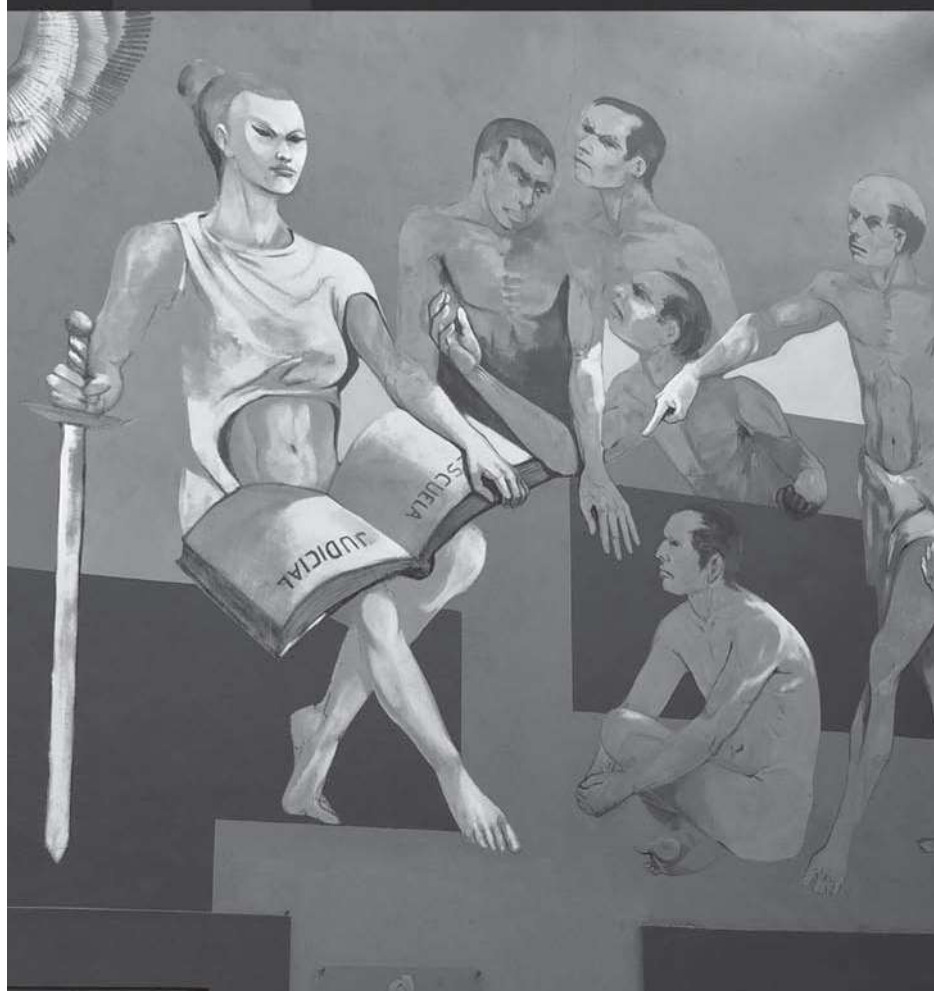




EX LEGIBUS



Ex Legibus es una publicación de carácter científico sobre temas vinculados al derecho judicial y disciplinas conexas, con el objetivo de propiciar el análisis y el debate, así como la reflexión sobre la actualidad de la materia. Sus contenidos están dirigidos a magistrados, jueces, investigadores, docentes, abogados postulantes y estudiantes de ciencias jurídicas en todos sus niveles. Se edita semestralmente los meses de abril y octubre.

La Revista agradece el apoyo brindado por el Centro de Investigaciones de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM) en la dictaminación de los artículos, así como a los Licenciados José Antonio Sandoval Miranda e Iván Martínez Aguirre en la transcripción de las conferencias que forman parte de los trabajos que integran este número.

EX LEGIBUS. Año 6, Núm. 6, abril 2017, es una publicación semestral editada por el Poder Judicial del Estado de México, calle Nicolás Bravo Norte 201, Col. Centro, C.P. 50000, Toluca, México. Tel. (722) 167-9200 ext. 16822, 16804, 16821. <https://www.pjedomex.gob.mx>, legibus@pjedomex.gob.mx, Editor responsable: Leonel Pereznieto Castro. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Título No. 04-2017-112310580800-102. ISSN: en trámite, ambos ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este Número, Leonel Pereznieto Castro, Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México, calle Leona Vicario Norte No. 301 Col, Sta. Clara, C.P. 50060, Toluca de Lerdo, México, fecha de última modificación: cuatro de julio de dos mil veintidós.

Diseño Editorial
Subdirección de Difusión y Extensión
Escuela Judicial del Estado de México

Portada
Mural: "La Cátedra de la Justicia"
Autor: Leopoldo Flores

Las opiniones contenidas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las opiniones o políticas del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial o las de los miembros de su Consejo Editorial.

Se autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta Revista con fines académicos y científicos, siempre y cuando se cite la fuente.

CONSEJO DE LA JUDICATURA

Mgdo. Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza
Presidente

Mgdo. Lic. Palemón Jaime Salazar Hernández
Mgdo. Lic. Juan Manuel Trujillo Cisneros
M. en D. Joel Alfonso Sierra Palacios
Juez Lic. Juan Manuel Télles Martínez
M. en D. Marco Antonio Morales Gómez
Lic. Otoniel Campirán Pérez
Consejeros

ESCUELA JUDICIAL

Dr. Víctor Manuel Rojas Amandi
Director General

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Leonel Pereznieto Castro
Director del Centro de Investigaciones Judiciales, Editor

Dr. Arturo Argente Villarreal
Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey

M. en D. Faustino Carrillo Ahumada
**Juez de Control y Tribunal de Enjuiciamiento
Poder Judicial del Estado de México**

Dr. Mario Cruz Martínez
Universidad Iberoamericana

Dr. Miguel Eslava Camacho
Escuela Normal Superior del Estado de México

Dr. Virgilio Ruiz Rodríguez
Universidad Iberoamericana

Dr. José María Serna de la Garza
Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM

Dra. Yaritza Pérez Pacheco
Secretaria Ejecutiva del Consejo

EX LEGIBUS

Nueva Época, N° 6, abril 2017

ÍNDICE

Editorial	ix
Acerca de los autores	xiii
Abreviaturas	xvii

DOCTRINA

“El constitucionalismo regulativo de los derechos y la justicia” Susanna Pozzolo	21
“Conferencia: Justicia y Castigo” Leonardo Augusto Zaibert	57
“Reforma constitucional en materia laboral y los retos para los poderes judiciales” Arturo Alcalde Justiniani	75
“Resiliencia y escuela, garantes del derecho humano del menor a convivir con ambos padres” Laura Guadalupe Zaragoza Contreras Juan Pablo Águila Franco	97
“Casuística y problemática jurídico pericial en documentos cuestionados” Antonio Rojas Flores	123

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

“La obligación de investigar y sancionar la tortura, y el derecho humano a la tutela judicial efectiva”
Javier Perlasca Chávez..... 139

HISTORIA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

“Notas sobre la formación del abogado en el Estado de México durante el siglo XIX”
María Elena García Díaz 151

COMENTARIOS

“Justicia, Concordia y Diálogo. Un Enfoque Clásico”
Héctor Zagal 161

“Acceso a la Justicia y Derechos Económicos, Sociales y Culturales”
Mario Cruz Martínez 169

RESEÑAS

Habermas, Jürgen, Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, 3era. edición, Editorial Trotta, Madrid, 2001, 689 pp.
Víctor Manuel Rojas Amandi 179

Rawls, John, Teoría de la Justicia, Traducción de María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, 11ma. reimpresión a la 2da. edición en español de 1995, México, 2015, 549 pp.
Leonel Pereznieto Castro 185

Roldán Orozco, Omar Giovanni, La Función Garante del Estado Constitucional y Convencional de Derecho, México, UNAM-III, 2015, 167 pp. Rafael Perea Mondragón	189
---	-----

DOCUMENTOS

Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 25 de octubre de 1980. Concordada con el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México y las Tesis Aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	195
Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, 15 de julio de 1989.	219

EVENTOS

Programación académica de la Escuela Judicial del Estado de México	231
--	-----

EDITORIAL

La función jurisdiccional consiste en la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del orden jurídico, lo que constituye la principal razón del Estado en su misión de administrar justicia. El Poder Judicial en la división tripartita de los poderes públicos ejerce la función de impartir justicia, pero en el mundo interrelacionado en el cual vivimos esta función implica no sólo un sólido conocimiento del Derecho sino también del conocimiento del ser humano y su sociedad.

El Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México, en esta oportunidad presenta el número 6 de la Revista Ex Legibus dedicado a la Función Jurisdiccional, con interesantes ensayos, estudios de doctrina y conferencias recogidas en formato escrito, comentarios a resoluciones judiciales destacadas, y temas de ensayos históricos sobre el quehacer judicial del Estado de México, reseñas de libros, documentos e información sobre los eventos académicos más destacados organizados por la Escuela Judicial.

La sección Doctrina cuenta con cinco contribuciones. La profesora italiana, Susanna Pozzolo, en su estudio “El constitucionalismo regulativo de los derechos y la justicia” aborda el término justicia como un criterio para evaluar las instituciones y la calidad del sistema jurídico y social, visto desde el ámbito contemporáneo, como una referencia a la acción del legislador que, tratando a los ciudadanos como iguales y con respeto, produce normas que permiten obtener una situación “justa”, para ello, de dichas normas y más aun de

los derechos constitucionales, se crea la obligación del Estado de actuar en pos de la igualdad y del respeto a los Derechos Humanos.

En la conferencia “Justicia y Castigo” del Leonardo Augusto Zaibert, el autor sostiene que no cabe duda que cuando se castiga a una persona lo que se persigue es que esta sufra, lo que no es un problema meramente teórico sino también práctico. Entendiendo por sufrimiento, en términos generales, experimentar algo que no se quiere que ocurra. Se diserta sobre el “problema del castigo” y las diferentes posturas desde las cuales se ha tratado de justificar, para plantearnos su propuesta teórica al respecto.

Es interesante la disertación en torno a la “Reforma constitucional en materia laboral y los retos para los poderes judiciales”, presentada por Arturo Alcalde Justiniani, quien desde su experticia en Derecho laboral nos brinda su perspectiva sobre los grandes retos que enfrentan los poderes judiciales, ante las llamadas “reformas vinculadas a la justicia cotidiana”, anunciadas en diciembre de 2015, por el presidente Enrique Peña Nieto. Aun cuando no solamente se refiere a temas laborales, sino también a temas civiles, familiares y el denominado “derecho cotidiano”, es decir, aquellos fenómenos que en la práctica tienen difícil instrumentación, pero tienen que ver con el día a día del ciudadano común.

También el estudio “Resiliencia y escuela, garantes del derecho humano del menor a convivir con ambos padres”, de los investigadores Laura Guadalupe Zaragoza Contreras y Juan Pablo Águila Franco, se decantan por reafirmar el derecho de los menores a la convivencia con sus padres, para estos últimos, se convierte en una obligación toda vez que el Estado a través de sus órganos debe garantizar a los menores el ejercicio de sus derechos y, en su caso, hacer valer las obligaciones de los gobernados de manera coercible; en cada caso concreto se debe intentar una acción jurisdiccional, para que en vía de

sentencia el juzgador competente ordene el cumplimiento de la obligación de los padres a la convivencia con sus hijos.

Por último, el trabajo sobre “Casuística y problemática jurídico pericial en documentos cuestionados”, de Antonio Rojas Flores, es producto de una interesante conferencia en la cual el autor, desde su experiencia como perito en “documentos cuestionados”, nos presenta una problemática jurídico pericial que es causa de la pérdida de patrimonios, libertades, etc., porque hay un desconocimiento sobre cómo manejar ese tipo de pruebas, desde diferentes perspectivas. Sostiene que con los conocimientos necesarios se puede realizar un examen objetivo de las pruebas y, en su caso, desestimar las pruebas periciales que no cumplan con las características mínimas requeridas.

En la sección Comentarios Jurisprudenciales, el Dr. Javier Perlasca Chávez, visitador de la CDH de Jalisco nos presenta un análisis de una tesis aislada el cual ha intitulado “La obligación de investigar y sancionar la tortura, y el derecho humano a la tutela judicial efectiva”. Continuando con la promoción de la memoria histórica del Poder Judicial del Estado de México, la Lic. María Elena García Díaz nos remonta hasta los primeros antecedentes de los estudios jurídicos en el Estado de México en 1824.

Dos conferencias impartidas en el marco de importantes eventos académicos de la Escuela Judicial integran la sección Comentarios: una intitulada “Justicia, Concordia y Diálogo. Un Enfoque Clásico” del Dr. y filósofo Héctor Zagal, la segunda dedicada al “Acceso a la Justicia y Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, de Dr. Mario Cruz Martínez, profesor muy activo de nuestra Escuela Judicial.

En la sección Reseñas se incluyen tres obras de sumo interés para el ejercicio de la función jurisdiccional: una obra de Jürgen Habermas, “Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado

democrático de derecho en términos de teoría del discurso”, reseñada por el Dr. Víctor Rojas Amandi; la extraordinaria obra de John Rawls, “Teoría de la Justicia”, traducida al español por María Dolores González, reseñada por el Dr. Leonel Pereznieto Castro; así como el texto “La Función Garante del Estado Constitucional y Convencional de Derecho”, de Omar Giovanni Roldán Orozco, reseñada por el Mtro. Rafael Perea Mondragón.

Finalmente, en la sección Documentos se presentan dos instrumentos internacionales sobre restitución internacional de menores, una en el ámbito universal y otra del ámbito regional, se trata de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del 25 de octubre de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del 15 de julio de 1989. Ambas convenciones concordadas con el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México y las Tesis Aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Este número de la nueva época de la Revista Ex Legibus nos mantiene firmes en nuestro compromiso de difusión del conocimiento del Derecho Judicial, así como en la intención de consolidarnos en un espacio propicio para el análisis y el debate. Agradecemos profundamente a todos los que participaron en la elaboración del presente número.

ACERCA DE LOS AUTORES

1. **Juan Pablo Águila Franco.** Licenciado en Derecho por el Instituto Universitario del Estado de México. Maestría en Derecho Constitucional y Amparo en la Universidad del Valle de Toluca.
2. **Arturo Alcalde Justiniani.** Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Licenciado en Relaciones Industriales por la Universidad Iberoamericana. Miembro del Comité de Directores de la *International Labor Rights Fund*. Titular del despacho Asesoría Legal Laboral.
3. **Mario Cruz Martínez.** Doctor en Derecho por la Universidad de Roma. Estancia profesional en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, DC. Estancia Académica en American University, Washington DC. Diplomado en Derecho Comparado por la Universidad de París. Maestro en Derecho por la Universidad de Roma. Maestro en Filosofía de la Universidad de la Sorbona. Licenciatura en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Académico de Tiempo Completo de la Universidad Iberoamericana. Actualmente es Investigador del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.
4. **María Elena García Díaz.** Licenciada en Historia por la Universidad Autónoma del Estado de México. Actualmente se encuentra adscrita al Centro de Información y Documentación “Mgdo. Lic. Edmundo Durán Castro”, donde se desempeña como Auxiliar de Proyecto de la Escuela Judicial del Estado de México, sede Toluca.

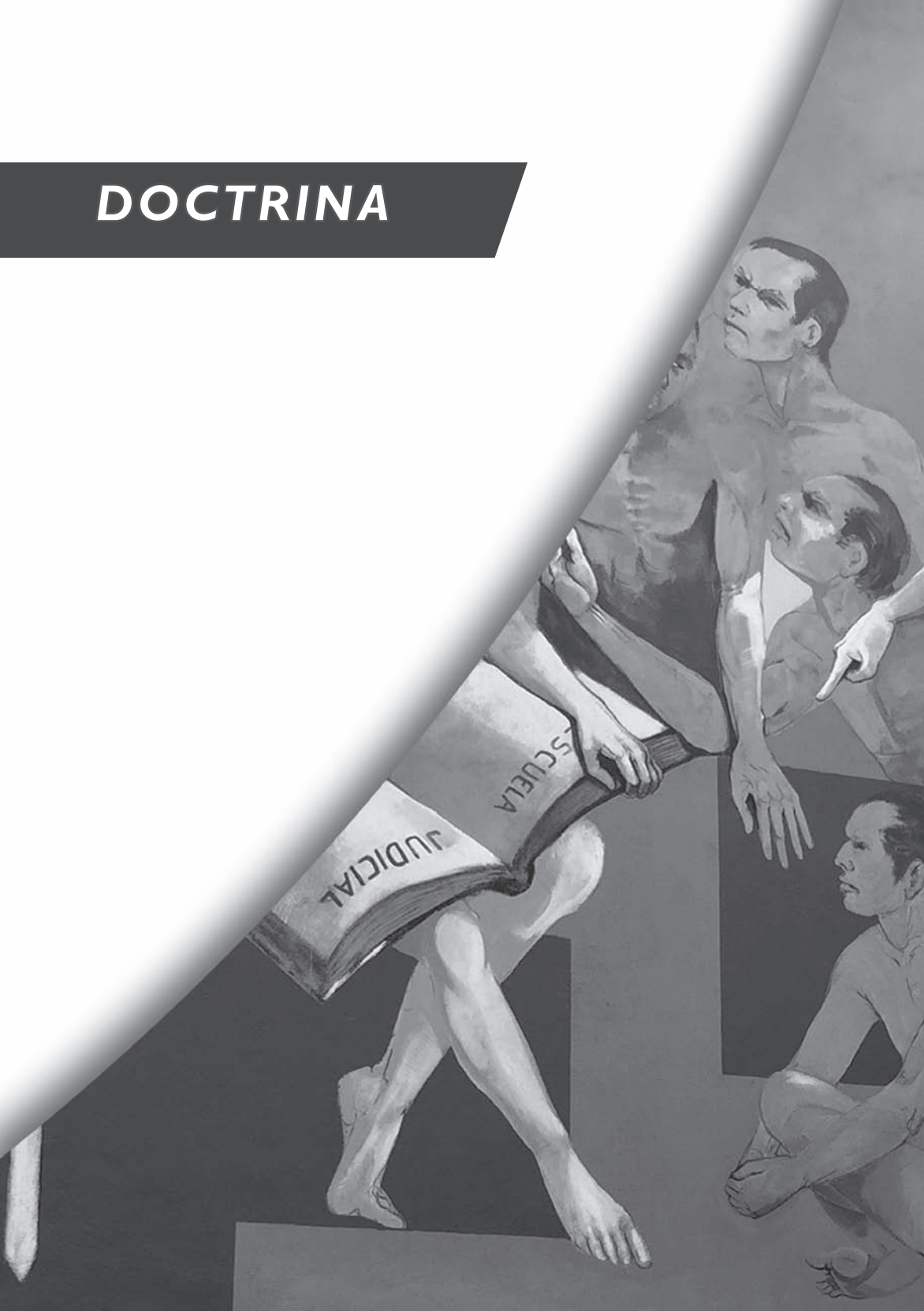
- 5. Rafael Perea Mondragón.** Maestro en Administración Pública y Licenciado en Derecho por la Universidad del Valle de México (UVM). Profesor por asignatura de la UVM. Actualmente es el Secretario particular del Director General de la Escuela Judicial del Estado de México y Subdirector de Carrera Docente.
- 6. Javier Perlasca Chávez.** Doctor en Derecho por el Instituto de Altos Estudios Jurídicos. Maestro y Licenciado en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Profesor en la licenciatura y Maestría en Derecho, y miembro de las academias de Derecho Constitucional y de Argumentación Jurídica, en la Universidad de Guadalajara. Actualmente se desempeña como Cuarto Visitador General de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco.
- 7. Leonel Pereznieto Castro.** Doctor en Derecho por la Universidad de París. Profesor de Carrera de Tiempo Completo, Titular "C" en la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel III). Actualmente es el Director del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.
- 8. Susanna Pozzolo.** Egresada de la Universidad de Génova. Doctorado en Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho, Universidad de Milán. Profesora del Departamento de Derecho, Universidad de Brescia, Italia.
- 9. Víctor Manuel Rojas Amandi.** Doctor en Derecho por el Instituto Max Planck de Derecho Público y Derecho Internacional Público de la Universidad de Heidelberg en Alemania. Doctor en Derecho Europeo y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, España. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel III). Actualmente es el Director General de la Escuela Judicial del Estado de México.

10. **Antonio Rojas Flores.** Maestro en Ciencias Penales y Criminalística. Diplomado en Grafoscopia y Documentoscopia. Perito en Grafoscopia y Documentoscopia, en hechos de tránsito terrestre, en documentos cuestionados, en valuación de bienes inmuebles. Ha impartido diversos cursos en Universidades públicas y privadas. Es catedrático de la Escuela Judicial del Estado de México.
11. **Leonardo Augusto Zaibert.** Ph. D., Philosophy, State University of New York, Buffalo. Licenciado en Derecho por la Universidad Santa María, Caracas, Venezuela. Profesor de Filosofía y Jefe de Departamento en Union College, New York.
12. **Héctor Zagal.** Doctor en Filosofía por la Universidad de Navarra (España). Maestro en Filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Licenciado en Filosofía por la Universidad Panamericana (México). Egresado del Programa de Dirección (DI) del Instituto Panamericano de Alta Dirección de Empresa (IPADE). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel II). Profesor investigador de la Facultad de Filosofía de la Universidad Panamericana. Actualmente es miembro de número de la Academia Iberoamericana de Comunicación y Defensa de la Lengua Española, miembro del consejo editorial de la revista Logo de la Asociación Española de Estudios sobre Lengua, Pensamiento y Cultura Clásica.
13. **Laura Guadalupe Zaragoza Contreras.** Doctora en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Iberoamericana. Profesor-Investigador de la Escuela Judicial del Estado de México.

ABREVIATURAS

art.	artículo
<i>cit.</i>	citada
<i>cfr.</i>	confróntese, confrontar
comp., comps.	compilador, compiladores
coord., coords.	coordinador, coordinadores
dir, dirs.	director, directores
ed., eds.,	editor, editores
esp.	especialmente
<i>et. al.</i>	y otros
<i>Idem</i>	corresponde a la obra citada inmediatamente antes
<i>Ibidem</i>	corresponde a la obra citada inmediatamente antes, pero con diferente páginas.
<i>in fine</i>	al final
núm., núms.	número, números
<i>op. cit.</i>	obra citada
p., pp.	página, páginas
<i>passim</i>	en varias partes
s.a.	sin año de publicación
s.e.	sin editorial
s.f.	sin fecha de edición
s.l.i	sin lugar de impresión
s.p.i.	sin pie de imprenta
ss.	siguientes
t., ts.	tomo, tomos
<i>vgcia.</i>	por ejemplo
<i>vid.</i>	veáse
vol., vols.	volumen, volúmenes
vs., c.	versus, contra

DOCTRINA



EL CONSTITUCIONALISMO REGULATIVO DE LOS DERECHOS Y LA JUSTICIA*

THE REGULATORY CONSTITUTIONALISM OF RIGHTS AND JUSTICE

*Susanna Pozzolo***

RESUMEN: Se aborda el término justicia como un criterio para evaluar las instituciones y la calidad del sistema jurídico y social. La justicia desde un ámbito contemporáneo es vista como una referencia a la acción del legislador que trata a los ciudadanos como iguales y con respeto y, en esa medida, produce normas que permiten obtener una situación “justa”. Para ello, de esas normas y de los derechos constitucionales se crea la obligación del Estado de actuar en pos de la igualdad y del respeto. Se analiza la transición del constitucionalismo de oposición a uno garantista, presentando un doble fenómeno, la conclusión de un constitucionalismo de oposición vertical y el inicio del constitucionalismo regulativo con su oposición horizontal, de tal manera que se inclina gradualmente hacia el tema de la gobernabilidad, ya que al situarse en una perspectiva horizontal, la constitución se transforma en un instrumento para resolver conflictos cotidianos, lo mismo que una ley. Concretando el estudio en la normativa europea y el modo en que ésta, en conjunto con los organismos internacionales, puede afectar directamente los derechos constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Estado de derecho, igualación de oportunidades, competición.

* Este artículo es producto de la transcripción autorizada por la autora de la Conferencia Magistral “La Justicia: de la Redistribución al Reconocimiento”, impartida en el marco del 3er. Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, el día 05 de octubre de 2016, en Aula Magna de la Escuela Judicial del Estado de México. Una versión preliminar ha sido ya publicada en la *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales*, UJAT, año 5, núm. 9, julio-diciembre 2017, México, pp. 39-54, con el título “El constitucionalismo de los derechos y la justicia”, <http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/1949>.

** Egresada de la Universidad de Génova. Doctorado en “Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho”, Universidad de Milán. Profesora del Departamento de Derecho, Universidad de Brescia, Italia.

ABSTRACT: The term justice is addressed as a code to measure the institutions and the quality of the legal and social system. Justice is seen from a contemporary environment as a reference of the actions of the legislator, that treats citizens as equals and with respect, And in this sense, produce regulations that allowed obtaining a “fair” situation. For that purpose, from those regulations and constitutional rights, the obligation of the state it is established to act in pursuit of equality and respect. The transition of the constitutionalism of opposition to one with guarantees is evaluated, which put forth a dual phenomenon, the termination of the constitutionalism of upright opposition and the beginning of the regulative constitutionalism with horizontal opposition, gradually involving matters of governance, since the constitutions is oriented to a horizontal perspective it becomes an instrument to solve ordinary issues, the same as a law. Specifying the study of the European Legislation and the way it functions, along the international organism can directly affect the constitutional rights.

KEYWORDS: Rule of law, equalization of opportunities, competition.

Recepción: 05/10/2016

Aceptado para su publicación: 15/05/2017

SUMARIO

1. El concepto de justicia y el Estado contemporáneo. 2. Del constitucionalismo de oposición al constitucionalismo de los derechos (o sea de la oposición a la regulación). 3. Los derechos y la regulación. 4. Déficit cero y garantías constitucionales. 5. Bibliohemerografía.

1. El concepto de justicia y el Estado contemporáneo

Abordar el tema de las relaciones entre derecho y justicia puede parecer muy simple o muy complejo. Yo me inclino por el análisis complejo. Por esta razón, entre otras, me parece útil realizar una aproximación a este problema delimitando el sentido del término 'justicia' a los usos relacionados con la producción de reglas heterónomas. En lo que sigue, no me ocuparé de los problemas definitorios relativos al término en cuestión.¹

"Justicia", entonces, será el nombre del criterio para evaluar las instituciones y la calidad del sistema jurídico y social. En este sentido, se puede decir que el término remite a la idea de equilibrio y a la de igualdad, así como también a la de armonía del orden normativo. La idea de justicia, el criterio de lo justo, determina qué reglas se tienen que aplicar y define en qué ámbitos y en qué medida la igualdad debe ser perseguida. En particular, en la aplicación de las normas, la justicia garantiza el igual tratamiento, por lo que se presenta también como un fin social.

Hablando de la realidad contemporánea, creo que uno de los sentidos más compartidos —aquel central, se podría decir— del término justicia hace referencia a la acción de un legislador que, tratando a los ciudadanos como iguales y con respeto, produce normas que permiten obtener una situación justa, también

1 Hart en su concepto del Derecho habla de la justicia como igualdad; es decir, de un concepto cuyo criterio de verificación cambia con el cambio de los objetos a los que se aplica.

con el respaldo de la aplicación de sanciones por parte de la magistratura, que la aplica en modo consecuente y coherente las reglas promulgadas. Cuando hablamos de justicia en relación a la comunidad política, inmediatamente pensamos en regulaciones que a) reconocen a todas las personas las libertades fundamentales y reconociendo el pleno respeto a todos los componentes de la comunidad, b) establecen la redistribución, entre todos sus participantes, de la riqueza producida por la sociedad en su conjunto, según algún criterio evaluado como justo.²

Tomando este marco conceptual, me concentraré en los Estados constitucionales contemporáneos.

Antes que nada, se debe dejar en claro que existe una variabilidad semántica vinculado con el concepto general de 'regulación justa'; sin embargo, en lo particular concuerdo con la idea según la cual una sociedad justa tiene que tratar a sus componentes en modo igual y con respeto ofrece un criterio básico.³

En los Estados modernos la idea de tratamiento igual y respetuoso de los ciudadanos pasa por el reconocimiento de derechos y por la redistribución de la riqueza producida socialmente. Es verdad que la intervención del Estado, además de redistributiva, es reparadora y de corrección, porque se preocupa por tratar los desequilibrios que se producen en la sociedad y por castigar a quien viola las normas.

Sin embargo, el tema de la redistribución es el que ocupa el debate —juzgando la intervención del Estado en la vida social— al menos desde el siglo XIX. En particular, cuando los pobres ya no fueron considerados un problema de beneficencia, sino una cuestión social y de política pública, finalmente el Estado asumió el deber de dividir los bienes producidos por la sociedad entre

2 Dejo del todo abierto el tema de la justicia internacional, que en esta sede no voy a abordar.

3 En este sentido se afirma el principio "a cada uno el suyo" o de "igual tratamiento entre iguales" y así por el estilo.

los individuos de la misma comunidad. Esto, por supuesto, con el objetivo de reducir la desigualdad, o al menos de procurar un nivel mínimo (fundamental, diríamos hoy) para todos los componentes del grupo. Afirmandose este deber, se establece entonces que cualquier persona tiene derecho a algunos bienes con independencia de sus méritos, solo por ser parte de la comunidad. Desde una perspectiva moderna la justicia distributiva, se construye alrededor de la idea de pertenencia a una comunidad política y se instituye como una forma de justicia social dirigida a reasignar los productos sociales.

El Estado contemporáneo realiza esta redistribución a través de la política tributaria: definiendo e imponiendo tributos, el Estado financia sus actividades y ofrece una redistribución de la riqueza entre los individuos de la colectividad directamente o mediante servicios de varios tipos. A veces, incluso, interviene en el mercado a la par que los otros actores. En otras circunstancias, en cambio, aprovecha su posición dominante y, por ejemplo, impone “controles de precios” sobre determinados productos y servicios o niega determinados permisos para sus distribución. Con estas políticas el Estado participa en el desarrollo económico de la sociedad, favoreciendo o desalentando comportamientos de individuos y empresas.⁴

En todo caso, lo que se tiene que subrayar aquí es como la raíz primaria de la redistribución se encuentra en el principio de reciprocidad, que ha terminado por coincidir con el de pertenencia. Por lo que se refiere a los Estados contemporáneos, en particular a los llamados social-democráticos, la pretensión consiste precisamente en desarrollar políticas tributarias que permitan una redistribución de la riqueza que pueda decirse, en algún sentido, *justa*: en una escala gradual, se podría decir, que

4 El Estado siempre tiene, en algún sentido al menos, un efecto redistributivo, pues necesariamente algunos beneficios públicos se extienden a todas las personas (aún se tratase del estado guardián), así, por ejemplo: la defensa exterior del Estado en relación a posibles amenazas de otros Estados, el logro de un medio ambiente limpio, etc. RIVA, N., “Reciprocità e politica tributaria”, en ALBERTINI, F.V., L. Cominelli, V. Velluzzi (eds.), *Fisco, efficienza ed equità*, Pisa, ETS, 2015, pp. 15-41.

esto se declina a lo largo de una línea que une la igualdad de oportunidades a la garantía de los derechos básicos.

Considerando el pensamiento jurídico y político del último siglo esta redistribución representa la justificación del orden jurídico mismo, puesto que una característica fundamental de tal pensamiento es precisamente la idea conforme a la cual se necesita de la intervención del Estado en la vida social porque, en su ausencia, se verificaría una mala o peor —y seguramente una más injusta— distribución de los bienes producidos socialmente.⁵ La filosofía sobre la cual se fundamenta esta construcción político-jurídica ve a los componentes de la sociedad como actores involucrados en un juego de reciprocidad que permite la producción de un bienestar mayor del que tendrían si actuaran de modo aislado. Un *bienestar* que puede consistir en riqueza, en seguridad personal o en otro objetivo que se considere valioso, y que, en todo caso, tiene que ser redistribuido para beneficio de todos: se trata de la idea subyacente a la teoría del contrato social, a través del cual —*ex hypothesi*— se superan los límites que la naturaleza ha impuesto a cada persona considerada aisladamente. En este marco se sitúa también la previsión de los derechos, a los que se asigna una doble función: en primer lugar, la de ser el “esqueleto” del Estado legítimo y, luego, la de constituirse en garantías para los individuos.

En lo que nos ocupa, es importante señalar entonces el enriquecimiento del concepto moderno de justicia con la previsión, además de los derechos de libertad (o contra el poder político), de los derechos llamados positivos (o de prestación por parte del Estado). Estos últimos, cuando hacen referencia a bienes escasos, como normalmente es el caso, se pueden reconstruir también como derechos *contra el poder de los demás ciudadanos* (sean personas o empresas), puesto que su disfrute implica algún tipo de competencia entre los diferentes individuos que

⁵ Se trata de “productos sociales” porque son el resultado de la existencia de la sociedad y sin ella no existirían.

forman parte de la comunidad.⁶ Concretamente, los derechos constitucionales son los que *obligan* al Estado a actuar en pos de la igualdad y del respeto a todas las personas; aun cuando los derechos que requieren una concretización, como son todos los que establecen un servicio o una prestación (o sea todos los que miran a una redistribución de la riqueza social), pueden ser articulados y medidos por el legislador en distinta forma, cosa que puede implicar la aceptación de un cierto grado de desigualdad en la sociedad.

Como escribía Ernesto Garzón Valdés, con referencia a la teoría liberal, creo que se puede asumir que el Estado constitucional tiene como presupuesto fundamental el reconocimiento, la preservación y el fortalecimiento de la autonomía de las personas.⁷ Con esto quiero decir que se puede identificar el objetivo del Estado constitucional contemporáneo con la construcción de un ordenamiento jurídico que logre garantizar a todos los individuos la posibilidad de elegir libremente su propio plan de vida en base a sus deseos e intereses personales (con el límite, claro está, del respeto de los derechos de los demás). Para este fin, se ha encontrado en los derechos fundamentales el instrumento para satisfacer la necesidad de asegurar unos bienes básicos, por los cuales el Estado redistribuye la riqueza producida, asumida como un logro social y no meramente individual.

En otras palabras, se puede afirmar que para su legitimidad el Estado tiene que hacerse cargo de garantizar la libertad y su ejercicio.⁸ La redistribución se verifica, en primer lugar, a través de los mismos derechos básicos de los que todos los individuos de la comunidad son titulares simplemente por ser parte reconocida por la sociedad (como un efecto obvio derivado del contrato

6 Se tiene que considerar además el fenómeno de los efectos horizontales de los derechos constitucionales GUASTINI, R., *Interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.

7 GARZÓN VALDÉS, E., *Tolleranza, responsabilità e stato di diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 65. Del mismo autor, "Ipocrisia, simpatia e Stato di diritto". *Claves de razón práctica*, núm. 101, 2000, pp. 10-19.

8 POZZOLO, S., "La libertà dalla povertà come diritto fondamentale", en: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 2, 2004, pp. 467-500.

social). En nuestras sociedades este reconocimiento es la medida fundamental de la igualdad y del respeto. Sin embargo, está claro que este resultado no se obtiene automáticamente de la previsión abstracta de los derechos fundamentales (formulados como principios), sino a través de la previsión de un sistema de reglas jurídicas que determine un marco formal dentro del cual los individuos puedan gozar de sus derechos. Normalmente, se trata de un marco que procura la *igualación de las oportunidades* y que a lo máximo tiene solo una *tendencia* a la viabilidad sustantiva de la igualación. Obviamente, en la realización efectiva de esta igualdad inciden muchos factores, entre otros también la cultura, los recursos disponibles, las condiciones de salud de los ciudadanos, etc.

La igualdad de oportunidades se realiza, en todo caso, al menos en dos modos: como ya se dijo, mediante la atribución de derechos a los ciudadanos/as o mediante la igualación de oportunidades en la competición. Es decir, mediante la equiparación entre los individuos que compiten entre ellos para adjudicarse ciertas oportunidades socialmente escasas: como una particular posición social o un cargo público, una beca o un trabajo específico. Se tiene que subrayar como la igualdad resultante de la afirmación de los derechos determina una igualdad *estructural* para que los individuos tengan una posición básica similar entre ellos, entonces se nota como esta postura pone en discusión la repartición del poder, de la cultura y de los recursos preexistentes típicamente desiguales: la sociedad actúa procurando ventajas mutuas a sus componentes evidenciando así su valor, puesto que antes de esta no había igualdad.⁹ El derecho entonces instituye un cambio respecto a la desigualdad natural (y social) anterior a su establecimiento. La igualdad en las oportunidades para competir, diversamente, no pone lógicamente en tela de juicio la repartición existente entre los individuos, puesto que la competición mantendrá al final las diferencias.¹⁰

⁹ *Idem.*

¹⁰ RIVA, N., "L'eguaglianza delle opportunità come criterio di giustizia", *Working papers*, Centro Einaudi, núm. 4, 2009, p. 19. Como justamente señala Nicola Riva siempre se consideran

En ambos casos, el objetivo básico de la sociedad es neutralizar la influencia de las desventajas naturales (sobre las cuales el individuo no tiene ni mérito ni culpa) que procuran desigualdades sociales que tienen que considerarse moralmente irrelevantes, permitiendo llevar la competición entre las personas a niveles superiores. Entre los factores que afectan los resultados obtenidos por los individuos con independencia de su voluntad o mérito se encuentran, por ejemplo, el nacer en una cultura más o menos tradicional,¹¹ el nacer o no en una familia que estimule el florecimiento de la persona, el nacer con una salud mental o física más o menos buena, y así por el estilo.¹² El sistema de derechos constitucionales trata de traducir en derecho la irrelevancia moral de estas diferencias; aun sea por límites de hecho y no conceptual, claramente este sistema se dirige solamente a algunos factores, quizás los más básicos pero sumamente importantes para crear una base que permita a los individuos perseguir sus propios planes de vida y también adjuntar colectivamente otros derechos fundamentales.

Entonces, el Estado constitucional contemporáneo, además de la promesa de garantizar la libertad externa,¹³ asume la de garantizar la libertad interna,¹⁴ con la protección de los derechos. Aun considerando las diferencias que se pueden encontrar en la literatura, ésta es su base justificativa que se desarrolla a partir de la idea de reciprocidad y de neutralización de la naturaleza.

Más o menos implícitamente se deriva, entonces, que las personas merecen algo moralmente solo cuando este “algo” se encuentra

unas oportunidades no siendo posible considerar en abstracto la igualdad o desigualdad de oportunidades.

11 Cosa que puede favorecer o dificultar, por ejemplo, que una mujer complete su instrucción académica, además de su futura independencia económica.

12 El tema de los factores para calcular la responsabilidad y el mérito es muy complejo y difícil para ser discutido brevemente. También la cantidad de voluntad que el individuo “logra usar” —entendida como una dote personal— puede ser algo que no depende de su mérito.

13 Libertad de acción y de movimiento: la ausencia de constricción.

14 El reconocimiento de la autonomía del sujeto, de la posibilidad de aspirar sin algún tipo de regulación heterónoma al logro de un cierto fin, o de perseguir un plan de vida.

bajo su control, a esto sigue que la tarea del derecho sea de actuar principalmente contra la mala suerte natural. En lo natural no se deberían considerar solo dotaciones de calidad y capacidad personal, pues también se tendría que considerar la situación social y económica presente al momento en que se establecen las reglas: es decir, se tienen que desnaturalizar también las diferencias heredadas por sociedades anteriores. El objetivo político del constitucionalismo de los derechos se sintetiza, entonces, en esta tendencia desnaturalizante de la justicia al menos hasta un cierto grado.

A partir de este *background*, se puede resumir diciendo que el Estado constitucional democrático contemporáneo se configura *contra* la naturaleza en dos sentidos distintos: i) porque reequilibra artificialmente la fuerza y la debilidad mediante sus reglas y organismos institucionales y ii) porque la idea misma de justicia, que se ubica en la base de esta sociedad, se muestra hostil a una distribución casual (o natural) del poder y de los bienes, confiando en su capacidad de modificarla de manera justa.

2. Del constitucionalismo de oposición al constitucionalismo de los derechos (o sea de la oposición a la regulación)

La historia del constitucionalismo es antigua y no me atrevo a proponer una reconstrucción. Quisiera, nada más, trazar sintéticamente el marco de la reflexión de estas páginas. Se pueden ubicar las raíces del discurso constitucional contemporáneo en las ideas revolucionarias que llevaron al establecimiento de la Constitución estadounidense y de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Este momento histórico representa una ruptura, un cambio de perspectiva con relación al pasado.¹⁵ Aun cuando en distinta medida ambas

¹⁵ La literatura en cuestión es vasta. Aquí traigo a colación solo los siguientes textos: MCI-LWAIN, C.H., *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), Il Mulino, Bologna, 1990; TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976; COSTA, P. e D. Zolo, *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milán, 2002.

revoluciones aportaron elementos a la moderna concepción constitucional, a mi modo de ver es en particular la Revolución francesa aquella que resulta determinante,¹⁶ por la doctrina subyacente al proyecto en relación a la afirmación (reconocimiento) de los derechos y del control (establecimiento y dibujo) de las instituciones. Se trata de una asunción de responsabilidad que marca concretamente un cambio respecto al constitucionalismo antiguo puesto que desde ese momento la sociedad se funda sobre un *orden artificial*, voluntariamente impuesto por los seres humanos a la naturaleza.¹⁷ Estas constituciones, diseñadas para tener una larga vida bajo la creencia de que los aspectos de base de la sociedad son inmutables, llevan a cabo la positivización de los derechos individuales,¹⁸ proyectados como armas “naturales” *contra* el poder político, en el marco de una visión aún piramidal de la sociedad. El poder político se sitúa al vértice de la pirámide, desde donde verticalmente se impone a los ciudadanos: contra éste los ciudadanos afirman sus derechos delineando sus espacios de libertad. Es éste el ideal liberal de los burgueses: los ciudadanos

16 Hay que recordar que incluso la Constitución norteamericana usa aquel “We the People” determinante para la toma de control, por parte de los hombres, de sus propias instituciones. POZZOLO, S., *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, 2001, Cap. I, traducción castellana Palestra, Lima, 2011.

17 Thomas Paine (Los derechos del hombre, 1792) escribía: “La constitución no es cosa de hombres sino de hechos, teniendo una existencia real, y no ideal; donde quiera que no se pueda exhibir en forma visible, no hay tal constitución. Una Constitución es una cosa que precede a un gobierno, y un gobierno es tan sólo la criatura de una Constitución. La Constitución de un país no es obra de su gobierno, sino del pueblo que así constituye un gobierno. Es el conjunto de elementos a que podéis referiros y que podéis citar artículo por artículo; conjunto en el que se contienen los principios sobre los que el gobierno ha de ser establecido, la forma en que se habrá de organizar, los poderes que tendrá, el carácter de sus elecciones, la duración de las legislaturas, los nombres que han de llevar las cámaras, los poderes que tendrá la parte ejecutiva, y, en resumen, todo cuanto se refiera a la completa organización de una forma de gobierno, y de los principios en que lo dirigirán, y por los que estará sujeto. Por lo tanto, una Constitución es, con respecto a un gobierno, lo que las leyes dictadas posteriormente por este gobierno son con respecto a un tribunal de justicia. El tribunal de justicia no hace las leyes ni puede alterarlas, limitándose a actuar de acuerdo con las leyes establecidas: del mismo modo el gobierno es gobernado por la Constitución”.

18 Entre los muchísimos libros se encuentra, por ejemplo, FACCHI, A., *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bolonia, 2007, que acuerda JELLINEK, G., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, en: CARBONELL, M. y A. Posada (eds.), UNAM, México, 2000, p. 82: “Merced a la Declaración de los Derechos es como se ha formado con toda su amplitud, en el derecho positivo, la noción, hasta entonces solo conocida en el Derecho natural, de los derechos subjetivos del miembro del Estado frente al Estado todo”.

son pensados como un único cuerpo, sin distinciones internas, en virtud de lo cual se afirma la idea de reciprocidad colectiva en vista del bien común. Del modelo primigenio del ciudadano burgués,¹⁹ se tiene que subrayar su posición de igualdad desde la cual mantiene relaciones de poder “horizontales” con los demás iguales, en un espacio vacío de normas impuestas desde arriba. En este espacio es el consentimiento que juega como criterio para la construcción de vínculos legítimos, puesto que se trata –al menos así se asume– de personas libres de actuar y pensar.

La afirmación de esta idea de persona va de la mano con el desarrollo del constitucionalismo de *oposición vertical* que predica su división en dos áreas de espacio normativo: i) la primera es dominio del legislador y del derecho, de la política pública, y es aquella en donde el ciudadano tiene que obedecer a normas heterónomamente establecidas. ii) La segunda, por el contrario, es caracterizada por la libertad: un área donde la persona es autónoma en sus decisiones y no obedece a nadie sino a sí misma.²⁰ Los derechos de libertad constituyen el aparato de normas que define este espacio libre, puesto que circunscriben la competencia normativa del legislador, confinándola al ámbito exterior.²¹ Creo que el *coto vedado* de Ernesto Garzón Valdés

19 La identificación de un único “sujeto de derecho” no determina inmediatamente la desaparición de las distintas diferencias, sobre todo porque persisten ciertas desigualdades que excluyen a determinados grupos dentro de “los iguales”. Tales casos se verifican, por ejemplo, porque algunos de sus componentes no son hombres; de modo que, según ese modelo, las mujeres permanecen marginadas (como amas de casa) y son, por ello, excluidas de la vida pública (burguesa). Sin embargo, se tiene que recordar que ya en el pensamiento ilustrado se pueden rastrear ideas en pos de la igualdad entre los sexos; piénsese en Condorcet, pero también en Paine, Bentham y Mill. Aunque, al final, serán las propias mujeres las que terminarán reivindicando sus derechos: Mary Wollstonecraft con *A Vindication of the Rights of Woman* (1792), Olympe de Gouges con su *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana* (1791). De todos modos, no se puede olvidar que todavía hoy estos derechos “universales” siguen tratándose como “particulares”, BACCELLI, L., *Il particolarismo dei diritti*, Carocci, Roma, 1999.

20 PACE, A., *Libertà e diritti di libertà*, en: *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, http://archivio.rivistaita.it/dottrina/libertadiritto/Liberta%20e%20diritti%20di%20liberta'_Pace.pdf

21 Escribe Pace, citando a Jellinek “La pressione che i poteri dominanti esercitarono sulla libertà di determinarsi dell'individuo creò l'idea che uno speciale diritto corrispondesse a ciascuna delle direzioni in cui si esercitava l'oppressione. Così nasce, oltre alla rivendicazione della libertà religiosa, quella della libertà di stampa, della libertà di parola, della libertà di associazione e riunione, della libertà di espatrio, del diritto di petizione, della libertà

recoge bien esta idea.²² El desarrollo del constitucionalismo, sin embargo, superó prontamente esta caracterización que distingue entre una *igualdad* horizontal, de ciudadanos a ciudadanos, y una *desigualdad* vertical, de los *ciudadanos* hacia el *poder político*.

Sin embargo el marco cambia rápidamente y ya al inicio del siglo pasado —se puede recordar la Constitución de Weimar²³— se producen constituciones más ricas en materia de derechos y, desde mitad del siglo, dotada de fuerza obligatoria —un “entramado de auténticas normas jurídicas de eficacia directa”²⁴— con esto estableciéndose la supra-ordinación de la carta fundamental (y su protección).²⁵ En mi opinión, estos

dall'arresto...”. Libertà “al plurale”, quindi, che si trasformeranno via via in puntuali diritti soggettivi spettanti al soggetto privato - e a lui solo - grazie alla storia, alla cultura o a concessioni del monarca. Diritti soggettivi appartenenti come tali al più ampio genus dei diritti della persona solitamente denominati “diritti di libertà” proprio perché, come già detto, è la libertà a costituirne il contenuto”, *Id.*, Libertà e diritti di libertà, *cit.*, p. 2. JELLINEK, G., *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1895)*, traduzione italiana, Giuffrè, Milano, 2002, p. 104. En traducción castellana “La presión que los Poderes dominantes ejercen sobre los movimientos libres del individuo determinan la idea de que a cada una de las direcciones de la presión corresponda un derecho del hombre. Así se produjo, al lado de la exigencia de la libertad religiosa, la de la prensa, la de la palabra, las de asociación y de reunión, la de emigración, el derecho de petición, la liberación respecto del impuesto...”, CARBONELL-POSADA (eds.), JELLINEK, *La declaración*, *cit.* p. 130.

22 Ernesto Garzón Valdés propone este modelo en distintos trabajos, aquí me parece interesante recordar “Instituciones suicidas”, *Isegoria*, núm. 9, 1994, pp. 64-128, <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/284>; Del mismo autor, “Algo más acerca del «coto vedado””, *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 209-213.

23 El ambicioso objetivo de las constituciones del período de entreguerras se tuvo que posponer a causa de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial. la constitución italiana de 1948 intentó conectarse a aquel constitucionalismo y, en distinta medida, también las sucesivas (la alemana y las que se produjeron a finales de siglo).

24 ESCUDERO ALDAY, R., “La imposición del «déficit cero» frente al paradigma del Estado constitucional”, *Teoría política* (nueva serie), ANNALI VI, 2016, pp. 225-247.

25 Rafael Escudero Alday es muy crítico con las constituciones de la segunda posguerra: “... con la notable excepción de la Constitución italiana de 1948 [...] a partir de la Segunda Guerra Mundial se fue construyendo un constitucionalismo bien diferente al forjado en sus albores... Un primer cambio consiste en la tendencia a limitar al máximo los instrumentos de democracia directa... recogidos por ejemplo en el art. 73 de la Constitución de Weimar y en el art. 66 de la Constitución de la República Española. Además, se recondujo la participación política de la ciudadanía en los asuntos públicos al interior de los mecanismos propios de la democracia representativa. Buen ejemplo de esta limitación democrática son las Constituciones de Bonn de 1949 y la francesa de 1958. En ellos se dificulta sobremanera que sea la propia ciudadanía la que ejerza directamente la soberanía, canalizándose en cambio las demandas de los ciudadanos a través de la acción de partidos políticos y evitándose así los “excesos” en los que supuestamente habrían incurrido textos constitucionales como el de

documentos representan al mismo tiempo un doble fenómeno: la conclusión del constitucionalismo de *oposición vertical* y el inicio del constitucionalismo *regulativo* con su *oposición horizontal*.

La afirmación del modelo constitucional “largo y denso”, acompañado de la normalización de la forma democrática, determina un nuevo paradigma para el constitucionalismo contemporáneo colocando en su mismo centro distintos instrumentos defensivos de los derechos. No obstante haya sido el constitucionalismo revolucionario a trasladar los derechos individuales dentro el derecho en sentido positivo, es solo en este segundo modelo de la actualidad que el paradigma constitucional pone especial atención en la igualdad horizontal y toma en serio la afirmación de la Constitución estadounidense: “We the People”. Básicamente es este constitucionalismo, ya democrático, que ofrece una regulación de la esfera de libertad del ser humano: persiguiendo una igualdad sustancial entre la comunidad, se convierte la regulación de esta área en una necesidad, exigida por la existencia de los derechos positivos. En este marco, la idea tradicional del control jurídico del poder no se traduce en una delimitación de su ámbito de acción, sino lo contrario: en la regulación de su actividad, vuelta ahora imprescindible. A esta altura, las reglas de redistribución adquieren una posición central en la construcción de la sociedad.

Siendo claramente ilusoria la idea de la disolución del poder político hasta su ausencia solo porque el *demos* gobierna, los distintos intereses y demandas que se manifiestan por parte

Weimar”, *op. cit.*, p. 229. Recuerda Pace que “Non a caso, Vittorio Emanuele Orlando, già nel 1890, nel suo famoso saggio sulle guarentigie della libertà, osservava che “[I]a scuola francese ha la tendenza di dare alla parola libertà un senso che più esattamente noi renderemmo colla parola democrazia. Così, costituzioni libere sono quelle democratiche; così per trionfo della libertà s’intende il trionfo della democrazia” (ORLANDO, V. E., “Teoria giuridica delle guarentigie della libertà”, en: BRUNIALTI, A. (ed.), *Biblioteca di scienze politiche*, vol. V, UTE, Torino, 1890, p. 921, *ivi*, p. 17). Yo no comparto completamente la crítica en el sentido de que el constitucionalismo por su vocación fundamental tiene que “limitar”. También en formas políticas democráticas se generan concentraciones de poder, no creo que exista una ciudadanía abstracta, sino grupos de intereses.

del mismo “pueblo”,²⁶ se expresan en una competición que se concreta en la forma en la que se declinan en reglas aplicables los derechos constitucionales. Este fenómeno afecta especialmente a los derechos *sociales*, puesto que éstos implican una obvia y evidente acción (re)distributiva por parte del legislador.²⁷

Aunque los derechos constitucionales sean reconstruidos por la literatura como *un derecho superpuesto al derecho*, al que el legislador debería obedecer,²⁸ y sean formulados en modo que lo afirmado “sea una vez para siempre”, ellos se revelan en una fuente de conflictos y antinomias para el derecho objetivo. La traducción en normas infra-constitucionales representa, normalmente, un momento de lucha entre grupos sociales, de tal manera que acaba reduciéndose también la percepción de legitimidad que tiene la formulación concreta establecida al final por el legislador. A su vez, esta disminución promueve demandas judiciales y consecuentes

26 Sobre la democracia, la literatura es inmensa. En esta sede me limito a recordar el siguiente libro: GREPPI, A., *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, Madrid, 2012.

27 En la amplia literatura, véase, por ejemplo, ROSSETTI, A., “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en: RIBOTTA, S. y A. Rossetti (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 101-126. Para la tesis de la sujeción del legislador a los derechos, se puede aquí reenviar a la obra de Luigi Ferrajoli, quien, a partir de su lectura de los derechos fundamentales, concibe a la función legislativa como limitada por ellos: la ley tiene que ser sometida a los vínculos substanciales de los principios y de los derechos fundamentales constitucionales. Entre los muchos escritos, véase: FERRAJOLI, L., “Los derechos fundamentales”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 15, julio-diciembre, 2006, pp. 113-136, donde se puede leer “[d]el derecho resulta positivizado no solamente su “ser” [...] sino también su “deber ser” [...] ya no solamente los vínculos formales relativos al “quién” y al “cómo” de las decisiones, sino también los vínculos de contenido relativo al “qué cosa” de las decisiones mismas ya que no son más que los principios y los derechos fundamentales: los derechos de libertad, que no pueden ser lesionados, y los derechos sociales cuyo cumplimiento es obligatorio”, p. 114.

28 Sobre este punto existe muchísima literatura, desde los realistas jurídicos hasta los críticos legal studies. Se podría hacer referencia también al debate de Waldron y otros defensores de la democracia contra la institución contra-mayoritaria de los tribunales y su presunta mejor capacidad de defender los derechos. Se podría inclusive hacer referencia al debate neo-constitucionalista y a la tesis de la incorporación de la moral. Lo que me parece claro es que, en la medida en que interpretar un texto normativo no signifique conocer algo, hay un margen de variabilidad en la definición del contenido, así también en el caso de los principios y los derechos constitucionales. Entre muchos que subrayan cuán problemática es una precisa formulación de los derechos ver: CELANO, B., *I diritti dello stato costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 2013. Me parece interesante, también, señalar el siguiente trabajo, aunque trate un punto temático algo diferente: LESSIG, L., “Erie-Effects of Volume 110: An Essay on Context in Interpretive Theory”, *Harvard Law Review*, vol. 110, núm. 8, junio, 1997, pp. 1785-1812.

respuestas jurisdiccionales a todos los niveles. Sin embargo, en lo constitucional en particular no se dan simples cuestiones políticas (donde el legislador puede elegir libremente), pues cada arreglo normativo se ha vuelto justiciable bajo la constitución.

De este modo, se ha producido una expansión del *poder decisional* (dispositivo) de la jurisdicción a expensas del poder legislativo, que se encuentra cada vez más “sujeto” a diversas semánticas constitucionales.²⁹ Interpretando los derechos como principios, los intérpretes se encuentran sujetos a un “derecho ampliamente entendido”, poniendo de manifiesto hasta qué punto no se haya agotado la carga política del derecho objetivo. El camino hacia la justicia que pasa por la propia redistribución se realiza a través de ponderaciones entre derechos que se termina por moldear ¿degradándolos a meros intereses? Así las cosas, la redistribución ya no podría llamarse justa, la neutralización de su naturaleza parecería estar en duda.

3. Los derechos y la regulación

Como ha señalado Bruno Celano “cuando reconocemos o asignamos un derecho, reconocemos o asignamos una especial importancia, un peso particular, a cierto interés, en el sentido de que consideramos aquel interés una razón suficiente, en igualdad de condiciones, para imponer o negar un deber”.³⁰ Sin embargo,

²⁹ Se solicitan incluso interpretaciones conformes o, como Guastini las llama, adecuadoras (adeguatrici), y que, como tales, implican una reinterpretación más general del texto constitucional por parte de los jueces, intensificando el proceso de constitucionalización de todo el derecho y, al final, tal vez modificando el mismo rol del documento constitucional. La interpretación adecuadora implica por ejemplo que: a) el tribunal atribuya sentido al enunciado constitucional en cuestión. El enunciado normalmente admite diversas interpretaciones que implican una elección valorativa por parte del intérprete, más si la formulación incluye conceptos morales cuyo significado se nos presenta como parcialmente indeterminado, b) El tribunal justifica la interpretación elegida argumentando, o sea ofreciendo razones a favor de su resultado interpretativo, c) La disposición de la ley que debe ser interpretada admite varias interpretaciones, el tribunal elige el significado basándose en una interpretación conforme a lo que ha decidido en los pasos a) y b), es decir elegirá la interpretación mayormente conforme al significado atribuido antes a la disposición constitucional (descartando las interpretaciones que resulten incompatibles, aunque dejándolas como posibilidades interpretativas para otros intérpretes).

³⁰ CELANO, B., “I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea”, *Analisi e diritto*,

si claramente hay que arribar a una concreción en particular; la de los derechos sociales ha dejado en claro que no hay *una* sola traducción posible, razonable, o justa de los derechos (y de los correspondientes deberes).

En Europa, la expansión de las políticas del *Welfare State* tuvo ya su momento de mayor desarrollo de normativas dirigidas a la redistribución y a la previsión de garantías sociales. Aun así, la afirmación de los derechos económicos —en particular del derecho al trabajo— o de otros, como la salud y la educación, han planteado una especie de competición entre ciudadanos (entre los *iguales*³¹ de la que hablaba antes) puesto que existe escasez de bienes: no se trata aquí de una distribución igual para todos, sino de una redistribución a través de una competencia entre demandantes, misma que pretende obtener un marco de igualdad mediante formas de neutralización de la suerte. Allí debería empezar la competencia con oportunidades paritarias.

A este fenómeno de tipo nacional se acompaña, en el plano internacional, la difusión de i) la ideología de los derechos humanos³² y de ii) la forma jurídico-política propia de las democracias constitucionales (con la consecuente difusión del modelo constitucionalista a lo largo y ancho del planeta). A mi juicio, a partir de ese momento se da inicio a una nueva era en el constitucionalismo. Este nuevo modelo, que podría definirse *regulativo*, adquirió rápidamente beneplácito internacional; presentándose, así, como el criterio de justicia

2001, p. 43.

31 Cosa que no implica la igualdad absoluta y económica. Sobre el tema de la “justicia distributiva”, entre muchos otros, véase: GARCÍA AMADO, J.A., Justicia distributiva y Estado social. ¿Debe ser el Estado social un Estado igualitario?, <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Igualdad.%20Justicia%20distributiva%20y%20Estado%20social.%20Ponencia%20Alicante.pdf>; del mismo autor: “¿Qué desigualdades debe el Estado corregir?”, *Debates de filosofía política*, I, <http://almacendederecho.org/que-desigualdades-debe-el-estado-corregir-debates-de-filosofia-politica-il>. Hay quien piensa que es posible una recomposición no conflictiva de estos derechos, CASADEI, Th., *I diritti sociali*, Firenze UP, 2012.

32 A partir de la Declaración de 1948, que marca un momento imprescindible en la historia del constitucionalismo, pues desde entonces se asiste a una creciente producción de cartas, tratados y declaraciones sobre derechos.

y de legitimidad de los Estados. Sin embargo, la difusión de tal modelo ha terminado por normalizarlo a un nivel, en muchos casos, solo formal (no sustantivo). De allí que ambos tipos de derechos, positivos y negativos, por razones distintas según el caso, padezcan frecuentemente de una compresión. En lo que interesa a la presente reflexión, los derechos positivos —que recogen las instancias de redistribución de los bienes producidos socialmente— han vuelto a ser considerados como *programas* o *principios*, que canalizan la política sin obligarla estrictamente. Según cierta literatura, a propósito de este fenómeno, más que de un constitucionalismo débil, se puede hablar de un proceso de *desconstitucionalización*.³³

Es cierto, pues, que el constitucionalismo regulatorio se inclina gradualmente hacia el tema de la gobernabilidad —inclusive en los Estados constitucionales y democráticos más antiguos— gracias a ponderaciones que, en busca de la mejor solución según cada caso, han transformado a los que antes se llamaban “derechos” en “pretensiones” cuyo peso es fijado por una escala de evaluación variable dependiente de la interpretación. Al fenómeno descrito se ha acompañado un desplazamiento de poder del legislador a la función judicial (puesto que cualquier decisión del primero se presenta como justiciable y ponderable, constantemente se pone en tela de juicio cómo se distribuyen los beneficios que derivarían de los derechos concretizados), disminuyendo además el grado de “democraticidad” del sistema político.³⁴ En otras palabras, la formulación concreta de la ley se ha convertido en una *decisión prima facie*, siempre sujeta a una nueva definición. Esto se da porque no existe un acuerdo sobre las condiciones mismas de “justicia” que se deberían observar, y que son las que permitirían

33 ESCUDERO ALDAY, Rafael, *op. cit.*

34 En esta dirección es interesante notar como en el debate público se trata de ubicar en posiciones de oposición entre sí a las distintas generaciones; por ejemplo, culpando a los más viejos, que todavía trabajan, por la falta de trabajo juvenil. El punto es que siempre se exime de responsabilidad a quien distribuye y también por cómo lo hace, porque este último se ha reservado la imagen del árbitro que adjudica entre las diferentes pretensiones reivindicadas por parte de los iguales, como si fuesen pretensiones con las que éste no tiene nada a que ver. Como si la definición de las condiciones de justicia no dependiese de él.

la igualdad en la competición y la percepción de un resultado justo.

Aun sin brindar una defensa directa de la democracia, el modelo que va surgiendo a partir de estas transformaciones presenta algunas dificultades estructurales. Por un lado, este tipo de constitucionalismo debilita las garantías verticales, transformando derechos en pretensiones ponderables. Por otro lado, esta filosofía constitucional concentra su atención en la “línea horizontal” de la relación, en muchos casos sin considerar a fondo la disparidad entre los distintos actores privados, cosa que acarrea el riesgo (paradójico) de que unos y otros se desenvuelvan en relaciones asimétricas en las que los menos aventajados llevan las de perder en su encuentro con grandes grupos de interés (como las multinacionales o los *lobbies*). Si es verdad que la aplicación horizontal de los derechos habilita abstractamente a un uso de las garantías verticales también contra el poder privado —justamente en cuanto poder— también es cierto que sin una clara y compartida jerarquización de los valores,³⁵ la ponderación entre pretensiones puede llevar a una discutible —en mi opinión, tal vez equivocada— limitación de las garantías sociales frente al respeto de las libertades. Sirva como ejemplo la forma en que la Corte de Justicia europea ha tratado el conflicto entre la “protección de los trabajadores” y la “libertad de empresa”.³⁶

Está claro que la constitución no acarrea tras de sí *una* doctrina, *una* determinada idea de sociedad. Por el contrario, se hace mensajera de una *pluralidad* de valores cuya realización es también fuente de conflicto. Sin embargo, ha sido tarea central del Estado constitucional de la posguerra, hasta hoy al menos, la realización efectiva de los derechos sociales. Más aún, la función fundamental de estos Estados ha sido la redistribución de la riqueza social. Esto ha significado, a lo largo de los últimos siglos, hablar de justicia.

35 CELANO, B., *I diritti nello, cit.*

36 Véanse las sentencias de la Corte di giustizia C-341/05, *Laval un Partneri Ltd / Svensk a Byggnadsarbetareförbundet* e a. y C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*.

Es decir, frente a la posible variabilidad en la concreción de los derechos, la doctrina constitucional —que ha llevado adelante la difusión de este modelo— se ha fundado, al menos hasta ahora, en la idea según la cual el camino hacia la justicia necesita, en gran parte, del establecimiento de políticas tendientes a la reducción de la desigualdad, cosa que el Estado nacional tendría que perseguir mediante la aplicación de políticas redistributivas.

Aun así, el desarrollo del constitucionalismo *regulativo* se decanta en el persistente cuestionamiento de las decisiones políticas. De allí que se produzca una transferencia de poder desde esa esfera a aquella de la jurisdicción que, por un lado, adolece de una falta de legitimidad democrática para solucionar los conflictos sociales, pero que, por otro, encuentra precisamente en esa falta su legitimidad institucional para buscar una respuesta. Esta es, a mi entender, una modalidad de producción y aplicación del derecho que va mutando la estructura constitucional, perturbando así los mecanismos de contrapeso. Un breve corolario de lo antedicho es que se ha disminuido la fuerza política del criterio del consentimiento —que sin embargo se mantiene como la fuente de la legitimidad política— y que, también, se ha agrietado el principio de legalidad.³⁷ En mi opinión, se trata de un cambio que todavía no tiene antídotos y que continúa alimentándose de ideologías *constitucionalmente débiles*.³⁸

37 Ello, a pesar de la extendida difusión del modelo constitucional que aquí se discute, cfr. POZZOLO, S., *Costituzioni, interpretazioni, disaccordi. Appunti per un diritto che cambia*, Aracne, Roma, 2012; de la misma autora, “El estado constitucional de derecho como paradigma de la modernidad” en: BARRIOS GONZÁLEZ, B. y L. Barrios Chávez (eds.), *El constitucionalismo de los derechos*, Barrios & Barrios, Panamá, 2014, pp. 21-37; BARRIOS CHÁVEZ, L., *La constitución de los derechos fundamentales*, Barrios & Barrios, Panamá, 2015.

38 Es cierto que, con el fin de recuperar estabilidad, las interpretaciones ofrecidas por los tribunales superiores han producido también especificaciones o concretizaciones de principios que determinan jerarquías estables. Sin embargo, tiene que notarse que esas jerarquías estables, efectivamente, no se refieren a los valores abstractos, tomados por sí mismos en términos absolutos; sino más bien considerados en una u otra de sus posibles “contextualizaciones”. Así, por ejemplo, se ha producido una jerarquía estable que evita el conflicto entre la libertad de expresión, entendida como la libertad de prensa, y el derecho a la libertad personal o a la personalidad, entendida como el derecho al honor, priorizando los intereses de la libertad cada vez que las noticias perjudiciales al honor sean de importancia pública y, por el contrario, reconociendo preferencia al derecho al honor cada vez que la noticia no tenga tal importancia. El valor transmitido por cada uno de estos principios ha encontrado una regla de composición y estabilidad. Las ponderaciones que dan lugar a jerarquías móviles dejan,

Aunque quizás se trate, como algunos sostienen, de un proceso de desconstitucionalización. Estos son problemas que afectan generalmente a los ordenamientos europeos. Sin embargo, se podría decir que aunque sea en diferente medida también se extienden a otras realidades.

El ordenamiento jurídico no parece funcionar igual que antes: el ideal parece haber sido alcanzado y superado de forma simultánea, produciendo además incertidumbre en lo que al principio jerárquico respecta (y eso teniendo en consideración que es este principio el que rige la entera estructura de la legalidad en el Estado moderno). Este panorama contribuye al creciente número de fuentes del derecho que, en diferentes niveles³⁹ y con varias implicaciones, inciden internamente en su desenvolvimiento, provocando desorden.⁴⁰ El derecho objetivo ha llegado a formar parte, así, de un entramado jurídico sin relaciones claras. Por otra parte, la introducción de fuentes externas a la legislación nacional ha provocado, cada vez más evidentemente, su internacionalización, a la vez que no ha contribuido a *constitucionalizar* el Derecho supranacional con la misma intensidad.⁴¹ Esa reconstrucción del fenómeno ofrece un cuadro bastante oscuro, si no sombrío; y sin

por el contrario, la percepción de un derecho fluido e incierto, casi un oxímoron, un derecho siempre abierto a nuevos equilibrios, a inconsistencias y defeasibility. Defectos que, de hecho, se pueden encontrar siempre, pero que son diferentemente percibidos en las diversas áreas del derecho, en relación, también, a las modalidades de acción que los intérpretes habitualmente adoptan. Sobre el tema de la defeasibility ver FERRER BELTRAN, J. y G.B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

39 Pienso en los productores de normas, que van desde las agencias que garantizan la privacidad hasta los organismos de la Unión Europea, desde órganos como el WTO hasta el *soft law*.

40 Ya Nino sostenía la imposibilidad de una reconstrucción insular del derecho. Entre sus escritos se pueden consultar los siguientes: NINO, C., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985; *Introducción a la análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980; *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989; *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994; *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997; "Can there be Law-abiding judges?", en TROPER, M. y L. Jaume (eds.), *1789 et l'invention de la constitution*, LGDJ, Paris, 1994.

41 Sobre el tema hay mucha literatura, ver por ejemplo: HABERMAS, J., "La costituzionalizzazione del diritto internazionale e i problemi di legittimazione che deve affrontare una società mondiale giuridicamente costituita", *Iride*, XXI, núm. 53, enero-abril, 2008; CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Turin, Einaudi, 2009; del mismo autor, *Oltre lo stato*, Laterza, Roma, 2006; BIFULCO, R., "La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito", *Rivista AIC*, núm. 4, 2014, <http://www.rivistaaic.it/la-c-d-costituzionalizzazione-del-diritto-internazionale-un-esame-del-dibattito.html>

embargo todavía no se ha desarrollado totalmente el proceso de cambio de las fuentes del derecho.

Ese situarse en perspectiva horizontal cambia el sentido del constitucionalismo, ya que transforma la constitución en un instrumento para resolver conflictos cotidianos entre particulares, lo mismo que la ley. Incluso el modelo de “ciudadano” no se corresponde ya con el ideal burgués, puesto que no existe la sociedad de libres e iguales: hay actores con una fuerza económica más poderosa que algunos Estados⁴² y existen ciudadanos sin perspectiva alguna. Probablemente estos sean algunos de los síntomas de la crisis más general del modelo “Estado”.⁴³

4. Déficit cero y garantías constitucionales

La crisis económica de los últimos años ha afectado profundamente a la situación jurídica antes referida, poniendo en serio peligro el nivel de desnaturalización de la justicia obtenido hasta hoy por parte de los Estados en esa línea más avanzados. Se puede encontrar un interesante ejemplo de estos efectos en la normativa europea⁴⁴ observando el creciente número de previsiones normativas de vínculos al gasto estatal. La línea europea ha sido inaugurada con el objetivo de uniformar los comportamientos fiscales de los distintos Estados dentro de la Unión. No quiero proponer una evaluación económica de esta

42 Algunos ejemplos: The obscure legal system that lets corporations sue countries, <https://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>; Isdemocracy threatened if companies can sue countries? <http://www.bbc.com/news/business-32116587>; Profiting from crisis, http://corporateeurope.org/sites/default/files/profitting-crisis-ex_sum-en.pdf; Corporate Bias in the World Bank Group's International Centre for Settlement of Investment Disputes: A Case Study of a Global Mining Corporation Suing El Salvador, http://humanrights.business.eu/wp-content/uploads/2015/05/el-salvador_informe-sobre-caso-CIADI_eng.pdf

43 El debate acerca del tema es realmente amplio. Solo como ejemplo de la variedad de problemas implicados, rememoro los siguientes trabajos: COSTA, P. y D. Zolo, *Lo stato di diritto*, cit.; KUMAR KATYAL, N., “Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 9, 2006, pp. 2314-2349; SUNSTEIN, C.R., “Beyond Marbury: The Executive's Power to Say What the Law Is”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 9, 2006, pp. 2580-2610.

44 Sin embargo no solo europea, puesto que disposiciones parecidas se encuentran en las normativas de toda América Latina; sobre el tema de la crisis *cfr. Ragion pratica*, núm. 1, 2017.

política, sino reflexionar en torno a cómo esto pueda impactar en la dinámica de los derechos fundamentales (sean de libertad o positivos).

La democracia formal ya tenía sus problemas, pero el deterioro determinado por la crisis ha afectado directamente y gravemente la democracia sustancial que parece enfrentarse a un rápido retroceso como directa consecuencia de la contracción de la inversión de los Estados en los derechos sociales.⁴⁵ La disminución de la inversión en la protección social es concausa del aumento de la desigualdad dentro las comunidades nacionales, donde la austeridad no golpea a todos de la misma manera. Se acentúan desigualdades existentes: en Italia, por ejemplo, las 10 personas más ricas que han llegado a tener un patrimonio correspondiente al de quinientas mil familias obreras juntas. Siempre en Italia, en los años de la crisis, entre 2006 y 2012, los gastos familiares de los obreros se han reducido en términos reales en un 10,5%, mientras que aquellos de los empresarios solo en un 5,9% (en Italia hay muchas pequeñas empresas); así también, aquellos de los empleados se han reducido en un 4,5%, mientras los gastos de los directivos han bajado solo en un 2,4% (datos del CENSIS). Hay muchos factores que inciden en el índice de pobreza. Siguiendo con los ejemplos: se calcula que el nacimiento del primer hijo en una familia no aumenta el riesgo de caer en la pobreza, pasando solamente del 11,6% al 13,1%. Sin embargo, el segundo hijo dobla el porcentaje de probabilidades hasta alcanzar un 20,6%, y el tercero hasta el 32,3%. Esto determina la manera en que se forma el entramado social, afectando las expectativas y los deseos que se encuentran en la base de los planes de vida de cada individuo.

La normativa europea se ha decantado hacia posturas neoliberales en distintos grados, alejándose de la idea de la necesaria redistribución de la riqueza. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), en particular, es un conjunto de normas para garantizar que los países de la Unión Europea mantengan unas finanzas públicas

⁴⁵ Disminución que no siempre se corresponde a una reducción de la inversión total, sino solo a un cambio en las partidas presupuestarias.

saneadas y la coordinación de sus políticas presupuestarias. Algunos Estados, como Italia y España, han tenido que incorporar el principio de “déficit cero”, incluso en la constitución.⁴⁶ Esto sería para el bien de los Estados. Pero ¿qué determina esta inclusión para las personas reales? Hay obviamente varias implicaciones, para reflexionar, ahora quiero señalar solamente dos:

4.1. El debate público. El *leitmotiv* del discurso político público se ha traducido en la idea de la necesaria reducción de los impuestos, transmitiendo la posición de acuerdo a la cual es *justo o correcto el retroceso de las políticas sociales* del Estado para *favorecer una mayor libertad de elección de los ciudadanos*. De ese modo, se ha concentrado la atención ciudadana en la presión tributaria misma, que se presenta como enemiga del crecimiento y del bienestar hasta ser inculpada por el crecimiento de la desigualdad. Esto evidentemente subvierte la idea inicial del contrato social donde la ayuda mutua era el instrumento del fortalecimiento colectivo.

Así se determina una desintegración del sentimiento de comunidad, con un regreso al “todo contra todo”, puesto que ya la competición se da entre los intereses de los iguales y no contra un poder político en cierta medida alieno a la comunidad.

La indiscriminada actitud adversa hacia la presión tributaria ha sido ampliamente alimentada por una retórica *populista* en larga parte “equivocada” que ha hecho caer fácilmente en el error al *pueblo*. El debate no tiene en cuenta factores muy importantes como: (a) el hecho de que los tributos inciden o afectan a bienes y personas diferentes en grados diversos, diferencia que no puede considerarse irrelevante; (b) la constatación y evaluación de cuales clases sociales resultan afectadas y en qué medida por la presión tributaria (los ejemplos del caso italiano citado); (c) el modo en que los recursos acumulados con los tributos son utilizados: por ejemplo, si son consumidos por los propios sujetos públicos o son redistribuidos a los ciudadanos como servicios o

⁴⁶ En la Constitución italiana se ha incluido el equilibrio de presupuesto, art. 81 Constitución.

recursos o, incluso, si son redistribuidos a través de transferencias monetarias, de manera que, en realidad, la riqueza regresa a los privados.⁴⁷

Todos estos factores son fundamentales para un discurso de justicia,⁴⁸ obscurecerlos significa construir un debate público donde las personas no son consideradas iguales y con respeto, significa engañar a los individuos.⁴⁹

4.2. La cuestión teórico-política. Se tiene que analizar si, y sí cómo, esta previsión normativa puede afectar directamente a los derechos constitucionales. Si lo hace, ¿en qué sentido esta disposición modifica el propio modelo constitucional? Hay argumentos a favor y en contra de la constitucionalización del déficit presupuestario:⁵⁰ se inquiera, por ejemplo, si puede resultar injusto dejar el peso de la deuda sobre los hombros de las futuras generaciones. Pues bien, esto encuentra respuesta en que una inversión hoy por hoy, dirigida a producir una sociedad mejor, con mayor educación y salud, parece producir un beneficio actual que, sin embargo, beneficiaría también a las generaciones futuras. Sin ambages, sin la inversión actual, las generaciones futuras tendrían desventajas pues su sociedad será seguramente menos próspera y quizás decadente (invertir en estas necesidades sociales hoy, es invertir en la sociedad del mañana). Otro argumento que se encuentra apela al riesgo que se deriva de las fluctuaciones del mercado financiero al que el Estado acudiría por vender su deuda, puesto que lo pondría a merced de factores externos, tales que el legislador nacional no tendría poder de intervenir en

47 ESCUDERO ALDAY, R., *op. cit.*

48 GUNNARSSON, A., K. Brooks y L. Philipps, M. Wersig, *Challenging Gender Inequality in Tax Policy Making*, <http://userpage.fu-berlin.de/~mwersig/Proposal%20Gunnarsson%20et%20al%20Summary.pdf>

GUNNARSSON, A. y M. Eriksson, "Discussion Paper on Tax Policy and Tax Principles in Sweden", 1902-2016, en: *Forum for Studies on Law and Society*, Umeå University, <https://umu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1064945/FULLTEXT01.pdf>

49 Acerca de la dificultad de la decisión interesantes las reflexiones en REGONINI, G., "Paradossi della democrazia deliberative", *Working Papers*, Dipartimento di studi sociali e politici, 23/03/2005.

50 *Idem.*

modo alguno. A esta objeción, sin embargo, puesto que todos los Estados ya están necesariamente inmersos en el proceso de globalización, se puede contestar señalando que ya este es el caso que se verifica cada día, en mayor o menor medida y con suerte, en cualquier parte del mundo.

Aunque no hay una posición compartida a este respecto, parece acertado que la mayoría de las medidas emprendidas para uniformar la situación europea hacia el control interno y el externo han ido en la dirección de la reducción de gastos. Ya se ha dejado de lado el objetivo de igualar los estándares de protección de derechos y protección social y, al revés, no se ha evitado, dentro de la propia Europa, el *dumping* social.

La introducción de previsiones como la del “déficit cero” a nivel constitucional, además, parece ofrecer una razón jurídica para el bloqueo de las acciones gubernamentales: paradójicamente, tendríamos un mandato constitucional que limitaría la demanda de aplicación de los mismos derechos constitucionales. Como bien ha notado Rafael Escudero, esto transformaría a la tradicional responsabilidad política hacia los ciudadanos en una responsabilidad económica hacia los acreedores internacionales.

La reflexión acerca de los derechos no puede evitar considerar la creciente fuerza ejercida por los organismos externos a los Estados. Esto ha sido interpretado de dos modos opuestos: a) como parte del desarrollo de un constitucionalismo supranacional, puesto que algunos estándares de constitucionalización se han difundido ampliamente, aun si se hubiera disminuido el nivel de las pretensiones de justicia (en todo caso forzando a los gobiernos a tomar en consideración los derechos, tanto que hoy éstos se presentan como una pauta necesaria para la legitimidad política); b) como un factor de reducción de la “fuerza” constitucionalista y democrática por efecto de la correspondiente disminución del poder estatal, ya que se aduce que tal fenómeno reduce el rol de los partidos y la capacidad de la población para determinar

sus políticas públicas.⁵¹ Parece razonable preguntarse si el constitucionalismo, como lo hemos concebido en gran parte del último siglo, es decir, con una conexión político-jurídica necesaria hacia la garantía de los derechos y la democracia, se resiste a estas presiones económicas, o si estas *necesidades* se imponen, transformándolo en otra cosa y dando lugar a un proceso de desconstitucionalización. Estamos por cierto en un momento de transformación. Por otro lado, igualmente cierto es que el marco textual deja abierta la posibilidad de varios mundos constitucionales posibles. A partir de la ponderación de los principios constitucionales parece difícil negar la legitimidad de interpretaciones e implementaciones de intensidades y modalidades diferentes de los derechos fundamentales, aun en el respeto del contenido mínimo que, a su vez, es concepto bien indeterminado.

Sin embargo, si tomamos como base al constitucionalismo *principalista*,⁵² el mandato de estabilidad presupuestaria sería un principio tan ponderable como los otros. Por otra parte, si partimos de una perspectiva garantista, caracterizada por la necesaria conexión entre democracia y garantía de los derechos fundamentales —puesto que en este marco los derechos son el límite a la democracia y ésta es el límite a cualquier decisión pública: “[los] derechos no son solo límites al poder público y privado, sino fragmentos de soberanía en manos de los ciudadanos. Es decir, ‘contrapoderes’”⁵³ — tampoco encaja bien la medida del “déficit cero” entendida como una especie de regla superior. Si esta previsión fuese entendida como una regla, determinaría una especie de asedio del constitucionalismo por limitar cualquier ponderación entre principios y políticas económicas o constituiría una medida directamente reductiva de los contrapoderes democráticos.

51 CASADEI, Th., “Diritti sociali e «processo de-costituente”, *Ragion pratica*, núm. 47, 2016.

52 ESCUDERO ALDAY, R., *op. cit.* FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *DOXA*, núm. 34, pp. 15-52. POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, *cit.*

53 ESCUDERO ALDAY, R., *op. cit.*, p. 241, citando a FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, p. 37.

Aun persistiendo una variabilidad interpretativa natural de la constitución, la previsión del “déficit cero” parece poner mayores y más fuertes vínculos para el poder público. Considerando que desde la perspectiva constitucionalista los poderes deben abstenerse de aprobar cualquier norma o política que vulnere los derechos y, al mismo tiempo, tienen la obligación de dictar normas o políticas dirigidas a satisfacer los derechos sociales, en particular garantizando niveles básicos de existencia (desde la sanidad hasta la educación o las condiciones de trabajo), y teniendo en cuenta que se trata de deberes *jurídicos*, significa que al no satisfacer sus obligaciones constitucionales con relación a los derechos, el Estado y el gobierno estarían actuando fuera de lo legítimo (no es cuestión solamente de adoptar una versión más pobre de la filosofía subyacente a la constitución: el así llamado “grado de actuación” no afecta a todos en el mismo modo y daña directamente la igualdad, determinando que una parte del pueblo no está tratado con igualdad y respeto).

Lamentablemente, ya existía una falta de garantías contra el déficit de implementación de los derechos sociales por parte de los gobiernos —una laguna jurídica en términos de Ferrajoli—. Se trata por cierto de una *laguna política* que el constitucionalismo contemporáneo no ha resuelto todavía,⁵⁴ y dramáticamente la regla del “déficit cero” corre el riesgo de representar la excusa perfecta para acabar con las políticas redistributivas, coadyuvando al logro del límite anual de gastos fijado por los organismos financieros, todo a expensas de los más débiles. De ahí el riesgo concreto de vaciar de contenido a la Constitución y al constitucionalismo:⁵⁵ la última palabra ya no la tiene el tribunal constitucional u otro garante de los derechos, sino la agencia de *rating*.⁵⁶ Se revela necesario reforzar los contrapoderes

54 *cfr.* entre otros TUSHNET, M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton UP, capítulo 8, pp. 227 y ss.

55 ESCUDERO ALDAY, R., *op. cit.*, p. 245.

56 En el debate italiano ver por ejemplo LUCIANI, M., “L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità”, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Seminario2013_Luciani.pdf, del mismo autor, “Costituzione bilancio, diritti e doveri dei cittadini”, <http://www.camera.it/temi/allegati/2015/03/19/OCD177->

para contrastar la deriva del sistema constitucional. ¿Cuáles? El debate está abierto. Muchos piden ampliar el uso de los distintos mecanismos de democracia directa, sean referéndums o cualquier otro tipo de consulta popular. Piden, en otras palabras, mayor participación de los ciudadanos. Claro que el tema de la falta de participación política es una constante de las democracias más viejas (no sé si necesariamente más maduras). Ciertamente es, por otro lado, que gradualmente se ha asistido a una desafección de los ciudadanos por la política parlamentaria: disminuyen los votantes y se acrecienta la voz de los expertos. Se verifica, luego, la difusión de varios discursos populistas, que, aun fracasando en su objetivo de solicitar la participación popular, acaban fomentando el desconcierto y la frustración de muchos, soplando sobre las llamas del descontento.⁵⁷ Tampoco me parece tener éxito la versión tecnológica de esta perspectiva que piensa a una recomposición de las dificultades institucionales a través de la metáfora de la red.⁵⁸ Además la idea puede resultar engañosa porque transmite la imagen de un sistema completamente horizontal, donde los centros nodales son sólo *enlaces*, conexiones técnicas. En cambio, como demuestran banalmente las diferencias entre “los iguales”, los *links* (también en Internet) tienen diferente peso e importancia, ajustan la realidad, y solo algunos de los actores son capaces de lograr la determinación de normativas promocionando derechos que refuercen sus propios intereses.⁵⁹ Ni la pirámide ni la red implican que “cada uno cuenta por uno”.

1158.pdf; IANNELLO, C., “Il “non governo” europeo dell’economia e la crisi dello stato sociale”, *Diritto pubblico Europeo*, Noviembre, 2015, <http://edizioni.esi.it/dperonline/data/uploads/articoliiannello-dper-nov-2015.pdf>; CERRUTI, A., “I poteri pubblici alla prova della governance economico-finanziaria: bilancio e vincoli costituzionali”, <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/09/Cerruti-RomaTre.pdf>. Stefano Rodotà afirma que Keynes se ha vuelto inconsistente, <http://temi.repubblica.it/micromega-online/lo-scippodella-costituzione/?printpage=undefined>.

57 POZZOLO, S., *Derechos fundamentales y democracia directa*, ponencia presentada en “Argumenta 2017”, Lima.

58 Entre los muchos estudiosos que se ocupan del tema, me parece bien recordar aquí LOSANO, M., “Diritto turbolento: alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovranazionali”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 3, 2005, pp. 403-430.

59 ALVAREZ, J. E., “Are Corporations “Subjects” of International Law?”, *Santa Clara Journal Of International Law*, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 1-36 http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_069097.pdf

Tomando una postura pragmática,⁶⁰ creo que se debe tener cuidado con la falta de claridad del discurso de la *governance* en continuo y constante cambio, como sugiere el lenguaje de la *liquidez*,⁶¹ porque tal concepción no nos ayuda. Es cierto, por lo demás, que el marco institucional va cambiando a nivel *global*: junto a los Estados se encuentran *actores supranacionales*, organismos internacionales, *actores sub-estatales*, *extra territoriales* (ONG's, las empresas multinacionales), *contra-estatales* (los pueblos en lucha por su independencia y autodeterminación y/o por su territorio).⁶² Se trata, pues, de un mundo diferente de aquel posterior a la Paz de Westfalia y todavía no se sabe qué dirección precisa está tomando. El constitucionalismo se encuentra frente a un gran desafío y puede ser que tenga que rediseñarse a sí mismo para no perjudicar su función defensiva y de garantía. La confianza en los principios y valores del constitucionalismo regulativo puede ser una fuerza positiva o, al revés, poner en riesgo toda la estructura arquitectónica ya levantada puesto que, en mi opinión si no se refuerzan los contrapoderes para recuperar la fuerza de oposición vertical al lado de las exigencias económicas, la variabilidad interpretativa del derecho constitucionalizado puede ir también, y paradójicamente, en dirección anti o des-constitucionalista.

Este escenario muestra la necesidad de insistir en la radicación de una cultura constitucional de los derechos más difundida, que permita a las personas darse cuenta de los riesgos a los que están sometidos sus derechos y libertades, y que, al mismo tiempo, los vuelva conscientes del hecho de que estas conquistas tienen una *raíz social, colectiva*, y que están necesariamente ligadas al tipo de comunidad en la que vivimos. Los derechos no son propiedades excluyentes sino bienes para compartir.

60 ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 100-103. Escribe el autor explicando su pragmatismo: "[...] defender la primacía de la práctica. [...] adolece la cultura iusfilosófica [...] de una] falta de pragmatismo, de no haber logrado insertarse significativamente en las prácticas jurídicas. ¿De qué sirve producir trabajos de gran sofisticación técnica si no están enfocados —aunque sea a largo plazo y a través de las mediaciones que se quiera— a mejorar el Derecho y el mundo social?", p. 102.

61 BAUMAN, S., *Modernidad líquida*, Argentina, Fondo de cultura económica, 2003.

62 FOCARELLI, C., "Costituzionalismo internazionale e costituzionalizzazione della global governance: alla ricerca del diritto globale", *Politica del diritto*, núm. 2, giugno, 2011, pp. 207-237.

5. Bibliohemerografía

Bibliografía

ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

BACCELLI, L., *Il particolarismo dei diritti*, Carocci, Roma, 1999.

BARRIOS CHÁVEZ, L., *La constitución de los derechos fundamentales*, Barrios & Barrios, Panamá, 2015.

BAUMAN, S., *Modernidad líquida*, Argentina, Fondo de cultura económica, 2003.

CASADEI, Th., *I diritti sociali*, Firenze UP, 2012.

CASSESE, S., *Il diritto globale*. Giustizia e democrazia oltre lo Stato, Turín, Einaudi, 2009.

_____, *Oltre lo stato*, Laterza, Roma, 2006.

CELANO, B., *I diritti dello stato costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 2013.

COSTA, P. e D. Zolo, *Lo stato di diritto*. Storia, teoria, critica, Feltrinelli, Milán, 2002.

FACCHI, A., *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bolonia, 2007.

FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.

FERRER BELTRAN, J. y G.B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

GARZÓN VALDÉS, E., *Tolleranza, responsabilità e stato di diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003.

GREPPI, A., *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, Madrid, 2012.

GUASTINI, R., *Interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.

JELLINEK, G., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, en: CARBONELL, M. y A. Posada (eds.), UNAM, México, 2000.

_____, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1895)*, traducción italiana, Giuffrè, Milano, 2002.

MCILWAIN, C.H., *Costituzionalismo antico e moderno (1947)*, Il Mulino, Bolonia, 1990.

ORLANDO, V. E., "Teoria giuridica delle guarentigie della libertà", en: BRUNIALTI, A. (ed.), *Biblioteca di scienze politiche*, vol. V, UTE, Torino, 1890.

PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre*, 1792.

POZZOLO, S., "El estado constitucional de derecho como paradigma de la modernidad" en: Barrios González, B. y L. Barrios Chávez (eds.), *El constitucionalismo de los derechos*, Barrios & Barrios, Panamá, 2014.

_____, *Costituzioni, interpretazioni, disaccordi. Appunti per un diritto che cambia*, Aracne, Roma, 2012.

_____, *Derechos fundamentales y democracia directa*, ponencia presentada en "Argumenta 2017", Lima.

_____, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, 2001, Cap. I, traducción castellana Palestra, Lima, 2011.

RIBOTTA, S. y A. Rossetti (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010.

RIVA, N., "Reciprocità e politica tributaria", en ALBERTINI, F.V., L. Cominelli, V. Velluzzi (eds.), *Fisco, efficienza ed equità*, Pisa, ETS, 2015.

TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.

TUSHNET, M., "Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights", *Comparative Constitutional Law*, Princeton UP, capítulo 8.

Hemerografía

CASADEI, Th., "Diritti sociali e processo de-costituente", *Ragion pratica*, núm. 47, 2016.

CELANO, B., "I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea", *Analisi e diritto*, 2001.

ESCUADERO ALDAY, R., "La imposición del «déficit cero» frente al paradigma del Estado constitucional", *Teoría política* (nueva serie), ANNALI VI, 2016.

FERRAJOLI, L., "Los derechos fundamentales", *Cuestiones constitucionales*, núm. 15, julio-diciembre, 2006.

_____, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *DOXA*, núm. 34.

FOCARELLI, C., "Costituzionalismo internazionale e costituzionalizzazione della global governance: alla ricerca del diritto globale", *Politica del diritto*, núm. 2, giugno, 2011.

GARZÓN VALDÉS, E., "Ipocrisia, simpatia e Stato di diritto". *Claves de razón práctica*, núm. 101, 2000.

_____, "Algo más acerca del «coto vedado»", *Doxa*, núm. 6, 1989.

HABERMAS, J., "La costituzionalizzazione del diritto internazionale e i problemi di legittimazione che deve affrontare una società mondiale giuridicamente costituita", *Iride*, XXI, núm. 53, enero-abril, 2008.

KUMAR KATYAL, N., "Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within", *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 9, 2006.

LESSIG, L., "Erie-Effects of Volume 110: An Essay on Context in Interpretive Theory", *Harvard Law Review*, vol. 110, núm. 8, junio, 1997.

LOSANO, M., "Diritto turbolento: alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 3, 2005.

POZZOLO, S., "La libertà dalla povertà come diritto fondamentale", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 2, 2004.

REGONINI, G., "Paradossi della democrazia deliberative", *Working Papers, Dipartimento di studi sociali e politici*, 23/03/2005.

RIVA, N., "L'eguaglianza delle opportunità come criterio di giustizia", *Working papers*, Centro Einaudi, núm. 4, 2009.

SUNSTEIN, C. R., "Beyond Marbury: The Executive's Power to Say What the Law Is", *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 9, 2006.

Documentos publicados en internet

ALVAREZ, J. E., “Are Corporations “Subjects” of International Law?”, *Santa Clara Journal Of International Law*, vol. 9, núm. 1, 2011, http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_069097.pdf

BIFULCO, R., “La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito”, *Rivista AIC*, núm 4, 2014, <http://www.rivistaaic.it/la-c-d-costituzionalizzazione-del-diritto-internazionale-un-esamedel-dibattito.html>

CERRUTI, A., “I poteri pubblici alla prova della governance economico-finanziaria: bilancio e vincoli costituzionali”, <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/09/Cerruti-RomaTre.pdf>.

CORPORATE BIAS IN THE WORLD BANK GROUP'S INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES: “A Case Study of a Global Mining Corporation Suing El Salvador”, http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2015/05/el-salvador_informe-sobre-caso-CIADI_eng.pdf

GARCÍA AMADO, J. A., “¿Qué desigualdades debe el Estado corregir?”, *Debates de filosofía política*, I, <http://almacenederecho.org/que-desigualdades-debe-el-estado-corregir-debates-de-filosofia-politica-i/>.

_____, “Justicia distributiva y Estado social. ¿Debe ser el Estado social un Estado igualitario?”, <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Igualdad.%20Justicia%20distributiva%20y%20Estado%20social.%20Ponencia%20Alicante.pdf>

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Instituciones suicidas”, *Isegoria*, núm. 9, 1994, <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/284>

GUNNARSSON, A. y M. Eriksson, "Discussion Paper on Tax Policy and Tax Principles in Sweden, 1902-2016", *Forum for Studies on Law and Society*, Umeå University, <https://umu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1064945/FULLTEXT01.pdf>

GUNNARSSON, A., K. Brooks y L. Philipps, M. Wersig, "Challenging Gender Inequality in Tax Policy Making", <http://userpage.fu-berlin.de/~mwersig/Proposal%20Gunnarsson%20et%20al%20Summary.pdf>

IANNELLO, C., "Il "non governo" europeo dell'economia e la crisi dello stato sociale", *Diritto pubblico Europeo*, Noviembre, 2015, <http://edizioniesi.it/dperonline/data/uploads/articoliliannellodper-nov-2015.pdf>

ISDEMOCRACY THREATENED IF COMPANIES CAN SUE COUNTRIES?, <http://www.bbc.com/news/business-32116587>

LUCIANI, M., "Costituzione bilancio, diritti e doveri dei cittadini", <http://www.camera.it/temiap/allegati/2015/03/19/OCD177-1158.pdf>

_____, "L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità", http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Seminario2013_Luciani.pdf

PACE, A., "Libertà e diritti di libertà, in Studi in onore di Pierfrancesco Grossi", http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/Liberta%20e%20diritti%20di%20libera'_Pace.pdf

PROFITING FROM CRISIS, http://corporateeurope.org/sites/default/files/profitting-crisis-ex_sum-en.pdf

THE OBSCURE LEGAL SYSTEM THAT LETS CORPORATIONS SUE COUNTRIES, <https://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-tt-ip-icsid>

CONFERENCIA: JUSTICIA Y CASTIGO*

CONFERENCE: JUSTICE AND PUNISHMENT

*Leonardo Augusto Zaibert***

RESUMEN: El castigo no requiere de un contexto institucional. Es perfectamente posible que una persona castigue a otra sin que exista un delito tipificado como tal por la autoridad. El autor sostiene que no cabe duda que cuando se castiga a una persona lo que se persigue es que esta sufra, lo que no es un problema meramente teórico sino también práctico. Cuando se castiga a una persona lo que se persigue es que esa persona sufra, entendiendo por sufrimiento, en términos generales, experimentar algo que no se quiere que ocurra. Se diserta sobre el “problema del castigo” y las diferentes posturas desde las cuales se ha tratado de justificar el castigo para plantearnos su propuesta teórica al respecto. El punto central que distingue a los utilitaristas y a los retributivistas es fundamentalmente axiológico. El utilitarista niega que pueda haber valor en el sufrimiento en sí mismo, mientras que el retributivista piensa que sí puede tener valor. Para el autor el sufrimiento merecido es intrínsecamente bueno.

PALABRAS CLAVE: derecho penal, utilitarismo, retributivismo, justificación del castigo.

* Este artículo es el producto de la transcripción autorizada por el autor de la Conferencia “Justicia y Castigo”, impartida en el marco del 3er. Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, el día 04-10-2016, en Aula Magna de la Escuela Judicial del Estado de México. Disponible en el canal de YouTube de la Escuela Judicial, <https://www.youtube.com/watch?v=jrYYt93bPOA>

** Ph. D. Philosophy, State University of New York, Buffalo. Licenciado en Derecho por la Universidad Santa María, Caracas, Venezuela. Profesor de Filosofía y Jefe de Departamento en Union College, New York.

ABSTRACT: Punishment does not require an institutional context. It is possible for a person to punish another without the existence of a criminal offense specified by any authority. The author holds that there is no question that when an individual is punished the main objective is to cause suffering, understanding by suffering in general terms, to experience something unwanted. The “matter of punishment” and the different positions from which punishment is justified with a theorist approach are discussed. The main points that distinguish the Utilitarian and the Retributivist are fundamentally axiological. The Utilitarian denies that there is any value in suffering, while the Retributivist believes that it does have value. For the author the punishment received is good intrinsically.

KEYWORDS: Criminal Law, Utilitarianism, Retributivism, Justification of Punishment.

Recepción: 04/10/2016

Aceptado para su publicación: 15/05/2017

SUMARIO

1. A manera de introducción. 2. El problema del castigo. 3. Justificación de la pena. 4. Repensando una teoría de la justificación del castigo. 5. Conclusión. 6. Bibliohemerografía.

1. A manera de introducción

Comenzaré con un punto conceptual: la definición del castigo o de la pena, dos expresiones que emplearé como sinónimos en el sentido de que, desde mi punto de vista, es perfectamente posible que una persona castigue a otra persona sin necesidad de haber delitos de por medio, sin necesidad de que exista una autoridad. Ciertamente, el derecho penal es el ejemplo paradigmático del castigo y es mucho más rico y complejo porque una serie de factores entran en contradicción. Pero desde nuestro punto de vista lo importante es la esencia misma del castigo, la cual no requiere de un contexto institucional.

Históricamente las definiciones de castigo no especifican de manera clara qué es exactamente lo que el castigador quiere que el castigado experimente; me limitare, por tanto, a describir lo que siempre ocurre: cuando una persona castiga a otra, quiere que la otra persona experimente algo poco placentero, algo doloroso o algo dañino o, en pocas palabras, el castigador quiere que el castigado sufra. Este es un punto puramente definicional, no significa que esto justifica el castigo, no estamos afirmando que esto es lo que debemos buscar como castigo, pero cuando se castiga a una persona lo que se persigue es que esa persona sufra, entendiendo por sufrimiento algo sumamente general como he descrito: la persona experimenta algo que no quiere que le ocurra.

En términos genéricos, el castigo es tradicionalmente definido como sufrimiento, pero hacemos énfasis en lo siguiente: si

ciertamente el castigo, desde el punto de vista conceptual, involucra el propósito de hacer que el castigado sufra, esto nos representa un problema interesante, no puramente teórico.

2. El problema del castigo

En los Estados Unidos, la expresión “el problema del castigo” es muy popular en libros, capítulos de libros y conferencias y, en general, estos textos señalan que es un problema práctico acerca del castigo y la criminalización excesiva que aquejan seriamente a la sociedad norteamericana. Estoy convencido que estos son, efectivamente, problemas del castigo, pero son problemas de un cariz más criminológico, sociológico e incluso político; en lo absoluto quiero negar que son problemas importantes, pero el problema que me interesa es otro, uno puramente teórico.

Tradicionalmente, el sufrimiento es algo que no queremos experimentar. En principio, mientras menos sufrimiento experimentemos, pensamos que nos va mejor en la vida. De hecho, hay un concepto filosófico-teológico, el concepto de una teodicea (hay teodiceas religiosas y hay teodiceas seculares), que permiten explicar esta afirmación. Desde la perspectiva de la teodicea religiosa la pregunta tradicional es: si existe un Dios y si Dios es bueno, ¿por qué permite que haya sufrimiento?, o ¿por qué no limita el sufrimiento? Desde el punto de vista secular, quizá el tratamiento más interesante, a mi modo de ver, sobre la llegada de teodicea, sin el aspecto teológico, fue desarrollado por Max Weber.

Weber opinaba que el problema desde el punto de vista secular para la teodicea, es el problema del sentido de la vida, del significado de la vida. Mencionaba Weber tres elementos que consideraba problemáticos para darle sentido a nuestra existencia. El primero, el sufrimiento inmerecido; el segundo, la injusticia; y el tercero, la estupidez incorregible. Para los efectos de esta disertación, el tercer elemento no tiene importancia, a

pesar de que resulta interesante, porque nada tiene que ver con el problema del castigo. Nos enfocaremos entonces en los dos primeros de estos tres elementos.

Los dos primeros elementos están relacionados. La idea de injusticia que queda impune nos hace sentir, en cierta manera, que el mundo carece de sentido de igual forma que el sufrimiento cuando no es merecido, pero este es un punto absolutamente central que tiende a ser ignorado; lo que, desde el punto de vista de Weber, le resta sentido a nuestra existencia no es el sufrimiento como tal, es el sufrimiento cuando es inmerecido. En otras palabras, cuando el sufrimiento es injusto. Si alguien sufre de manera justa, de acuerdo a Weber, y coincido con él, eso no implica que nuestra vida carece de sentido, hay una diferencia crucial entre el sufrimiento cuando es merecido y cuando es inmerecido, es decir, que para cierto tipo de filósofos, el sufrimiento merecido no es necesariamente un problema grave con respecto al sentido de la vida.

3. Justificación de la pena

Lo anterior nos lleva a adentrarnos en la clásica distinción de dos escuelas de pensamiento, con respecto a la justificación de la pena. Estas escuelas existen desde el origen de la humanidad y encontramos ejemplos de ambas en el Antiguo Testamento, en Platón, y en otras fuentes; pero, en su versión contemporánea, una de ellas tiene su origen en Jeremy Bentham y el nacimiento del utilitarismo inglés del siglo XVIII y la otra en Immanuel Kant. Estas dos escuelas son: el utilitarismo y el retributivismo.

El utilitarismo considera que el castigo siempre es algo malo. No hay nada que le redima: el sufrimiento (que es parte esencial del castigo) es malo y ha de ser rechazado en general. El retributivismo no piensa eso, como lo explicaremos más adelante. Lo interesante es que los utilitaristas, como es bien sabido, no consideran que el castigo deba ser abolido, es decir, en muchos casos aceptan que

el castigo debe ser infringido sobre los criminales, sobre algunas personas que han hecho cosas malas. ¿Cómo? Si bien siempre han dicho que el castigo es malo, la respuesta es realmente sencilla: el castigo, que es malo siempre de por sí, puede ser un instrumento útil para prevenir más sufrimiento y, en esos casos, el castigo estaría justificado. Es decir, hay una persona que ha cometido un crimen, por ejemplo, y castigarlo por ese crimen le causaría un sufrimiento lo cual hace al mundo un peor mundo, en cierto sentido, pero, al castigarlo se consiguen algunas consecuencias que disminuyen el sufrimiento del universo por lo cual, al final de la historia, el balance neto de sufrimiento fue positivo.

En otro trabajo he afirmado que la única justificación real del castigo en la historia es retributivista, lo cual fundamento en el utilitarismo. El utilitarismo realmente no justifica el castigo, lo *tolera* desde un punto de vista mecánico: si castigando a esta persona logramos disminuir el sufrimiento en el mundo pues entonces hagámoslo. Pero no se justifica al acto de castigar en sí, es decir, el sufrimiento que ocasiona el castigo es irremediablemente e invariablemente malo —claro, puede ser que contribuya a cosas buenas—, en ese caso se hace, y ese es el sentido que quiero capturar con la distinción entre tolerancia y justificación; justificar el castigo sería decir esto hay que hacerlo y al hacerlo, no estamos haciendo algo malo.

En una discusión que tuve recientemente con un importante jurista inglés, Víctor Tadros —él afirma que no es utilitarista—, defiende una posición llamada “instrumentalista”, la cual, en mi opinión, es completamente utilitarista. A mi modo de ver, esto es un eufemismo. Veamos un ejemplo, con el caso hipotético que Tadros sugiere. Imaginemos que Hitler (aquí pueden sustituir a Hitler por el peor criminal que se les pueda ocurrir o una persona indudablemente terrible), ha estado viviendo en una isla desierta, no hay manera de que salga de ella, no hay manera de rescatarlo, no hay manera de comunicarse con él, está completamente aislado, le quedan digamos cinco años de vida y no hay nada que se pueda hacer al respecto; lo único que se puede hacer es que

hay un pequeño botón de una “computadora mágica” enfrente de uno, si lo apretamos el clima puede empeorar en la isla que habita Hitler. Lo que propone Tadros es que, en este contexto hipotético, el causarle ese mal clima a Hitler es bárbaro, es salvaje, es inhumano y es cruel. Obviamente, como les planteé, estoy en contra, pienso que es correcto hacerlo.

Pero la posición de Tadros no es absurda, es posible que haya gente en la audiencia que piense que en realidad Tadros tiene razón, tal y como ha sido construido este caso hipotético, éste nos establece que no hay nada que se pueda lograr; nos da a entender que el clima desagradable es un sufrimiento, que Hitler no se va a reformar; no se va a rehabilitar; no va a sentir remordimiento por lo que ha hecho, tampoco puede hacerle daño a nadie porque la isla donde vive está desierta. En ese caso, la pregunta de este supuestamente no utilitarista y de muchos colegas es: ¿Para qué le vas a dar sufrimiento? En este caso el sufrimiento no conlleva ninguna consecuencia positiva.

La razón por la que estoy en desacuerdo es porque pienso que el sufrimiento merecido es intrínsecamente bueno; es decir, el mundo es mejor cuando —en este caso fantástico de Hitler en esa isla, está enojado porque todo el día llueve, obviamente si le pudiera dar otro tipo de tratamiento aún más severo lo haría—, pudiera castigarlo en un sentido civilizado. Imaginado este ejemplo también lo haría, pero dados los parámetros que este caso impone a nuestra manera de razonar sobre él, pienso que, por supuesto, habría que darle ese mal clima.

Pero aquí llegamos a lo que considero que es el punto central entre las dos tradiciones filosóficas para justificar el castigo. La utilitarista, que puede tener varios nombres y que muchos de los teóricos del castigo contemporáneos, que evidentemente niegan ser utilitaristas, en el fondo lo son, porque niegan que este punto básico y central de que si tiene algún valor positivo el sufrimiento merecido en sí mismo. La manera como he planteado este punto, que considero es el meollo de la distinción, me obliga a mencionar

una distinción conceptual clásica de la ética, es decir, la distinción entre lo axiológico y lo deóntico. Lo axiológico está relacionado con problemas de valor, con aquello que es bueno o malo. Lo deóntico tiene que ver con obligaciones, con deberes y derechos. No recuerdo a nadie que niegue que esta distinción exista. Es muy diferente decir lo que has hecho es bueno, tiene valor, a decir tienes la obligación de hacer eso.

Voy a dar un ejemplo, imagínense que existe un colega que es un fanfarrón, un charlatán, una persona antipática, una mala persona. Está dando una charla y ustedes están indignados por todas las cosas malas que ha hecho esta persona. Alguien se levanta de la audiencia, se acerca al pódium y lo abofetea, hay un cierto sentido axiológico en el que dicha acción no es necesariamente sin valor. El punto es que, este hombre se lo merecía por cómo es. Esto es muy diferente a decir que alguien tenía la obligación de portarse de esa manera.

El punto central que distingue a los utilitaristas y a los retributivistas es fundamentalmente axiológico. El utilitarista niega que pueda haber valor en el sufrimiento en sí mismo, mientras que el retributivista piensa que sí puede tener valor. Ahora bien, el retributivista piensa que el sufrimiento como tal puede tener valor cuando es merecido, cuando es justo. El retributivista también puede considerar que hay valor intrínseco en una cantidad de otras cosas como la rehabilitación, la incapacidad de prevención, la enseñanza, todas estas las puede aceptar el retributivista, como lo demuestra el caso hipotético de Hitler en la isla. Aún si ninguna de ellas fuese posible, el retributivista encontraría valor en el mero hecho de quien merece sufrir, sufre. Hasta cierto punto, soy escéptico de la claridad con la que veo el asunto, me parece tan obvio que no puede ser que alguien no lo haya encontrado antes con tanta claridad, pero en realidad no hay nadie que lo haya puesto tan claro, aun así hay gente que está en desacuerdo conmigo acerca de la centralidad de este punto.

3.1. Del utilitarismo de Jeremy Bentham al utilitarismo de John Stuart Mill

Ahora bien, antes de criticar a utilitaristas y a retributivistas, quiero explicar lo siguiente. Hasta este momento en que he hablado del utilitarismo, me he referido solamente al llamado utilitarismo clásico de Jeremy Bentham, pero no es la única forma de utilitarismo, ya que esta es una teoría maleable y modificable, quizá la más famosa versión alternativa de utilitarismo fue la de John Stuart Mill, quien una generación después de Bentham, creó un sistema utilitarista que trataba de ser más humano. Desde el punto de vista de Bentham, el objetivo de la vida, la obligación constante es que cada vez que nos toca actuar hay que sopesar las alternativas y escoger aquella que tenga más utilidad o que reduzcan más el sufrimiento, las dos expresiones las usó como sinónimos. En el caso de Mill, trató de hacerlo menos maximizante y pensó que el utilitarismo debía ser utilizado no como un criterio de acción, sino como un criterio que nos permita desarrollar reglas que si fuesen cumplidas la sociedad sería más feliz, mostraría más utilidad y menos sufrimiento.

Por ejemplo, veamos uno de los casos clásicos que se usa contra el utilitarismo de Bentham. Le haces una promesa a alguien en su lecho de muerte, a un gran amigo le prometes que vas a hacer tal o cual cosa y luego muere, nadie es testigo, nadie se enteró. Supongamos que se pudiera maximizar la felicidad en el mundo al no cumplir esa promesa, de acuerdo a Bentham hay que romper esa promesa sin ningún remordimiento, si no hay ningún mal que se cause para qué se está maximizando la utilidad. John Stuart Mill no está de acuerdo con esto, porque consideraba que lo que hay que hacer es que las reglas, basadas en el espíritu del utilitarismo, deben ser cumplidas. Una regla que diga “las promesas deben ser cumplidas a menos que sea mejor no cumplirlas” sería un desastre desde el punto de vista utilitarista; no sería un mundo feliz, nadie creería en nadie, las promesas no significarían nada.

3.2. George Edward Moore y el utilitarismo ideal

La secuencia del utilitarismo está cambiando, es menos mecánico y menos inhumano, culmina para mí, por efectos del filósofo inglés George Edward Moore, quien escribió probablemente el libro de ética más importante del mundo anglosajón, en mi opinión, de los más importantes del mundo, *Principia Ethica* (Principios de la Ética), a comienzos del siglo XX. El utilitarismo que Moore defiende es el llamado *utilitarismo ideal*. La diferencia central con las otras formas de utilitarismo es que no piensa que el objetivo de la vida o de la ética sea maximizar la utilidad en actos o en reglas. El objetivo es, de acuerdo con Moore, crear la mayor cantidad de valor intrínseco.

Moore propuso un ejemplo que es famoso en el mundo filosófico: imagínese un Universo muy bello, pero sin nadie que pueda apreciar esa belleza, compare esa situación con otro Universo, igual de bello, donde sí hay un ser (basta con uno) que aprecie esa belleza y que sea muy feliz dado lo bello que es ese Universo. Lo que Moore sugiere es que estos dos escenarios son profundamente diferentes con respecto al valor; axiológicamente diferentes. El valor del segundo caso es, en su opinión, infinitamente mayor y el valor de éste no puede ser explicado viendo el valor de las partes que lo componen; es decir, propone una teoría, que se denomina *Teoría de las unidades orgánicas*. Lo que él entendía por una unidad orgánica era un conjunto de elementos, cuyo valor no era necesariamente el de las partes que lo formaban.

Este ejemplo de Universo bello con una persona que lo aprecia es prácticamente el único que se cita en la literatura filosófica. Pero, escondido en unas páginas del mismo libro, tenemos otro ejemplo que es extraordinariamente útil para mi propósito: imagínese un violador, el cual ha violado a su vecina, obviamente este acto le causó sufrimiento a la vecina y al mundo, dado que ocurrió una violación. Desde el punto de vista del utilitarismo clásico, el de Bentham e incluso del de Mill, si ahora castigamos a este violador y lo hacemos sufrir, lo que hemos hecho es aumentar el nivel

de sufrimiento en el mundo, es decir, tendríamos el sufrimiento producido por la violación y ahora, también, el sufrimiento del violador. Moore sugiere —conuerdo con él— que en este caso, la unidad orgánica que resulta de castigar al violador, es decir, de hacer sufrir al violador por haber violado, es mejor que aquella en donde el violador queda impune.

Ahora, es sumamente significativo, desde mi perspectiva, que esta nueva posición retributivista (lo que hace a esta unidad orgánica mejor es que ese violador merece sufrir), está siendo defendida por un utilitarista y, supuestamente, el retributivismo era anatema para los utilitaristas. Pienso que la dirección de este caso que Moore plantea, sugiere que la justificación del castigo, en realidad, es más compleja de lo que pensamos. Hay valores, por ejemplo, el valor de impartir justicia, y hay casos en los cuales la justicia se obtiene por medio del sufrimiento merecido. Por supuesto, también hay valores que consisten en disminuir el sufrimiento en el mundo, y es por ello que la justificación del castigo es profundamente dilemática, conceptualmente hablando.

3.3. Críticas a las teorías clásicas

Antes de esbozar el tipo de justificación que quiero proponer con mayor ahondamiento, quiero criticar tanto al retributivismo clásico como a las llamadas teorías mixtas de justificación. El retributivismo clásico falla —a mi manera de ver las cosas— fundamentalmente, en que a pesar de la diferencia obvia que tiene con el utilitarismo ya explicada, los retributivistas afirman que existe valor en el sufrimiento como tal, los utilitaristas clásicos no, la *estructura* de la justificación en ambas corrientes es similar. Estructuralmente ambas corrientes de pensamiento sugieren que hay un elemento que de estar presente justificaría el castigo y la historia se acaba. Siguiendo a un utilitarista clásico, por ejemplo, si castigar a este violador va a disminuir más que ninguna otra alternativa el nivel de sufrimiento en el mundo, pues hay que hacerlo y la discusión concluye. Desde el punto de vista del retributivismo la estructura es similar, es decir, si este violador

merece sufrir en tal grado y lo hacemos sufrir en tal grado, entonces el castigo es justificado, la historia finaliza.

El punto parece sorprendente y preocupante a la vez. La estructura en ambos casos es exageradamente simple. Si el castigo en realidad es un acto de hacer justicia a través de infligir sufrimiento, cuesta aceptar que pueda ser algo tan simple. Este es el punto por el cual considero que el retributivismo clásico es equivocado.

El retributivismo clásico es deóntico, no se queda en lo axiológico, no le basta al retributivista clásico. Para Kant, por ejemplo, no es correcto afirmar que hay valor en el sufrimiento merecido, sino que alguien merece sufrir y hay otro alguien que tiene la obligación de castigarlo, de hacerle sufrir. La razón por la cual el retributivista clásico agrega ese elemento deóntico es comprensible, el temor es que si te quedas en lo axiológico pareciera ser demasiado vacío, el mundo sería bello, pero ¿qué más? Necesitamos algo más concreto.

Considero que hay un error en este temor; aunque es comprensible pero también es exagerado en el sentido siguiente: pensar que la única manera en la cual una consideración moral o normativa puede tener fuerza suficiente es que puede ser traducida en obligaciones o en derechos, no es necesariamente correcto. Hay un sinnúmero de posibles acciones que uno puede tomar por la cual uno sería admirado, respetado o incluso galardonado, que no son obligaciones. El ejemplo clásico sería el comportamiento heroico, el cual por definición es ir más allá de lo que me tocaba hacer. Entonces, si me comporto como un héroe quiere decir que no sólo cumplí con mi deber, si hubiera sido mi deber no sería heroico, es decir, insisto, va más allá de lo que me tocaba hacer. Si me comportara de manera heroica, sospecho que me ganaría su respeto y admiración. El hecho de que no tengamos el deber de ser héroes, no le resta nada al valor del heroísmo.

Del mismo modo, el hecho de que alguien merezca sufrir —a mi manera de ver— es un elemento importante a considerar cuando estamos justificando el castigo y no me hace falta mencionar que esa importancia se traduce en un deber de castigar; aunque, en algunos casos es probable que sí lo haga pero no en todos. Es por esta razón que rechazo al retributivismo tradicional como el de Kant, al que llamo deóntico, no porque niegue el elemento axiológico que comenté, sino porque le agrega ese componente deóntico, de una manera —en mi opinión— demasiado rotunda.

Eso nos crea algunos problemas, uno de ellos desde el punto de vista de la historia de las ideas. Kant un filósofo de una influencia enorme, cometió un error que ha sido heredado por varios filósofos posteriores. Kant confundió, hasta cierto punto, el retributivismo (que es una teoría) con la ley del talión. La idea “del ojo por ojo y el diente por diente”, si alguien te quita un ojo, lo que le corresponde es que él pierda un ojo también. No hay inconsistencia lógica entre las dos teorías, sin embargo, uno puede adherirse a una de ellas sin adherirse a la otra. En mi experiencia profesional, me considero un retributivista porque pienso que la gente debe obtener lo que merece y nunca he sido partidario de la ley del talión, las dos pueden ser parecidas, pero la una no implica a la otra. En el caso de Kant, a pesar de que nunca dijo que se implicaban mutuamente, las presentó de manera tal que ha sido interpretado que la una va con la otra.

El otro punto que es problemático en el retributivismo, es que la mayoría de sus defensores contemporáneos, lo han amalgamado con otra teoría que se denomina el moralismo legal. Esta otra teoría consiste en sugerir que es competencia legítima del Estado criminalizar todo aquello que sea inmoral y se supone que las dos son lo mismo.

El más importante defensor del retributivismo contemporáneo es el filósofo Michael S. Moore de la Universidad de Illinois, sostiene que estas dos cosas son absolutamente inseparables. No estoy de acuerdo, pero ciertamente, su inseparabilidad se hace más fuerte

si no se tiene la visión deóntica del retributivismo, si uno se limita a la versión axiológica que defiende, no sé cuál es el argumento para ser un moralista legal necesariamente.

La última pieza de mi crítica antes de esbozar lo que sugiero, tiene que ver con las justificaciones mixtas. Estas han sido muy populares en los últimos 50 o 70 años, quizá las más grandes luminarias de la filosofía anglosajona, que es la que mejor conozco, han propuesto versiones de la justificación mixta. Como su nombre lo dice, estas justificaciones buscan eclécticamente seleccionar lo atractivo del retributivismo con lo atractivo del utilitarismo. Mencionaré una de ellas, de un filósofo inglés, Anthony Quinton, porque es la versión más fácil de exponer.

Quinton sugiere que el retributivismo había sido mal entendido desde el comienzo de la humanidad, porque, desde su punto de vista, el retributivismo no es una posición ética en lo absoluto: es, en realidad, una teoría semántica. Lo que quería expresar era lo siguiente: si yo a una persona inocente que va caminando por la calle decido golpearla o si tuviese la autoridad de apresarla y ésta me pregunta ¿por qué?, le contestaría que por nada, pero que le estoy castigando. Una respuesta obvia sería decir, eso no es castigo, porque el castigo por definición, es del culpable o del que uno supone culpable. Si yo castigo a quien supongo inocente entonces no lo estoy castigando. Ese punto está bien, pero es una caricatura de lo que era el retributivismo tradicional. Kant no estaría de acuerdo con esta postura.

Por supuesto, en el caso de Quinton, una vez que cumples la tesis semántica ahora todos somos utilitaristas. De acuerdo, no vas a castigar al inocente pero cuando toca castigar al culpable la determinación de la severidad del castigo es un asunto totalmente utilitarista ¿cuánto se va a rehabilitar? ¿cuánto vamos a mejorar la sociedad?, etc. A mí esto me parece poco atractivo, eso no es lo que un retributivista como su servidor desea, ni busca. Clásicamente, lo que se buscaba era que la persona que sufre, recibiendo el sufrimiento que merece, hacen al mundo mejor sin tomar en cuenta cualquier consecuencia.

No estoy en contra de rehabilitar, de reeducar o de proteger a la sociedad y a los inocentes, el punto es que, conceptualmente, el mero hecho de aquel que merece sufrir, sufra, ya es algo bueno, independientemente de otras cosas buenas que también pueden surgir.

También lo que quiero mencionar en relación con las justificaciones mixtas, es que ellas surgieron como respuesta a algunas de las objeciones más famosas al utilitarismo clásico. La objeción era que permitiría castigar al inocente. El ejemplo clásico que ha sido usado en la literatura es el siguiente: digamos que soy el gobernador de un estado, ha habido un crimen terrible, las masas están enardecidas y habrá una revuelta popular muy grave si no conseguimos atrapar al criminal que lo cometió, después de algún tiempo no se consigue esto último. Los hechos están claros, en el sentido de que habrá cientos de muertos y destrucción a la propiedad si no conseguimos a quien lo hizo, pero desde el punto de vista del utilitarismo clásico, en este caso es perfectamente aceptable que finja que el culpable es una persona que no lo es, porque en efecto, esta persona va a sufrir; pero alivia, de un modo u otro, el sufrimiento gigantesco que la revuelta iba a ocasionar. Esto desde mi punto de vista, es una objeción profunda al utilitarismo y estas teorías mixtas de la justificación de la pena buscaban solucionar esa objeción.

En mi criterio, las teorías mixtas no logran salvar al utilitarismo, pero en el mejor de los casos lo logran sólo a costa de caricaturizar al retributivismo. A la mejor, esa teoría que se llamaba mixta es mejor que la que tenían antes, pero no incorpora el valor que tenía el retributivismo que es el valor esencial en el sufrimiento merecido.

4. Repensando una teoría de la justificación del castigo

Nuestra idea en torno a una teoría de la justificación del castigo consiste primero en asumir el hecho de que la justificación del

castigo es profundamente dilemática, no es sencilla. Entiendo que para el derecho estos dilemas no son bienvenidos, pero tampoco considero que el derecho deba caricaturizar los fenómenos que regula. El castigo es la justicia a través de hacer daño, en el sentido de causar sufrimiento y esto es complejo, conceptualmente hablando.

De por sí, mucho antes de discutir todos los elementos políticos, jurisdiccionales y de otra naturaleza, en la literatura de la ética en general, existe una popular corriente que estudia los dilemas éticos, quizá el ejemplo más famoso en la actualidad es el de la “bomba de tiempo”.

Unos terroristas han colocado una bomba atómica en el Zócalo de la Ciudad de México y tenemos aquí a la persona, si lo torturamos se logra desactivar la bomba —lo que muchos filósofos dicen es bueno—, en ese caso hay que torturarlo. Muchos objetan este caso hipotético porque en la realidad no es así, sin embargo, asumamos que es así. Entonces, lo torturamos y se desactiva la bomba. Algunos filósofos afirmarían que si fui yo el que torturé a esa persona, debería sentirme mal por haberlo hecho, sentir remordimiento. Desde la postura estructural, la percepción del castigo es parecida, en el castigo estamos causando el sufrimiento grave en una persona, no es tortura ni mucho menos lo estoy recomendando, pero en delitos graves el castigo no solo involucra el sufrimiento, sino que en muchos casos representa el destruirle la vida a una persona, porque así lo merece.

El punto es que trato de apropiarme de esta discusión general en la ética, con respecto a la compleja naturaleza de la justificación de ciertas acciones y trato de incorporarla a la discusión de la justificación del castigo. Pienso, que no deberíamos sentirnos con la conciencia tranquila después de castigar aún si esto es justificado.

5. Conclusiones

Concluyo con una comparación entre dos jueces hipotéticos. Ambos deciden sus casos de manera idéntica, sus casos también lo son. La diferencia es que a uno de ellos le pesa en la conciencia tener que mandar gente a prisión por muchos años, a pesar de que era la decisión correcta y que lo hizo de una manera justa. Mientras tanto, el otro juez es indiferente. Pienso que hay una diferencia ética entre los dos, lo que responde a la complejidad del acto de castigar; aun cuando está justificado involucra causarle un gran daño a alguien, eso no se presta al tratamiento mecánico que el utilitarismo le ha dado al igual que el retributivismo clásico, por ello considero que la teoría de la justificación del castigo que uno debe defender es pluralista, ya que reconoce la confrontación entre diferentes valores a la hora de castigar a una persona, aun cuando ese castigo sea justificado.

6. Bibliohemerografía

Bibliografía

BENTHAM, Jeremy, "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", en: BOWRING, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. I, New York, Russell & Russell, 1962.

BERLIN, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", en: HARDY, Henry (ed.), *Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

BOONIN, David, *The Problem of Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

DIRK DUBBER, Markus, *Victims in the War on Crime: The Use and Abuse of Victims' Rights*, New York, New York University Press, 2002.

HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd. edition, Oxford, Oxford University Press, 2008.

HUSAK, Douglas, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

RAWLS, John, *A Theory of Justice* (revised edition), Cambridge, Harvard University Press, 1992.

WOLF, Susan, *Meaning in Life and Why it Matters*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

ZAIBERT, Leo, "Justifying Incarceration", en: INCAMPO, Antonio y Wojciech Zelaniec (eds.), *The Universality of Punishment*, Bari, Cacucci, 2015.

_____, "Punishment and Forgiveness", en RYBERG, Jesper y J. Angelo Corlett (eds.), *Punishment and Ethics*, London, Palgrave/Macmillan, 2010.

_____, *Punishment and Retribution*, Aldershot, Ashgate, 2006.

Hemerografía

LARRAURI, Elena, "La Economía Política del Castigo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 6, 2009.

TASIOULAS, John, "Punishment and Repentance", *Philosophy*, núm. 81, 2006.

ZAIBERT, Leo, "The Paradox of Forgiveness", *The Journal of Moral Philosophy*, núm. 6, 2009.

Documentos publicados en Internet

DRIVER, Julia, "The History of Utilitarianism", en The Stanford Encyclopedia of Philosophy, ZALTA, Edward N. (ed.), Winter 2014, <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/utilitarianism-history>.

REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL Y LOS RETOS PARA LOS PODERES JUDICIALES*

CONSTITUTIONAL REFORM IN LABOR MATTERS AND CHALLENGES FOR JUDICIAL POWERS

*Arturo Alcalde Justiniani***

RESUMEN: El autor desde su experticia del Derecho laboral diserta en torno a cuáles son los grandes retos que enfrentan los poderes judiciales ante las llamadas “reformas vinculadas a la justicia cotidiana”, anunciadas en diciembre de 2015, por el presidente Enrique Peña Nieto. Aun cuando no solamente se refiere a temas laborales, sino también a temas civiles, familiares y el denominado “derecho cotidiano”, es decir, aquellos fenómenos que en la práctica tienen difícil instrumentación, pero tienen que ver con el día a día del ciudadano común. Lo que plantea el Ejecutivo Federal es que hay que generar una consulta nacional, un diálogo para acercar este sentido de justicia a la vida cotidiana. Una de las ramas de la justicia cotidiana es el Derecho laboral. Concluye advirtiendo la importancia del juez ante esta reforma, por cuanto a éste le corresponde el compromiso profesional y social, porque tendrá que hacer una aplicación responsable del Derecho laboral a través de un modelo sustentable.

PALABRAS CLAVES: Derecho laboral, juntas de conciliación y arbitraje, Organización Internacional del Trabajo.

* Este artículo es producto de la transcripción autorizada por el autor de la conferencia “Reforma Constitucional en Materia Laboral y los retos para los Poderes Judiciales”, impartida en la Escuela Judicial del Estado de México el 26-04-2017. Disponible en el canal de YouTube de la Escuela Judicial, <https://www.youtube.com/watch?v=mkn8c8HUa0c>

** Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y Licenciado en Relaciones Industriales por la Universidad Iberoamericana. Miembro del Comité de Directores de la *International Labor Rights Fund*. Titular del despacho Asesoría Legal Laboral.

ABSTRACT: The author from his expertise in labor law discusses what are the major challenges facing the judicial powers before the so-called “reforms related to everyday justice”, announced in December 2015, by President Enrique Peña Nieto. Although is not referred only to labor matters, but it also refers to civil matters, family issues and the so called “daily right”, that is to say, those cases that are difficult to treat, but are related with the everyday of the regular citizen. What the Federal Executive proposes to initiate a national consultation, a dialogue to create this sense of justice in the daily life. One of the branches of everyday justice is labor law. It concludes warning the importance of the judge, before this reform as it corresponds to the professional and social commitment, because he labor law must be applied responsibly through a sustainable model.

KEY WORDS: Labor law, conciliation and arbitration boards, International Labor Organization.

Recepción: 26/04/2017 Aceptado para su publicación: 15/05/2017

SUMARIO:

1. Antecedentes. 2. Cambios generados por la Reforma Laboral de 2012. 3. El marco en el que se gestaron las reformas laborales. 4. Propuestas de modificación en materia laboral derivadas de las Reformas vinculadas a la justicia cotidiana. 5. Los retos generados por la reforma laboral de 2017. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

Punto previo

Esta reflexión está dividida en dos bloques: (1) los antecedentes de las reformas laborales que hemos vivido en nuestro país y (2) un acercamiento a la última, que inició su vigencia en febrero de 2017,¹ anunciada, y me parece correcto afirmarlo, como la reforma más importante en los últimos 100 años en México. Una reforma que trastoca, que modifica el conjunto de las instituciones laborales, pero está pendiente la legislación secundaria, es incierta, porque no hay información clara de cuál va a ser su curso.

1. Antecedentes

Recordemos que el tema de la reforma laboral es muy antiguo. Todavía recuerdo, en los tiempos de la campaña del presidente Carlos Salinas, cuando hablaba de la necesidad de una reforma laboral, en esa ocasión convocó a los llamados sectores productivos, el empresarial, el sindical, con la participación del sector gubernamental, a dialogar sobre los cambios que requería nuestra legislación; había la convicción de que se necesitaban cambios, de que había un proceso de globalización intenso en el mundo y de que nuestras instituciones requerían ajustes, no sólo desde el punto de vista del proceso sino también en algunos de sus principios sustantivos. Se vinieron los tiempos, no cuajó, hubo desencuentros, visiones distintas. Llegó la época de Ernesto

¹ Diario Oficial de la Federación, 27-02-2017.

Zedillo, cuando nuevamente se convocaron mesas de intenso trabajo, se creía que sí se produciría la reforma laboral, pero tampoco se concretó.

Posteriormente, en el sexenio de Vicente Fox, y específicamente durante el 2002, se convocó a una Comisión Nacional para llevar a cabo la reforma laboral, en ella trabajaron los sectores —fui parte de esa Comisión—, tuvimos encuentros en algunos aspectos pero finalmente no hubo una conciliación, una visión común de los cambios que se requerían. Se presentaron iniciativas de ley en ese año por parte de las distintas formaciones políticas, dos proyectos, en concreto. En especial un proyecto central que se llamó “Proyecto de los sectores productivos”, que aterrizó hasta el año 2012.

En 2012 el presidente Felipe Calderón presentó como una iniciativa preferente --ustedes recordarán este carácter extraordinario, esta facultad constitucional que se le daba al Ejecutivo Federal para impulsar algunas iniciativas en la que tendrían tiempos estrechos para su definición— finalmente fue en el lindero del final de su sexenio, con el inicio del actual, en donde se llevó a cabo la conocida reforma de 2012.

2. Cambios generados por la Reforma Laboral de 2012

Se podrían resumir una serie de cambios —yo diría muchos de carácter superficial—, pero quizá los elementos más distinguidos, cuando menos en este enfoque de corte procesal son:

a) Limitación de los salarios caídos. En los casos de juicios laborales, los salarios caídos tienen un límite de 1 año y a partir del segundo año el límite queda en 30% prácticamente, pues se calcula el 2% sobre la base de 15 meses de salarios. Esto cambiaba sustancialmente las reglas del juego porque una de las críticas al proceso laboral era que había juicios muy largos. No estoy convencido de que esta fuera la solución idónea, cuando

el énfasis debiera ponerse en que los juicios se resolvieran con rapidez, no tanto que la carga y el costo fuera para aquel que no es un elemento que impulsa y que define el proceso, sino que debiera corresponder a las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

b) Contratos individuales. Se crearon los contratos de temporada, los contratos de prueba, los contratos de capacitación; tres tipos de contratos temporales que tocaban un tema central, el de la estabilidad laboral.

c) Cláusula de exclusión. Hubo modificaciones en este rubro y se suprimió la cláusula de exclusión por separación.

d) Procedimiento individual. Quizás el cambio más importante es que se separaron la audiencia inicial de juicio (lo que antes era conciliación, demanda, excepciones, ofrecimiento, admisión y desahogo), dividiendo la parte de demanda y excepciones con respecto al ofrecimiento de pruebas. Fue una intención buena, pero no tuvo, desde mi juicio, efectos positivos porque la intención era que en esa separación procesal se pudiera definir la litis, se fijaran las cargas probatorias y se permitiera desahogar una probanza mucho más ágil, de tal manera que no tuvieran que probar aquellos que no tuvieran la carga, y no como actualmente sucede en los juicios laborales, donde sin tener la carga de la prueba se ofrecen testigos, documentos y se va “empastelando” el proceso, por llamarlo de alguna manera.

3. El marco en el que se gestaron las reformas laborales

¿Cuál es el campo en el cual se desarrollaban y planteaban todas estas reformas? En términos generales, tenemos un triángulo en el aspecto jurídico de la materia laboral, en un ángulo está el apartado A, en el otro el apartado B del artículo 123 constitucional y en tercer ángulo lo que es el régimen de los estados y municipios, con base en los artículos 115 y 116 constitucionales. Entorno a este triángulo hay una serie de conceptos o de instituciones claves

a nivel del derecho individual, una de ellas es el conjunto de reglas relacionadas con lo que se denomina la *teoría de la existencia de la relación de trabajo*, ¿quién es trabajador?, ¿cuándo se es trabajador?, de una manera simple se dice que trabajador es aquel que presta un servicio personal, subordinado —la palabra subordinación parecería el elemento sustantivo— a cambio del pago de un salario. Esto que parece sencillo en la práctica presenta una serie de retos impresionantes porque hay una tendencia, no sólo en México sino en el mundo, de sustraerse de la obligación principal de ser patrón o de ser empleador; de ahí nace el *outsourcing*, la triangulación, todas estas formas que pretenden romper con la idea clásica de que bajo una consideración material quien reciba el beneficio de un servicio actualiza la figura de patrón. Hoy a través de la subcontratación o el llamado *outsourcing* se rompe o se intenta romper esta relación y este conjunto de obligaciones colaterales con la condición de patrón.

También un tema de controversia es lo que tiene que ver con la *teoría de la duración*, esto es, el trabajo deberá considerarse permanente cuando la materia que da origen a éste es también permanente. Es decir, la materia de trabajo es la que manda, no el contrato temporal, podemos firmar un contrato por obra y tiempo determinados y no tendría valor si en el fondo la relación de trabajo es de carácter permanente.

Hay un tercer aspecto que tiene que ver con el derecho individual que se relaciona con la clasificación ¿Cuándo se es trabajador de base? y ¿Cuándo se es trabajador de confianza? Pareciera un problema menor pero es importante. Muchas instituciones han convertido la regla general en excepción, tienen más empleados de confianza que trabajadores de base, como hay lugares donde hay más trabajadores por honorarios que trabajadores sujetos a una relación laboral ordinaria. Hay una tendencia a ir trastocando estas instituciones.

A nivel del derecho colectivo, el campo de controversia en la reforma laboral se ha cifrado en tres instituciones. Por un lado,

el derecho de asociación, esto es las reglas bajo las cuales se organizan los sindicatos, algo que se señala claramente en el artículo 123 constitucional que refiere que los trabajadores y los patrones tendrán derecho a formar sindicatos, organizaciones y asociaciones e incluso utiliza un etcétera, en este sentido la Constitución es muy particular en esta materia para dar cuenta de la dimensión de este derecho humano fundamental reconocido en el mundo y que se concreta en convenios internacionales como es el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), vigente en nuestro país hace más de 50 años. Y otro convenio que es paralelo, que está vinculado, el Convenio 98 —por cierto fue suscrito por el presidente Enrique Peña Nieto en diciembre de 2015, por el momento está pendiente en la Cámara de Senadores para su ratificación— me refiero al Convenio de contratación colectiva y derecho de asociación que es hermano del Convenio 87, aún no vigente.

El derecho de asociación es un elemento clave, este bien aparejado a otra institución que es el derecho de la negociación colectiva, la cual es el corazón del mundo laboral, donde los factores de la producción se encuentran, dialogan, comparten sus recíprocas preocupaciones, en donde fijan el valor de la fuerza de trabajo y en donde establecen un conjunto de derechos y obligaciones centrales. En los modelos laborales avanzados del mundo el contenido de la negociación colectiva es el que califica al modelo laboral de ese país, no tanto la ley —la ley no hace más que establecer mínimos, son reglas del juego básicas como 15 días de aguinaldo, 6 días de vacaciones, 25% de prima vacacional— es un piso, precisamente arriba de éste se construye el conjunto de pactos, lo ideal, como sucede en otros países, es que no sean por empresa sino por rama, por sector o por cadena productiva, eso es lo ideal para un modelo laboral avanzado; donde exista un diálogo en el que los factores de la producción no compitan en una sociedad de mercado para ver quién vende la fuerza de trabajo en peores condiciones. Porque lo dramático es que, en un momento dado, el ciclo, donde se observa un contrato colectivo cada vez mejor, llega un momento en el que es necesario

cancelar el contrato o cambiar la empresa de región porque hay otras ventajas u oportunidades. Esto es, por otros trabajadores que cobran menos, más jóvenes o mejor capacitados, entonces la fuerza de trabajo se convierte en una mercancía endeble en este escenario de libertad entre los factores, de una sociedad de mercado dominada por la ley de la oferta y la demanda.

La contratación colectiva está acompañada de un instrumento que la preserva, que la defiende; un instrumento de naturaleza particular para los abogados formados en el derecho privado —y éste será un reto para los futuros jueces a cargo de los futuros tribunales laborales— que tiene que ver con el derecho de huelga.

El derecho de huelga es un fenómeno en el que la legislación protege a un grupo de trabajadores que se niegan a continuar trabajando hasta tanto no se pongan de acuerdo con el patrón sobre el valor del trabajo, por ejemplo, a no trabajen porque le violaron el contrato, no trabajen porque quieren la firma de un nuevo contrato, no trabajen porque no se ponen de acuerdo en el salario, no trabajen porque no se ponen de acuerdo en la revisión o por razones de solidaridad; estas causales, que de manera genérica nuestra Constitución las refiere como un equilibrio entre los factores de la producción —dice la Carta Magna, buscando armonizar los derechos del trabajo con los del capital— y que la legislación secundaria refiere en las causales señaladas en el artículo 450 de la Ley Federal del Trabajo.

Éste es el marco en donde se dan las reformas de 2012.

4. Propuestas de modificación en materia laboral derivadas de las Reformas vinculadas a la justicia cotidiana

En diciembre de 2015, el presidente Enrique Peña Nieto anuncia las llamadas “reformas vinculadas a la justicia cotidiana”², en mi

² Presidencia de la República, Justicia Cotidiana, reformas e iniciativas, 28 de abril de 2016,

opinión, una idea positiva, que generó un gran interés, que no solamente se refiere a temas laborales sino también a temas civiles, familiares y plantea la idea de que el derecho (todo lo que es la impartición de justicia) tiene que aterrizar en la vida cotidiana de la gente; los problemas que tenemos para obtener una copia certificada, obtener el divorcio, la patria potestad o la adopción, es decir, muchos fenómenos que en la práctica tienen difícil instrumentación. Lo que plantea el Ejecutivo Federal es que hay que generar una consulta nacional, un diálogo para acercar este sentido de justicia a la vida cotidiana, de ahí el término “justicia cotidiana”.

Una de las ramas de la justicia cotidiana es el derecho laboral, encuentran en la consulta una serie de preocupaciones como: que los juicios laborales eran muy largos (duran 1, 2 o 3 años, empiezan a plantear un conjunto de informaciones impresionante), cómo se puede admitir que un trabajador que vive de su trabajo pueda esperar 2 o 3 años para ver si es reinstalado. Esto carece de sentido, cómo se puede contemplar un carácter reparador de la ley después de 3 años, cuando ya se debió haber transitado por otras sendas en la vida cambiándose de empleo o de localidad, pero es imposible que luego de 3 años el trabajador se reincorpore al puesto que ordinariamente venía desempeñando.

Se plantearon una serie de problemas. El Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) fue convocado para estas tareas de consulta, se crearon mesas y una de sus conclusiones fue que era necesario modificar el sistema de justicia laboral, ya que había reclamos fuertes de lentitud, corrupción y, agregaría, de un elemento que no fue explícito en el discurso gubernamental que tenía que ver con su dependencia del Poder Ejecutivo; esto es que las Juntas de Conciliación y Arbitraje si bien, desde el punto de vista formal, son tripartitas, en realidad prevalece la voluntad del tercero en discordia, es decir, la voluntad del Estado. Cuando se trata de Juntas locales son dependientes del Poder Ejecutivo

<https://www.gob.mx/presidencia/articulos/justicia-cotidiana-reformas-e-iniciativas>. Consultado el 11-10-2017.

estatal y cuando se trata de las Juntas federales del Ejecutivo federal, ya sea a través del propio presidente o del Secretario del Trabajo dependiendo de cada una de ellas.

Como se observa, existían cuestionamientos en varios órdenes, uno de los más profundos era que en un régimen de estado de derecho la división de poderes es fundamental y las Juntas no podían depender del Poder Ejecutivo sino del Poder Judicial, quien es al que le corresponde propiamente la administración de justicia. Se planteó el tema, no fue fácil, hubo voces encontradas, pero un día de abril de 2016, por distintas causales -hay toda una reflexión alrededor de qué fue lo que motivó esta noticia repentina de presentar una iniciativa de reforma constitucional al artículo 123-, se proponen diversas modificaciones a la materia laboral, las cuales son:

a) Las Juntas de Conciliación y Arbitraje desaparecen y sus labores pasan al Poder Judicial, ya fuera Poder Judicial federal o local dependiendo de la competencia. Esto era algo increíble porque durante muchos años hubo temores, grandes resistencias porque significaba perder un instrumento característico, no solamente del sistema legal sino también del sistema político, elemento de control, de subordinación; el Poder Ejecutivo influía de una manera determinante en el registro de un sindicato, en la existencia o inexistencia de una huelga, en la titularidad, algo que es delicado sobre todo cuando hacemos referencia al ámbito colectivo.

b) Se ideó la creación de un organismo descentralizado de carácter federal que iba a atraer toda la materia relacionada con el registro de sindicatos y con el depósito de los contratos colectivos. Como se sabe, el registro de sindicatos es competencia de la Secretaría del Trabajo cuando se refiere a la materia federal y de las Juntas locales cuando es de orden local, la Junta federal no registra sindicatos es la Secretaría por medio de la Dirección General de Registro de Asociaciones. Esto será retomado por el nuevo organismo que absorberá todos los registros de sindicatos del

país (incluyendo los de naturaleza local). Esto fue impresionante, ya que cuando recibíamos, en un primer momento, la noticia se pensó que sólo iba a atraer el registro en el ámbito federal, no fue así, lo cual trae toda una problemática de instrumentación. Pensemos, cómo le va a hacer para ver el registro de sindicatos de los jornaleros agrícolas en Baja California o de la industria de la construcción en Quintana Roo o los servicios de restaurantes en el estado de Chihuahua, por poner algunos ejemplos. Es algo parecido a lo que hoy sucede con la Junta federal, todos los conflictos colectivos en materia laboral son exclusivos de la Junta federal en la Ciudad de México, si ustedes van a emplazar a huelga, van a reiniciar un contrato colectivo lo tienen que tramitar en esta institución, las Juntas especiales de los estados no tienen esas facultades. Quienes saben de derecho laboral burocrático saben que algo similar pasa si hay un juicio en materia laboral burocrática federal, se tiene que acudir al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje en Ciudad de México, por ejemplo, si me despiden en SAGARPA en Jalisco, si quiero llevar una demanda, debo contratar un abogado en Ciudad de México para llevarla a cabo en las salas de esta institución.

c) Con la creación de este organismo descentralizado se da origen a un nuevo tipo de conciliación. La conciliación —dice la reforma constitucional— se convierte en un proceso obligatorio, no en cuanto a que concilie sino en su desahogo procesal, es decir, necesito ir a la instancia de conciliación antes de ir a juicio, luego entonces, la pregunta es ¿quién está facultado para hacer eso? En materia federal se encarga el mismo organismo descentralizado, que tiene la función de registro de sindicatos y de depósito de contratos colectivos, el cual se desdobra teniendo competencia para la conciliación. Cuando se trata de competencia local, cada uno de los estados tiene que crear su propio organismo descentralizado que se denominan Centros de Conciliación; entonces necesito en primer lugar, ir ante esa instancia antes de poder transitar hacia la etapa jurisdiccional que ahora ya se va a llevar a cabo en el Poder Judicial local o federal, según sea el caso.

d) Se introducen cambios sustantivos en el derecho colectivo, “todo el paquete junto”. Por eso el presidente Peña Nieto dijo que era la reforma más importante en los últimos 100 años, porque cambió las reglas, lo expreso desde mi experiencia en donde me tocó formar parte de aquella Comisión Nacional donde trabajamos y era impensable que se produjeran estos cambios, en la legislación de 2012 intentamos que los hubiera pero no se concretó. En suma, los cambios han sido muy contracorriente porque decíamos que el modelo laboral está íntimamente vinculado al modelo político de nuestro país.

5. Los retos generados por la reforma laboral de 2017

Nos plantea que habrá nuevas reglas en materia de derecho colectivo, nada más ni nada menos que las reglas centrales.

En primer lugar, para poder firmar un contrato colectivo se necesita consultar a los trabajadores, en lo personal, ésta fue — además de la referente a las Juntas— la que más me impresionó. Piénsenlo, como trastoca una regla que en México es casi “de oro” donde los contratos colectivos se celebran por voluntad de los empresarios, un empresario llega a México le preguntan con quién vas a firmar contrato colectivo —si estuviéramos en otro país los trabajadores se organizarían, votarían, definirían, consultarían, entrarían las federaciones, pues en otros países están organizados en asociaciones suprasindicales— en México esto no pasa, el patrón decide firmar con la CROC o la CTM, el abogado telefonea al líder y le dice que por la tarde firma el contrato colectivo, por lo general lo firman sin chistar, esa es la fuente de agremiación, es lo que se llama contratos colectivos de protección, que se hicieron muy famosos en el mundo y en la OIT fueron motivo de quejas internacionales, algunas de una gran trascendencia que suscribieron las grandes centrales, como la queja 2694.³ En Internet se puede consultar todo el

3 Caso núm. 2694 (México). Fecha de presentación de la queja: 05-02-2009, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50001:0::NO::P50001_COMPLAINT_FILE_ID:2897749

cuestionamiento de la Central Sindical Internacional (CSI) — la más grande del mundo—, de los *steelworkers industrial* de la Federación Internacional de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas (FITIM) y de la propia OIT que propuso diálogos con el gobierno mexicano manifestándole que ya no era posible que los contratos colectivos se suscribieran por decisión de los empresarios, puesto que estaba provocando un abatimiento de las condiciones de trabajo, salarios a la baja, la indefensión, los accidentes de trabajo, las jornadas de trabajo —en especial, a nivel privado y regional que es donde están más precarias las relaciones de trabajo, por ejemplo, los trabajadores de la industria de la construcción— y los fenómenos de subcontratación tan graves, como sucede en compañías como Bancomer y Walmart donde no hay trabajadores pues todos son subcontratados. Esto representa una degradación en la estructura central de las relaciones de trabajo, a pesar que en el artículo 15, producto de la reforma de 2012, se establecieron nuevas reglas de subcontratación que nadie ha tomado en cuenta.

Los nuevos jueces tienen el reto de aplicar todo este andamiaje de cambios de manera similar a como se hace en otras materias. En las Juntas todo esto transita por vías distintas, finalmente el contratismo de protección hace que se presente una especie de paz laboral simulada, pero que va a modificarse si se respeta esta disposición que —hay que aclarar— no es la ley, sino una vieja propuesta que se pretendía incluir en la ley, pero que no hubo voluntad política para hacerla efectiva en la reforma de 2012 y ahora quedó en la Constitución. Esto lo considero interesante desde el punto de vista teórico y conceptual de la doctrina laboral.

En segundo lugar, otro reto de toda reforma de ley, en el escenario ideal, es que requiere de una fuerza ciudadana que la respalde —opino que esta es precaria, hay poco interés de la población, la personalidad de los sectores empresarial y obrero no tiene mucha legitimidad o representatividad en nuestro país—; y el tercer reto, es la voluntad política, donde observo que no hay la suficiente para cumplirla.

Esto último requiere explicación porque una de las motivaciones de esta Reforma constitucional fue el condicionamiento de que el gobierno mexicano cambiara su legislación para que pudiera ingresar al TPP (Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica), aquí está el verdadero origen de ello. En este acuerdo hay un capítulo laboral, una de sus exigencias es que los países signantes deberían respetar el estado de derecho en materia laboral, esto significa que no se admitían instancias como las Juntas que, por definición, no respetan el estado de derecho por lo que ya señalábamos, el Ejecutivo es el que administra justicia a través de un representante. Este es un elemento a considerar porque finalmente el TPP no se firmó, el presidente de Estados Unidos, Donald Trump dice que no lo quiere, entonces el gobierno mexicano quedó “colgado” en un espacio de indefinición, pero esta cuestión ya tiene su estatus judicial.

Una regla adicional la encontramos en materia de huelga, un reclamo constante, incluso justificado del sector empresarial (en especial la pequeña y mediana empresa): el abuso del derecho a huelga. Cuando los sindicatos organizan huelgas falsas, notifican, realizan paros (sin trabajadores de por medio), obligan al patrón a firmar documentos o a dar prebendas, es decir todo un esquema de corrupción generalizado y que ha llevado al grado de que las estadísticas que han certificado (Graciela Bensusán, Bouzas Zapata, El Colegio de México) señalan que cerca del 90% de los centros laborales en México están en este esquema de simulación, lo que revela la gravedad del tema.

Realmente los modelos laborales legítimos son casi inexistentes en nuestro país, un modelo laboral legítimo es aquel en el que hay una negociación decente, esto es, sin ventajas personales de los líderes sindicales particularmente y donde los trabajadores puedan elegir de manera libre a sus representantes, obtener información sobre las finanzas sindicales, algo común en otros países pero no en México, porque hay un sentido patrimonial de los liderazgos sindicales respecto a los gremios, y pueden hacer asambleas donde deciden si hay o no huelga. De los datos que

encontramos, 1 de cada 100 trabajadores están afiliados a un sindicato real, porque hay que conciliar la tasa de sindicalización que está entre 11-10% con el alto nivel de contratos colectivos simulados lo que nos lleva a un resultado impresionante.

Lo comento porque esto tendrá que ser materia de análisis, de diagnóstico y de opinión por parte de los futuros tribunales laborales. Es un reto importante porque conlleva la aplicación de una rama del derecho social con paradigma, valores y principios distintos a los del derecho privado. Por ello, en México, los tribunales agrarios se han distinguido, los tribunales administrativos han tomado un cauce distinto y no se diga los electorales, porque se saben que son ramas que tienen exigencias académicas, doctrinarias diferentes unos de otros.

Concluyo con el tema del contenido, un elemento que proyecta esta reforma, diseñado en la etapa final en la Cámara de Senadores: la necesidad de acudir a un instrumento concreto para dar legitimidad a los procesos laborales, se trata del voto secreto. Quedó en la fracción XXII Bis del artículo 123 constitucional algo increíble, deberá haber voto secreto y personal para elegir a los representantes, para resolver las controversias intergremiales —que también será competencia de los tribunales laborales— y para firmar un contrato colectivo, esto no tiene precedentes desde el punto de vista de paradigma democrático, cultural y de retos en el detalle procesal para su instrumentación.

5.1 Los cambios en la práctica normativa

¿Qué otros retos implica esta reforma constitucional? En primer lugar, agregaría el análisis de los artículos transitorios (6 en total, pero 5 los más sustanciosos). Nos dice en el artículo 2° que en el término de un año el Congreso de la Unión y las legislaturas harán las adecuaciones legislativas que correspondan para dar cumplimiento a esta reforma, esto es que deberán diseñar las normas pertinentes. Más adelante el artículo 4° refiere que dentro de ese año, se designará al titular del organismo descentralizado

de carácter federal, adquiere una gran importancia a tal grado de que, las reglas para su designación son similares a las de los titulares de los órganos autónomos constitucionales (duración de 6 años en el cargo, son elegidos mediante una terna presentada en el Senado) por lo tanto tiene una jerarquía considerable.

Un segundo elemento de instrumentación se encuentra en el artículo 3° transitorio, nos señala que, en tanto se instituyen los nuevos órganos, los asuntos de la materia seguirán siendo atendidos por las Juntas, no se precisa el plazo que durará la transición de las Juntas de Conciliación y Arbitraje a los tribunales laborales —habrá que acostumbrarse a llamarlos tribunales laborales y no juzgados, pero pueden ser órganos unipersonales—.

Otra regla es que los asuntos deberán resolverse conforme a la ley de origen, esto es, respecto a la Ley Federal del Trabajo si el conflicto sucedió antes de 2012, con las reglas posteriores a ese año y con las de la nueva etapa de tránsito hacia los tribunales laborales. Esto es, existe la posibilidad de que los juicios se resuelvan con base a tres legislaciones aplicables, sin duda, un reto notable. Será importante la formación y capacitación en ese sentido.

La siguiente regla es que deberán respetarse los derechos de los trabajadores de las Juntas conforme a la ley, no se aclara qué características deben tener, los empleados se preguntan si se van a ir a los tribunales, cuál será su futuro. Ese es un tema importante, los empleados de las Juntas se cuestionan si van a pasar a los nuevos tribunales, no es fácil porque hay una variable condicionante que es el presupuesto público. A su vez esto genera varias interrogantes, ¿se van a agotar todos los asuntos de las Juntas?, ¿empezaran los nuevos tribunales con sus nuevos procedimientos de manera separada?, todo indica que no quieren que transite así por razones presupuestales, porque representaría sostener paralelamente esas dos instancias. Pero, ¿en cuánto tiempo se empatan?, al respecto hay varias observaciones, en este momento, distintos grupos están trabajando sobre la legislación

secundaria, por un lado está la Consejería Jurídica de la Presidencia de la República, por otro la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal e incluso, la Secretaría del Trabajo, no está del todo definido qué visión prevalecerá, pero como suele suceder, seguramente será la del Ejecutivo Federal.

5.2. Pendientes e interrogantes de la reforma laboral

¿Cómo diseñar esta nueva normatividad? El hecho es que algunos empleados de las Juntas tienen la expectativa de pasar a estos tribunales, algunos Consejos de la Judicatura estatales han manifestado que esto no lo van a permitir salvo aquellos que cumplan con los requisitos (mediante la realización de exámenes de oposición tipo abierto y tipo cerrado). Hubo un movimiento de protesta en la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje que obligó a la Secretaría del Trabajo a suscribir un convenio donde mencionara que los trabajadores iban a ser tomados en cuenta. Sin embargo, ese documento tiene una aplicación de carácter federal no local, debido a que éste último pertenece al ámbito autónomo de los estados, son dinámicas diferentes.

Vamos al último punto, quisiera plantear cinco cuestiones:

a) El nuevo proceso laboral. El hecho de que haya una instancia de conciliación obligatoria, de que haya reglas distintas en cuanto al derecho a huelga, en negociación colectiva, en el voto secreto, en sindicatos y en los depósitos conlleva a que necesariamente exista una nueva ley laboral en el campo procesal (ya se habla de un Código Nacional de Procedimientos Laborales de forma común). ¿Qué características tendrá este código procesal? el dilema que se presenta es si se transita por la vía de la oralidad o por la vía tradicional, hay opiniones divididas, en lo personal me inclino por la primera. Si actualmente el impulso que se está viviendo es por la vía de la oralidad (con los principios de mediación, conciliación, continuidad, publicidad) deberían estar presentes en los nuevos juicios laborales. El tema de la reforma laboral debería aprovecharse para tener —además de estado

de derecho— eficacia, justicia pronta y expedita sobre todo en conflictos de cuantía menor; la mayoría de los asuntos en las Juntas locales son de este tipo, se realizó un estudio que concluyó que en muchos de los juicios laborales hubiera sido más barato pagarle todo al trabajador desde el principio que llevarlo a litigio.

También se discute si debe haber apelación o si debe ser como el procedimiento actual de una sola instancia. Desde luego, algunos piensan que una segunda instancia haría el proceso más lento que el anterior; otros responden que no es que sea más lento sino que el proceso está trastocado por la tendencia a ir al amparo; en materia laboral es más común irse al amparo en una situación donde los recursos extraordinarios más bien se vuelven ordinarios, esto ha traído una carga considerable para los Tribunales Colegiados, que siguen creciendo.

b) ¿Qué cambios deberán provocarse en los Poderes Judiciales federal y locales?, ¿por qué se les denominó tribunales?, ¿será un juez más? ¿deberá tener un comportamiento paralelo? En este sentido, los operadores del Poder Judicial tendrán la decisión, no le corresponde a la ley como tal. