

1ER. FORO DE JÓVENES INVESTIGADORES

LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES 2008-2014

Editores: Carlos F. Natarén Nandayapa y Marla Daniela Rivera Moya



En un esfuerzo por compilar las diversas posturas presentadas durante el Foro –organizado en coordinación con el Centro de Investigaciones Jurídico Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala–, la Universidad Autónoma de Chiapas a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas decidió publicar este documento; edición que responde al deseo de exponer el trabajo de los estudiantes de maestría que participaron y que con dedicación abonan, a través de su práctica profesional, al desarrollo de la cultura jurídica en nuestro país.

Las ponencias que aquí se incluyen abordan temas que en materia electoral, de derechos humanos y penal fueron delimitados, trastocados o definidos por las reformas practicadas a la Constitución durante el período comprendido entre 2008 y 2014, temas que por su importancia en la consolidación de la democracia mexicana, impactaron de forma sustancial a la composición del Estado, sus instituciones y procedimientos, pero sobretodo determinaron un nuevo paradigma legal.



UNACH | INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UATX | CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICO - POLÍTICAS

ISBN: 978-0-9862237-3-0

1ER. FORO DE JÓVENES INVESTIGADORES

LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES 2008-2014

Editores: Carlos F. Natarén Nandayapa y Marla Daniela Rivera Moya





1er. Foro de jóvenes investigadores *Las Reformas Constitucionales 2008-2014*
MEMORIA

UNACH | INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UATx | CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICO - POLÍTICAS

ISBN: 978-0-9862237-3-0
Editado en Austin, Texas; 2016

D.R © Imagen de cubierta, 2007
Akio Hanafuji

D.R © Diseño editorial, 2016
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.

Carlos F. Natarén Nandayapa y Marla Daniela Rivera Moya

Editores



Universidad Autónoma de Chiapas

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Ocozocoautla, Chiapas
7 de octubre de 2015
Memorandum No. CE/IIJ/01/15

Dr. Carlos F. Natarén Nandayapa
Encargado de la Dirección General
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Presente

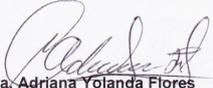
Por este medio comunicamos a usted que con fecha 5 de octubre del presente año, el Consejo Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas en su 1ª sesión ordinaria acordó autorizar la publicación de las memorias del **1ER. FORO DE JÓVENES INVESTIGADORES “LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES 2008-2014”**.

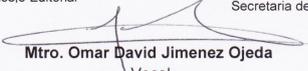
Cabe mencionar que se ha constatado que dicha memoria es un fiel testimonio de los trabajos académicos desarrollados en el encuentro auspiciado entre el Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNACH.

Atentamente
“Por la conciencia de la necesidad de servir”




Dr. Oswaldo Chacón Rojas
Presidente del Consejo Editorial


Mtra. Adriana Yolanda Flores
Castillo
Secretaria del Consejo Editorial


Mtro. Omar David Jimenez Ojeda
Vocal

ÍNDICE

PRESENTACIÓN CARLOS F. NATARÉN NANDAYAPA	13
LA INCONSISTENCIA DEL ARTÍCULO 148 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES OMAR DAVID JIMÉNEZ OJEDA	17
LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO EN EL SISTEMA ACUSATORIO JAVIER PALACIOS XOCHIPA	27
EL APOYO CIUDADANO REQUERIDO A LOS ASPIRANTES A CANDIDATOS INDEPENDIENTES JUAN RAMÓN SANABRIA CHÁVEZ	39
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS CAMPESINOS OSMAN SARMIENTO OCHOA	53
DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS (DIGNIDAD HUMANA Y NO DISCRIMINACIÓN) M.A. ESTEBAN GUEVARA MONTIEL	77

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS ELESBAN XOCHIHUA VÁZQUEZ	89
LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD, FACULTAD DISCRECIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO JOSÉ LUIS VICENTE GARCÍA	95
RETOS EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO JOSÉ JUAN TEMOLTZIN DURANTE	107
LA DIGNIDAD HUMANA Y LA NO DISCRIMINACIÓN MARÍA GUADALUPE TEMOLTZIN BUSTILLOS	117
LOS DERECHOS HUMANOS. UNA APROXIMACIÓN FILOSÓFICA JOSÉ JUAN PÉREZ RAMOS	129
DESAFÍOS EN LA PRÁCTICA DE LA VINCULACIÓN A PROCESO Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA JAVIER ROSEL NATARÉN SÁNCHEZ	145
LA PARADOJA DE LA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL A LOS DERECHOS HUMANOS Y EL VOTO PARTICULAR DEL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ EN LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011 PEDRO SERGIO BECERRA TOLEDO	155
LOS RETOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: EL DEBIDO PROCESO PENAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL	165

INTERCULTURAL (PERSPECTIVA CHIAPANECA)

MANUEL GUSTAVO OCAMPO MUÑO A

EL PRINCIPIO PRO PERSONA FRENTE AL NUEVO SISTEMA PENAL DE JUSTICIA EN MÉXICO 177

ERNESTO ANTONIO PÉREZ LEÓN

EL IMPACTO DE LAS REFORMAS POLÍTICAS ELECTORALES EN EL SISTEMA ELECTORAL Y DE PARTIDOS DEL ESTADO DE CHIAPAS 187

MARIO CRUZ VELÁZQUEZ

LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO. GRUPOS VULNERABLES 201

ELIZABETH SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA 213

OSCAR ARIEL VALENCIA MATÍAS

EL CONTROL DIFUSO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS 223

MA. GUADALUPE CASTILLO SÁNCHEZ

¿QUÉ SON LAS SOLUCIONES ALTERNAS Y LAS FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA? 235

MUÑOZ BRAVO MARICRUZ

SALIDAS ALTERNAS: TERMINACIÓN ANTICIPADA 247

YAZMIN AVENDAÑO RAMOS

MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL NUEVO SISTEMA PENAL RODOLFO ANTONIO PÉREZ MORALES	255
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS ENTIDADES LILIANA SARTILLO BUENO	265
PRINCIPIO <i>PRO HOMINE</i> GERARDO HERNÁNDEZ VÁZQUEZ	277
INCONSTITUCIONALIDAD DEL COSTO DE LO VENDIDO, LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA JOSÉ ALEJANDRO GRANDE SARMIENTO	291
EL PRINCIPIO <i>PRO HOMINE</i> GUILLERMO UBALDO RAMÍREZ	305
CONSTITUCIONALISMO O LEGALISMO, DERECHOS HUMANOS O ARBITRARIEDAD. LOS DESAFÍOS DEL MÉXICO CONTEMPORÁNEO ELIGIO VALDENEGRO GAMBOA	315
LA IGUALDAD Y EQUIDAD DE GÉNERO VÍCTOR MANUEL LÓPEZ HUERTA	327
VIOLENCIA, POLÍTICAS CRIMINOLÓGICAS Y GARANTISMO DEL 2000 AL 2014 EN MÉXICO VERÓNICA RUIZ NAVA	345
EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES MARLA DANIELA RIVERA MOYA	361

PRESENTACIÓN

Una de las misiones que debe cumplir la Universidad, junto a la docencia para la formación de profesionales, es la investigación. Resulta difícil suministrar una definición de aquello que puede entenderse por investigación: posiblemente su esencia radique en ser una actividad intelectual que tenga como objetivo un avance del conocimiento humano. A través de la investigación, el ser humano utiliza sus cualidades intelectuales para explorar nuevas facetas del conocimiento, o para profundizar en él. Por eso, creemos que, de forma indefectible, la investigación va unida al saber, en concreto al “aspirar a saber más”.

La investigación jurídica debe entonces entenderse como la actividad intelectual destinada a extender el conocimiento jurídico y a profundizar en él. Por lo tanto, al investigador jurídico le corresponde, el estudio e interpretación de las normas existentes, la detección de los problemas que plantean la aplicación e interpretación de aquéllas –así como la detección de los problemas que carecen de solución normativa expresa– y, finalmente, la propuesta de soluciones a aquéllos (al respecto deben verse las reflexiones del maestro Fix-Zamudio¹). No se trata, por supuesto, que toda investigación jurídica deba abarcar

¹Fix-Zamudio, Héctor. (2009). *Metodología, Docencia e Investigación Jurídica* (15 ed.). México: UNAM.

todas estas actividades; pero sí que constituyan las diversas formas a través de las cuales el investigador jurídico promueve la ampliación de los conocimientos jurídicos y profundiza en ellos.

Además, cabe decir que la investigación científica es una herramienta esencial para el desarrollo de la sociedad. El análisis desde la perspectiva jurídica de los problemas sociales que tienen relación con la vigencia y aplicación de las leyes, permite ampliar las posibilidades de tener una convivencia social ordenada dentro de un Estado de Derecho; sin embargo, a pesar de la importancia y utilidad de la investigación jurídica, su desarrollo se lleva a cabo de manera mayoritaria en la Ciudad de México.

El hecho que en las entidades de la Federación la investigación jurídica aun esté en proceso de consolidarse obedece a múltiples factores como la cultura centralista o a desafortunadas debilidades de las instituciones de educación superior en las entidades; sin embargo, es el factor humano el que en nuestra perspectiva, más incide en esta realidad. Por esta razón es necesario realizar un esfuerzo sistemático de formación de juristas con las herramientas metodológicas que le permitan colaborar en el desarrollo de la ciencia jurídica.

Por lo anterior es que, desde su creación, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas, ha tenido como objetivo principal incidir en el desarrollo social, a través de la investigación y la socialización del conocimiento jurídico.

Conscientes de la labor fundamental que el investigador desempeña en la búsqueda de soluciones a los principales problemas que afectan el entramado social, los integrantes de este Instituto promovemos constantemente la formación de investigadores que puedan aportar, a través del análisis reflexivo, respuestas concretas a los conflictos que afectan especialmente a la región Sur – Sureste de México.

Es por ello que en coordinación con el Centro de Investigaciones Jurídico Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, se realizó el 1er. Foro de jóvenes investigadores denominado, *Las reformas constitucionales 2008-2014*, cuyo interés principal consistió en propi-

ciar un espacio en el que, a partir de la reflexión, discusión y análisis, se generara conocimiento capaz de fortalecer el aprendizaje colectivo y auspiciar la comprensión de los fenómenos que dan origen a los cambios legales que determinan la estructura política y social de nuestro país.

En un esfuerzo por compilar las diversas posturas presentadas durante el Foro, la Universidad Autónoma de Chiapas a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas decidió publicar este documento; edición que responde al deseo de exponer el trabajo de los estudiantes de maestría que participaron y que con dedicación abonan, a través de su práctica profesional, al desarrollo de la cultura jurídica en nuestro país.

Las ponencias que aquí se incluyen abordan temas que en materia electoral, de derechos humanos y penal fueron delimitados, trastocados o definidos por las reformas practicadas a la Constitución durante el período comprendido entre 2008 y 2014, temas que por su importancia en la consolidación de la democracia mexicana, impactaron de forma sustancial a la composición del Estado, sus instituciones y procedimientos, pero sobretodo determinaron un nuevo paradigma legal.

Espero que este trabajo sirva para socializar el conocimiento vertido y adquirido durante el 1er. Foro de jóvenes investigadores y que aliente los esfuerzos institucionales por la formación de investigadores comprometidos con el desarrollo local.

Carlos F. Natarén Nandayapa
Instituto de Investigaciones Jurídicas
UNACH

LA INCONSISTENCIA DEL ARTÍCULO 148 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

OMAR DAVID JIMÉNEZ OJEDA

INTRODUCCIÓN

Con la promulgación de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, el sistema penal mexicano se unió al bloque de países latino americanos que se alejan de la justicia penal de corte mixto tradicional, con ello se implantó el proceso acusatorio y oral, con la expectativa de que la justicia en materia criminal fuera impartida de una manera más justa y equitativa, para lo cual quedaron erigidas las directrices fundamentales de este sistema en la reforma a 10 artículos constitucionales y la promulgación de un paquete de leyes secundarias que buscan reglamentar dichos artículos, sin embargo, el núcleo de la misma subyace en el artículo 20 Constitucional, pues en el se establecieron los principios del proceso que son:

- Publicidad
- Contradicción
- Concentración
- Continuidad
- Inmediación

Así fue como dentro del marco mexicano legal moderno, el nuevo y único Código Nacional de Procedimientos Penales se publicó el 5 de marzo de 2014 en el Diario Oficial de la Federación, con el objetivo de sustituir gradualmente a los 32 desiguales códigos procesales que regían en los estados de la República y el Distrito Federal.

Dicho ordenamiento adjetivo pretende regular los procesos penales en materia federal y local, y entrará en vigor de manera gradual abrogando también al Código Federal de Procedimientos Penales de 1934.

En dicho código, se describen las etapas del proceso y concretamente en sus apartados que versan sobre la etapa de investigación se incluye el artículo 148, este numeral pareciera que puede colisionar con los derechos humanos por lo siguiente:

Genera un escenario propicio para incurrir en detenciones arbitrarias de las personas, con lo que el principio de presunción de inocencia es vulnerado, además los principios procesales que dan soporte al nuevo sistema penal acusatorio mexicano se ven menoscabados. Esta situación a decir de expertos en materia de Derechos Humanos significará la probable comisión de actos autoritarios contrarios al espíritu del debido proceso, algo que parece ser tentador en los países de la región que se ven renuentes a completar la transición a mejores estadios.

De una aproximación al artículo 148 del CNPP, podemos dimensionar que su contenido es contrario a los derechos que tutelan la libertad personal, la libertad de tránsito, la seguridad jurídica, la presunción de inocencia, así como de los principios *pro persona* y de legalidad..

I. DIFERENCIA ENTRE DENUNCIA Y QUERELLA

A pesar de que son comúnmente conocidos los términos denuncia y querella también son en muchas ocasiones confundidos. Sin embargo, es importante saber que al ser diferentes, implican cuestiones muy distintas, pues no sólo varía el formalismo de uno y otro, sino que los sujetos que pueden realizarlos son diferentes, y hasta su actuar tras formular una denuncia o una querella será radicalmente distinta.

Para aproximarnos al tema que planteamos es oportuno traer a cuenta los requisitos de procedibilidad, entendidos como las condiciones que deben estar satisfechas una vez consumado un hecho delictivo para entonces proceder a iniciar legalmente la investigación. El artículo 16 constitucional y el propio CNPP en su artículo 211, señalan como requisitos de procedibilidad a la denuncia y a la querella; con ambas surge la *notitia criminis* y pueden ser formuladas por la víctima u ofendido verbalmente o por escrito. Cabe señalar que estos requisitos no cambian con el cambio de modelo procesal, también eran pues exigibles en el modelo mixto o tradicional.

La diferencia existente entre ambas se advierte en razón a los delitos que cada una persigue, es decir; la denuncia es la noticia de un delito que por su gravedad resulta lesivo no solo para la víctima, sino para la sociedad en general, por esto puede ser presentada por la víctima o cualquier persona, en tanto tenga conocimiento de los hechos delictivos. Por su parte, la querella tiene un ámbito de afectación eminentemente individual, es preciso señalar que sólo afecta a la persona en lo particular, es decir exclusivamente el ofendido puede realizar la querella ya que es el único afectado por la comisión del acto. Empero, a diferencia de la denuncia es posible que emerja la figura del perdón del ofendido, que hace cesar los efectos de la acción penal, debido al ámbito personal de afectación.¹

En otras palabras, la denuncia es la manifestación que proviene

¹Así se comprende de la lectura al artículo 93 del Código Penal Federal.

de un particular sin interés directo en el asunto o de un funcionario público que por razón del ejercicio de sus funciones tuvo conocimiento del hecho de que se trate: la querrela la formula la persona, física o jurídica, directamente afectada por el hecho respectivo.²

Hasta aquí queda claro que ambas figuras pueden iniciar un proceso penal, porque relatan hechos delictivos. La denuncia es obligatoria para cualquier persona en cuya presencia se haya cometido un delito, el cual debe ponerse en conocimiento del Fiscal más próximo, aunque se desconozca la identificación de los autores o de las víctimas o se desconozca la precisión de los hechos.

La querrela no es obligatoria, sino que es un derecho que tienen las personas para perseguir cualquier delito perseguible de oficio, hayan sido o no ofendidos por el delito. Quien formula una querrela desea no sólo denunciar, sino también perseguir.

II. CRÍTICA AL ARTÍCULO 148 DEL CNPP.

Una vez señaladas las diferencias entre denuncia y querrela, debemos aproximarnos al principio de presunción de inocencia, que como advertiremos, se ve vulnerado por el artículo del CNPP en cuestión. Este principio se ubica en el núcleo mismo del decreto de reforma, en el artículo 20 apartado B, fracción I, de la Constitución, que otorga la calidad de inocente, a todas las personas en territorio nacional.

La presunción de inocencia garantiza que durante un juicio se pruebe la culpa y no la inocencia de una persona imputada de delito; está plasmado como garantía procesal en múltiples acuerdos internacionales y desde 2008 fue incorporado a la Constitución mexicana como parte de los derechos que conforman el debido proceso. Lo anterior significaría que no sea aplicada pena alguna hasta no tener la certeza acer-

²Bazdresch, Luis, *Curso elemental de garantías constitucionales*, México, Editorial Jus, 1977, p.114

ca de la culpabilidad o inocencia de la persona. En otras palabras, solo si existe la certeza de la comisión de un delito le es correspondiente una pena establecida previamente en ley, pero de ser la responsabilidad del imputado incierta o deje lugar a dudas, no debe castigarse a un inocente, pues su responsabilidad podría ser inexistente. Para fines didácticos es apropiado hacer mención del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, el cual fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³ que al respecto manifiesta:

93. Respecto a los anteriores alegatos, el Tribunal recuerda que la parte inicial del artículo 7.5 de la Convención dispone que la detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial. En este sentido, la Corte ha señalado que el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia.

151. Con el fin de analizar las alegadas violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y supuestos incumplimientos de obligaciones previstas en otros instrumentos interamericanos relacionados con aquéllas la Corte analizará, respecto al proceso penal que se adelantó en contra de los señores *Cabrera y Montiel*, 1) el derecho a la defensa; 2) la obligación de no considerar pruebas obtenidas mediante coacción, y 3) el principio de presunción de inocencia. En relación, con el proceso de investigación de la alegada tortura que se desarrolló en la jurisdicción penal militar el Tribunal estudiará: 1) la investigación de oficio; 2) la competencia de la jurisdicción penal militar; 3) el recurso judicial efectivo en la jurisdicción penal militar, y 4) la adecuación del derecho interno mexicano respecto a la intervención de la jurisdicción penal militar.

³Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, Párrafo 93

Trasladando los argumentos a un caso mexicano, advertimos la tesis aislada de la Primera Sala del máximo órgano judicial, publicada bajo el número 1a. I/2012 (10a.) , tomo IV, enero de dos mil doce, Materia Constitucional, Décima Época, página dos mil novecientos diecisiete, que la letra dispone:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO ESTÁ CONSIGNADO EXPRESAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, A PARTIR DE LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado en diversos asuntos que el principio de presunción de inocencia es un derecho universal que se traduce en que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, lo que significa que la presunción de inocencia la conserva el inculcado durante la secuela procesal hasta que se dicte sentencia definitiva con base en el material probatorio existente en los autos. Por otra parte, el Tribunal en Pleno sustentó la tesis aislada P. XXXV/2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, agosto de 2002, página 14, con el rubro: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”, en la que estableció que en la Ley Suprema, vigente en ese entonces, no estaba expresamente establecido el principio de presunción de inocencia, pero de la interpretación armónica y sistemática de sus artículos 14, segundo párrafo, 16, primer párrafo, 19, primer párrafo, 21, primer párrafo, y 102, apartado A, segundo párrafo, se advertía que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardaban implícitamente el diverso de presunción de inocencia. De ahí que el perfeccionamiento de la justicia penal en nuestro país ha incidido en que este principio se eleve expresamente a rango constitucional a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, para quedar ahora contenido en el artículo 20, apartado B, denominado: “De los derechos de toda persona imputada”, que en su fracción I, establece: “I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

Expuestas ambas fuentes jurisprudenciales, es momento de transcribir el artículo criticado a efecto de someterlo a un breve análisis:

Artículo 148. Detención en flagrancia por delitos que requieran querrela

Quando se detenga a una persona por un hecho que pudiera constituir un delito que requiera querrela de la parte ofendida, será informado inmediatamente quien pueda presentarla. Se le concederá para tal efecto un plazo razonable, de acuerdo con las circunstancias del caso, que en ningún supuesto podrá ser mayor de doce horas, contadas a partir de que la víctima u ofendido fue notificado o de veinticuatro horas a partir de su detención en caso de que no fuera posible su localización. Si transcurridos estos plazos no se presenta la querrela, el detenido será puesto en libertad de inmediato.

En caso de que la víctima u ofendido tenga imposibilidad física de presentar su querrela, se agotará el plazo legal de detención del imputado. En este caso serán los parientes por consanguinidad hasta el tercer grado o por afinidad en primer grado, quienes podrán legitimar la querrela, con independencia de que la víctima u ofendido la ratifique o no con posterioridad.

Advertimos que el multicitado numeral esta en tensión con este principio constitucional, puesto que sin tener acreditado el daño a un bien jurídico tutelado no grave y en consecuencia no lesivo para la sociedad en general, el imputado de un delito flagrante, es sin embargo privado de su libertad al ser detenido con características que rayan en la arbitrariedad, pues no se cumple con el requisito de procedibilidad para estos casos que supone la querrela.

Así las cosas, estamos en condiciones de advertir la trasgresión del derecho del imputado protegidos por el artículo 20 Constitucional, apartado “B” y por el artículo 113 del CNPP en relación a saber quién y de qué se le acusa, pues como se desprende, al ejecutarse su detención aún no ha sido formalmente señalado por la presumible víctima, al ser a quién legalmente le corresponde querrellarse en contra del posible comisor de un hecho delictivo.

Resulta inconveniente para un sistema procesal que aspire a consolidarse que el nuevo código procesal provea de legalidad a la detención, sin reparar en que la detención en flagrancia es una excepción y no la regla, lo que puede ser violatorio de las garantías constitucionales de protección de las personas, pues este precepto legal en vez de inhibir estas injerencias las incentiva, contradiciendo los pactos internacionales suscritos por el Estado.

Debemos tener claro que para que exista flagrancia es necesaria, una evidencia sensorial, no bastando una presunción, por muy probable que se presente la comisión delictiva; es necesaria una real perpetración del hecho, no una mera sospecha. En lo específico, el legislador faculta al órgano persecutor para que una persona sea detenida y privada de su libertad, por un plazo de hasta veinticuatro horas, tiempo en el cual el Ministerio Público intentará localizar al afectado, para determinar si desea o no presentar formal querrela en contra. Mientras tanto, se desarrolla una colisión con los derechos humanos, puesto que al presunto imputado recibe un trato que no cumple con los requisitos de procedibilidad para dar inicio a la indagatoria correspondiente.

Otra hipótesis podría presentarse si el afectado no desee presentar cargo alguno y que por consiguiente el imputado deba ser puesto en libertad, lo cual de ningún modo justifica que el presunto comisario se haya visto irremediablemente privado de sus derechos, menos a causa de una detención arbitraria. Preocupa el uso que de determinados tipos penales pueda hacerse al cobijo de esta posibilidad de detención, pues siempre existe entre quienes ostentan el poder público la tentación de hacer del proceso penal un abrazo ejecutor de cuentas pendientes.

Si esta hipótesis se confirma tendríamos como resultado que las personas detenidas bajo este supuesto ignorarían la razón por la que se encuentran privadas de su libertad toda vez que para este momento no se ha presentado querrela en su contra.⁴ Este supuesto coloca

⁴Conviene referirnos al artículo 113, fracción V, pues este garantiza el derecho del imputado a conocer los hechos que se le imputan formalmente.

a la persona detenida en la posibilidad de ejercer el derecho a que un Juez de Control determine la legalidad de su detención, lo que resultaría materialmente complicado de satisfacer toda vez que ni siquiera existiría la acusación formal por parte del único que puede presentarla, el ofendido.

En este precepto se parte del supuesto que se implemetaría solo a delitos considerados como no graves ni como casos urgentes, es decir, perseguibles por querrela, por lo que traer a escena la figura de la flagrancia es un exceso, y lo es más cuando la tendencia internacional es atemperar a casos específicos la flagrancia. Así lo deja ver el Comité de Derechos Humanos⁵ en su “Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes del Pacto”, este Comité se reúne en Ginebra o en Nueva York y normalmente celebra tres períodos de sesiones al año. Pese a cumplir con los informes, el estado mexicano no cumplió con la observación recibida y ahora se “legaliza” este exceso en el Código nacional de Procedimientos Penales que regirá los procesos en todo el país.⁶

III. CONCLUSIÓN

En el contenido de este artículo platea que el nuevo regimen procesal penal que vivimos se aleja de las posturas garantistas y no inhibe las posibles detenciones arbitrarias. Con la incorporación de estos supuestos se advierte que la flagrancia aplicará a los delitos perseguibles por querrela, aun y cuando su admisibilidad sea sólo en algunos delitos. Al

⁵El Comité de Derechos Humanos es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por sus Estados Partes. Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente los Estados deben presentar un informe un año después de su adhesión al Pacto y luego siempre que el Comité lo solicite (por lo general cada cuatro años). El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de “observaciones finales”. Consúltese para mayor información el sitio web: <http://www.2ohchr.org/spanish/bodies/hrc/>

⁶Véase para un análisis la acción de inconstitucionalidad promovida por la CNDH visible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2014_10.pdf

no exigirse requisito alguno para su detención; atenta contra el principio de presunción de inocencia, dando lugar a las lamentables detenciones arbitrarias, sin que exista causa que lo justifique, limitando sin razón el derecho humano a la libertad personal y de tránsito de las personas.

El artículo criticado no es conforme al cambio de un sistema de justicia y no incentiva el desarrollo de habilidades por parte del órgano acusador. Estas habilidades son necesarias para afianzar el nuevo sistema de justicia penal y que permita escalar posiciones en el ranking de sistemas procesales confiables al alejarnos de los últimos lugares en los que parece ser nos movemos.

LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO EN EL SISTEMA ACUSATORIO

JAVIER PALACIOS XOCHIPA

I. BREVE RESEÑA AXIOLÓGICA DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN A CONFLICTOS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y ORAL

Para contextualizar este trabajo, es necesario en primer lugar, dar a conocer la naturaleza de los medios alternativos de solución de controversias, para poder después, definir y explicar a la mediación.

De lo anterior resulta ser que, se entiende por medios alternos de solución de controversias a “aquellos mecanismos de los que se pueden hacer valer las partes, con el fin de dirimir sus controversias, sin necesidad de llevar a cabo un proceso; que pueden ser: la mediación, la conciliación, el arbitraje o cualquier otro establecido por la ley”¹. Esto quiere decir que, estos mecanismos (medios), serán útiles a

¹Polanco Braga, Elías. *Nuevo diccionario del sistema procesal penal acusatorio. Juicio oral*. Editorial Porrúa. México. 2014. P. 197.

las partes para efecto de resolver las controversias que se generen de conductas delictivas; sin embargo una peculiaridad de estos medios o mecanismos, es que se aplicarán para los supuestos donde existan delitos de los considerados como no graves.

Ahora bien, se contemplan tres formas o medios para hacer valer lo anterior, a saber: mediación, conciliación y por último el arbitraje; formas que estudiaremos más adelante pero ahondaremos en nuestro objeto de estudio que es la mediación.

A. Formas alternas de solución.

También llamadas *salidas alternativas* que básicamente son “mecanismos establecidos por la ley...que dan fin a un procedimiento”², ahora bien, atendiendo a esta definición, es muy evidente que aquí se refleja a la justicia restaurativa como fundamento y naturaleza jurídica de salidas alternativas.

Si bien, la justicia restaurativa, funge como una forma imparcial de administrar justicia, también “pueden fungir como catalizadores para que el acceso efectivo a la justicia sea una realidad, por un lado, y para que el país haga frente a los procesos de globalización”³.

B. Acuerdos reparatorios

Lo anterior explicado, se robustece con los acuerdos reparatorios, que son “las formas alternativas de solución de la reparación del daño, con el consenso de la víctima y el imputable para celebrar un acuerdo sa-

²*Ibidem.* P. 289.

³Navarrete Villarreal, Víctor Manuel. La reforma al artículo 17 constitucional en materia de medios alternativos de solución de controversias: una respuesta atinada en la vida político-jurídica del México del siglo XXI, En *Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias*. Editorial Porrúa. México 2010. P. 285.

tisfatorio de manera libre y voluntaria en determinados delitos, el que tiene por efecto concluir el proceso penal al ser aprobados por el juez correspondiente⁴.

Esto quiere decir que, la justicia restaurativa, es el sinónimo de acuerdos reparatorios porque la esencia y contexto de ambas figuras refieren su principal objetivo que es la reparación del daño; es decir, dirimir la controversia restaurando al agraviado el daño que se la ha hecho al bien jurídico tutelado, que tiene éste.

C. La suspensión condicional del proceso

Esta salida alterna se emplea ya no de maneara extrajudicial, si no que ahora se establecerá de forma judicial, esto es “al igual que los criterios de oportunidad y del juicio abreviado, la suspensión del proceso a prueba procede a solicitud del MP, pero en este supuesto también admite la solicitud del imputado, lo que convierte a la suspensión del proceso a prueba en una herramienta que el litigante debe conocer en profundidad⁵”.

Como ya se ha referido la diferencia en estas formas alternativas es que los acuerdos reparatorios se suscitan de manera extrajudicial, sin embargo, la suspensión de proceso a prueba se manifiesta de manera judicializada.

D. Formas de terminación anticipada del proceso

Esta figura, es la “conclusión fura de lo normal (por medio de sentencia en juicio) que requiere del consentimiento del imputable en los casos que se establezca en la ley procesal, además será con la anuencia

⁴polanco Braga, Elías. *Óp. Cit.* P.13.

⁵Natarén Nandayapa, Carlos F. y Ramírez Saavedra Beatriz E. *Litigación oral y práctica forense penal*. Editorial Oxford. Cuarta reimpresión. México 2009.

de la víctima, después de que se le haya reparado el daño”⁶.

Para efectos de esta investigación no es necesario ahondar en este tema, toda vez, que lo que nos atañe, es puramente la mediación.

II. LA MEDIACIÓN

A. Concepto y definición.

Es necesario indicar en primer término la naturaleza jurídica de la mediación, por la tanto, este medio alternativo de solución de conflictos, para la teoría general del proceso, es un medio heterocompositivo, toda vez que interviene un tercero imparcial; “la función de este tercero puede limitarse a propiciar la comunicación, la negociación entre las partes, para tratar de que ellas mismas lleguen a un acuerdo que resuelve el conflicto. En este caso, el tercero será simplemente un *mediador*, que al hacer posibles las condiciones para que las partes intercambien sus puntos de vista sobre el litigio y al invitarlas para que lleguen a un acuerdo, hace propicia la solución. A la función que desempeña este tercero se le denomina *mediación*”⁷. Lo anterior indica el objetivo de la mediación, es decir, debe existir un tercero imparcial capaz de proponer un ambiente adecuado y confortable para resolver conflictos sin necesidad, de solucionarlos dentro de los tribunales.

Sin embargo también se entiende a la mediación como el “mecanismo procesal por medio del cual un tercero neutral particular u oficial, atendiendo la reglamentación judicial que permite el dialogo entre la víctima y el imputado o acusado para que expongan sus puntos de vista, para que con la orientación de él logren solucionar el conflicto; el que podrá versar sobre la reparación del daño, restitución, resarcimiento de los perjuicios presentación de servicios a la comuni-

⁶Polaco Braga, Elías. *Óp. Cit.* P. 302.

⁷Ovalle Favela, José. *Teoría general del proceso*. Editorial Oxford. Sexta edición. México 2005.

dad, petición de disculpas o de perdón, de lograrse tendrá efectos vinculantes, cuyo efecto es la exclusión del ejercicio de la acción penal”⁸.

Ahora bien, la mediación “consiste en la actividad de un tercero nombrado por las partes, cuyo objetivo es ponerlas de acuerdo o evitar que acudan a un proceso jurisdiccional o a un procedimiento arbitral”⁹.

En conclusión, la mediación es aquel medio heterocompositivo, en el cual un tercero, llamado mediador, facilita a las partes que intervienen en una controversia, la solución pacífica y equitativa del asunto penal que se trate.

B. Principios y Características.

Existen muchos autores que hablan y debaten con respecto a los principios que debe tener la mediación, algunos autores aún discrepan en este rubro, sin embargo mencionaremos solamente los principios fundamentales de nuestro objeto de estudio.

“Los principios más comúnmente otorgados a la mediación en materia penal son:

- a. gratuidad.
- b. independencia.
- c. Imparcialidad.”¹⁰.

Impresiona que el autor, atinadamente enfoca estos tres principios como fundamentales en la mediación, toda vez que, según el artículo 17 constitucional refleja de manera tácita la gratuidad que debe tener cualquier forma de solución de conflictos, la independencia de

⁸Polanco Braga, Elías Óp. *Cit.* P. 195.

⁹Alvarado Velloso, Adolfo. *La mediación*, En *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*. Enero, t. I, San Sebastián, España 1989.

¹⁰Armienta Hernández, Gonzalo. *El juicio oral y la justicia alternativa en México*. Editorial Porrúa. Segunda edición. México 2010. P. 116.

las instituciones para realizar la impartición de justicia, y sobre todo, la imparcialidad con la que contarán éstas para emitir sus resoluciones. Dicho de otra forma, lo anterior comentado tiene su fundamento en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el segundo párrafo, que a la letra dice:

“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”¹¹.

Sin embargo, existe otra clasificación de estos principios, por ejemplo, “dentro de la aplicación de los métodos alternos en materia penal debemos considerar la transparencia de sus actuaciones con la oralidad, los principios de oportunidad, la inmediatez, el impulso procesal de oficio y la confidencialidad, los cuales, de alguna forma, estructuran y limitan las fases del procedimiento en la reforma constitucional mexicana respecto del sistema procesal acusatorio penal”¹².

Destaca en esta idea, la inmersión del principio de confidencialidad, toda vez que se busca que estos medios no se ventilen de forma pública, sino que las partes sean las únicas personas involucradas, para conocer de su situación; así mismo, sean éstas las encargadas de solucionar a la conveniencia propia, el conflicto que acontece.

Por cuanto hace a las características de la mediación:

“en el análisis de Gema Varona sobre la mediación, se extraen cinco diferencias centrales respecto del proceso penal clásico y los métodos alternos en materia penal:

- Limitación del objeto de la mediación.
- Voluntariedad en el acceso a la mediación.

¹¹Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹²Gorjón Gómez, Francisco J. y otro. *Métodos alternativos de solución de conflictos*. Editorial Oxford. Segunda edición. México 2010. P. 144.

- Elección directa e indirecta del mediador por las partes.
- Consentimiento de las partes con base del acuerdo.
- Neutralidad del mediador frente a la independencia del juez que somete a la ley.¹³

Destaca la presencia de una característica muy importante, como lo es la voluntariedad, es decir, el consentimiento que deben expresar las partes para someterse a resolver su controversia por medio de la mediación y elegir al facilitador o mediador, para que él establezca las condiciones óptimas para que el problema no se resuelva en un juicio ante un tribunal.

C. Diferencias con la conciliación.

“En lo particular, consideramos que la conciliación y la mediación deberán ser valoradas desde un mismo concepto, en razón de sus características y de su aplicación práctica, ya que de quien ha realizado una mediación o conciliación será proclive a esta unificación de conceptos, debido a las siguientes consideraciones:

- a. El conciliador asume como objetivo persuadir a las partes acerca de las ventajas de la conciliación como proceso extrajudicial o extra arbitral.
- b. El conciliador resuelve el conflicto y propone una solución, pero no se impone como árbitro o juez.
- c. El mediador solo propone una fórmula de composición, donde la composición se entiende como la organización de las ideas para la solución del conflicto que ha sido generadas por las mismas partes¹⁴.

De lo anterior se entiende, que la principal característica, es

¹³Varona Martínez, Gema. *La mediación reparadora como estrategia de control social, una perspectiva criminológica*. Comares, Granada 1998. P. 179. Cfr. *Ibidem*. P. 149.

¹⁴*Ibidem*. P. 17

que el mediador solo propone una fórmula de composición es decir organiza ideas; sin embargo, el conciliador para resolver el conflicto debe proponer una solución.

D. Diferencias con el arbitraje.

Como ya se mencionó, cabe destacar solamente que el arbitraje es un “método paradigmático de heterocomposición de intereses privados, es decir, un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos”¹⁵.

Esto es, que el arbitraje es un medio alternativo, cuya resolución llamada laudo es imperativo hacia las partes, sin embargo adquiere esta característica toda vez que el árbitro envía a una autoridad esta resolución para tener la calidad de coercible.

E. La efectividad de la mediación dentro de los acuerdos reparatorios.

Como ya se ha analizado la mediación, es un método viable para resolver controversias, sin necesidad de dirimir éstas en un tribunal; por consiguiente, La mediación sigue y cumple con la esencia de la reforma constitucional del 18 de Junio de 2008, la cual es, resolver conflictos y reparar el daño.

III. ANÁLISIS LEGISLATIVO DE LA MEDIACIÓN

A. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La mediación encuentra su fundamento en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente el

¹⁵García Gómez, Ramón. *El sistema arbitral de consumo y su repercusión práctica. Introducción del derecho al arbitraje y medición*. Editorial Ration Legis. España 2006. P. 209

en párrafo tercero. Esto obedece a que en este artículo se establece la naturaleza jurídica de los mecanismos alternativos de solución a conflictos. Por ende, así también deducimos que la mediación se encuentra señalada de manera tacita por este artículo.

a. Artículos transitorios de la reforma.

De conformidad con el artículo segundo transitorio de la reforma antes invocada indica que debe existir ocho años para que se instaure la legislación medios alternativos de solución a conflictos, para todas las entidades federativas, sin embargo, para el estado de Tlaxcala existe opacidad en este rubro con respecto a la mediación.

B. Código nacional de Procedimientos Penales.

Como ya se mencionó antes, según el artículo 183 último párrafo, la mediación se regirá por su propia ley; pero, insistimos, que los avances en este rubro en materia local, son magros por lo que, no podemos aseverar una buena implementación en esta entidad federativa.

CONCLUSIÓN

Como ya se explicó, la mediación es un medio legal de solución de conflictos a través del cual, las partes resuelven sus problemas, en forma pacífica, con la intervención de un mediador capacitado que facilita la comunicación de las partes en conflicto, a fin de que logren solucionarlo mediante un convenio en el que se someten de manera voluntaria.

REFERENCIAS

- Alvarado Velloso, Adolfo. “La mediación”, en “Revista vasca de derecho procesal y arbitraje”. Enero, t. I, San Sebastián, España 1989
- Armienta Hernández, Gonzalo. “El juicio oral y la justicia alternativa en México”. Editorial Porrúa. Segunda edición. México 2010. P. 116.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- García Gómez, Ramón. “El sistema arbitral de consumo y su repercusión práctica. Introducción del derecho al arbitraje y medición”. Editorial Ration Legis. España 2006. P. 209
- Gorjón Gómez, Francisco J. y otro. “Métodos alternativos de solución de conflictos”. Editorial Oxford. Segunda edición. México 2010. P. 144.
- Natarén Nandayapa, Carlos F. y Ramírez Saavedra Beatriz E. “Litigación oral y práctica forense penal”. Editorial Oxford. Cuarta reimpresión. México 2009.
- Navarrete Villarreal, Víctor Manuel. “La reforma al artículo 17 constitucional en materia de medios alternativos de solución de controversias: una respuesta atinada en la vida político-jurídica del México del siglo XXI” en “Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias”. Editorial Porrúa. México 2010. P. 285.
- Ovalle Favela, José. “Teoría general del proceso”. Editorial Oxford. Sexta edición. México 2005.
- Polanco Braga, Elías. “Nuevo diccionario del sistema procesal penal acusatorio. Juicio oral”. Editorial Porrúa. México. 2014. P. 197.

Varona Martínez, Gema. “La mediación reparadora como estrategia de control social, una perspectiva criminológica”. Comares, Granada 1998. P. 179. Cfr. *Ibidem*. P. 149.

EL APOYO CIUDADANO REQUERIDO A LOS ASPIRANTES A CANDIDATOS INDEPENDIENTES

JUAN RAMÓN SANABRIA CHÁVEZ

I. EL CONTEXTO

El Estado Mexicano de acuerdo a la Constitución vigente, promulgada en la ciudad de Querétaro el 5 de febrero de 1917 y que entró en vigor el 1° de mayo del mismo año, tiene como forma de gobierno la de una República democrática, representativa y federal, emanada del pueblo y a beneficio de este; es Federal porque se integra por Estados libres y soberanos, unidos en una federación; es representativa porque los Ciudadanos electos como Presidente de la República, Gobernadores, Diputados, Senadores e integrantes de los Ayuntamientos, gobiernan no sólo para quienes los han elegido sino para todo el pueblo, y es democrática porque todos los ciudadanos tienen la posibilidad de participar en el gobierno a través del voto en las elecciones.

El sufragio debe concebirse simultáneamente como una obligación y una prerrogativa del ciudadano; como obligación, el voto se constituye en un deber ciudadano para con la sociedad de la cual for-

ma parte, en tanto que como prerrogativa constituye uno de los derechos políticos fundamentales para que el ciudadano participe en la conformación de los poderes públicos, en su doble calidad, de elector también llamado voto activo, y elegible a gobernante, denominado voto pasivo.

De acuerdo a la legislación electoral, para adquirir el derecho al sufragio activo se necesita tener la ciudadanía mexicana. Esta se otorga a los hombres y mujeres que tienen nacionalidad mexicana, ya sea por nacimiento o naturalización, que han cumplido dieciocho años y tienen un modo honesto de vida. En la práctica éste último requisito no debe acreditarse, pues más bien influye como incapacidad para ejercer los derechos ciudadanos, y en todo caso, la Constitución precisa las incapacidades que llevan a la suspensión, inhabilitación o pérdida de los mismos.

Para ejercer el sufragio activo, no para adquirir el derecho, se requiere además que el ciudadano esté inscrito en el padrón o registro de electores y cuente con la credencial para votar con fotografía, que expide en forma gratuita el Instituto Nacional Electoral, en su calidad de órgano público autónomo depositario de la autoridad electoral.

Para tener derecho al sufragio pasivo, esto es, para estar en condiciones de ser candidato a algún cargo de elección popular, se debe cumplir, en principio, con los mismos requisitos estipulados para el sufragio activo, aunque con frecuencia se exige mayor edad para poder ser candidato a un cargo público de elección popular.¹

Adicionalmente, la ley prevé diversas causas de inelegibilidad para poder ser electo. Las solicitudes de registro de los Ciudadanos son aprobadas o validadas por el Instituto Electoral competente, previo análisis del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad adquieren el

¹Lara Sáenz, Leoncio. *Derechos humanos y justicia electoral*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2003. Colección de cuadernos de divulgación sobre aspectos doctrinarios de la justicia electoral, Pp. 28 y 29.

carácter de candidatos, entendiendo por candidatura electoral la oferta política sobre la cual se pronunciarán los electores al emitir su voto.

En el mes de diciembre pasado, los medios de comunicación publicitaron la noticia de que el Congreso de la Unión aprobó la reforma político electoral, a través de la cual se aprueban las candidaturas independientes en México, sin embargo, tal y como se abordará en el siguiente apartado, las candidaturas ciudadanas no son nuevas en el sistema electoral mexicano, por el contrario ésta forma de acceder a las candidaturas en épocas anteriores ha tenido gran aceptación.

II. ANTECEDENTES

Siendo Presidente de México Francisco I. Madero, el 19 de diciembre de 1911 se publica la Ley Electoral, la cual es la primera ley que reconoce a los candidatos independientes, y de acuerdo al artículo 22, tienen ese carácter los ciudadanos que no pertenecen a ningún partido registrado. Esta legislación hace mención de forma expresa de los candidatos independientes en sus numerales 12, 22, 68 y 69, precisando que se les otorga iguales derechos a los candidatos independientes y a los candidatos de partido.

El 20 de septiembre de 1916 se publica la Ley Electoral para la elección del Congreso Constituyente, ley que contempla las candidaturas independientes en sus artículos 7º, 12, 23, 32, 43, 50 en su fracción VII y 54, a las cuales se les da un trato igual que a las candidaturas de partidos.

El 6 de febrero de 1917 se publica la Ley Electoral, misma que se caracteriza porque mantiene en la legislación la figura de los candidatos independientes, con los mismos derechos y obligaciones con respecto a los candidatos de partidos en sus artículos 8º, 13 y 61, pero además se instituye en México el voto directo y el principio de no reelección.²

²García Orozco Antonio. *Legislación Electoral Mexicana 1812-1988*. 3ª edición, México, Adeo Editores, 1989, Pp. 218-221.

El 1º de julio de 1918, siendo Presidente de México Venustiano Carranza se publica la Ley para la Elección de los Poderes Federales, la cual incentivó además de un trato igual a las candidaturas independientes, un impulso a estas, tal como el plasmado en su numeral 107 el cual establece que se solicitaba el apoyo de 50 ciudadanos del distrito para el cargo de Diputado; en el caso de postulaciones para el Senado o Presidente, 50 ciudadanos de cualquier distrito; asimismo debían contar con un programa político y darle difusión. Esta ley fue reformada en los años 1920, 1921, 1933, 1934 y 1942, y en estas reformas se sigue contemplando la figura de los candidatos ciudadanos.

Es correcto afirmar que por treinta y cinco años la ley electoral estableció igualdad de facultades y obligaciones a los candidatos independientes con respecto a los candidatos partidistas.

Con fecha 7 de enero de 1946, siendo Presidente de México Manuel Ávila Camacho, se publicó la Ley Electoral Federal, la cual de forma expresa en su artículo 60 rechaza las candidaturas independientes, al establecer como un derecho de los partidos políticos el registro de candidatos, naciendo con ello el sistema de partidos en México, denominado así toda vez que los ciudadanos tenían como única vía de acceso a una candidatura su registro a través de los partidos políticos, sistema que estuvo vigente en el País hasta el 27 de diciembre de 2013, fecha en la que se aprueba la reforma electoral.

III. LA POSITIVIZACIÓN DE LAS CANDIDATURAS INDEPENDIENTES

Por Decreto de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007, siendo Presidente de México Felipe Calderón Hinojosa, se estableció en el artículo 116, fracción IV, inciso e), el derecho exclusivo de los partidos políticos de postular candidatos en los procedimientos electorales populares locales, cabe precisar que esta

facultad exclusiva de los partidos políticos no se encontraba prevista en la Constitución, ya que tenía su fundamento en leyes secundarias, como el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Posteriormente, mediante Decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Federal, entre los que destaca el artículo 35, fracción II, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de agosto de 2012, se reconoció el derecho de los ciudadanos para participar, como candidatos, en los procedimientos electorales populares, de manera independiente a los partidos políticos.

Es importante mencionar que quedó intocado el texto del artículo 116, fracción IV, inciso e), reformado en 2007, razón por la cual se generó en la teoría y en la práctica, la discusión de si se mantenía vigente o no el derecho exclusivo de los partidos políticos para postular candidatos a cargos de representación popular en las entidades federativas.

Con la intención de adecuar la legislación electoral constitucional, siendo Presidente de México Enrique Peña Nieto, mediante Decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 2013, se modificó nuevamente el artículo 116, de la Constitución Federal, en su fracción IV, inciso e) y se adicionó el inciso o). No obstante que a través de esta reforma se establecen las candidaturas independientes, el numeral 116 tenía un texto ambiguo, le daba una facultad discrecional amplia a las Legislaturas de los Estados para regular las candidaturas independientes, por lo que el 10 de febrero de 2014 se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, un nuevo Decreto de reformas a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre ellos, el numeral 116, fracción IV, inciso k),

Aclarando que el contenido del inciso o), de la fracción IV, del artículo 116, en sus términos, se recorrió al inciso p) del mismo numeral. Asimismo, en su artículo transitorio segundo del citado Decreto de reformas constitucionales de 2014, se estableció que el Congreso

de la Unión debería expedir las normas previstas en el inciso a) de la fracción XXI, y en la fracción XXIX-U del artículo 73 de la Constitución, a más tardar el 30 de abril de 2014. Dichas normas establecerán, al menos la ley general que regule los partidos políticos nacionales y locales, la ley general que regule los procedimientos electorales, y la ley general en materia de delitos electorales que establecerá los tipos penales, sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación y las entidades federativas; el 23 de mayo de 2014 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, sendos Decretos mediante los cuales se expidieron.

De la normativa transcrita se advierte que el Congreso Constituido determinó que, conforme a lo establecido en la misma Ley Suprema de la Federación y las Leyes Generales en la materia, las Constituciones y Leyes de los Estados de la República deben garantizar, entre otros aspectos, el régimen jurídico aplicable a los candidatos independientes a cargos de elección popular.

IV. REQUISITOS PARA ACCEDER A LAS CANDIDATURAS INDEPENDIENTES

La Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales en su artículo 366 incisos a), b), c) y d) establece el procedimiento a seguir para la selección de candidatos independientes, las cuales son a) *la convocatoria*, que será emitida por el Consejo General del INE, la cual deberá contener el cargo de elección popular al que se aspira, requisitos y documentos a cumplir, plazos para recabar el apoyo ciudadano, y los topes de gastos a erogar en la obtención del apoyo; b) *los actos previos al registro de Candidatos independientes*, como lo son la presentación ante la autoridad electoral competente de la manifestación de intención de recabar el apoyo ciudadano, la presentación de documentación necesaria que acredite la creación de la persona moral constituida en Asociación Civil, su alta ante el Sistema de Adminis-

tración Tributaria y anexas el dato de la cuenta bancaria aperturada para recibir el financiamiento público y privado correspondiente; c) *la obtención del apoyo ciudadano*, a través de las cédulas de respaldo que expida el INE, estableciendo los plazos para la obtención y presentación de dicho apoyo, además el porcentaje mínimo de firmas de ciudadanos que deberán presentar a efecto de que se les otorgue una candidatura ciudadana; y, d) *el registro de los candidatos independientes*, quienes además de acreditar el apoyo ciudadano establecido en la ley, deberán reunir los requisitos de elegibilidad previstos para ocupar el cargo público al que aspiran, los plazos y órganos electorales ante los cuales solicitarán su registro serán los mismos de los candidatos registrados por los partidos políticos.

Es importante mencionar que el artículo 370 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, establece el concepto de actos tendentes a recabar el apoyo ciudadano “Se entiende por actos tendentes a recabar el apoyo ciudadano, el conjunto de reuniones públicas, asambleas, marchas y todas aquellas actividades dirigidas a la ciudadanía en general, que realizan los aspirantes con el objeto de obtener el apoyo ciudadano para satisfacer el requisito en los términos de esta Ley”.

Así mismo el dispositivo 371 del mismo ordenamiento legal establece el porcentaje mínimo de firmas de ciudadanos el 1% de la lista nominal de electores con corte al 31 de Agosto del año previo a la elección, para la elección Presidencia, y el 2% de la lista nominal de electores con corte al 31 de Agosto del año previo a la elección, para la elección de los integrantes del Congreso de la Unión, que deberá contener la cédula de respaldo a efecto de que se le otorgue la candidatura independiente.

De acuerdo a la información proporcionada por el Vocal Ejecutivo de la Junta Local Ejecutiva en Tlaxcala del Instituto Nacional Electoral³, la lista nominal de electores nacional con corte al 31 de

³Solicitud de información dirigida a la Junta Local Ejecutiva en Tlaxcala del Instituto Nacional

agosto del año que se cursa (cuenta con 80'513,623 ciudadanos, la lista nominal de electores en el estado de Tlaxcala con corte al 31 de agosto del año que se cursa cuenta con 825,522 ciudadanos, de los cuales 280,331 corresponden al Distrito Electoral Federal I, 279,510 corresponden al Distrito Electoral Federal II y 265,672 corresponden al Distrito Electoral Federal III. Estadística que será de utilidad a efecto de aterrizar porcentajes de apoyo ciudadano, establecidos por el legislador.

Ahora bien, el aspirante a la candidatura de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, tiene que acreditar el apoyo ciudadano de cuando menos el 1% de los ciudadanos que aparecen en la lista nominal, suponiendo que la elección Presidencial en México fuese el siguiente año, el aspirante tiene que exhibir la cedula de respaldo con cuando menos 805,136 ciudadanos inscritos en la lista nominal a efecto de obtener la candidatura independiente.

En el supuesto de la fórmula de ciudadanos que aspiren al cargo de Senadores electos por el Estado de Tlaxcala, si las elecciones para renovar la cámara alta del Congreso de la Unión fueran el siguiente año, a efecto de que les otorgaran la candidatura independiente tendrían que exhibir la cedula de respaldo con cuando menos 16,511 ciudadanos a vecindados en el Estado.

Y los aspirantes a las candidaturas a Diputados Federales de Mayoría Relativa por los Distritos Electorales Federales I, II y III con los que cuenta el Estado de Tlaxcala, a efecto de obtener la candidatura independiente tienen que acreditar el respaldo de cuando menos por cuanto hace al Distrito I de 5,607 ciudadanos, por el II Distrito de 5,591 ciudadanos, y en relación al Distrito III de 5,314 ciudadanos, inscritos en las listas nominales de los Distritos correspondientes.

Electoral de fecha 21 de octubre del 2014, el mismo día fue proporcionada esta información.

V. COMPARATIVO DEL PORCENTAJE DE APOYO CIUDADANO REQUERIDO AL ASPIRANTE A CANDIDATO INDEPENDIENTE, CON RESPECTO A LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Ya se han mencionado los requisitos a satisfacer por los ciudadanos que aspiren a obtener una candidatura independiente, por lo que a efecto de determinar si en la legislación vigente se les sigue dando un trato igual o no con respecto a los candidatos de partido, abordaremos de forma genérica el porcentaje mínimo de militantes que la ley exige a las organizaciones de ciudadanos a efecto de otorgarles su registro como Partidos Políticos, así como el porcentaje mínimo de votos que la ley exige a los Partidos Políticos obtengan en una elección a efecto de que conserven su registro. Para lo cual es necesario distinguir entre lo que es un padrón electoral, la lista nominal, la votación total emitida en una elección, y la votación total válida en una elección. *Padrón electoral* es la base de datos que contiene el nombre y la información básica de todos aquellos ciudadanos que han solicitado formalmente y de manera individual su credencial para votar con fotografía⁴. La *lista nominal* está conformada por ciudadanos inscritos en el padrón electoral y que ya recogieron su credencial para votar⁵. La *votación total emitida* es la totalidad de los votos recepcionados en las casillas de los ciudadanos que aparecieron en la lista nominal al haber cumplido el requisito de registrarse en el padrón electoral, que acudieron por su credencial para votar con fotografía y que no tienen suspendidos sus derechos político electorales en esa elección. Finalmente, La *votación total válida* es el número de votos que se obtienen de restarle a la votación total emitida en la elección, los votos nulos.

Tenemos que la Ley General de Partidos Políticos en su numeral 10 establece que el porcentaje que se exige a las organizaciones de ciudadanos a efecto de otorgarles su registro como Partidos Políticos es del 0.26 por ciento del padrón electoral que haya sido utilizado en

⁴Art. 133 de la Ley General de Instituciones y Procedimiento Electorales

⁵Art. 147 de la Ley General de Instituciones y Procedimiento Electorales.

la elección ordinaria Federal (si se trata de una solicitud de registro de un Partido Político nacional), o local (si se trata de la solicitud de registro de un Partido Político estatal) inmediata anterior a la presentación de la solicitud de que se trate.

En la elección federal anterior del año 2012, se encontraban inscritos en el padrón electoral 84'464,713 registros de ciudadanos, por lo que el requisito que la ley impone a las organizaciones de ciudadanos a efecto de obtener su registro como partido político es el de 219,608 Militantes.

La última elección estatal en el Estado de Tlaxcala fue la del año 2013, en la cual se encontraban inscritos en el padrón electoral 849,677 ciudadanos, por lo que el requisito que la ley impone a las organizaciones de ciudadanos a efecto de obtener su registro como partido político es el de 2,209 Militantes.

Y el artículo 41 base I cuarto párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el porcentaje mínimo de 3% de la votación válida emitida para que los partidos políticos conserven su registro.

En la elección federal anterior, la votación válida emitida fue de 50'323,153 votos, de los cuales el 3% de votación exigido a los partidos a efecto de conservar su registro son 1'509,694 votos a favor del partido político.

En la elección estatal anterior, la votación válida emitida fue de 533,844 votos, de los cuales el 3% de votación exigido a los partidos Locales a efecto de conservar su registro son 16,015 votos a favor del partido político.

CONCLUSIONES

No obstante que la legislación electoral de principios del siglo XX incentivaba la participación de los ciudadanos como candidatos independientes, quienes fueron ganando una mayor aceptación elección

tras elección, la reforma político electoral le otorga un trato desigual a estos con respecto a los partidos.

A los aspirantes a candidatos independientes se les impone un porcentaje muy alto de apoyo ciudadano al requerirles para la elección presidencial el 1% (805,136 ciudadanos) de la lista nominal de electores con corte al 31 de Agosto del año previo a la elección, con respecto al 0.26% (a nivel nacional 219,608 militantes) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral que haya sido utilizado en la elección ordinaria Federal anterior que la ley exige a las agrupaciones ciudadanas para otorgarles su registro como partidos políticos, y con el 3% (a nivel nacional 1'509,694 votos) de la votación válida emitida que la Constitución exige cumplan los partidos políticos a efecto de conservar su registro

Además del evidente el trato desigual que la ley les otorga a los candidatos independientes con respecto a los partidos políticos, si agregamos como contexto que éstos últimos son entidades públicas que tanto en fases del proceso electoral como en periodos no electorales, los institutos electorales les ministran financiamiento público de forma mensual para el desarrollo de sus actividades ordinarias y específicas, recursos públicos con los que mantienen sus estructuras partidistas, como lo son comités nacionales, estatales, distritales, municipales y seccionales; y además cuentan con un grupo cautivo de militantes.

Por todo lo anterior concluyo que el apoyo ciudadano requerido a los aspirantes a candidatos independientes es desproporcional con respecto a los requerimientos que la ley exige a los partidos políticos.

REFERENCIAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13 de noviembre de 2007.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 09 de agosto de 2012.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 27 de diciembre de 2013.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10 febrero de 2014.

Ley Electoral, 19 diciembre 1911.

Ley Electoral para la elección del Congreso Constituyente, 20 de septiembre de 1916.

Ley Electoral, 06 de febrero de 1917.

Ley para la elección de los Poderes Federales, 01 de julio de 1918.

Ley Electoral Federal, 07 de enero de 1946.

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, 23 de mayo de 2014.

Ley General de Partidos Políticos, 23 de mayo de 2014.

Ley General en Materia de Delitos Electorales, 23 de mayo de 2014.

ÁVILA ORTÍZ Raúl et. al. ¿Hacia una ley de partidos políticos? Experiencia latinoamericana y perspectiva para México, México, UNAM, 2012, Pp. 3766.

CARPIZO Jorge, *Estudios Constitucionales*, 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, Pp. 291 a 309 y 468 a 474.

ELIZONDO GASPERÍN María E., *Temas selectos de Derecho Electoral*, Editorial Chihuahua, México, 2005, Pp. 170 a177.

- FACULTAD DE DERECHO, *Derecho Electoral*, UNAM, México, 2006, Pp. 131 a 139.
- GARCÍA OROZCO Antonio, *Legislación Electoral Mexicana 1812-1988*, 3ª edición, México, Adeo Editores, 1989.
- GONZÁLEZ LÓPEZ José, *El sistema electoral Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2004, Pp. 38 a 45.
- LARA SÁENZ, Leoncio, *Derechos humanos y justicia electoral, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, 2003, Colección de cuadernos de divulgación sobre aspectos doctrinarios de la justicia electoral.
- LOAEZA Soledad, *Entre lo posible y lo probable, la experiencia mexicana de la transición en México*, México, Editorial Planeta, 2008, pp 87 a 104.
- MARTÍNEZ CUADRADO Miguel et. al. *Partidos políticos y sistemas de partidos*, México, Editorial Trota, 2012, P p. 13 a 33.
- MÉNDEZ DE HOYOS Irma, *Transición a la democracia en México*, México, Fontamara, 2013, pp. 27 a 50.
- WOLDENBERG José, *La difícil democracia*, México, Editorial Tauros, 2013, pp. 100 a 158.
- WOLDENBERG José, *La transición democrática en México*, México, El Colegio de México, 2012, pp. 65 a 80.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS CAMPESINOS

OSMAN SARMIENTO OCHOA

I. CONCEPTO DE OMBUDSMAN

La reforma constitucional de 10 de junio de 2011, pone en el centro del quehacer gubernamental el reconocimiento, respecto, protección, promoción y garantía del ejercicio pleno de los derechos humanos; toda actividad institucional queda supeditada al principio pro persona (*pro homine*), como criterio de preferencia normativa e interpretativa, supeditado a la supremacía de control constitucional y convencional, adoptando la regla de que el derecho internacional, en esta materia, forma parte de nuestro derecho nacional.

El principio “*pro homine*”, consiste en la ponderación axiológica de los derechos humanos, esto es que debemos acogernos a la norma que contenga una mayor protección al ser humano, o bien, en un ejercicio hermenéutico debe realizarse la interpretación de aquella en la forma más extensiva, cuando se trate de derechos protegidos y, a *contrario sensu*, a la norma o interpretación más restringida, cuando se trate de establecer límites a su ejercicio.

Así pues, el principio “*pro homine*” o “*pro-persona*”, presenta las siguientes características:

a).- El lineamiento de preferencia en la interpretación, por la cual se ha de buscar aquella norma que optimice más un derecho constitucional, (Principio *favor libertatis* y principio *favor debilis*).

b).- El lineamiento de preferencia de normas, la cual consiste en que el juzgador debe aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su jerarquía en el orden jurídico.

Si bien todos los derechos acogidos en la norma son producto del hombre, no todos pueden calificarse como humanos, sino solo aquellos que son indispensables para que el ser humano logre su pleno desarrollo, tanto personal como social¹.

Se considera a los derechos humanos como: “*aquellos espacios de libertad, ámbitos de acción, prerrogativas que nos permiten desarrollarnos como personas, que nos dan la oportunidad de dirigir nuestras vidas a través de lo que consideramos justo, correcto, adecuado y trascendente, sin limitaciones externas no justificadas.*”²

Otra forma de conceptualizar a los derechos humanos, lo es como el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social, religioso y cultural, incluidos los recursos y mecanismos para su cumplimiento, que se reconocen al ser humano, considerado individual y/o colectivamente.

Son derechos intrínsecos del ser humano, como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, al acceso a la justicia, a un medio ambiente saludable, entre otros.

La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, dada en Francia el 26 de agosto de 1789, se considera como el origen de su observancia y respeto por los órganos del poder estatal.

La palabra *Ombudsman* consiste en un vocablo sueco que signi-

¹Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Derechos humanos, parte general*. Serie derechos humanos. SCJN. México. 2013. Pág. 1.

²Bernal Arellano, Jhenny Judith. *Comprendiendo la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. Porrúa. México. 2013. Pág. 5.

fica representante, comisionado, protector, mandatario, en consecuencia, en último término protector de los derechos de los ciudadanos.

Se define al *Ombudsman* como a uno o varios funcionarios designados por el órgano parlamentario, por el ejecutivo o por ambos, que con el auxilio de personal técnico, poseen la función especial de recibir de recibir e investigar reclamaciones, de los gobernados (en ocasiones pueden actuar de oficio), realizadas por las autoridades administrativas, no solo por infracciones legales, si no que se advierte la tendencia a comprender también las afectaciones de derechos fundamentales, incluyendo, además, injusticia. Irracionalidad o retraso manifiesto en la conducta de las autoridades.³

Sus determinaciones se comunican periódicamente por medio de informes públicos, generalmente anuales, a los más altos órganos de gobierno, del legislativo o a ambos, con la finalidad de sugerir las medidas legales y reglamentarias necesarias para mejorar la calidad de los servicios públicos hacia los seres humanos.

II. ANTECEDENTES DEL DEFENSOR CIUDADANO

Esta institución surgió en la Ley Constitucional Sueca de 6 de junio de 1809, como un funcionario designado por el Parlamento con el objeto de vigilar, primeramente, la actividad de los tribunales y con posterioridad la del resto de las autoridades administrativas.

Tiene como antecedentes la figura del llamado *Preboste de la Corona* creada por la realeza en el siglo XVI y cuya función era el vigilar, bajo la autoridad suprema del monarca, el buen funcionamiento y administración de la justicia en el reino.

Fue Carlos XII quien buscó una fórmula para controlar no sólo la judicatura sino también a la administración del reino; por decreto

³Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. *Enciclopedia jurídica mexicana*, 1ª ed., México. Porrúa-UNAM, 2002, t. V, Pág. 332.

del 26 de octubre de 1713, se instituye un *Konungens Hogsta Ombudsman*, para ejercer funciones de supervisión general con el objetivo de garantizar que las leyes y reglamentos fuesen cumplidos y que los servidores públicos efectuaran sus tareas a cabalidad.⁴

En 1719, se transforma y se convierte en un *justitie-kansler* (canciller de justicia), no obstante y dado su origen continúa estrechamente ligado a la Corona; es en la constitución de Gustavo Adolfo de 1771 donde definitivamente se le consideró como un órgano de la monarquía nombrado por el rey, situación que se mantuvo hasta la Constitución de 1809, en la cual se transforma sustancialmente.⁵

A partir de esa Constitución sueca quedan perfectamente delimitadas las dos instituciones encargadas de realizar las labores de este órgano de control, se institucionalizó, al fin de cuentas, la figura del *justitie ombudsman*, nombrado por el parlamento, encargado de: a) supervisar el funcionamiento de la administración y b) defender los derechos públicos subjetivos y legítimos intereses públicos de la ciudadanía frente a la administración.⁶

A partir de la primera posguerra, la figura del *Ombudsman*, parecido al modelo sueco, fue introducida en los demás países escandinavos, así Finlandia lo hizo en 1919, en Dinamarca en 1953 y en Noruega en 1952 y 1963.

En el Reino Unido (Inglaterra, Gales y Escocia), se creó en la Ley del 1º de abril de 1967 bajo la denominación de *Parliamentary Commissioner of Administration*, con la diferencia respecto del modelo escandinavo de que los gobernados no pueden acudir directamente a él, éstos deben presentar sus reclamaciones a un miembro de la Cámara de los Comunes para que a su vez lo haga llegar al comisionado, con excepción de los servicios de seguridad social a la cual existe acceso

⁴Aguilar Cuevas, Magdalena. *El defensor del ciudadano (Ombudsman)*. UNAM y CNDH. México. 1991. Pág. 21.

⁵*Ibidem*. Pág. 22.

⁶*Ibidem*. Pág. 23.

directo desde 1974.⁷

Existen cinco comisionados, tres de los cuales actúan en Inglaterra y los otros en Escocia y Gales. Con relación a Irlanda del Norte, al gozar de autonomía legislativa antes de asumirse al gobierno directo de Inglaterra, se crearon los comisionados del parlamento autónomo con atribuciones similares a los de los organismos británicos.

En Canadá se introdujo a partir de 1967, siendo el más importante el de Quebec que se estableció en 1968, denominado *Protecteur du Citoyen*. Funcionan dos comisionados específicos que tienen competencia para vigilar el respeto de los idiomas oficiales (inglés y francés), y las quejas de los internos de la penitenciaría federal.

En la República Federal Alemana, se creó mediante reforma constitucional del 19 de marzo de 1956 y su Ley Reglamentaria de 26 de junio de 1957, con el nombre de *Wehrsbeuftragte des Bundestages*, también como comisionado parlamentario.

Considerado por muchos como el ombudsman de mayor trascendencia, es el que fue creado en Francia por la Ley de 3 de junio de 1973, denominado *Mediateur*, el cual en un principio fue recibido con escepticismo toda vez que se encontraba funcionando el Consejo de Estado como organismo judicial protector de los derechos de los gobernados frente a las autoridades administrativas.

Sin embargo, al tener una labor destacable al resolver con rapidez y sin un procedimiento formal un número considerable de conflictos en auxilio del citado Consejo de Estado es como cobró relevancia.⁸

En Italia se han establecido comisiones locales en varias regiones, como Toscana y Liguria desde 1974; Campania y Umbria en 1979; Lombardía y Lazio a partir de 1980; Friuli –Venezia Giulia, Puglia y Marche desde el año de 1981; todos bajo la denominación de *Difensore Cívico*, los cuales son designados por las juntas regionales para la fiscalización de las autoridades administrativas federales.

⁷*Ibidem*. Pág. 58.

⁸*Ibidem*. Págs. 69-72

A su vez en Holanda fueron creados los Comisionados Parlamentarios en febrero de 1981 y en la República de Irlanda en julio de 1980.

En los Estados Unidos de Norteamérica esta institución presenta diversos matices, en algunas de sus entidades federativas lo han establecido conforme al modelo escandinavo, es decir, como un comisionado designado por la legislatura; tal es el caso de Hawai, Nebraska, Iowa, New Jersey y Alaska, constituidos entre 1967 y 1975. En otros estados de la unión, debido a la estructura presidencial, este funcionario es designado por el ejecutivo al cual se le denominado *Executive Ombudsman*.⁹

En los ordenamientos latinoamericanos también existe esta figura, en Argentina se denomina Contralor General Comunal; en Costa Rica se le conoce como Procurador de los Derechos Humanos, en Guatemala se llama de la misma manera; en Uruguay se creó la Defensoría del Pueblo, como órgano desconcentrado del poder legislativo con autonomía técnica. En Brasil, mediante decreto número 93.174 del 15 de diciembre de 1986, se creó la Comisión de Defensa de los Derechos del Ciudadano (CODICI).

En Perú las atribuciones de *Ombudsman* están conferidas al Ministerio Público, que como cabeza de la fiscalía de la nación se denomina “Defensor del Pueblo”.¹⁰

Así, como hemos visto, encontramos a esta institución de salvaguarda y defensa de los derechos humanos, además de los países mencionados, en otros como Portugal y España, llamados promotores de la justicia, asimismo, existe también en otros países en vías de desarrollo como Jamaica, Nigeria, Sri Lanka, Nueva Guinea, Tanzania, Trinidad y Tobago y Zambia.

⁹*Ibidem*. Pág. 88

¹⁰*Ibidem*. Págs. 89-112

III. EL OMBUDSMAN EN MÉXICO

En México se establece la protección de los derechos humanos a través de organismos autónomos.

El artículo 102, apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Dichos organismos formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público tiene la obligación de responder a las recomendaciones que les presenten estos organismos.

Cuando estas recomendaciones no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa a dar cumplimiento.

Estos organismos no tienen competencia para conocer de asuntos electorales y jurisdiccionales, según reforma al párrafo tercero del apartado B, del artículo 102 Constitucional, publicada en el diario Oficial de la federación el 10 de junio de 2011.

Como antecedentes inmediatos en México, podemos citar que en 1975 se creó la Procuraduría Federal del Consumidor, como una especie de *ombudsman ejecutivo*.

El 24 de abril de 1985 el Rector de la UNAM presentó ante el Consejo Universitario el proyecto de estatuto para la creación de la

“Defensoría de los Derechos Universitarios”, el cual fue aprobado el 30 de mayo siguiente.

Esta defensoría nació como un organismo independiente de las autoridades de la UNAM, está integrada por un defensor, dos adjuntos y personal auxiliar necesario; a través de ésta el personal académico y los alumnos hacen valer sus derechos.

El 21 de noviembre de 1983, el Ayuntamiento de Colima creó al “Procurador de Vecinos”.

En el decreto N° 206, del 3 de enero de 1979, en el Estado de Nuevo León se aprobó la Ley que dio origen a la *Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos*, dependiente del poder ejecutivo.

En Oaxaca se estableció la *Procuraduría de la Defensa del Indígena*, en el Reglamento de Ley Orgánica del Cuerpo de Defensoría de Oficio y Social, del 26 de septiembre de 1986.

De igual manera, el 29 de abril de 1987, en Guerrero se estableció la *Procuraduría Social de la Montaña y Asuntos Indígenas*; en Aguascalientes se creó la *Procuraduría de Protección Ciudadana*, mediante decreto del 1° de agosto de 1988, con la cual se reformó y adicionó la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos; la *Defensoría de los Derechos de los Vecinos* del municipio de Querétaro, establecida en el Reglamento General de la Defensoría de los Derechos de los Vecinos, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 22 de diciembre de 1988.

En la actualidad todas las entidades federativas de nuestro país cuentan con organismos descentralizados encargados de tutelar y defender los derechos de los ciudadanos por abusos en el ejercicio del poder público.

IV. LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El antecedente mexicano más distante se encuentra en la Ley de Procuradurías de Pobres de 1847, que don Ponciano Arriaga promovió en San Luis Potosí.

La Ley de Procuraduría de Pobres de San Luis Potosí, estableció tres procuradores que eran nombrados por el gobierno, quienes averiguaban las reclamaciones de los gobernados, pidiendo la pronta e inmediata reparación contra cualquier exceso, agravio, vejación, maltrato o atropello que contra ellos cometiera cualquier autoridad o funcionario público del ámbito judicial, político o militar. Exigiendo que se atendieran sus peticiones conforme a derecho, tomando en cuenta su condición de desventaja.¹¹

El 13 de febrero de 1989, dentro de la Secretaría de Gobernación, se creó la Dirección General de Derechos Humanos. El 6 de junio de 1990 nació por decreto presidencial, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, como un Organismo desconcentrado de dicha Secretaría. Posteriormente, mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1992, se adicionó el apartado B del artículo 102, facultando al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los Estados para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecieran organismos especializados para atender las reclamaciones de los gobernados en contra de actos u omisiones de servidores públicos y violatorios de los derechos humanos, con excepción de los actos del Poder Judicial de la Federación; organismos con atribuciones para emitir recomendaciones autónomas, así como para presentar denuncias y quejas ante las autoridades correspondientes; de esta forma se elevó a rango constitucional a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y como organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, surgiendo así el llamado sistema nacional no jurisdiccional de protección de los derechos humanos.

Por reforma constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de septiembre de 1999, dicho organismo nacional se constituyó en una Institución con plena autonomía de gestión y presupuestaria, se modificó su denominación por la de *Comisión Nacional de los Derechos Humanos*.

¹¹*Op. Cit.* 3, Pág. 135

Hoy día, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, cuenta con Consejo Consultivo integrado por diez consejeros, que son elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.

La ley reglamentaria determina los procedimientos a seguir para la presentación de propuestas por la propia Cámara. Anualmente son substituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo período.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien también lo es del Consejo Consultivo, es elegido en los mismos términos citados; dura en el encargo cinco años, pudiendo ser reelecto por una sola vez, solamente puede ser removido de sus funciones en los términos establecidos en el Título Cuarto de la Constitución.

El precepto Constitucional que nos ocupa, en la parte relativa de su apartado B, precisa que la elección del titular de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, deben ajustarse a un procedimiento de consulta pública transparente, conforme a su ley reglamentaria.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conoce de las inconformidades que se presenten en relación con recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos puede investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, de oficio o cuando así se lo pidiere el titular del Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el Gobernador de algún Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas.

Esta última facultad de investigación de violaciones graves a los

derechos humanos estaba a cargo de la suprema Corte de Justicia de la Nación, pero le fue conferida a la comisión Nacional de los Derechos Humanos con la reforma constitucional de junio de 2010.

V. LA PROCURADURÍA AGRARIA

La procuración de justicia para los campesinos mexicanos tiene su origen primario en la época colonial, cuando el Protector Fiscal era responsable de pedir la nulidad de las composiciones de tierra que los españoles hubieren adquirido de los indios, en contra de las cédulas reales y ordenanzas o con cualquier otro título vicioso.¹²

Por decreto del 17 de abril de 1922, se constituyó la Procuraduría de Pueblos, dependiente de la Comisión Nacional Agraria, con el objetivo de patrocinar a los campesinos en sus gestiones de solicitudes de restitución o dotación de tierras.¹³

En 1953 y por decreto presidencial se creó la Procuraduría de Asuntos Agrarios, con funciones de asesoría y gestión gratuita a los solicitantes de tierras respecto de cuestiones jurídicas y administrativas con motivo de sus gestiones o de la defensa de intereses.

En el Reglamento Interior de la Secretaría de la Reforma Agraria, del 6 de abril de 1989, se consideró la constitución de la Dirección General de Procuración Social Agraria, con atribuciones de asesoramiento, conciliación y vigilancia.

Mediante la reforma al artículo 27 Constitucional de 1992, se establece la creación de un órgano para la procuración de la justicia agraria.

La Ley Agraria en su artículo 134 señala que la Procuraduría

¹²<http://www.sedatu.gob.mx/sraweb/conoce-la-secretaria/historia/la-procuraduria-agraria-pa/>

¹³Sector Agrario. *La transformación agraria origen evolución retos*. México. Sector Agrario, 1997, v. I, Pág. 98.

Agraria es un organismo descentralizado de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sectorizado en la Secretaría de la Reforma Agraria.

Tiene encomendadas funciones de servicio social y defensa de los derechos de ejidatarios y comuneros, ejidos, comunidades, pequeños propietarios, avocados y jornaleros agrícolas, mediante la aplicación de las atribuciones que le confiere la Ley Agraria y su reglamento interior, actuando a petición de parte o de oficio.¹⁴

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al campesino de la siguiente manera: “adj. Dicho de una persona: Que vive y trabaja de ordinario en el campo”.

El término “campesino” puede aplicarse a toda persona, hombre o mujer, que practica la agricultura, la ganadería o la trashumanancia, que produce artesanías relacionadas con la agricultura o que desarrolla otras ocupaciones similares en zonas rurales; esto incluye a las personas indígenas que trabajan en la tierra.¹⁵

En el derecho interno los campesinos tienen derecho a la propiedad de las tierras, bosques y aguas, a disfrutar de su posesión, uso, usufructo y aprovechamiento, así como de los recursos naturales que se ubiquen en su territorio, con la protección de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables y, más aún, si se trata de tierras de grupos indígenas.

Tienen libertad de asociación y contratación, conforme mejor les favorezca para la eficaz y eficiente explotación de sus tierras, bosques y aguas que les permitan mejores ingresos para el sostenimiento de sus familias campesinas.

En la Declaración sobre los Derechos de los Campesinos y de otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales, dado por la Asam-

¹⁴Véase artículo 135 de la Ley Agraria, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 1992.

¹⁵Consultable en http://www.pnud.org.co/hechosdepaz/64/la_declaracion_de_naciones_unidas.pdf

blea General de las Naciones Unidas, el 20 de junio de 2013¹⁶, se estipula que éstos tienen:

- a).- Derecho a la vida y a un nivel de vida adecuado.
- b).- Derecho a la tierra y al territorio.
- c).- Derecho a las semillas y al saber y la práctica de la agricultura tradicional.
- d).- Derecho a medios de producción agrícola.
- e).- Derecho a la información.
- f).- Libertad para determinar el precio y el mercado para la producción agrícola.
- g).- Derecho a la protección de los valores en la agricultura.
- h).- Derecho a la diversidad biológica.
- i).- Derecho a la preservación del medio ambiente.
- j).- Libertad de asociación, de opinión y de expresión.
- k).- Derecho al acceso a la justicia.

La fracción IV del artículo 136 de la citada Ley Agraria, establece que la Procuraduría Agraria tiene, entre otras atribuciones, las de prevenir y denunciar ante la autoridad competente, la violación de las leyes agrarias, para hacer respetar el derecho de sus asistidos e instar a las autoridades agrarias a la realización de funciones a su cargo y emitir las recomendaciones que considere pertinentes.

En el párrafo segundo del artículo 17 del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, del 12 de noviembre de 1992, se establecía que las quejas por presuntas violaciones a los Derechos Humanos por parte de la Procuraduría Agraria, la Procuraduría Federal del Consumidor y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente quedaban dentro de la competencia de la Comisión Nacional, cuando sus actos u omisiones eran reputados como de autoridad.

En el reglamento interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de septiembre de 2003, en su artículo 11, se establece: “*los escritos de queja*

¹⁶Consultable en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGPleasants/A-HRC-WG-15-1-2_sp.pdf

referentes a presuntas violaciones a los derechos humanos atribuibles a servidores públicos de organismos con facultades para atender las quejas y defender los derechos de los particulares, tales como las procuradurías Agraria, Federal del Consumidor, Federal de Protección al Ambiente, Federal de la Defensa del Trabajo o Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, Comisión Nacional Bancaria y de Valores, Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, y los demás que cuenten con facultades similares, quedarán comprendidas dentro de la competencia de la Comisión Nacional.”

Por otra parte, fueron suprimidos los textos de los artículos 22, 23 y 124, fracción VIII, del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos del 12 de noviembre de 1992, que hacían referencia a:

Artículo 22. Cuando la Comisión Nacional reciba una queja por presuntas violaciones a los Derechos Humanos en materia agraria, que sea de la competencia de la Procuraduría Agraria, la turnará de inmediato a dicha Procuraduría notificando de esta remisión al quejoso. En este caso se acusará recibo al quejoso, pero no se admitirá la instancia y se actuará en los mismos términos señalados en el segundo párrafo del artículo anterior.

Artículo 23. La Comisión Nacional, respecto de los actos u omisiones de los tribunales agrarios, tanto del colegiado como de los unitarios, tendrá competencia para intervenir sólo respecto de asuntos administrativos y, por ningún motivo, en los de carácter jurisdiccional, en los términos señalados en el artículo 19 de este Reglamento.

Artículo 124. No se surte la competencia de la Comisión Nacional tratándose de:

...

...VIII. Los asuntos de naturaleza agraria, en los términos del artículo 17 del presente Reglamento;

En la legislación local, es decir, en el reglamento interno de la comisión estatal de los derechos humanos en Chiapas, publicado en el Periódico Oficial del Estado número 275, en su artículo 13 se establecía:

Artículo13. Cuando la Comisión Estatal reciba una queja por presuntas violaciones a los Derechos Humanos en materia agraria, que sea de la competencia de la Procuraduría Agraria, la turnará de inmediato a dicha Procuraduría notificando de esta remisión al quejoso. En este caso se acusará recibo al quejoso, pero no se admitirá la instancia y se actuará en los mismos términos señalados en el segundo párrafo del artículo anterior.

El anterior texto también fue suprimido y en el actual artículo 29 de la Ley del Consejo Estatal de los Derechos Humanos, publicada mediante Decreto Número 437, en el Periódico Oficial del Estado número 267, del 17 de noviembre de 2010, se contiene lo siguiente:

Artículo 29.- El Consejo conocerá de quejas por presuntas violaciones a Derechos Humanos relacionadas con materia agraria y ecológica, cuando éstas sean imputables a servidores públicos o autoridades estatales o municipales.

Haciendo un ejercicio pormenorizado de las atribuciones que tiene la Procuraduría Agraria, conforme al artículo 136 de la Ley Agraria, podemos clasificarlas de la siguiente manera:

a).- Funciones jurídico-administrativas

1.-Proporciona asesoría y orientación jurídica en la defensa de los derechos de los sujetos agrarios; representa y asiste legalmente a los campesinos en los controvertidos que se dilucidan ante los Tribunales Agrarios y de amparo.

2.-Asesora en la celebración de contratos, convenios o cual-

quier acto jurídico que suscriban sus asistidos entre sí y con terceros, que tengan por objeto el uso, aprovechamiento, destino, enajenación, aportación, transmisión, adquisición de bienes y derechos agrarios.

3.- Asesora y asiste legalmente a los grupos indígenas en sus reclamaciones y promociones ante las diversas dependencias y autoridades federales, estatales y municipales, relacionadas con el ejercicio de sus derechos.

4.- Asesora a los jóvenes y mujeres campesinos, jornaleros agrícolas y avecindados en el ejercicio pleno de sus derechos agrarios.

b).- Funciones de gestión administrativa

1.- Asesora y representa a los sujetos agrarios en sus trámites y gestiones para obtener la regularización y titulación de sus derechos agrarios.

2.- Orienta a los campesinos para que en forma individual o colectiva obtengan permisos, concesiones, licencias o autorizaciones para el mejor aprovechamiento y explotación de las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan.

3.- Intercede a favor de las comunidades indígenas para salvaguardar su identidad tradicional, preservar sus costumbres y promover el mejor aprovechamiento de sus bienes y recursos naturales.

c).- Funciones de conciliación y arbitraje

1.- Promueve la vía conciliatoria para resolver controversias agrarias que se susciten entre la clase campesina.

2.- Actúa como árbitro o amigable componedor, en los casos en que los propios campesinos le ponen a su consideración, de acuerdo con el procedimiento establecido en su Reglamento Interior.

d).- Funciones de inspección y vigilancia e intervención en las asambleas de ejidos y comunidades

1.- Interviene en las asambleas de los núcleos de población agrarios, que traten los asuntos detallados en las fracciones VII a la XIV del artículo 23 de la Ley Agraria, es decir, los relativos a la delimitación, destino y asignación de derechos.

2.- Verifica que las convocatorias a asambleas ejidales y comunales se expidan con la anticipación y formalidades que señala el artículo 25 de la Ley Agraria.

3.- Certifica el acta de asamblea en la que asignan parcelas por sorteo, conforme al orden de prelación establecido en el artículo 57 de la Ley Agraria.

4.- Verifica que la asignación de solares, parcelas y en general de derechos agrarios, se efectúe respetando los derechos adquiridos por los campesinos y conforme a los procedimientos y requisitos legales.

5.- Vigila que se respete el fundo legal del ejido, así como el destino y debido aprovechamiento de las parcelas con destino específico.

6.- Facultad de impugnar, en términos del artículo 61 de la Ley Agraria, ante los Tribunales Agrarios la asignación de tierras por la asamblea cuando así lo solicite el 20% o más del total de los ejidatarios o comuneros, o de oficio cuando se presuma que la asignación se realizó con vicios o defectos graves o que pueda perturbar seriamente el orden público.

7.- Emitir el dictamen de terminación del régimen ejidal a fin de que la asamblea resuelva o acuerde en definitiva su culminación.

8.- Interviene en la aportación de tierras del asentamiento humano, que los núcleos agrarios realicen al municipio o entidad correspondiente, para dedicarlas a los servicios públicos y cerciorándose de que efectivamente se destinen a tal fin.

9.- Convoca a asamblea ejidal o comunal cuando así lo soliciten al menos 20 ejidatarios o comuneros o por el 20% del total de los mis-

mos, en el supuesto de que el comisariado o el consejo de vigilancia no lo hicieren en un plazo de cinco días hábiles.

10.- Convoca a asamblea ejidal o comunal cuando así lo soliciten el 25% del total de ejidatarios o comuneros, para acordar la remoción de los miembros del comisariado o el consejo de vigilancia, en términos de los artículos 40 de la Ley Agraria.

e).- Funciones de inspección y vigilancia respecto de la aportación de tierras de uso común a sociedades civiles y mercantiles

1.- Emitir opinión sobre el proyecto de desarrollo y de escritura social de las sociedades civiles y mercantiles en las que los núcleos de población ejidales y comunales, aporten tierras de uso común, a fin de analizar y pronunciarse sobre la certeza de la realización de la inversión proyectada, el aprovechamiento racional y sostenido de los recursos naturales y la equidad, conforme lo disponen los artículos 75, fracción I, y 100 de la Ley Agraria.

2.- Designa, bajo su responsabilidad, un comisario con funciones de vigilancia previstas en la Ley General de Sociedades Mercantiles y en los artículos 75, fracción V, y 100 de la Ley Agraria.

3.- En caso de liquidación de la sociedad, vigila que se respete el derecho de preferencia del núcleo de población, o de los ejidatarios y comuneros, a recibir tierras en pago respecto de los que les corresponda en el haber social.

f).- Atribuciones de investigación y denuncia en los casos de acaparamiento o excedentes a la pequeña propiedad rural.

1.- Recibe, investiga y canaliza, en su caso, a las autoridades competentes las quejas y denuncias relacionadas con la existencia de latifundios.

2.- Recibe, investiga y canaliza, en su caso, a las autoridades competentes las quejas y denuncias relacionadas con divisiones, transmisiones y acaparamientos de terrenos ejidales y comunales, así como cualquier otro acto jurídico que tenga tales efectos y sean contrarios a derecho.

g).- Funciones de inspección, vigilancia y denuncia atribuibles a los representantes de los núcleos agrarios

1.- Denuncia ante el Ministerio Público los hechos que puedan ser constitutivos de delitos respecto de la actuación de los órganos de representación y vigilancia ejidales y comunales.

2.- Vigila que la actuación de los órganos de representación y vigilancia ejidales y comunales, así como de la junta de pobladores, sea apegada a derecho.

h).- Funciones de investigación, emisión de recomendaciones y denuncia por violaciones a la legislación agraria cometidas por servidores públicos.

1.- Denuncia el incumplimiento de las obligaciones o responsabilidades de los funcionarios agrarios, de conformidad con el artículo 136, fracciones VI y X, de la Ley Agraria.

2.- pone en conocimiento de la Contraloría Interna, las irregularidades en que incurran los funcionarios agrarios y demás servidores públicos en la atención de los asuntos agrarios.

3.- Emite recomendaciones a las autoridades por incumplimiento de sus obligaciones en la tramitación y atención de las peticiones de los sujetos agrarios, conforme al artículo 136, fracción IV, de la Ley Agraria.

i).- Funciones de organización y apoyo social

1.- Orienta y promueve las formas más adecuadas de organización y asociación de los campesinos y núcleos entre sí y con terceros para mejorar los niveles de vida en el medio rural.

2.- Promueve y procura la organización interna de los núcleos agrarios mediante la instrumentación de libros de contabilidad y de registro.

3.- Desarrolla programas de capacitación y asistencia técnica para la implementación de proyectos de desarrollo rural.

4.- Desarrolla programas de capacitación sobre el marco legal agrario con el objeto de que los campesinos conozcan y hagan valer sus derechos.

j).- Funciones de estudio y divulgación agraria

1.- Realiza estudios sobre los problemas sociales y económicos del país y su incidencia en el medio rural.

2.- Evalúa la problemática del sector campesino y promueve las medidas correctivas pertinentes, así como promueve la divulgación de dichos estudios.

3.- Propone a las autoridades federales y estatales la ejecución de medidas encaminadas a mejorar el nivel de vida de la clase campesina e indígena.

Lo anterior contiene un panorama general de las atribuciones que realiza la Procuraduría Agraria como institución de servicio social en favor de la clase campesina e indígena, conforme al mandato de la fracción XIX del artículo 27 Constitucional y su ley reglamentaria.

El cúmulo de atribuciones hace difusa la real y verdadera misión de la Procuraduría de erigirse como ombudsman agrario, irónicamente ha sido ella objeto de recomendaciones por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, un solo ejemplo podemos

citar la recomendación 56/2007, sobre el caso relativo al ejido Bella Vista, del municipio de Frontera Comalapa, consiste en la presentación de un informe y constancia sobre cursos de capacitación que se han impartido a los servidores públicos de la Procuraduría Agraria y Registro Agrario Nacional sobre las funciones que tienen encomendadas con el propósito de orientar y asesorar a los sujetos agrarios en la elaboración y registro de los reglamentos internos de los ejidos y comunidades indígenas.¹⁷

VI. EL OMBUDSMAN AGRARIO

En apariencia, a lo largo de la historia en la procuración de la justicia agraria en México, para la eficaz protección de los derechos humanos de los campesinos, no se ha logrado del todo cumplir, propósito tan anhelado por la clase campesina, aún se escuchan voces pidiendo una real defensa de sus derechos, es decir, la existencia de un real y verdadero *ombudsman agrario*.

Ello ha quedado evidenciado de manera tangible con reclamos que los propios campesinos han realizado en diferentes medios, los más evidentes se dieron en los foros sobre consultas para reformar el marco legal agrario, que tuvieron lugar en abril de 2002 y marzo de 2004, en ambos casos, se tuvo la participación de hombres y mujeres del campo, líderes y organizaciones campesinas, servidores públicos agrarios, profesores, investigadores sociales y legisladores; quienes, entre otras inquietudes, dejaron de manifiesto la necesidad de que la Procuraduría Agraria asuma ese papel, con autonomía plena para poder erigirse como el verdadero defensor de los derechos y las causas campesinas.

No obstante que en esa institución se atiende, inclusive, como lo era desde la época colonial, aspectos tan importantes como la asesoría jurídica para la defensa y protección de las tierras de propiedad

¹⁷Consultable en <http://www.pa.gob.mx/pa/transparencia/recomendaciones1.html>

social, no menos cierto es que se requiere de un ajuste al cúmulo de atribuciones que la legislación agraria le otorga a la Procuraduría Agraria, como ha quedado expuesto en el punto anterior, a fin de evitar ambigüedades, oscuridades e imprecisiones que lejos de beneficiar han perjudicado a los campesinos, los reclamos en los foros aludidos son una muestra palpable de ello.

Es innegable la trascendencia que la reforma constitucional en materia agraria, ocurrida en 1992, trajo al campo mexicano, al reconocer personalidad jurídica a los núcleos de población ejidales y comunales, establecer la protección de la propiedad sobre sus tierras, y la especial a las de los grupos indígenas, según se refiere en la fracción VII del artículo 27 Constitucional.

Sin embargo, la dinámica social nos presenta un mundo en constante cambio, rompiéndose las fronteras económicas de las naciones y dando paso al libre mercado de mercancías, eventos de los cuales nuestra nación no es ajena y, por ende, el campo y sus hombres, no podemos permanecer como simples espectadores del este gran concierto de las naciones.

El tema de la tierra, como generadora de economía y sustento de muchas familias, constituye un elemento de imprescindible valor para sus propietarios y para la nación en general, por tal razón, se hace necesario revisar y hacer ajustes a nuestro marco legal agrario y a las instituciones encargadas de su aplicación, para fortalecer al sector rural y pueda hacer frente al embate económico globalizante.

La apertura que la Ley Agraria de 1992 da los núcleos agrarios para que puedan aprovechar de la mejor manera sus recursos naturales y bienes agrarios, inclusive con la participación de terceros, entrañan, además de beneficios para ellos, peligros graves de concentración y acaparamiento de la tierra en unas cuantas personas, como antaño ocurrió en nuestro país, por ello se hace necesario que la Procuraduría Agraria, asuma el verdadero rol de defensor de los derechos humanos de los campesinos, como una institución jurídicamente fuerte, que vigile y constriña a la autoridad a la exacta aplicación de la ley en beneficio de la población rural.

No se soslaya que durante veintidós años, la Procuraduría Agraria ha jugado un papel importante en esta nueva era del agrarismo mexicano, sin embargo, y como se ha dicho es necesario ajustar sus atribuciones legales que le permita erigirse como verdadero *ombudsman agrario*, más aún con el reconocimiento pleno de los derechos humanos que hace el estado mexicano en la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, que tiene en el principio *pro persona* o *pro homine* su eje rector, a institución de servicio social debe darse plena autonomía para hacer efectiva la facultad de emitir recomendaciones e instar a las autoridades y servidores públicos de cualquier nivel de gobierno a respetar los derechos de la clase campesina y a la correcta aplicación de las leyes que inciden en su entorno.

Sus atribuciones deben enfocarse a establecer las bases del respeto por los derechos humanos de los campesinos procurando la armonización de esfuerzos interinstitucionales dirigidos a fortalecer el medio rural, como generador de satisfactores primarios y economías, a efecto de evitar políticas públicas contradictorias que obstaculizan los procesos de desarrollo que aquellos requieren.

El quehacer de la Procuraduría Agraria se ha circunscrito, de manera enunciativa, en asesorías para celebrar asambleas de elección o remoción de órganos de representación y vigilancia, asesoría para la certificación de los derechos ejidales y comunales, asesoría legal para la tramitación de controversias ante los tribunales agrarios y de amparo, aplicar la conciliación para la resolución de controversias agrarias; acciones para la implementación de la organización agraria básica en ejidos y comunidades; se ha erigido como gestora de los campesinos ante las instancias agrarias y agropecuarias, empero, con ciertas debilidades; sin que haya desarrollado plenamente las mínimas atribuciones que la legislación agraria le atribuye para la real promoción, protección y vigilancia de los derechos humanos campesinos, en otras palabras, no se ha erigido como el verdadero *ombudsman agrario defensora de sus derechos humanos* que tanto claman nuestros campesinos.

CONCLUSIÓN

A manera de conclusión del presente trabajo, me permito exponer las siguientes propuestas:

1.- Atendiendo al reclamo campesino, es necesario dar autonomía plena y fortaleza jurídica a la Procuraduría Agraria a fin de que promueva, haga respetar, proteja y garantice los derechos humanos campesinos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, instando la prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones a esos derechos humanos, conforme lo establezca la ley, teniendo como sustento las reformas constitucionales en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011.

2.- Acotar las atribuciones de la Procuraduría, a fin de fortalecer las de asesoría jurídica y la representación legal, la gestoría, la inspección, la investigación, la denuncia e instanciar a las autoridades, mediante la atención de quejas, denuncias y reclamaciones de los campesinos respecto de la violación a sus derechos humanos.

3.- Normar debidamente los procedimientos de conciliación, arbitraje y juicio agrario a fin de que sean verdaderos y eficaces instrumentos de justicia social, con reglas claras y acordes con la idiosincrasia de la población rural.

4.- Acorde con el punto anterior, se hace necesario reformar el marco jurídico agrario, conforme al espíritu social del derecho agrario, que haga realidad el anhelo de la clase campesina de alcanzar un estadio pleno de justicia y desarrollo de su economía con verdadero sentido humano.

DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS (DIGNIDAD HUMANA Y NO DISCRIMINACIÓN)

ESTEBAN GUEVARA MONTIEL

I. CONCEPTO, MODELOS Y TIPOS DE DISCAPACIDAD

Los Derechos humanos son aquellas libertades, facultades o valores básicos que, de acuerdo con diversas visiones filosóficas, corresponden a toda persona por el mismo hecho de su naturaleza y condición humana, para la garantía de una vida digna. Tales derechos los Estados deben respetar y garantizar o bien, satisfacer¹.

Entre las principales características de los derechos humanos, se pueden citar las siguientes:

- Universales; cubre a todos los seres humanos.
- Inalienables; no se puede enajenar, nadie puede renunciar a ellos.
- Intransferibles; no pueden cederse a otra persona.
- Se sustentan en la dignidad intrínseca; es decir en sí mismo

¹Morales Gil de la Torre, Héctor. *Introducción: notas sobre la transición en México y los derechos humanos*, en *Derechos humanos: dignidad y conflicto*.- México: Universidad Interamericana, 1996.

- Igualdad; para todas las personas.
- Impone obligaciones, particularmente a los Estados y a los agentes de los Estados.
- Deben ser garantizados internacionalmente.
- Están protegidos por la ley.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) entiende que “la discapacidad no es un atributo de la persona sino un complicado conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el ambiente social”. Discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales.

Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.²

De acuerdo con la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, presentada en 2001, las personas con discapacidad “son aquellas que tienen una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales y que al interactuar con distintos ambientes del entorno social pueden impedir su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones a las demás”.

A lo largo de la historia han existido diversas teorías y modelos evolutivos de discapacidad. Para esta ocasión me permitiré presentar el que nos brinda (Luis Fernando Astorga 2012)³:

²<http://www.who.int/topics/disabilities/es/> Fecha de consulta 22 de octubre de 2014

³Cuadro comparativo de modelos en discapacidad, elaborado por Luis Fernando Astorga Gatjens, Director Ejecutivo del Instituto Interamericano sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo (IIDDI), basándose en la “Guía de Capacitación sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Serie de Capacitación Profesional N° 19, ONU, Nueva York y Ginebra, 2012.

Modelo caritativo	Modelo Médico	Modelo Social	Enfoque en Derechos Humanos
<p>Dentro del modelo caritativo trata a las personas con discapacidad como sujetos pasivos de actos de bondad o de la asistencia social y no como individuos potenciados social y políticamente (“empoderados”) con derecho a participar en la vida política y cultural de su sociedad y comunidad y en su propio desarrollo. Lo que caracteriza a este enfoque es que las personas con discapacidad no se consideran capaces de mantenerse a sí mismas debido a su deterioro, por lo cual, la sociedad debe proporcionar ayuda a estas personas dependientes. (...)</p>	<p>En el modelo médico, la atención se centra en gran medida de la deficiencia de la persona, que se representa como fuente de la discapacidad.</p> <p>Las necesidades y derechos de la persona son absorbidos o identificados con el tratamiento médico proporcionado (y, en ocasiones, impuesto) al paciente. (...)</p>	<p>El modelo social introduce un pensamiento muy diferente: La discapacidad es reconocida como la consecuencia de la interacción del individuo con un entorno que no da cabida a las diferencias (funcionales y orgánicas) de ese individuo. La falta de accesibilidad en el entorno impide la participación del individuo en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. La desigualdad no se debe a la deficiencia, sino a la incapacidad de la sociedad para eliminar los obstáculos que obstaculizan la inclusión de las personas con discapacidad. Este modelo pone a la persona en el centro, no a su deficiencia y reconoce los valores y derechos de las personas con discapacidad como parte de la sociedad. (...)</p>	<p>El enfoque de derechos humanos de la discapacidad parte y se basa en el modelo social, mediante el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos y el Estado y otros agentes tienen la responsabilidad de respetar a estas personas y sus derechos.</p>

Los tipos de discapacidad existentes son:

- Motriz (física). Limitación del movimiento, ausencia o parálisis de una, dos o las cuatro extremidades.
- Sensorial. Visual y Auditiva
- Intelectual (cognitiva). Restricciones significativas en el funcionamiento intelectual y en el desarrollo de las habilidades adaptativas para su edad y entorno social.
- Mental-Psicosocial. Alteración bioquímica que afecta la forma de pensar, sentimientos, humor, habilidad de relacionarse con otros y comportamiento.

Más de 1.000 millones de personas viven con algún tipo de discapacidad. Esta cifra representa alrededor del 15% de la población mundial. Entre 110 y 190 millones de personas tienen grandes dificultades para vivir normalmente. La proporción de personas con discapacidad está aumentando, lo que se atribuye al envejecimiento de la población y al aumento de las enfermedades crónicas a escala mundial.⁴

En nuestro país, para el censo de población y vivienda de 2010 realizado por el Instituto Nacional de Geografía e Informática contabilizó a 5 millones 739 mil 270 personas con alguna discapacidad, lo que representa 5.1% de la población total.⁵

II. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

⁴<http://www.who.int/features/factfiles/disability/facts/es/> Fecha de consulta 22 de octubre de 2014

⁵<http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/discapacidad.aspx?tema=P> Fecha de consulta 22 de octubre de 2014

(ONU 2007), establece que:

“El propósito de ésta es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.⁶

Así mismo el mencionado instrumento internacional refiere en su artículo 3º Los Principios Generales, mismos que enlisto a continuación:

Los principios de la presente Convención serán:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.⁷

⁶<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf> Fecha de consulta 22 de octubre de 2014

⁷<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf> Fecha de consulta 22 de octubre de 2014

Así mismo el artículo 4 establece las Obligaciones generales que tendrán los países miembros:

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;

d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;

e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;

f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices; (...) ⁸

⁸*Idem.*

Por último, señalaré lo sustentado en el artículo 5 de la mencionada Convención y que nos habla propiamente de la Igualdad y no discriminación:

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.
3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.
4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Las características propias de éste tratado internacional son:

- Es el primero del siglo XXI
- Es el octavo sobre derechos humanos
- Es el primero jurídicamente vinculante (obligatorio) sobre derechos humanos de las personas con discapacidad

Hasta la fecha han firmado esta Convención cerca de 150 países y organizaciones de integración regional, y 100 la han ratificado. El informe de la OMS/el Banco Mundial sobre discapacidad proporciona las mejores pruebas científicas disponibles para asegurar el mejoramiento de la salud y el bienestar de las personas con discapacidades en consonancia con la Convención.

III. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Ya visto lo establecido fundamentalmente por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, nos disponemos a realizar un análisis propiamente por lo dispuesto en el Artículo 1° de nuestra Carta Magna:

Título Primero Capítulo I De los Derechos Humanos y sus Garantías

Denominación del Capítulo reformada DOF 10-06-2011

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

Párrafo reformado DOF 10-06-2011

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

Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

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.

Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

Está prohibida la esclavitud (...).

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Párrafo reformado DOF 04-12-2006, 10-06-2011

Artículo reformado DOF 14-08-2001⁹

De lo anterior podemos analizar que de manera literal existe una aparente armonía global, sin embargo nos encontramos frente al eterno paradigma de la praxis, en la que culturalmente nos ha costado mucho la adaptación y aceptación de personas y/o grupos a los que históricamente nos ha valido mucho esfuerzo ser incluidos en una sociedad igualitaria. Ya lo decía Michel Foucault, haciendo una analogía de la discapacidad con la locura, “La locura no se puede encontrar en estado salvaje. La locura no existe sino en una sociedad, ella no existe por fuera de las formas de la sensibilidad que la aíslan y de las formas de repulsión que la excluyen o la capturan”.¹⁰

CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

La firma y ratificación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2007, ha sido de suma importancia para establecer la igualdad de derechos de las personas con discapacidad, y que ha motivado, entre otros, la Reforma Constitucional de junio de 2011 en materia de Derechos humanos en nuestro país, misma que nos está llevando a ser el parte aguas de un nuevo modelo social.

⁹<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm> Fecha de consulta 22 de octubre de 2014

¹⁰Fragmento de Locura y civilización <http://riochico.wordpress.com/2008/07/25/michel-foucault-textos/> Fecha de consulta 22 de octubre de 2014

Por consiguiente, se requiere de una total armonización de la normatividad nacional de acuerdo a los instrumentos internacionales para lograr una efectividad en materia de Derechos humanos.

Se requiere de mayor participación y vinculación de organizaciones civiles, sociedad y gobierno en la elaboración de informes y resultados en el tema de discapacidad.

Se deberán atender las recomendaciones establecidas por el Comité destinado por parte de la Convención.

REFERENCIAS

Astorga Gatjens, Luis Fernando. (2014) Sin acción, no hay derecho” Instituto Interamericano sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo, PROLITSA S.A. San José, Costa Rica.

Morales Gil de la Torre, Héctor. “Introducción: notas sobre la transición en México y los derechos humanos”, en Derechos humanos: dignidad y conflicto.- México: Universidad Interamericana, 1996.

<http://riochico.wordpress.com/2008/07/25/michel-foucault-textos/Fragmento de Locura y civilización>. Fecha de consulta 22 de octubre de 2014

<http://www.who.int/topics/disabilities/es/> Fecha de consulta 22 de octubre de 2014

<http://www.who.int/features/factfiles/disability/facts/es/> Fecha de consulta 22 de octubre de 2014

<http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/discapacidad.aspx?tema=P> Fecha de consulta 22 de octubre de 2014

<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convopt-prot-s.pdf> Fecha de consulta 22 de octubre de 2014

<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convopt-prot-s.pdf> Fecha de consulta 22 de octubre de 2014

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm> Fecha de consulta 22 de octubre de 2014

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

ELESBAN XOCHIHUA VÁZQUEZ

INTRODUCCIÓN

El neoconstitucionalismo hace referencia a un fenómeno jurídico de gran impacto en lo que se refiere al paradigma del Estado Constitucional, correspondiendo dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspositivista del Estado Legislativo de Derecho, y el modelo neo-iuspositivista del Estado Constitucional de Derecho, que surgió en el viejo continente (Europa), después de la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y del Control de Constitucionalidad de las leyes ordinarias.

Los derechos humanos deben ser sustraídos de la disponibilidad de la política y del mercado, formulados en forma de regla general, confiriéndolos igualmente para todos, deben estar garantizados en los derechos humanos todos los derechos vitales, cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida, los derechos civiles y políticos, los derechos sociales, el nexo entre derechos e igualdad y como leyes del más débil.

El constitucionalismo se concibe como un sistema de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, por los principios y los derechos fundamentales en ella establecidos, a todos los poderes públicos. La garantía jurídica de efectividad de este sistema reside en la rigidez de las constituciones, por la previsión de procedimientos especiales para su reforma, y por otro por la creación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, dando como resultado un nuevo modelo de derecho y de democracia, el Estado Constitucional de Derecho, dando un cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del Estado Legislativo de Derecho, en el Estado Constitucional de Derecho no existen poderes soberanos, ya que están sujetos a las cartas constitucionales.

II. NEOCONSTITUCIONALISMO, DERECHOS HUMANOS Y GLOBALIZACIÓN

Los derechos sociales, no son derechos justiciables, y el reto del neoconstitucionalismo

El debate de si los derechos sociales son derechos justiciables es un tema central en las discusiones jurídicas, la falta de justiciabilidad de los derechos sociales se atribuye a la falta de legitimación democrática de los órganos jurisdiccionales y el de la incompetencia de los jueces para lidiar con cuestiones económicas.

Al respecto Christian Courtis¹, comenta:

El paradigma del derecho social es un paradigma joven en comparación con el del derecho privado. Pero a eso se suma otro problema. La primera manifestación del derecho social, como tal, está relacionada con los derechos vinculados con la situación del trabajo asalariado. Desde el punto

¹Courtis Christian. *Los Derechos Sociales en Perspectiva: La Cara Jurídica de la Política Social*, citado por Miguel Carbonell, *Ensayos Escogidos, Teoría del Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, p. 187.

de vista histórico, la primera etapa de consolidación de estos derechos ha tenido que ver con la idea de centralidad del trabajo, que es una idea muy poderosa y que atraviesa gran parte de las teorías emancipatorias de los siglos XIX y XX, entre ellas el marxismo. El trabajo se utiliza como categoría central para entender la sociedad, las divisiones de clases, las luchas de clases, la emancipación, la explotación. Y por ende el nacimiento y desarrollo del derecho social están marcados a fuego por el intento de codificar en términos jurídicos los conflictos relacionados con el trabajo asalariado.

El control jurisdiccional constitucional de los derechos humanos en el neo-constitucionalismo

Los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático se caracterizan por principios fundamentales, como lo son la Dignidad humana, la libertad, la igualdad, los derechos humanos vinculan como derecho directamente vigente al Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial, el Control Jurisdiccional se extiende sobre los tres poderes, los derechos fundamentales son profundamente democráticos porque aseguran el desarrollo y existencia de las personas gracias a los derechos a la vida, libertad e igualdad, manteniendo estable el procedimiento democrático.

Santiago Sastre Ariza², menciona al respecto:

Parece que se ha consolidado en la doctrina el uso de la expresión neo-constitucionalismo o constitucionalismo avanzado o constitucionalismo de derechos para designar el nuevo modelo jurídico que representa el Estado Constitucional de Derecho que en existe en algunos países europeos, como por ejemplo Italia, Alemania y España.

La peculiaridad de este modelo viene representada por las características o las funciones de algunas Constituciones que aparecen en la segunda

²Sastre Ariza Santiago. *La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*, citado por Miguel Carbonell, *Ensayos Escogidos, Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, p. 239.

porguerra mundial y que, ciertamente, se contraponen al papel que desempeñaban las constituciones en lo que se puede denominar constitucionalismo antiguo o decimonónico.

Los derechos vitales en el neoconstitucionalismo

El Estado Legislativo de Derecho, era producto de la legislación y la política, en el Estado Constitucional de Derecho, nos encontramos con una Moral Laica y una Democracia Formal y Sustancial, en la que se deben de garantizar los derechos mínimos vitales, como el derecho al trabajo, a la educación, a la salud, a la vivienda, a la vida, a la libertad y a la dignidad, sin los cuales la persona no puede vivir decorosamente, pasando a una sobrevivencia en un capitalismo salvaje, los derechos humanos son las leyes del más débil, atendiendo a la protección de las clases sociales económicamente débiles, lo que en un Estado Constitucional Democrático Social de Derecho no es viable y que el Estado Mexicano tiene un pendiente, no obstante que el control de convencionalidad es un avance muy importante y que se entra más a un Estado Constitucional, en el caso Mexicano, como lo dispone la reforma de 2011 al artículo 1º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Vigor³:

Título Primero

Capítulo I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

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

³Agenda de amparo, Editorial, Ediciones Fiscales ISEF, Vigésima Novena Edición, México 2014. p. 1.

ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Luigi Ferrajoli⁴, expresa al respecto:

La crisis de la democracia constitucional de nuestro ordenamientos se manifiesta en el paulatino abandono, tanto en la praxis como en la concepción de la democracia, del principio de la sujeción de los poderes de la mayoría a la ley y en la tendencia de todos los poderes, tanto políticos como económicos, a acumularse y relegitimarse en formas absolutas. Sus factores específicos son muchos. Son, sobre todo, factores objetivos: piénsese, por un lado, en la crisis del principio de la legalidad que siguió a la transferencia de cuotas crecientes de funciones normativas, tradicio-

⁴Ferrajoli Luigi. *Democracia y Garantismo*. Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, 2008. p. 310.

nalmente reservadas a los Estados, mas allá de sus confines nacionales, y, por otro lado, en la inflación legislativa, que provoco, en los países avanzados, un colapso de las capacidades regulativas del derecho. En segundo lugar, están los factores de carácter y más propiamente político: la vocación creciente a la ilegalidad de todos los poderes, privados y públicos, reforzada por el triunfo de las ideologías liberales en el terreno económico y plebiscitarias y populistas en el político, unas y otras contrarias a los límites y a los vínculos propios del constitucionalismo democrático, la consiguiente concepción de la libertad y de la democracia –en una palabra, de la liberal democracia- como ausencia de reglas y de controles, de límites y vínculos, tanto para la autonomía privada y, por tanto, para los poderes del mercado, como para las decisiones de la mayoría y, por tanto, para los poderes políticos del gobierno.

CONCLUSIÓN

El neoconstitucionalismo explica u fenómeno jurídico relativamente reciente dentro del Estado Constitucional, y que su explicación se divide en tres distintos niveles de análisis, como lo son los Textos Constitucionales: en donde se explica un conjunto de textos constitucionales que comenzaron a surgir después de la segunda guerra mundial, como lo son la Constitución Española, Brasileña y la Colombiana; Practicas Jurisprudenciales: Como consecuencia y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la practica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando relevantemente; Desarrollos Teóricos; los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial, que dan aportaciones y contribuyen a crear el fenómeno jurídico, y que sin duda el Principio Pro Personae es esencial en el Constitucionalismo Mexicano y otros Constitucionalismos del Mundo.

LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD, FACULTAD DISCRECIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

JOSÉ LUIS VICENTE GARCÍA

Derivado de la reforma realizada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Seguridad y Justicia Penal, publicada en Diario Oficial de la federación con fecha 18 de junio de 2008, se establece en México un Nuevo Sistema de Justicia Penal en el que incluye una restructuración al proceso penal que venimos desarrollando, dando cabida a un proceso de tipo acusatorio que se desarrolle de forma oral, a través de un sistema de audiencias, en el que se garantice la igualdad de las partes, así como el derecho que tienen a conocer y debatir las argumentaciones de su contraparte. Un proceso acusatorio que opera basado en el principio de presunción de inocencia a favor del ciudadano, atribuyendo la obligación al estado de probar al Juez la culpabilidad del imputado, mediante pruebas que son desahogadas en audiencia oral, bajo los principios de publicidad, concentración, contradicción e inmediatez. Tal y como lo establece el artículo 20, apartado B fracción I, en relación con el apartado A fracción V.

“Artículo 20.

Apartado B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;”

“Apartado A. De los principios generales:

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal.”

De igual forma, el nuevo proceso penal acusatorio cuenta con filtros que permitan despresurizar los procesos, buscando con ello, que únicamente llegue la etapa de Juicio, aquellos asuntos que por su importancia, trascendencia y complejidad, no fueron posibles de arreglo o solución mediante la aplicación de una salida alterna, o modo simplificado de terminación del proceso en las primeras etapas del proceso.

Este sistema adjetivo penal, dota al Fiscal del Ministerio Público de nuevas facultades como lo es la aplicación del criterio de oportunidad, que consiste en cerrar una investigación inclusive, aun y cuando el Ministerio Público, se encuentre ante un hecho constitutivo de delito, y sin embargo, ya no tendrá la obligación de ejercitar acción penal, iniciar un proceso judicial y buscar una sentencia condenatoria.

En esa tesitura, el párrafo séptimo del artículo 21 de la Carta Magna establece lo siguiente:

El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

De la lectura del artículo anterior, se desprende que la aplicación del criterio de oportunidad por parte del Ministerio Público, no radica en una obligación que le exija aplicarlos en todos los casos que se le presenten, aún y cuando se encuentre en los casos que prevea la ley. El

término podrá, facilita hacer algo, mientras el término deberá, obliga.¹

Por su parte el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 256 establece, “Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público ponderará el ejercicio de la acción penal sobre la base de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido o ésta manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación”.

Algo a tomar en cuenta, es que en aquellos delitos en los que exista y se permita la reparación del daño, esta deberá quedar satisfecha, garantizada, o bien, la víctima u ofendido haya manifestado la falta de interés jurídico, antes de la aplicación del criterio de oportunidad. Así lo prevé el artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales “. . . El Ministerio Público ponderará el ejercicio de la acción penal sobre la base de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido o ésta manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación”.

Resulta necesario, tal y como lo establece el artículo 257 del Código Nacional de Procedimientos Penales, “los efectos del criterio de oportunidad son el extinguir la acción penal con respecto al autor o participe en cuyo beneficio se dispuso la aplicación de dicho criterio.”

De la lectura de los artículos citados, se desprende que los Criterios de oportunidad:

- a. Es una facultad del Ministerio Público
- b. No es una obligación para el Fiscal su aplicación en todos los casos
- c. El Ministerio Público podrá aplicarlos en los supuestos que fije la ley.

¹Diccionario de la Lengua Española. www.rae.es

- d. Permite al Ministerio Público obviar el ejercicio de la acción penal
- e. Debe de haberse satisfecho o garantizado la reparación del daño (en aquellos delitos que lo permitan)

Una vez teniendo los elementos del criterio de oportunidad así como los efectos que causa, se puede definir a los criterios de oportunidad, como una facultad discrecional que tiene el Fiscal del Ministerio Público para concluir una investigación en los supuestos que fija la norma secundaria, y que al aplicarlos se tiene por concluida o cerrada una investigación.

Una vez que he procedido a dar una definición de los criterios de oportunidad, ahora tenemos que señalar cuáles son esos supuestos en los que el Fiscal del Ministerio Público puede aplicarlos, y para tal efecto tendré que citar el artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales, mismo que establece los casos en los que se puede aplicar esta figura.

- a. Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de la libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia.
- b. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares.
- c. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena.
- d. La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por

el hecho delictivo carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta al inculpado por otro delito, o la que podría aplicarse al mismo por otros delitos o bien, por la pena que previamente se le haya impuesto o podría llegar a imponérsele en virtud de diverso tramitado en otro fuero.

e. Cuando el imputado aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio. En estos supuestos, los efectos del criterio de oportunidad se suspenderán hasta en tanto el imputado beneficiado comparezca a rendir su declaración en la audiencia de juicio.

f. Cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa, y

g. Cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal.

Conociendo los casos que la ley nacional adjetiva penal, permite al Ministerio Público aplicar un criterio de oportunidad, podemos comentar lo siguiente:

Con respecto al inciso e), es necesario observar que en delitos como el de delincuencia organizada, o bien, secuestro, a todos los imputados se les podrá imputar como autores de estos delitos, sin embargo, ¿cómo se podría aplicar el criterio de oportunidad a un imputado cuya participación en éstos delitos sea mínima como la persona que sólo le daba de comer a la víctima secuestrada o el que cuidaba la casa en la que el grupo de delincuencia organizada acopiaba la droga y las armas de fuego, y el Ministerio Público quiera pactar con él, la aplicación del criterio de oportunidad para el éxito de su investigación?, el inciso señala, “cuando el imputado aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del que se le imputa. . . .”, pero

ya se ha dicho que en ese tipo de delitos a todos se les imputa por el mismo delito, entonces, el Ministerio Público no podría aplicar el criterio de oportunidad a favor de este imputado, ya que no estaríamos ante la hipótesis de un delito más grave; resulta necesario, que se establezca como requisito, la aplicación del criterio de oportunidad basados en la mínima o exigua participación en el delito y no sólo en términos de un delito más grave.

Ahora bien, con respecto al inciso f, la pregunta que tendríamos que formular sería, ¿cuándo se estaría en el supuesto de que la afectación al bien jurídico tutelado resultó poco significativa?, ¿tal vez la bofetada cuando sólo deja a la víctima una mejilla colorada?, o bien, ¿el robo de una billetera cuyo valor sea de 50 pesos y que en su interior sólo hubiera un billete de veinte pesos, si el robo no fue perpetrado con armas o violencia sobre la persona?, las preguntas ante este supuesto pueden seguirse formulando, sin embargo, lo que preocupa es la discrecionalidad que tiene el Fiscal del Ministerio Público, al dársele la oportunidad de la aplicación del criterio de oportunidad ante lo que el considere que es una afectación poco significativa al bien jurídico tutelado. En este supuesto se tiene un claro ejemplo de la discrecionalidad que tiene el Ministerio Público en la aplicación del criterio de oportunidad.

Continuando con el tema de la discrecionalidad, tenemos que decir que ni la Constitución Federal o el Código Nacional, establecen las veces que el Ministerio Público podrá aplicar el criterio de oportunidad a una misma persona en un determinado tiempo, el problema radica en lo siguiente:

1.- ¿En que se basará el Ministerio Público para decidir aplicar el criterio de oportunidad a una misma persona que ha sido detenida en tres ocasiones en un mes por hechos delictivos que se encuentran en la hipótesis del inciso a), y otra persona que fue detenida por primera vez por un hecho delictivo similar y a esta última no decide aplicarle el criterio de oportunidad?

Pensar, en el absurdo de normar el criterio de oportunidad, para que su aplicación sea por única ocasión a cualquier imputado, perderíamos de vista la verdadera finalidad de los criterios de oportunidad, que son servir de filtro al proceso penal acusatorio, es decir, despresurizar el actuar jurisdiccional en materia penal.

La solución tampoco radica en establecer en el Código Nacional, que únicamente se aplique a primo delincuentes, y no se aplique a reincidentes, lo que sería un error en la terminología empleada, ya que atendiendo al principio de presunción de inocencia, sólo tendremos reincidentes cuando el imputado haya sido condenado por la comisión de un hecho delictivo similar, por lo que mientras no exista sentencia condenatoria entonces una persona a la que se le ha otorgado ya un criterio de oportunidad y que la misma vuelva a delinquir no puede ser considerada reincidente, toda vez que no ha sido condenada culpable, por lo que en este caso la persona sigue siendo primo delincuente, por lo que no es lógico usar estos términos para tratar de buscar una solución al problema.²

El problema radica en que si operara de esta manera no se lograría el objetivo primordial de despresurizar el proceso penal acusatorio y poner mayor atención y recursos en aquellos delitos que afectan gravemente el interés público, ello en razón que no tiene caso la persecución y sanción de este tipo de delitos menores, toda vez que se ha logrado en los mismos la reparación del daño, recordemos que este es un requisito de procedencia de los criterios de oportunidad.

2.- ¿En que casos el Ministerio Público considerará en términos del inciso f), que la afectación al bien jurídico tutelado fue poco significativa?

Este supuesto, adquiere el carácter de discrecional en el criterio que adopte cada Fiscal del Ministerio Público en la aplicación de esta hipótesis normativa.

²Novena Época, Tesis: VI.2o.P.80 P, Tomo XXV, Pag. 1759, Marzo de 2007

3.- Falta de unificación en la aplicación de los criterios de oportunidad a nivel nacional.

El aspecto teleológico del Código Nacional de Procedimientos Penales, es la instauración de un mismo sistema procesal penal que aplique a todo la nación, tal y como lo rige el Código Nacional de Procedimientos Penales, en relación al artículo 73 fracción XXI inciso c) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que la federación es competente para expedir la legislación única en materia procedimental penal, sin embargo, de la lectura del artículo 256 del Código Nacional Adjetivo Penal y basados en el análisis de la política criminal de cada entidad federativa, el Código referido permite que, cada Procuraduría emita disposiciones normativas con respecto a los criterios de oportunidad.

