas; empero, la problemática en su momento sería que no necesariamente eso redundaría en un servicio de mayor calidad por parte del Estado, puesto que puede ocurrir lo contrario, si el ciudadano decide que es más conveniente para él, optar por el tribunal internacional (la competencia), la demanda del servicio del Estado disminuiría, pero eso no significa que su servicio sea más eficiente sino que por el contrario puede traducirse en un des-

interés mayor por otorgar el servicio, dependiendo de las circunstancias en las que se construyera la competencia. Sin duda es un campo que merece un estudio más profundo, objeto de otro trabajo.

De esta forma, considero que la inclusión de los acuerdos reparatorios como salidas alternas al proceso penal no son contrarias al monopolio estatal de la justicia, puesto que si el Estado permite que las partes interesadas lleguen a un acuerdo, es en todo caso la figura del Ministerio Público o el Juez de Control en su caso (la representación de la figura del Estado) quien tiene la última palabra, para aprobar dicho acuerdo, cuando se establezca conforme al respeto de derechos humanos, de manera proporcional, en total igualdad y de manera libre. Ahora bien, la intervención estatal, hemos visto se justifica siempre y cuando el gobierno actúe como dador de normas (*Rule-maker*) y como árbitro de las conductas (*Umpire*), pero además, como lo propone Friedman en su idea que denomino como postulado *Smith-Friedman* puesto que como citaba anteriormente retoma las ideas de Adam Smith, debe hacer un análisis del costo-beneficio que tendrá su intervención; para ejemplificar esto recordemos el ejemplo del robo a la pizzería en Yucatán; la o las víctimas, además de recuperar sus bienes, recibieron como parte del acuerdo reparatorio, el pago de mil pesos por concepto de reparación del daño y la restricción del imputado de acercarse al domicilio y lugar del trabajo; el Estado no intervino en la impartición de justicia más de lo necesario, dándole a las víctimas un marco legal en el cual apoyarse ante los hechos delictivos, la posibilidad de acceder a la justicia, pero al momento de impartir justicia, el equilibrio de mercado prevaleció, materializándose en el acuerdo al cual llegaron las partes y ya no siendo necesaria la acción penal una vez cumplido el acuerdo; en caso contrario, de no existir el acuerdo reparatorio, seguramente si fueron detenidos en flagrancia y ante las pruebas que pudieran haber, el imputado de no obtener otro beneficio del Código Nacional hubiera terminado en prisión

cumpliendo una pena, para lo cual el Estado asume los costos que se originan por mantenerlo ahí, asegurándole las condiciones mínimas para su subsistencia. En este caso la intervención del Estado generaba más costos que beneficios; obviamente es ahí donde considero que existe una laguna en donde habrá que poner atención, se resolvió el problema inmediato, a las víctimas, pero el hecho de que el imputado quede libre, no significa que haya logrado su reinserción, al contrario pudiera ser un incentivo para un actuar a futuro, por lo que considero que la justicia restaurativa debería actuar un paso más adelante, si se logra el equilibrio entre las partes, quizá la intervención Estatal únicamente para observar la reinserción del sujeto activo no estaría demás, porque con esa labor de reinserción se convierte en una inversión, ya que significaría que el sujeto activo no se encontrará inmerso en otro asunto como ese en el futuro, ahorrando recursos del Estado y generando mayor oferta del servicio de impartición de justicia para otros casos.

Casos como el mencionado, dejan ver que la no intervención del Estado por medio de la acción penal no significa que no sea éste el que detente el monopolio de la justicia, no obstante la clave está en su intervención o más bien su no intervención, cuando del análisis del costo-beneficio resulte que es justificada, no se pierde interés público, al contrario, la decisión a la postre abona al mismo, permitiendo al gobierno intervenir en otros asuntos donde su participación si se encuentre justificada y sea prioritaria.

IV. El delito y sus consecuencias, insumos cognitivos del AED

1. Los postulados de Coase y Becker y su relación con los acuerdos reparatorios

Ahora bien, para analizar algunos aspectos de los acuerdos reparatorios, en cuanto a su validez social dentro del sistema de justicia penal mexicano, partiremos del ejem-

plo dado con antelación del empresario presuntamente involucrado en desvío de recursos públicos. Recordemos que ese asunto daba pie a un par de interrogantes,¹⁹ que tendrán respuesta a partir del análisis propuesto por Coase en una de sus obras que marcaría el origen del AED formalmente, además del trabajo de Becker quien fue el primero en llevar esa disciplina al terreno del derecho penal.

Para dar respuesta a las interrogantes planteadas que pueden resumirse en una sola: ¿debe prevalecer el castigo al agente activo o la reparación del daño?; viene a bien revisar brevemente parte de ese cambio de paradigma aludido al inicio de este texto, de la justicia retributiva a la justicia restaurativa.

La integración de los MASC al proceso penal, tiene sin lugar a dudas una finalidad de hacer más eficiente el aparato de justicia penal pero además de ello, tratarse de una salida alterna al proceso, en estricto sentido en su naturaleza llevan impresas las huellas de la justicia restaurativa, aunque expresamente no se señale; en la sociedad moderna esa es su finalidad, una justicia que repare el daño, pero una reparación integral que no debe entenderse como una mera transacción económica entre partes; tendrían como finalidad recuperar parte del costo social que la ineficiencia del sistema tradicional perdió, que se traduce al final del día en desconfianza de la ciudadanía. Por tanto pueden tenerse como motivos del legislador dos razones puntuales, para impulsar una reforma penal integral que vuelve la vista a la autocomposición, la eficiencia de la que se ha hablado, pero una eficiencia que va más allá de las cantidades monetarias que puedan recuperarse sino desde el punto de vista del AED, una eficiencia que disminuya el costo social, lo que mayor beneficio refleje a la población (por obvias razones la parte económica debe estar presente y sería ingenuo pensar lo contrario en un mundo globalizado, no obstante, no es el único

¹⁹ ¿Debe prevalecer el castigo al imputado sobre la reparación del daño? ¿Sería más eficiente recuperar parte del daño económico sufrido o mantener al imputado privado de su libertad?

fin que persiguen los MASCP); la segunda razón es aún más obvia, el respeto de los derechos humanos, como el acceso a la justicia, al debido proceso y condiciones de igualdad entre partes.²⁰

La visión que lleva emparejada la aplicación de los MASCP es ajena a la concepción tradicional de justicia penal (retributiva) en su naturaleza se encuentra un componente sanador, propiamente restaurador, de ahí que se hable de justicia restaurativa; esta nueva dimensión de justicia no se enfoca en el castigo al culpable, en señalarlo como un agente antisocial, en regresarle el dolor causado con la imposición de una pena, al contrario busca fundamentalmente dos objetivos la aceptación de la responsabilidad de los hechos y la reparación del daño causado,²¹ que además concuerdan con la finalidad del proceso penal consistente, conforme a la fracción I, del Apartado A del artículo 20 constitucional, en el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, la no impunidad del culpable y la reparación del delito, como veremos a continuación.

Por tanto, para ver la verdadera identidad de los MASCP y los acuerdos reparatorios que los materializan en el plano del proceso penal mexicano, debemos observarlos desde la óptica de la justicia restaurativa, no como un castigo al culpable, sino como la obtención de la reparación del daño a la vez que el sujeto activo acepte su responsabilidad.

Por ello, cabe entonces revisar lo propuesto por el premio Nobel Ronald Coase cuando analiza los argumentos de Pigou respecto a la economía del bienestar, que resultan

²⁰ Azzolini Bincaz, Alicia y Nettel Díaz, Ana Laura, “Las salidas alternas al juicio: Los motivos del constituyente en la reforma de 2008 y los objetivos del proceso penal” *Alegatos*, México, número 86, enero-abril, 2014, pp. 29-30 <http://132.248.9.34/hevila/Alegatos/2014/no86/2.pdf>

²¹ Pérez Saucedo, José Benito y Zaragoza Huerta, José, “Justicia restaurativa: Del castigo a la reparación”, en Campos Domínguez, Fernando Gerardo; Cienfuegos Salgado, David; Rodríguez Lozano, Luis Gerardo; Zaragoza Huerta, José (Coord) *Entre libertad y castigo, Dilemas del Estado contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Estudios Parlamentarios “Eduardo Neri”, 2011, pp. 639-645

aplicables al tema de este texto, en dos sentidos, el primero de ellos respecto a la balanza del costo del producto social sobre el producto privado, para ello debemos recordar que Coase originalmente propone una redistribución de las responsabilidades bajo una premisa mayor que cambia la visión tradicional de los daños, cuando A ocasiona un daño a B, no es únicamente B quien se ve dañado sino que en caso de existir responsabilidad, B también afectará la condición de A; partiendo de esta idea, Coase propone una metodología para comparar ordenamientos legales alternativos, revisando el producto social que podría obtenerse en ambos casos; con su conocido ejemplo de luz roja Coase ilustra este escenario; si en un lugar donde existen semáforos, un automovilista llega a una intersección y observa la luz roja, pero a su vez observa que no hay otros autos a su alrededor, si decide pasarse el alto llegaría a su casa sin ocasionar algún accidente, pero decide no hacerlo porque en caso de ser visto sería objeto de una infracción (y en algunos casos no tan aislados de un acto de corrupción); si hubiera optado por pasarse el alto, sin ser visto y sin ocasionar ningún accidente, el producto privado aumenta puesto que llegaría a su destino más temprano; no obstante el producto social se vería afectado desde cuando la infracción quedó impune hasta que el propio conductor hubiera ocasionado algún accidente; de esta forma, según el autor referido el problema de los gobiernos consiste en diseñar ordenamientos prácticos que corrijan defectos sin causar daños más serios a las otras partes (a partir de una visión utilitarista).²² Complementando la idea de la reparación del daño sobre el castigo, uno de los argumentos tradicionales de la justicia retributiva es que cuando una persona comete un crimen debe ser castigada por su conducta antisocial; a lo que respondería con lo que menciona Coase, no hay nada más antisocial que oponerse a una acción que no causa daño a nadie²³ y esto da pie a la última parte de mis argumentos.

²² Coase, Ronald, "The problem of social cost" en *The Journal of Law and Economics*, Estados Unidos, volumen III, octubre, 1960, pp. 1-3,34-36

²³ *Ibidem*, p. 35

Gary Becker reconocido dentro de la corriente del AED por ser uno de los pioneros en llevar esta disciplina al campo del derecho penal, realiza en su obra un completo estudio de los componentes del delito a manera de formulas económicas que intentan explicarlo, la oferta criminal como le denomina puede ser vista desde distintas aristas; el beneficio del delincuente tenderá a aumentar con el número de delitos ocasionando mayor daño a la sociedad, a la vez que generalmente perciben un daño marginal creciente por la actualización de delitos adicionales y un beneficio decreciente respecto a ellos; es decir, si una persona se dedica a robar en casas, su beneficio incrementara conforme realice más actos de este tipo y no sea atrapado, el daño a la sociedad incrementa con cada acto (el daño a la sociedad es la diferencia entre el daño y el beneficio), pero cuando para robar una casa sea necesario realizar otro tipo de conductas como lesiones incluso homicidio, el delincuente tomará ese daño marginal a costa del beneficio que pudiera obtener. Propone también un análisis del costo de oportunidad básico, una persona cometerá un delito si la utilidad que le genera su comisión es mayor que el que pudiera obtener usando sus recursos para otras actividades²⁴; yo agregaría, que además su actuación está supeditada por la necesidad que tenga (recordemos que las necesidades son ilimitadas y los recursos escasos) cuando elegimos leer un libro, por ejemplo, internamente sabemos que la utilidad que nos genera es mayor que otra actividad que podamos hacer en ese momento, asumiendo los costos de ello y desde mi punto de vista respondiendo a la necesidad que en ese momento nos embarga, lo mismo, según Becker (obviamente con algunas variables más) ocurre cuando una persona comete un hecho conocido como delito.

El enfoque de Becker es dividido teóricamente en dos vertientes, el estudio de la decisión de delinquir y la eficiencia de la asignación de los recursos en la pre-

²⁴ Becker, Gary S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, Estados Unidos, University of Chicago and National Bureau of Economic Research, 1974, pp. 1-14

vención del delito²⁵; en cuanto a la primera Becker propone que las motivaciones de los *criminales* no dista de las de otras personas, sino más bien lo que difiere son los costos y beneficios que asume; por lo tanto, la salida no se encuentra según su investigación en el aumento de las penas sino más bien en el aumento del nivel de condena del aparato judicial, visión con la que concuerdo, una persona que está a punto de cometer un delito y lee por casualidad en un periódico que el día anterior se aumentó la pena para ese delito, difícilmente le disuadirá de cometerlo, en cambio si se enterara que nueve de cada diez personas que cometen ese delito son condenadas eso si podría inhibir su actuación; en México comúnmente se piensa que aumentando las penas se disminuirá la actuación criminal, cuando el problema de la ineficiencia en la impartición de justicia penal radica y concuerdo con Becker en las bajas tasas de condenas, lo cual tiene mucho sentido, la oferta criminal va en aumento ante la ineficiencia del aparato de justicia no para castigar, es ahí donde diferiría de la visión de Becker, sino para reparar el daño, considero que la finalidad no es la condena como tal, sino que el responsable no quede impune y eso no significa necesariamente que termine en una prisión sino que acepte su responsabilidad y repare el daño causado.

En cuanto al segundo enfoque, la prevención del delito, es comprendida como la disuasión del mismo, comúnmente con el aumento de las penas, ya vimos que el aumento en la tasa de condenas puede ser más eficiente y por tanto más disuasivo, para lograr la eficiencia del aparato de justicia penal, habría entonces que hacerle saber a las personas que el Estado se encarga de garantizar su seguridad logrando con el mayor esfuerzo posible que el culpable no quede impune

²⁵ De Urbina Gimeno, Iñigo Ortiz, *Análisis Económico y Delito: Lo que hay y lo que puede haber*, España, pp. 55-62

2. La validez de los acuerdos reparatorios partiendo del análisis jurídico-económico

Tomando la metodología propuesta por Coase anteriormente citada, en el mismo caso del empresario señalado anteriormente, veamos la alternativa en el ordenamiento legal para tratar el asunto; partamos de los presupuestos de Becker, esta persona para realizar los actos considerados como delitos, tuvo en consideración que la utilidad de llevar a cabo dicha conducta: a) por una parte superaba la utilidad que le daría cualquier otra actividad ocupando sus recursos para su consecución y b) que estaba dispuesto a asumir el costo porque privilegia el beneficio que pudiera recibir; esto aunado a que la tasa de condenas en México es muy baja, máxime cuando se trata de personajes políticos, como fue el caso. Habiendo valorado todo esto, dicha persona decidió llevar a cabo las conductas consideradas como delito porque en el mismo tiempo no habría otra actividad que pudiera generarle las mismas ganancias, además el beneficio era mayor que el costo que pudiera tener y porque el mismo sistema de justicia penal no es lo suficientemente eficiente para que este tipo de delitos no quede impune, además en México ha permeado en la sociedad una especie de modelo de vida ideal, sobre todo relacionada con el tráfico de drogas y la delincuencia organizada, donde las personas aluden que prefieren *vivir cinco años como rey, que cincuenta años como [súbditos]* (realmente utilizan comúnmente otra palabra que no puede incluirse en un documento de corte académico), pero que no es más que el reflejo de la necesidad desmesurada de alcanzar los mayores beneficios posibles con el menor de los esfuerzos o bien sin importar que las actividades que realicen sean ilegales, lo que se trata de un muy básico análisis económico: tener todas las comodidades que un plazo corto de tiempo a sabiendas que el costo será tan alto como la propia vida. En este sentido, una vez que quien presumiblemente encabezaba esa red, comenzó a ser perseguido públicamente, la balanza del costo-beneficio

del empresario comenzó a variar, siendo más probable que el acto no quedara impune, deberé hacer el énfasis necesario en que no fue por el aumento de la pena a ese tipo de delitos sino la posibilidad de que pudiera ser procesado. Ante ese escenario el presunto responsable decidió entregarse y ayudar a la justicia, esclareciendo la forma en la que ocurrieron todos los hechos y además reintegrando parte del monto presuntamente desviado, por medio de la suscripción de un acuerdo reparatorio.

Veamos entonces la otra parte, cómo la sociedad observa este tipo de acuerdos; en algunos medios de comunicación se dio a conocer esta noticia, sin embargo, se difundió como si fuera una componenda entre las autoridades y la persona involucrada; no obstante veamos los beneficios que la celebración de este acto tiene para la sociedad (si se llevo a cabo acorde a la Constitución, las leyes aplicables y a la protección de los derechos humanos, pero sobre todo respeto a la sociedad y a la verdad). Ya dijo Coase que no hay nada más antisocial que impedir un acto que no cause un perjuicio a alguien, la celebración de un acuerdo reparatorio implica como hemos visto, inherentemente la voluntad de las partes, si se llega a la firma de uno de estos instrumentos, es porque con ayuda de los MASCP las partes pasaron por todo un proceso en donde se debatió sobre la manera de reparar el daño y sobre el esclarecimiento de los hechos; si la víctima en ese caso aceptó la forma en la que se repararía el daño, hemos visto que no hay necesidad de la intervención del Estado.

Por otra parte, muchas veces se critica que los llamados delincuentes de cuello blanco, cumplen con su pena de prisión, pero no devuelven lo obtenido; en este caso ocurre lo contrario, la persona involucrada no pisa la prisión pero devuelve el beneficio que obtuvo (incluyendo los intereses, según la información disponible), por lo tanto qué motivos habría para preferir que se encuentre encarcelado, implicando un costo para el Estado por el mantenimiento de la prisión; las partes entonces en un Estado moderno, pueden actuar libremente bajo las reglas propuestas por el

mismo Estado y bajo el arbitrio del mismo cuando ocurren algunas distorsiones en la libre elección; es así que el beneficio de celebrar este acuerdo (producto privado) hace que se incremente el producto social.

Si revisáramos el mismo caso, con la otra alternativa (lo contrario) en el caso hipotético de que el empresario no se hubiera entregado, sino que fuera aprehendido, aún realizados todos los procedimientos para obtener de regreso los fondos que fueron desviados, sin su voluntad, considero que estaría por demás complicado tenerlos de vuelta y máxime con intereses; en cambio, se conseguiría que el responsable en su caso cumpliera una condena de prisión, (visión retributiva) y aunque existieran todos los medios de prueba, no se esclarecerían los hechos sin la colaboración del imputado. En este sentido, la celebración del acuerdo reparatorio para el caso en concreto tuvo mayor beneficio para la sociedad que lo que pudiera haber sido el cumplimiento de una condena.

Finalmente en un país como México, de las ecuaciones económicas no podemos soslayar la problemática de la corrupción, mientras que se piensa que los acuerdos reparatorios pueden ser mecanismos de corrupción, la vista se aleja de otros beneficios como el propio procedimiento abreviado, en donde pueden existir acuerdos de esta índole entre el Ministerio Público y los imputados, que genera principalmente dos efectos en la administración de justicia²⁶, una mala asignación de recursos que frustra la competencia, aunque como se ha analizado existe el denominado monopolio estatal de justicia, al no tener más competidores lo que origina es un descrédito en el Estado más allá que una inhibición a la propia competencia; el segundo efecto es el conocido como efecto *kick back*, el soborno que el ciudadano paga al gobierno, finalmente termina siendo absorbido por el propio gobierno, por

²⁶ Nieto Marín, Adán, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Marín, Adán (Coord.) *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, México, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 191-195

ejemplo, si se encomienda la construcción de un hospital público a una empresa que mediante un soborno consiguió ganar la licitación, la empresa buscará recuperar ese soborno utilizando materiales de menor calidad, al final de unos años el inmueble estará en situación deplorable, asumiendo el gobierno el costo de su mantenimiento. De igual forma, si el imputado, logra un convenio extraoficial sobornando al Ministerio Público para que se siga el procedimiento abreviado en su caso, el costo que el Estado tiene que pagar, es que la persona realmente no logrará reinsertarse, no se esclarecen los datos, habría cierto dejo de impunidad y seguramente no disminuirá la oferta criminal, lo cual se traduce en gastos de seguridad pública.

Finalmente, la percepción de los usuarios es sumamente importante para el buen funcionamiento de los acuerdos reparatorios como salida alterna, de tal suerte que algunos estudios demuestran que en México el 86% de los usuarios consideró justa la decisión tomada en el acuerdo reparatorio que suscribieron, teniendo una relación podría decirse causal, entre la forma imparcial de llevar a cabo el procedimiento (sea favorable o no) y considerar justo el acuerdo, más que la justicia tradicional en donde el 63.2% de los encuestados consideró justa su condena y apenas un 15.2% expresó que era justa²⁷.

De esta forma, al inicio de este texto mencionaba que revisar los MASCP y los acuerdos reparatorios a la luz de la teoría desarrollada por el Análisis Económico del Derecho no era nada extraño, al contrario, una vez haciendo esta breve aproximación a su naturaleza desde la teoría económica-jurídica, podemos arribar a la conclusión de que estos mecanismos y los propios acuerdos tienen una marcada influencia económica (desde el análisis de la conducta) sea voluntario o no y que se adecuan de forma conveniente al nuevo sistema de justicia penal, además del evidente funciona-

²⁷ CIDAC, Tinker Foundation Incorporated, *La Otra Justicia. Reporte sobre la operación de la justicia alternativa en México*, México, CIDAC, 2016, pp. 58-72

miento económico que ha tenido, según datos de la Procuraduría General de la República²⁸ han logrado recuperar mediante éstos, aproximadamente \$40'454,724.14 pesos hasta diciembre de 2016 por reparación del daño.

V. Reflexiones finales

Ha quedado demostrado en el este trabajo que los Medios Alternativos de Solución de Controversias Penales tienen una seria influencia en la teoría económica, sobre todo en la eficiencia; el Análisis Económico del Derecho se convierte en una herramienta ideal para revisar la eficiencia del proceso penal mexicano a través de la implementación de este tipo de mecanismos.

La desinformación acerca de la figura de los acuerdos reparatorios trae como consecuencia una falsa percepción de su naturaleza; se entienden como mecanismos que pueden ser fácilmente medios de corrupción, cuando su constitución como ha quedado develado se debe precisamente a hacer eficiente el aparato de justicia penal, dejando menores oportunidades a los participantes para caer en actos de corrupción. La suscripción de un acuerdo reparatorio implica forzosa y naturalmente el consentimiento de ambas partes, siendo el Ministerio Público o en su caso el Juez de Control quien determine que el mecanismo para llegar al acuerdo se haya desarrollado conforme a las disposiciones legales en concordancia con el respeto y promoción de los derechos humanos y que el acuerdo mismo cumpla con todas las formalidades y se suscriba sin coerción y con plena igualdad de las partes.

Debemos comprender que los acuerdos reparatorios no son únicamente los pagos en dinero que puedan darse y no pueden limitarse a ello, en la medida en que la sociedad comprenda eso, su aplicación tendrá el éxito esperado; por otra parte, la justicia

²⁸ <http://www.24-horas.mx/recupera-pgr-40mdp-en-acuerdos-reparatorios-en-2016/>

restaurativa como hemos visto tienen como finalidad la aceptación de la responsabilidad por los hechos y la reparación del daño; nuevamente, el daño debe entenderse de forma integral, no únicamente en su componente económico; el caso del ciclista donde una cantidad monetaria no le fue suficiente para aceptar un acuerdo, demuestra que no todo pasa por la parte del dinero; de igual forma, la justicia restaurativa tiene como objeto la reinserción del sujeto activo; con la suscripción y cumplimiento del acuerdo reparatorio se extingue la acción penal, no obstante no se puede perder de vista que el imputado actualizó una conducta contraria a derecho y cerrar los ojos ante ello también puede traer consecuencias no deseadas; si el MASCP se llevó a cabo sin presiones y con ello me refiero más a la presión del tiempo que tengan para llegar a un acuerdo, debería tenerse por satisfecha la justicia restaurativa puesto que la aceptación de la responsabilidad implica la interiorización del daño ocasionado, pero si por el contrario, el factor del tiempo influyó en la toma del acuerdo, habrá que analizar si la voluntad se exteriorizó de forma adecuada y más aún si el imputado tomó conciencia del daño causado; de lo contrario no estaría de más que posteriormente al cumplimiento del acuerdo, el sistema de justicia siguiera con las celebraciones de reuniones que den cuenta de la reinserción paulatina del imputado a la sociedad.

Finalmente, he de concluir que la decisión del Estado de permitir este tipo de resolución de controversias en asuntos tan delicados como lo son los del orden penal, me parece de acuerdo al análisis efectuado, de una genuina y válida finalidad, la eficiencia del sistema de justicia que al final de la ecuación en caso de hacerse exitosamente disminuirá el costo social y recuperará la confianza entre las autoridades; debemos entender entonces que ello no implica que el interés público desaparezca con la suscripción de estos acuerdos y que retomando las palabras de Coase, no hay un acto más antisocial que prohibir a las partes un acto que no dañe a nadie más; si la víctima u ofendido está conforme con la reparación del daño en los términos del

acuerdo, porque la sociedad tendría que estigmatizar esa decisión al contrario debería tomar en consideración que así el Estado puede aplicar su fuerza concentrada a otros asuntos, también de orden público. Lo cual involucra finalmente un cambio cultural, esta nueva visión de una justicia restaurativa necesita impactar en el núcleo duro de las conductas sociales y con ello lo demás viene por añadidura.

VI. Fuentes consultadas

AZZOLINI BINCAZ, Alicia y Nettel Díaz, Ana Laura, “Las salidas alternas al juicio: Los motivos del constituyente en la reforma de 2008 y los objetivos del proceso penal” *Alegatos*, México, número 86, enero-abril, 2014.

BECKER, Gary S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, Estados Unidos, University of Chicago and National Bureau of Economic Research, 1974.

BENÍTEZ TREVIÑO, Humberto, “El nuevo paradigma del sistema de seguridad y justicia penal en México” en Gómez González, Arely (Coord.) *El Sistema Penal Acusatorio en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016, <http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/novedades/ReformaPenal2008-2016.pdf>

BESARES ESCOBAR, Marco Antonio, “El Análisis Económico del Derecho, Influencia Teórica-Methodológica para la comprensión del sistema jurídico de México”, en Natarén Nandayapa, Carlos y Besares Escobar, Marco Antonio (Coord.) *Reflexiones sobre la Ciencia Jurídica. Ensayos sobre Metodología de la Enseñanza e Investigación del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Chiapas, 2017.

CIDAC, TINKER FOUNDATION INCORPORATED, *La Otra Justicia. Reporte sobre la operación de la justicia alternativa en México*, México, CIDAC, 2016.

COASE, Ronald, “The problem of social cost” en *The Journal of Law and Economics*”, Estados Unidos, volumen III, octubre, 1960

DE URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz, *Análisis Económico y Delito: Lo que hay y lo que puede haber*, España.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho” *Revista de Administración Pública*, Madrid, número 195, septiembre-diciembre, 2014.

FRIEDMAN, Milton, *Capitalism and Freedom*, Estados Unidos de América, The University of Chicago Press, 1982.

FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose, *Libre para elegir*, Estados Unidos, 1979.

MELO MORENO, Manuel, “Acuerdos Reparatorios: Pros y Contras”, *Jurista: Derecho y Justicia*, México, 2017, <http://revistajurista.com/la-solucion-de-conflictos-en-el-derecho-penal-y-su-homologacion-al-ambito-del-derecho-privado/>

NIETO MARÍN, Adán, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Marín, Adán (Coord.) *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.

PARISI, Francesco, “Positive, normative and functional schools in Law and Economics” *European Journal of Law and Economics*, Volumen XVIII, Número 3, 2004.

PÉREZ SAUCEDA, José Benito y Zaragoza Huerta, José, “Justicia restaurativa: Del

castigo a la reparación”, en Campos Domínguez, Fernando Gerardo; Cienfuegos Salgado, David; Rodríguez Lozano, Luis Gerardo; Zaragoza Huerta, José (Coord) *Entre libertad y castigo, Dilemas del Estado contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Estudios Parlamentarios “Eduardo Neri”, 2011.

POSNER, Richard A., “El movimiento del Análisis Económico del Derecho: Desde Bentham hasta Becker”, *THEMIS-Revista de Derecho*, número 44, 2002.

POSNER, Richard A, “Cómo me convertí en Keynesiano. Segundas reflexiones en medio de una crisis”, *Revista de Economía Institucional*, volumen 12, número 22, Primer Semestre, 2010, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41915003015>

ZAMORANO, Luis Eduardo, “Irracionalidad del Monopolio de la Justicia”, *Criterio Jurídico*, Colombia, número 2.

Páginas de Internet

Sitio oficial del Poder Judicial del Estado de Yucatán <https://poderjudicialyucatan.gob.mx/?page=iblog&n=875>

Sitio oficial de Azteca Noticias, <http://www.aztecanoticias.com.mx/notas/seguridad/223018/firman-primer-acuerdo-reparatorio-con-nuevo-sistema-penal>

Sitio oficial de Aristegui Noticias <https://aristeguinoticias.com/3011/mexico/empresario-busco-acuerdo-con-pgr-y-shcp-para-reintegrar-recursos-de-veracruz-cervantes/>

<http://www.24-horas.mx/recupera-pgr-40mdp-en-acuerdos-reparatorios-en-2016/>

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Legislación consultada

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

Este libro se terminó en enero de 2019,
en Ocozocoautla de Espinosa, Chiapas; México.