4.- No es un derecho del imputado, es una facultad del Ministerio Público.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el Código Nacional de Procedimientos Penales, no estipulan los criterios de oportunidad, como un derecho a favor del imputado, que pueda obligar al Ministerio Público a aplicarle un criterio de oportunidad cuando se encuentren satisfechos los supuestos y requisitos que marca la ley. La aplicación del criterio de oportunidad consiste en una decisión del Ministerio Público.

Ahora bien, una mala aplicación de los criterios de oportunidad, vulneran a la víctima u ofendido del delito, cuando:

- a. No este satisfecha o garantizada la reparación del daño,
- b. Se haya aplicado fuera de los supuestos que determina la norma
- c. Su uso discrecional sea a raíz de un mal criterio tomado por el Ministerio Público

La víctima u ofendido, cuenta con un mecanismo de defensa que le permitirá que la determinación del Ministerio Público en la aplicación de un criterio de oportunidad, sea revisada por el órgano jurisdiccional. Es necesario traer al caso, lo que establece la Carta Magna en su artículo 20 Apartado C fracción VII en relación al artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Artículo 20.

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.”

“Artículo 258. Notificaciones y control judicial

Las determinaciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, **la aplicación de un criterio de oportunidad** y el no ejercicio de la acción penal deberán ser notificadas a la víctima u ofendido quienes las podrán impugnar ante el Juez de control dentro de los diez días posteriores a que sean notificadas de dicha resolución. En estos casos, el Juez de control convocará a una audiencia para decidir en definitiva, citando al efecto a la víctima u ofendido, al Ministerio Público y, en su caso, al imputado y a su Defensor. En caso de que la víctima, el ofendido o sus representantes legales no comparezcan a la audiencia a pesar de haber sido debidamente citados, el Juez de control declarará sin materia la impugnación.

Atendiendo a este derecho de la víctima u ofendido, para impugnar la determinación del Ministerio Público en la aplicación del criterio de oportunidad, surge una interrogante, tratándose de delitos en los que la sociedad es la ofendida, ¿Quién está facultado para interponer el recurso ante la autoridad judicial?, ya que resultaría ilógico el pensar que el propio Ministerio Público como representante social, proceda a impugnar su propia determinación.

A su vez, de la lectura del artículo 258, se aprecia que el Juez convocará a una audiencia para decidir en definitiva, resulta claro que va a decidir en definitiva con respecto al agravio señalado por la víctima u ofendido, sin embargo, la interrogante a este supuesto es la siguiente: ¿Qué decisión va a tomar?, al hacer este cuestionamiento no me refiero al razonamiento que realiza el juzgador al tomar una decisión de los autos o resoluciones que dicta, sino a que en el Código no se establece los alcances de la decisión, entonces ¿Qué pasa si el Ministerio Público no da razones suficientes o prueba que su determinación sobre un criterio de oportunidad fue debidamente aplicado?, otro tema importante que resalta, es que no se establece el desarrollo de esa audiencia, ¿se escucha primero a la víctima u ofendido como solicitantes de la audiencia?, o ¿se escucha directamente al Ministerio Público para que justifique la aplicación de un criterio de oportunidad?, ¿La víctima u ofendido pueden comparecer con un asesor jurídico que en audiencia participe debatiendo con el Ministerio Público con respecto a términos jurídicos?.

La falta de normatividad y reglamentación, dejan lagunas jurídicas, que si bien es cierto muchas de ellas se pueden resolver atendiendo a los principios que rigen el proceso penal acusatorio, lo ideal sería una correcta reglamentación sobre el desarrollo de esta audiencia y los alcances y efectos de la decisión judicial.

Atendiendo lo anterior, resulta necesario establecer las ventajas y desventajas del criterio de oportunidad

VENTAJAS

1. Despresurizar, ser un filtro al proceso penal acusatorio, para que no todos los asuntos lleguen a ser enjuiciados.
2. Únicamente se utilizarán los recursos públicos en delitos de trascendencia social y que afecten gravemente el interés público.
3. El Indiciado tendrá que resarcir el daño a la víctima u ofendido para gozar de este beneficio.

4. Se puede aplicar a una misma persona en varias ocasiones siempre y cuando el hecho delictivo entre en alguno de los supuestos que se han mencionado.

5. Que a pesar de ser una facultad discrecional del Ministerio Público, la misma puede ser impugnada ante la autoridad jurisdiccional, quien en audiencia a la que asista la víctima u ofendido, escuchará las razones que exponga el Ministerio Público que le llevaron a determinar la aplicación del criterio de oportunidad.

DESVENTAJAS

1. La discrecionalidad con la que cuenta el Ministerio Público en la aplicación de los criterios de oportunidad. Por ello, es necesario establecer en el Código Nacional, más disposiciones que rijan el actuar del Ministerio Público en la aplicación de los criterios de oportunidad, para que la aplicación sea sustentada en la norma jurídica, y no en criterios discrecionales del Ministerio Público, ya que dicha discrecionalidad, origina incertidumbre jurídica y falta de certeza legal en su operación.

2. El criterio de oportunidad aplicado para una misma persona por la comisión de varios hechos delictivos, a lo largo de un tiempo determinado, puede resultar que la comisión de delitos menores se vuelva el *modus operandi* de los criminales.

PROPUESTA

Mi propuesta va encaminada a quitar la discrecionalidad del Ministerio Público en la aplicación de los criterios de oportunidad, por lo que deberá normarse en el Código Nacional, el número de veces que se le puede aplicar a una misma persona en un determinado lapso de tiempo, así mismo, se deberá normar la audiencia solicitada por la víctima

u ofendido en la que ejercen su derecho contemplado en el artículo 258 del Código adjetivo penal nacional; establecer a favor de una institución pública la facultad de impugnar en aquellos casos que la víctima u ofendido resulten ser la sociedad, una vez hecho lo anterior, la aplicación del criterio de oportunidad podrá dar una certeza jurídica, para los actores del proceso penal, imputado, víctima u ofendido y la sociedad.

RETOS EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO

JOSÉ JUAN TEMOLTZIN DURANTE

PRESENTACIÓN

Tanto para la materia penal como para la de amparo, el 18 de junio de 2008, resulta trascendente pues en el Diario Oficial de la Federación se publicó la reforma a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, y 22, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con la cual el sistema penal inquisitorio mutará al acusatorio. Por disposición de sus disposiciones transitorias, en todo el país deberá adoptarse este sistema a más tardar en el 2016.

Desde entonces, se ha provocado en el foro de estudiosos muchos seminarios; talleres de litigación, mesas redondas, innumerables publicaciones, congresos y conferencias. Nosotros queremos estar a tono para que la población mexicana pueda comprender los retos en la aplicación de los principios del nuevo sistema acusatorio.

Para ello, se ofrece un panorama coloquial que permita al justiciable un entendimiento claro dado que muchos de ellos no son especialistas en la materia.

Esperando que la breve explicación de los principios del nuevo sistema acusatorio en este modesto estudio entregue como fruto un adecuado diagnóstico de los retos en la aplicación de los mismos en el nuevo sistema, presentamos ante ustedes lo que puede implicar una violación al principio de igualdad procesal en el nuevo modelo de justicia penal.

INTRODUCCIÓN

La reforma de 18 de junio de 2008 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es una de las más importantes que ha tenido nuestro país. En efecto, se adopta un nuevo sistema de justicia penal denominado acusatorio, adversarial y oral.

El paradigma de este nuevo sistema de enjuiciamiento penal requiere, desde luego, el diagnosticar o establecer los retos en la aplicación de los principios del nuevo sistema. Reflexionando al respecto, desde el punto de vista teórico que es nuestro marco conceptual, debemos describir o enunciar sucintamente los principios de este nuevo sistema únicamente para que nos ayuden a comprender los nuevos contenidos constitucionales y los propiamente procesales a fin de que se nos permita anticiparnos a posibles violaciones de gran calado al operar este nuevo sistema de justicia penal.

Es nuestro deseo que este modesto trabajo que sometemos a su consideración sea un documento que permita o contribuya a prevenir esas posibles violaciones de gran calado al operar este nuevo sistema de justicia penal, sin olvidar que el empleo de un lenguaje inadecuado, complicado o inentendible harían nugatorio un correcto diagnóstico de los retos en la aplicación de los principios del nuevo sistema acusatorio, adversarial y oral.

I. ARTÍCULO 20, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito

y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

II. PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

El sistema de justicia penal acusatorio-contradictorio se identifica con las formas democráticas de gobierno y en las que existe una efectiva vigencia de un Estado Constitucional de Derecho. Este sistema se caracteriza, por lo siguiente:

a) Es uniinstancial en relación a la sentencia definitiva (sea que existan jurados o Tribunales Colegiados). Por excepción se prevé la posibilidad de interponer recurso de apelación respecto de otras resoluciones. Sin embargo, el recurso típico es el de casación o nulidad.

b) La acusación se le confía al Ministerio Público y, en ocasiones y generalmente respecto de delitos menores, a particulares. Sin embargo, que exista la acusación es un requisito sine qua non y, también, que sea función ajena al Juzgador, quien no es por regla general quien realiza la investigación (principio que contiene la máxima “el que instruye no debe fallar”). Se impide la parcialidad del Juez; pues éste se dedica a la función que le es propia: dictar sentencia.

c) Igualdad de las partes. Es el derecho a la efectiva defensa letrada del acusado, durante todo el proceso, de gozar de su libertad mientras se sigue el proceso en su contra (salvo calificadas excepciones) y en tener idénticas ventajas procesales que su acusador.

d) Pasividad y efectiva imparcialidad del Juzgador. Este conoce lo que las partes proporcionan y emite su fallo de acuerdo a ello. Su imparcialidad se asegura mediante diversos mecanismos, tanto la subjetiva (estableciendo inhabilidades, tales como parentesco, amistad o enemistad, interés, etcétera), como la objetiva (es decir, que el mismo Juzgador no debe ejercer, sucesivamente, las funciones de instructor y de Juez sobre el fondo del asunto).

e) Libertad en el ofrecimiento y en la apreciación de las pruebas rendidas. Sin embargo, se prohíben decisiones arbitrarias desde que la decisión jurisdiccional debe ser adecuadamente fundamentada, aunque se adopte conforme a equidad, de acuerdo al leal saber y entender de los sentenciadores, o “con libertad”.

f) Oralidad del juicio. La argumentación jurídica verbal es obligación de todos los sujetos que intervienen en la relación jurídico-procesal.

g) Publicidad de las actuaciones procesales. Permite que el común de las personas tenga acceso a la forma de ejercicio de la justicia, provocando también un efecto preventivo, en la medida que se perciba que la respuesta punitiva es rápida y eficaz.

h) Contradictorio. Desde el primer momento en que un ciudadano es acusado tiene derecho a saber los cargos formulados (derecho a la “intimación”) y las pruebas en su contra; cargos y pruebas que podrá desvirtuar o contradecir.

Principio de publicidad

El diccionario de la Real Academia, define a la publicidad como el conjunto de medios que se utilizan para divulgar o extender la noticia de la cosa o de los hechos. Así, la publicidad tiene como sentido primordial consolidar la confianza de los gobernados en la administración de justicia penal, para que se entienda cuáles son los órganos del Estado responsables de sus actuaciones y poder reconocer en sus resolucio-

nes las garantías judiciales básicas, como es el caso de los valores sociales que fundan la convivencia social.

Principio de contradicción

Según este principio, el proceso penal es una controversia entre dos partes contrapuestas que pugnan porque el Juez les dé la razón, el Ministerio Público y la víctima, por un lado, y el presunto imputado, por el otro. Los primeros buscarán demostrar la responsabilidad penal del imputado, mientras que el segundo pretenderá que se declare su inocencia o, en todo caso, que se le imponga la pena menos grave. Finalmente el juez, tomará una decisión sobre la base de los argumentos presentados por cada una de las partes.

Principio de concentración

En las etapas de desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deben concurrir en un mismo acto procesal. El estado de la cuestión hace evidente el olvido de que la concentración va ligada íntimamente a la oralidad, al igual que con la mediación judicial. Por tanto, para el nuevo modelo del proceso penal requerido, la concentración supondrá que los actos deben realizarse en una sola audiencia, o en las menores posibles próximas en el tiempo, a fin de que lo actuado se mantenga fresco en la memoria del Juzgador al momento de sentenciar.

Principio de continuidad

Que se evidencia en la posibilidad de que la audiencia oral se inicie y continúe hasta su culminación, a fin de evitar dilaciones. Los procesos desarrollados en este sistema de enjuiciamiento buscan que las audiencias

sean continuas, es decir, que sea única la audiencia en la que se resuelva la cuestión planteada en la misma, y que sólo por excepción el Juez la suspenda, por sobrevenir circunstancias especiales que la justifiquen.

Con esa continuidad de actuaciones se pretende que el proceso no se disperse, con el propósito de que exista la mayor proximidad entre el momento del desahogo de pruebas, debate de las mismas, alegatos y argumentaciones, deliberación o discusión y sentencia.

Lo anterior, con la finalidad de que el Juez no pierda la percepción e integración del proceso, ya que en caso contrario las audiencias se realizarán de manera dispersa y se pierde el tiempo en la unión de las actuaciones procesales, al desarrollarse en audiencias que no son continuas, haciendo que el Juez dilapide aspectos precisos y puntuales de las pruebas y argumentos de las partes en debate.

Principio de inmediación

Implica que el Juzgador tenga el mayor contacto personal con los elementos subjetivos y objetivos que conforman el proceso. Una de sus consecuencias se orienta en el sentido de evitar que se produzcan cambios en las personas físicas titulares del órgano jurisdiccional, durante la tramitación del proceso.

Lo más sano y conveniente para obtener la búsqueda de la verdad, es que el Juez observe y escuche a los litigantes, a los defensores, testigos y peritos de manera pronta e inmediatamente o lo más posible cercano al día de los hechos que se investigan. Peyrano opinó al respecto lo siguiente: “solo cuando el proceso es “vivido” por el Juez, puede este ponderar las reacciones y los gestos de partes y declarantes, pautas inapreciables para descubrir al mendaz o comprobar la veracidad de sus dichos¹.

¹Flores Cruz, Jaime. *Análisis sobre la Nomenclatura empleada en el nuevo Sistema de Justicia Penal previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2012. P. 203.

Retos en la aplicación de los principios del nuevo sistema acusatorio

Con respecto a la Igualdad de las partes que consiste en el derecho a la efectiva defensa letrada del acusado, durante todo el proceso, de gozar de su libertad mientras se sigue el proceso en su contra (salvo calificadas excepciones) y en tener idénticas ventajas procesales que su acusador, debe reflexionarse con respecto a que las instituciones del Ministerio Público en las Entidades Federativas de nuestro país sí cuentan con auxiliares integrados a su mando y estructura como lo son las respectivas Direcciones de Servicios Periciales. En cambio, por lo que toca a los defensores públicos de las diferentes Entidades Federativas no cuentan con esos auxiliares. Entonces, en un Estado Constitucional de Derecho, un imputado podría obtener su libertad por violación al principio de igualdad procesal de las partes, es decir, por no tener idénticas ventajas procesales que su acusador. Estimamos en este modesto trabajo que ello constituye uno de los retos en la aplicación de los principios del nuevo sistema acusatorio y que implica desde luego, recomendar a los Congresos Estatales se sirvan legislar para que las Defensorías Públicas de cada Entidad Federativa cuenten con las mismas ventajas que el órgano acusador en el nuevo sistema de justicia penal. Debe comprenderse que en un contexto global, ese nuevo sistema tiene fines de prevención general que impactan en la estabilidad, en el orden público y en la tranquilidad de la sociedad y por ello urge establecer una política pública en favor de la cultura de la legalidad entendida como interdependiente de la igualdad procesal de las partes en el nuevo sistema de justicia.

Mientras que los gobernantes sólo pueden hacer lo que la ley les permite, los gobernados están facultados para realizar lo que la norma jurídica vigente no les prohíbe. Cuando el poder público o cuando los individuos actúan en sentido contrario a este apotegma, debe intervenir el sistema de justicia para recobrar el orden y restituir la normalidad. Este ideal es uno de los retos en la aplicación de los principios del nuevo sistema. De esta manera, se debe comprender que

dichos principios no es solo un asunto de abogados, de académicos, de investigadores, de legisladores, de policías, de Ministerios Públicos o de los Jueces, sino de toda la sociedad civil. Practicar una cultura de la legalidad, entendida ésta también como la conjugación de dos variables sustantivas: conocimiento y observancia por parte de la sociedad de los principios del nuevo sistema de justicia penal acusatorio y obediencia a los mismos.

Quizá veamos pronto estos retos cumplidos ya que aún el nuevo sistema de justicia penal no ha sido implementado en la Federación y en algunas Entidades Federativas; empero, al hacerlo creemos que estos principios del nuevo sistema estarán siendo conocidos y observados paulatinamente por toda la población.

REFERENCIAS

- Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Prólogo, Notas y Actualización*. 170ª. Edición, México, Porrúa, 2013.
- Esquinca Muñoa, César. *La Defensoría Pública Federal*, México, Porrúa 2003.
- Flores Cruz, Jaime, *Análisis sobre la Nomenclatura empleada en el nuevo Sistema de Justicia Penal previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2012.
- González Obregón, Cristal, *Manual Práctico del Juicio Oral*, 2ª ed. México, UBIIJUS, 2010.

LA DIGNIDAD HUMANA Y LA NO DISCRIMINACIÓN

MARÍA GUADALUPE TEMOLTZIN BUSTILLOS

PRESENTACIÓN

Es claro que en los tiempos actuales se requieren de ciertos instrumentos procesales para proteger a las personas de aquellos sujetos que detentan el poder así como de nuestros semejantes, sin embargo, primero se debe aprender a reconocer que existen ciertos derechos, los cuales son inherentes a las personas, una vez que se tenga conocimiento de esto, nos podríamos dar a la tarea de hablar de medios de protección, pero todo debe llevar un orden y sin el conocimiento previo de esos derechos, no tendría ningún caso.

Muchos han hablado de la Dignidad Humana y la no discriminación pero no son conscientes de la importancia que estos conceptos implican y los manejan, únicamente, desde el punto de vista filosófico.

Presento ante ustedes un breve escrito que permitirá percibir desde otros puntos de vista dichos preceptos, para que se tenga conciencia de que no son sólo palabras románticas sino que también forman parte del nuevo sistema jurídico mexicano, mismo que ha tenido un avance y desarrollo.

INTRODUCCIÓN

Se tiene la idea de que el Derecho más importante que tienen los seres humanos es el derecho a la vida, no se analiza el trasfondo que esta afirmación puede llevar, ya que la vida por sí misma no garantiza ningún bienestar.

Dicha afirmación sobre el derecho a la vida, es totalmente falsa, ya que los Derechos Humanos no surgieron por protección a la vida sino más bien como una forma de enriquecimiento a la Dignidad Humana, es este valor el que le da fuerza a todos los demás derechos, ya que de que serviría una vida miserable o de esclavitud.

El maltrato de personas quedaría justificado si todos los seres humanos sólo gozarán del derecho a la vida sin dignidad, deberían conformarse con el hecho de que viven, es la dignidad el principio que les garantiza todos los demás derechos, como el de la no discriminación, la libertad y la igualdad, los cuales van perfectamente ligados y aunque son independientes uno del otro, se apoyan entre sí, gracias a la dignidad.

En este trabajo hablo de todos estos aspectos que se han enriquecido alcanzando un poder, pero que considero, hace falta brindarle más ya que no es sólo un precepto constitucional.

I. LA DIGNIDAD HUMANA

Existen principios que son fundamentales e inherentes a todo individuo por el simple hecho de ser persona, tal es el caso de la Dignidad Humana, que no sólo puede verse como un principio, también como un valor, es ahí donde radica la importancia de este concepto, sin embargo se requiere una definición del mismo para entender cabalmente a qué se refiere este.

Dignidad es aquello que las personas denominan como “la estimación pública de un hombre, que es el valor conferido a él por el

Estado”, esta idea es producto del pensamiento de Thomas Hobbes plasmado en “El Leviatán” escrito en 1650¹. Sin embargo, estar de acuerdo con esta acepción sería caer en un error muy triste, ya que si un valor como la dignidad es otorgado a las personas por un Estado quiere decir que entonces sólo unos pocos serán los privilegiados y se estaría violando otro principio fundamental que es el de la Libertad, es decir, sucesivamente iríamos violentando valores y principios hasta un punto donde hacer estos análisis ya no tendrían ningún sentido.

Para evitar dichas atrocidades cometidas en perjuicio de todas las personas debemos tener muy en claro que la dignidad humana no es otorgada por el Estado sino reconocida por éste, así pues debemos rechazar la idea y concepto de Hobbes, sin dejar de lado el conocimiento de éste.

Por otra parte, considero que la Dignidad Humana debe aterrizar desde otro punto, primero definiendo qué es persona y ésta es según Boecio “Sustancia individual de naturaleza racional”, de ahí que existe en sí mismo y no en otro siendo indivisible, de la misma manera goza de inteligencia y voluntad, mismos que le permiten dirigirse a la verdad y al bien. Tomando en consideración los aspectos que conforman a lo que Boecio considera como persona, podríamos justificar que la dignidad humana atiende al hecho de que todos gozamos de razón y una capacidad de distinción que nos permiten valorar de cierta manera lo justo de lo injusto, luego entonces nuestra dignidad surge de estas capacidades y no de un Estado que nos la brinde.

Una vez expresado lo anterior me atrevo a afirmar que la Dignidad Humana es un valor intrínseco y no relativo, con esto quiero decir que las personas nos damos ley para después auto determinarnos y es entonces cuando surge una necesidad práctica de obrar conforme a este principio, empezamos a respetarnos a nosotros mismos y darnos un valor, pero también a exigir el reconocimiento de este para no ser esclavizados, ya que si permitiéramos ese “otorgamiento” por parte

¹Hobbes, Thomas; *Leviatán*. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 71.

del Estado sufriríamos su discriminación, aquél por ser el poderoso y nosotros por ser los gobernados.

II. FUNDAMENTO DE LA DIGNIDAD HUMANA

Hablando biológicamente existe un núcleo común para todos los individuos, que recibe el nombre de “Naturaleza Humana” y que se encuentra fundamentada por el principio de que no hay dos seres humanos exactamente iguales, pero esto no quiere decir que por ser física o mentalmente de una manera, no todos puedan gozar de los principios fundamentales inherentes a las personas, la reflexión sobre este pensamiento nos lleva a conclusiones sorprendentes, porque aunque existan personas con capacidades diferentes no se les debe restar valor en su persona, es decir, su dignidad deberá seguir intacta. Por lo tanto debemos comprender que las personas son dignas por el valor ético que conllevan como elemento fundamental de su humanidad².

Atendiendo a la filosofía Kantiana sobre la ética humanística se dice que la dignidad humana se funda en un imperativo categórico que dicta que se debe obrar de tal manera que se use la humanidad tanto en nosotros mismos como en la persona de otros³. Entiendo según lo anterior que la persona, siendo un fin en sí misma tiene un valor interno, ergo el núcleo común del que hablábamos anteriormente queda perfeccionado a través de las opiniones de Kant, encontrando así un equilibrio entre ambas posturas.

Queda analizar otro aspecto, si bien lo anterior nos sirve para aclarar ideas, también es cierto que aún no llegamos al punto que he venido buscando, no obstante han tenido gran influencia en el Tribunal Constitucional Alemán, donde se ha establecido la “tesis del obje-

²Garzón Valdés, Ernesto; ¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana? En *Positivismo Jurídico*, Fontamara, México, 2006, p.p. 19-20.

³Kant, Emanuel; *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Porrúa, “Sepan Cuántos...”, 16ª. Ed., p. 49

to” a fin de desentrañar el concepto jurídico de dignidad de la persona humana, dicho concepto es de inspiración Kantiana y es el que a la fecha ha sido el más aceptado como fundamento de la dignidad humana en la práctica jurisdiccional.

Los seres humanos se merecen un trato especial y digno que posibilite su desarrollo como personas. En este sentido, el hombre es un fin en sí mismo, no un medio para usos de otros individuos, lo que lo convertiría en una cosa⁴.

Hecha tal distinción podemos apreciar los avances tanto culturales como jurídicos que se han realizado gracias a la apreciación correcta de lo que un ser humano es, poniéndonos en un nivel elevado pero necesario ya que de tal manera y en búsqueda de lo justo contamos con una protección bien merecida por el simple hecho de ser personas.

III. IMPORTANCIA ACTUAL DE LA DIGNIDAD HUMANA

Actualmente el tema de la dignidad humana se ha puesto muy de moda, pero aquellos que no conocen nuestra disciplina tal vez se pregunten por qué hoy en día nos ocupa tanto esta situación, dicho sea de paso que no sólo debe importar a los estudiosos del Derecho sino a todos aquellos que son personas, ya que por lo menos en México está tomando una gran fuerza de tal manera que es imperativo expresar la importancia de la Dignidad Humana.

Con la incursión de Derechos Humanos el 10 de Junio del 2011 se abre una puerta que permite la entrada a un nuevo sistema constitucional, se da una transición de lo que podríamos considerar una Constitución de corte Iuspositivista a una iusnaturalista, que ahora no

⁴http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/4esoetica/quincena2/quincena2_contenidos_4b.htm

sólo toma en cuenta normas, también presta especial atención a lo que son valores y principios.

Es en el artículo primero de nuestra Carta Magna donde encontramos todos los aspectos por los cuales el tema de la Dignidad Humana toma fuerza, ya que aunque no lo menciona específicamente queda sobreentendido. Así pues analizaremos los primeros párrafos de este precepto constitucional, más no el último ya que corresponde al tema de no discriminación:

Artículo 1. En los estados unidos mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece.

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley

Está prohibida la esclavitud en los estados unidos mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzaran, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En el primer párrafo del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece lo que ya se había señalado sobre el reconocimiento de los Derechos Humanos por parte del Estado, pero también se habla de la suspensión o restricción de éstos. Lo anterior se refiere al artículo 29 de la Constitución que en su contenido habla también de un tema que analizaremos más adelante: El de la no discriminación.

En el párrafo segundo de la Constitución nos habla de forma implícita de un principio que se fundamente en el de la Dignidad Humana y tal es el principio “Pro Personae” que refiere que cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se elegirá aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Visto de esta forma vemos que nuestra protección se amplía.

El tercer párrafo queda más claro ya que habla de ciertos principios que están claramente relacionados con la Dignidad Humana tal es el de Universalidad, es decir que aplica para todos y no sólo unos cuantos como opinaba Hobbes. Igualmente el principio de progresividad que es natural al igual que el de la Dignidad.

Por último el párrafo cuarto señala que queda prohibida la esclavitud y sobre la libertad que alcanzará aquel que se encuentre en este estado y llegue a territorio mexicano, es decir, a la luz de un principio de libertad existe la dignidad humana, todos los Derechos Humanos existentes quedan perfectamente ligados a la Dignidad Humana y ahí radica su importancia.

Es pues, por todo lo anteriormente expuesto que la Dignidad Humana ha adquirido una importancia tan fuerte, se ha vuelto poderosa y siempre debió ser así, ya que las leyes fueron hechas por hombres y sería una aberración que dichos hombres no tuvieran protección alguna u otra calidad que los eleve por encima de las demás especies, sin olvidar, claro está, que somos iguales.

IV. LA NO DISCRIMINACIÓN

Anteriormente hablamos de lo que es la Dignidad Humana así como de su importancia y relevancia actual, de la misma manera se mencionó la relación existente de todos los Derechos Humanos con ésta, atendiendo a dicha situación existe un derecho que no podemos dejar de lado y éste es el de la no discriminación.

Hoy en día sigue siendo motivo de estudio y análisis ya que es una actividad aún no superada, pero que con la incursión de Derecho Humanos se pretende eliminar, es decir, que gracias a la reforma del 10 de Junio del 2011 se ha dado un avance el ámbito jurídico en beneficio de los gobernados así como progreso en la ciencia jurídica.

La no discriminación es un derecho que debe ser respetado para todos y por todos, que en México ya está contemplado pero que considero hacen falta medios de defensa para aquellos casos en los que este derecho es violentado, ya que un derecho cuya protección no está contemplada es un derecho que seguramente no existe o que por lo menos, no tiene gran fuerza.

V. FUNDAMENTO DE LA NO DISCRIMINACIÓN EN MÉXICO

Como ya hemos mencionado el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla, tanto en el párrafo primero como en el último la no discriminación y que ahora toca analizar:

Artículo 1. En los estados unidos mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta constitucion y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, asi como de las garantias para su proteccion, cuyo ejercicio no podra restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitucion establece.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Poco a poco se analizará el primer y último párrafo del artículo primero de la Constitución, para que se comprenda de mejor manera lo que dictan estos preceptos que son los de mayor jerarquía, no sólo por formar parte de la Carta Magna, sino también por lo que en ellos se prevé. Esto se hará de la misma manera en que se hizo el anterior análisis:

El párrafo primero como ya mencionamos habla de la suspensión o restricción de los Derechos Humanos, y dije que se refiere al artículo 29 de la Constitución que en su contenido habla dice:

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los

derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

El artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos habla de la suspensión de garantías y los requisitos que se requieren para que esto pueda llevarse a cabo, igualmente habla del tiempo por el cual podrá hacerse, sin embargo, en el segundo párrafo del precepto constitucional parece haber una excepción a la regla, es decir, que no se podrá suspender el derecho a la no discriminación, entre otros, pero esto quiere decir que como tal, existe una importancia manifiesta.

Ahora bien, el último párrafo del artículo primero dice a todas luces y deja bien establecido que la discriminación queda prohibida y aunque no marca una sanción para aquél que la lleve a cabo, si se aplican los instrumentos correctos, podrá hacerse valer dicho derecho. Habla también de los tipos de discriminación prohibidos tales son:

- Discriminación por origen étnico o nacional
- Género
- Edad
- Discapacidades
- Condición social
- Condiciones de salud
- Religión
- Opiniones
- Referencias sexuales
- Estado civil

También habla y especifica que estos tipos de discriminación u otros no deben atentar contra la Dignidad Humanada, ni anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, pero falta algo,

no habla en ningún momento de la discriminación racionalizada, que considero es un tema poco explorado pero debe tenerse en cuenta, ya que existe y no es precisamente malo o violatorio de Derechos Humanos, es así que voy a dar una muy breve opinión y explicación de lo que considero que es o debiera ser la discriminación racionalizada.

VI. DISCRIMINACIÓN RACIONALIZADA

También conocida como Discriminación Inversa o Positiva, esta modalidad por así decirlo atiende a la obediencia de ciertos reglamentos, con la única finalidad de no afectar a otros o bien, beneficiarlos de cierta manera.

Tal es el caso de la discriminación a niños en el ámbito de la no venta de tabacos o alcohol a menores de edad, si bien entra en la categoría de discriminación por edad, tiene una razón de ser, como ya lo mencionamos, es con la finalidad de no dañar a un menor, existen reglas en las cuales se establece que no se debe vender ciertas sustancias a menores y es por eso que se da este tipo de discriminación a todas luces positiva.

De la misma manera sucede con el reglamento que establece que los fumadores deben salir de los lugares cerrados a llevar a cabo esta actividad, todo ello buscando que no se afecte en salud a aquellos que no fuman, esto inconformidad en su momento pero poco a poco fue adquiriendo cierta aceptación ya que se comprendió el fin último de esta situación.

Pero todo lo anterior es como ejemplo de lo que es correcto más no es una justificación para que se pretenda discriminar a diestra y siniestra, debe hacerse cumpliendo con ciertas especificaciones, que aun que no están del todo reglamentados, si debería respetar ciertos requisitos y uno de ellos es que con esta discriminación se busque no afectar a otro y obedecer reglamentos u órdenes.

En conclusión y como ya lo he mencionado en repetidas ocasiones, tanto la Dignidad Humana como la no discriminación están

fuertemente ligadas y me atrevería a decir que de cierto modo van de la mano, pero no surge una de la otra, únicamente todos los Derechos Humanos surgen de un principio y este es el de la Dignidad Humana.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Siempre he sostenido una idea que he compartido con diferentes estudiosos de la ciencia jurídica, muchos de ellos aceptan mi opinión, la respetan e incluso la apoya y esta es, que los Derechos Humanos no surgieron por el Derecho a la Vida sino por la Dignidad Humana.

Es la dignidad, aquel valor y principio que ha provocado, en mi opinión, los mayores avances de la humanidad, la abolición de la esclavitud, el derrocamiento de reyes tiranos, la supervivencia de judíos en campos de concentración y podría mencionar muchos casos más. La idea que quiero expresar es que las personas traen introducido, desde el uso de razón, un chip que avisa sobre injusticias y lo que no debería, así pues, los derechos humanos son exigencias éticas en el ámbito cultural.

Luego entonces, el poder se legitima sólo si protege, estos derechos humanos, entonces habrá dignidad.

LOS DERECHOS HUMANOS.

UNA APROXIMACIÓN FILOSÓFICA

JOSÉ JUAN PÉREZ RAMOS

INTRODUCCIÓN

El advenimiento del constitucionalismo y la formación de los Estados modernos suponían la necesidad inmanente de reconocer y adherir los DD.HH.¹ en las cartas fundacionales de los sistemas democráticos, no sólo en Europa, sino también -y con mayor pujanza- en los países latinoamericanos, en donde los esfuerzos por desarrollar una doctrina que adjudique valor universal a su defensa y protección es aún incipiente.

Una de las razones de mayor preponderancia que le da vida a esta tendencia humanizadora en el derecho moderno subyace en la decadencia existencial que vive el positivismo jurídico, generada a partir de la segunda guerra mundial y que ha dado origen a nuevas concepciones de interpretación de la justicia y a un punto de contraste entre los dos modelos teóricos más desarrollados, a la luz de los cuáles se ha entendido y justificado la existencia de la ley, esta cuestión nos

¹Para efectos de esta ponencia, por DD.HH. se entenderá "Derechos Humanos".

ha llevado a reflexionar sobre la inmersión de elementos morales absolutos a priori, que Robert Alexy llamaría: “...el contenido mínimo de moralidad en el derecho”².

En relación al reconocimiento de la naturaleza humana en todos y cada uno de los seres vivos que, por el simple hecho de serlos, se hacen acreedores y copartícipes de esta suerte de garantías que están al tanto de su fuente en los grandes axiomas de connotación moral y que son positivados en los mecanismos legales que garantizan su defensa, así lo entiende uno de los teóricos activos más importantes de nuestros días, el Profesor Brian H. Bix de la Universidad de Minnesota, cuando razona lo siguiente: “...La noción de una naturaleza humana común es el fundamento de varias teorías dentro de la filosofía moral, política y del derecho. Algunos de los primeros teóricos del derecho natural intentaron derivar conclusiones éticas a partir de aserciones sobre la naturaleza humana. Escritores de la ilustración y más recientes han intentado comúnmente, con mayor o menor éxito derivar afirmaciones sobre los derechos humanos universales, partiendo de alguna naturaleza o valor común”³.

Considerando que el estudio de los DD.HH. se hace una necesidad perenne en la formación de los nuevos juristas, en el sentido de que parece ser una de las temáticas más discutidas en los foros académicos actuales por su influencia y alcance en la vida de los seres humanos. Intentaré explicar, a modo de aproximación, cuáles son los razonamientos que a la reforma estructural de nuestra Carta Magna en materia de DD.HH. pronunciada en 2011, le proveyeron génesis y posteriormente relacionarlos con temáticas específicas de la vida cotidiana que a mi parecer son insoslayables por su impacto en los gobernados.

Con este designio me he permitido esbozar al menos cuatro

²Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, editorial Gedisa 1994; 2 ed. 1997.

³Bix, Brian H., voz: Naturaleza Humana, En *Diccionario de Teoría Jurídica*, trad. de E. Rodríguez Trujano y P. A. Villareal Lizárraga, México, UNAM, 2009, p. 177.

teorías que permitirán en todos los presentes, incentivar la reflexión crítica que llevará de la mano a los jóvenes investigadores a revisar los mecanismos que salvaguardan estas prerrogativas a fin de darles un lugar más protagónico en el fortalecimiento del estado de derecho en nuestro país.

I. APROXIMACIÓN GENERAL

Los DD.HH. suelen ser definidos como aquellos [derechos] inherentes al individuo, que le pertenecen a toda persona en correspondencia a su dignidad humana, así lo juzga conveniente el Dr. Rigoberto Ortíz, experto en el conocimiento de los derechos fundamentales, cuando apunta:

...Son aquellos que el hombre tiene por el simple hecho de ser humano y no porque el Estado los otorgue, aquellos que le son propios e insoslayables a las personas, lo que significa considerar a las mismas como ‘un fin en sí’ y no como un medio⁴. No basta con reconocer tal elenco de derechos, su reconocimiento y formalización en el concierto de derechos positivos es indispensable para su protección eficaz. Desde tal perspectiva es importante precisar que los derechos humanos son un producto jurídico de la modernidad, especialmente del ius naturalismo racionalista⁵.

La anterior, es a mi gusto una de las aproximaciones mejor elaboradas en concordancia al tema, toda vez que agota los elementos que ampliaré en esta ponencia, empezaré diciendo que la fuerza transformadora de los DD.HH. tiene un fuerte arraigo en la cultura

⁴Segundo imperativo categórico en la filosofía Kantiana: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio”.

⁵Ortiz Treviño, Rigoberto Gerardo. Académico de Derechos Humanos en la División de Estudios de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México, en: “Análisis del Concepto de Derechos Humanos”, Revista Amicus Curiae, año I, número VI, pag. 1. por el mismo autor.

moderna, desarrollada a partir de las revoluciones burguesas, siendo precisamente la Revolución Francesa el acontecimiento que marcaría un hito en la cosmovisión de tales potestades, aunque dicha pendencia por verificar en los hombres “derechos naturales”⁶ es producto de un esfuerzo antañón y encajado en el alma de la hombres desde milenios atrás en retrospectiva, atreviéndome a precisar que, es casi tan longeva como el nacimiento de la idea de derecho en la antigua Grecia y el sentimiento de justicia que los ciudadanos de las polis nos legaron, ya en el Medioevo, justamente en el siglo XIII, Tomás de Aquino descubriría, mediante un escrutinio filosófico de los fines últimos del hombre, que existen ciertos derechos intrínsecos a los que otorgó la nomenclatura de: “derechos naturales” bastaría citar algunos ejemplos para realizar una explicación sensata de lo apuntado en esta parte, aunque para efectos de la relatoría que me ocupa me conformaré únicamente con el siguiente:

En reciprocidad al bien jurídico tutelado por excelencia, es decir, el derecho a la vida, el Maestro de Roccaseca repetía constantemente en sus *Scriptum super libros Sententiarum* lo siguiente:

...Al hombre puede considerársele de dos maneras; una, en sí mismo; otra, por comparación a los demás. Pues bien, si consideramos al hombre en sí mismo; no es lícito matar a ninguno, porque en cualquiera, incluso si es malhechor, debemos amar la naturaleza, que es obra de Dios, y que es destruida por la muerte.⁷

⁶Lógicamente la noción de derecho natural permanecía desconocida, mientras desconocida era la noción de naturaleza. El descubrimiento de la naturaleza es obra de la filosofía medieval. Para los teólogos que precedieron a Aquino, cuyos postulados fundamentales, puede decirse, eran la negación de la filosofía, ignoraban la “naturaleza”, el término hebreo para denominarla es absolutamente desconocido por la biblia hebrea. Es obvio, además, que “el cielo y la tierra”, por ejemplo, no son lo mismo que la naturaleza. No hay, por tanto, ningún conocimiento del derecho natural en cuanto tal, en el Antiguo Testamento. El descubrimiento de la naturaleza precede necesariamente al descubrimiento del derecho natural.

Cfr. Álvarez, Javier en: “Origen de la noción de Derecho Natural” [en línea], fecha de consulta 10 de octubre del 2014, Disponible: <http://arvo.net/derecho/origen-de-la-nocion-de-derecho-natural/gmx-niv131-con17642.htm>

⁷Aquino, Tomás. *Suma Teológica*, Barcelona, ed. BAC, 1983.

Considerando tal afirmación, el Tomista de la Universidad de Notre Dame, John Finnis, piensa lo subsecuente:

...Naturalmente, Tomás de Aquino estaría de acuerdo con que si la naturaleza del hombre fuese diferente, también lo serían sus deberes. Las formas básicas captadas por el conocimiento práctico son 'lo que es bueno para el conocimiento humano' con relación a 'la naturaleza que ostentan'. Tomás de Aquino piensa que el razonamiento práctico no comienza comprendiendo esta naturaleza como desde afuera, mediante observaciones y juicios psicológicos, antropológicos o metafísicos, que definan la naturaleza humana, si no experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde dentro, bajo la forma, de las propias inclinaciones. Pero, una vez más, no hay ningún proceso de inferencia. 'Uno no juzga que YO TENGO o –todos tienen- una inclinación a aprender sobre las cosas', y entonces infiere por ende 'el conocimiento es un bien que ha de ser perseguido'. Más bien por un acto simple de comprensión no inferencial uno capta que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un caso de una forma general del bien, para uno mismo (y para otros semejantes a uno)⁸.

Justo sería en esta parte otorgarle el merecido reconocimiento que le atañe a los pensadores que se ocuparon de la discusión, previo al nacimiento del Aquinate, retrotrayendo nuestro estudio inclusive al mismo Sócrates, quien otrora fue uno de los pioneros en abordar el campo de la ética, la moral y el hábito de obediencia del gobernado, y es que evidentemente, estas ideas precarias en el pensamiento jurídico fuéronse perfeccionando y arreglando con el devenir de los siglos y el aporte de diversos autores, que en nuestros días podemos ofrecer una construcción bastante lógica y desarrollada sobre el concepto y las características de los DD.HH.

⁸Shortall, Michael. *Human rights and Moral reasoning, a comparative investigation by way of three theorists and their respective traditions of enquiry: John Finnis, Ronald Dworkin & Jürgen Habermas*. Roma: Editorial de la Pontificia Universidad Gregoriana. Tesis: "Tesis Gregoriana".

II. YUXTAPOSICIÓN ENTRE “IUS-NATURALISMO” E “IUS-POSITIVISMO”

Para efectos de comprender la historia de los DD.HH. en su transitar continuado a través de los diferentes estadios de la humanidad, es menester que, en un primer nivel de discusión, ubiquemos las principales tesis esbozadas sobre el tema en la medida que éstas han abierto la brecha de su existencia y reconocimiento, a saber: el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

La primera de estas cosmovisiones se apertura con la idea de que el derecho tiene que ser planteado a partir de una serie de elementos universales y válidos para todos los hombres, aquí y en cualquiera de las latitudes del orbe, el derecho, en este sentido tiene que ser justo, sin este elemento particular de “justicia” nada diferenciaría a la ley emanada del soberano de cualquier otro mandato que participase de los elementos componentes que contienen las normas jurídicas, vg. la coacción.

Haciendo uso de un lenguaje coloquial, voy a formular la siguiente hipótesis: ¿en qué se diferenciaría el mandato de la ley a contribuir con los impuestos en un Estado “x” a la orden de un malhechor que nos pide despojarnos de nuestra billetera para hacerse de nuestro dinero?, de no existir el elemento de justicia al que me he referido, la respuesta sería que en nada pueden diferenciarse los dos supuestos planteados.

Así se manifestó Agustín de Hipona al meditar sobre las transgresiones acontecidas por el imperio Romano, el filósofo nacido en Tagaste exclamó: “cuando se suprime la justicia, ¿qué son los reinos sino grandes bandas de ladrones?”.

A contrario sensu, se erige la postura del positivismo jurídico, bien conocida a raíz de la producción filosófica Kelseniana⁹, que

⁹A propósito de su 16 edición traducida al español, véase: Kelsen, Hans. *La Teoría pura del Derecho*.ed. Porrúa, 2009.

ensalza la validez de la norma jurídica por el simple hecho de estar “positivada” y reconocida en los ordenamientos legales, esto es, no hay necesidad que el derecho sea justo, basta con que sea positivo.

Me parece útil, para efectos de ser afables en la enseñanza, recordar lo acontecido en los Juicios de Núremberg¹⁰, en donde las naciones aliadas sancionaron a los funcionarios del III Reich Alemán por crímenes de lesa humanidad cometidos en contra de la raza judía, sin considerar el hecho de que todos y cada uno de los actos por los cuales fueron juzgados, se ejecutaron bajo el amparo de la ley Nazi, no solamente apuntamos la fórmula hermenéutica que reza: “lo que no está prohibido por la ley está permitido”, más allá de esta afirmación, la ley obligaba a los colaboradores de Hitler, llevados a juicio, a realizar tales mandatos.

Esta serie de eventos, amparados por un derecho injusto, motivaron a pensadores de nuestros tiempos, quienes ostentando como bandera la vieja fórmula de Gustav Radbruch sobre el hipotético de que la injusticia extrema no puede ser derecho, se iniciaron en un estudio profundo sobre las malicias del sistema en comento y se volvieron a plantear la necesidad de la justicia en el derecho y su contradicción con la ley positiva.

Ya en “Los derechos en serio”¹¹, Dworkin expone una serie de situaciones que nos invitan a pensar detenidamente sobre cuáles son las condiciones necesarias para que el derecho pueda ser entendido como válido, y en este argumento encuentra eco su hipótesis sobre los principios jurídicos universales, en el mismo análisis advierte que las normas no son todo el contenido del derecho, ni siquiera lo más importante, lo son en realidad los principios que controlan su aplicación, estos axiomas se encuentran anclados en la justicia y por ende en la exigencia moral, especulación que dio por resultando la enunciación de la fórmula de que si un imperativo que debe ser obedecido vulnera

¹⁰Véase: Owen, A. James. *Los Juicios de Nuremberg*, ed. Crítica, 2007.

¹¹Dworkin, Ronald. *Los Derechos en serio*, ed. Ariel, 2012.

derechos naturales, es por lógica, un derecho injusto, y los tribunales deben abrogarlo.

Por qué traer a la mesa de discusión la suma entre las dos corrientes ius filosóficas descritas, porque la aceptación de un mínimo de contenido de justicia en el derecho y la subsecuente necesidad del reconocimiento y protección en el ordenamiento legal nos proporcionan los elementos para poder construir cuatro teorías que admiten las condiciones mínimas de adhesión de los DD.HH. en el México de nuestra época, las cuales quedan como sigue.

III. CUATRO TEORÍAS PARA COMPRENDER LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS DD.HH. EN MÉXICO

Teoría económico-social.

En mi propuesta, esta concepción alega que la protección y tutela será posible solamente en relación directa al desarrollo de los derechos de corte económico-social, lo que significa que para poder hablar sobre derechos “humanos”, y/o derechos “inherentes”-“necesarios” debemos estar en aptitud de considerar un mínimo de condiciones económico-sociales que permitan el desarrollo de los mismos.

En este tenor, encontramos que la economía de mercado aumenta la disponibilidad de bienes asequibles por persona participante en la actividad de intercambio y enrolada con la masa social, luego entonces, en la medida en la que aumenta la división del trabajo aumentará también la extensión del mismo, traduciéndose como una importante contribución a la realización de los DD.HH., económicos y sociales, tal como lo declararía en 1998 Amartya Sen, laureada con el nóbel de economía, al plasmar lo siguiente:

...Hay ocasiones en las que la situación misma de la sociedad coloca a la mayor parte de los individuos en condiciones de adquirir por su cuenta, sin la

intervención del gobierno, todas aquellas técnicas y virtudes que el Estado admite o exige. En otras circunstancias, la sociedad no coloca a la mayoría de individuos en las mismas circunstancias, y entonces es necesaria la intervención del gobierno para precaver una entera corrupción o degeneración en la gran masa del público, pero aunque la masa del pueblo nunca pueda ser tan instruida en una sociedad civilizada como las gentes de cierta jerarquía y fortuna, las más elementales enseñanzas de la educación –como son leer, escribir y contar- pueden adquirirse en la edad más tierna, aun para aquellos que se dedican a las ocupaciones más humildes, pues tienen tiempo suficiente de aprenderlas antes de abrazar cualquier otro oficio de por vida. El Estado con muy pequeños gastos podría facilitar, estimular y aun imponer a la mayoría de las gentes que pertenezcan a clases populares, la obligación de adquirir esos conocimientos básicos de la educación.¹²

Para ejemplificar dicha especulación me permitiré criticar lo reformado en la carta magna, en lo que hace al tercer párrafo de su artículo sexto, que a la letra transcribo:

...El Estado garantizara el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.

A la luz de la teoría económico-social de los derechos fundamentales ¿es plausible asegurar el acceso a los servicios de banda ancha e internet en un país como México?, bajo una reflexión lógica y fundamentada en la realidad social en la que vivimos, evidentemente la respuesta es ¡NO!, ya que como se ha advertido, la naturaleza de los DD.HH. tiene que ver con una clase de prerrogativas que le son universales, irrenunciables, generales e imperecederas a todos los hombres y me gustaría hacer énfasis en la categoría de universalidad, es

¹²Sen Amartya, *Desarrollo y Libertad*, México, edit. Planeta, 2000.

decir en el elemento erga omnes del que gozarían estos derechos al ser reconocidos en nuestra legislación, amén de lo anterior, los invito a pensar conmigo lo siguiente: si en comunidades de nuestro Estado aún no hay acceso a la luz eléctrica y a algunas otras condiciones básicas que permiten la vida civilizada, y en otras latitudes de la geografía nacional la gente habita en cuevas, por sorprendente que esto suene, es razonable por lo tanto que en pleno siglo XXI algunas personas no hayan siquiera tenido la oportunidad de conocer, mucho menos utilizar, un ordenador (computadora, equipo portátil, celular, etc.) con posibilidad de acceder al servicios de paquete de datos en línea (internet), cuanto menor loable es la idea de garantizar el acceso a este servicio como un “derecho universal”.

He allí la contribución de la teoría económico social, la pertenencia de los DD.HH. está íntimamente ligada al desarrollo de las condicionantes económico sociales de un país, uno no puede concebirse sin las otras y me permito hacer cita obligatoria del juez Posner, máximo exponente de la escuela del Análisis Económico del Derecho en tanto que señala: “...La influencia de la teoría económica del derecho se explica mejor como un sistema para maximizar la riqueza de la sociedad y la proclama como la teoría positiva más prometedora que existe en la actualidad”.¹³

Teoría liberal

En esta hipótesis justificó la existencia de los DD.HH. a partir del postulado siguiente: “son los derechos fundamentales libertades exclusivas para poder ser utilizables como mecanismos de defensa del gobernado ante el imperio de la autoridad del estado, bajo la premisa de que la esencia de la libertad se concentra en la posibilidad de realizar cuanto cosa esté a nuestro alcance sin menoscabar los derechos de los

¹³Posner, Richard. *El análisis económico del Derecho*, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1998, pag.29.

demás”, dichas libertades no pueden ser creadas por la ley, de serlo así estaríamos ante una contradicción teleológica.

Lo anterior se inspira en la idea desarrollada por Immanuel Kant en sus imperativos categóricos, en los que se inhibe el deseo personal al sujetarse a un fin universal, que reúne las características de un mandamiento autónomo que se abstrae de toda postura religiosa o ideológica, autosuficiente en sí mismo, capaz de regir el comportamiento humano en todas sus expresiones, como bien lo puede ser la búsqueda de la felicidad, entendida como un estatus ideal al que aspira el hombre en su convivencia en sociedad¹⁴, por esto no existe la vinculación necesaria entre la voluntad del legislador y la actividad del gobernado, en este contexto de los “consejos de sagacidad” o principios “imperativo pragmáticos” como los bautizó Kant, podemos concluir, por ejemplo:

Si una persona se propone ir de las oficinas de la Rectoría de la Universidad Autónoma de Chiapas, ubicadas en Tuxtla Gutiérrez al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma Universidad, con sede en la ciudad de Ocozacoautla por el camino más breve, tomará entonces la carretera internacional Panamericana hasta llegar a su destino, es para esta persona una necesidad, NO UN DEBER, NADIE LA OBLIGA A OPTAR POR ESE CAMINO; pero si quiere realizar su cometido no podrá prescindir del medio idóneo para hacerlo.

Bajo esta mecánica funcionan los DD.HH., según lo sugiero, su adhesión se convierte en una forma de reconocimiento de parte del Estado con lo cual se limita su injerencia ante las conductas desplegadas por los ciudadanos, en esta lógica no hay tal otorgamiento de derechos, solamente una postura que reconoce lo que ya existía, lo que es eterno, imperecedero e inmutable, sin que al legislador se le haya ocurrido como la panacea novedosa del Derecho Mexicano.

¹⁴Véase: *Moralidad y Felicidad en Schopenhauer y Kant: conciertos y desacuerdos* de Luciana Samamé en Revista Voluntas: estudios sobre Schopenhauer Vol. 2, número 2, págs. 140-159 inclusive.

Teoría institucional

Los DD.HH. como afirmación excelsa de los principios categóricos más elevados de una sociedad se hacen insuficientes y carecen de practicidad sin una teoría que vincule su protección objetiva al marco constitucional.

Una vez reconocidos, como se prevé en la tesis anterior, es necesario incluir un elenco de instituciones procesales que aseguren su eficacia, en este sentido tienen una función dual, en tanto que son derechos inherentes de las personas, pero también se ostentan como entidades objetivas que necesitan el reconocimiento de iure como protección constitucional contra la supresión legislativa.

Ya lo insinuaba Norberto Bobbio, cuando departió concerniente a la injerencia del estado en la construcción de los derechos, naturalmente desde una perspectiva de orden normativo-positivista en la que indica: "...Debe acudir a una respuesta política, después de todo, el consenso es político, los derechos han nacido del consenso, por lo tanto la validez consistirá en el grado de aprobación social y de ahí pues su eficacia, vigencia, etcétera" .

Por lo tanto, el Estado necesita asegurar de manera objetiva vía un estatus activo procesal el respeto irrestricto a estos derechos, a fin de que las precitadas prerrogativas ya consagradas en la Constitución sean una realidad objetiva en la vida de los gobernados, esta pretensión le da el elemento fáctico siempre que reclame del órgano estatal acciones [procesales] concretas que aseguren su tutela y salvaguarda.

Por dicha motivación considero firmemente que el surgimiento de los DD.HH. viene aparejado al nacimiento de las instituciones procesales que aseguran su cumplimiento, aludiendo nuevamente al maestro Treviño, es posible afirmar lo conducente: una Constitución es un documento de derecho público en el que se precisan las formas de estado y de gobierno, determinando de manera estricta las facultades y competencias de los órganos de poder (parte orgánica) así como el desarrollo de un catálogo de derechos elementales tanto individua-

les como sociales, cuya titularidad corresponde a los gobernados, en consecuencia aquellos deben ser respetados y garantizados por los gobernantes (parte dogmática).

Vale el esfuerzo resaltar una de las aportaciones que hace la reforma constitucional del 2011 en este sentido, necesariamente tiene que advertirse la institucionalización en la norma fundamental y en ello se abre un paradigma que involucra la distinción semántica entre la nomenclatura de “garantías individuales” y “derechos humanos”.

Desde 1917, el primer capítulo de nuestra carta magna denominábase: “De las garantías Individuales”, actualmente se designa así: “De los derechos humanos y sus garantías”, ya advertimos el adelanto que nos lleva a la comprensión de que una cosa son los DD.HH. imbuidos en la Constitución, aquellos que el Estado no crea si no reconoce, y otra muy diferente son los mecanismos constitucionales que la ley debe adecuar para su protección y reparación en caso de violaciones, llamadas “garantías”, precisión técnico-doctrinal que sugiere animosamente una nueva forma de interpretación de los derechos fundamentales.

Teoría democrática-funcional

Los DD.HH. vienen a ser el motor operativo del marco cívico político de la sociedad, no basta con mantener una actitud activa de “protección” por parte de la autoridad, también se reclama la obligación de “promover” dichos derechos, es además necesaria una participación activa de la ciudadanía en corolario al impulso y la defensa de los mismos, en la democracia estatal se exige que los gobernados manifiesten su interés en conocer y defender sus prerrogativas.

En tal sentido, los DD.HH. están pensados para influir de manera decisiva en la vida y fortalecimiento del estado democrático, lo que hace admitir la idea de que las entidades jurídicas ya aceptadas por la teoría institucional tienden a debilitarse en función a una ley casi

matemática en la que, a menor interés y participación del gobernado más evidente será el debilitamiento de las instituciones estatales.

Es cómodo resaltar un ejemplo práctico en el sistema jurídico Mexicano, y es que lo que acontece en el campo electoral y de participación ciudadana sugiere la falta de aportación activa del elector para ejercer su derecho al voto, lo cual reduce su capacidad de elegir a quienes ha confiado la soberanía, lacerando uno de los DD.HH. amparados por nuestra Constitución.

Este patrón de conducta reproduce el vértice del pensamiento de Emilio Durkheim¹⁵ en los albores del siglo XX: cuando una de las instituciones se vuelve disfuncional, la superestructura estatal se debilita y tiende a quebrantarse.

CONCLUSIONES

1.- En tratándose de la teoría económico-social, hablé sobre las condiciones mínimas de naturaleza económica para promover y defender los DD.HH., critico severamente el hecho de que nuestra Constitución considere el acceso a la banda ancha e internet como un derecho humano, me parece más viable el cumplimiento de la obligación constitucional que tiene el Estado Mexicano ante sus gobernados de satisfacer una de las necesidades más básicas de vida, esto es la alimentación, situada en el párrafo tercero el artículo 4to.:

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizara.

Si podemos avanzar en este sentido, quizás en un futuro no muy lejano podamos también garantizar el acceso a las nuevas tecnologías de la información para todos los individuos en nuestro país.

¹⁵Durkheim, Emilio. *Sociología y Filosofía*, traducción de José María Bolaño, España, ed. Comares, 2006.

2.- En cuanto hace a la teoría liberal, el Estado Mexicano no otorga estos derechos, simplemente se limita a reconocerlos, así como apertura la posibilidad de que los tratados internacionales en la materia sean fuente de donde emanen, según la letra del artículo 1ero. Constitucional, en su primer párrafo que queda, después de ser reformado de la siguiente manera:

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.

3.- Con énfasis en la teoría institucional que defiende con rigidez la necesidad de integrar mecanismos procesales activos para que los DD.HH. no sean letra muerta, el párrafo tercero del primer numeral de nuestra carta magna consigna:

... En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

4.- Tocante a las responsabilidades de promoción y defensa de los DD.HH. incumbida en la teoría funcional, el avance que muestra nuestra Constitución a la luz de las reformas del 2011 son grandes, ya que obliga al Estado Mexicano a la promoción de los mismos, lo cual tiene alcances que se traducen como una serie de actividades no limitativas relacionadas con la investigación académica, inversión educativa y esparcimiento del conocimiento en DD.HH., tal como queda en el párrafo tercero del artículo 1ero. Constitucional que literalmente expresa:

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.

Así también se manifiesta el párrafo segundo del artículo 3ero., en cuanto a que:

...La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

DESAFÍOS EN LA PRÁCTICA DE LA VINCULACIÓN A PROCESO Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

JAVIER ROSEL NATARÉN SÁNCHEZ

INTRODUCCIÓN

Derivado de la reforma constitucional en materia penal de 18 junio de 2008, el estado mexicano vive el mayor desafío de la historia y que es la implementación del nuevo sistema penal mexicano en todo el país en el año 2016, por lo que para efecto de que este gran reto sea culminado con éxito, es necesario que el nuevo procedimiento penal sea ajustado a derecho como se ha establecido dentro de nuestra carta magna y en los tratados internacionales, ante esta situación tenemos que tomar en cuenta que el desafío mas grande que tiene nuestro sistema de justicia recae en la audiencia de vinculación a proceso en su práctica hoy en día, por ser la parte medular del mismo procedimiento ya que esta da origen a la etapa intermedia y por ende a la de juicio oral, es por ello que se tiene que realizar un estudio muy detallado de esta audiencia tan sencilla pero a la vez tan complicada, ya que aquí donde se puede vulnerar el derecho humano a la presunción de inocencia consagrados en nuestra car-

ta magna, y todo esto tomándolo con mayor responsabilidad, ya que en comparación con países como Chile, Colombia, República Dominicana, somos el único país que incluye la audiencia de vinculación a proceso y lejos de las opiniones que argumentan que esta audiencia no tiene razón de ser dentro del procedimiento, a mi criterio si veo viable su inclusión ya que como mencione al principio es la parte medular del nuevo sistema de justicia penal en nuestro país y la cual es de vital importancia para que no se viole el derecho humano a la presunción de inocencia consagrado en nuestra constitución y en los tratados internacionales de lo que México forma parte.

Es por ello, que se tiene que tomar muy en cuenta y principalmente los jueces de control que para el dictado de vinculación a proceso es necesario realizar un exhaustivo análisis de los datos de prueba o convicción con los que el ministerio público imputa, para que conforme a la sana crítica que se haga respecto a cada uno de estos datos, se pueda resolver conforme a derecho y atención al derecho de presunción de inocencia si es procedente vincular a proceso, ya que es vergonzoso que hoy en día los estándares de vinculación a proceso por parte de los jueces de control vuelven a la práctica de que un auto de vinculación a proceso y un vaso de agua no se le niega a nadie, ya que bajo el argumento hasta ahora de que el imputado goza de su libertad dentro de la investigación formalizada, la corte a resuelto que estos son actos de molestia de imposible reparación y por ende violatoria a los derechos humanos reconocidos ya ampliamente.

I. VINCULACIÓN A PROCESO

Ahora bien, el segundo momento de la imputación inicial (el argumentativo), en donde el ministerio público justifica al juez de control lo relativo a los requisitos de fondo que establece el artículo 19 Constitucional para el dictado del Auto de Vinculación a Proceso, por su parte la defensa controvierte argumentativamente la petición de vin-

culación a proceso que puede realizar el ministerio publico. por tanto, una vez concluido el debate sobre si están colmados o no los requisitos para el dictado de dicha resolución, el juez de control dictara el respectivo auto de vinculación a proceso, según sea el caso, es decir, una vez que el juez de control ha escuchado los alegatos de las partes (ministerio publico y defensa), procede a analizar los elementos de convicción con que se cuenta en la carpeta de investigación, valorando cada uno de ellos conforme a las reglas de la sana critica, y una vez realizada la depuración probatoria, es decir, ya que el juzgador haya llegado a la determinación de cuáles son los medios de convicción que pueden ser utilizados (por haber sido valorados), pasara a determinar, en razón de la idoneidad de cada uno de los medios de convicción, si se acreditan o no los hechos narrados en la imputación inicial (en el momento factico), haciendo la ilación respectiva entre el elemento de convicción con el hecho que se da por sentado, tantas veces como el numero de hipótesis de hecho existan, las cuales integran la descripción general del hecho principal. Finalmente, el juzgador calificara si el hecho acreditado encuadra o no en alguna hipótesis normativa establecida en el código o universo de las leyes penales. En otras palabras, realizara el juicio de tipicidad respecto del hecho acreditado.¹

Todo lo anterior encuentra su base dentro de los artículos 16 párrafo tercero, 19 de la constitución política de los estados unidos mexicanos, 315 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Articulo 16.-[...] No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Articulo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su

¹Loeza Reyes, Jahaziel. *El sistema acusatorio adversarial a la luz de la reforma constitucional*. Mexico, Porrúa, 2011,p.p 110-111.

disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Artículo 316. Requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso. El Juez de control, a petición del agente del Ministerio Público, dictará el auto de vinculación del imputado a proceso, siempre que:

I. Se haya formulado la imputación;

II. Se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar;

III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan 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. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y

IV. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

II. DATOS DE PRUEBA

Respecto a este punto y para poder dar cabal cumplimiento a lo establecido por nuestra carta magna en su artículo 19 respecto al dictado del auto de vinculación, es necesario analizar lo establecido en el artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales que a su letra establece:

261.- El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la

existencia de un hecho delictivo y la probable participación del inculgado.

Ya que como bien lo establece este artículo, el dato con el que el ministerio público formulara imputación debe ser de convicción para que el juez de control respecto a la sana crítica pueda observar la idoneidad, la pertinencia y la suficiencia de ese dato aportado por el representante social y proceder a vincular o no proceso respetando con ello el derecho a la presunción de inocencia que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

III. LA PRÁCTICA JURÍDICA DE LA VINCULACIÓN A PROCESO COMO VIOLATORIA AL DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

De todo lo expuesto en líneas que anteceden, nos percatamos que la presunción de inocencia que se encuentra consagra en nuestra carta magna y respaldada en los tratados internacionales, debería representar un freno para el juzgador quien antes de emitir una resolución sobre si vincula o no a proceso, tendría que analizar de manera detallada los presuntos datos de prueba con los que se imputa al probable responsable, ya que actualmente los jueces de control vinculan a proceso sin tomar en cuenta los lineamientos que se han establecido en nuestra carta magna así como en los tratados internacionales, equiparando con ello la vinculación a proceso al auto de formal prisión, situación que resulta preocupante ya que dicho auto de vinculación a proceso es un acto de imposible reparación que le afecta en grado predominante o superior, toda vez que la determinación lo sujeta a la conclusión de la etapa de investigación, a la intermedia y juicio oral, que al final pudieran ser oficiosas en caso de que el imputado reciba el amparo y protección de la justicia federal.

Resultando ello pues, una mala práctica por parte de quienes

se supone ahora bajo este nuevo sistema de justicia penal deben de garantizar en todo los Derechos Humanos y las Garantías que nos consagra nuestra carta magna con apego a los tratados internacionales de los que México forma parte.

Esto encuentra sustento en la siguiente:

Época: Décima Época

Registro: 2000952

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro IX, Junio de 2012, Tomo 2

Materia(s): Común

Tesis: XVIII.4o.1 P (10a.)

Página: 799

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. AL SER UN ACTO DE EJECUCIÓN IRREPARABLE QUE AFECTA EN GRADO PREDOMINANTE O SUPERIOR, PROCEDE EN SU CONTRA EL AMPARO INDIRECTO EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 114, FRACCIÓN IV, DE LA LEY DE AMPARO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MORELOS).

El artículo 114, fracción IV, de la Ley de Amparo establece que el amparo procede contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación, dentro de los cuales se incluye aquellos que afectan a las partes en grado predominante o superior. Por su parte, los artículos 283, 284, 285, 292 y 297 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, refieren que el auto de vinculación a proceso constituye la base para que se fije un plazo para el cierre de la investigación y pueda formularse, ya sea: la acusación, el sobreseimiento de la causa o la suspensión del proceso; y en caso de determinarse la acusación, mediante la cual se da inicio a la etapa intermedia, pueda concluirse con la resolución de apertura de juicio oral. En este sentido, de dichos numerales se advierte que, independientemente de que el imputado se encuentre sujeto o no a una medida cautelar, el auto de vinculación a proceso es un acto de imposible reparación que le afecta en grado predominante o superior, pues dicha determinación lo sujeta a

la conclusión de la etapa de investigación, en su caso a la intermedia y, posteriormente, a la del juicio oral, lo que conlleva a continuar e intervenir en todas esas etapas, que al final pudieran resultar ociosas, ya que en caso de que se concediera la protección constitucional contra el auto de vinculación a proceso, los alcances de la sentencia de amparo podrían ser que el Juez de Control negara su emisión, lo que ocasionaría que no se diera inicio a las subsecuentes etapas, y además, conllevaría que el Juez revocara las medidas cautelares personales y reales que hubiese decretado, de acuerdo al artículo 279 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, las cuales pueden solicitarse en momento diferente, pero no podrán subsistir sin el auto de vinculación a proceso. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO OCTAVO CIRCUITO.

Amparo en revisión (improcedencia) 384/2011. 8 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hernández García. Secretario: Gerardo Vázquez Morales.

IV. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Primeramente estableceremos que la presunción de inocencia se encuentra establecida dentro de nuestra Constitución Política a los Estados Unidos en su artículo 20 inciso b fracción I, Convención Americana sobre Derechos Humanos “ Pacto San Jose de Costa Rica” en su artículo 8 numeral 2, que establecen lo siguiente de manera respectiva:

1.-

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

8.- *Garantías Judiciales.*

2.- *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca su culpabilidad.*

De lo anterior se concluye que la presunción de inocencia está protegida a través de los principios constitucionales: debido proceso legal (que incluye oralidad) y el principio acusatorio, que separa las funciones entre distintos organismos del estado, de tal manera que la función investigadora y el ejercicio de la acción penal corresponden al Ministerio Público, la función jurisdiccional a los jueces, y la ejecución de la pena al estado.

La presunción de inocencia puede analizarse en el ámbito del derecho penal sustantivo y en el plano del derecho penal adjetivo.

En primer plano, la presunción de inocencia representa un límite frente al legislador, en virtud del cual, dada la naturaleza constitucional del mismo, serán nulos los preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad, y comporta también una proyección en orden a la interpretación de las leyes penales: en igualdad de condiciones, habría de preferirse el sentido más favorable al reo.

En el plano del derecho adjetivo penal, esto es, dentro del proceso la presunción de inocencia, tiene el doble papel: como regla de juicio y como regla de tratamiento.

1.- La presunción de inocencia, como regla de juicio, exige que toda condena se funde en pruebas de cargo y que las dudas en el enjuiciamiento se resuelvan a favor del reo (in dubio pro reo), y opera en el ámbito de la jurisdicción ordinaria como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad hasta quedado establecida mas allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías.

2.- La presunción de inocencia como regla de tratamiento comporta la prohibición de que las medidas cautelares, en especial la prisión preventiva, sean utilizadas como castigos; esto es, mas allá de su finalidad de aseguramiento del juicio y que se utilicen para infligir al imputado, anticipadamente la pena.

Por lo anterior, el imputado tiene el derecho a la presunción de inocencia en los hechos de carácter delictivo, que se vulneran al

establecer una regulación que permite u obliga a utilizar las medidas cautelares personales como anticipadas, con fines de prevención general o especial, ajenos al aseguramiento del juicio. Lo mismo acontece cuando el juez hace uso indebido de la facultad discrecional que la ley le otorga en la aplicación de tales medidas.

V. CONCLUSIÓN

A pesar de los criterios en contra sobre la inclusión de la vinculación a proceso dentro del nuevo sistema de justicia penal en México en comparación con otros países de Latinoamérica; la audiencia de vinculación a proceso que hoy nosotros practicamos en este nuevo sistema, no debería ser un simple trámite que se puede dar como un vaso de agua como se viene realizando, sino que debería ser todo lo contrario, ya que esta simple audiencia es el parte aguas de nuestro procedimiento penal, al convertirse en el filtro que viene a dar los ciudadanos la confianza de un verdadero estado de derecho, ya que para que el juez de control pueda vincular o no a proceso, debe realizar un minucioso estudio sobre la veracidad de los medios de convicción que se le plantearon, es decir, los datos de prueba ofrecidos por el representante social, para luego realizar un juicio de tipicidad respecto al hecho planteado. ello conllevaría al éxito de la implementación del nuevo sistema de justicia encaminado a la protección de los derechos humanos de los ciudadanos y con ello respetar en primer término la presunción de inocencia ya que a partir de este derecho es evidente que si el Juez de Control al momento de realizar un análisis sobre los datos que se le fueron ofrecidos en la audiencia de imputación realizar una valoración idónea debiendo concatenar dichos medios para que de manera cierta pueda o no realizar una vinculación a proceso y darle una certeza jurídica al ciudadano sobre los derechos que le guarda la carta magna, ya que al ser vinculado de manera injusta por no existir una verdadera valoración por el Juez de Control dicho imputado se

hace parte de los señalamientos de la sociedad aunado a que una vez que ha sido vinculado a proceso se hace sujeto a la investigación formalizada y con ello a que se lleven a hacia su persona actos de imposible reparación para sí y sus familiares.

LA PARADOJA DE LA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL A LOS DERECHOS HUMANOS Y EL VOTO PARTICULAR DEL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ EN LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

PEDRO SERGIO BECERRA TOLEDO

INTRODUCCIÓN

El 10 de junio de 2011 fue publicada la reforma más trascendental en materia de derechos humanos haya tenido la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹.

Un gran salto en esta reforma consiste en el hecho de que se deja atrás el concepto de “garantías individuales” por uno más actual: “los derechos humanos”, concepto muy usado sobre todo en el ámbito internacional, aunque el término moderno y más adecuado sugieren no pocos académicos es que debió de haber sido derechos fundamentales².

¹Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicado en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, pp. 2-5.

²Sobre la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales se puede consultar

En cuanto a la jerarquía constitucional, en esta reforma se establece que la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos se realizará acorde a la Constitución y a los tratados internacionales, favoreciendo siempre la protección más amplia de las personas, es decir, que si una disposición constitucional restringiera algún derecho que en un tratado internacional estuviera protegido y garantizado de forma que se supere o evite estas limitaciones, se daría, bajo el principio pro persona. “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”³.

El hecho de que no exista una jerarquía entre normas de derechos humanos contenidas textualmente en la Constitución y las contenidas en los tratados internacionales, implica una garantía frente a cambios constitucionales potencialmente arbitrarios, así como ante normas ordinarias o actos de autoridad que puedan limitar injustificadamente los derechos. Esta reforma nos ha permitido dar un salto de más de 50 años en materia de derechos humanos. Al menos esta consideración es la que muchas creíamos.

I. CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2001 Y LA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL A LOS DERECHOS HUMANOS

Sin embargo, el 24 de junio de 2011 se reveló una posible contradicción de tesis entre los criterios sostenidos por el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y por el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito. Quedando registrada con el número 293/2011 por lo que el

CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. Ed. Porrúa-UNAM-CNDH, México, 2004. pp. 6-36.

³Artículo 1º. 2º párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juan Silva Meza, remitió el asunto a la Primera Sala quedando la ponencia a cargo del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea⁴.

La relevancia de esta contradicción de tesis trataba sobre dos temas de gran relevancia: La posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos frente a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para el derecho y las decisiones judiciales nacionales.

Los asuntos planteados fueron que el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito dio lugar a las tesis aisladas de rubros “Tratados internacionales. Cuando los conflictos se susciten en relación con derechos humanos, deben ubicarse al nivel de la constitución”⁵ y “Control de convencionalidad en sede interna. Los tribunales mexicanos están obligados a ejercerlo”.⁶

Por la parte contraria el criterio sostenido por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en el amparo directo 344/2008 dio origen a la tesis aislada de rubro “Derechos humanos, los tratados internacionales suscritos por México sobre los. Es posible invocarlos en el juicio de amparo al analizar las violaciones a las garantías individuales que impliquen la de aquéllos”⁷; también

⁴Contradicción de tesis 293/2011 consultado en https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/pl201200315v2.pdf

⁵Novena Época; Registro: 164509; Instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Localización: Tomo XXXI, Mayo de 2010; Materia(s): Común; Tesis: XI.Io.A.T.45 K; Pág. 2079.

⁶Novena Época; Registro: 164611; Instancia: Primer Tribunal colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Localización: Tomo XXXI, Mayo de 2010; Materia(s): Común; Tesis: XI.Io.A.T.47 K; Pág. 1932.

⁷Novena Época; Registro: 169108; Instancia: Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Localización: Tomo XXVIII, Agosto de 2008; Materia(s): Común; Tesis: 1.7o.C.46 K; Pág. 1083.

al resolver el amparo directo 623/2008, dio origen a la tesis aislada “Jurisprudencia internacional su utilidad orientadora en materia de derechos humanos”⁸.

Es decir los dos criterios contradictorios, en términos generales versaban sobre dos cuestiones muy trascendentales para el sistema jurídico de nuestro país como son: 1) la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos frente a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 2) el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para el derecho y las decisiones judiciales nacionales.

Por acuerdo de veintiséis de enero de dos mil doce, la Primera Sala determinó enviar el asunto al Tribunal Pleno dada la trascendencia del tema de que se trata, por lo que a través de proveído de treinta y uno de enero de dos mil doce, el Ministro Presidente acordó su radicación en Pleno.⁹

Durante los días 26, 27, 29 de agosto, 2 y 3 de septiembre, el Pleno de la SCJN llevó a cabo el análisis y discusión de los temas contenidos en la contradicción de tesis 293/2011. Durante los debates se plantearon interesantes posturas que se resultaron en votos concurrentes y particulares.

Sobre el primer asunto (el posicionamiento jerárquico de los tratados internacionales en relación con la Constitución), por mayoría de 10 votos las y los Ministros sostuvieron que las normas de derechos

⁸Novena Época; Registro: 168312; Instancia: Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Localización: Tomo XXVIII, Diciembre de 2008; Materia(s): Común; Tesis: I.7o.C.51 K; Pág. 1052.

⁹Al respecto, véase la tesis de rubro “CONTRADICCIÓN DE TESIS ENTRE TRIBUNALES COLEGIADOS DE DIFERENTE CIRCUITO. CORRESPONDE CONOCER DE ELLAS A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN XIII, PÁRR. SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE JUNIO DE 2011). [Décima Época, Registro: 2001866, Instancia: Primera Sala, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, Materia(s): Común, Tesis: 1a. CXCI/2012 (10a.), Pág. 1196].

humanos, con independencia de si se encuentran en tratados internacionales o en la Constitución, no se relacionan de manera jerárquica entre ellas; sin embargo, cuando exista “una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos en la Carta Magna, se deberá atender a lo que indique la norma constitucional”.

El segundo asunto y de gran valor fue sobre el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH, el cual se decidió con mayoría de 6 votos por parte de los Ministros. En este se decidió que la jurisprudencia de la Corte IDH, sin importar que el Estado Mexicano haya sido o no parte del litigio, es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales.

De acuerdo con lo anterior, deben prevalecer con carácter de jurisprudencia los criterios establecidos por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los siguientes términos:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1º constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comentario es la

configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

II. EL VOTO PARTICULAR QUE FORMULÓ EL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

Sobre el asunto del posicionamiento jerárquico de los tratados internacionales en relación con la Constitución, el voto que más sobresalió fue sin duda el del Ministro José Ramón Cossío Díaz, no sólo por ser el único que votó en contra de que “en caso de que exista una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos en la Carta Magna, se deberá atender a lo que indique la norma constitucional” sino también por los argumentos tan contundentes y claros que expresó al manifestar su voto particular: “El tema de la misma (la Contradicción de tesis 293/2011) era determinar la relación de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, a efecto de lograr la protección más amplia a las personas. Mediante este criterio debía darse una interpretación nueva a lo dispuesto en el artículo 1º constitucional, reformado en junio de dos mil once. Mi posición fue en contra de la propuesta final presentada y votada por el Pleno pues, a mi juicio, lo que se resolvió resulta contrario a lo establecido en el propio artículo 1º”¹⁰.

Es importante mencionar que en el proyecto sometido a la aprobación del Pleno de la Suprema Corte se recogieron buena parte de los argumentos del Ministro Cossío Díaz en contra del proyecto originario que se discutió en marzo de dos mil doce. Por lo que entonces el Ministro manifestó su conformidad con la nueva posición. Sin embargo y con motivo de los cambios que a lo largo de las discusiones se fueron introduciendo a la nueva propuesta, terminó en contra del criterio que finalmente se adoptó.

Uno de los principales argumentos a su disenso se debe “a la resolución finalmente real del criterio de jerarquía para relacionar los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los trata-

¹⁰Voto particular publicado en <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011%20PL%20CT%20Votos%20se%C3%B1ores%20Ministros.pdf>

dos internacionales, a pesar de que en la propia resolución se indique expresamente que este criterio no resulta aplicable. Si el párrafo segundo del artículo 1º dispone que a las personas se les dará en todo momento la protección más amplia en términos de lo que dispongan los derechos humanos de fuente constitucional o convencional, no puede establecerse la prevalencia de las normas constitucionales en los casos en que establezcan restricciones, sin admitir que con ello se incorpora expresamente un criterio de jerarquía constitucional”.

Así también explica el proceso en que la propia constitución elimina la jerarquía, tratándose de derechos humanos, una vez que un tratado ha sido ratificado por México: “el artículo 133 establece que un tratado internacional se incorpora al orden jurídico mexicano cuando su contenido y su proceso de aprobación son acordes con la Constitución. Hasta este momento la Constitución es jerárquicamente superior al tratado, sencillamente por prever sus requisitos de validez. Sin embargo, a partir de ahí el artículo 1º da lugar a una operación normativa completamente diferenciada, que nada tiene que ver ya con cuestiones de jerarquía... la reforma de junio de dos mil once implicó que deben hacerse operaciones normativas a partir del principio pro persona tanto con los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte como con aquéllos reconocidos en la Constitución, sin establecer ninguna jerarquía entre ellos”.

Y sobre la restricción que se establece en el primer párrafo del artículo 1º que el ejercicio de los derechos humanos “no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos bajo las condiciones que esta Constitución establece”, el Ministro Cossío puntualizo en su voto particular: “ello también debe entenderse bajo la clave interpretativa del principio pro persona. Por lo mismo, debe referirse única y exclusivamente a las condiciones establecidas en varios párrafos del artículo 29 de la propia Constitución. Estas no son expresiones retóricas, sino técnicas y específicas que deben utilizarse sólo en estos casos, sin extenderse a cualquier restricción que pudiera entenderse contiene la Constitución. Las últimas reformas a los artículos 1º y 29

tienen la misma génesis, por lo que no deben ser interpretadas con orientaciones diversas y aun contrarias entre sí”.

CONCLUSIONES

El resolutivo de la contradicción de tesis 293/2011 referente a que “en materia de derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales, cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional” desde mi punto de vista es una paradoja, toda vez que:

- Al imponer este criterio establece una supremacía constitucional sobre los tratados internacionales vulnerando con ello el principio pro persona.
- Deja en estado de indefensión a todos los ciudadanos mexicanos por que el constituyente permanente podrá elevar a rango constitucional cualquier figura que vulnere un derecho fundamental.
- El voto particular del Ministro Cossío Díaz aclara que la restricción que señala el primer párrafo del artículo 1º en comento se refiere única y exclusivamente a lo establecido en el artículo 29 constitucional, y se refiere a los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.
- Al contrastar este criterio del Pleno con la segunda de la tesis emitida (la vinculación de las jurisprudencias emitidas por la Corte IDH) se hace aún más evidente dicha paradoja, ya que no es posible sostener que los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultan vinculantes para los jueces nacionales, sin reiterar la salvedad hecha en la primera de ellas.

LOS RETOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: EL DEBIDO PROCESO PENAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL INTERCULTURAL (PERSPECTIVA CHIAPANECA)

MANUEL GUSTAVO OCAMPO MUÑOA

NOTA INTRODUCTORIA

La salvaguardar de los derechos humanos, ha sido históricamente una tarea difícil para el Estado, ya que no obstante es un reclamo socialmente justo, los gobernantes influyen en su nulo estudio o tratan de minimizar sus alcances, respondiendo a esa petición únicamente mediante la promulgación de leyes, o creando Instituciones jurídicas especializadas supuestamente en pro del respeto a todos aquellos derechos que nacen con el individuo y precisan ser reconocidos por el orden jurídico, a los que han llamado derechos fundamentales, pero no implementan políticas públicas que los atiendan realmente. Uno de los grandes retos de la reforma al sistema de justicia penal es sin lugar a dudas que mediante el respeto al debido proceso como derecho fundamental se genere en los ciudadanos seguridad y confianza en las

autoridades que procuran e imparten justicia, sin embargo es preciso tomar en consideración que en algunas entidades federativas como Chiapas, ese derecho debe incluir, además, un contenido intercultural en relación entre otros aspectos, a la situación de los pueblos originarios que la integran; en efecto de acuerdo a datos del propio gobierno del Estado de Chiapas el 30% de la población (aproximadamente un millón de habitantes) pertenece a uno de esos pueblos; 12 de las 62 comunidades originarias que son reconocidas a nivel nacional residen en él, por lo que garantizar al pueblo tzotzil, tzeltal, zoque, chol, tojolabal, lacandón o mame que sus integrantes tendrán, llegado sea el caso, un proceso justo en el que se le recibirán pruebas y escucharán alegaciones en su lengua originaria pero sobre todo que la autoridad tendrá en la secuela procesal pleno conocimiento de sus saberes diversos así como de su cultura y que se interpretará su cosmovisión, plantea un horizonte bastante ambicioso y confuso para los jueces, las partes procesales y los justiciables en general.

Lo que lleva a preguntarnos, ¿Ha sido suficiente con la reforma constitucional de junio del 2008 para que el debido proceso sea intercultural?; es decir, con dicha reforma se logrará que los órganos jurisdiccionales hagan prevalecer las reglas procedimentales sin discriminación, con respeto a las diferencias y de manera incluyente, tomando en cuenta la situación del menor de edad, la mujer, el homosexual, el evangélico, el extranjero, el inmigrante, el pueblo originario, al parecer en la práctica esto será difícil, sobre todo en relación con los pueblos originarios de Chiapas.

I. EL DEBIDO PROCESO PENAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL INTERCULTURAL EN CHIAPAS

La expresión debido proceso surge a decir de los expertos de la cláusula 39 de la “*Magna Carta Libertatum*” (Carta Magna), de 15 de junio de 1215 suscrita por el rey Juan I de Inglaterra, conocido como Juan

sin Tierra, en el cual se usa la expresión “*due process of law*” (que puede traducirse como “debido proceso legal”), sin embargo se reclamó fieramente en la Revolución francesa, en contra de los jueces corruptos que aplicaban la voluntad del rey y no la justicia.

El Debido proceso penal, se entiende pues, como el conjunto de etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por los sujetos procesales cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución con el objetivo de que los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; así como también obtener del órgano jurisdiccional un proceso justo, pronto y transparente. Este principio procura tanto el bien de las personas, como de la sociedad en su conjunto, puesto que las personas tienen interés en defender adecuadamente sus pretensiones dentro del proceso y la sociedad tiene interés en que el proceso sea realizado de la manera más adecuada posible, para satisfacer las pretensiones de justicia que permitan mantener el orden social. El debido proceso se ha interpretado muchas veces como el límite a las leyes y los procedimientos legales que los que juzgan, no los legisladores, deben definir y garantizar los principios fundamentales de la imparcialidad, justicia y libertad; implica, entre otras cosas, el derecho de toda persona involucrada en un proceso de averiguación previa, administrativo o judicial, a ser oída, con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un juez o jueza o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido sobre el particular que el debido proceso “implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción” (Lori Berenson Mejía vs Perú, párrafo 1445)¹; ha sostenido también que “Toda persona sujeta a un juicio de cualquier

¹Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf.

naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete” (Herrera Ulloa vs Costa Rica, párrafo 1696)².

Por lo que tomando en consideración que el Estado a través del Poder Judicial toma para sí el control y la decisión respecto a conflictos que tengan que ver con la interpretación o violación de la ley y que de dichos conflictos una persona puede resultar sancionada o lesionada en sus intereses, se hace necesario que en un Estado de derecho, toda sentencia judicial deba basarse en un proceso previo legalmente tramitado que garantice en igualdad las prerrogativas de todos los que actúen o tengan parte en el mismo. Quedan prohibidas, por tanto, las sentencias dictadas sin un proceso previo. Esto es especialmente importante en el área penal. La exigencia de legalidad del proceso también es una garantía de que el juez deberá ceñirse a un determinado esquema de juicio, sin poder inventar trámites a su gusto, con los cuales pudiera crear un juicio amañado que en definitiva sea una farsa judicial.

No existe un catálogo estricto o limitativo de garantías que se consideren como pertenecientes al debido proceso. Sin embargo, en general, pueden considerarse las siguientes como las más importantes: Derecho al juez predeterminado por la ley, Derecho a un juez imparcial, Legalidad de la sentencia judicial, Derecho a asistencia letrada, Derecho a usar la propia lengua y a ser auxiliado por un intérprete.

Desde la reforma al artículo 20 de la constitucional federal hecha en el año 2008, que plantea entre otras cosas la obligación del Estado de garantizar plenamente la igualdad, la libertad, la presunción de inocencia, la adecuada defensa y el debido proceso; la forma de impartir justicia precisaba un cambio en nuestro sistema jurídico, y fue a raíz de las resoluciones de la suprema corte de justicia de la nación, como la dictada en febrero del año 2012, en la que ordenó la inmediata

²Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

libertad de siete personas que habían sido condenadas por el delito de homicidio y lesiones calificados en 1997 por el caso Acteal en Chiapas, por violaciones al debido proceso penal, específicamente en la preparación y valoración de las pruebas, que aparentemente se empieza a atender ese clamor de transparencia y respeto al debido proceso penal; poco tiempo más tarde con el caso de la ciudadana francesa Florence Cassez, quien fue puesta en libertad a principios del 2013, de igual forma por violaciones al debido proceso que vulneraron su adecuada defensa, considerándola culpable antes de ser enjuiciada y quedando en evidencia el actuar ilegal de las autoridades judiciales, que bien pueden justificar la necesidad de transformación del sistema de justicia penal en México. El ejecutivo federal impulso, entonces, como estrategia de acercamiento a los justiciables el proceso penal acusatorio, para generar confianza en sus servidores públicos y los tribunales federales coincidieron en ese punto mediante el dictado de resoluciones congruentes con ese derecho humano, no obstante lo anterior, la tarea de los órganos jurisdiccionales y en general de todos los involucrados en la procuración e impartición de justicia, no es sencilla, pues en algunas Entidades Federativas, como Chiapas el nuevo proceso penal acusatorio y oral genera una problemática especial en lo que respecta al debido proceso, en atención a su integración pluricultural, pues los pueblos originarios reclaman, el respeto a las diferencias y por ende la no discriminación.

En ese contexto, el 21 de mayo del 2012, entro en vigor el nuevo código de procedimientos penales de Chiapas que señala las reglas del sistema de justicia penal acusatorio y oral, generando con ello un clima de incertidumbre entre los involucrados en la procuración e impartición de justicia y desde luego entre los litigantes, ya que si bien es cierto la oralidad no es algo nuevo en el derecho procesal mexicano, en materia penal por sus implicaciones e impacto en la sociedad, cobra especial relevancia, por lo que se empezó a estudiar este nuevo juicio y tanto las autoridades judiciales como las ejecutivas del Estado de Chiapas, así como los profesionales del derecho se dieron a la tarea de

preparar el escenario, promoviendo cursos, talleres, conferencias, diplomados, impartidos por especialistas en argumentación sobre todo, en los que se capacito en relación a este nuevo procedimiento, pero el tema de la interculturalidad en el proceso penal requiere de un tratamiento especial, y al parecer nadie se ha preocupado por impartir cursos y talleres que incluyan la enseñanza de una lengua originaria de las que se habla en Chiapas, ni mucho menos se estudie la cosmovisión y la cultura de esos pueblos, todo el mundo habla de la oralidad, transparencia y nueva forma de hacer justicia, pero se sigue olvidando el dialogo, respeto a las diferencias e interacción que debe privilegiarse con los pueblos originarios de Chiapas y tendremos que esperar la puesta en marcha en totalidad del nuevo sistema para observar si es incluyente o continua siendo inquisitorio para estas comunidades.

Cabe destacar que en Chiapas el nuevo ordenamiento procesal penal estableció en sus artículos transitorios como fecha de iniciación de vigencia el año 2013, para los ilícitos considerados como no graves en primer lugar en el distrito judicial de Tuxtla, y posteriormente y de manera gradual en los distritos judiciales de San Cristóbal, Comitán y Tapachula, dividiendo a la Entidad en tres sectores para efectos de llegar al año 2016 con el objetivo cumplido de contar con el nuevo modelo penal en marcha en todo Chiapas y para todo tipo de delitos; lo anterior justificado, por cuanto que se requiere de la infraestructura adecuada y el personal capacitado para que iniciar sus funciones.

La nueva ley procesal penal de Chiapas, pretende volver eficaz, la impartición de justicia, tomando como base el respeto a los derechos fundamentales de los individuos en plena coincidencia con la convención americana de los Derechos Humanos, y demás convenciones de la materia sin embargo, aun y cuando la citada ley cumple con ser general, abstracta y obligatoria, es menester estudiar de qué manera la autoridad garantizara el debido proceso en el contexto intercultural, ya mencionado, específicamente en lo relativo a la adecuada defensa, que ha sido el talón de Aquiles de la justicia Mexicana y que sin lugar a dudas es la causa generadora de la reforma; ya que se percibe

un clima de inseguridad jurídica para los procesados en general y en lo particular a los pertenecientes a un grupo originario, quienes han manifestado que no tienen igualdad de oportunidades de demostrar su inocencia, ya sea aportando pruebas o rebatiendo las que ofrezca la representación social, puesto que existe desconocimiento por parte de los Juzgadores de su cosmovisión lo que resulta indispensable para poder hablar de justicia entre desiguales. Este reto el de considerar transparente, incluyente e intercultural la procuración e impartición de justicia en Chiapas implica que las Instituciones encargadas de esas actividades cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para realizar una investigación científica dirigida a obtener conocimientos comprobados y sistematizados, que transmita un mensaje claro a la sociedad de que con los juicios orales se imparte justicia legal sin ideologías. Aunado a lo anterior, el inculpado para tener una adecuada defensa y por ende un debido proceso debe contar con certidumbre jurídica respecto que se le admitirán todas las pruebas que aporte para demostrar su inocencia e incluso facilitarle los medios para ello; por tanto esa responsabilidad, hoy día recae en el Juzgador, quién en una Entidad como Chiapas, al momento de resolver la situación jurídica del justiciable debe tomar en cuenta dicho principio y a la vez los derechos de la víctima, sin olvidar el entorno intercultural que envuelve al hecho delictivo.

Por otra parte, es necesario considerar, la enorme carga sociológica que representan los abusos cometidos por la policía ministerial al momento de detener a una persona, mismos que han sido un secreto a voces, y los ha convertido a los ojos de la sociedad en servidores públicos arbitrarios, puesto que existen infinidad de historias en las que jamás le hicieron saber al justiciable los derechos fundamentales que tienen y que puede hacer valer, ante las autoridades, y que en el mejor de los casos fue hasta el momento que le tomaron su declaración ministerial que se les hicieron del conocimiento las razones de su detención, lo que constituye ya una violación al debido proceso; para evitar lo anterior, se requiere dar a quienes intervienen en los procesos de

procuración e impartición de justicia la capacitación adecuada y la actualización necesaria tendente a que en sus actuaciones prepondere el respeto a los derechos fundamentales y en el caso particular se vele por el debido proceso, para que la resolución judicial que se dicte no sea violatoria de garantías y respetuosa de las diferencias que existen entre los individuos como en el caso de los saberes diversos de pueblos originarios. En consecuencia es menester, para garantizar la adecuada defensa y el debido proceso que los sujetos activo y pasivo del delito, entre otras cosas, tengan pleno conocimiento de sus derechos humanos para poder defenderlos, así como también compete al Estado promover su difusión, más tratándose de escenarios interculturales.

Es por lo anterior que debe dejarse en claro que si el debido proceso penal es un conjunto de etapas formales que la ley fundamental establece con anterioridad al caso, mismas que de no respetarse entorpecen la idea de justicia que debe prevalecer; es el Juezador quien debe supervisar y defender en todo momento su respeto, pues si se vulnera se rompe la igualdad procesal. El que imparta justicia deberá conocer los saberes diversos, la lengua y la cultura de la región, pues el proceso penal debe ser intercultural y por tanto no discriminatorio, incluyente y totalmente respetuoso de las diferencias, por lo que resulta necesario evaluar si los mecanismos implementados para capacitar a los encargados de la procuración e impartición de justicia en el Estado de Chiapas con motivo al sistema adversarial, realmente cumplieron con su objetivo de privilegiar al debido proceso como derecho fundamental intercultural.

Ahora bien, esta nueva forma de Juzgar incide en la ciencia del Derecho, pues la materialización de la norma jurídica en casos concretos en los que la interculturalidad está presente, debe generar un nuevo paradigma en el que el debido proceso penal como derecho intercultural sea el referente. La enseñanza y el aprendizaje de estos temas deben adecuarse a los nuevos esquemas jurídicos, proveyendo un estudio integral e interdisciplinario que permita contar con un panorama amplio al especialista en derecho en pos de la adecuada defen-

sa y el debido proceso, esto es que mediante el estudio de la teoría del derecho, la filosofía del derecho, la argumentación jurídica e incluso la didáctica jurídica se puedan entender e interpretar las normas jurídicas a la luz de los derechos humanos, terminando con los esquemas tradicionalistas o exegéticos de la ley penal. El profesional del derecho debe reinventarse para estar en condiciones de evaluar la eficacia de los procesos penales y luchar por el respeto al debido proceso intercultural, siendo vehículo de difusión del mismo, compartiendo sus conocimientos al respecto para que llegado el momento no solamente los peritos en la materia conozcan sus garantías sino toda persona, y de esta forma generar en quienes procuran e imparten justicia mayor acuciosidad en su labor, para que la sociedad recobre la confianza en sus autoridades judiciales, debe quedar convencida de que todo aquel que sea sometido a un proceso penal se le dará la oportunidad de defenderse, o como tradicionalmente se decía, de ser oído en juicio y sobretodo de que aquel que resolverá su situación jurídica sea alguien que para emitir una resolución no se vea influenciado por cuestiones de carácter personal o institucional, sino que esté capacitado para pugnar por el debido proceso, es decir que cuando encuentre en conflicto la ley con los derechos humanos, sepa que tiene siempre que defender esos derechos pues nacen con el individuo y mueren con él.

No olvidar que el momento estelar del nuevo enjuiciamiento penal, como bien, lo señala el Doctor Miguel Carbonell tendrá lugar en las llamadas “audiencias de juicio oral y en ellas estarán presentes el juez, la víctima, el acusado, sus abogados, el Ministerio Público, los testigos y el público en general”³; lo que está generando una inversión económica considerable y a los que procuran e imparten justicia se les debe capacitar en expresión oral, conocimientos interculturales como saberes diversos, lengua y cultura de pueblos originarios, pues ahora dependerá de ello el éxito del sistema, realizar una pésima conducción

³Carbonell, Miguel. *La Reforma Penal que México necesita*. Institución Renacc, A.B.P., Monterrey Nuevo León, Marzo 2012

de la audiencia previa a juicio o en la propiamente de juicio oral, llevar a cabo una mala exposición del desahogo de las pruebas, o no tomar de forma inmediata decisiones en audiencia, son algunos de los problemas que pueden surgir; y si bien es cierto, el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Chiapas al parecer ha dado capacitación a sus funcionarios involucrados, sería pertinente verificar si ha incluido en ella el conocimiento de la cultura, los saberes diversos y lengua de los pueblos originarios de esta Entidad Federativa y además si en la práctica los resultados, al menos por el momento en materia de delitos no graves, como preámbulo a la implementación en todos los delitos. De lo anterior se desprende que para la realización del derecho al debido proceso penal como derecho fundamental intercultural es menester entender, también que deben respetarse los conceptos de Derecho a un juicio público ante jueza o juez competente, Derechos de las víctima, Presunción de inocencia, Defensa adecuada, Garantía para ofrecer pruebas y desahogo de las mismas; aunado a la inclusión, respeto a las diferencias y la no discriminación, como ingredientes estos últimos de esa interculturalidad que debe ser reconocida por el orden jurídico.

En conclusión en el Estado de Chiapas, algunos de los obstáculos para el ejercicio del debido proceso penal como derecho fundamental intercultural tienen que ver con:

- La subsistencia de la idea inquisitoria del sistema penal, que lesiona la presunción de inocencia y transgrede la debida valoración de la prueba.
- La falta de capacitación de las y los servidores públicos encargados de hacer cumplir los principios y garantías del debido proceso.
- La insuficiencia de recursos materiales de los órganos de procuración y administración de justicia.
- La falta de defensa adecuada, incluso desde el trámite de la averiguación previa, por desconocimiento de las y los servidores públicos de los saberes diversos de los pueblos originarios.

- La inexistencia del respeto a la interculturalidad de los procesados, pertenecientes a pueblos originarios pues no se toma en cuenta dentro del proceso penal su cosmovisión, saberes diversos, lengua y cultura.
- La falta de jueces de primera instancia y magistrados hablantes de lenguas originarias, y conocedores de la cosmovisión y saberes diversos de los pueblos originarios de Chiapas.

Aunado a lo anterior existen situaciones en las que jueces se ven influenciados por la promoción, publicidad y consecuencias que pudieren tener sus actos, tiene el temor fundado de tomar decisiones que puedan afectar los intereses de algún grupo de poder y prefieren aplicar la ley de manera exegeta, esto por la politización del poder judicial. Además, en el nuevo procedimiento penal acusatorio, no siempre las partes están en equivalencia de condiciones, debido a que el litigante con mayores recursos tendrá la oportunidad de contratar mejores abogados, mientras que los litigantes de menores recursos dependerán muchas veces de defensores de oficio ofrecidos por el Estado, que se encargan de una gran cantidad de casos y cuentan con reducidos recursos. Por último el lenguaje jurídico dificulta al ciudadano común y al perteneciente a un pueblo originario, entender el alcance de las garantías procesales con las que cuenta y que el Estado reconoce en la legislación constitucional y en la nueva ley penal, llegando con ello a sentirse desorientado. Todas estas situaciones desvirtúan a la adecuada defensa y hacen presumir la ausencia del debido proceso como derecho fundamental intercultural.

REFERENCIAS

Carbonell Miguel, *“La Reforma Penal que México necesita”*, Institución Renacc, A.B.P., Monterrey Nuevo León, Marzo 2012.

García Ramírez Sergio, “El debido proceso concepto general y regulación en la convención americana sobre derechos humanos”, Boletín Mexicano de derecho comparado, año XXXIX, no. 117, año 2006, págs. 637 a 670.

Silva García Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos (criterios esenciales)*, México, 2011

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf.

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

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución Política del Estado de Chiapas

Nuevo Código de Procedimientos Penales de Chiapas

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

EL PRINCIPIO PRO PERSONA FRENTE AL NUEVO SISTEMA PENAL DE JUSTICIA EN MÉXICO

ERNESTO ANTONIO PÉREZ LEÓN

INTRODUCCIÓN

La reforma del 18 de junio de 2008, a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de Derechos humanos, impacto de manera sustantiva la labor de las autoridades del país, siendo la de mayor alcance y relevancia vista en nuestra Constitución Política, al considerar el Principio Propersona, ya que obliga a las autoridad competente resolver las controversias donde se susciten violaciones a los derechos humanos atendiendo a los criterios jurídicos más favorables para las personas, marcando con ello un parte aguas a nuestra administración de justicia.

Es por ello que considero de gran importancia el presente tema desde la reforma constitucional y su implementación hasta la concepción de este principio que garantiza nuestro mejor derecho consagrado en la carta magna.

I. REFORMA CONSTITUCIONAL

Por cuanto a la reforma constitucional relativa a diversos artículos de la constitución política de los estados unidos mexicanos, se trata de un proyecto que modifica el capítulo I del título primero de nuestra carta magna. Siendo los más importantes de la propuesta de esta reforma los artículos 1, 15 y 29 en virtud de que se establece lo siguiente:

Artículo 1°. En los estados unidos mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las Condiciones que esta constitución establece.

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

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.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de

esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte.

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente de los estados unidos mexicanos, de acuerdo con los titulares de las secretarías de estado y la procuraduría general de la república y con la aprobación del congreso de la unión o de la comisión permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al congreso para que las acuerde.

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

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo de-

crete el congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la suprema corte de justicia de la nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

Todo lo anterior nos obliga a hacer una consideración de la necesidad que se tiene de que los derechos fundamentales se interpreten no solo a la luz de la constitución sino también de los tratados internacionales de derechos humanos que nuestro país ha suscrito.

Toda vez que los derechos fundamentales se encuentran contemplados tanto en la constitución política de los estados unidos mexicanos como en los tratados internacionales relativos a la materia, bajo el presupuesto también de que los derechos humanos son fundamentales; es necesario realizar un análisis, así sea somero, de lo que es el derecho internacional de los derechos humanos, pues es menester tener una aproximación conceptual y de contenido ya que ello redundará en la forma en que debe aplicarse los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el derecho nacional.

Bajo ese sentido estableceré una frase tomada del apartado 5 de la declaración de Viena de 1993.

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí y la comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos su mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los estados tiene el deber sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Así, los cuatro instrumentos sobre derechos humanos más relevantes para este continente son: la declaración universal de derechos humanos, la declaración americana de derechos y deberes del hombre, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, y la convención americana sobre derechos humanos.

II. LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO

Cuando un país ratifica un tratado internacional trae como consecuencia, el que los derechos fundamentales previstos en el instrumento ratificado pasan a formar parte del derecho interno, esto es, son vinculantes, y en consecuencia obligatorias para las autoridades del estado que lo haya suscrito. Los caminos y formas en que los derechos humanos se implementan a nivel nacional son variados. En donde es menester hacer mención del llamado control de convencionalidad.

En relación a este tema me parece necesario abordar cuatro aspectos fundamentales: el primero referido a la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en el derecho interno; el segundo el análisis de las llamadas “cláusulas de remisión” de esos ordenamientos que la propia constitución hace en relación a los mismos; el tercero por cuanto a la determinación de si los derechos fundamentales previstos en tratados internacionales son o no autoejecutables; y el cuarto que versará sobre la problemática que puede darse en la propia regulación que puede ser distinta entre tratados internacionales de derechos humanos, o entre éstos y la constitución o las leyes de cada país.

La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en el derecho interno podemos decir, en términos generales, que en las constituciones le otorgan a estos instrumentos internacionales, cuatro tipos de rango o valor: 1) supraconstitucional, virtud a la cual el tratado internacional relativo a derechos humanos está por encima

de la constitución política del país; 2) constitucional, en razón de esta jerarquía los tratados internacionales en la materia tienen el mismo rango o están a la misma altura que la carta magna de cada estado y en consecuencia por encima de las leyes internas; 3) supra legal, categoría en la cual en los tratados están por encima de la ley empero en un rango inferior a la constitución; y 4) legal, en donde los tratados internacionales relativos a derechos humanos están además por debajo de la constitución al mismo nivel que las leyes ordinarias.

En este sentido, es importante el análisis que nuestra suprema corte de justicia de la nación ha realizado en relación a este tema. Para esto cito el último criterio que ha dictado nuestro máximo tribunal de rubro siguiente: *Tratados internacionales. Son parte integrante de la ley suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales.*

III. EL PRINCIPIO PRO PERSONA

Desde luego, esta reforma al texto constitucional impacta en su esencia la protección de los derechos humanos de los mexicanos en el aspecto sustantivo, y naturalmente en el tratamiento procesal. De manera que los servidores públicos, al analizar las normas aplicables a los casos concretos, deben privilegiar y emplear la interpretación más beneficiosa para la persona; la que resulte más favorable para su libertad y dignidad. Esto que se lee y se dice tan fácil, en realidad exige una gran dosis de prudencia para los jueces y de auténticos deseos y capacidades de servir con profesionalismo e integridad a la sociedad, por parte de todos los servidores públicos.

El nuevo paradigma en la interpretación del texto constitucional, implica que la decisión de las autoridades en un caso concreto debe centrarse en adoptar las medidas más favorables para los derechos de las personas involucradas en un conflicto, que todos sean respetados en su dignidad, y, desde luego, llevados ante la autoridad

competente sin lesionar los derechos humanos de las víctimas; de los ofendidos y de los propios acusados; de manera que las garantías del debido proceso y de acceso a la justicia sean realidad para todos (autoridades y ciudadanos). Precisamente a esta exigencia recién incorporada y hecha explícita ahora en la nueva redacción constitucional se le conoce con el nombre de “principio pro persona.

El párrafo tercero del artículo 1º incorpora a la constitución los principios de los derechos humanos que han sido reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos, éstos son obligatorios para los servidores públicos

En el país, de manera que para hacerlos efectivos es necesario que el ciudadano los conozca y se familiarice con ellos.

El principio de universalidad está en la esencia misma del derecho internacional de los derechos humanos, implica dos aspectos: uno se refiere a que los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos, sin distinción de nacionalidad, residencia, sexo, origen étnico, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todas las personas tienen los mismos derechos, y, consecuentemente, la misma dignidad.

El otro aspecto hace referencia al ámbito internacional e implica que todos los estados (México incluido) tienen el deber de promover y proteger todos los derechos humanos independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales. Por lo tanto, los servidores públicos de cualquiera de los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) en los tres ámbitos de gobierno (federal, estatal y municipal) están obligados a realizar las acciones de autoridad y gobierno teniendo como referente el respeto que deben a los mexicanos.

El principio de interdependencia también está contenido en el texto constitucional que estamos abordando. Éste supone que cada uno de los derechos humanos depende de los otros y se encuentran ligados de tal manera que la violación de uno afecta el ejercicio de los demás. Por ejemplo, el derecho a ser elegido para un cargo público implica que se respete el derecho a la libertad de expresión y de asociación, en consecuencia, no es posible defender los derechos políticos, si

no se protegen las libertades de reunión, de asociación o de expresión.

Los derechos civiles, políticos, económicos y culturales son esenciales y complementarios; todos en su conjunto favorecen a la dignidad y la integridad de la persona. El respeto de todos los derechos es una condición para el desarrollo y la paz de la sociedad.

Además de los principios anteriores, los derechos humanos tienen carácter de progresivos. Esto supone que el respeto y la protección de los derechos humanos son continuos e irreversibles, es decir, a través de los tratados internacionales se establecieron estándares mínimos de cumplimiento y de respeto, que han sido adoptados por los estados miembros, como es el caso de México. Cabe señalar que esos estándares no son definitivos sino que van mejorando continuamente.

Es importante mencionar que los cuatro principios que hoy forman parte del derecho internacional encontraron su origen en la declaración universal de derechos humanos, y posteriormente se recogieron en los dos principales tratados internacionales de derechos humanos, de los que México es parte, que desarrollaron el contenido de dicha declaración en normas jurídicas vinculantes: el pacto internacional de derechos civiles y políticos, y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, mismos que fueron reconocidos por la conferencia mundial de derechos humanos realizada por la organización de las naciones unidas en la ciudad de Viena, Austria, en junio de 1993.

Desde luego tomará tiempo el cambio de mentalidad que deben adoptar quienes se desempeñan en labores relacionadas con procurar, pedir, administrar e impartir justicia, en el fondo se trata de superar el discurso de las llamadas “garantías individuales”, contenidas en la parte dogmática de nuestra constitución, y pasar a un nuevo discurso que anteponga los derechos humanos como aquellos límites que el estado y todos sus funcionarios deben respetar en el trato con los ciudadanos.

CONCLUSIONES

Con este principio se abren nuevas puertas a la administración de justicia, ya que a partir de ahora, no solamente se podrá juzgar en atención a los lineamientos nacionales sino por el contrario se podrá de así requerirse de invocar lineamientos internacionales de los que México sea parte, con ello garantizando que se aplicara el criterio que más le favorezca a la persona para poder salvaguardar sus derechos humanos, que nuestra carta magna le garantiza a través de los procedimientos que ahora se implementan.

Cabe citar que en relación al principio Propersona para que este pueda tener la eficacia debida y ser de total garantía en nuestro país, no debería estar condicionado a la jerarquía constitucional, desde un aspecto supra legal, sino más bien desde mi particular punto de vista este principio debería tener un rango o valor supra constitucional.

No así como lo establece, la última parte del párrafo primero del artículo 1º Constitucional, donde limita el goce de los derechos humanos, los cuales podrán suspenderse en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece.

EL IMPACTO DE LAS REFORMAS POLÍTICAS ELECTORALES EN EL SISTEMA ELECTORAL Y DE PARTIDOS DEL ESTADO DE CHIAPAS

MARIO CRUZ VELÁZQUEZ

INTRODUCCIÓN

El actual sexenio se ha caracterizado por la aprobación de una serie de reformas entre ellas las reformas políticas electorales las cuales han impactado en el sistema político electoral del país y de varias entidades. En muchos estados de la república mexicana fue evidente que a partir de la década de los noventa se actuaba con cierta autonomía derivado de la política de descentralización en algunas áreas de gobierno, en los asuntos electorales se expresaban con la vigencia heterogénea de códigos electorales locales que contienen las reglas para acceder a las representaciones políticas.

Hoy se presenta una nueva perspectiva, se adopta un esquema de recentralización en importantes áreas de la administración pública así como en el ámbito electoral. Las adecuaciones legislativas a las

normatividad electoral realizadas recientemente brindan una importante oportunidad para que ramas del derecho público como es el caso del derecho electoral y el derecho procesal electoral puedan contrastar la aplicación, vigilancia y ejecución de las nuevas reglas electorales de la sociedad mexicana en las próximas elecciones intermedias que se realizarán a partir del 2015. En este contexto el propósito de la presente disertación es visualizar el impacto que las reformas electorales ha ocasionado en el sistema electoral y de partidos en el estado de Chiapas en vísperas de las próximas elecciones.

I. CONTEXTUALIZACIÓN

La historia de la humanidad tal como lo dijera Marx es la historia de lucha de clases, desde el origen del estado una clase ha predominado sobre otra así lo demuestran las diferentes formaciones socioeconómicas que históricamente ha experimentado la humanidad. En la actualidad hay que reconocer que el predominio en el mundo son las relaciones de producción del capitalista después del derrumbe del bloque socialista de la URSS. Para caracterizar el encuadre del presente tema es fundamental aludir una de las tesis fundamentales del materialismo histórico.

Al llegar a una fase determinada de desarrollo las fuerzas productivas materiales de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes o, lo que no es más que la expresión jurídica de esto, con las relaciones de propiedad dentro de las cuales se han desenvuelto hasta allí. De formas de desarrollo de las fuerzas productivas, estas relaciones se convierten en trabas suyas, y se abre así una época de revolución social. Al cambiar la base económica se transforma, más o menos rápidamente, toda la inmensa superestructura erigida sobre ella. Cuando se estudian esas transformaciones hay que distinguir siempre entre los cambios materiales ocurridos en las condiciones económicas de producción y que pueden apreciarse con la exactitud propia de las

ciencias naturales, y las formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas o filosóficas, en un a palabra las formas ideológicas en que los hombres adquieren conciencia de este conflicto y luchan por resolverlo.¹

Esta perspectiva nos dice que el desarrollo de las fuerzas productivas es condición necesaria para que aparezcan en la historia nuevas formas de dominación política, solo así nos podemos explicar que sobre las ruinas del feudalismo se erigió un nuevo modo de producción que da origen la democracia democracia liberal representativa, con sus derechos civiles y políticos fundamentales. Nos referimos al modo de producción capitalista el cual ha sido clasificado en algunos como etapas denominadas: capitalismo comercial, industrial, financiera y tecnológica. Lenin dijo que la fase superior del capitalismo es el imperialismo, lo cierto es que vivimos un capitalismo en un contexto muy diferente a sus inicios.

Actualmente es comun escuchar en los medios, los debates académicos, foros internacionales, en los grupos políticos, grupos de poder, grupos economicos entre otros, los conceptos de globalización y neoliberalismo. En un mundo tan complejo y tan indeterminado estos constructos teóricos tratan de explicar el momento histórico en el cual vivimos “La globalización es un fenómeno histórico que, como en otro tiempo ocurriera con los de modernización o industrialización, se ha convertido en los últimos años en un cómodo “concepto-refugio” que permite explicar y, al tiempo justificar, la complejidad creciente de las practicas politicas , economicas, culturales y discursivas de nuestras sociedades actuales”.²

Este fenómeno al parecer ha beneficiado a la humanidad en la difusión de los avances tecnológicos, la comunicación y el conocimiento mediante el intercambio de ideas y opiniones, en difundir las

¹Carlos Marx y F. Engels. *Obras escogidas*. tomo 1 pag 523.

²Moreno del Río Carmelo, Ibarra Guell Pedro, Indígenas, indigentes e indigestos. Los nuevos sujetos de la izquierda radical frente al neoliberalismo global, Joan Anton Mellón Las ideas políticas en el siglo XXI Pag. 181

experiencias de democracia parlamentaria, en preservar los principales derechos humanos universales en el libre movimiento industrial, empresarial y de productos. Pero también ha quedado demostrado que los derechos laborales entre los países es desigual con la explotación laboral, la discriminación, la explotación infantil, la falta de seguridad laboral. Si a esto le agregamos las políticas fiscales de cada estado apenas alcanzan para garantizar los derechos sociales de las poblaciones como son la educación salud y seguridad social. El ingreso presupuestario descansa en la población mientras que la inversión extranjera paga menos impuestos, explota el trabajo y traslada las ganancias convertidas en capital.

La globalización se desarrolla por la ciencia y la tecnología, la digitalización de las comunicaciones humanas revoluciona la producción, el almacenamiento y el acceso a la información. Nunca antes las sociedades habían quedado completamente supeditadas al mercado comercial para determinar sus valores y sus modelos. Uno de los elementos de la globalización es la generalización de regímenes democráticos vinculado al predominio económico de inversores, grandes firmas, organismos internacionales y naciones centrales. La expansión de los derechos humanos provocando crisis en estados con regímenes autoritarios, dictaduras militares, socialistas, teocráticos dando paso a formas de gobierno de democracia liberal constitucional

El Banco Mundial no tiene una definición exacta del término globalización, reconoce que tiene connotaciones culturales, políticas y con énfasis en lo económica por las actividades económicas manifiestas como El comercio internacional, la inversión extranjera directa y el flujo del mercado de capitales.

La globalización y el neoliberalismo parecen ser lo mismo. Sin embargo, un análisis más cuidadoso permite reconocerlos como fenómenos esencialmente distintos: en su caso, la globalización resulta ser un fenómeno histórico consustancial al capitalismo, mientras que, el neoliberal, es un proyecto político impulsado por agentes sociales, ideólogos, intelectuales y dirigentes políticos con identidad precisa,

pertencientes, o al servicio, de las clases sociales propietarias del capital en sus diversas formas.

Quienes defienden al neoliberalismo, se les denomina neoliberales y apoyan la liberalización de la economía, la apertura del mercado, el libre comercio a partir de la desregulación del mercado, la privatización con el argumento de que la administración privada es la más eficiente y adecuada y limitan la intervención del estado sobre todo en el gasto e inversión pública en materia de caminos y rutas, educación, salud. Como nunca el neoliberalismo exhibe las contradicciones inherentes a la reproducción y acumulación incesante del capital y la explotación económica, la dominación política, la opresión social y la alienación ideológica, en todos los niveles y dimensiones que caracterizan la economía-mundo capitalista. La denominación “capitalismo salvaje” es tan consistente como descriptiva respecto de la progresiva mercantilización de la vida humana pero sustancialmente de la deshumanización del hombre (en sentido genérico) dentro del capitalismo. 3

II. MODELO ECONÓMICO NEOLIBERAL DE MÉXICO

El neoliberalismo se expresa como la ideología del capitalismo anglosajón que surge después de la segunda guerra mundial y opera con los organismos internacionales mediante la sujeción económica de los países de América Latina entre ellos México. Nuestro país se ha caracterizado integrarse a la globalización y en adoptar el modelo económico neoliberal de los Estados Unidos “Los pasos más importantes en la incursión de México en la globalización fueron: El ingreso al GATT (ahora la Organización Mundial del Comercio-OMC) en 1986. La apertura hacia el capital extranjero representado por el establecimiento del Fondo NAFIN en 1989 y su oferta pública posterior en la Bolsa de Nueva York (New York Stock

³Puello, J. F., *Ocho tesis sobre el neoliberalismo (1973-2013)*, Revista Espacio Crítico, Universidad Nacional de San Martín.

Exchange-NYSE) en 1991. La privatización de los bancos entre 1991 y 1992. El proceso de globalización se fortaleció con la implantación del Tratado de Libre Comercio (TLC) en 1994, y el ingreso a la OCDE en el mismo año.⁴ Muy pronto se empezó con la aplicación de políticas de liberación, desregulación, internacionalización y privatización.

Como antecedentes del modelo neoliberal podemos señalar que de la década de los años 40 en México predominó el Modelo de sustitución de importaciones, la demanda de bienes debido a la segunda guerra mundial estimula la economía mexicana que se le conoce como el “milagro mexicano”, A partir de la década de los años 60 a la mitad de los 70 se adopta el modelo de desarrollo estabilizador quien proyectó modernizar la industria, aumentar la productividad y lograr la competitividad internacional a través de la incorporación de tecnología moderna.

A finales de los años 70 se adopta un neopopulismo el cual se sustentó en la exportación petrolera permitiéndole desarrollar las áreas estratégicas del acero, la química, la petroquímica, los fertilizantes, la electricidad y el petróleo, punta de lanza de este modelo desarrollista. A partir de los 80 inicia el nuevo modelo económico llamado neoliberalismo. Como se puede observar desde los años 40 México implementó una estrategia de desarrollo económico que protegió el mercado interno mediante medidas arancelarias en donde el estado regula la actividad económica.

Es en el período presidencial de Miguel de la Madrid (1982-1988), cuando tiene su aplicación la estrategia neoliberal; inicia con la venta y privatización de las primeras empresas paraestatales y el desmantelamiento, que abarca hasta el régimen de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) y el de Ernesto Zedillo (1994-2000). En el período salinista el proyecto neoliberal se fue profundizando y se plantearon con mayor claridad los principales postulados de la política económica gubernamental, en ésta etapa; se realizan algunas reformas constitu-

⁴PROMEXICO, <http://www.promexico.gob.mx/negocios-internacionales/aprovechamiento-de-la-globalizacion-en-mexico.html>

cionales que impactan enormemente en la naturaleza del Estado, tal es el caso de los Artículos 28, 73 y 123 referidos a la reprivatización de la Banca, la reforma electoral, de la ley de culto; y del Artículo 27 que abre la posibilidad para que los ejidatarios pueran vender sus parcelas a capitalistas nacionales y extranjeros (tendiente a eliminar los ejidos⁵).

III. LAS REFORMAS NEOLIBERALES

Después de dos sexenios de gobiernos panistas durante el periodo 2000-2012, el Partido Revolucionario Institucional reconquista nuevamente la presidencia de la republica y le da continuidad al modelo economico neoliberal. El nuevo presidente aliado con el PAN y la izquierda institucional del PRD establecen una alianza denominada el Pacto por México lo que permitio una serie de reformas que favorecen la intervencion extranjera directa. Hasta el momento se han aprobado once reformas en tan solo veinte meses entre el 1º de septiembre de 2013 y el 31 de agosto de 2014 las cuales son las siguientes: Reforma Energética, Reforma en materia de Telecomunicaciones, Reforma en Competencia Económica, Reforma Financiera, Reforma Hacendaria, Reforma Laboral, Reforma Educativa, Código Nacional de Procedimientos Penales, Ley de Amparo, Reforma Política Electoral y Reforma en materia de Transparencia⁶.

IV. LEY DE REFORMA POLÍTICO ELECTORAL

El 31 de enero del 2004, el Presidente de la República decreta la Reforma Constitucional en materia politico electoral, aprobada por el Con-

⁵Vidales, Saúl (1996). *Globalización...¿Guerra contra la humanidad?* Revista Universitaria Independiente. Bimestral No. 10.

⁶Diario el economista, 2014/09/02/segundo-informe-gobierno-enrique-pena-nieto

greso de la Unión y la mayoría de las legislaturas estatales. El 10 de febrero del mismo año se publicó en el *Dirario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se refoman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia político electoral. Este decreto re reformas contiene diversas disposiciones que modifican la denominación, estructura, funciones y objetivos del Instituto Federal Electoral para transformarse en Instituto Nacional Electoral, entre las que destacan la modificación de la integración de su Consejo General y la inclusión de nuevas atribuciones. El 23 de mayo de la fecha antes señalada se publicó la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales en el *Diario Oficial de la Federación*.

Esta nuevas disposiciones dan origen al fundamento constitucional y legal del derecho electoral el cual se establece en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los siguientes artículos: El artículo 35 que reconoce el derecho fundamental de votar, ser votado y asociarse el 39 y 40 que define a nuestro régimen político como una democracia representativa, el 41 que establece las bases del sistema de partidos así como las organizaciónen de las elecciones, el 99 se refiere a la calificación de las elecciones y la protección de los derechos políticos y el 116 y 122 acentúan los principios para la organización y la calificación de las elecciones en los estados de república así como en el Distrito Federal. Veamos textualmente estos artículos constitucionales.

Las nuevas reglas del juego del sistema electoral mexicano están plasmadas en las nuevas o reformadas leyes electorales las cuales tienen que estar en sintonía con los códigos electorales de los estados para iniciar en la próxima elección de junio del 2015 para renovar diputados federales en todo el país y en 17 estados la renovación de los congresos locales y integración de los nuevos ayuntamientos municipales. Estas leyes electorales son las siguientes:

- Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (reformada);

- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (reformada);
- Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (reformada);
- Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (nueva);
- Ley General de Partidos Políticos (nueva), y
- Ley General en Materia de Delitos Electorales (nueva).

V. EL IMPACTO DE LAS REFORMAS POLÍTICAS ELECTORALES EN EL SISTEMA ELECTORAL Y DE PARTIDOS DEL ESTADO DE CHIAPAS

En Chiapas después de tener dos gobiernos de alianza el PRI en alianza con el Partido Verde reconquistan la gubernatura de Chiapas con el apoyo del último gobierno de alianza, el siguiente cuadro nos ilustra el antes y después de haber tenido dos gobiernos aliancistas las cuales nos permite construir diversos escenarios de explicación.

Un común denominador de los últimos gobiernos incluyendo el actual es la influencia y control en los órganos que tienen la responsabilidad de realizar las elecciones en Chiapas: Congreso del Estado, Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana, Comisión de Fiscalización Electoral y El Tribunal de Justicia Electoral y Administrativa. Esta intervención de los gobiernos locales ha evitado un proceso electoral transparente, permite el uso excesivo de propaganda electoral disfrazada en tiempos no electorales, facilita la intervención de funcionarios públicos en actividades preelectoral, promueve el uso de las estructuras de la administración estatal en la inducción de voto.

Estamos en la antesala de una elección intermedia en el estado de Chiapas, en las elecciones del próximo año 2015 se renovará el Congreso de Chiapas con 41 diputados, se elegirán los 12 Diputados Federales y se integrarán 122 ayuntamientos municipales. En los dos primeros años del actual gobierno fue evidente la preparación jurídica

GOBIERNOS DE CHIAPAS		PERIODO	PRESIDENTES DE MÉXICO	
PRI	Juan Sabines Gutiérrez	1979-1982	1976-1982	José López Portillo y Pacheco
	Gustavo Armendáriz	1982-1982		
	Absalón Castellanos Domínguez	1982-1988	1982-1988	Miguel De La Madrid Hurtado
	Patrocinio González Garrido	1988-1993	1988-1994	Carlos Salinas De Gortari
	Elmar Setzer Marseille	1993-1994		
	Javier López Moreno	1994-1994	1994-2000	Ernesto Zedillo Ponce De León
	Eduardo Robledo Rincón	1994-1995		
	Julio César Ruiz Ferro	1995-1998		
Roberto Albores Guillén	1998-2000			
PRD-PT- CONVERGENCIA	Pablo Salazar Mendiguchía	2000-2006	2000-2006	Vicente Fox Quesada
	Juan Sabines Guerrero	2006-2012	2006-2012	Felipe Calderón Hinojosa
PRI-PVEM- NUEVA ALIANZA	Manuel Velasco Coello	2012-2018	2012-2018	Enrique Peña Nieto

y políticamente para garantizar una elección como tradicionalmente se realiza con consejeros y funcionarios prestos para realizar unas elecciones institucionales sin problemas. Sin embargo los nuevos ordenamientos jurídicos derivados de las nuevas leyes electorales viene a cambiar el escenario de participación electoral en la entidad, uno de los principales impactos de las nuevas reformas es el acotamiento de gobierno del estado en los comicios electorales. En Chiapas esta lucha con las disposiciones federales constitucionales ha tenido cuando menos algunas actitudes de evasión que me parece importantes señalarlas.

La oposicion de armonizar los ordenamientos locales en materia electoral con las nuevas disposiciones constitucionales. Nuestra elecciones de acuerdo al código electoral de elección debería iniciar la primera de marzo del 2015. En el afán de mantener a la misma estructura de consejeros el Congreso del estado legisla que debería iniciar la primera semana de octubre para evitar la intervención del Instituto Nacional electoral, esta decisión se apoya en el transitoria de la Ley General de partidos.

La creación de nuevos partidos sin considerar los parámetros nacionales: En Chiapas actualmente están registrados 10 partidos nacionales: Partido Revolucionario Institucional (PRI), Partido Acción Nacional (PAN), Partido de la Revolución Democrática (PRD), Partido Revolucionario Institucional (PRI) Partido del Trabajo (PT), Partido Verde Ecologista de México (PVEM), Partido Movimiento Ciudadano (MC), Partido Movimiento Regeneración Nacional (Morena), Partido Encuentro Social (PES), Partido Humanista (PH) y dos partidos locales: Partido Chiapas Unido y Partido Mover a Chiapas. Modifican el artículo 54 y 55 del código de elecciones flexibiliza los criterios para favorecer a partidos de funcionarios.

La participación de congreso en la designación de circunscripciones. En las elecciones pasadas el congreso dividió a los 122 municipios en cuatro circunscripciones de manera inequitativa justificando la aplicación de una fórmula de asignación de las diputaciones

de representacion proporcional que afecta a los partidos politicos en crecimiento por la sobrerrepresentacion que existe en el actual congreso. En abril del 2014 el periodico ofical como organo de difusion oficial del estado libre y soberano de Chiapas publica el decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Codigo de Elecciones y Participacion Ciudadana del estado de Chiapas donde nuevamente se corrige la distribucion de las circunscripciones sin que tenga la facultad de hacerlo.

La disposicion constitucional que para el asunto de la distribucion de la representacion proporcional debe encabezar la lista el sexo femenino. Esto ha originado controversias al interior de los partidos quienes ninguno objeta el asunto de paridad de genero. Este supueto paritario se garantiza desde la asignacion de las diputaciones uninominales asi como la designacion de las plurinominales el tema es que necesariamente tiene que encabezar una mujer lo cual posibilita una mayor participacion del genero femenino sobre el masculino.

En suma actualmente iniciamos en Chiapas un proceso de elecciones con dos temas de inconstitucionalidad la primera de ellas es que no se logra armonizar las elecciones locales y federales: las elecciones federales se realizan la primera semana de junio y las elecciones locales la tercer semana de julio 7 junio y 19 de Julio respectivamente. La segunda que prevalece una nueva distribucion de las circunscripciones con una formula de asignacion de la representacion proporcional de diputaciones plurinominales que no corresponde con el numero de votos de cada partido y que no garantiza la representacion pura. Lo novedoso es que hay nuevos funcionarios electorales elegidos bajo los procedimientos del Instituto Nacional de Eleccion que esperamos logren mantener cierto grado de independencia de los otros poderes. Lo cierto es que los organos electorales sobre aplicaran las normas y estamos ya sabemos como estan con caracteristicas de inconstitucionalidad para favorecer a unos cuantos.

REFERENCIAS

Carlos Marx y F. Engels, Obras escogidas tomo 1 pag 523, Editorial progreso, URSS, 1974.

Código de Elecciones y Participación Ciudadana

Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución Política del Estado de Chiapas.

Diarioeconomista,<http://economista.com.mx/sociedad/2014/09/02/segundo-informe-gobierno-enrique-pena-nieto>

Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales

Ley General de Partidos Políticos

Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral

Ley General en Materia de Delitos Electorales

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

Moreno del Rio Carmelo, Ibarra Guell Pedro, Indígenas, indigentes e indigestos. Los nuevos sujetos de la izquierda radical frente al neoliberalismo global, Joan Anton Mellón (coordinador) Las ideas políticas en el siglo XXI, Editorial Ariel , España 2002. Pagina 181.

PROMEXICO, <http://www.promexico.gob.mx/negocios-internacionales/aprovechamiento-de-la-globalizacion-en-mexico.html>

Puello, J. F., Ocho tesis sobre el neoliberalismo (1973-2013), Revista Espacio Crítico, Universidad Nacional de San Martín. Consultado el 7 de agosto de 2014 en, http://marxismocritico.files.wordpress.com/2014/02/n18_a01.pdf

Vidales, Saúl (1996). Globalización...¿Guerra contra la humanidad? Economía Política. Trayectorias y perspectivas. Revista Universitaria Independiente. Bimestral No. 10, Noviembre-Diciembre, Zacatecas, Zac.

LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO. GRUPOS VULNERABLES

ELIZABETH SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

NOTA INTRODUCTORIA

De entrada resulta difícil establecer con exactitud el inicio de la seguridad social debido a los antecedentes que diversos autores hacen mención sobre épocas anteriores al estado constitucional de derecho, por ello, nos enfocaremos en los antecedentes partiendo del supuesto jurídico, legal y constitucional.

De modo que la seguridad social tiene sus inicios a partir de 1789 con la Revolución Francesa, que trajo consigo nuevas corrientes ideológicas respecto a la mejora de las condiciones de los trabajadores, más adelante en 1793 el derecho al socorro público contemplado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹, son de los primeros pasos que determinarían el inicio de la cobertura social

¹Acta Constitucional Francesa del 24 de Junio de 1793 y Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano, Biblioteca Jurídica UNAM, México D.F. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/804/9.pdf>.

ligado estrechamente al Derecho del Trabajo.

En particular y debido al surgimiento del proletariado Alemán con la era industrial constituía un fermento poderoso para la creación de un movimiento político-social, tal es el caso de Lasalle que había creado en Leipzig, en 1863, la Asociación General de Trabajadores Alemanes que habría de ser con el tiempo el germen del futuro Partido Social Demócrata.²

La crisis que soportó Alemania en 1874, a raíz de los derroches económico-financieros posteriores a la guerra de 1870, provocó con sus huelgas, cesantía y cierres de industrias el rápido nacimiento de un movimiento socialista bajo la influencia directa de Marx. El canciller Bismarck se inquietó por estos progresos socialistas, suprimiendo un derecho de reunión y de asociación, prohibiendo la existencia de dicho partido y aprisionando o desterrando a sus jefes. La habilidad política de Bismarck le hizo vislumbrar que no solo a través de medidas represivas podía basar su acción por ello nació en su mente el ir a la creación de los seguros sociales³, ya que el movimiento político que se aproximaba a pasos acelerados hacia la ideología social-demócrata que entre sus ideales se encontraba la protección de los derechos sociales.

El problema es que la extensión de la cobertura de ese derecho humano no resulta suficiente para todos, en particular para los grupos vulnerables como los migrantes, personas de edad avanzada, trabajadores independientes y personas con capacidades diferentes.

I. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO

Breve exposición sobre su origen como derecho humano

Posterior a las luchas se suscitaron con motivo del reconocimiento de

²Bowen Herrera, Alfredo. *Introducción a la Seguridad Social*. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1992, 34,35 pp.

³*Ídem*.

los derechos de los trabajadores, vinculados estrechamente con los derechos sociales, surge la necesidad de atender los derechos humanos, que habían sido quebrantados a lo largo de la historia, por ello la seguridad social, por la naturaleza de su contenido y por lo que representa, es consagrado como un derecho humano por las Naciones Unidas, esto de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de fecha 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo cual se complementa con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, **Sociales** y Culturales, adoptado en la Ciudad de Nueva York, EUA, el 16 de diciembre de 1966, adhiriéndose México el 23 de marzo de 1981⁴, en sus artículos nueve, diez y doce, determina que los países miembros de dicho pacto deberán reconocer a sus ciudadanos el derecho a la seguridad social así como al seguro social.

Así mismo, resulta importante hacer referencia que la Organización Internacional del Trabajo, como Organismo Internacional, encargado de fijar las normas internacionales del trabajo, la OIT tiene la responsabilidad de asegurar y proteger el derecho de la seguridad social, de este modo, el mandato reconoce explícitamente “la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo” de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan, entre otras cosas, “extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a **quienes los necesiten** y prestar asistencia médica completa”, así como “proteger a la infancia y a la maternidad”, lógicamente ampliando la protección de las personas que lo necesiten.

En 2001, hace exactamente trece años, en la Conferencia Internacional del Trabajo reiteró que la seguridad social era un derecho humano fundamental y reafirmó que la tarea de extenderla a todas las personas que la necesitan no sólo constituía un elemento esencial del mandato de la OIT, sino también un desafío que todos los Estados miembros debían abordar con seriedad y de forma urgente. Por ello en

⁴López Portillo, José. *Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*, Decreto Promulgatorio, México, 12 de mayo de 1981, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>.

2003 se puso en marcha la Campaña Mundial sobre Seguridad Social y Cobertura para todos.⁵ Se trata de la primera vez en la historia que la comunidad mundial declara su compromiso de extender a todos la seguridad social, no obstante lo anterior, en nuestros días prevalece la desigualdad de otorgamiento de la seguridad social al grueso de la población, en particular de las clases minoritarias.

De igual forma existieron diversos instrumentos de carácter internacional que impulsaron al cumplimiento de la seguridad social, o por lo menos a la regulación del mismo dentro de las legislaciones de los Estados miembros, otro claro ejemplo de ello fue la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, adoptado en Río de Janeiro, Brasil en 1947, en su artículo primero determina el objeto de dicha carta fue el de declarar los principios fundamentales que ampararan a los trabajadores de toda clase y que se gozarán en todo el territorio de los Estados Americanos, sin perjuicio que las leyes sean ampliadas en cada uno de ellos, estableciendo en todo momento la igualdad de género para la aplicación de dicha Declaración, respetando y cumpliendo los derechos y deberes en el consignados.⁶

Así pues, esta carta determina la amplitud de los derechos sociales en el Continente Americano, reconociendo la igualdad de género, así como el respeto y cumplimiento de los derechos y deberes tanto de los trabajadores como de los empresarios. Del mismo modo el artículo 2 de dicha declaración considera como base los siguientes principios: 1.- El trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio. 2.- Todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el desarrollo de su actividad. 3.- Tanto el trabajo intelectual como el técnico y el manual deben gozar

⁵Oficina Internacional del Trabajo. *Seguridad Social para la Justicia Social y una Globalización Equitativa*. Ginebra. 2011. 17 p.

⁶Parlamento Gubernamental de Uruguay, <http://www0.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/convinternacionalamericana.htm/> consultado el 20 de julio de 2014

de las garantías que consagre la legislación del trabajo, con las distinciones que provengan de las modalidades en su aplicación. 4.- A trabajo igual debe corresponder igual remuneración, cualquiera que sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador; y 5.- Los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros.

Por lo anterior, podemos observar que los instrumentos internacionales son el sustento de que la seguridad social es un derecho humano al que todos tenemos facultad de acceder independientemente de su condición.

A. Principios de la Seguridad Social

De entrada, es necesario saber que la seguridad social es una suma de disposiciones encaminadas a proporcionar bienestar a una población sin importar su estatus laboral, cuyas características y aspectos estudiaremos adelante, la cual se caracteriza por tener principios generales que lo diferencian de otras medidas gubernamentales de carácter público, como lo es el de mantener la estabilidad económica de un país a través de las prestaciones que otorga a sus habitantes.

Por lo anterior, de acuerdo a estudios realizados por la Organización Internacional del Trabajo en 2012⁷, existen principios de la seguridad social y son: **Solidaridad** que se define en cuanto cada cual aporta al sistema de seguridad social según su capacidad contributiva y recibe prestaciones de acuerdo a sus necesidades; Segundo principio la **Universalidad**, del cual se deriva la naturaleza del Derecho Humano Fundamental, porque se refiere a cubrir todas las contingencias a las que está expuesto el hombre que vive en sociedad; Tercer principio **Participación**, implica que los ciudadanos a quienes se les

⁷Organización Internacional del Trabajo. *Principios y Normas de la Seguridad Social*. p. 33

otorga la seguridad social podrán hacer sentir su opinión, existiendo participaciones informativas, consultivas asesoras y directivas; El cuarto principio se trata de la **Igualdad**, refiriéndose al trato a todo ser humano como tal tiene el derecho a la seguridad social prohibiéndose toda clase de discriminación en cuanto a raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; El quinto principio es llamado **Suficiencia o Integridad**, trata de que la prestación que se otorgue debe cubrir en forma plena y a tiempo, la contingencia de que se trate con dignidad, oportunidad y eficacia; Sexto principio es el de **Obligatoriedad**, se refiere que la aplicación y el ingreso a la seguridad social no está a consideración del interesado, lo único que puede quedar a elección del asegurado es el tipo de cobertura, dependiendo de las normas internas de su país de origen; Séptimo principio referente a la **Unidad**, considera la implementación de un solo sistema no importando si la proveniencia de la institución (estatal, paraestatal o privada) que otorgue la seguridad social; y por último el octavo principio referente a la **Equidad**, de acuerdo al estudio efectuado por la OIT, este se considera desde dos puntos de vista, individual y colectiva, la primera supone una equivalencia entre el monto esperado de las prestaciones y el monto esperado de las contribuciones al financiamiento realizado por el mismo individuo; la equidad colectiva es aquella que se produce cuando la proporción entre las prestaciones y contribuciones esperadas, es la misma para todos los individuos cubiertos.⁸

Considerando lo anterior, los principios resultan ser indispensables para el sustento argumentativo de que la seguridad social es un derecho humano por cuanto hace a su importancia para el bienestar tanto de la colectividad como de manera individual del ciudadano.

⁸*Idem.*

B. Conceptos y Prestaciones.

Comenzando por el pionero en emplear el término de seguridad social, Simón Bolívar, en el año de 1819, al declarar en el Congreso de la Angostura: “El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de **seguridad social** y mayor suma de estabilidad política”⁹. Con ello se refería a que a la seguridad social como parte elemental que todo sistema de gobierno debía poseer, sin embargo, este pensamiento innovador para la época, no se logró vislumbrar sino años más tarde.

Por otra parte, para el jurista Mario Pasco Cosmópolis, afirma que el concepto de la seguridad social, fue conceptualizado por primera vez en la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, reunida en Filadelfia (Estados Unidos) en 1944, en la que dice que la seguridad social engloba un conjunto de medidas adoptadas por la sociedad con el fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los cuales se hallan expuestos¹⁰, como lo es la pérdida o disminución de su capacidad de ganancia¹¹; del mismo modo decimos que el seguro social es en primer término, de carácter obligatorio para el Estado hacia la clase trabajadora, en segundo, que el objeto de este es garantizar a la clase trabajadora una indemnización a la misma en caso de riesgo natural y social a los que estén expuestos, por ejemplo, la pensión jubilatoria, pensión *post mortem*, estado de gravidez, riesgos en el trabajo, enfermedad ordinaria del trabajador entre otras; sin embargo, este concepto, deja a un lado algunos elementos que son constitutivos de la seguridad social en diversos países de Latinoamérica, entre los que se

⁹Cázares García, Gustavo. *Derecho de la Seguridad Social*. Porrúa. México, 2007, p. 87

¹⁰Pasco COSMÓPOLIS, Mario. *¿Son los sistemas privados de pensiones formas de seguridad social?* Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica. Lima. Pp.169, 170.

¹¹Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*. Porrúa, México, 2006, p. 30/ARCE CANO, Gustavo. *De los Seguros Sociales a la Seguridad Social*. Editorial Porrúa. México, 1972, pág. 15. Prefacio del Dr. Mario de la Cueva.

encuentra México, como lo es la obligación de otorgar la seguridad social, la cual no está sujeta exclusivamente al Estado, sino que este hace partícipe de manera conjunta al Patrón, quién se ve obligado a proporcionar seguridad social al trabajador y a los dependientes económicos del mismo, solo en cuanto a salud, pensión post-mortem se refiere.

Por todo lo anterior, concluimos que la seguridad social es un mecanismo protector de las garantías mínimas de los ciudadanos, tales como la salud, vivienda y medios de subsistencia, la cual estrictamente debe ser proporcionada por el Estado conjuntamente con las aportaciones del patrón y del trabajador.

Ahora bien, continuaremos con la delimitación del contenido de la seguridad social lo primero que nos viene a la mente es la salud, en efecto este es uno de los principales elementos que la conforman, entre otros se encuentran también, la asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, de maternidad, de invalidez, de sobrevivientes¹². Por lo anterior, apreciamos que existen nueve prestaciones de seguridad social que deberían cubrir en toda su extensión todos los países miembros de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

México es uno de los países latinoamericanos que ha firmado y ratificado la asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de vejez, Prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes. Las cuales han sido aplicadas en nuestro país conforme a lo acordado, sin embargo, no han cumplido estrictamente con lo establecido en los principios de la seguridad social, lo cual veremos a continuación.

¹²Organización Internacional del Trabajo. http://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222058/lang-es/index.htm.

Algunas reflexiones sobre los grupos vulnerables de la seguridad social.

A. ¿Qué los hace vulnerables?

En primer término resulta importante no confundir los grupos minoritarios con grupos vulnerables, pues los primeros pueden ser en menor cuantía y no así ser susceptibles, sin embargo los grupos vulnerables pueden no constituir una minoría y sobre todo tratándose de grupos de edad avanzada, **migrantes**, trabajadores informales y personas con capacidades diferentes, que si bien es cierto no son mayoría por si solos, lo cierto es que juntos tienen en común que son vulnerables de la seguridad social, por salir del esquema tradicional de medio de subsistencia (trabajador-patrón) o por circunstancias ajenas a ellos, como es el caso de los adultos mayores y personas con capacidades diferentes.

En México la forma de acceder a un sistema de seguridad social es a través de tres formas, exceptuando aquellos trabajadores que son beneficiados de otros sistemas de seguridad social como PEMEX, SEDENA Y SEMAR; la primera es mediante la inscripción por parte del patrón a su trabajador a las instituciones de seguridad social, de las cuales se distinguen principalmente el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), y la segunda es a través de la incorporación voluntaria al régimen obligatorio del seguro social, esto para los trabajadores no asalariados del ámbito urbano como aquellos que cuentan con industria familiar, profesionistas, artesanos, comerciantes; y el tercero está dirigido para todos aquellos que no entren en ninguno de los otros dos supuestos, pero que al igual deben cumplir con ciertos requisitos entre los cuales está el que habiten en territorio nacional. Ante estos supuestos vemos claramente que los grupos anteriormente mencionados se encuentran en desventaja por no ser considerados para ser sujetos de los derechos sociales, principalmente tratándose de trabajadores migrantes. Tomando en cuenta que de los 112 336 538 de habitantes en

México según el Censo de Población y Vivienda de 2010, 1 112 273 habitantes son migrantes a Estados Unidos¹³. Ante esta circunstancia en México resulta indiferente para dar solución a esta insuficiencia, pues ni si quiera ha firmado el convenio número 97, de la Organización Internacional del Trabajo referente a los trabajadores migrantes y la protección social que deben tener dentro y fuera del territorio de origen, con cobertura para su familia inclusive.

Haciendo un balance entre las clases vulnerables en México, la más indefensa ante tal circunstancia resultan ser los migrantes, el hecho de salir de su país de origen, no los despoja de su calidad humana, y si los arrebatara de su familia y de la posibilidad de asegurarse y a sus dependientes económicos, bajo alguno de los regímenes de seguridad social existentes en México.

Resulta importante para esta clase vulnerable, que el gobierno en turno dedicara especial atención en este rubro para establecer medidas legales y auxiliándose de los instrumentos internacionales que sustentan la protección de los derechos sociales de los migrantes.

B. En las reformas constitucionales del 2014 en esta materia

Haciendo referencia a las recientes reformas en materia de seguridad social universal en 2014 y por cuanto hace a los grupos vulnerables la reforma que nos atañe es sobre la **PENSIÓN UNIVERSAL** aprobada el pasado 18 de marzo de 2014, la cual tiene por objetivo otorgar a los adultos mayores que no tengan una pensión u otro medio de subsistencia, una pensión con la cual puedan sufragar sus gastos y de esta forma hacer valer los derechos humanos de esta clase vulnerable que sufre de discriminación laboral.

No obstante, la aparente generosidad al aprobar esta iniciativa de ley, la cuantía que fue autorizada para este año es por la cantidad

¹³Instituto Nacional de Estadística y Geografía, INEGI, Censo de Población y Vivienda 2010, <http://www3.inegi.org.mx/Sistemas/temas/Default.aspx?s=est&c=17484>.

de 580 pesos mensuales, otorgada por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), mismo deberá vigilar que se dé cumplimiento a los requisitos como ser mayor de 65 años y no contar con una pensión, así como acreditar su supervivencia cada año, lo cual resulta desde el punto de vista práctico, insuficiente para cubrir los gastos de alimentación, salud, gastos de vivienda, etc., de una persona durante un mes.

Con ello se comprueba una vez más que en México los grupos vulnerables de la seguridad social no tienen el mínimo apoyo para acceder a la seguridad social y sobre todo que nos encontramos muy lejos de contar con una universalidad en el sistema de seguridad social.

REFERENCIAS

- Bowen Herrera, Alfredo. *Introducción a la Seguridad Social*. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1992.
- Oficina Internacional del Trabajo. *Seguridad Social para la Justicia Social y una Globalización Equitativa*. Ginebra. 2011.
- Cázares García, Gustavo. *Derecho de la Seguridad Social*. Porrúa. México, 2007.
- Pasco Cosmópolis, Mario. *¿Son los sistemas privados de pensiones formas de seguridad social?, las reformas de la seguridad social en Iberoamérica*. Lima.
- Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Porrúa, México, 2006, p. 30/ARCE CANO, Gustavo. *De los Seguros Sociales a la Seguridad Social*. Editorial Porrúa. México, 1972, pág. 15. Prefacio del Dr. Mario de la Cueva.
- Acta Constitucional Francesa del 24 de Junio de 1793 y Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano, Biblioteca Jurídica

ca UNAM, México D.F, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/804/9.pdf>.

López Portillo, José, “Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Decreto Promulgatorio, México, 12 de mayo de 1981, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>.

Parlamento Gubernamental de Uruguay, <http://www0.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/convinternacionalamericana.htm>.

Organización Internacional del Trabajo. http://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222058/lang-es/index.htm.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, INEGI, Censo de Población y Vivienda 2010, <http://www3.inegi.org.mx/Sistemas/temas/Default.aspx?s=est&c=17484>.

EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

OSCAR ARIEL VALENCIA MATÍAS

INTRODUCCIÓN

El 10 de junio de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que modificó once artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro de los cuales están los siguientes: 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105, así como la denominación del Capítulo I del Título Primero Sin duda, es una de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos más trascendente para nuestro país que no había ocurrido desde en 1917 nuestra constitución mexicana estableció por primera vez ante el mundo los denominados derechos sociales, lo cual significó un cambio de paradigma ante el otorgamiento de nuevos derechos por parte del Estado.

En esta ocasión, atendiendo a la primera recomendación¹ realizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas en 2003, la cual estableció:

¹*Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México. Impreso y distribuido por Mundi-Prensa México, S.A. de C.V.

[...]Reformar la Constitución para incorporar el concepto de derechos humanos como eje fundamental de la misma, y reconocer a los tratados de derechos humanos una jerarquía superior a los ordenes normativos federal y locales, con el señalamiento expreso de que todos los poderes públicos se someterán a dicho orden internacional cuando éste confiera mayor protección a las personas que la Constitución o los ordenamientos derivados de ella. Además, establecer un programa para el retiro de las reservas y declaraciones interpretativas y ratificar los tratados internacionales pendientes en materia de derechos humanos.

Bajo ese contexto, México reformó sustancialmente su estructura de reconocimiento de Derechos Humanos púes atendiendo a la recomendación incorpora el concepto de Derechos Humanos como eje fundamental, aunado a ello establece nuevas nomenclaturas que tienen una repercusión legal sustancial, ejemplo: el cambio de garantías individuales a derechos humanos; el cambio de individuo a persona; se reconoce expresamente el goce de los derechos humanos recogidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano; se compromete a otorgar las garantías necesarias para la protección de esos derechos humanos; que ahora se protegen no solo los derechos humanos resguardados en nuestra constitución sino en los tratados internacionales; se amplía a todas las autoridades la obligación de respetar, proteger y reparar las violaciones a los derechos humanos, bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; se plasma de manera expresa la prohibición de discriminar por las preferencias sexuales de las personas y sobre todo en el tema que nos ocupa, se establece la obligación de interpretar esas normas bajo el principio pro persona, también denominado *principio pro homine*.

I. PRINCIPIO PRO HOMINE

El principio pro homine o pro persona, fue definido por el juez Rodol-

fo E. Piza Escalante en uno de sus votos adjuntos a una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer:

...[Un] criterio fundamental [que] [...] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. [De esta forma, el principio pro persona] [...] conduce a la conclusión de que [la] exigibilidad inmediata e incondicional [de los derechos humanos] es la regla y su condicionamiento la excepción...²

Al respecto la autora Mónica Pinto³ estableció:

...El principio pro homine o pro persona es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre...

De esta forma, entendemos que el principio *pro homine* consiste en que ante la existencia de dos normas aplicables a un mismo caso, el juzgador debe aplicar la norma que más le favorezca a la persona, lo mismo sucede si de una misma norma se derivan dos interpretaciones aplicables a un mismo caso, pues el juzgador debe aplicar la interpretación que más protege o beneficia a la persona.

²Citado por Medellín Urquiaga, Ximena, *Reforma D.H. Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos* (principio Pro persona) Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. 2013. p. 17 http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Principio%20pro%20persona.pdf

³Mónica Pinto, El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, En Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997

II. POSITIVIZACIÓN DEL PRINCIPIO PRO HOMINE O PRO PERSONA

Este principio se ha establecido en diversas normas de carácter nacional e internacional, así tenemos que en el ámbito internacional, se ha establecido en diversos ordenamientos, así tenemos entre otros:

...Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Cartagena de Indias, Colombia, 9 de diciembre de 1985, artículo 15: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como limitación del derecho de asilo, cuando proceda, ni como modificación a las obligaciones de los Estados Partes en materia de extradición”; y artículo 16: “La presente Convención deja a salvo lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por otras convenciones sobre la materia y por el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del delito de tortura.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su XVIII periodo de sesiones, San Salvador, 17 de noviembre de 1988, artículo 4º. No admisión de restricciones: “No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Belém do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994, artículo 13: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la legislación interna de los Estados Partes que prevea iguales o mayores protecciones y garantías de los derechos de la mujer y salvaguardias adecuadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer”; y artículo 14: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser

interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a otras convenciones internacionales sobre la materia que prevean iguales o mayores protecciones relacionadas con este tema.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979, artículo 23: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de: a) La legislación de un Estado Parte; o b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado”.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, artículo 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado...”⁴

Sobresale en el ámbito regional internacional, la opinión consultiva de la Comisión Americana de los Derechos Humanos al haber establecido a este respecto:

...La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de: limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar re Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más

⁴Citado por Medellín Urquiaga, *Op. Cit.* p 21

favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce. conocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados...⁵

La importancia de lo establecido por la Comisión Americana sobre los Derechos Humanos respecto de la interpretación del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos radica en que México está sometido a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, organismo que se encarga de aplicar lo establecido por la Convención Americana de los Derechos Humanos.

En el ámbito nacional, gracias a la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, fue introducido el principio *pro homine* o pro persona en el párrafo segundo del artículo primero, al establecer: “...*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia...*”

Bajo ese contexto, el legislador federal estableció que en materia de derechos humanos tanto la constitución política como los tratados internacionales de los que México sea parte, serán interpretados favoreciendo a las personas en su protección más amplia.

En concepto del autor, esto significa, que si el párrafo segundo del artículo primero de la constitución política establece que los derechos humanos se interpretaran de conformidad con la propia constitución y los tratados internacionales, implica que si un tratado internacional protege más que la propia constitución, éste deberá aplicarse en favor de la persona.

⁵La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC/5, 13 de noviembre de 1985, párr. 52.

Por tanto, conforme a lo establecido por la constitución y atendiendo al significado estricto del principio pro persona, podemos llegar a la conclusión de que a partir de la reforma constitucional publica el 10 de junio de 2011 en el diario oficial de la federación, en México, en materia de derechos humanos no existe supremacía constitucional.

III. LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO PRO HOMINE POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ante la interpretación del alcance y consecuencias jurídicas del principio pro *homine* o pro persona establecido en el texto constitucional, el pleno de la Suprema Corte con 10 votos a favor y 1 en la:

...CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO Y EL SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. 3 DE SEPTIEMBRE DE 2013. PONENTE: ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA. SECRETARIO: ARTURO BÁRCENA ZUBIETA...⁶

De la cual se deriva la interpretación del artículo 1 de la Constitución en la que se pronunció por la conservación del rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, pero se estableció también que cuando hay una restricción expresa en la Constitución, se tendrá que estar a lo que marca la norma constitucional.

Bajo el presente contexto, la Suprema Corte de Justicia, limita el alcance del texto constitucional original donde se plasmó el principio *pro homine* el cual *se inspira en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano)*⁷, la aparente simplicidad de este enuncia-

⁶Registro Núm. 24985; Décima Época; Pleno; Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 96.

⁷Citado por Medellín Urquiaga, *Op. Cit.* p 25

do resultado con mayor alcance y repercusión jurídica de lo esperado, sobre todo cuando se busca entenderlo en el marco de la interacción entre la Constitución federal y los tratados internacionales que reconocen derechos humanos de las personas.

Lo anterior debido a que hasta antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, había prevalecido la supremacía constitucional con respecto a la relación entre la propia Constitución y los tratados internacionales dicha relación se había planteado desde una interpretación del artículo 133 constitucional, entendido como el fundamento del principio de supremacía constitucional y el sistema de jerarquía normativa.

Ante ello, la gran expectativa de protección de derechos humanos en base al principio *pro homine* se limita, entendiéndose que en México no puede aplicarse un tratado internacional que contenga un derecho humano que proteja más que la propia constitución ya que si esta no lo establece o lo restringe según el criterio limitativo de la corte, no se podrá aplicar por encima de la constitución.

Por lo tanto, en prospectiva podemos advertir dos hipótesis; la primera, que tarde o temprano la Suprema Corte de Justicia de la Nación reoriente su criterio y permita el ejercicio pleno y natural de lo que representa verdaderamente el principio *pro homine*, puesto que no debe ser un principio que opere a medias o; la segunda, que acontezca un retroceso legislativo y como consecuencia sea reformado o suprimido el segundo párrafo del artículo 1 de la constitución, lo cual resulta más complicado, pues se atentaría al denominado “efecto cierre” que produce el pacto San José, pues no permite a los estados parte ningún tipo de retroceso respecto de derechos humanos que hayan sido reconocidos por la ley.

Lo más probable es que a través de la pugna legal, los antecedentes y la presión política internacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación rectifique su criterio y permita la operación plena del principio *pro homine*, pues sabemos que históricamente ha tenido grandes fallas en sus criterios como aquel que no consideraba la violación entre cónyuges.

CONCLUSIONES

Primera.- La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos establece un nuevo paradigma en la forma de proteger a los derechos humanos, permitiendo dar mayor claridad en su concepción, ya que se distingue perfectamente al derecho humano de su garantía.

Segunda.- El principio pro *homine* o pro persona implica que ante la existencia de dos normas aplicables a un mismo caso debe imperar la que mas proteja a la persona, al igual que ante la existencia de dos interpretaciones que se deriven de una misma norma debe aplicarse la que más proteja a la persona.

Tercera.- El criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puede clasificarse como una limitación o restricción de los derechos humanos por vía interpretativa, ya que sin considerar los aspectos positivos o negativos de la gran reforma constitucional a los derechos humanos, lo cierto es que la Corte con su criterio claramente limita o restringe los alcances que naturalmente se derivan del referido principio, contradicen la voluntad clara del legislador.

Cuarta.- El criterio de la suprema corte al ser limitativo ha marcado el inicio de su propia modificación o reorientación, pues en un Estado que pretende ser cada vez más democrático y derecho, no hay cabida a criterios limitativos de derechos humanos. Menor aún en retroceder en el ámbito legislativo, púes en todo caso hablaríamos de un Estado autocrático autoritario no solamente en lo material sino en lo formal.

REFERENCIAS

Mónica Pinto, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, 1997.

Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México.
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para
los Derechos Humanos en México. Impreso y distribuido por
Mundi–Prensa México, S.A. de C.V.

La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención
Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva
OC/5, 13 de noviembre de 1985.

[http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Principio%20
pro%20persona.pdf](http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Principio%20pro%20persona.pdf)

EL CONTROL DIFUSO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

MA. GUADALUPE CASTILLO SÁNCHEZ

NOTA INTRODUCTORIA

El reconocimiento de los derechos humanos ha sido, desde la segunda mitad del siglo XX y hasta nuestros días, uno de los referentes más destacados de la vida política y jurídica, la cual ha generado gran influencia en uno y otro ámbito.

Concretamente en el plano de los derechos humanos han motivado una renovación en la manera de comprender lo jurídico: más que una forma de control social. A partir de los derechos humanos sabemos que el derecho es una forma de cooperación social, cuya finalidad es satisfacer determinados tipos de fines y bienes humanos; hablando de manera más precisa en lo referente a la aplicación de justicia.

A continuación, haremos un somero análisis de los temas que consideramos más relevantes para entender la importancia que tiene hoy en día la aplicación del control difuso en la protección de los derechos humanos.

I. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Sistemas de defensa en la Constitución

En las distintas legislaciones del mundo, múltiples han sido los sistemas de defensa de la Constitución que se han establecido, pero todos ellos cabe clasificarlos con base a dos variables esenciales: según la naturaleza del órgano que la realiza y según el alcance de las decisiones en defensa de la máxima de las leyes.

Ahora bien, considerando la naturaleza del órgano encargado de salvaguardar el orden constitucional existen dos vertientes:

- a) *Por órgano político*, el cual puede ser el poder ejecutivo, el legislativo u otro órgano especial; ejemplo en México la segunda ley constitucional de la Constitución centralista mexicana de 1836 donde se instituyó el Supremo Poder Conservador.
- b) *El órgano judicial*, donde el control de la constitucionalidad se realiza por medio de la actividad jurisdiccional; éste es el caso de nuestro sistema de control constitucional, por medio del juicio de amparo.¹

Mientras que su alcance de las decisiones que se emitan sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, son de tres tipos:

- a) Con efectos *erga omnes* o de validez universal, es decir que afecta tanto el conflicto concreto que se decide, como todos los demás del mismo tipo.
- b) Con efectos *inter partes* o que afecta tan sólo el caso concreto que se resuelve.
- c) Mixto, que es aquel que en algunas ocasiones tiene efectos universales y, en otras, sólo afecta al caso concreto en decisión.²

¹Garza García, Carlos. *Derecho constitucional mexicano*. México, McGRAW-HILL, 1997 p.178.

²*Ídem*.

Concepto de defensa de la Constitución

El concepto defensa de la Constitución hacer referencia a una norma, o a un conjunto de normas que tienen como función responder frente a la infracción de la Constitución, tratando de garantizar su eficacia como norma suprema del ordenamiento.

La defensa de la Constitución surge de la necesidad de hacer efectivo el principio de supremacía constitucional, pues si la Constitución es la Norma Suprema a la cual no se puede oponer ninguna otra del sistema jurídico construido a partir de ella, deben existir mecanismos de procedimiento que aseguren la sujeción de todas las normas jurídicas y los actos de las autoridades a la Constitución.

Luego entonces, podemos decir que la defensa de la Constitución está formada por el conjunto de normas, instituciones, medidas y procedimientos que tienen por objeto garantizar la permanencia y vigencia efectiva de la Constitución, su operatividad para alcanzar los fines que se propone y la sujeción de todas las normas jurídicas y los actos de las autoridades, a la letra y espíritu de la Constitución, cuyo objeto es precisar la idea de que las normas jurídicas y la actuación de los gobernantes deben ser objeto de un control, que a su vez garantice los derechos humanos de los gobernados.

Por lo tanto debemos destacar que la palabra *control*, que abarca un conjunto de normas, instituciones (ejemplo el amparo), medidas (ejemplo, la suspensión de garantías) y procedimientos (ejemplo, las controversias constitucionales o el juicio político), existe un subconjunto que busca el cumplimiento de la Constitución verificando de manera constante que todas las normas secundarias para que se apeguen a ella y que los gobernantes mantengan su conducta de acuerdo con sus normas, principios y fines. A este subconjunto lo llamamos *control constitucional o control de constitucionalidad*.

El control de constitucionalidad presenta distintos tipos en los diferentes regímenes constitucionales. Dentro de ellos encontramos el control jurisdiccional el cual puede ser, según el número y la competencia de los órganos que lo ejercen: concentrado y difuso.

- a) *Control constitucional concentrado o austriaco.* Aparece en 1919, por influencia de Kelsen en Austria, el Tribunal Constitucional que sirvió de modelo para el control constitucional europeo. El control de constitucionalidad de las leyes se deposita en un solo tribunal, independientemente del poder judicial y de los otros poderes. La cuestión de inconstitucionalidad se plantea en abstracto por vía de acción principal, mediante un proceso autónomo y específico dirigido a combatir directamente la ley.
- a) *Control constitucional difuso o americano.* Tiene la facultad de la Constitucionalidad de las leyes no se encuentran concentrada en un solo órgano judicial, sino que corresponde a todos los órganos judiciales de un país determinado, ya sea federales o locales.

Una vez hecha esta distinción, analizaremos con mayor profundidad el Control Constitucional Difuso o Americano.

II. CONTROL JURISDICCIONAL DIFUSO O AMERICANO

Este tipo de control fue adoptado por Estados Unidos de América para preservar la supremacía de la Constitución Federal. Consiste en otorgar a todos los jueces la capacidad de decidir acerca de la constitucionalidad de la norma que tienen que aplicar al caso concreto, de manera que estén en posibilidad de verificar si entra en conflicto con una disposición constitucional y, en su caso, dejar de aplicar la norma secundaria por contravenir a la de mayor jerarquía.

La Constitución estadounidense de 1789 lo expresó de la siguiente manera, en el párrafo segundo del artículo 6°:

Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

No obstante, el pleno control constitucional ejercido al máximo nivel jurisdiccional no deriva de esa disposición sobre el control jurisdiccional difuso. La doctrina de la revisión judicial (*Judicial Review*) de todos los actos de autoridad y las leyes expedidas por el Congreso en Estados Unidos, atribuida a la Suprema Corte de justicia, fue también una construcción jurisdiccional a partir de la obra del juez Marshall, presidente de la Suprema Corte estadounidense a principios en 1803, impulsó la resolución del célebre caso *Marbury vs. Madison* en el que sobrepuso la decisión de la Corte que presidía, por encima de los demás órganos constitucionales.

La idea no era realmente nueva, ya había sido enunciada en Inglaterra desde el siglo XVII, pero al final fue dejada de lado ante la proclamación de la supremacía del Parlamento con motivo de la *Glorious Revolution*. La resolución del caso *Marbury vs. Madison* fue la piedra angular del sistema estadounidense de control constitucional a partir de la idea de que una norma contraria a la Constitución debe ser nula y por tanto no debe ser aplicada ni por los jueces ni por las autoridades administrativas.³

Si bien se observa, pese al principio básico de control difuso expuesto en la redacción de la Constitución, el sistema se comporta finalmente de modo similar a los de control concentrado, pues la Suprema Corte actúa como órgano de máxima instancia; la diferencia es que no se trata de un órgano especializado en la justicia constitucional, sino que a partir de la revisión de diversos casos concretos en ejercicio de la facultad jurisdiccional general, ejerce una forma concentrada de control constitucional.

Aplicación de control intermedio o mixto en México

Este sistema de control constitucional mixto está integrado por una

³Andrade Sánchez, J. Eduardo. *Derecho Constitucional*. México, OXFORD, 2008, pp. 380 y 381.

combinación de los sistemas concentrado y difuso, es decir de acuerdo a la doctrina, en el sistema mixto los órganos de la justicia ordinaria y el Tribunal Constitucional, comparten las funciones de control de constitucionalidad y las acciones de tutela.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 94 constitucional en México, el ejercicio del Poder Judicial de la Federación se deposita en una Suprema Corte de Justicia, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

En el caso de México, no obstante contar en el artículo 133 constitucional, con un texto prácticamente idéntico al artículo 6º de la Constitución estadounidense, se había interpretado jurisprudencia que el control de la constitucionalidad era exclusivamente a cargo de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, con los criterios actuales influidos por las resoluciones de la Comisión Internacional de Derechos Humanos en los casos Rosendo Radilla y Cabrera Montiel, más la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos tenemos los siguientes razonamientos:

- a) Los Órganos jurisdiccionales están facultados para ejercer el control de la constitucionalidad con la finalidad de desaplicar una norma jurídica y en su caso la declaración de inconstitucionalidad del acto concreto.
- b) Los Tribunales del país al igual que todas las autoridades del país cuentan con el control de la convencionalidad que les permite desaplicar una norma fundamental en caso de que sea violatoria u otorgue menos derechos que los señalados en un Tratado Internacional.

En el párrafo segundo del artículo 133, menciona que: *los jueces de los estados se arreglarán a lo previsto en la Constitución a pesar de lo dispuesto en sus constituciones y leyes.* Esto nos lleva a determinar de manera metodológica la existencia del control difuso.

III. DERECHOS HUMANOS

Luigi Ferrajoli define a los derechos humanos como: “Derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como por ejemplo (conforme a la Constitución italiana), el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales”.⁴

Podemos relacionar la palabra derecho con la palabra privilegio, cuando se usa en el contexto de los derechos humanos, estamos hablando de algo más básico. A cada persona se le conceden ciertos derechos fundamentales, simplemente por el hecho de que él o ella es un ser humano. Estos derechos humanos no son sólo un privilegio, que puede ser quitado por el capricho de persona alguna o de alguna autoridad.

Estos son derechos porque son cosas que se nos conceden legítima y moralmente como parte de nuestra propia existencia. Estos derechos necesitan ser manifestados y conocidos para protegernos a nosotros mismos, a nuestras familias y a nuestros asociados. También nos ayuda a relacionarnos con otros y a vivir en paz.

Todo ello nos ayuda a entender que el significado de derecho humano, es el producto de una formulación epistemológica del derecho, denominada como *Ius naturalismo o teoría del Derecho Natural*, en la cual existen prerrogativas propias a la persona, no son asignadas u otorgadas por las normas estatales, sino son inherentes a los seres humanos y por lo tanto el papel de Estado es únicamente reconocerlos y comprometerse a respetarlos. Los derechos humanos, toda vez que resultan propios a la naturaleza del hombre, no están condicionados al régimen jurídico o político de los Estados en particular, más bien atienden a un criterio de Universalidad para todos los individuos.

Una vez establecido los conceptos básicos de control difuso y derechos humanos, el siguiente paso es relacionar ambos térmi-

⁴Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías*. 5ta ed, México, Trotta, 2006, p. 40.

nos para obtener así el control difuso en la protección de derechos humanos.

IV. CONTROL DIFUSO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Obligaciones del Estado respecto a los derechos humanos

Los sistemas jurídicos de protección de derechos humanos, se distinguen entre los derechos enunciados como garantías o los compromisos del Estado de cierto comportamiento respecto a los derechos y la vida social, y los procesos de implementar en caso de que la garantía sea inoperante. El derecho internacional reconoce que existen tres tipos de obligaciones por parte de cualquier Estado: el deber de respetar, el deber de garantizar, y el deber de adoptar medidas apropiadas. Veamos cada uno de ellos⁵:

- a) *Respetar*. Implica que el Estado debe de abstenerse de violar los derechos reconocidos y cualquier restricción a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones aplicables al caso concreto.
- b) *Garantizar*. Es el deber de respetar como la obligación de hacer, al asegurar la aplicación de los contenidos normativos de los derechos a todos los individuos que se encuentren en el territorio de un Estado, de esta manera se debe de reconocer la libertad que tiene el juzgador de revisar la constitucionalidad de las leyes, dejando de aplicar la ley al caso concreto para garantizar el bien del individuo.
- c) *Medidas propias*. Es la tercera obligación del Estado, ya que serán todas aquellas que permitan la efectividad de los derechos, es decir, que faciliten y promuevan el contenido normativo del derecho mediante una vía incidental.

⁵González Oropeza, Manuel. *Constitución y derechos humanos orígenes del control jurisdiccional*. 2da ed, México, Porrúa, 2009, pp.274 y 275.

Ética y actividad judicial

La ética en el plano de la actividad judicial tiene tres puntos clave: el acceso a la justicia, la objetividad en las resoluciones de los conflictos y las garantías de imparcialidad e independencia judicial.⁶

- a) *Acceso a la justicia.* Es una serie de propuestas para reformar los sistemas de justicia administrados por el Estado, basadas en la idea fundamental de igualdad de oportunidades para todos los individuos.
- b) *Objetividad de las decisiones judiciales.* Se parte del reconocimiento de las disposiciones jurídicas particulares, introducen un factor de flexibilidad en el ordenamiento jurídico; esto es deseable, siempre que tales disposiciones jurídicas particulares no generen una situación de incertidumbre, es decir, que sean impredecibles.
- c) *Independencia judicial.* Es la situación institucional que genera una determinada probabilidad de que los juzgadores tomen decisiones jurisdiccionales al margen de las preferencias, intereses de una o más personas o de autoridades.

De todo lo anteriormente citado, podemos decir que la labor del aplicador de la justicia debe desvelar qué es lo justo en la sociedad, es decir debe determinar lo que sabe de lo justo, y lo injusto. Por ello el aplicador de la justicia, debe acudir a las normas positivas, sin olvidar la aplicación de lo que es bueno y mejor para aquél que solicita la protección de sus derechos humanos.

Por lo tanto, debe buscar la aplicación que otorga el estado de derecho, visto desde la legitimidad y la legalidad; entendiendo a la primera como el atributo del ejercicio del poder, que se traduce en el valor que los ciudadanos le reconocen al Estado, mediante el cual se sujetan a sus mandatos; mientras que la legalidad va orientada a la conformidad de las actividades o acciones de una entidad de poder

⁶Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús. *Derechos Humanos*. México, OXFORD, 2011, p. 17.

con normas vigentes de un ordenamiento jurídico concreto.

En la actualidad se reconoce ampliamente que los derechos humanos cumplen un papel insustituible en esta relación, toda vez que la legitimidad del poder se identifica con la legalidad, es decir con el ejercicio del poder es legítimo y, por lo tanto, justificado cuando es acotado por una norma jurídica vigente.

Procesos jurisdiccionales justos

La importancia de medir los derechos humanos como parámetros de comportamiento social adecuado, y los derechos humanos como procesos de control de acción para el respeto de la dignidad de la persona. Son en primer caso, una brújula de la vida social, que nos ayudan a identificar si realmente el Estado esta velando los derechos humanos de los gobernados; en segundo lugar, son procesos técnicos de control de uno de los agentes sociales: el Estado. De tal forma que entre ambas partes debe de existir una relación que genera tanto derechos como obligaciones.⁷

Luego entonces, estos procesos de control de la acción, en los procesos jurisdiccionales justos se convierten en los pilares de la defensa de los derechos humanos. Durante la época moderna, cuando los pilares de la defensa de los derechos humanos se centró en una reivindicación del Estado frente a los ciudadanos que de una u otra manera había vulnerado sus derechos, intento convertir sus atrocidades en una reparación la cual muchas de las veces se centraba en la aplicación de justicia para unas cuantas personas.

Actualmente en este Estado moderno, surge un control en la aplicación de justicia que abarca no solo casos especiales, sino que cualquier persona a la que se le vulneren sus derechos humanos puede tener acceso a la aplicación de justicia aplicándolo al caso concreto.

⁷*Ibidem* p.143

De tal forma, que es obligación del Estado brindar acceso a los procedimientos de justicia para la determinación y protección de sus derechos; y un deber del juzgador revisar la constitucionalidad de la ley.

V. DISPOSICIONES FINALES

Así pues, con este marco podemos observar que el control difuso en la protección de los derechos en México, tiene su sustento tanto legal como doctrinario. Por una parte el hecho de que se reconozca la potestad judicial para revisar la constitucionalidad de las leyes, sin que se juzgue al Congreso, ni a la ley, sino dejar de aplicarla la ley cuando exista una inconstitucionalidad de la misma ley; por otra parte el hecho de que existan resoluciones favorables a los derechos humano como el caso de Rosendo Radilla es determinante para lograr un estado de derecho.

REFERENCIAS

- Andrade Sánchez, J. Eduardo, *Derecho constitucional*, México, OXFORD, 2008.
- Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 12da ed, México, Porrúa, 2000.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, 5ta ed, México, Trotta, 2006.
- Garza García, Carlos, *Derecho constitucional mexicano*, México, McGRAW-HILL, 1997.
- González Oropeza, Manuel, *Constitución y derechos humanos orígenes del control jurisdiccional*, 2da ed, México, Porrúa, 2009.

Ramírez García Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, Derechos humanos, México, OXFORD, 2011.

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

¿QUÉ SON LAS SOLUCIONES ALTERNAS Y LAS FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA?

MUÑOZ BRAVO MARICRUZ

INTRODUCCIÓN

En México el sistema de justicia penal es entendido y aceptado como un sistema de represión por parte del Estado, es por eso que este mismo tiende a proponer un nuevo sistema de justicia penal, derivado de las transformaciones culturales que se advierten y de los criterios estrictamente jurídicos que se están implementando gradualmente, ya que el nuevo sistema contribuirá a eficientar la operación de todo el sistema de justicia penal, por lo que se propone la aplicación de los Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias (MASC), con el propósito de encontrar acuerdos compensatorios entre las víctimas, ofendidos o comunidades afectadas y las personas involucradas en la realización de un hecho delictivo, particularmente en aquellos casos considerados como no graves, inintencionados o patrimoniales. Debido a esta razón los MASC pueden ser visualizados como una medida para dar salida a los graves problemas que nos heredó el viejo sistema

inquisitivo; retrasos en la administración e impartición de justicia debido al rezago en la realización de diligencias y número de casos que se desahogan en los tribunales, como modelo para eficientar el funcionamiento del sistema mediante la abreviación de juicios y para evitar que los delitos menores deriven en sentencias judiciales que contribuyan a saturar el nuevo sistema de justicia.

I. LA REGULACIÓN NORMATIVA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS¹

El Artículo 17, párrafo tercero, establece que, las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularan su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán en los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

El Artículo 18, párrafo sexto, hace mención que las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente...

El Artículo 20, apartado A, fracción VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá *decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley*. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.

El Artículo 73, fracción XXI, inciso c). Regula la situación de que en la legislación única en materia procedimental penal, de meca-

¹Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada DOF 10-02-2014.

nismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la Republica en el orden federal y en el fuero común.

II. LA REGULACIÓN NORMATIVA EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El Artículo 183. En su Libro Segundo del Procedimiento, Título I, nos habla de Soluciones Alternas y Formas de Terminación Anticipada². Hace referencia al Principio General, ya que menciona que en los asuntos sujetos a procedimiento abreviado se aplicarán las disposiciones establecidas en este Título. En todo lo no previsto en este Título, y siempre que no se opongan al mismo, se aplicarán las reglas del proceso ordinario. Ya que para las salidas alternas y formas de terminación anticipada, la autoridad competente contará con un registro para dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos reparatorios, los procesos de suspensión condicional del proceso, y el procedimiento abreviado, dicho registro deberá ser consultado por el Ministerio Público y la autoridad judicial antes de solicitar y conceder, respectivamente, alguna forma de solución alterna del procedimiento o de terminación anticipada del proceso. En lo relativo a la conciliación y la mediación, se estará a lo dispuesto en la ley en la materia.

El Artículo 184. Describe las Soluciones Alternas como: Son formas de solución alterna del procedimiento:

- I. El acuerdo reparatorio, y
- II. La suspensión condicional del proceso.

El Artículo 185. Hace mención de las formas de terminación anticipada del proceso.

²Código Nacional de Procedimientos Penales. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014.

El procedimiento abreviado será considerado una forma de terminación anticipada del proceso.

III. LEY NACIONAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA PENAL³

El Artículo 1. En su Título Primero de las Generalidades, Capítulo Único, Disposiciones Generales. Establece el objetivo general. Las disposiciones de esta Ley son de orden público e interés social y de observancia general en todo territorio nacional y tienen por objeto establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, previstos en el párrafo cuarto del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal tienen como finalidad propiciar, a través del dialogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la posible comisión de un delito, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.

El Capítulo V, de los acuerdos, artículo 30. Hace mención de los requisitos de los acuerdos. En caso de que el Procedimiento Alternativo concluya con una solución mutuamente acordada por los Intervinientes, el Facilitador lo hará constar por escrito con la siguiente información:

- I. El lugar y la fecha de su celebración;
- II. El nombre y edad, información que se cotejará con un documento fehaciente; nacionalidad, estado civil, profesión u oficio y domicilio de cada uno de los Intervinientes. En caso de representante o apoderado legal, se hará constar la documentación

³Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal y se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales. México Distrito Federal, 04 de marzo de 2014.

- con la que se haya acreditado dicho carácter. Cuando lo solicite el Interviniente también se asentará el nombre de las personas de su confianza que los acompañaron. En el caso del procedimiento restaurativo los datos de quienes intervinieron;
- III. El número de registro de la denuncia o querrela que motivó el trámite de los Procedimientos Alternativos o de la entrevista del Solicitante;
 - IV. Una descripción precisa de las obligaciones de dar, hacer o no hacer que hubieran acordado los Intervinientes y, en su caso, los terceros civilmente obligados, así como la forma y tiempo en que éstas deban cumplirse el cual no podrá exceder de tres años a partir de la firma del Acuerdo;
 - V. La firma o huellas dactilares de quienes lo suscriban y, en su caso, el nombre de la persona o personas que hayan firmado a petición de una o ambas partes, cuando éstos no sepan o puedan firmar;
 - VI. Cuando así lo soliciten los Intervinientes, la firma o huella dactilar de las personas de confianza que los acompañaron y, en el caso del procedimiento restaurativo, la firma o huella dactilar de los miembros de la comunidad que hayan asistido;
 - VII. La firma del Facilitador que haya intervenido en el Procedimiento Alternativo y el sello de la dependencia, y
 - VIII. Los efectos del incumplimiento.

El Acuerdo deberá ser validado por un licenciado en derecho del Órgano, del cual se incluirá su nombre y firma.

Se entregará un ejemplar del Acuerdo a cada uno de los Intervinientes, conservándose uno en los archivos que corresponda. Se informará de dicho Acuerdo al Ministerio Público y en su caso al Juez de control y se observarán las reglas aplicables para la protección de datos personales.

El Artículo 32. Cumplimiento de los Acuerdos. Corresponde al Ministerio Público o al Juez aprobar el cumplimiento del Acuerdo,

para lo cual escuchará a los Intervinientes, en cuyo caso resolverá de inmediato sobre la extinción de la acción penal; dicha resolución tendrá efectos de sentencia ejecutoriada.

El incumplimiento del Acuerdo dará lugar a la continuación del procedimiento penal y quedarán a salvo los derechos para presentar denuncia o querrela por nuevos hechos constitutivos de delito que deriven de dicho incumplimiento. En los casos a que se refiere el artículo 6, párrafo segundo, de esta Ley, el Acuerdo entre los Intervinientes, una vez aprobado por el Ministerio Público, cuando sea de ejecución inmediata, o por el Juez, cuando sea de cumplimiento diferido, tendrá el carácter de sentencia ejecutoriada e impedirá el ejercicio de la acción penal.

Los Acuerdos de cumplimiento diferido a que se refiere el párrafo anterior serán exigibles ante la autoridad de judicial de ejecución de penas, de conformidad con las disposiciones aplicables en materia de ejecución de reparación del daño establecidas en la Ley Nacional respectiva.

IV. MECANISMOS ALTERNATIVOS⁴

Son aquellas posibles soluciones, diversas al procedimiento, para dirimir los conflictos, sin que se ventile el juicio y se resuelva por medio de sentencia.

Medios de solución de las controversias que se regulan en la ley, considerando esencialmente a la mediación y a la conciliación, se entiende por la primera, el procedimiento voluntario en el cual un profesional calificado, imparcial y sin facultad para sustituir las decisiones de las partes, orienta a las involucradas con una controversia, como facilitador de las vías de diálogo y la búsqueda en común de un

⁴Polanco Braga Elías. *Nuevo Diccionario del Sistema Procesal Penal Acusatorio, Juicio Oral*. Editorial Porrúa, México, 2014, p. 194, 195.

acuerdo; la conciliación, es un procedimiento voluntario en el cual un profesional calificado, imparcial y con capacidad para proponer soluciones a las partes, asiste a las personas involucradas en una controversia con la finalidad de facilitar las vías de dialogo y búsqueda en común de un acuerdo.

Procedimiento no jurisdiccional al que se acogen las partes para arreglar la controversia mediante un convenio para darla por terminada, bajo la asesoría de especialistas en la materia, en los casos de delitos culposos que no admitan perdón, sean patrimoniales cometidos sin violencia o cuya pena media aritmética fije la ley.

V. MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN⁵

Por mandato constitucional todas las leyes reglamentarias del proceso acusatorio y oral o de otra índole, deberán incluir medios diferentes a las jurisdiccionales para resolver la controversia, procurando que entre la víctima y el infractor de la norma lleguen a un acuerdo, lo que se traduce en celeridad de solución para la reparación del daño, algunos con la supervisión judicial, así como descongestionar de casos al juez.

VI. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIA⁶

Son aquellos mecanismos de los que se pueden valer las partes, con el fin de dirimir sus controversias, sin necesidad de llevar a cabo un proceso; pueden ser: la mediación, la conciliación, el arbitraje o cualquier otro establecido por la ley. (Alternative dispute resolution o ADR). Gama de procedimientos que sirve como alternativa para solucionar

⁵*Ídem*, p.195.

⁶*Ídem*, p.197.

la controversia; se puede utilizar el arbitraje para la solución de controversias, que por lo general, requieren la inserción y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución.

Procedimiento de solución en el que los propios justiciables, determinan arreglar mediante pacto la controversia con la finalidad que el imputado repare el daño o perjuicio a la víctima, en los casos autorizados por la ley, utilizando acuerdos reparatorios o suspensión del proceso a prueba.

VII. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS⁷

En México el nuevo sistema de justicia penal o sistema acusatorio tiene la finalidad de que el proceso penal pueda terminar con medidas alternas y justicia restaurativa, ya que son procedimientos que se siguen para resolver controversias, para los medios alternos se reconoce la conciliación, mediación y arbitraje, que se enmarcan por medio de la autocomposición y la heterocomposición, ya que son herramientas que dependen de la voluntad de las partes para poder llevarse a cabo.

Ahora bien algunas ventajas de ser una salida alterna es que permite terminar el conflicto penal sin necesidad de llegar a un juicio de debate, ya que es económico, porque le permite evitar gastos de dinero que todo juicio requiere, es breve, porque se resuelven los conflictos en poco tiempo a través de audiencias continuas y ayuda a fortalecer las relaciones interpersonales, porque las audiencias se realizan en el marco del respeto a la dignidad de ambas personas, y por lo tanto ambas partes ganan, con la suscripción de un acuerdo porque los acuerdos se establecen sobre la base de sus necesidades y no sobre las posiciones.

La tendencia que deberá observarse a largo plazo es llegar a ver los medios alternativos como medios apropiados para la solución de

⁷Bardales Lazcano, Erika y Villegas, Carlos. Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, En *Cultura Constitucional, Cultura de Libertades*. Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal, México, 2010, p 288.

conflictos, a través de los cuales es llegar a un procedimiento más idóneo a las características que posee cada conflicto. Es decir, una vez que haya recibido un caso, se deberá determinar si éste guarda las características necesarias para que sea canalizado a través de una conciliación, mediación, arbitraje, negociación, proceso judicial u otro proceso híbrido de resolución de conflicto. Tomando en cuenta que la negociación es una forma de interrelación o medio de resolución de conflictos entre partes con el fin de llegar a un acuerdo o solución de un conflicto, en tanto la mediación se puede tomar como medio de solución de conflictos por el cual las partes llegan a un acuerdo consensual con la ayuda de un tercero, a diferencia de la conciliación que se utiliza como un medio de solución consensual similar a la mediación, aunque el rol del tercero es más activo en tanto que éste puede proponer soluciones. Sin embargo, las propuestas del tercero no obligan a las partes a aceptarlas, y el arbitraje como ya se ha mencionado es un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos por el que las partes acuerdan que un tercero particular resuelva sobre los méritos de los argumentos de las partes.

Como hemos visto los medios alternativos de solución de controversias tienden a ser rápidos, ágiles, flexibles y económicos permiten obtener mayores beneficios a las partes en conflicto, esto lleva a cumplir una adecuada regulación de estas alternativas ya que otorgarán seguridad y certeza jurídica a las partes que accedan a los mismos, apelando a los beneficios de celeridad y flexibilidad que representan, por otro lado las partes tienen la opción de acudir ante un experto en la materia para que de manera objetiva proponga soluciones al conflicto, obteniendo beneficios para las partes ya que no se requieren más gastos para pago de representación de abogados ni atender a los largos tiempos que conllevan los procedimientos judiciales así la implementación de la mediación permitirá resolver con una recomendación el fondo de la controversia.

Como sabemos, los mecanismos alternativos de solución de controversias son las diferentes posibilidades que tienen las personas envueltas en una controversia para solucionarla. Así, dichos mecanismos consisten en una opción diferente al proceso judicial para resolver

conflictos de una forma ágil, eficiente y eficaz con plenos efectos legales, habida cuenta de que el proceso penal podía concebirse como una autopista sin salidas ni áreas de descanso, pues todo aquél que entraba al mismo su meta final, prácticamente, es la sentencia definitiva. El objetivo es saber, bajo que principios deben estar basados en particular los MASC como una de las formas de salidas alternas, no adversariales y de carácter auto compositivo, para garantizar certeza y seguridad jurídica, para ello se estudiarán los siguientes principios como las bases.

1. Voluntariedad
2. Confidencialidad
3. Imparcialidad
4. Equidad
5. Legalidad
6. Flexibilidad
7. Consentimiento informado
8. Intervención mínima
9. Económica procesal
10. Oralidad como característica⁸

CONCLUSIÓN

Los mecanismos alternativos de solución de controversias tiene como fin hacer que las partes que se encuentran en controversia o bien conflicto, pretendan dar solución a sus intereses contrapuestos, a través de

⁸Es destacable que la oralidad no es un principio, sino, una característica para llevar a cabo la justicia alternativa. Nótese que La ley de mecanismos alternativos de solución de controversias para el Estado de Sonora, en su artículo 6 menciona a la oralidad como principio al referir: Artículo 6.- Son principios rectores de los mecanismos alternativos, los siguientes... X.- Oralidad, el cual consiste en que los procesos de los mecanismos alternativos se realizarán de manera oral, por lo que no deberá dejarse constancia ni registro alguno de los comentarios y opiniones de las partes con excepción del acuerdo o convenio que podrá formularse por escrito para suscribirse, y en su caso, ratificarse por las partes. Además se suma a ello la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en el Estado de Yucatán en su artículo 7, fracción X.

una negociación, mediación, conciliación y arbitraje, donde intervenga la autoridad o bien un tercero para orientar o bien asesorar a las partes para poder llevar a un acuerdo o convenio bilateral que contraiga derechos y obligaciones a las partes de manera tácita o bien escrito. Ahora bien el Ministerio Público en su participación es la de salvaguardar la seguridad en bienestar de los involucrados en dicha controversia.

REFERENCIAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada DOF 10-02-2014.

Código Nacional De Procedimientos Penales. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014.

Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal y se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales. México Distrito Federal, 04 de marzo de 2014.

Polanco Braga Elías, Nuevo Diccionario del Sistema Procesal Penal Acusatorio, Juicio Oral, Editorial Porrúa, México, 2014, p. 194, 195.

Bardales Lazcano, Erika y Villegas, Carlos. “Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos” en Cultura Constitucional, Cultura de Libertades, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal, México, 2010, p 288.

SALIDAS ALTERNAS: TERMINACIÓN ANTICIPADA

YAZMIN AVENDAÑO RAMOS

NOTA INTRODUCTORIA

Con la reforma constitucional de 2008, se dan importantes cambios en el sistema penal y se da paso a figuras jurídicas que ya existían pero no eran utilizadas o su forma de aplicación era compleja, Sin embargo con el nuevo sistema penal acusatorio se dan pautas para la aplicación de estas figuras una de ellas y a la que dedicare algunas líneas son las Salidas Alternas: Terminación anticipada.

Como es del conocimiento de todos los que nos dedicamos a la vida jurídica y penal de nuestro país los Centros de Readaptación Social o más bien como lo establece nuestro nuevo sistema los denominados **Centros de Reinserción Social** se encuentran sobrepoblados por personas cuyos delitos no son de los que nuestra legislación considera graves, que más bien son delitos menores o faltas administrativas o en el peor de los casos se encuentran en dichos centros por falta de recurso económico para poder salir de ahí que se ha considerado seriamente la aplicación de las salidas alternas: Terminación Anticipada.

I. SALIDAS ALTERNAS: TERMINACIÓN ANTICIPADA

Para entender un poco a lo que nos referiremos diremos que las salidas alternas son instituciones creadas por el legislador para dar una respuesta a los hechos cometidos por aquellas personas cuyo actuar va en contra de las disposiciones establecidas en la ley para dar una respuesta adecuada a los hechos del transgresor de la norma dentro de una política criminal que va más allá de la mera imposición de la pena representada por la privación de la libertad.

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, ...¹

Cabe mencionar que dentro de las finalidades de las ya mencionadas salidas alternas encontramos las siguientes:

- Analizar la respuesta del daño por encima de la represión ya no estamos en tiempos inquisitivos
- Brindar una respuesta pronta, real y de solución a la víctima
- Racionalizar el uso de recursos en la persecución del delito

Con el único objetivo de dar una respuesta a la controversia suscitada siempre y cuando no se trate de un delito grave.

Para efectos de nuestro tema de Salidas alternas veremos lo que a la letra nos dice el Código Único de Procedimientos Penales que a la letra dice:

¹Polanco Braga Elías, *Nuevo diccionario del sistema procesal penal acusatorio juicio oral*; Pág. 289; Ed. Porrúa. 2014.

“TÍTULO I
SOLUCIONES ALTERNAS Y FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA
DA
CAPÍTULO I
DISPOSICIONES COMUNES

Artículo 183. Principio general

En los asuntos sujetos a procedimiento abreviado se aplicarán las disposiciones establecidas en este Título.

En todo lo no previsto en este Título, y siempre que no se opongan al mismo, se aplicarán las reglas del proceso ordinario.

Para las salidas alternas y formas de terminación anticipada, la autoridad competente contará con un registro para dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos reparatorios, los procesos de suspensión condicional del proceso, y el procedimiento abreviado, dicho registro deberá ser consultado por el Ministerio Público y la autoridad judicial antes de solicitar y conceder, respectivamente, alguna forma de solución alterna del procedimiento o de terminación anticipada del proceso

En lo relativo a la conciliación y la mediación, se estará a lo dispuesto en la ley en la materia.

Artículo 184. Soluciones alternas

Son formas de solución alterna del procedimiento:

I. El acuerdo reparatorio, y

II. La suspensión condicional del proceso...²

El Acuerdo Reparatorio

Acuerdo reparatorio considerado como todo arreglo al que llegan la víctima y el imputado, este tiene que ser aprobado y ratificado por el

²Código Nacional de Procedimientos Penales

juez, siempre vigilando que ningún derecho de las partes se vulnere en dichos acuerdos. Solo existirán acuerdos reparatorios en delitos que se persigan por querrela.

El juez al momento de aceptar cualquier acuerdo reparatorio, deberá poner en balance las obligaciones que tiene este acuerdo para cada una de las partes, además deberá revisar que este acuerdo sea de igual peso para las partes.

De acuerdo al Código Único de Procedimientos Penales se entiende como:

CAPÍTULO II

ACUERDOS REPARATORIOS

Artículo 186. Definición

Los acuerdos reparatorios son aquéllos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la conclusión del proceso.

Artículo 187. Control sobre los acuerdos reparatorios

Procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los casos siguientes:

- I. Delitos que se persiguen por querrela o requisito equivalente de parte ofendida;
- II. Delitos culposos, o
- III. Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas.

No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza jurídica, salvo que hayan transcurrido cinco años de haber dado cumplimiento al último acuerdo reparatorio, o se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas...

O como otros autores los definen: "Forma alternativa de solución de la

reparación del daño, con el consenso de la víctima y el imputable para celebrar un acuerdo satisfactorio de manera libre y voluntaria en determinados delitos, el que tiene por efecto concluir el proceso penal, al ser aprobado por el juez correspondiente...³

O bien como menciona nuestro autor es el pacto legal realizado entre víctima e imputado con la finalidad de solucionar el conflicto por medio de la mediación, la conciliación y el arbitraje y para los delitos culposos, solo aquellos en los que proceda el perdón.

Cabe mencionar que dentro de la dinámica de estos Acuerdos reparatorios debe tomarse en consideración que los acuerdos deben celebrarse directamente entre el imputado y la víctima; debe existir la reparación del daño; no son necesariamente de carácter pecuniario y requieren ser aprobados por el Juez de Garantías.

La suspensión condicional a proceso

“CAPÍTULO III

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

Artículo 191. Definición

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 garanticen 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...

La suspensión condicional del proceso es uno de los procedimientos que se ha incorporado con la reforma de junio de 2008 a la

³Polanco Braga Elias; *Nuevo diccionario del sistema procesal penal acusatorio juicio oral*; Pág. 13; Ed. Porrúa. 2014.

constitución su significado está ligado al proceso penal, concretamente, a la diversificación de respuestas a los conflictos sociales que establece la persecución penal.

Los fines de la suspensión del proceso a prueba 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; 4c) 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.⁵

Cafferatta, en su definición del instituto, señala: “la resocialización de delincuentes primarios y la reparación de la víctima, a través del cumplimiento de ciertas condiciones, evitando recurrir a la inútil estigmatización de una condena penal”⁶.

Los objetivos relacionados con evitar un proceso de criminalización y el consecuente etiquetamiento o estigmatización del imputado, propiciar y promover su reinserción y, con ello, otorgar al sistema la posibilidad de controlar la comisión de delitos.

⁴Este objetivo es muy importante pero la institución no en todos los casos o experiencias está regulada de forma que la víctima tenga un lugar central. Por ejemplo, como enseñan Duce y Riego, en el cpp de Chile, el rol de la víctima en la suspensión del proceso no es trascendental. Su rol no es decisivo en el otorgamiento de la medida. “Esta podría ser perfectamente decretada por el juez en contra de su voluntad y sin que se imponga la obligación de indemnizarla como una condición para el imputado”. Duce J., Mauricio, y Riego R. Cristian, Proceso penal, Editorial Jurídica de Chile, 2007. p.335.

⁵Bovino, Alberto, La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código penal argentino, Editores del Puerto, Argentina, 2001. p.4. Es importante al respecto también señalar, con este autor, que “mecanismos como el de la suspensión del procedimiento penal a prueba no han surgido como pretensión de “suavizar” injustificadamente los rigores de la justicia penal sino, por lo contrario, como respuesta indispensable para afrontar la grave crisis que la afecta en la actualidad”. Op. cit. p.223.

⁶Cafferata Nores, José I., *El principio de oportunidad en el derecho argentino*, en Cuestiones actuales sobre el proceso penal, tercera edición, Editores del Puerto, Argentina, 2000. p. 41.

La suspensión del proceso se ha consagrado en el ordenamiento jurídico porque se considera que su instrumentación coadyuvará a realizar el programa penal de la Constitución que busca realizar el fin de la reinserción social sin tener que dictar una sentencia, atender los intereses de la víctima que, desde la nueva regulación constitucional se vuelven prioritarios, además de beneficiar al imputado sustrayéndolo del proceso judicial y evitando su contacto con la cárcel.

Dice Vitale:

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. No se trata, entonces, de una mera facultad arbitraria del fiscal o del juez, ni tampoco de un simple 'beneficio' que el Estado acuerda a las personas sometidas a proceso, a título de 'gracia' o 'favor'. Por el contrario, el cumplimiento de las condiciones legales comunes y propias de admisibilidad (que son expresión de las razones político-criminales tenidas en miras por la legislación) genera el deber estatal de suspender el proceso ante cualquier solicitud correctamente fundada en la ley.⁷

CONCLUSIÓN

Como ya vimos nuestro nuevo sistema se enfrenta a grandes retos primero por el propio Sistema Judicial que parece apuesta por que este sistema no logre los objetivos deseados, por otra parte los abogados que se resisten a las nuevas técnicas de litigación y que prefieren el viejo sistema dicen ellos porque todo es más fácil por escrito pero no se detienen a analizar que la parte oral de este nuevo procedimiento es solo una parte del todo por último y la parte más complicada es la sociedad, una sociedad que estaba acostumbrada a un sistema mixto que

⁷Vitale, Gustavo L., *La suspensión del proceso penal a prueba*. Segunda edición, Editores del Puerto, Argentina, 2004. p. 229.

parecía más bien solo inquisitivo que siente que las garantías ahora solo las tiene el inculpadó y que a ellos en su carácter de víctima nadie los protege.

En fin necesitamos sensibilizar a la gente y a nosotros mismo para entender estos cambio de la mejor manera y aplicar los medios que ahora conocemos como Salidas Alternas: Acuerdos Reparatorios con la finalidad de que una falta administrativa, o un delito de los no considerados graves puedan solucionarse entre víctima e imputable sin necesidad de llevar todo un proceso que como decíamos anteriormente solo servirá para llevarnos al etiquetamiento y al permanecer interno solo porque la economía no alcanzo para pagar la libertad.

Sin embargo y debo mencionar por lo que respecta a mi postura personal y a la realidad en nuestro Estado de Tlaxcala considero que las Salidas Alternas tendría que regresar a la jurisdicción de Jueces Municipales ya que fueron ellos los primeros en poner en practica la mediación y la conciliación.

REFERENCIAS

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

Cafferata Nores, José I., "El principio de oportunidad en el derecho argentino", en Cuestiones actuales sobre el proceso penal, tercera edición, Editores del Puerto, Argentina, 2000.

Polanco Braga Elías; Nuevo Diccionario Del Sistema Procesal Penal Acusatorio Juicio Oral"; Pág. 13; Ed. Porrúa. 2014.

Vitale, Gustavo L., La suspensión del proceso penal a prueba, segunda edición, Editores del Puerto, Argentina, 2004. p.229.

MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL NUEVO SISTEMA PENAL

RODOLFO ANTONIO PÉREZ MORALES

INTRODUCCIÓN

Hoy en día nuestro país a nivel legislativo está pasando por una serie de cambios con las reformas, las cuales se han encontrado en proceso desde sexenios anteriores pero que no se le había dado un asentamiento funcional para el tiempo y los entornos socioeconómicos a través de los cuales ha venido caminando nuestro país.

Sin embargo durante el sexenio actual (2012-2018) se han lanzado un sin número de reformas que eran necesarias y se han venido perfeccionando otras que ya habían tenido cabida en los sexenios anteriores tales como la que nos viene a importar en éste tema que es el nuevo sistema sistema penal.

Un cambio siempre es bueno, ¿pero que tan bueno o que tanto cambio?, hay muchas reformas que eran necesarias y que inclusive llegaron tarde y por ello el problema de que la sociedad no las acepte, aunque en muchas situaciones por ignorancia o por falsos anuncios y publicaciones son mal aceptadas o no aceptadas las mismas. Es ahí donde tocamos el otro tema que vamos a tocar, que son los medios de comunicación, dando

a entender hasta donde si o hasta donde no, que tan buenos son o que tan perjudiciales pueden llegar a ser. Estaban preparadas las leyes para los adelantos tecnológicos o los adelantos tecnológicos se adelantaron a nuestra constitución. Y hasta qué punto es positivo que haya personas que sin tener conocimiento de los temas tengan libertad de opinión o de expresión dando sus noticias a la gente que las cree fidedignas y que debido a las redes sociales se divulga a la velocidad de la luz.

Entonces es positivo que quiera haber más transparencia y más contacto directo con la sociedad por parte del gobierno, hablando de publicaciones, canales de televisión, redes sociales, y mayor apertura en procesos de investigación, audiencias y procesos judiciales, penas, etc. Pero entonces libertad o limitantes. A mi punto de vista las limitantes y las aperturas que explicare más adelante son adecuadas para el tiempo que nos encontramos. Solo hay que saber manejarlas aunque hayan llegado tarde son una buena oportunidad para reparar las relaciones que se han roto entre sociedad y gobierno.

II. EXPLICACIÓN DEL NUEVO SISTEMA PENAL

Para poder explicar éste tema primero debemos entender como es el nuevo sistema penal y cómo es que éste ha ido surgiendo.

El sistema penal fue reformado en el año de 2008 con la idea de actualizar nuestro medio de aplicación de justicia. Para ésta reforma fue necesario modificar diferentes leyes para que el sistema funcionara adecuadamente además de lograr que los diferentes congresos de todas las entidades legislaran los cambios para la mejora conjunta. Así fue como tanto los congresos estatales como el H. Congreso de la unión realizaron propuestas de creación de leyes y de reformas de leyes que contendrían las reglas, así como los derechos, obligaciones y garantías del nuevo sistema penal.

Durante ésta reforma se creó la Secretaria Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal,

éste consejo fue creado en el año de 2008 y el decreto de la creación del mismo tiene fecha oficial del 13 de Octubre del año mencionado, estando en gestión el presidente Felipe de Jesús Calderón Hinojosa. Dando dentro de éste decreto del Diario Oficial de la Federación las atribuciones para la implementación, operación y ejecución del Sistema de Justicia Penal.

Con todo esto se busca que en todas las entidades existan criterios jurídicos similares para obtener mayores beneficios para la ciudadanía. Éste nuevo sistema permitirá a los ciudadanos tener un sistema ágil y respetuoso de los derechos en todas las etapas que el proceso pueda tener, permitirá tener a funcionarios más capacitados para el desarrollo de sus funciones aplicando a la investigación de los delitos un método científico. Se da el principio de presunción de inocencia y se prioriza la reparación del daño, los jueces estarán presentes en todas las audiencias. Los procesos se desarrollaran en audiencias orales y de manera pública. Y todos los argumentos de cada una de las partes pueden ser de conocimiento y con debate de la parte contraria. Éstas son algunas de las ventajas que tenemos en el nuevo sistemas de las cuales iremos ahondando un poco y no iremos inclinando a nuestro tema central que son los medios de comunicación dentro de este sistema.

Para entender mejor desglosaré los puntos principales del nuevo sistema penal:

En primera instancia tenemos los Procesos Integrados En Audiencias Públicas, lo que significa que se deberá contar con procedimientos donde la gran mayoría de toma de decisiones sean establecidas en Audiencias Públicas antes del debate oral entre las partes que intervienen, el objetivo en este debate es resolver de la manera más justa un conflicto en lugar de darle simplemente trámite al expediente.

También tenemos el hecho de la Profesionalización Del Ministerio Público donde se tenga una etapa de Investigación en la que persigan el delito auxiliándose de tecnología y datos científicos de calidad y haciendo uso de la prueba forense y no solamente en base a las declaraciones de los testigos.

El proceso debe contar con la Participación activa de la víctima en todos los procesos y sus respectivas etapas así como también en todas las audiencias a fin de que sea escuchada directa y personalmente por el ministerio público y/o los jueces antes de tomarse una decisión sobre el caso. También debe tener la facultad de solicitar directamente al juez protección personal y la facultad de quejarse ante éste por inactividad del ministerio público.

Debe haber garantía de defensa para el acusado, de que cuente desde los primeros actos del proceso con un abogado defensor profesional en derecho que lo concurra en todo momento. Y que cuando este en privación de su libertad su resguardo quede a cargo de personal diferente al ministerio público o la policía que lleva el caso.

Existe en este sistema la libertad como regla durante el proceso y se deberá de agregar la presunción de inocencia de todo ciudadano y la aplicación y ejecución de la prisión preventiva se utilice de manera razonada a fin de solo aplicarla cuando sea necesaria para garantizar la asistencia del imputado al juicio oral, la seguridad e integridad de la víctima, la protección de las pruebas y cuando no exista otra medida cautelar mediante la cual se pueda garantizar esos bienes, solamente en los casos previstos en la Constitución.

Se debe entender que las pruebas recabadas en la etapa de investigación por los ministerios públicos y las policías a su mando no tengan ningún valor demostrativo, sino hasta que sean mostradas por la autoridad directamente y ante la presencia de un juez en una audiencia pública, oral, transparente y donde se garantice a las partes el derecho a contradecir la prueba y manifestarse respecto a las mismas.

Contar con Jueces que controlen los actos del ministerio público cuyo objetivo sea vigilar que se respeten los derechos de la víctima y del inculgado cuando el ministerio público se encuentre investigando un delito o decida resolver el asunto de alguna forma, mediante su intervención personal y directa en la calificación de los actos de molestia que ejerce el ministerio público en contra de los ciudadanos, utilizando para ello las Audiencias Públicas en la toma

de sus decisiones, es aquí donde surge la nueva figura denominada Juez de Control.

Para evitar juicios largos y algunos sin sentido deberán existir alternativas al juicio como la conciliación, la mediación y la suspensión a prueba del proceso, con el fin de tener una respuesta fácil y rápida a un buen número de casos donde el juicio penal no es la más conveniente por tratarse de delitos menores donde no existe violencia en las personas.

Y existen algunas especificaciones más en cuanto al nuevo sistema penal pero me inclinare en éste caso al hecho de la transparencia y la intervención, influencia y participación de los medios de comunicación en este nuevo sistema.

III. EXPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Para comenzar el tema, debemos mencionar el principio de publicidad que marca el sistema penal, en el cual se establece que la audiencia en la cual se va a enjuiciar a una persona por un juez o tribunal debe ser pública; la publicidad significa que cualquier ciudadano puede ir a presenciar una audiencia en la cual ese ciudadano entienda acepte procese y analice el porqué de la acusación a una persona, qué pruebas se presentaron, qué solucionó el juez y por qué resolvió en ese sentido, una vez atendidos y resueltos estos puntos, se puede decir que la audiencia tuvo publicidad.

Le principio de publicidad es un derecho del acusado y de la sociedad. Toda la audiencia de juicio (incluida la lectura de sentencia) puede ser presenciada por el público en general y estar presentes medios de comunicación. Esto significa que las puertas de las salas de audiencias son y deben de estar siempre abiertas.

El principio de publicidad tiene una función procesal que dicta que el juzgador está obligado a manifestar por qué emite una sentencia en tal sentido, con lo que se desaparecen las arbitrariedades jurisdic-

cionales; también goza de una función de política criminal por las prevenciones especial o general en la comisión del delito; se beneficia de una función social porque al ser transparente y permitir el contacto con el público, la sociedad y los medios de comunicación en cuanto a la administración de justicia, el colectivo de algún modo creará en las leyes, en los procesos y en sus jueces; posee función administrativa porque regula las posibles faltas penales o administrativas en que incurrir las partes.

La Constitución establece excepciones a la publicidad de la audiencia, que deben estar fijadas en la ley, no arbitrarias y deben estar sustentadas en razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de víctimas, testigos, menores o bien porque hay revelación de secretos protegidos; cuando se actualice alguna de las hipótesis de excepción, el juez podrá llevar a cabo la diligencia a puerta cerrada; pero sólo aplica en el desahogo de pruebas, nunca en la emisión y explicación de la sentencia.

Hay que tener en consideración que la garantía de publicidad se colma (según la doctrina) cuando el espacio físico que comprende la sala del tribunal llegue a su límite de audiencia, sin que sea necesario o esté permitido poner salones anexos o instalar parlantes fuera de la sala. Otra limitación al principio es la intimidad del morador en casos del desahogo de la prueba de inspección.

La existencia de la publicidad conlleva ciertas ventajas como:

- Facilitar el control social sobre la administración de justicia lo cual dificulta la corrupción.
- Se logra una legítima justicia ante la sociedad.
- Se tiene por objeto facilitar el derecho de acceso a la justicia de la sociedad.
- A través de ella se transmiten los valores de justicia.
- Debe de mediar resolución fundada, y si desaparece la causa se puede hacer ingresar al público,
- Privilegio de Asistencia (medios de información), la transmisión simultánea requiere autorización previa del tribunal.

Las restricciones que se marcan para el acceso a las audiencias son:

- Posibilidades de la sala.
- Razones de permitir el debate.
- Seguridad en la Sala.
- Personas con distintivos gremiales o partidarios.
- Se podrá limitar el acceso a un número determinado.
- Consideraciones para la entrada a los Tribunales (uso de celulares por ejemplo).

Tampoco la publicidad permite a los medios de comunicación poder transmitir o filmar los juicios. También, se puede desalojar a personas de la sala en donde se desarrolla el juicio, cuando alteran el orden sin que se afecte el principio de publicidad.

Queda prohibido publicar lo que pase en diligencias o actos que deban ser secretos por mandato de la ley o por disposición judicial. Además está prohibido publicar escritos o actas de acusación en un proceso criminal antes de que se dé cuenta en audiencias públicas principalmente en delitos de adulterio, atentados al pudor, violaciones, estupro y ataques a la vida privada.

Finalmente, constituye un ataque a la moral toda manifestación de palabra por escrito o por otro medio o en su caso quien propague públicamente vicios, o delitos donde se haga apología de los presuntos imputados.

Según las nuevas disposiciones, los periódicos o medios de comunicación tendrán la obligación de publicar gratuitamente la respuesta que las autoridades, empleados o particulares quieran dar a las alusiones que les hagan en artículos o cualquier publicación. Además el periodista esta impedido a incurrir en la injuria o expresiones contrarias al decoro, ataque a terceras personas.

Cabe resaltar que al menos las áreas de prensa de las instituciones de la administración pública han hecho el esfuerzo por cumplir con las disposiciones de protección a la intimidad de las personas, al evitar difundir los datos personales, rostros de los presuntos imputados, pues se advierte sobre la responsabilidad penal que esto puede

significar de no cumplir cabalmente con esta disposición como lo señalan desde la propia Procuraduría General de Justicia.

CONCLUSIÓN

El esfuerzo que se está realizando entre los gobiernos estatales y el federal por recuperar, reforzar y reintegrar la gobernabilidad puede dar resultado siempre y cuando se respeten desde adentro hacia afuera las mismas leyes que se están dando. Necesitamos ser pacientes más no condescendientes ni lastimeros. Debemos proponer y no solo juzgar, debemos de ser de mente abierta y avanzar con el mundo. No debemos de opinar sin conocer ni juzgar siendo ignorantes en las materias. Debemos prepararnos y preparar a quienes lo necesiten. La libertad de los medios de comunicación está basada en el hecho de informar y dar a conocer, no de manipular ni infundir miedo, se trata de unir y llevar más allá de los límites físicos la información y el conocimiento. Por ello siempre debemos de buscar distintas fuentes de información y de aprendizaje y culturizarnos de manera global.

Por otro lado la prensa y los medios de comunicación necesitan recuperar la fuerza, credibilidad y sobretodo legitimidad, la misma sociedad debe de recapacitar que no todo es responsabilidad del gobierno sino de nosotros mismo, y que los problemas que se están dando no son un problema de un sexenio o de una o dos personas sino de un sistema que estaba enfermo y que intenta recuperarse. Y por lo tanto los medios de comunicación por supuesto que necesita informar absolutamente todo, pero lo que más se necesita es que lo transmitan de una manera positiva y constructiva, no destructiva y no digo que todos los medios sean así pero necesitamos medios más veraces incorruptible y propositivos.

Al día de hoy se han venido realizando diferentes platicas y capacitaciones a medios de comunicación, prensa, periodistas particulares, privados e independientes para que adquieran el conocimiento sobre sus facultades, derecho y obligaciones dentro del nuevo sistema penal.

Algunos de los objetivos de esta capacitación, son poder contribuir con la especialización de los profesionales de la información en el tratamiento noticioso del delito y la justicia penal, pero sobre todo concientizar acerca del papel tan importante que estarán jugando los medios de comunicación en el Nuevo Sistema de Justicia Penal.

En lo que respecta a los temas, son variados, pero principalmente encontramos, las Etapas del Proceso Penal, el Rol de las Partes en el Proceso Penal, los Medios de Comunicación en el Proceso Penal, Los Medios de Comunicación como Agentes de Cambio en el Sistema de Justicia Penal y la Audiencia Interinstitucional.

Este tipo de acciones por parte del gobierno son buenas y asertivas, ahora solo necesitamos el compromiso de ambas partes por cumplir cada uno de los puntos que se dictan. Los derechos y obligaciones de ambas partes y que no solo se quede impreso y firmado en un acta.

También se necesita capacitación a los servidores públicos para el adecuado desempeño de sus actividades, sobre todo tomando en cuenta que hay nuevas figuras dentro del nuevo sistema que necesitan ser ocupadas y deben tener la capacidad y el conocimiento más que suficiente para cumplir a cabalidad su función.

Debemos también de toma en cuenta que no existe la violación a la presunción de inocencia con la inclusión de los medios de comunicación en las audiencias, ya que para eso mismo hay restricciones y normas que no permiten que esto llegue a suceder, como efectivamente ya ha sucedido y por ello mismo se tiene en cuestionamiento si el nuevo sistema evitaría esto, pues precisamente éste es uno de los puntos que se están trabajando a fondo.

Entonces, lo que se necesita es mas compromiso por parte de la sociedad, propuestas reales, consientes, estudiadas, alejadas de la manipulación cualquiera que sea el medio, que su instrumento de estudio y reflexión no sea solamente un medio sino varios, que tengan más medios de donde obtener información, para tener una opinión mas veraz, transparente propositiva y que traiga beneficio y respuestas a sus propuestas. De igual manera que los medios de comunicación

cuenten con recursos humanos más capacitados, asertivos, estudiosos de la materia de la cual van a opinar para que la libertad de expresión cumpla su verdadero propósito que es informar a la gente pero con la verdad y con influencia positiva. Y en el sistema penal, de lo que hablaba anteriormente que es tener los servidores mejor capacitados y preparados para ser completamente apegados a la ley y cumplir con los propósitos para los cuales fueron asignados.

REFERENCIAS

<http://insyde.org.mx/wp-content/uploads/2013/09/Violencia-y-Medios-4-Periodismo-Reforma-penal-y-derechos-humanos.pdf>

<http://www.jusac.org/c7.html>

<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>

http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/2014-05-jun_20.pdf

<http://www.web.valles.udg.mx/laboratoriojuiciosorales/sites/default/files/La%20Reforma%20Penal%20y%20el%20Nuevo%20Sistema.pdf>

http://istmo.mx/1999/01/medios_de_comunicacion_derechos_y_reponsabilidades/

http://setec.gob.mx/work/models/SETEC/Espacio_Ciudadano/leyes_reforma_penal.html#3

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS ENTIDADES

LILIANA SARTILLO BUENO

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS ENTIDADES

Los sistemas constitucionales normativos, como el nuestro, implican que hay una norma suprema de la cual surge todo el sistema jurídico, es decir, la Constitución es una norma vinculante, pero también es una fuente de las demás normas del sistema, por lo que podemos mencionar la Constitución que determina qué contenidos pueden tener las normas inferiores, o qué contenidos no pueden contradecir, es decir, los sistemas constitucionales normativos, como el nuestro, implican que hay una norma suprema de la cual surge todo el sistema jurídico.

La Constitución es una norma vinculante, pero también es una fuente de las demás normas del sistema, como Norma fuente la Constitución determina qué contenidos pueden tener las normas inferiores, o qué contenidos no pueden contradecir, es decir, establece los parámetros materiales para la formación de las nuevas normas, así como

también, la Constitución establece las reglas formales para la creación de las normas inferiores, esto es, la Constitución determina quién puede crear normas, bajo qué supuestos y mediante que forma, dicen los juristas, se crea una pirámide normativa, de donde se desprenden normas desde la base (lo más general), siendo la Constitución la norma suprema de todo el ordenamiento.

Cada norma superior dicta las reglas materiales y formales para la validez de la norma inferior y de esta forma se crea la pirámide normativa y una cadena de validez de norma a norma, conocido como principios de Supremacía Constitucional y de jerarquía normativa, mismos que se encuentran contenidos en el artículo 133 de la Constitución y en el artículo 1º, dando la validez, es decir para que adquiera membresía en el sistema jurídico, deberá ser material y formalmente compatible con la Constitución.

Una norma que, por ejemplo, contraria a derecho reconocido en la Constitución, sería inválida o una norma creada por una autoridad que no tiene la competencia para hacerlo, sería también inválida. De acuerdo con el principio de Supremacía Constitucional, se crea la revisión judicial de las normas, esto es conocido como jurisdicción constitucional.

La Jurisdicción Constitucional: Es la potestad de un Tribunal como autoridad para interpretar y revisar la compatibilidad de otras normas con las normas de la Constitución y resolver las controversias de manera definitiva.

La invalidez de una norma debe ser declarada por esta autoridad, pues aunque sea “evidente” la inconstitucionalidad de una norma, ésta incompatibilidad debe ser declarada por “alguien” competente, siendo así que la jurisdicción constitucional lleva a cabo el control de constitucionalidad, es decir, controla que las normas inferiores sean material y formalmente compatibles con la Constitución y en caso de no serlo, puede expulsarlas del sistema, esto es declararlas inválidas por inconstitucionalidad.

Existen dos modelos de control de constitucionalidad:

- 1.- El control concentrado: Surgió después de la Segunda Guerra Mundial y es aquél que concentra toda la revisión de la validez normativa en un sólo Tribunal, cuya facultad es propiamente de este tribunal instituido para ello.
- 2.- El control difuso: Tiene su origen en los Estados Unidos, siendo mas antiguo que el Control Concentrado, y que tiene como fin que dentro del control difuso cualquier juez puede revisar la constitucionalidad de las normas, México tiene un sistema mixto, pero la única instancia competente para declarar la invalidez de las normas es la Suprema Corte a través de procedimientos especializados como:

Acción de Inconstitucionalidad:

El concepto de Control de Convencionalidad es un concepto de creación judicial bastante reciente. La Corte Interamericana lo ha recogido a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006 y a partir de entonces lo ha venido desarrollando, refiriendo a la revisión de congruencia entre las normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que deberán realizar tanto los jueces, como las autoridades de los Estados parte de la Convención.

El control de convencionalidad (concentrado) es competencia de la Corte Interamericana, es decir, la CIDH únicamente puede conocer de violaciones a la Convención y no puede resolver sobre el fondo de los asuntos presentados a su consideración. Sin embargo, la tendencia hacia la creación de un derecho común de los Derechos Humanos en la región ha evolucionado de tal forma que hoy la Corte Interamericana reconoce el control difuso de la convencionalidad. Ello implica pues que, si la Convención es derecho nacional de los Estados Parte, entonces todos los jueces deberán vigilar que este sea cumplido en términos de la propia Convención (artículos 1 y 2 de la CADH).

En palabras de Ferrer Mac-Gregor:

los jueces nacionales se convierten en jueces interamericanos: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad.

Siguiendo esta idea y la relacionamos con el control de constitucionalidad, los jueces mexicanos serán al mismo tiempo guardianes de la Constitución y guardianes de la Convención lo que implica una mejor protección y garantía de los derechos humanos.

También, la Constitución establece las reglas formales para la creación de las normas inferiores, esto es, la Constitución determina quién puede crear normas, bajo qué supuestos y cómo. De esta forma, dicen los juristas, se crea una pirámide normativa, de donde se desprenden normas desde la base (lo más general), siendo la Constitución la norma suprema de todo el ordenamiento. Cada norma superior dicta las reglas materiales y formales para la validez de la norma inferior y de esta forma se crea la pirámide normativa y una cadena de validez de norma a norma. Esto se conoce como principios de supremacía constitucional y de jerarquía normativa, mismos que se encuentran contenidos en el artículo 133 de la Constitución y en el artículo 1°. Para que una norma sea válida, es decir para que adquiera membresía en el sistema jurídico, deberá ser material y formalmente compatible con la Constitución.

Una norma que, por ejemplo, contradice algún derecho reconocido en la Constitución, sería inválida o una norma creada por una autoridad que no tiene la competencia para hacerlo, sería también inválida. De acuerdo con el principio de supremacía constitucional, se crea la revisión judicial de las normas, esto es conocido como jurisdicción constitucional. La jurisdicción constitucional es la potestad de un Tribunal como autoridad para interpretar y revisar la compatibilidad de otras normas con las normas de la Constitución y resolver las controversias de manera definitiva.

Es de establecerse que los tribunales locales y federales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales o federales, sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 908/2006.

Luego, al haber considerado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dado que México aceptó la Convención Americana de Derechos Humanos, también reconoció la interpretación que de dicha convención realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos; entonces, ello conduce al suscrito juzgador a considerar que todos los tribunales del Estado están obligados a ejercer el control de convencionalidad al resolver cualquier asunto sometido a su jurisdicción, como lo estableció la citada Corte Interamericana al decidir el caso ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE, en la sentencia emitida el veintiséis de septiembre de dos mil seis.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano, sustentó lo siguiente :

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin.

En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe

quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también serán sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

De ahí que los órganos de justicia nacional quedan obligados a ejercer “el control de convencionalidad”, respecto a actos de autoridad –entre ellos, normas de alcance general– conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del Derecho Internacional de los derechos humanos, a las que se encuentran vinculados por la concertación, ratificación o adhesión de los tratados o convenciones del Presidente de la República, que tiene como propósito que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.

Ese control queda depositado tanto en tribunales internacionales –o supranacionales– como en los nacionales, a quienes mediante el

mismo se les encomiendan la nueva justicia regional de los derechos humanos y adquieren, además, la obligación de adoptar en su aparato jurídico tanto las normas como la interpretación de éstas, a través de políticas y leyes, que garanticen el respeto a los derechos humanos y sus garantías, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.

Como consecuencia de lo cual, se impone establecer que las autoridades del Estado Mexicano, tienen la ineludible obligación de observar y aplicar en su ámbito competencial interno –además de las legislativas– medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas, sino también de las Convenciones Internacionales de las que México es parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevaron a cabo los organismos internacionales; lo que conlleva a sustentar que todos los tribunales deben realizar un control difuso de convencionalidad, al resolver los asuntos sometidos a su competencia.

Sólo en vía de orientación, se reitera la cita de la tesis aislada CLXII/2008 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, registro número 168,177, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIX, Enero de 2009, Novena Época, Materia Constitucional, página 781, que textualmente es como sigue:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SU APLICACIÓN DIRECTA CORRESPONDE INDISTINTAMENTE A TODAS LAS AUTORIDADES ORDINARIAS O DE CONTROL CONSTITUCIONAL, SIEMPRE Y CUANDO NO DESAPLIQUEN, PARA ESE EFECTO, UNA LEY SECUNDARIA.

Los artículos 40 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagran el Principio de Supremacía Constitucional, en tanto disponen que la Constitución es la ley fundamental o suprema, naturaleza que niega la posibilidad de que esté sometida a otro cuerpo normativo superior y, en cambio, requiere que todo le sea inferior y que cada acto

de autoridad esté de acuerdo con ella. Por tanto, en términos generales, todas las autoridades ordinarias o de control constitucional, están obligadas a aplicarla directamente, particularmente cuando se está en presencia de derechos fundamentales, aplicación que ya ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversos precedentes. No obstante, las autoridades distintas a los Jueces Constitucionales del Poder Judicial de la Federación deben aplicar directamente la Constitución hasta el límite de lo dispuesto en una ley formal y material; es decir, sólo deben aplicar e interpretar los contenidos constitucionales.

Lo anterior significa que si bien los jueces y tribunales mexicanos –en principio– quedan sujetos a la observancia y aplicación del imperio de las disposiciones nacionales; empero, cuando el Estado Mexicano ha ratificado un tratado internacional –como la Convención Americana– como parte del aparato del Estado que son, también quedan sometidos a ésta; por tanto, están obligadas a velar porque los efectos de las disposiciones que la integran no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; mediante el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; más aún la interpretación que de esa convención hubiese realizado la Corte Interamericana, como su último intérprete.

Cabe establecer que en la doctrina se ha sustentado que existen dos tipos de control de convencionalidad: en sede internacional y en sede interna.

- I.- En sede internacional se actualiza cuando, en ejercicio del control de convencionalidad, que es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.), es incompatible con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos u otros tratados –aplicables– con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un

examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto; la Corte Interamericana dicta una sentencia.

Ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objeto de garantizar la supremacía de la Convención Americana.

También se actualiza cuando el Estado no ha cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención) para garantizar con efectividad el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, la Corte Interamericana en sentencia le ordena al Estado adoptar medidas legislativas (leyes internas) o de otro carácter que fueren necesarias para obtener dicha efectividad.

Ejemplo de las hipótesis precedentes, se presentan dos modalidades o formas:

- a) Una, cuando los constituyentes expiden una nueva Constitución o reforma constitucional, o los legisladores expiden una ley, o la administración dicta un acto administrativo, en incompatibilidad con el artículo 2 de la Convención ('Deber de adoptar Disposiciones de Derecho Interno') violando los derechos humanos reconocidos en la Convención, según el caso; también ocurre la incompatibilidad de la jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales con el tratado.
- b) Otra, cuando los legisladores omiten expedir una ley a que está obligado internacionalmente el Estado por el artículo 2, para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención.

En la primera modalidad, se trata de una violación por acción y en la segunda, una violación por omisión. Estas en el derecho constitucional se denominan omisiones legislativas absolutas.

En la segunda modalidad “casos de control de las omisiones legislativas absolutas”, propiamente control normativo de ningún tipo, ni concreto, ni abstracto: la cuestión es, precisamente, que no hay norma que controlar.

La incompatibilidad normativa genera un conflicto que la Corte Interamericana resuelve, según su construcción jurisprudencial, declarando inconvencional la norma nacional. Entonces, podría afirmarse que es una especie de Control de Convencionalidad concentrado, por ser la Corte Interamericana su juez natural.

- I.- El tipo de control de convencionalidad en sede interna se actualiza cuando el juez interno tiene competencia para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención u otro tratado mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana.

Consecuente con lo considerado, es válido sustentar que el control de convencionalidad tanto en sede internacional como nacional lo representa el examen de confrontación normativo (material) del derecho interno con la norma internacional, alrededor de unos hechos acción u omisión internacionalmente ilícitos; que como técnica jurídica de control tiene por objeto preservar y garantizar el ejercicio de los derechos establecidos a favor de los gobernados tanto en el derecho nacional como en el internacional.

De ello se deriva la consideración de que en el juicio de convencionalidad:

- 1.- Por ‘acción’ del legislador: es posible declarar que la existencia de una determinada legislación pueda generar la violación de alguno de los derechos reconocidos en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Convenio.
- 2.- Por la ‘omisión’ del legislador: en cuyo caso lo que viola un derecho reconocido en la Convención no es tanto la existencia de una legislación como su inexistencia.

Por lo que los jueces están legalmente vinculados a observar el control de convencionalidad en sede interna, que implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, además de las legislativas, medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas sino también de las Convenciones Internacionales de las que México es parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevan a cabo los organismos internacionales.

Sin que sea jurídico sustentar que para la aplicación de la pena más benéfica que le resulte al inculpado, sólo pueda hacerse a través del juicio de control constitucional (amparo), previsto en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por cuanto que el juicio de garantías no es un medio de defensa ordinario, sino un medio de control constitucional que conforme a su naturaleza, tiene el carácter de extraordinario; por lo que procede únicamente respecto de aquellos actos contra los cuales la ley secundaria no concede recurso alguno, por virtud del cual puedan repararse los perjuicios que dichos actos ocasionan al gobernado.

Menos cuando el amparo no constituye un mecanismo para determinar condenas, como la que le corresponde en exclusiva imponer al suscrito juez en su función de órgano jurisdiccional de primera instancia, acorde a las razones que sustentan la tesis aislada II.2o.P.74 P emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, que a continuación se transcribe:

AMPARO MEXICANO. NO ES UN MECANISMO DE IMPUGNACIÓN DIRECTA RESPECTO DE POSIBLE OMISIÓN O INACTIVIDAD LEGISLATIVA EN EL DESARROLLO DE TRATADOS INTERNACIONALES. La posible ausencia de esa labor legislativa implicaría, en todo caso, precisamente una omisión del órgano legislador al no establecer medidas adecuadas para el debido cumplimiento de los compromisos de creación legislativa implícitamente asumidas en algunos tratados, pero es obvio que tal cuestión, aun en el supuesto de constituir alguna clase de incumplimiento (lo que aquí no se prejuzga, por cierto), resulta totalmente aje-

na a la materia aquí planteada, pues hoy por hoy, el amparo en México no constituye un mecanismo para impugnar directamente las posibles omisiones o inactividad legislativa por sí misma. (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Julio de 2003, Novena Época, Materia Penal, Común, página 1024, registro 183,935*).

PRINCIPIO *PRO HOMINE*

GERARDO HERNÁNDEZ VÁZQUEZ

INTRODUCCION

El junio de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el “Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Este decreto modificó, entre otros, el artículo 1º constitucional, mediante la incorporación del principio pro homine. El cual sienta las bases para un verdadero replanteamiento de la forma de entender el sistema jurídico mexicano a partir de la re concepción y reposicionamiento de los derechos humanos. El eje central de esta reforma es el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues contiene una serie de mandatos específicos que, dirigidos a todas las autoridades, han de entenderse en vinculación con todas las normas nacionales e internacionales que constituyen nuestro ordenamiento jurídico. Entre dichos mandatos destaca la incorporación del principio pro homine, en el párrafo segundo del artículo 1º. Reforma que se le conoce como “Reforma constitucional en materia de Derechos Humanos”.

Este Decreto transformó la centenaria Categorización de los derechos fundamentales y sus mecanismos de protección y tutela

como garantías individuales, para considerarlos ahora como derechos humanos con distinción de las garantías para su protección.

Instituyó, además, un sistema manifiesto de reconocimiento y control de la convencionalidad internacional en materia de derechos humanos e incorporó el principio *pro homine* para dejar claro que “el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca a las persona”.

Desde la adopción de esto era evidente que la mera entrada en vigor de dichos enunciados normativos difícilmente implicaría un replanteamiento profundo de la forma de hacer y entender el derecho en México. Para tales fines, era indispensable que los órganos destinatarios de la reforma dieran sentido y operatividad a las normas a través de decisiones concretas que denotaran el verdadero potencial transformador del nuevo marco constitucional respecto de los derechos humanos. El primer fallo en este sentido llegó, cuando el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió una consulta planteada por su presidente acerca de las medidas que el Poder Judicial de la Federación debería adoptar para dar cumplimiento a la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla vs. México*.

Sin duda alguna, este fallo alcanzó dimensiones que fueron mucho más allá de una simple consulta o trámite, debido a que sentó las bases para la operación, en la práctica, de la reforma constitucional sobre derechos humanos, al abordar temas centrales de ésta.

I. CONCEPTO

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer res-

tricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre¹.

II. DESARROLLO

El principio pro homine tiene su origen en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos el artículo 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, adoptada en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, cuyo Decreto promulgatorio se publicó en México en el DOF del 7 de mayo de 1981, así como en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en la ciudad de Nueva York, EUA, el 19 de diciembre derechos inherentes a la persona, mismos que deben ser protegidos frente a los actos de las autoridades permitiendo se reparen las violaciones a los derechos humanos, por lo que dicho principio tiene como fin el aplicar la norma protectora y preferir la interpretación de mayor alcance que reconozca y garantice el ejercicio de un derecho fundamental e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos.

Es importante señalar que la importancia de la aplicación de las normas que contienen la protección de los derechos humanos tiene como finalidad la preservación de la dignidad humana.

Asentado lo anterior, resulta conveniente precisar que el artículo 133 de la Constitución Federal establece el llamado principio de jerarquía normativa, a través del cual se establece la estructura del

¹Ayala Corao, Carlos, *Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Méndez Silva, Ricardo (coord.), Derecho Internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, México, IJ-UNAM, 2002

orden jurídico mexicano, y en lo relacionado a los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, automáticamente queda incorporado al derecho interno nacional, por tanto, no pueden desconocer o alterar los derechos fundamentales, por ello, es que la Constitución Federal obliga a las autoridades a respetarlos; de ahí que sea válido sustentar que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por las autoridades al emitir las resoluciones que les corresponda de acuerdo a su ámbito competencial.

Cualquier tribunal nacional no debe limitarse a aplicar sólo la legislación local, sino que queda obligado a aplicar la Constitución Federal y los tratados internacionales y la jurisprudencia emitida por organismos transnacionales, ajustados con la regla interpretativa del principio *pro homine*. Es decir la justicia debe estar a favor del hombre por lo que cualquier tipo de autoridad nacional tiene la obligación de estudiar y retomar los principios fundamentales del humanismo que vinculado con los derechos humanos, protegen a la dignidad humana, origen, esencia y fin de todos los derechos humanos.

Esta reforma de nuestra carta magna se da con la modificación al artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual abre, para todas las autoridades en nuestro país, sin excepción, la oportunidad de ver a los Derechos Humanos desde una perspectiva mucho más amplia de la conocemos, debido a que dé inicio, se cambió la denominación del capítulo primero, título primero de nuestra Carta Magna, ahora llamado “De los derechos humanos y sus garantías”, la cual incorpora y eleva a rango constitucional el concepto de “derechos humanos” y da por terminado el debate dogmático que por mucho tiempo confundió el concepto de derechos humanos con el de “garantías individuales”.

La reforma al artículo 1º., segundo párrafo de la Constitución, incorpora también la cláusula de interpretación de conformidad con los tratados internacionales.

La norma constitucional contiene una pauta valiosa y constituye una posición de vanguardia al establecer que las normas relativas a

los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia².

De esta forma queda establecido en la disposición constitucional la cláusula de interpretación conforme y el principio pro homine, que tienen esencialmente su origen en el ámbito del derecho internacional, y que han sido definidos como criterios hermenéuticos que informan todo el derecho de los derechos humanos³.

Esta novedosa disposición refleja una tendencia evolutiva de apertura que están adoptando los Estados Constitucionales actuales, al establecer que los tratados internacionales relativos a Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional y, por otro lado, implica que podrían controlarse las normas y actos respecto de su conformidad con todos estos derechos y no sólo con los derechos humanos constitucionalizados.

Cabe destacar que, en nuestro país, un antecedente en este ejercicio hermenéutico de carácter internacional, lo tenemos en los artículos 6 y 7 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación de 2003, donde ya se encontraban estos avances normativos en materia de Derechos Humanos antes de la reforma constitucional, en el sentido que establece la obligación a todas las autoridades a ser congruentes con los tratados internacionales en materia de no discriminación. Incluso va más allá, cuando incorpora además de los tratados la jurisprudencia internacional adoptada por la Corte Interamericana y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

²Vid; Caballero Ochoa, José Luis, La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º., segundo párrafo, de la Constitución), En Carbonell, Miguel, (Coord.) *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, D.F., Ed. Porrúa, UNAM, 2012, p. 105

³Sobre el principio pro homine en la actividad jurisdiccional, cfr. PINTO Mónica, «El principio Pro Homine», en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Bs. As., 1997, p. 163. También vid; GARCÍA, H, A., *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, México, Ed., Porrúa, Instituto Mexicano de Derechos Procesal Constitucional, 1ª edición, 2006, p. 199

Además incluye el principio *pro homine* en sentido de que cuando se presenten diferentes interpretaciones se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o grupos que sean afectados por conductas discriminatorias.

En este sentido, significativa sería también la posibilidad de establecer en el primer párrafo del artículo 1º constitucional la obligación del Estado mexicano de incorporar un mecanismo que diera aceptación y seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,⁴ y no esperar a que se demande al propio Estado mexicano ante la Organización de Estados Americano por el incumplimiento de dichas recomendaciones de la Comisión Interamericana.

El principio pro homine como una pauta de hermenéutica

Plantea la coexistencia de múltiples normas referidas a derechos humanos, que presentan, las más de las veces, contenidos parecidos, más no necesariamente exactos o iguales. La pluralidad de fuentes, internas e internacionales, del derecho de los derechos humanos obliga a una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por el Estado.

Se impone, por lo tanto, recurrir a una serie de principios generales del derecho internacional y de principios propios del derecho internacional de los derechos humanos que permitan brindar pautas claras de interpretación. Resulta necesario encontrar criterios que posibiliten optar entre la aplicación de una u otra norma o entre una u otra interpretación posible de éstas.

⁴Sobre el tema de la recomendación de la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos se recomiendan los trabajos de: BECERRA RAMÍREZ, M., La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento, México, D.F., IJ UNAM, 2007, pp. 63-113. También vid; MARTÍN, C., (Comp.), Derecho Internacional de los derechos humanos, México, Universidad Iberoamericana-American University-Distribuidora Fontamara, 2004, pp. 79-117. También vid; CORCUERA CABEZUT, S., México ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal Universidad Iberoamericana, 2003.

Estas pautas son particularmente importantes cuando en un mismo ámbito coexisten normas internacionales de distinto alcance. En este sentido, no se encuentran discrepancias en que la aplicación e interpretación de las normas de derechos humanos debe hacerse a la luz del principio pro homine, del principio de no discriminación y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Por otra parte, este mismo principio supone que las normas consuetudinarias que explicitan los contenidos de los derechos protegidos en los tratados deben tener cabida en el orden jurídico interno de un país siempre que enriquezcan sus disposiciones.

- El principio pro homine como una pauta para la regulación jurídica de los derechos humanos

Los derechos humanos consagrados por el orden jurídico son esencialmente relativos y, por ello, susceptibles de ser reglamentados razonablemente. Así mismo, algunos derechos pueden ser objeto de restricciones legítimas en su ejercicio, e, incluso de suspensión extraordinaria.

La reglamentación razonable es aquella regulación legal del ejercicio de un derecho que, sin desvirtuar su naturaleza, tenga en miras su pleno goce y ejercicio en sociedad. Son restricciones legítimas los límites de tipo permanente que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a la sociedad toda. Finalmente, la suspensión apunta a la situación extraordinaria en la cual se encuentra en peligro la vida de la nación, que haga necesario decidir la suspensión del ejercicio de determinados derechos por el tiempo y en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación.

Por lo que la aplicación del principio pro homine impone no extender más allá de lo permitido el campo de las restricciones, ni mucho menos de las suspensiones. Por ello, resulta indispensable determinar ciertos criterios que permitan verificar la legitimidad de una regulación.

El principio pro homine y las restricciones legítimas

Los instrumentos internacionales de derechos humanos, en general, prevén restricciones específicas respecto de determinados derechos. Esto es, que tales derechos contienen en su propia enunciación, el criterio válido que legitima una restricción.

Las restricciones que se impongan al ejercicio de los derechos humanos deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y a condiciones de fondo representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse.

La norma general de la cual derivan estas pautas y criterios proviene del artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Esta regla se ha ido incorporando con una terminología y alcance variado a algunos tratados de alcance general, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵, el Convenio Europeo⁶ y la Carta Africana⁷.

⁵6 Art. 30: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Por otra parte, el art. 32.2, relativo a la correlación entre deberes y derechos, expresa que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

⁶Art. 18: “Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades, no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para lo cual han sido previstas”.

⁷Art. 27.2: “The rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest”.

Las exigencias de una ley en sentido formal, además de material, cuando se trata de restringir derechos provienen del Sistema Interamericano. En este sentido, la Corte Interamericana señala que “sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona”⁸.

Cabe, pues, concluir que en razón de su indeterminación, a la luz del principio pro homine, la interpretación y el alcance que se les dé a estos conceptos indeterminados debe ser la más restrictiva posible. En este sentido, vale la pena aclarar que resulta concordante con el principio pro homine la afirmación de que, además, aun las restricciones legítimas deben interpretarse lo más restrictiva o limitadamente.

Por otra parte, el principio pro homine impone también atender al razonable principio según el cual los derechos de cada uno terminan donde comienzan los derechos de los demás, de alguna manera comprendido en las normas sobre deberes.

Los derechos y libertades de terceros o los derechos y reputación de otros como pauta de limitación traducen la existencia de un conflicto que debe resolverse en favor de los derechos de los unos limitando los derechos de los otros. Para ello, debe atenderse el principio de no discriminación y al reconocimiento de la dignidad humana. Sin embargo, respetando el principio pro homine, se debe verificar que la restricción que prevalezca sea la más restringida o la que afecte a un derecho de menor jerarquía.

El principio pro homine y la suspensión del ejercicio de determinados derechos humanos

Los tratados generales de derechos humanos, universales y regionales, facultan al Estado a disponer la suspensión de ciertas obligaciones contraídas en su virtud, en razón de la vigencia de un estado de excepción o estado de sitio.

⁸Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, del 9 de mayo de 1986, Serie A, n° 6, párrafo 37.

La preocupación por la eventual actitud de los Estados ante situaciones de excepción, en cuanto los posibles efectos en punto al goce y ejercicio de los derechos humanos, condujo a la necesidad de encontrar requisitos necesarios para otorgar legitimidad a la suspensión.

Por aplicación del principio *pro homine* como criterio residual de interpretación, la vigencia simultánea en un Estado de diversas normas internacionales o internas con distinto nivel de exigencias al Estado, impone sumar acumulativamente todas ellas. Así, por ejemplo, debe extenderse la lista de derechos no suspendibles de modo de incluir a la totalidad de los mencionados en ese carácter por los distintos instrumentos y, al mismo tiempo, estarse al texto más restringido en cuanto a las posibilidades de declaración de tal estado de emergencia.

Del desarrollo ya expuesto, se tiene que el principio *pro homine* se erige como una directriz obligatoria mediante la cual se interpretan las normas en materia de derechos humanos contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales, así como en leyes, resoluciones de organismos o tribunales internacionales, criterios vinculantes, criterios orientadores, jurisprudencia, y cualquier instrumento o normativa en la materia, a efecto aplicar la que más favorezca a la persona por ser más amplia al reconocerle derechos humanos o menos restrictiva cuando se trate de establecer limitaciones o suspensión en su eje.

A partir de la reforma se han empezado a emitir criterios de interpretación de algunos tratados internacionales a partir de casos concretos. De los principales criterios que a la fecha se han emitido, destacan los siguientes aspectos:

- 1.- En la aplicación de los tratados internacionales, los jueces pueden seguir los criterios interpretativos que emita la CIDH, si así lo consideran apropiado para la mejor motivación en la resolución del caso sujeto a su potestad.⁹

⁹Pleno de la SCJN, expediente varios 912/2010 (caso Radilla Pacheco).

- 2.- El divorcio incausado¹⁰ no atenta contra el derecho humano de protección a la familia reconocido en los artículos 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹¹
- 3.- México cumple con el artículo 3, numeral 4, inciso c), de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas¹², en tanto establece casos en los que no ejercerá acción penal contra un farmacodependiente o consumidor.¹³
- 4.- El recurso de inconformidad en contra de resoluciones que tengan por cumplida una sentencia de amparo, no está sujeto a un plazo para su interposición a pesar de que lo contrario se expresa en la Ley de Amparo porque se trata de un caso en el que debe analizarse si un acto violatorio de derechos humanos fue debida y cabalmente reparado, lo cual no puede estar sujeto a que el reclamo deba hacerse valer en determinado plazo sino que debe poder analizarse en todo tiempo.¹⁴
- 5.- El juicio de amparo es el recurso efectivo al que se refiere el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 6.- La privación de la libertad de una persona a propósito de un procedimiento de extradición, debe estudiarse como derecho humano aun y cuando se trate de un procedimiento administrativo y no de uno penal, y en su caso el reo puede quedar sujeto a prisión preventiva. Lo anterior, de acuerdo con los artículos

¹⁰Es el que depende de la voluntad de uno solo de los cónyuges, por lo que no se exige previa causa legal, y se decreta con la pura solicitud.

¹¹Tesis CCXXIX72012, Primera Sala de la SCJN, aprobada el 22 de agosto

¹²Calificar de grave o leve la infracción.

¹³Tesis XV.2º.2 P. Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito.

¹⁴Tesis II.8º (I Región). Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la primera Región.

7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos., etc.

CONCLUSIÓN

Luego de lo mencionado precedentemente, podemos llegar a las siguientes conclusiones respecto al principio pro homine.

El principio Pro Homine integra nuestro ordenamiento jurídico constitucional, cuya vigencia implica la aplicación jurisdiccional de la alternativa protectoria que brinde mayor grado de seguridad al derecho fundamental reconocido, del modo más óptimo. Estos espacios libres, sobre los cuales no existe una regulación legal positiva, pero sí, una pauta valorativa predeterminada por el poder constituyente, son plataformas para la incorporación de nuevos significados que se agregan al significado constitucional de los Derechos Fundamentales.

La pauta normativa de interpretación hermenéutica de la Constitución delimita y condiciona el poder de disposición ético-valorativo en la decisión jurisdiccional al fin de garantizar de la forma más óptima los derechos como derechos verdaderos. El principio Pro Homine -como regla constitucional definida y clara- es el parámetro que debe emplear el intérprete jurisdiccional para operar en ejercicio del poder de disposición ético-valorativo – criterio de doble sujeción a derecho, en el sentido de validez-eficacia.

Por lo que consecuentemente, toda interpretación restrictiva de un derecho de raigambre constitucional es inconstitucional por inaplicación de la disposición Pro Homine. Esta vulneración del ordenamiento jurídico-constitucional puede ser equiparada con la violación de cualquier otra norma de base constitucional estipulada en la parte dogmática, en otras palabras, realizar una interpretación restrictiva es inconstitucional tal como vulnerar el derecho de defensa en juicio.

Manifestando finalmente que la aplicación del principio Pro Homine, como norma de interpretación de los tratados de derechos

humano, es una garantía para la protección y promoción de los derechos protegidos en los instrumentos internacionales, por cuanto es necesario proteger los derechos humanos en todo momento, sobre todo en los estados de excepción por cuanto en ellos la persona se encuentra en mayor grado de peligrosidad.

INCONSTITUCIONALIDAD DEL COSTO DE LO VENDIDO, LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

JOSÉ ALEJANDRO GRANDE SARMIENTO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La transformación jurídico política que vive hoy día nuestro país, así como el mundo entero ha causado, al menos el México, desde mi punto de vista una hiper inflación o producción legislativa que afecta en gran medida la esfera jurídica del gobernado y en el caso particular, del cual versa el presente estudio crítico, afecta de forma negativa al contribuyente, sujeto pasivo de la relación tributaria, pero para no adelantarme expongo por partes las siguientes consideraciones, pero dejo en claro el tema sobre el cual versará la crítica: el Costo de lo Vendido, como deducción autorizada para efectos de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, de las personas morales a la luz de la reforma Constitucional en Materia de derechos Humanos, la propia Ley del Impuesto Sobre la Renta, el Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, la Resolución Miscelánea Fiscal para el ejercicio fiscal 2014 y las Normas de Información Financiera NIF C-4 emitidas por el Consejo Mexicano

para la Investigación y Desarrollo de Normas de Información Financiera (CINIF).

Como consideración previa, es necesario delimitar el marco sobre el cual surge el estudio crítico a esta problemática. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 31, fracción IV establece que “***Son obligaciones de los mexicanos: ... IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.***”, por su parte, la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente, establece los elementos de la contribución a saber:

a) Sujetos¹

1. Personas físicas
2. Personas morales

b) Objeto²

1. Todos los ingresos, cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan, tratándose de Residentes en México.

2. Los ingresos atribuibles a un establecimiento permanente, tratándose de Residente en el extranjero con establecimiento permanente en México.

3. Los ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente en el país, los residentes en el extranjero, o cuando teniéndolo, dichos ingresos no sean atribuibles a éste.

c) Base³

Ingresos Acumulables.

¹Artículo 1o, primer párrafo, Ley del Impuesto Sobre la Renta. Publicada en Diario Oficial de la federación 11 de diciembre de 2013.

²Fraciones I, II y III del artículo 1º. de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Publicada en Diario Oficial de la federación 11 de diciembre de 2013.

³Artículo 9o. segundo párrafo, fracciones I y II de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Publicada en Diario Oficial de la federación 11 de diciembre de 2013.

Menos: Deducciones Autorizadas.

Igual a: Utilidad fiscal.

Menos: Participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas pagada.

Menos: Pedidas fiscales pendientes de aplicar de ejercicios anteriores.

Igual a: Resultado Fiscal

d) Tasa. 30%⁴

e) Momento de causación.⁵

La legislación fiscal vigente establece los siguientes momentos de causación para efectos del impuesto sobre la renta:

1. Enajenación de bienes o prestación de servicios:

- Se expida el comprobante.
- Se envíe o entregue materialmente el bien o servicio.
- Se cobre o sea exigible total o parcialmente el precio o contraprestación.

2. Otorgamiento del uso o goce temporal de bienes:

- Cuando se cobren total o parcialmente las contraprestaciones.
- Cuando las contraprestaciones sean exigibles.
- Se expida el comprobante.

3. Ingresos por arrendamiento financiero:

- Opcional, el precio total pactado.
- Opcional, parte del precio exigible.

⁴Artículo 90, Primer párrafo de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Publicada en Diario Oficial de la federación 11 de diciembre de 2013.

⁵Artículo 17, de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Publicada en Diario Oficial de la federación 11 de diciembre de 2013.

4. Ingresos por deudas no cubiertas por el contribuyente:

- Mes en el que se consume el plazo de prescripción.
- Mes en el que se cumpla el plazo a que se refiere el segundo párrafo de la fracción XV del artículo 27 de la Ley.

f) Época de pago⁶. El impuesto del ejercicio se pagará mediante declaración, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que termine el ejercicio fiscal.

El Código Fiscal de la Federación vigente⁷, establece que **las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares** y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, **son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa.**

Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal.

El mismo Código Fiscal de la Federación⁸ establece que **las contribuciones se causan conforme se realizan las situaciones jurídicas o de hecho, previstas en las leyes fiscales vigentes durante el lapso en que ocurran.**

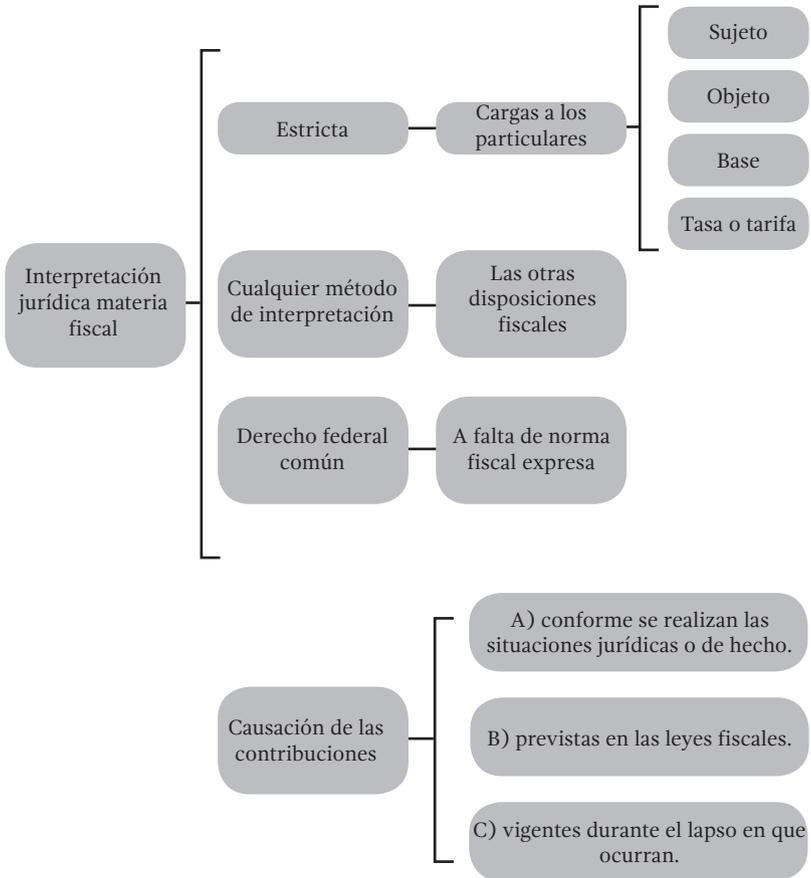
Dichas **contribuciones se determinarán conforme a las disposiciones vigentes en el momento de su causación**, pero les serán aplicables las normas sobre procedimiento que se expidan con posterioridad.

De lo anterior se puede esquematizar lo siguiente:

⁶Artículo 9o, tercer párrafo de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Publicada en Diario Oficial de la federación 11 de diciembre de 2013.

⁷Artículo 5, Código Fiscal de la Federación.

⁸Artículo 6, Código Fiscal de la Federación.



II. COSTO DE LO VENDIDO, LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

La Ley del impuesto sobre la renta señala que el costo de lo vendido⁹ es una de las deducciones autorizadas que la propia ley permite restar de los ingresos acumulables, por lo que para su regulación, el legislador previó establecer en el Título II, Capítulo II, Sección III, una regulación específica por tratarse tal vez de una de las deducciones más grandes en la actividad económica, financiera y fiscal de los contribuyentes sujetos pasivos de la relación tributaria, por lo que reseño brevemente y de forma esquematizada las características de la sección III, del Costo de lo vendido en los siguientes términos:

1.- El **costo de las mercancías que se enajenen**, así como el de las que integren el inventario final del ejercicio, **se determinará conforme al sistema de costeo absorbente** sobre la **base de costos históricos o pre-determinados**. En todo caso, el costo se deducirá en el ejercicio en el que se acumulen los ingresos que se deriven de la enajenación de los bienes de que se trate.¹⁰

2.- Los contribuyentes, podrán optar por cualquiera de los **métodos de valuación de inventarios**¹¹ que se señalan a continuación:

- a) Primeras entradas primeras salidas (PEPS).
- b) Costo identificado.
- c) Costo promedio.
- d) Detallista.

De lo anterior, surge el siguiente cuestionamiento, ya que la Ley del Impuesto Sobre la Renta, es omisa al respecto:

¿Qué es el sistema de Costeo Absorbente?

⁹Artículo 25 Ley del Impuesto Sobre la Renta. Publicada en Diario Oficial de la federación 11 de diciembre de 2013.

¹⁰Artículo 39, Ley del Impuesto Sobre la Renta. Publicada en Diario Oficial de la federación 11 de diciembre de 2013.

¹¹Artículo 41, Ley del Impuesto Sobre la Renta. Publicada en Diario Oficial de la federación 11 de diciembre de 2013.

¿Dónde se establece, en qué ley y cómo se regula el sistema de Costeo Absorbente?

¿Qué es la base de costos históricos y predeterminados?

¿Qué son los métodos de valuación de inventarios?

¿Cómo se hacen, cómo se administran, cómo se regulan, cuáles son las reglas y/o políticas para los métodos de valuación de inventarios?

La ley es omisa para responder a estos cuestionamientos por lo que aquí viene la primer violación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la fracción IV del artículo 31, en su última parte, donde se referencia “...que dispongan las leyes”, ya que tomando en consideración que el costo de lo vendido forma parte de las deducciones autorizadas y éstas últimas a su vez formas parte integrante de uno de los elementos de las contribuciones, la “Base”, tal y como lo indica la propia ley del impuesto sobre la renta en el artículo 25, fracción II, las disposiciones fiscales que las regulan son de aplicación estricta y al ser de aplicación estricta y la Ley ser omisa al regular y/o responder a tales cuestionamientos, luego entonces la Ley resulta violatoria del derecho humano que refiere que las contribuciones deben estar establecidas en ley.

III. COSTO DE LO VENDIDO, REGLAMENTO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Sobre el tema en particular, el ejecutivo federal a través de la facultad reglamentaria establecida en el artículo 89, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, emitió el Reglamento de la ley del Impuesto Sobre la Renta y en los artículos del 69-A al 69-J, reglamentó la sección III del Costo de lo vendido, entre lo cual destaca lo siguiente:

En el artículo 69-A, se refiere que ***para los efectos del artículo 45-A de la Ley***, el sistema de costeo absorbente sobre la base de costos históricos será el que se determine en los términos de ***los artículos***

45-B y 45-C de la citada Ley, de lo que se desprende y se hace notar que el Reglamento de la Ley fue publicado en el Diario oficial de la Federación el 17 de octubre de 2003 y reformado por última vez el 4 de diciembre de 2006, y reglamentaba la anterior ley del Impuesto Sobre la Renta, misma que por disposición del Artículo segundo transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la ley del Impuesto al Valor Agregado; de la Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios; de la Ley Federal de Derechos, se expide la Ley del Impuesto Sobre la Renta, y se abrogan la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única, y la Ley del Impuesto a los Depósitos en Efectivo, publicado en el Diario Oficial de la federación el 11 de diciembre de 2013, fue abrogada, así mismo, en la fracción II del artículo noveno de las Disposiciones Transitorias de la Ley del Impuesto Sobre la Renta se indicó que el Reglamento continuará aplicándose en lo que no se oponga a la Ley del Impuesto sobre la Renta y hasta en tanto se expida un nuevo Reglamento.

De lo anterior se realizan la siguiente precisión, el reglamento de la ley, es omiso para responder a los cuestionamientos antes planteados, por lo que seguimos en la incógnita de conocer, ¿qué es, dónde se establece, cómo se usa, etc? y es sólo eso, un reglamento y no se encuentra sometido a un proceso legislativo de creación de ley, pues fue emitido de forma unilateral en ejercicio de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo, por lo que con esto se tiene la segunda violación al derecho humano contenido en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Federal, que refiere "...que dispongan las leyes", ya que tomando en consideración que el costo de lo vendido forma parte de las deducciones autorizadas y éstas últimas a su vez formas parte integrante de uno de los elementos de las contribuciones, la "Base", tal y como lo indica la propia ley del impuesto sobre la renta en el artículo 25, fracción II, las disposiciones fiscales que las regulan son de aplicación estricta en términos del artículo 5º del Código Fiscal de la federación ya comentado y al ser de aplicación estricta y la Ley ser omisa al regular y/o responder a tales cuestionamientos, luego entonces la Ley

resulta violatoria del derecho humano que refiere que las contribuciones deben estar establecidas en ley, así mismo el reglamento incurre en un error aún mayúsculo al pretender regular y establecer cargas a los contribuyentes referentes a los elementos de las contribuciones.

IV. COSTO DE VENTAS, NIF C-4, INVENTARIOS

Toca el turno analizar ahora lo que las Normas de Información Financiera emitida por el Consejo Mexicano para la Investigación y Desarrollo de Normas de Información Financiera, A.C. (CINIF), en noviembre de 2010¹², donde se adoptaron las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), donde se regula lo referente a el costo de ventas por parte del Consejo mexicano antes citado en los términos siguientes:

- La NIF C-4 regula que los costos de los inventarios debe hacerse sobre la base de alguno de los siguientes métodos de valuación¹³:
 - a) Costo de Adquisición.
 - b) Costo estándar.
 - c) Método detallista.
- La NIF C-4 regula que el costo unitario de los inventarios debe asignarse utilizando alguna de las siguientes formulas¹⁴:
 - a) Costos identificados.
 - b) Costos promedios.
 - c) Primeras entradas primeras salidas.

La Norma de Información Financiera C-4, se emite por la CINIF, una institución privada constituida como Asociación Civil, fun-

¹²Norma de Información Financiera NIF C-4, Consejo Mexicano para la Investigación y Desarrollo de Normas de Información Financiera, A.C. (CINIF), noviembre 2010.

¹³Norma de Información Financiera NIF C-4, Consejo Mexicano para la Investigación y Desarrollo de Normas de Información Financiera, A.C. (CINIF), noviembre 2010. Párrafo 44.8 a 44.8.4.3.

¹⁴Norma de Información Financiera NIF C-4, Consejo Mexicano para la Investigación y Desarrollo de Normas de Información Financiera, A.C. (CINIF), noviembre 2010. Párrafo 46 a 46.3.1.

dada en el año 2001 e inició operaciones en el año 2003, que obtiene recursos por medio de donativos, venta de libros y foros de discusión, por lo que sus disposiciones carecen, desde mi punto de vista de obligatoriedad y coercibilidad para hacer cumplir, y cuyos asociados son los siguientes:

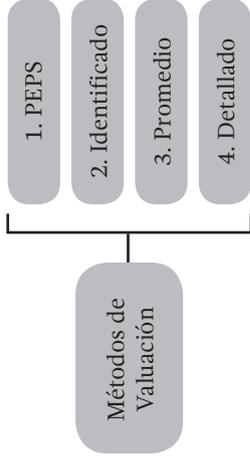


CONCLUSIÓN

Para estar en condiciones de emitir una conclusión, previamente de forma breve se esquematizara lo antes expuesto en un breve resumen:

LEY

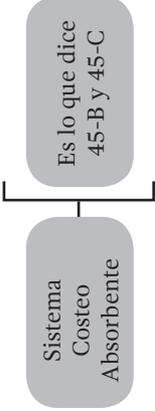
Sistema Costeo Absorbente



La ley omite señalar ¿qué es, cómo se aplica, donde se regula, cómo se usa?

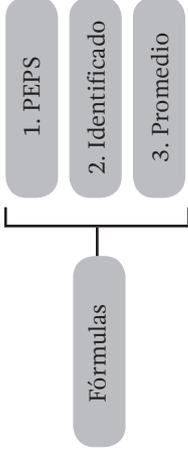
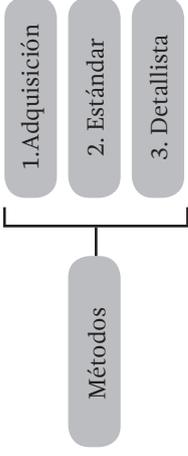
REGLAMENTO

Sistema Costeo Absorbente



El Reglamento contraviene lo dispuesto por la Ley y es omisa a responder a ¿qué es, cómo se aplica, donde se regula, cómo se usa?

NIF C-4



No forma parte del sistema jurídico positivo mexicano.

En función del esquema anterior y considerando el contenido de la reforma constitucional del 11 de junio de 2011 reconocimiento de los derechos humanos, mediante la expresión clara del principio *pro persona*¹⁵ como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas. Así, la ampliación de los derechos que significa la concreción de algunas cláusulas constitucionales, como aquella relativa a los migrantes o a la suspensión de garantías, aunada a la obligación expresa de observar los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano, miran hacia la justiciabilidad y eficacia de los derechos que, a la postre, tiende al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad y al desarrollo de cada persona en lo individual, por lo que aquí tenemos la tercer gran violación a los derechos humanos reconocidos por la Constitución y que flagrantemente viola la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente en 2014, en lo referente a Costo de lo Vendido, ya que si la Ley es omisa al establecer uno de los elementos de la contribución, luego entonces es obligación del Estado mexicano en protección del principio *pro persona* aplicar la disposición legal que más favorezca en todo tiempo a las personas la protección más amplia, y en el caso particular, está demostrado que al menos en el marco jurídico mexicano, no existe en primer lugar una norma que establezca con mediana claridad las condiciones de la tributación y reglas aplicables al costo de lo vendido, por lo que se concluye lo siguiente:

1.La Ley del Impuesto Sobre la renta resulta ilegal al violar flagrantemente la fracción IV del artículo 31 Constitucional.

2.La Ley y el reglamento de la Ley violan el perjuicio de los contribuyentes, sujetos pasivos de la relación tributaria, los derechos humanos consagrados en el artículo 1, 16, 31 y 25, ya que con sus contenidos para nada protegen a las empresas.

3.Al ser una deducción autorizada, el costo de lo vendido, es un elemento de la contribución, por lo que para su regulación, y pos-

¹⁵Artículo 1o Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

terior trascendencia a la esfera jurídica del gobernado, debe cumplir y respetar las máximas constitucionales, situación que en la especie no acontece.

Los escenarios que habrá de generar este nuevo paradigma apenas se vislumbran, por lo cual deberemos estar atentos al proceso de refinamiento jurídico-jurisprudencial que habrá de generarse al respecto por la vía de las resoluciones jurisdiccionales, sobre todo si se toma en cuenta el paradigma o modelo de pensamiento que propaló el otrora Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, don Genaro David Góngora Pimentel cuando afirmó que: “la Constitución y la ley no dicen lo que dicen, sino lo que la suprema corte dice que dicen”.

REFERENCIAS

Consejo Mexicano de Normas de Información Financiera. <http://www.cinif.org.mx/index.php>

Código Fiscal de la Federación. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_07jul14.pdf

Ley del Impuesto Sobre la Renta. Publicada en Diario Oficial de la federación 11 de diciembre de 2013.

Norma de Información Financiera NIF C-4, Consejo Mexicano para la Investigación y Desarrollo de Normas de Información Financiera, A.C. (CINIF), noviembre 2010.

Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

EL PRINCIPIO *PRO HOMINE*

GUILLERMO UBALDO RAMÍREZ

Hablar del *principio pro homine*, implica hablar de la interpretación jurídica, la cual siempre debe buscar el mayor beneficio para la persona, es decir, que se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos.

Por otra parte dicho principio, se puede ubicar en la categoría de los derechos humanos, ya que estos son prerrogativas que se han otorgado a todo sujeto que tenga la condición de ser humano, a fin de que se desarrolle plenamente en sociedad.

Así mismo este principio, se encuentra incorporado en múltiples tratados internacionales, por lo que se le considera un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor de la persona e implica que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva.

Una de las formas que el *principio pro homine*, tiene para su aplicación, es en los casos en los cuales está en juego la aplicación de varias normas relativas a derechos humanos, en donde se debe aplicar aquella que contenga protecciones más favorables para el individuo.

Así mismo, cuando se trate de la aplicación de una norma, en la que se debe siempre de interpretar en la forma que mejor tutele a la persona.

En base a lo anterior se puede tomar en cuenta la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que se dio en nuestro país y que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011.

El principal cambio que se dio con la reforma, es el siguiente: La denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución cambia, dejando atrás el concepto de “*garantías individuales*”, para denominarse “*De los derechos humanos y sus garantías*”.

Ahora bien si analizamos cada uno de los párrafos que integran el artículo 1o., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se puede observar que en el primer párrafo se desprende que la constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, se ponen o ubican en el mismo nivel, situación que deja de lado la estructura piramidal de Kelse.

Por lo que respecta al segundo párrafo del artículo en mención, es aquí donde encuentra su fundamento el *principio pro homine*, ya que como se ha comentado en líneas anteriores la finalidad de dicho principio es que se dé una interpretación de la norma favoreciendo la protección más amplia para las personas, situación que se ve contenida en dicho párrafo.

Así mismo, con la reforma se estableció en el tercer párrafo, que 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.

Por su parte el cuarto párrafo del artículo que se está analizando, nos establece la prohibición de la esclavitud dentro del territorio nacional.

Por último el quinto párrafo del artículo 1º nos establece la prohibición de la discriminación en todos los aspectos que menoscaben los derechos y libertades de las personas.

Ahora bien, la reforma que se dio en materia de derechos humanos, en junio de 2011 se complementa con lo establecido en el artículo 133 constitucional, el cual establece que: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados por el Presidente de la República, serán la Ley Suprema.....”.

En base a lo establecido con anterioridad se podría decir que los derechos humanos interesan hoy no sólo en el plano constitucional del país sino también en el plano del derecho internacional, ya que su protección, ha quedado prevista tanto en el ordenamiento constitucional como en el orden jurídico internacional.

Por otra parte es importante establecer que México forma parte de 208 Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, los cuales se clasifican de la manera siguiente:¹

I. De carácter general

1. Carta de la Organización de los Estados de América, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1949.
2. Carta de las Naciones Unidas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de octubre de 1946.
3. Convención Americana sobre Derecho Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.
4. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de septiembre de 1998.

¹<http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucioen/T1.html>

5. Convención de Viena sobre el Derecho de los Trabajadores, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975.
6. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de agosto de 2000.
7. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de octubre de 1946.
8. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981, con una fe de erratas el 22 de junio de 1981.
9. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de mayo de 2002.
10. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a Abolir la Pena de Muerte, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de octubre de 2007.
11. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981.

Ii. Asilo

12. Convención sobre Asilo Diplomático, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de abril de 1957.
13. Convención sobre Asilo Político, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de abril de 1936.
14. Convención sobre Asilo Territorial, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de mayo de 1981.
15. Convención sobre Asilo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de marzo de 1939.

iii. Derecho Internacional Humano

16. Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de julio de 1987.
17. Convención sobre Deberes y Derechos de los Estados en Caso de Luchas Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de marzo de 1929.
18. Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de abril de 2002.
19. Convenio I de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de junio de 1953.
20. Convenio II de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de junio de 1953.
21. Convenio III de Ginebra relativo al Trato de los Prisioneros de Guerra, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de junio de 1953.
22. Convenio IV de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de junio de 1953.
23. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la aprobación de un Signo Distintivo Adicional, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 2009.
24. Segundo Protocolo de la Convención de la Haya de 1954 sobre la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de abril de 2004.

IV. Desaparición forzada

25. Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de mayo de 2002.
26. Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 2011.

V. Personas con discapacidad

27. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de marzo de 2001.
28. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de mayo de 2008.
29. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de mayo de 2008.

VI. Discriminación racial

30. Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de septiembre de 1987.
31. Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 1975.
32. Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de abril de 1980.

33. Declaración para el Reconocimiento de la Competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial establecida en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de mayo de 2002.

VII. Educación y cultura

34. Convención sobre la Orientación Pacífica de la Enseñanza, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de junio de 1938.
35. Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 2007.

VIII. Esclavitud

36. Convención Relativa a la Esclavitud, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de septiembre de 1935.
37. Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de junio de 1960.
38. Protocolo para modificar la Convención relativa a la Esclavitud, firmada en Ginebra Suiza, el 25 de septiembre de 1926, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 1955.

IX. Extradición

39. Convención de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de Bélgica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de agosto de 1939.

40. Convención sobre Extradición, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de abril de 1936.
41. Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Belice, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de febrero de 1990.
42. Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Canadá, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1991.
43. Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República del Salvador, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 1998.
44. Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Francesa, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de marzo de 1995.
45. Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Guatemala, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2005.
46. Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de la India, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 2009.
47. Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Venezuela, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de noviembre de 2005.
48. Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República del Ecuador, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de junio de 2007.
49. Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados

Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Helénica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 2005.

50. Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de abril de 2005.....

X. Genocidio. Contempla un Tratado Internacional.

XI. Medio ambiente. Se encuentran treinta y un Tratados Internacionales.

XII. Menores. Se ubican diez Tratados Internacionales.

XIII. Migración y nacionalidad. Contempla tres Tratados Internacionales.

XIV. Minorías y pueblos indígenas. Establece dos Tratados Internacionales.

XV. Mujeres. Contempla trece Tratados Internacionales.

XVI. Penal Internacional. Se ubican cinco Tratados Internacionales.

XVII. Propiedad intelectual. Se encuentran veintiséis Tratados Internacionales.

XVIII. Refugiados. Contempla dos Tratados Internacionales.

XIX. Salud. Se encuentran tres Tratados Internacionales.

XX. Torotura. Se ubican cinco Tratados Internacionales.

XXI. Trabajo. Contempla treinta y un Tratados Internacionales.

Como se puede ver en la clasificación anterior se contemplan los 208 Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos de los que México forma parte, de los que solo se realizó la transcripción de los primeros 50 (cincuenta), ya que dicho tratados abarcan todos

los aspectos, es decir van desde aspectos generales, culturales, educativos, menores, mujeres, etcétera.

Como conclusión podemos decir que el *principio pro homine* debe entenderse como la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana en el que se establece un orden de preferencia normativo e interpretativo.

Así mismo se debe acudir a la norma o la interpretación más amplia e inversamente, a la norma más restringida cuando se trata de establecer de manera permanente el ejercicio de los derechos.

Por otra parte algo que es importante establecer es que con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que se dio en nuestro país y que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, es de notarse que dicha reforma no solo tuvo como objetivo primordial la materia de derechos humanos, sino que también las demás materias que conllevan a los derechos humanos como son: la materia penal, civil, comercial, laboral, entre otras.

Es importante comentar que esta reforma de la que se ha hablado durante el desarrollo del presente trabajo, ha causado un gran impacto en toda la legislación mexicana, ya que ubica en el mismo rango de jerarquía a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a todos los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos de los que México forma parte.

Por último esta reforma en materia de derechos humanos donde se da una gran relevancia al *principio pro homine*, ha hecho que hoy por hoy en nuestro país los legisladores o juristas pongan más atención a la aplicación de las normas jurídicas, para que con ello se dé un mejor beneficio en la protección de los derechos humanos a todos los ciudadanos.

Por lo que esta reforma ha sido un gran aporte a la ciencia jurídica de nuestro país, estableciendo un avance mínimo a dicha ciencia.

CONSTITUCIONALISMO O LEGALISMO, DERECHOS HUMANOS O ARBITRARIEDAD. LOS DESAFÍOS DEL MÉXICO CONTEMPORÁNEO

ELIGIO VALDENEGRO GAMBOA

INTRODUCCIÓN

El bicentenario de la Constitución de Apatzingan¹ es el origen de esta idea, pero no el tema central a desarrollar. Somos un País que desde su nacimiento ha tratado de darse un orden interno y un lugar en el orbe.

Nuestro País es reconocido internacionalmente por su gran cultura, generosidad, por sus esfuerzos para figurar en el marco de las potencias mundiales y la capacidad de sus hombres y mujeres. Desde su nacimiento como país independiente, los intereses extranjeros se hicieron sentir para aprovechar sus riquezas: España trató de reconquistar el territorio, Francia, Inglaterra y principalmente Estados Unidos se aprovecharon de la debilidad de México para invadirlo.

Los peligros que enfrenta el México de hoy ya no es la ocupación armada de las grandes potencias extranjeras, los peligros vienen

¹24 de octubre de 1814.

del interior: la delincuencia organizada y la corrupción generalizada de los tres niveles de gobierno y con origen en todas las fuerzas políticas. El resultado es catastrófico: hay regiones del país en las cuales pese al temor por la violencia del crimen organizado han levantado la voz y protestado con marchas, en otras se han creado fuerzas paramilitares –como ocurrió en Michoacán y los grupos de autodefensas–, el desencanto por la llamada alternancia política es notorio, ha sido insuficiente que el poder político cambie de un partido a otro, cuando la forma de gobernar no ha cambiado e incluso la oposición utiliza a miembros de otros partidos para derrotarlos.

Este panorama desalentador es el de un México que no quiero para mis hijos. Añoro la tranquilidad de mi niñez y la deseo para mis descendientes; no es que la delincuencia y la corrupción no existieran, solo que la violencia no llegaba a los niveles actuales. Si desde nuestro nacimiento como País, han existido instituciones y un Pacto Político, si nos dotamos de Constitución y ésta ha incorporado los derechos humanos, entonces porqué recurrentemente vemos manchas en nuestra historia como Tlatelolco, el “halconazo”, Tula y el “Negro” Durazo, Acteal, Aguas Blancas, Tlatlaya y los normalistas de Ayotzinapa. ¿Cuál es el camino que deben seguir México y sus gobernantes?

LEGALISMO VERSUS CONSTITUCIONALISMO

Sostendré la tesis que el respeto a los principios constitucionales y a los derechos humanos es el fundamento de un Estado Constitucional, que no es sólo un sistema de análisis del Derecho o de Teoría del Derecho.

Cuando escuchamos o leemos las frases “Estado de Derecho”, “Estado Constitucional”, “Estado Social y Democrático de Derecho”², entramos al terreno de la filosofía política y del derecho constitucional,

²Sobre el particular véase el trabajo del maestro Sergio García Ramírez: Estado Democrático y Social de Derecho. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Biblioteca Jurídica Virtual. www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/98/art/art4.htm

que pretenden construir un imaginario ideal sobre el funcionamiento del Estado: un gobierno en el que se respete el derecho, entendido como estado de leyes³; el régimen político que tiene como sustento el respeto del marco constitucional, los derechos contenidos en la Carta Magna y el ámbito orgánico de cada institución⁴; y, finalmente, un régimen político basado en los ideales de un sistema de vida de respeto a los principios básicos de la organización social y el desarrollo integral de sus miembros, respetando las reglas del juego establecidas en la Constitución⁵.

El significado que se atribuya en la teoría a los diversos modelos de Estado, poco importa al ciudadano común. En la realidad diaria, quien no se ocupa del estudio de conceptos políticos y jurídicos, sólo pretende vivir en paz y prosperidad, en igualdad de oportunidades y que se respeten los derechos que le corresponden. No es un sueño, es el mínimo vital para vivir con dignidad.

³⁴Uno de los modos exitosos de definir el EDL (Estado de Derecho Legal) era precisamente a partir de la ley, en cuanto el Poder Legislativo era el encargado de ‘hacerla’, el Poder Ejecutivo de ‘ejecutarla’ sin alterar su espíritu y el Poder Judicial ‘aplicarla’. Sin duda que en esa caracterización quedaba reconocida la prevalencia del Poder Legislativo en tanto los otros funcionaban de una manera subordinada o subsidiaria, y así el trabajo a cumplir por los dos otros poderes del estado venía después de la ley pero respetándola y aportando su eficacia”. LUIS VIGO, Rodolfo. *Constitucionalización y Judicialización del Derecho*. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional. Editorial Porrúa-Universidad Panamericana. México, 2013. Página 4.

⁴⁴...el Derecho resulta <<impregnado>>, <<saturado>> o <<embebido>> por la Constitución: un Derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto gradual: un Derecho puede ser más o menos constitucionalizado. Siguiendo a Guastini, las principales condiciones de constitucionalización son: la existencia de la Constitución (que no es un conjunto de normas <<programáticas>>, sino <<preceptivas>>); la <<sobreinterpretación>> de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); la aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares; la interpretación adecuada de las leyes.” COMANDUCCI, Paolo. *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica*. Ensayos de Teoría Analítica del Derecho. Ara Editores. Perú, 2010. Página 80.

⁵⁴La Carta Magna de México no es únicamente el corpus normativo inserto dentro de un sistema jurídico estructurado y jerarquizado; es, además, el espacio donde se condensan la historia, el presente y proyecto de un país para el porvenir”. URIBE ARZATE, Enrique. *El sistema de justicia constitucional en México*. UNAM-Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados. México, 2006. Página 16.

La democracia mexicana se ha basado –predominantemente– en el sistema de partidos políticos, así lo consagra el artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello lleva a que el ciudadano ejerza su derecho democrático al voto por esta vía y deje en manos de los “profesionales” de la política el ejercicio del poder público.

Sin embargo, Estado de Derecho y Estado Constitucional Democrático son concepciones diferentes. El primero corresponde a un modelo en el que prevalecía la obediencia ciega a la ley (con minúscula, por equipararla a la norma vigente), en el cual los jueces y funcionarios encargados de aplicarla se conducían como “autómatas”, en el que importaba la validez formal del sistema jurídico, sin importar su contenido, es decir, se trata de la época del positivismo, “...que tiene una fecha conocida de nacimiento que viene a coincidir con un modelo de organización jurídica y política bastante preciso, que es el modelo postrevolucionario del Estado de Derecho basado en un concepto fuerte de soberanía, en la separación de poderes, en la codificación y el imperio de la ley, en la figura del juez ‘autómata’”⁶.

Esta concepción del modelo jurídico y de la propia teoría política prevaleció durante el Siglo XIX y principios del Siglo XX. Por ejemplo, el primer documento de corte constitucional propio de México, es un claro ejemplo del modelo Legalista o Estado de Derecho.

El artículo 11 de la Constitución de Apatzingan, estableció: *“Tres son las atribuciones de la soberanía: la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar, y la facultad de aplicarlas á los casos particulares”*. El capítulo IV, intitulado “La Ley”, contenía seis artículos (18 a 23), que son el típico ejemplo del llamado derecho decimonónico. La obediencia a la ley, como culto de civilismo y ciudadanía, *“es un sacrificio de la inteligencia particular á la voluntad general”*. Si esta disposición se imponía al gobernado, al “Supremo Gobierno” se le prohibía

⁶PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y positivismo. Editorial Fontamara. México, 2011. Cuarta edición. Página 8.

dispensar el cumplimiento de la ley argumentando igualdad o interpretarla en caso dudoso.

Lo que podemos conceptualizar como Legalismo o Estado de Derecho, se refleja en los artículos 27 y 28:

Art. 27. La seguridad de los ciudadanos consiste en la garantía social: esta no puede existir sin que fije la ley los límites de los poderes y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Art. 28. Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley.

En los citados artículos se observa a plenitud el pensamiento legalista: tanto el gobierno, como los ciudadanos, debían sujetarse a la Ley, a las normas que expidieran los órganos legitimados por el Estatuto, sin cuestionar su legalidad, porque la “inteligencia particular” debía sacrificarse en aras del bienestar general o bien común.

Hoy, muchos de los sujetos que ejercen el poder público siguen considerando como vigente el culto a la ley, más que el respeto a los principios consagrados en la Constitución.

A partir del término de la Segunda Guerra Mundial, los juristas empiezan a cuestionarse el fundamento positivista de la Teoría del Derecho y de la misma Teoría Política. “Después de los juicios de Nuremberg en 1946, tenemos una nueva experiencia concreta que confirma la distinción entre ‘derecho’ y ‘ley’ que con originalidad consagra la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949. En efecto, nos referimos a las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán en casos donde se sancionó penalmente a diversos funcionarios y autoridades de la extinta República Democrática Alemana (Deutsche Demokratische Republik) cuya conducta ‘ilícita’ había consistido en cumplir la ley vigente y válida. Es que frente a esa visión iuspositivista de la validez, aquel prestigioso tribunal invocó la fórmula de Radbruch y, en consecuencia, concluyó en que esas normas cuestionadas en su juridicidad eran inexistentes o inválidas *ab initio* dada

su injusticia o la inmoralidad ‘extrema’ en la que habían incurrido.”⁷

El llamado Constitucionalismo tradicional pone en la cúspide del sistema a la Constitución y a su intérprete: el Poder Judicial. Confiere a los principios y valores incorporados en la constitución el carácter de normas jurídicas. Esto requiere que en el diseño constitucional se incorporen instituciones para el control de la constitucionalidad de las normas secundarias y de los actos de gobierno. México a partir de la gran reforma judicial publicada en el diario oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994, que transformó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un Tribunal Constitucional, al incorporar las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, como mecanismos de control constitucional, ha experimentado una profunda transformación, cuyo cenit puede ubicarse en la no menor reforma constitucional de junio de 2011, en materia de derechos humanos y al juicio de amparo.

Sin embargo, mientras México se encuentra experimentando el periodo de Constitucionalismo, en otras regiones se habla de un nuevo Constitucionalismo, con énfasis en que el concepto de soberanía se ha desquebrajado con la integración Europea y los grandes tratados en derechos humanos, que considera a las personas ya no como ciudadanos de un país, sino del orbe y por tanto se encuentran amparados por instrumentos jurídicos que lo tutelan a nivel mundial. Esto es lo que Luigi Ferrajoli denomina “Constitucionalismo Global”: “La idea de ciudadanía como presupuesto de los derechos se desmoronó al mismo tiempo; al menos, en el nivel jurídico. Esta idea resultaba contradictoria con el universalismo de los derechos tanto en el derecho interno como en el internacional. Si la subjetividad legal consiste en ser portador de derechos, y la ciudadanía implica que sólo pueden ejercerse derechos a través de la pertenencia a una determinada comunidad política, en el nuevo paradigma todo ser humano es de por sí sujeto del derecho internacional y, por lo tanto, es ciudadano no sólo

⁷Luis Vigo, Rodolfo. *Op. Cit.* Páginas 24-25.

de un Estado determinado, sino también de las comunidades internacionales, sean estas regionales como la Unión Europea, o de carácter global, como Naciones Unidas”⁸.

LOS DERECHOS HUMANOS, EL NUEVO MODELO GARANTISTA DE MÉXICO

El constitucionalismo moderno, está ligado íntimamente al desarrollo de los derechos humanos y al control constitucional. La segunda mitad del siglo XX es el punto álgido de su desarrollo. Se generó la conciencia de la protección de la dignidad de las personas, para que nunca más sucedieran los hechos de exterminio racial de la Segunda Guerra Mundial.

La Declaración Universal de Derechos Humanos está sustentada -al igual que la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789- en el olvido de la dignidad humana, el menosprecio a la vida y la conversión de personas a cosas que realizaron regímenes políticos arbitrarios. El Nazismo pretendió justificarse en un sistema jurídico creado ex profeso para justificar sus actos. La respuesta internacional consistió en proteger a nivel internacional los derechos esenciales para que todo ser humano pueda desarrollar sus potencialidades.

En nuestro País, el tránsito a un régimen de corte constitucional ha sido lento, pese a que prácticamente ha suscrito todos los tratados de Derechos Humanos que existen en el sistema ONU, OEA y ante la OIT, el tema no era de estudio primordial. Hasta la reforma de 10 de junio de 2011, nuestra Constitución seguía designando como “garantías individuales” a los derechos fundamentales.

Es innegable que los veredictos de la Corte Interamericana de

⁸Ferrajoli, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un Constitucionalismo Global. En *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*. CARBONELL, Miguel (coordinador). Editorial Porrúa-UNAM. México, 2012. Quinta edición. Página 402.

Derechos Humanos en los casos Castañeda Gutman, Radilla Pacheco y subsecuentes, constituyeron una fuerte sacudida al Gobierno, porque ponen de manifiesto que en México la violación de Derechos Humanos es más común y frecuente de lo que internacionalmente se quiere reconocer⁹. Los hechos que mencioné en la introducción, son el registro de apenas los más conocidos, pero diariamente existen si-

⁹Época: Décima Época. Registro: 2003847. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 1. Materia: Constitucional, Común. Tesis: 1a. CXCVI/2013 (10a.). Página: 602. DERECHOS HUMANOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos los Estados, históricamente, son los principales responsables de velar por que los derechos humanos de los ciudadanos sujetos a su soberanía sean respetados cabalmente en su espacio territorial, de donde se infiere la fórmula tradicional de que el ámbito internacional de protección tiene solamente una función "complementaria". Esto es, la efectividad de un convenio internacional radica en que los propios Estados parte actúen de buena fe y que, voluntariamente, acepten cumplir los compromisos adquiridos frente a la comunidad internacional, en el caso concreto, los relativos a la protección y/o defensa de los derechos humanos de sus gobernados. Esta afirmación se conoce con el aforismo *pacta sunt servanda* -locución latina que se traduce como "lo pactado obliga"-, que expresa que toda convención debe cumplirse fielmente por las partes de acuerdo con lo estipulado y en términos del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ahora bien, de la interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el numeral 4o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados, se advierte que tanto la Constitución como los referidos tratados internacionales son normas de la unidad del Estado Federal cuya observancia es obligatoria para todas las autoridades, por lo que resulta lógico y jurídico que dichos instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por nuestro país, con énfasis prioritario para aquellos vinculados con derechos humanos, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), sean de observancia obligatoria para todas las autoridades del país, previamente a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011. Sobre el particular, destaca que la razón por la cual se modificó nuestro marco constitucional en junio de 2011, no fue para tornar "exigibles" a cargo de nuestras autoridades estatales la observancia de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, toda vez que, se reitera, dicha obligación ya se encontraba expresamente prevista tanto a nivel constitucional (artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), como a nivel jurisprudencial; así, como esta Primera Sala ha sustentado en diversos precedentes, dicha reforma, entre otros objetivos, tuvo la inherente finalidad de fortalecer el compromiso del Estado mexicano respecto a la observancia, respeto, promoción y prevención en materia de derechos humanos, así como de ampliar y facilitar su justiciabilidad en cada caso concreto, a través del denominado sistema de control convencional.

Amparo directo en revisión 3664/2012. 13 de marzo de 2013. Mayoría de tres votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: José Díaz de León Cruz.

tuaciones que en menor escala impactan en los derechos humanos de los mexicanos.

Las reformas de junio de 2011 (en materia de amparo y derechos humanos), constituyen un marco constitucional distinto para todo el sistema jurídico nacional. Este cambio se había iniciado jurisprudencialmente con posterioridad a la gran reforma al sistema judicial de 1994 –al menos eso he sustentado en diversas charlas-, la Suprema Corte había asumido la función de máximo garante de los derechos fundamentales vía el juicio de amparo, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, aunque quedó a deber al asumir la facultad de investigación de violaciones graves a los derechos humanos. El Ministro Presidente Juan Silva Meza ha dicho con acierto: “Por fortuna, la atención a las resoluciones de condena al Estado Mexicano, entre las que se encuentra Radilla, se conjugaron con un tiempo fértil de creación legislativa en México”¹⁰.

Es, en efecto, la condena internacional al gobierno mexicano, lo que provoca el nuevo paradigma. No es una concesión graciosa, fue arrancada a la fuerza producto del trabajo de los organismos no gubernamentales de defensa de derechos humanos que lograron llevar a México al procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La pregunta es: ¿La reforma en derechos humanos de 2011 es la solución a los problemas de violaciones recurrentes y sistemáticas de derechos humanos en México?

La respuesta es un no rotundo, que debe ser matizado con un pero, porque es uno de los instrumentos que definitivamente llevarán al cambio social. Los derechos humanos se constituyen en un valladar para las actuaciones de los funcionarios públicos, al ser el límite de sus atribuciones, el espacio que no puede ingresar el Estado sin que se justifique a través de las salvedades que la propia constitución ha esta-

¹⁰Prólogo a la obra *Los Derechos Humanos en México, análisis y comentarios a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011*. ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto. Editorial Porrúa. México 2013. Página X.

blecido. A su vez, para el poder reformador, constituye un coto vedado, parafraseando al filósofo argentino Ernesto Garzón Valdés, porque bajo el principio de progresividad no pueden derogarse o suprimirse, al contrario, sirven de base para el reconocimiento de mayores prerrogativas basadas en la dignidad humana.

Esta reforma constituye la posibilidad de generar una cultura diferente sobre el respeto a los valores supremos que encarnan los derechos humanos. Hoy tenemos una sociedad que vive en el escepticismo. Ello se debe a la pérdida de confianza en las instituciones públicas, especialmente en la clase política y hasta en el Poder Judicial. Confío que en los próximos años se revierta esa perspectiva. Los graves problemas de violencia que enfrentamos, parece justificar el clamor popular y esa desconfianza, recordemos el grito del señor Alejandro Martí: “si no pueden renuncien”.

Eso será posible si los órganos del Estado en principio logran objetivos básicos: 1) modificar el esquema de distribución de las riquezas; 2) frenar la corrupción y sancionar a los funcionarios que se han enriquecido a costa del erario; 3) consolidar a la constitución como lo que debe ser -el marco supremo de la actuación de los servidores públicos- y responsabilizarlos por los actos anómalos; 4) elevar la calidad de la educación; 5) fortalecer la cultura de los derechos humanos y las garantías de tutela que incorpora el orden constitucional; y, 6) concluir el cambio de modelo de enjuiciamiento penal.

En este sentido, vale la afirmación de Perfecto Andrés Ibáñez: “En definitiva, el Estado constitucional de derecho traduce la apuesta fuerte por un <<gobierno de las leyes>>, con vocación de efectividad. Por eso se dota de una Constitución normativa; sujeta todos los poderes a la legalidad; sitúa a los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas. Tal es la representada por una independencia judicial reforzada, *erga omnes*”¹¹.

¹¹*Justicia penal, derechos y garantías*. Editorial Palestra-Temis. Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Lima-Bogotá, 2007. Página 95.

Así, los derechos humanos son más que un discurso político y discusión de académicos, es la apuesta por transformar una sociedad que ha erosionado los valores familiares y sociales, que desconfía de aquellos cuya finalidad es el ejercicio de la función pública dentro del marco constitucional, para lograr el bienestar común y potencializar el proyecto de vida de cada uno de los habitantes del territorio nacional.

Estamos en un periodo de vida institucional en el que los llamados derechos de primera generación (vida, libertad, propiedad), no son suficientemente protegidos, porque los índices de violencia producto de la delincuencia y del Estado, no garantizan su ejercicio, al contrario, el riesgo de perder la vida en un enfrentamiento es alto, la libertad de expresión reprimida por los propios aparatos del poder que deberían garantizarlos y nuestro derecho a la propiedad en peligro por los robos y fraudes que están a la orden del día. De los derechos de segunda, tercera y –si los hay- de cuarta generación mejor ni hablar.

Hoy, 7 de noviembre de 2014, al terminar estas líneas, leía en los periódicos que el Ministro Presidente dijo “parece que el monopolio de la fuerza se resquebraja ante la delincuencia y la inseguridad”¹², además de hacer una arenga general para regresar a las instituciones a la normalidad. Discreparé de esta posición: el Estado nunca ha tenido el monopolio de la fuerza, porque todos los grupos de poder la comparten -inclusive el más vil asaltante la utiliza, aunque sea ilegal, su fundamento y grado de coerción sea distinto-, lo que me parece grave es que el Estado no asumió oportunamente las funciones que le competen, se unió a los grupos de delincuencia y no existe respeto a los derechos humanos, ni compromiso para superar la cultura de violación sistemática que se ha generalizado. Sin derechos humanos y respeto al marco constitucional estamos al borde de un estado fallido.

¹²La síntesis informativa del Consejo de la Judicatura Federal cita como fuente: “Excelsior, Fernando Pérez Corona, p. 28, Primera-Nacional”.

CONCLUSIONES

México enfrenta nuevos retos, con nuevas herramientas jurídicas, pero el reto sigue siendo el mismo, reconducir la actuación institucional y de la sociedad al marco constitucional, sólo así podremos recuperar la paz perdida. El paradigma de los derechos humanos no es un discurso, es un instrumento de cambio en la cultura y en la realidad, sólo si los operadores del sistema pueden actuar dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Nuestro País llegó tarde al llamado Constitucionalismo, porque la transformación del modelo se inició después de la reforma judicial de 1994, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación asume con mayor vigor el control de la constitucionalidad de los actos de gobierno, pero ha sido insuficiente, como lo demuestran las condenas al Estado Mexicano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto nos ubica en el ámbito del llamado “Constitucionalismo Global”, los órganos internacionales tuvieron que advertir el estado de violación sistemática de los derechos humanos y exigir que se fortaleciera su observancia y las garantías para su protección.

La arbitrariedad y la violencia no tienen cabida en una nación como la nuestra. Los funcionarios deben saber que su actuación irregular será sancionada si no actúan en el marco de la constitución, si afectan los derechos humanos y si dilapidan los recursos públicos o se apropian de ellos.

No más pactos! Se requiere el respeto a la constitución, el sometimiento de todos a los principios y valores supremos que contienen las normas de mayor jerarquía y los tratados internacionales en la materia. Quienes están o estamos en el ejercicio del poder, debemos ser los primeros comprometidos con el respeto a los derechos humanos y sólo predicando con el ejemplo lograremos un cambio en la percepción del ciudadano.

LA IGUALDAD Y EQUIDAD DE GÉNERO

VÍCTOR MANUEL LÓPEZ HUERTA

I. EQUIDAD DE GÉNERO: DEL DISCURSO A LA PRÁCTICA DEL DESARROLLO

La equidad y la igualdad de género son nociones centrales en las discusiones acerca de la justicia de género, la justicia social, la ciudadanía, los derechos humanos y la planificación e intervención para el desarrollo con perspectiva de género. Sin embargo, no siempre es explícito a qué refieren y por ende, cuáles son sus implicancias teóricas y prácticas.

En ocasiones, se distingue entre éstas nociones, en otras, se emplean como sinónimos y también se usan sin especificar su significado. Sus acepciones son diversas, dado que responden a desarrollos y construcciones históricas, a discusiones con énfasis, orientaciones, argumentos filosóficos, científicos variados, que provienen de campos disciplinarios como la teoría del género, la teoría feminista, la filosofía política, la planificación del desarrollo, entre otras.

Su paulatina incorporación a la agenda pública ha sido producto de demandas sociales llevadas a cabo por los movimientos de mujeres

en los últimos veinte años; del tipo y calidad del conocimiento que se ha elaborado sobre las relaciones de género; de la construcción de un consenso a nivel internacional sobre la necesidad de incorporar el género en la planificación así como las acciones de desarrollo. Por lo tanto, ha sido un campo de pugna entre diversos intereses, concepciones de mundo y valores, lo cual ha aportado complejidad además de ritmos diversos al proceso, incidiendo en la mayor o menor consideración de los conceptos de equidad e igualdad.

Además, la inclusión y abordaje de la igualdad y/o la equidad de género ha estado enmarcada, condicionada por la evolución de las tendencias globales, regionales respecto al paradigma de desarrollo económico-social, por el papel y el aporte femenino a dicho desarrollo, con los avances en materia de derechos de las mujeres, también el propio concepto de género y, por supuesto, por el proyecto político de cada país. Esto en atención a que los Estados, agencias y políticas de desarrollo no son neutrales, sino que, en tanto instituciones reflejan y reproducen valores, normas, sesgos vigentes en las sociedades en las que están inmersas, incluyendo las percepciones acerca de lo femenino y lo masculino.

Estos debates se inician a mediados de los años 60 en el ámbito del feminismo académico y político con la discusión sobre la diferencia/igualdad de hombres y mujeres. La idea de la “igualdad de derechos de hombres y mujeres” surge en el contexto de las sociedades liberales, pero luego, fueron ganando terreno los planteamientos que valoran la “diferencia entre hombres y mujeres”, en el sentido de destacar y afirmar la especificidad de lo femenino. A partir de los años 70, en el ámbito de las acciones de desarrollo, se comienza con el trabajo de lo que se llamó el “adelanto de las mujeres”, utilizando principalmente los conceptos de igualdad entre hombres y mujeres e igualdad entre los sexos. El énfasis se colocó en que hombres y mujeres fueran tratados de igual manera, tuvieran los mismos derechos aunado a las mismas oportunidades. Al introducirse el concepto de género, en torno a los años 80, se considera el reconocimiento de las diferencias

entre hombres y mujeres, pero también las diferencias entre mujeres, y entre hombres, visualizando la imbricación de las diferencias de género con otro tipo de diferencias, como las de clase social, raza, etnia, religión, generación, ubicación en el orden mundial, etc. A su vez, se reconoce la naturaleza cultural de las diferencias de género y de las demás formas de diferenciación. Desde los años 90 en adelante, coexisten diversos discursos con énfasis distintos.

Hay quienes privilegian la noción de igualdad, otros la de diferencia y los hay que integran ambas, en una noción ampliada de la equidad de género.

Los debates sobre Igualdad, Equidad y Diferencia: el género en el marco de la justicia de género, el multiculturalismo y los antiesencialismos.

El debate en torno a la justicia de género, es decir, el respeto y valoración de la dignidad de mujeres y hombres, tiene como elementos centrales un conjunto de conceptos como son equidad, igualdad y diferencia. A través del tiempo se han conceptualizado de modos diversos, tanto en la discusión teórica como en el movimiento feminista. Se inician a fines de los 60 y llegan hasta los años 90. En éstos debates destacan tres fases en la manera de comprender 'la diferencia': 1) la diferencia de género, 2) la diferencia entre mujeres y 3) múltiples diferencias que se intersectan. El foco de atención varía en cada caso así también, la connotación que adquiere la conceptualización de la igualdad y la equidad de género.

II. LA DIFERENCIA DE GÉNERO

En ésta fase de la discusión, el foco de atención es la 'diferencia entre hombres y mujeres', es decir, la preocupación central es la diferencia de género. Éstos desarrollos siguen dos tendencias que se plantean como opuestas, las cuales se posicionan de manera distinta frente a las diferencias entre hombres y mujeres, sean biológicas o culturales. Una

corresponde al llamado ‘feminismo de la igualdad’, la otra, al ‘feminismo de la diferencia’.

a) El feminismo de la igualdad busca reducir y/o eliminar las diferencias entre hombres y mujeres, en el sentido que participen con igualdad de oportunidades en la sociedad, sobretodo en el ámbito público y económico. Supone la universalidad de los derechos, en tanto sostiene que hombres y mujeres son iguales en derechos, por ende requieren igual trato (ser medidos con el mismo patrón). En términos de políticas públicas, busca reformar leyes, promover medidas en diversos ámbitos que contribuyan a igualar las posibilidades de desarrollo de hombres y mujeres. Esto significa igualdad en el “acceso a”, sea en el ámbito de la salud, la educación, el mercado laboral, la legislación, el crédito, los recursos materiales, la representación política, etc. Implica que las mujeres tengan las mismas oportunidades que los hombres en la vida, incluida la habilidad para participar en la esfera pública. Se espera que, al existir igualdad de oportunidades, las mujeres alcanzarán igual estatus que los hombres y las mismas posibilidades de desarrollar plenamente sus capacidades. Por ejemplo, en el ámbito laboral la igualdad de género implica iguales derechos, responsabilidades, oportunidades, tratamiento y valoración de hombres y mujeres. El significado clave de la equidad de género es la igual participación en distintos ámbitos, así como la redistribución.

Involucra una evaluación negativa de las diferencias entre hombres y mujeres, en tanto las diferencias de género constituyen opresión, son nocivas para la justicia de género. Es decir, toda diferencia entre hombres y mujeres, es evaluada como perjudicial, constituye una forma de discriminación, de desigualdad. Un ejemplo de ello son las diferencias de género en los ingresos percibidos por las mujeres, que a igual nivel educativo o profesión, reciben menores remuneraciones que los varones. Por ello para alcanzar la equidad de género se requiere minimizar y abolir las diferencias a través de la redistribución y de la igualdad de oportunidades.

La crítica que se hace a ésta orientación es que, supone que to-

das las mujeres están subordinadas a todos los hombres de la misma manera, en el mismo grado. De tal modo se universaliza falsamente la situación específica de las mujeres blancas de clase media heterosexuales y se ocultan las formas en que las jerarquías de clase, ‘raza’, etnia y sexualidad afectan las relaciones de género. Toma como norma los estándares masculinos, a los cuales las mujeres tendrían que igualarse, y a partir de los cuales son juzgadas las mujeres y la feminidad. Esto genera desventajas para las mujeres e impone parámetros distorsionados para todos, se centra la atención en la igualdad formal, legal, no contemplando las desigualdades de hecho, además, la igualdad de oportunidades no necesariamente asegura la igualdad en los logros o resultados en todos los ámbitos, dado los puntos de partida diferentes.

b) El feminismo de la diferencia resalta la diferencia entre hombres y mujeres como algo positivo, a valorar y rescatar. Así, la especificidad de cada sexo y en especial del sexo femenino, es algo digno de reconocimiento, por ello para contribuir a la justicia de género se plantea, entre otros, la necesidad de valorar la maternidad, la feminidad como elementos importantes que contribuyen a la sociedad. En ésta perspectiva se considera a las mujeres realmente distintas de los hombres, pero tal diferencia no implica inferioridad.

Hombres y mujeres tienen distintas necesidades, intereses, prioridades, aspiraciones y contribuyen de modo diferente a la sociedad. Entonces, lo que se requiere no es la igualdad formal, ni ser igualmente tratados, sino un trato diferente, implica derechos específicos, por ende, obligaciones diferenciales del Estado, la sociedad, las familias.

El feminismo de la diferencia se opone a la subvaloración del mérito de las mujeres a través del reconocimiento de la diferencia de género y la reevaluación de la feminidad, ésta visión da origen a las “políticas de identidad” que rescatan las diferencias, critica la concepción igualitaria por considerarla androcéntrica y asimilacionista al señalar que: lograr la inclusión de las mujeres en las actividades tradicionalmente masculinas no es un objetivo suficientemente radical y

al adoptar de manera acrítica la prejuiciada idea machista de que sólo las actividades de los hombres son verdaderamente humanas, despreciando las de las mujeres.

Dicha orientación evalúa la diferencia como algo positivo. Las mujeres son distintas, su especificidad contribuye a la diversidad y a complementar lo masculino. Por ende la diferencia es considerada objeto de valoración, de afirmación y de reconocimiento. La maternidad, por ejemplo en el caso de las mujeres, en el caso de los grupos indígenas, la conexión de los nativos con la tierra. Esto significa, no sólo el reconocimiento de la diferencia, sino también la idea que deben ser universalizadas y extendidas a quienes manifiestan rezagos, dado que las diferencias son interpretadas como una marca de superioridad cultural. Cuando se señala que las mujeres son más empáticas, esta diferencia de género es una característica valorada de manera positiva, que se busca universalizar porque contribuye a la sociedad.

La crítica que se hace a esta orientación es que universaliza la identidad de las mujeres, construye idealizaciones estereotipadas, culturalmente específicas de la femineidad de clase media, heterosexual, blanca, europea, estrechamente relacionada con las jerarquías de clase, 'raza', etnia y sexualidad, así como con las jerarquías de género. Se apoya, generalmente, en nociones esencialistas de la femineidad, por lo que refuerzan los estereotipos existentes y confinan a las mujeres a las divisiones de género tradicionales y discriminatorias. Por ejemplo, se refuerza la idea que, dada la biología de las mujeres, ellas son responsables de la crianza y el cuidado de los hijos. Así, se las margina de otros espacios de participación o se recargan los espacios tradicionales femeninos, al no considerar, por ejemplo, que la crianza de los hijos es responsabilidad de los hombres. En éste sentido, la diferencia, si es exagerada, puede servir de base para la discriminación contra las mujeres, de modo que se transforma en desigualdad social.

III. LAS DIFERENCIAS ENTRE MUJERES

A partir de las experiencias y luchas de mujeres lesbianas, afroamericanas, latinas, indígenas de minorías étnicas, religiosas, se concluye que hablar de “la mujer” invisibiliza a otras mujeres.

Es universalizar la experiencia, valoración de las mujeres blancas, clase media, occidentales, heterosexuales, al negar las diferencias entre mujeres, también se niega aquellos ejes de subordinación diferentes al género: clase, ‘raza’, etnia, nacionalidad y sexualidad, también se suprimen las diferencias entre hombres, lo anterior lleva a optar entre la lealtad a su género, la lealtad a su raza, clase o sexualidad, de tal forma que tanto el feminismo de la igualdad como el de la diferencia reproducen acríticamente el racismo, el heterosexismo, las jerarquías de clase, los prejuicios étnicos endémicos de las sociedades en que se producen, al suponer homogeneidad entre las mujeres de distintas clases sociales, orígenes étnico-raciales, generaciones, etc. Como resultado de este análisis, se llega a la consideración además del énfasis en las “diferencias entre mujeres”, para dar cuenta así de la multiplicidad de experiencias y formas de vivir la subordinación de género, posteriormente, deriva en la consideración de las diferencias entre hombres.

IV. MÚLTIPLES DIFERENCIAS QUE SE INTERSECTAN

A medida que la ‘política de la identidad’ ganó espacio, cada movimiento social politizó una “diferencia” distinta (ser homosexual, lesbiana, afro americana, nativa, de un grupo religioso o étnico). Frente a ello, el feminismo centra la atención en los múltiples sistemas de diferenciación social, no sólo en las diferencias de género, sino en la intersección del género con las diferencias de clase, étnicas, de ‘raza’, generación, religión, región, nacionalidad, orientación sexual, desde ésta orientación, lo que se busca es dar cuenta de ‘las diferencias’ y

ejes de diferenciación que construyen desigualdad social e irrespeto por las diferencias y las identidades culturales. Por ende, las exigencias culturales requieren integrarse con las exigencias sociales a lo largo del espectro de ejes de dominación entrecruzados, para esta mirada, la mayor presencia de la política de la identidad eclipsa 'la política social' incluyendo de redistribución.

Ligada a esta fase de discusión sobre las diferencias, incluidas las diferencias de género, se incorpora en los debates feministas, de género, los planteamientos de la democracia radical, sobre la base de dos líneas argumentales: el antiesencialismo y el multiculturalismo.

La democracia radical sostiene que la democracia actual requiere tanto de redistribución económica como de reconocimiento cultural.

a) Antiesencialismo: sostiene una visión de la diferencia escéptica y negativa.

Considera que todas las identidades son inherentemente represivas, todas las diferencias inherentemente excluyentes. Se señala que no hay manera de experimentar la diferencia de género separada de otras diferencias, por ende, el género no tiene una esencia inmutable, pero tampoco las diferencias y las identidades son una cuestión de hecho, objetiva, sino más bien se construyen discursivamente, performativamente. Así, el antiesencialismo rechaza cualquier política, feminista o de otro tipo, que esencialice la identidad y la diferencia. Toda identidad colectiva resulta ser una ficción construida y es considerada con escepticismo. Los términos de identidad politizados, tales como "mujeres", son considerados excluyentes y sólo pueden ser considerados a partir de la represión de la diferencia. Por tanto, toda identidad se construye a partir de una operación represiva y excluyente. Así, el objetivo del feminismo es de construir toda construcción de las mujeres, el objetivo político es desestabilizar la diferencia de género y las identidades de género que la acompañan, una es la "versión de constructivista del antiesencialismo", se presenta como similar al planteamiento del feminismo de la igualdad, al evaluar que todas las

diferencias de género involucran opresión y requieren ser abolidas, en este caso reconstruidas.

No se pregunta cómo una identidad o una diferencia dada se relaciona con las estructuras sociales de dominación y con las relaciones sociales de desigualdad, tampoco, qué tipo de economía política se requiere para identidades no excluyentes y comprensiones antiesencialistas de la diferencia, hace una generalización no válida: todas las identidades amenazan con volverse igualmente ficticias, igualmente represivas, igualmente excluyentes, equivalente a renunciar a toda posibilidad de distinguir entre las pretensiones de identidad emancipadoras y las represivas, entre las diferencias benignas con las perjudiciales, deslegitima todas las identidades.

b) Multiculturalismo: sostiene una visión de la diferencia festiva y positiva al considerar que todas las identidades merecen reconocimiento, todas las diferencias merecen afirmación, celebra y legitima indiscriminadamente todas las identidades y diferencias.

Se enmarca en la lucha por el reconocimiento de las diferencias, da origen a alianzas entre feministas y otros grupos en desventaja, frente a un enemigo común, aquella forma culturalmente imperialista de vida pública que trata al hombre heterosexual, blanco anglosajón, de clase media, como norma de lo humano, en relación con el cual todos los demás aparecen como marginales. El objetivo de la lucha es la creación de formas públicas multiculturales que reconozcan una pluralidad de maneras diferentes, pero igualmente valiosas, de ser humano, así, la diferencia es comprendida como una apreciación positiva de la diversidad humana, no como predomina actualmente la comprensión de la diferencia como desviación de la norma única y universal, todos los ciudadanos gozarían de los mismos derechos legales formales en razón de su condición de humanos, pero también serían reconocidos por aquello que los diferencia entre sí, su particularidad cultural, una versión del multiculturalismo pluralista que tiene como premisa la comprensión unilateral de la diferencia: la diferencia se considera como intrínsecamente positiva e inherente-

mente cultural, dicha concepción está emparentada con el feminismo de la diferencia, al evaluar positivamente la diferencia y proponer su reconocimiento.

Se cuestiona esta visión por celebrar acriticamente la diferencia y no interrogarse acerca de su relación con la desigualdad, olvida aquellas injusticias estructurales profundamente arraigadas en la sociedad, trata la diferencia como si perteneciera exclusivamente a la cultura, como resultado, se divorcian los problemas relativos a la diferencia de la desigualdad material, las diferencias de poder entre grupos, las relaciones sistémicas de dominación y subordinación.

Sintetizando lo señalado anteriormente, podemos concluir que tanto el antiesencialismo como el multiculturalismo aparecen con debilidades similares: sustancializar las identidades, tratándolas como entidades dadas en lugar de relaciones construidas, ambas están centradas en la dimensión cultural, a la que tratan haciendo abstracción de las relaciones y estructuras sociales, incluyendo la economía política, ellas reprimen las agudas percepciones del feminismo de la igualdad respecto a la necesidad de una igual participación y una distribución equitativa, dejando de lado las desigualdades sociales y la política social de redistribución.

El antiesencialismo sataniza la cultura, señalando que toda diferencia cultural produce dominación y opresión. Sin embargo, no toda diferencia genera desigualdad, por el contrario, el multiculturalismo sacraliza la cultura, al plantear que cualquier diferencia cultural es digna de aprobación y afirmación, no obstante, algunas identidades de grupo existentes pueden estar ligadas de manera importante a relaciones sociales de dominación, incluidas la subordinación de género, además, existen diferencias que no implican desigualdad, es decir, no requieren ser eliminadas, ni tampoco requieren afirmación, dado que no se considera necesaria su universalización, son expresiones de la diversidad humana manifestadas por los miembros de grupos diferentes y por ende, se las disfruta y se las respeta como expresiones valiosas, un ejemplo de ello, es evidente en la diversidad cultural de

las comidas, en el ámbito del género pueden señalarse las diferencias en la vestimenta de hombres y mujeres, que constituyen diferencias de género, pero no por ello significan opresión de las mujeres.

Ninguno de estos enfoques suministra una base que permita distinguir las exigencias de identidades democráticas de las antidemocráticas, las diferencias justas de las injustas.

Ambos están casi exclusivamente preocupados de las injusticias derivadas del irrespeto cultural (problemas de reconocimiento), las dos tienen la misma debilidad: son incapaces de apreciar que las diferencias culturales pueden elaborarse libremente y ser mediadas democráticamente sólo en base a la igualdad social, están obsesionadas con el antiguo debate de la igualdad-diferencia.

V. MULTICULTURALISMO, FEMINISMO, DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

Un punto de partida fundamental en esta discusión es considerar que la justificación ética, filosófica y jurídica del movimiento de derechos humanos descansa en la premisa que compartimos un plexo de valores, plasmados en derechos que consideramos de validez y vigencia universal, si no asumimos que estos derechos constituyen obligaciones solemnes e irrenunciables que todos los Estados están obligados a respetar, no tendría sentido la denuncia de violaciones, ni la solidaridad con sus víctimas, ni la promoción de nuevas normas, ni la misma educación en derechos humanos, en razón de lo anterior, es inaceptable invocar diferencias de regímenes políticos, sociales o culturales como justificación para violar o menoscabar los derechos humanos.

Decir que los derechos colectivos tienen prioridad es efectivamente atacar por la base la idea misma de que existen ciertos derechos inalienables que pertenecen al individuo simplemente porque es un ser humano. Es olvidar que, en la mayoría de los conflictos de derechos humanos, los individuos y las colectividades han estado y aún es-

tán en lados opuestos del ring, sin embargo, a lo largo de los años se ha producido un deslizamiento en las Naciones Unidas, del énfasis que se ponía en la preocupación por los hombres y mujeres como individuos y sus derechos, para dar más importancia a los derechos colectivos de las naciones con otras colectividades

En el contexto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el concepto de derecho colectivo en relación con los derechos humanos ha sido reconocido desde el comienzo y a través de toda su práctica sobre los derechos humanos de las personas indígenas. La Comisión ha aceptado el concepto de derechos colectivos, en el sentido de derechos de los que son titulares y se refieren a condiciones jurídicas de conjuntos u organizaciones de personas como es el caso de las comunidades y pueblos indígenas, desde su primera resolución al respecto en 1971, donde habla de la protección a las poblaciones indígenas, la Comisión ha atendido, decidido y efectuado recomendaciones a los Estados referidos al goce y respeto a las colectividades indígenas.

Los derechos colectivos son derechos humanos específicos, de los cuales son titulares ciertos grupos humanos, se considera que los derechos colectivos forman parte de los llamados “derechos de tercera generación” cuyo reconocimiento internacional fue históricamente posterior a la de los derechos civiles y políticos (primera generación) y a la de los derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación). Algunos derechos de tercera generación son el derecho al desarrollo, a la paz, al patrimonio artístico, cultural, a un medio ambiente sano, los derechos de los pueblos indígenas y los de los consumidores. Los derechos colectivos son diversos, pero no opuestos a los derechos humanos individuales, de hecho, los derechos colectivos incluyen derechos individuales en cuanto los grupos humanos que son sus titulares están formados por individuos, en cuanto crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales, de este modo, por ejemplo, los derechos colectivos de los pueblos indígenas implican y protegen el derecho individual a la cultura de cada persona.

Además, vale la pena resaltar como línea de reflexión la doble

dimensión, individual y colectiva, que representan los derechos culturales en relación a los derechos fundamentales, puesto que el individuo no es un átomo aislado de otros, por el contrario, su yo se construye a partir de la interacción con otros seres iguales, la sociabilidad es un presupuesto de la existencia humana, en éste sentido, es preciso continuar en la articulación de esta dimensión individual y colectiva, hay que empezar por desdramatizar los derechos colectivos desde una concepción no esencialista. Las constituciones de América Latina constituyen un buen ejemplo, en los últimos años han tenido un avance extraordinario en la consagración de los derechos culturales para el desarrollo creativo, actualmente, representan el vivero o semillero más importante de derechos culturales que existe en el constitucionalismo mundial Sin embargo, con excepción del derecho colectivo de los pueblos a la autodeterminación, proclamado en el primer artículo de cada uno de los Pactos y de varias referencias a los derechos de los sindicatos en el Pacto de derechos económicos, sociales, culturales, todos los derechos promulgados en la Declaración Universal de Derechos Humanos se enuncian como derechos individuales.

La aparición del concepto de discriminación de género en el programa de derechos humanos amplió el alcance de los derechos humanos, desde las relaciones verticales entre los individuos y el gobierno, a relaciones horizontales, es decir entre individuos, en el marco de las familias, las comunidades, y eventualmente, en el marco de las parejas, el argumento de los derechos humanos es que las mujeres no deberían estar desprotegidas ante los abusos, que los gobiernos deben tomar la iniciativa para erradicar el abuso incluso cuando se produce en las familias, está justificado por la tradición o la religión. Los derechos individuales de las mujeres tienen precedencia sobre los del respeto de la autonomía familiar.

Además, las estrategias de derechos humanos tienen que enfrentarse a obstáculos en el logro de la igualdad de derechos para las mujeres, por ejemplo, no resulta fácil diseñar y llevar a la práctica una estrategia para garantizar la igualdad de oportunidades de subsisten-

cia y desarrollo para las niñas y niños, presentadas como para los “niños” en general.

La legislación internacional de derechos humanos define los derechos y libertades básicas, también sus limitaciones, si ellas no forman parte del análisis, los derechos humanos parecen un catálogo de derechos mutuamente conflictivos, los cuales pueden poner en entredicho su aplicación coherente. Por ejemplo, se piensa explícitamente en la salud pública como un terreno en el que se puede limitar los derechos y libertades individuales, aunque una comunidad religiosa se oponga a vacunar a sus hijos, esta oposición será rechazada y se dará prioridad a la vida y salud de los niños. Otra limitación importante se manifiesta en la protección de los derechos de los demás: nadie puede abusar de sus derechos o libertades individuales, si esto niega los derechos y libertades de los otros.

Las diversas conceptualizaciones que existen de los derechos culturales han impedido que se traduzcan en normas operativas, durante mucho tiempo el obstáculo era el hecho de que los derechos humanos se centraban exclusivamente en el individuo y el Estado, ignorando así múltiples identidades individuales y colectivas que requiere cualquier definición de cultura. Las dificultades conceptuales siguen teniendo que ver con la falta de consenso sobre el significado de cultura y se proyectan para definir los derechos culturales como colectivos o individuales. La Comisión Mundial sobre Cultura y Desarrollo afirmó que los derechos culturales (la libertad cultural, según lo planteaba la Comisión) eran colectivos, es decir “el derecho de un grupo de personas para seguir o adoptar el modo de vida de su elección”.

Es importante tener presente que los debates sobre multiculturalismo, derechos colectivos y sus implicancias para la equidad de género están en pleno desarrollo, sus elaboraciones teóricas e implicancias prácticas se están experimentando. Desde una perspectiva de derechos humanos, y considerando que ésta incluye los derechos de las mujeres y la búsqueda de una mayor igualdad y equidad de género, resulta fundamental que las discusiones acerca de los derechos den

voz a todos y todas, es decir, sean participativas e incluyan de manera explícita a las mujeres, especialmente a las más jóvenes. No hay una respuesta justa y equitativa a estas demandas sin considerar a los miembros más desfavorecidos y con menos poder al interior de los diferentes grupos culturales.

Algunas de las más persuasivas defensas liberales de los derechos colectivos señalan que los individuos necesitan una cultura propia, y que sólo dentro de tal cultura las personas pueden desarrollar un sentimiento de autoestima y respeto propio, así como la capacidad para decidir el tipo de vida que consideran apropiada.

Pero estos argumentos niegan los diferentes roles que los grupos culturales imponen a sus miembros y el contexto en que las personas forman su sentido de sí mismos y sus capacidades, que es el ámbito de la vida doméstica o familiar.

Al prestar atención a estos aspectos aparecen dos cuestiones centrales, una, que la esfera de la vida personal, sexual y reproductiva funciona como un foco central en la mayoría de las culturas, es un tema fundamental de las prácticas y reglas culturales (por ejemplo, reglas de matrimonio, custodia de los hijos, división de la propiedad familiar, herencia,). En consecuencia, la defensa de prácticas culturales en estos ámbitos tendrán por lo general mayor impacto en la vida de las mujeres y las niñas que en la de los hombres, en tanto la mayor parte del tiempo la energía de las mujeres está dedicada a preservar y mantener la vida personal, familiar, reproductiva, por otro lado, la distribución de responsabilidades y poder en el hogar tiene un impacto importante en quién puede influenciar más la vida pública, teniendo en consideración que la mayor parte de las culturas espera que las mujeres se hagan cargo de lo doméstico.

El segundo hecho importante de conexión entre la cultura y el género, es que la mayoría de las culturas tiene como uno de sus principales elementos el control de las mujeres por parte de los varones. Muchas de las tradiciones y culturas del mundo han elaborado patrones de socialización, rituales, costumbres matrimoniales, otras prác-

ticas culturales con el objeto de que los hombres puedan controlar las capacidades sexuales y reproductivas de las mujeres. Muchas de esas prácticas hacen que sea virtualmente imposible para las mujeres elegir vivir independientemente de un hombre, ser célibes o lesbianas, o decidir no tener hijos.

En definitiva, impiden que las mujeres puedan elegir libremente la vida que consideren más apropiada.

Los pocos derechos especiales que las mujeres reclaman por ser mujeres no les da el derecho a las mujeres más poderosas de controlar a las mujeres menos poderosas.

Por el contrario, los derechos de grupo culturales a menudo refuerzan las jerarquías existentes.

Por lo tanto, se requiere avanzar hacia formas de multiculturalismo que se preocupen por las desigualdades de género y otras desigualdades intragrupalas, es decir, un multiculturalismo que efectivamente trate a todas las personas como moralmente iguales.

Las tensiones entre el género y la cultura son necesarias de procesar a la luz de los derechos humanos, considerando que las culturas no son inmutables, y en la línea de argumentación de Fraser, evaluar si esas diferencias culturales constituyen parte de la diversidad, son fuentes de desigualdad o son dignas de ser promovidas. Fraser plantea que lo fundamental es evaluar las diferencias de manera de construir una concepción matizada de las mismas y de los diversos ejes de diferenciación, en definitiva, ella concluye que:

1. No es posible regresar al antiguo debate igualdad-diferencia en el sentido de centrarse exclusivamente en un eje de diferencia, es necesario construir un nuevo debate sobre la igualdad y la diferencia, orientado a las múltiples diferencias que se intersectan, siendo necesario vincular la problemática de la diferencia cultural con la problemática de la igualdad social.
2. No es posible regresar a las compresiones esencialistas de las identidades y las diferencias, la visión antiesencialista

de las identidades y diferencias como construidas relacionamente representa un triunfo insuperable, pero esto no significa exclusivamente política deconstructiva, es necesario desarrollar una concepción alternativa del antiesencialismo para conjugar la política cultural antiesencialista del reconocimiento y la política social igualitaria de redistribución.

3. No es posible regresar a una concepción mono cultural, según la cual hay sólo una manera valiosa de ser humano, la visión multicultural de una pluralidad de formas culturales representa un triunfo, pero no significa que se deba suscribir la versión pluralista del multiculturalismo, es necesario desarrollar una versión alternativa que permita hacer juicios normativos acerca del valor de las diversas diferencias al interrogarnos sobre su relación con la desigualdad.

Fraser, señala que los “distintos ejes de diferenciación”, sea el género, la clase social, la raza la etnia, producen diferencias, tales diferencias (las de género y las otras) pueden ser procesadas y evaluadas en tanto: producen desigualdad, o contribuyen a mejorar las sociedades, o son parte de variaciones culturales que contribuyen a la diversidad cultural.

Esto es lo que ella llama una concepción matizada de las diferencias que involucra distintas clases de diferencias, algunas de las cuales son opresivas, excluyentes y constituyen desigualdades sociales, otras que son evaluadas positivamente requieren ser afirmadas, otras que son indicativas de variaciones culturales, por tanto no tienen una connotación ni negativa ni positiva para la equidad de género. Sin embargo, muchos de los debates, como los presentados anteriormente, tienen una visión unilateral de las diferencias, valorándolas sólo como positivas o como negativas.

La postura de ésta autora indica que pueden formularse juicios respecto de las diferencias en tanto requieren abolición, afirmación o

sólo respeto, implica también que pueden hacerse juicios normativos acerca del valor relativo de normas, prácticas e interpretaciones alternativas, juicios que podrían llevar a sacar conclusiones acerca de la superioridad, inferioridad o igual valor de las diferencias.

Esta concepción matizada de la diferencia representa una contribución de la teoría crítica del reconocimiento. Puede ayudar a identificar y defender únicamente aquellas versiones de la política de la diferencia que se integren coherentemente con la política de la redistribución, la tarea es integrar los ideales igualitarios del paradigma de la redistribución con aquellos que sean auténticamente emancipatorios en el paradigma del reconocimiento.

En definitiva, es necesario conjugar la lucha por el multiculturalismo antiesencialista con la lucha por la igualdad social.

REFERENCIAS

Kabeer, Naila, Equipo de Apoyo Técnico para América Latina y Caribe
Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA) Diciembre
2006.

Fraser, Nancy, El observatorio de género y equidad, Chile 1997.

Prieto Sanchís Luis, Igualdad y diversidad, V&M, Ecuador 2010.

Olamendi Torres Patricia, Géneros, Feminismos, Diversidades, México
2008.

VIOLENCIA, POLÍTICAS CRIMINOLÓGICAS Y GARANTISMO DEL 2000 AL 2014 EN MÉXICO

VERÓNICA RUIZ NAVA

NOTA INTRODUCTORIA

La urgente necesidad de disponer de propuestas que posibiliten diseñar un programa amplio de políticas públicas, apoyadas en la sociedad, para combatir eficazmente las causas de la violencia estructural del Estado autoritario, positivista y dogmático, que aún está presente en la vida política y social de México representa la principal justificación de la presente investigación. Es necesario llevar a cabo un proyecto científico que haga frente a los efectos devastadores del neoliberalismo global, cuyos efectos se pueden apreciar en la crisis económica imperante, la pobreza, la desigualdad social y la injusticia social. La presente realidad mexicana experimenta una violación sistemática a los derechos humanos, una guerra con el narcotráfico y delincuencia organizada; de tal forma que resulta impostergable la construcción del Estado constitucional y Democrático de Derecho en México y la aplicación de la Teoría de la Argumentación Jurídica, en la toma de decisiones públicas y judiciales.

Es necesario llevar a cabo este tipo de investigaciones y estudios científicos que ofrezcan alternativas ante un régimen jurídico-político decadente y autoritario. Vivimos un “*Estado Legislativo*”, con altos niveles de corrupción y con un sistema de partidos, cuya percepción generalizada es que únicamente viven del presupuesto público y cuya “*alternancia política*”, no han brindado las alternativas políticas que el país requiere.

Necesitamos un nuevo sistema de vida, que además del respeto a los Derechos Humanos, ofrezca para todos, una democracia incluyente, deliberativa, plural y un compromiso mayor con la cultura en general, la cultura jurídica y la enseñanza de la teoría de la argumentación jurídica, en particular. Necesitamos un nuevo proyecto de nación, que postule un camino diferente a la depredación global del neoliberalismo, necesitamos construir una nueva nación, un nuevo sistema de vida, con trabajo, salud, educación, ciencia, tecnología, vivienda para todos, democracia deliberativa, plural, que respete a los derechos humanos, con igualdad, libertad, justicia y autorrealización individual y social, para todos.

El paradigma garantista en el modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho, tiene como fin la defensa y protección de los Derechos Humanos o derechos Fundamentales y estructura el orden jurídico tanto en la constitución como en las leyes secundarias, justamente a partir de la positivación de tales Derechos fundamentales.

Las bases epistemológicas de la prevención de la violencia y del delito, las vamos a encontrar, en el paradigma garantista, que al lado de los derechos de las personas, incluye los derechos sociales, cuya satisfacción es la garantía única de desmontar la violencia estructural del Estado, esfuerzo que comparten los teóricos del Modelo de Estado Constitucional y Democrático de derecho y de la Criminología crítica o de la Sociología de la prevención del delito y de la sociología del control penal, como Luis Armando González Placencia, con sus trabajos de Política criminal o criminológica, de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

El respeto de los derechos fundamentales, de todas las personas, en todas partes del mundo, incluye logros como el reconocimiento a los derechos ciudadanos, a los derechos civiles, a los derechos de libertad y patrimoniales y a los derechos políticos, justamente como lo plantea el paradigma garantista.

I. EL GARANTISMO EN EL MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El contexto de la teoría del derecho, con autores como el español Manuel Atienza y el mexicano Serafín Ortiz, que al estudiar su objeto de estudio, plantean que para comprenderlo, se debe abordar a partir de considerar tres niveles epistemológicos del Derecho, considerando tres preguntas fundamentales a las que debe responder el Derecho de acuerdo con sus tres niveles epistemológicos: **¿Cuál es el fin del Derecho?**, **¿Qué es el Derecho?** y **¿Para qué sirve el Derecho o cuál es la función del Derecho?** La primera pregunta la responde la hermenéutica: el fin del Derecho es la justicia, la seguridad jurídica y la legalidad, a partir de una valoración axiológica; la segunda pregunta la responde la analítica: el Derecho es legislación, jurisprudencia y doctrina, desde la perspectiva de la validez del Derecho; y la tercera pregunta la responde el jus- realismo sociológico: el Derecho sirve o tiene como función la disminución de la violencia intersubjetiva y la violencia estructural que proviene del Estado, es decir, el Derecho debe tener eficacia para resolver los problemas sociales.

El principal exponente del modelo garantista, es el italiano, Luigi Ferrajoli, para quien los derechos fundamentales, son: *“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica*

*positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”*¹

Se trata, en primer lugar, de derechos fundamentales de las personas físicas en cuanto tales, independientemente de que aparezcan o no en cartas constitucionales; es decir para el autor no se trata de una definición “*dogmática*”, es decir, de que aparezca enunciada o no en el Derecho positivo, que en todo caso si contempla a los derechos fundamentales, ello representa una garantía de su observancia; y en segundo lugar, de una definición formal o estructural, en razón de que se basa en el carácter “universal” de su imputación, en un sentido puramente “lógico” y “avalorativo”, se trata de derechos tutelados como “universales”, que fundamentan “*la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares.*”²

Puesto que, aun con las diferencias entre el paradigma que representa el modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho como lo conciben los teóricos alemanes J. Habermas, R. Alexy, los españoles M. Atienza, Aguiló Regla entre otros, y los mexicanos Serafín Ortiz, Raúl Ávila Ortiz y Luis Armando González Placencia, sobre todo en la separación tajante que hace Ferrajoli, entre Derecho y moral, que constituye la esencia del positivismo jurídico que este autor defiende, habría que considerar que el punto de encuentro entre ambos paradigmas se encuentra en la inclusión de los derechos humanos o Derechos fundamentales, en la Constitución y la búsqueda de una democracia estructural.

Aportaciones teóricas del paradigma garantista en el modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho, relacionado a su vez con la criminología crítica o sociología del control penal y prevención del delito y a su vez en el contexto de la teoría del derecho y de sus tres niveles epistemológicos, porque justamente el tercero de

¹Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Segunda edición, trota, 2001, p. 19.

²*Op. Cit.*, p. 20.

ellos, relacionado con el jusrealismo sociológico, busca que el derecho sirva para resolver los problemas intersubjetivos y sociales y la violencia generada estructuralmente por el Estado Autoritario, legalista y positivista que padecemos en México y pueda abrirse paso al Modelo de Estado Constitucional y Democrático Derecho, cuyo ideal es el poder de la razón frente a la razón del poder, la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza

Tomando en cuenta que el paradigma garantista en el modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho, tiene como fin la defensa y protección de los Derechos Humanos o derechos Fundamentales y, estructura el orden jurídico tanto en la constitución como en las leyes secundarias, a partir de la positivación, justamente, de tales Derechos fundamentales.

El paradigma garantista, por lo tanto, plantea que el respeto de los derechos fundamentales, de todas las personas, en todas partes del mundo, incluyendo dentro de estos a los derechos ciudadanos, a los derechos civiles, a los derechos de libertad y patrimoniales y a los derechos políticos, puede lograrse y vivir en un verdadero ambiente democrático. Se representa como el edificio de las garantías dirigido a asegurar la máxima efectividad de los principios constitucionalmente establecidos, en donde se plasman esas condiciones sustanciales de validez de las leyes, que son típicamente los derechos fundamentales o derechos humanos, para establecer la diferencia entre validez y vigencia, es decir, entre el “*deber ser interno (o en el derecho)*” y el “*ser*” de las normas legales.

En el garantismo, todo el orden jurídico se estructura a partir de la positivación de los derechos fundamentales o derechos humanos, como principios constitucionales. Así también se muestra: la construcción teórica del modelo garantista sobre la base de dos categorías centrales: cognoscitismo o decisionismo (la epistemología garantista). Siendo dos los elementos, escenarios o principios generales constitutivos de la teoría garantista: *el principio general de la definición legislativa, al que le corresponden las garantías penales; y el principio ge-*

neral de la comprobación jurisdiccional de la desviación punible, al que le corresponden las garantías procesales.³

La construcción del garantismo en el modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, guarda estrecha relación con las teorías que giran en torno al mismo, como las teorías de la argumentación jurídica, que surgen y se desarrollan justamente en este modelo. Al incorporar, además de la dimensión analítica (el juspositivismo) la dimensión hermenéutica (el jusnaturalismo), es decir, además del viejo concepto de *lex sed lex*, se considera en la construcción del derecho la dimensión de la justicia, colocando a los principios constitucionales (a los derechos humanos) por encima de la ley, ya que al ser positivados todo el edificio jurídico se estructura a partir de la inclusión de los derechos humanos como garantías dentro de la Constitución. La teoría de la argumentación jurídica precisamente se constituye a partir de estos dos niveles epistemológicos, como lo sostienen los teóricos anteriormente mencionados.

En cuanto a la perspectiva epistemológica, entendida como las condiciones que rodean la producción de conocimiento científico, ésta la vamos a encontrar en la propuesta garantista, busca salvar a la modernidad desde la posmodernidad, diseñando el modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se sustenta a su vez, en una teoría del derecho que al colocar a los derechos humanos (principios constitucionales) por encima de la ley, intenta con esta nueva epistemología garantista salvar a la humanidad, al desarrollar la teoría de la argumentación jurídica basada en los dos niveles epistemológicos en que se sustenta esta nueva teoría del derecho: la hermenéutica (el jusnaturalismo) y la analítica (el juspositivismo).

³Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Edit. Trota, cuarta edición, España, Madrid, 2000, P. 9.

II. VIOLENCIA Y POLÍTICAS CRIMINOLÓGICAS DEL 2000 AL 2014 EN MÉXICO

Las políticas públicas legalistas, incluida la reacción institucional violenta contribuyeron al aumento de la violencia estructural entre el 2000 y el 2013; por lo que hay que preguntarse si tales políticas están siendo modificadas suficiente y pertinentemente y si existen algunas alternativas adicionales que considerar para dar respuesta al problema de la violencia.

En el marco de la política criminal garantista existen alternativas institucionales y en particular comunitarias para contrarrestar la violencia estructural y por lo tanto los niveles tan altos de delincuencia que México ha experimentado en el último sexenio de Felipe Calderón y el comienzo de Enrique Peña Nieto.

Si incorporamos políticas garantistas y contextualistas contra el delito entonces se reducirá la violencia estructural y por ende la delincuencia en México. Entonces, si la violencia se duplicó del 2000 al 2013, nace la pregunta de si las políticas legalistas que provocaron una violencia estructural siguen siendo necesarias.

El modelo de estado autoritario que al ligarse al sistema económico mundial conocido como “*neoliberalismo*” o “*Estado neoliberal*”, ha ocasionado a los países situados geográficamente al “*Sur del Capitalismo*”, como el caso mexicano, efectos económicos y sociales deshumanizantes, al agravar las crisis económicas que genera este modelo de Estado autoritario, mayor pobreza, falta de calidad de vida, desempleo, ingreso insuficientes, falta de vivienda, analfabetismo, desigualdad social e injusticia, arbitrariedad, inseguridad y carencia de libertades.

Esta investigación estudia los niveles de violencia medible y cuantificable nacionalmente en México en los últimos trece años, abarcando los sexenios de gobierno federal de Vicente Fox, Felipe Calderón Hinojosa y lo que va del gobierno de Enrique Peña Nieto. De tal forma que se expone de manera general los datos sobre muertes en general, muertes vinculadas al crimen organizado, delitos y presuntos

delincuentes. Posteriormente, se hace un análisis sexenal de estas cifras. Asimismo, se consideran informes en materia social y económica publicados en diarios y revistas de circulación nacional, así como organismos privados nacionales e internacionales de estadística.

El concierto internacional para la protección de los derechos humanos, del que México forma parte, instituye en el artículo 31 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad respecto a la recopilación de datos y estadísticas. Constituye la base sobre la que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) recomienda a los Estados parte allegarse de información metodológicamente válida para así exponer, en primer lugar, los problemas que aquejan a las naciones y posteriormente, llevar a cabo acciones contundentes.

*1. Los estados partes recopilarán información adecuada incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente convención. En el proceso de recopilación y mantenimiento de esta información se deberá: a) respetar las garantías legales establecidas, incluida la legislación sobre protección de datos, a fin de asegurar la confidencialidad y el respeto de la privacidad de las personas con discapacidad; b) cumplir las normas aceptadas internacionalmente para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como los principios éticos en la recopilación y el uso de estadísticas. 2. la información recopilada de conformidad con el presente artículo se desglosará, en su caso, y se utilizará como ayuda para evaluar el cumplimiento por los estados partes de sus obligaciones conforme a la presente Convención, así como para identificar y eliminar las barreras con que se enfrentan las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos. 3. Los estados partes asumirán la responsabilidad de difundir estas estadísticas y asegurar que sean accesibles para las personas con discapacidad y otras personas.*⁴

Este artículo de la convención sirve de fundamento para analizar el contexto de las evaluaciones internacionales que la ONU hace

⁴Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Imserso. Instituto de Mayores y Servicios Sociales. España, 2013. Web. 2 de octubre de 2013. http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/convencion_accesible2.pdf

a los estados parte, denominado Examen Periódico Universal – EPU, como en el apartado correspondiente se analiza. La obligación que ha contraído México, o como estado parte de diversas convenciones internacionales relativas a la protección de los derechos humanos, se traduce en la realización y publicación de resultados oficializados de la situación que se vive en el país y que posteriormente serán analizados por estos mismos organismos internacionales.

La convención obliga a los estados parte a crear instituciones autónomas cuyo objetivo principal sea la recolección y análisis de datos sobre la situación del país, ya sea en materia económica, demográfica, geográfica y social. Por lo tanto, este artículo establece tres líneas de acción:

1. Recopilación de datos respetando las garantías legales establecidas respecto de la confidencialidad y protección de datos, y bajo el cumplimiento de la protección internacional de derechos humanos.
2. La información proporcionada por el estado parte, para el caso mexicano el INEGI, se utilizará como ayuda para evaluar el cumplimiento de las convenciones internacionales.
3. Es obligación de los estados parte distribuir y difundir la información recopilada.

De acuerdo con las estadísticas o datos duros de la violencia y la criminalidad en nuestro país, en la época actual, específicamente en los últimos trece años, abarcando los sexenios de gobierno federal de Vicente Fox, Felipe Calderón Hinojosa y lo que va del gobierno de Enrique Peña Nieto, se llega a la conclusión, de considerar al sexenio de Felipe Calderón como el de la más alta criminalidad en México, los datos que se muestran en este capítulo son verdaderamente alarmantes., ya que registra más de 100 mil homicidios y 25 mil desaparecidos.

De esta forma, las cifras del INEGI son contundentes. En sólo cinco años de los que gobernó Felipe Calderón se tienen las siguientes defunciones por homicidios: 2007: 8, 867; 2008: 14, 006; 2009: 19, 803,

2010: 25, 757; 2011: 27,213. Total: 91, 596. Y si a estas cifras agregamos las correspondientes a 2012 (un número similar al de 2011), tenemos un número mayor a los 100 mil homicidios de los que habla el Washington post.

Conforme al Índice Global de Paz 2012 (Global Peace Index - GPI), un indicador internacional considerado como la principal medida de paz mundial y es elaborado por el Instituto para la Economía y la Paz (*The Institute of Economics and Peace* - IEP por sus siglas en Inglés), que evalúa los actuales conflictos internos e internacionales, la tranquilidad y seguridad en la sociedad y la militarización de 158 países mediante 23 indicadores diferentes, el lugar de México en la tabla, debido a la lucha contra el crimen organizado, al temor de la gente por la violencia, las muertes, la inseguridad, son las principales razones por las que el país se encuentra en mala posición, por lo que se sitúa en el sitio 135 de 158 naciones evaluadas a partir de 23 indicadores, como el nivel de militarización de un país, gasto en defensa, conflicto interno, grado de paz social, terrorismo, la relación con los vecinos o el respeto por los derechos humanos.

En cuanto al índice de facilidad para hacer negocios 2013, las gráficas muestran que México ocupa el lugar 48 mundial en este nuevo índice de 2013. Eso quiere decir que subió 5 lugares respecto de la versión anterior. En cuanto al resto de América Latina ocupa el cuarto lugar, por debajo de países como Chile (lugar 37 mundial), el primero, Perú (lugar 43 mundial), el segundo y el tercero de Colombia (lugar 45 mundial). El lugar 180 mundial y el último en América Latina pertenecen a Venezuela.

El examen periódico universal (EPU) para Estados los 193 Estados miembros de la ONU, del 9 de septiembre de 2013, que se llevó a cabo en el foro “*México ante el Sistema Internacional de Derechos Humanos*” en las instalaciones del Senado de la República, donde distintas organizaciones de la sociedad civil participaron, incluyendo Amnistía Internacional, y emitieron una opinión sobre el informe que el gobierno mexicano presentó para el Examen Periódico Universal (EPU) de derechos humanos. AI opinó que el que el informe presentado por el

gobierno mexicano se “*caracteriza por una grave ausencia de medidas efectivas para prevenir, investigar, sancionar y reparar los abusos contra los derechos humanos en el país*”. México será sometido a una nueva revisión antes de concluir 2013.

CONCLUSIONES

En suma, el contexto se traduce en la permanente violación a los derechos humanos de los mexicanos, sobre todo de las clases sociales medias y de las más pobres, al ensancharse aún más el abismo entre opulencia y riqueza, lo que ha de ser resuelto, si es que se busca el verdadero desarrollo de nuestra patria, reduciendo este abismo, como lo advirtiera hace 200 años, el “*Siervo de la nación*”, Don José maría Morelos y Pavón.

Claro está que para lograr resultados contundentes en la prevención de la violencia en México, se requiere consolidar la transición democrática mexicana, iniciada hace algunos decenios, y construir y consolidar la transición que también México ha iniciado, encaminada hacia la construcción plena de un modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en el que el paradigma garantista juega un papel determinante, que nos permita el relevamiento del actual modelo de Estado de legalidad o autoritario, que tanto daño hace a los derechos humanos de los mexicanos.

El diseñar un nuevo proyecto de nación, que incluya la pluralidad y diversidad de México, en el que convivan diversas maneras de pensar, con respeto a mayorías y minorías, en la construcción de un México para todos, en el cual se requiere no sólo un sistema político-jurídico es una tarea científica de estudiosos del derecho como los que se forman en la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Esta universidad se ha destacado por proponer alternativas que permitan solucionar la situación de estancamiento económico, social, político y jurídico en el que actualmente se encuentra el país.

Para aminorar la violencia en el marco del garantismo, es indispensable culminar el proceso de relevamiento del modelo de Estado autoritario, positivista y dogmático iniciado en los últimos veinte años, con la serie de reformas constitucionales en materia de derechos humanos, de amparo, de control difuso de convencionalidad y constitucionalidad y la introducción del sistema penal acusatorio, así como en materia político-electoral y en campos fundamentales de la educación, fiscal y energética, a fin de consolidar la transición en la que nos hayamos inmersos hacia un modelo de Estado garantista, constitucional y democrático de derecho.

REFERENCIAS

Alexy, R. (2007), *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*. En Alexy, R, *Cátedra Ernesto*

Garzón Valdés, (pp. 47-70), México: Fontamara.

- (2007), *Los Derechos Constitucionales y el Sistema Jurídico*. En Alexy, R, *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, (pp. 71-88), México: Fontamara.

- (2007), *Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación*. En Alexy, R, *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, (pp. 94-97), México: Fontamara.

Atienza, M. (2001), *Estado de Derecho, Argumentación e Interpretación. Comentarios a una polémica*. *Cuestiones judiciales*, (pp. 73-100), México: Fontamara.

- (2001), *Hermenéutica y Filosofía Analítica en la Interpretación del Derecho*. *Cuestiones judiciales*, (pp. 101-118), México: Fontamara.

- (2003). *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, México: Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- (2005). *El Derecho como Argumentación*, Alicante: Ariel.
- Etzioni Amitai y Eva, *Los cambios sociales*. Fondo de Cultura Económica. México, D.F. 2003.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, segunda edición, trota, 2001,
- (2000). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trota, cuarta edición, Madrid.
- (2006). “*Garantismo. Debate sobre el Derecho y la democracia*”, Trotta, Madrid, 2006.
- González Placencia, Luis, *Política criminal y sociología del control penal*, primera edición Inacipe, México, 2007, 320 p.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Editorial Temis, S. A., segunda edición, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, 132 p.
- Ortiz Ortiz, Serafín (2004). *Epistemología y Argumentación Jurídica en el Neoconstitucionalismo*, artículo publicado en la revista Summa, III Época, Textos jurídico-políticos, *Justicia Constitucional*, No. 5, noviembre de 2004, Universidad Autónoma de Tlaxcala, México.
- (2003). *Garantías Constitucionales*, Universidad Autónoma de Tlaxcala, CIJUREP, México, 37 p.
- Pavarini, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, primera edición en español, siglo XXI, México, 1983, 223 p.

Sitios web.

Banco Mundial. Índice de Facilidad para Hacer Negocios (1= Reglamentos más favorables para los negocios). Web. 29 de octubre de 2013. <http://datos.bancomundial.org/indicador/IC.BUS.EASE.XQ>

Boletín de Estadísticas Vitales 2002. Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Aguascalientes, Aguascalientes. 2004 p.7. Web. 15 de octubre de 2013. URL: http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/continuas/vitales/boletin/2003/Bol-vitales-inf2002.pdf,

Boletín de Estadísticas Vitales 2006. Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Aguascalientes, Aguascalientes. 2006. p. 5. Web. 15 de octubre de 2013. URL: http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/continuas/vitales/boletin/2006/boletin_vitales_06.pdf

Boletín de Estadísticas Vitales 2011. Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Aguascalientes, Aguascalientes. 2013. P. 3. Web. 2 de octubre de 2013. URL: http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/continuas/vitales/boletin/2011/702825047429.pdf

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Imserso. Instituto de Mayores y Servicios Sociales. España, 2013. Web. 2 de octubre de 2013. http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/convencion_accesible2.pdf

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Human Rights Council Universal Periodic Review (Second Cycle). Web. 14 de octubre de 2013. http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/UPR/UPRFullCycleCalendar_2nd.pdf

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/NgosNhris.aspx>

The Institute of Economics and Peace. Quantifying Peace and Its Benefits. Global Peace Index. 2012. Web. 14 de octubre de 2013. http://www.consulta.mx/web/images/mundo/20120612_2012-Global-Peace-Index-Report.pdf

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

MARLA DANIELA RIVERA MOYA

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como objetivo analizar la relevancia del Estado constitucional de derecho y el enfoque neoconstitucional de los derechos fundamentales. Este tema ha llamado nuestra atención debido a que el cambio de época en curso (de la modernidad a la posmodernidad) ha traído nuevos desafíos para el desarrollo de las sociedades en los ámbitos político, económico, cultural y social, hecho que sin duda obliga a la adaptación del entorno normativo así como de la forma de ejercer el gobierno, la legislación y la jurisdicción.

Por lo anterior, el análisis se presenta de la siguiente manera: en primer lugar se abordará el cambio de época que condiciona al Derecho en nuestros días y que se conoce como transición del Estado de legalidad al Estado de constitucionalidad. Las formas de crear, aplicar e interpretar el derecho ya no operan más como en la época que estamos dejando atrás, si bien aún hoy, desde luego en México,

América Latina y otras regiones, las prácticas añejas aún continúan vivas. No obstante, en la lucha en que nos encontramos inmersos para concretar un nuevo orden jurídico social, los derechos fundamentales de fuente constitucional multidimensional, es decir, sin consideración a las fronteras geográficas y políticas, cada vez se posicionan más en el discurso —y hay que porfiar para que también ocurra en la práctica que los niega con frecuencia— como el eje rector de la vida pública en democracia a favor de las personas.

En segundo lugar, se destaca la importancia y garantía actuales de los derechos fundamentales; su sentido en el ámbito jurisdiccional y sus principios característicos. La Constitución, en el modelo de Estado constitucional de derecho condiciona la validez de todo el Derecho, a la vez que los tratados internacionales fijan principios insustituibles para la jurisdicción nacional.

Así, este ensayo pretende demostrar que la realidad y el Derecho están en pleno proceso de cambios y requieren del permanente estudio de la ciencia jurídica, desde una perspectiva epistemológica analítica y crítica para coadyuvar en el mayor bienestar y desarrollo de nuestras sociedades. Si bien es cierto que las transiciones mencionadas han tenido lugar en la región, también lo es que siguen siendo perfectibles y las democracias constitucionales aún son deficientes pues no han logrado consolidarse en la mayoría de los países de América Latina, la cual se caracteriza por persistentes y graves fenómenos de desigualdad, pobreza, inseguridad y violencia. Desde una perspectiva jurídica, se pretende demostrar que los cambios son parte de nuestra realidad, pero que requieren de aportaciones constantes para incrementar su efectividad no sólo formalmente sino también en su dimensión sustancial o de contenidos.

I. DEL ESTADO DE LEGALIDAD AL ESTADO DE CONSTITUCIONALIDAD

La transición del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho ha traído consigo relevantes transformaciones, no sólo para la ciencia jurídica, sino para la producción misma del derecho, su interpretación y aplicación. Así, es de destacar, por ejemplo, que actualmente el papel del ámbito internacional es un referente obligado tanto en la doctrina como en la aplicación y producción del derecho.

Para hablar de esa transición, es necesario distinguir entre lo que era el Derecho en la etapa *premoderna*¹(del *Iusnaturalismo*), en la etapa moderna (del positivismo jurídico) y en la etapa posmoderna (del Estado constitucional de derecho). En ese sentido, habrá que tomar en cuenta que el *iusnaturalismo* fue distintivo de una época en la que la fuente de producción de la ley no estaba identificada, pues tanto la iglesia, como los estudiosos del Derecho y el mismo Estado podían producirlo atendiendo al principio de *justicia*; lo considerado como *justo* en el ámbito de la creación y aplicación de la ley, estaba legitimado como válido por dicha razón. La distinción entre validez y vigencia no tenían significado en este período y bastaba el hecho de su coherencia con lo considerado como justo. Por tanto, identificamos aquí la moral inserta en el derecho.

La ciencia jurídica estaba unida con el quehacer legislativo, es decir, con la creación del derecho mismo, de aquello que tenía que ser respetado para lograr la convivencia social. ¿Hablaríamos aquí de un verdadero reconocimiento de derechos humanos? Responderíamos que no, pues el fundamento para la creación de la ley no se encontraba salvaguardado por una base mínima de principios inviolables o intocables por la autoridad, sino que el criterio radicaba en la creencia de algo como *justo* para quienes contaban con la potestad de declararlo así.

¹Véase, en particular, la obra de Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*.

El fundamento Iusnaturalista, en perspectiva teológica, que tenía como fuente legitimadora a la justicia, creadora de la ley a través de la doctrina y la jurisprudencia, tenía una pluralidad de fuentes que en cierta forma revelaba muchas ambigüedades. La validez de la norma “dependía de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos” (Ferrajoli, 2005:14).

Hasta aquí podemos distinguir una serie de elementos que sin duda marcan una notable diferencia con el posterior período, el del positivismo jurídico, o estrictamente llamado Estado de derecho. Cabe mencionar la distinción que hace Luigi Ferrajoli (2005), en cuanto al Estado de derecho débil o formal y el Estado de derecho sustancial. El primero identificado sólo por la separación de poderes y la clara definición de sus funciones en cuanto a aspectos formales; es decir, establecidos en la ley. El Estado de derecho sustancial tiene una diferencia al limitar a dichos poderes por los derechos fundamentales y por la misma separación de las funciones de uno y otro poder, no sólo de forma sino también de contenido.

Atendiendo a lo anterior, vale la pena referir que la diferenciación que se hace entre el Estado de Derecho formal y el sustancial tienen como distinción preponderante los derechos humanos. A partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cobra forma un movimiento ideológico que se plasma en dicho documento, en el que el papel de las personas ya no es secundario, y su tratamiento como hombre y como ciudadano se ve diferenciado al reconocer –aunque para algunos se tratase sólo de un aspecto filosófico– los derechos fundamentales (Carbonell, 2012).

A pesar de ello, aún nos encontrábamos embargados por el Estado de legalidad, en el que la ley era la que definía los límites: *nada ni nadie por encima de la ley*. En tal sentido, la separación de poderes estaba ya determinada y el legislador tenía el monopolio para la creación del Derecho. Por ello, la preponderancia del legislativo sobre los otros dos poderes, que tenían que estar sometidos a la ley creada por el legislador; por ello, un juez autómatas que se limitaba a la aplicación literal

de la ley al caso concreto, sin margen de interpretación más allá de la letra del texto legal; y, por tanto, una administración que ya no podía tomar decisiones de manera autónoma sino a partir de la consulta de una asamblea de representantes. En palabras de Ferrajoli (2005:16):

El Estado de derecho moderno nace, con la forma del *Estado legislativo de derecho*, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente [;] [...] una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido «puesta» por una autoridad dotada de competencia normativa.

En este periodo la validez la otorga la fuente única de donde proviene la ley, legitimada por el mismo Derecho; una validez formal que no precisamente busca la coherencia entre los distintos ordenamientos jurídicos que conforman el Derecho sino más bien la existencia misma a partir de quién creó dicha disposición. En este periodo, antinomias y lagunas se encontraban frecuentemente en el entramado legal pues la validez de una norma no se circunscribía a la coherencia con determinada ley superior sino, como ya se dijo, con su fuente de creación, legitimada por la ley misma.

Recordemos que el Estado de Derecho fue un avance trascendental encaminado a la limitación del poder disminuyendo, en cierta forma, arbitrariedades que hasta entonces eran aceptadas y por demás notorias. Un cambio importante con el *Ancien Régime*, en el que el absolutismo predominaba al concentrarse el poder en una sola persona y la arbitrariedad de la actividad estatal, lo que repercutía de manera directa en los individuos. Uno de los principios fundamentales del Estado de derecho es que la misma autoridad limite sus funciones y defina los ámbitos de libertad de los individuos (Zagrebelsky, 2007).

El Estado de derecho se constituye como un límite frente a la administración, la jurisdicción y los individuos, como el gobierno de las leyes y no de los hombres. Se caracteriza por la sumisión de todas

las fuentes del Derecho a la ley, erigida como fuente del Derecho única. Sin duda, el tránsito del poder de decisión en una sola persona para trasladarse, o en su caso, compartirse con una Asamblea de representantes, es notoria y, a su vez, distribuye el poder a fin de que se logre un mayor beneficio de la generalidad.

La historia suele diferenciar el Estado de derecho europeo continental del Estado de derecho británico (Zagrebelsky, 2007), en donde aquél muestra una clara tendencia en trasladar el poder –que con el anterior régimen autoritario se encontraba centralizado en el poder del monarca– a un Parlamento con facultad de decisión tal que la creación de la ley estuviera condicionada únicamente por él; mientras que la tradición inglesa tuvo una clara tendencia hacia la distribución de poder entre ambas esferas y el Parlamento hiciera funciones de asesorar y dirimir controversias. Lo que el máximo poder es en la época *premoderna* del rey o monarca, en la época del *Iuspositivismo* es del Parlamento.

[...] en la idea de [Estado de derecho], en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes [...] (Zagrebelsky, 2007:23)

El Estado moderno había visto la emergencia de la unificación monopólica de las fuentes del Derecho mediante su producción legislativa (y su expresión en la codificación); la disociación entre justicia y ley, colocando en su lugar las condiciones de validez formal

del Derecho; la preeminencia de la autoridad del legislador (y el administrador); un papel limitado al juez mediante la observancia del principio de legalidad que lo vincula y hace del juicio una operación formal cognoscitiva de verificación de los términos de la ley; el *Iuspositivismo* como teoría jurídica predominante; y un papel cognoscitivo descriptivo del Derecho a la ciencia jurídica que se despoja de su carácter normativo tradicional. Este paradigma, fundado básicamente en el principio de legalidad, equivale al Estado de derecho legislativo, dado que la ley es válida en tanto es creada por el poder público, sin que se prejuzguen sus contenidos.

El principio de legalidad era “la culminación de la tradición absolutista del Estado y del derecho natural racional «objetivo», que habían sido su trasfondo y justificación” (Zagrebelsky, 2007: 24); en ese entendido, la asamblea de representantes tenía en sus manos el poder de crear la ley, misma que constituía el bloque inquebrantable para la dirección del Estado. La administración se veía a su vez limitada por la ley y por la asamblea. También es claro que había una división de poderes definida.

Retomando, tenemos un periodo de desarrollo, por un lado, de la creación de la ley y por el otro, del desarrollo de un régimen, que si bien aún no era democrático, si buscaba ir ampliando la participación de un mayor número de ciudadanos. El monarca ya no decide autónomamente, se involucra a una asamblea para crear leyes, misma que estaría conformada por una mayoría que le daría legitimidad a esas leyes.

Tras la Segunda Guerra Mundial, un conjunto de países europeos empezaron a incluir derechos fundamentales en sus textos constitucionales. Esto significó, por un lado, la limitación del poder por el poder mismo y por el otro, que esos derechos fundamentales fueran positivizados y garantizados. Es aquí donde puede hablarse de un Estado constitucional de derecho en el que las constituciones son rígidas por su carácter supremo y se posicionan como el referente y centro del entramado legal; es decir, la validez de las normas ya no radica

en su justicia solamente, o en la legitimidad de la autoridad creadora de la ley, sino en la coherencia de las leyes con la Constitución, si son contrarias a ésta, por lo tanto son inválidas y la autoridad judicial está obligada a declarar su inconstitucionalidad. Hablamos de autoridad judicial porque es característica de este modelo de Estado, la existencia de cortes constitucionales.

Además, el papel de la ciencia jurídica cambia en su totalidad, pues ya no es, como en el primer periodo, fuente productora de leyes, sino más bien se traslada a un ámbito epistemológico, no sólo explicativo sino también crítico.

[...] en el Estado constitucional de derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas. (Farrajoli, 2007:18)

El cambio es tal que ahora la función del juez no está limitada, como en el periodo anterior, a la mera aplicación de la ley, sino más bien a posicionar por encima de ésta a la persona, a partir de los principios enmarcados en la Constitución (ponderación). La Constitución se encuentra en un rango protegido aún por las manifestaciones de mayorías que pudieran contravenir ciertas libertades garantizadas por ella. La actividad jurisdiccional tiene el deber de estudiar la ley antes de su aplicación y si la considera contraria a la Constitución, se encuentra obligada a declarar su inconstitucionalidad. “Aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida” (Ferrajoli, 2007:18).

En el Estado Constitucional, la Constitución reconoce los derechos fundamentales ampliando su nivel de protección y asumiendo a los tratados internacionales como complementarios para la defensa, protección y tutela de aquellos, a través del control de convencionalidad y el control difuso. En ese sentido, es importante recordar que en México, a partir del reconocimiento de la jurisdicción de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, realizado en 1998, la trascendental reforma en materia constitucional de derechos humanos de junio de 2011 y los criterios interpretativos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha venido aprobando, el Estado constitucional de derecho en México está avanzando pasos decisivos pues a la antigua jerarquía normativa de inspiración kelseniana le sucede la noción de «bloque de constitucionalidad» de cuya fuente multidimensional los derechos humanos fluyen interpretativa y argumentativamente para favorecer y proteger lo más posible a las personas en sus esferas de acción individual y colectiva.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

De la mano del Estado constitucional de Derecho, es necesario hablar de democracia, es decir, hoy en día concebimos las democracias constitucionales, pues en el mismo contexto es que se desarrolla en Europa teoría y práctica en torno a ambos aspectos del Estado. “Al establecer en la Constitución los derechos fundamentales, lo que en realidad [se está] haciendo es “juridificar” la democracia: darle forma jurídica y otorgarle de esa manera sustancia y contenido.” (Carbonell, 2013:12)

La relación entre democracia y derechos fundamentales encierran un significado especial que es paradójico o, en palabras de Robert Alexy (2005:37) “dos constataciones opuestas: los derechos fundamentales son profundamente democráticos y a la vez, son profundamente antidemocráticos”. Esto es así debido a que a pesar de que constitucionalmente son protegidos y garantizados aquéllos, también lo es que aunque una mayoría logre consenso amplio en contra de dichas libertades o derechos, éstos no podrán transgredirse a pesar de ello.

Democracia, derechos fundamentales y Estado constitucional de derecho son interdependientes al expresarse los valores democrá-

ticos en las constituciones, y ser éstas las que contengan los derechos fundamentales que deban garantizarse a pesar de existir una justificación colectiva expresada por una mayoría, pues todas las decisiones tomadas deben fundamentarse en la no vulneración de aquellos derechos.

La democracia constitucional es un régimen de gobierno que mezcla principios formales y sustanciales: por un lado las normas formales relativas a quién y cómo gobierna; por otra parte las normas sustanciales que nos indican lo que puede ser realizado por las autoridades y lo que no puede dejar de ser llevado a cabo, como expresión de los mandatos a través de los cuales recogen derechos fundamentales. (Carbonell, 2013:13)

Además, el Estado constitucional de derecho está caracterizado por incluir un control de constitucionalidad, la creación de jurisprudencia por parte de tribunales constitucionales y una ciencia del Derecho Público, que es crítica y explicativa. El Estado constitucional de derecho se distingue por seis principios (o valores) fundamentales: reconocimiento y garantía de la dignidad humana (principio de reserva constitucional); libertad; igualdad; Estado de derecho; democrático y social (Alexy, 2005).

Los derechos fundamentales se distinguen entonces, por una regulación con máximo rango, máxima fuerza jurídica, máxima importancia de contenido y máxima indeterminación al no estar limitados por lo que a la letra puede enunciar la norma escrita, sino que éstos tienen su valor a la luz de la interpretación que los tribunales realicen.

La ley fundamental contiene derechos fundamentales garantizados de manera ilimitada e ilimitable de acuerdo con el tenor de su texto [...]; a través del Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales protegidos sin reserva pueden ser limitados en favor de derechos fundamentales en conflicto de un tercero y de otros valores jurídicos que gocen de rango constitucional (Alexy, 2005:36).

Para el caso mexicano, en lo concerniente a derechos fundamentales, es de referencia obligada la reforma constitucional de junio de 2011; conforme a la cual la Constitución Política mexicana, en su artículo primero, cambia el concepto de garantías individuales por el de derechos humanos, innovación para nuestro país que sienta importantes transformaciones en todo el entramado constitucional y legal, que sin duda van de acuerdo con los parámetros internacionales. Ahora los derechos humanos se reconocen y no se otorgan, se trata de que la autoridad jurisdiccional los debe concebir como tales, interpretarlos y por supuesto aplicarlos. Ahora hablamos de un *bloque de constitucionalidad* en donde la interpretación de las normas debe ser de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales de los que nuestro país sea parte, además de que dicha interpretación siempre sea atendiendo a lo que mayor protección otorgue al titular de derechos, lo que conocemos como el principio *pro homine* (Carbonell, 2011). La Constitución está cargada de valores que se representan como principios constitucionales, mismos que deben ser interpretados y respetados. De modo que hoy en día hablamos del regreso de la moral al derecho, y evidentemente, no en el sentido del Estado *pre moderno*, pues la evolución que hoy se presenta visualiza la protección de los derechos de las personas en su mayor expresión.

Así, las democracias constitucionales son, por un lado, la búsqueda de diversos mecanismos, de los mejores mecanismos, para elegir a los representantes, en donde la ciudadanía es universal y se expresa a partir de la libertad que garantiza el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos, a partir de una amplia protección de derechos fundamentales y por supuesto, respaldados por un texto constitucional que contiene principios para que la actividad jurisdiccional se base en ellos y busque, en todo momento, el bienestar de la persona humana a partir del respeto de su dignidad.

CONCLUSIONES

El Estado constitucional de derecho encierra principios fundamentales que lo caracterizan y distinguen de otros modelos. Así, referirse a Estado constitucional de derecho implica hablar de democracia, y, por ende, de democracias constitucionales. El objetivo de este análisis se centró en destacar, de manera muy breve, los cambios que ha sufrido el Derecho; hacer notar los importantes avances que se han suscitado pero, sobre todo, las grandes deficiencias que aún están presentes para alcanzar los ideales constitucionales, legales y democráticos no sólo formal sino sustancialmente.

La nueva dinámica legal de resolución de conflictos encierra grandes retos que afortunadamente tiene como referente a la Constitución y consecuentemente a los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales hoy son tales gracias y a través de su interpretación, siempre a la luz de los principios constitucionales y los tratados internacionales, basados en el mayor beneficio de las personas. El Estado constitucional y democrático de derecho constituye el distintivo de los Estados posmodernos y no es tema menor difundir este tipo de estudios para contribuir, en alguna medida, a que los gobiernos que dirigen los destinos de las naciones los tomen en cuenta para el mejoramiento en su ejercicio. También creemos que su difusión debe ser considerada por los ciudadanos, quienes tenemos el deber de estar mejor informados para que nuestra participación en la vida democrática sea realmente efectiva y repercuta en la toma de decisiones responsablemente. Si los derechos fundamentales en el ámbito de las esferas públicas de acción están efectivamente protegidos y tutelados, entonces no sólo la democracia sino la vida social, en sentido amplio, resultarán más sustentables en una época de profundos cambios y transformaciones que afectan al conjunto de la civilización.

REFERENCIAS

- Alcántara, Manuel. 2014. “Política y calidad de la democracia en América Latina. Consideraciones complementarias al análisis de Leonardo Morlino”. En IDEA Internacional y LUISS. La calidad de las democracias en América Latina. Informe para IDEA Internacional. IDEA Internacional. En prensa.
- Ávila Ortiz, Raúl. 2009. *Epílogo. Entre la libertad, la justicia y la eficacia en el gobierno: Avances y dilemas del estado constitucional democrático latinoamericano*, en Miguel Carbonell et. Al. (Coord.) “Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica”. IJ/UNAM e IDEA Internacional. México.
- Bobbio, Norberto. 2012. “El futuro de la democracia”. FCE. (7ª reimpresión). México.
- Carbonell, Miguel (Coord.). 2005. “Neoconstitucionalismo(s). Trotta (2ª edición). Madrid.
- _____. 2012. “En los orígenes del Estado constitucional: La Declaración Francesa de 1789”. Fondo editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Perú.
- _____. 2013. “Derechos fundamentales y democracia. IFE. México.
- Córdova Lorenzo y Pedro SALAZAR (Coords.) 2007, “Constitución, democracia y elecciones. La reforma que viene”. IJ/UNAM e IDEA Internacional. México.
- Dahl, Robert. 2009. “La Poliarquía. Participación y oposición”. Tecnos (3ª edición). España.

- Ferrajoli, Luigi. 2006. "Derechos y garantías. La ley del más débil". Trotta (5ª edición). Madrid.
- _____. 2010. "Democracia y Garantismo". Trotta (2ª edición). Madrid.
- OEA. 2011. "Política, dinero y poder". FCE. México.
- PNUD, OEA. 2010. "Informe *Nuestra democracia*". FCE. México.
- Woldenberg, José. 2012. "La transición democrática en México". El Colegio de México. México.
- _____. 2013. "México: la difícil democracia". Taurus. México.
- Zagrebelsky, Gustavo. 2007. "El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia. Trotta (7ª edición). Madrid.

Este libro se terminó de editar en marzo de 2016,
en Austin, Texas; Estados Unidos de Norte América.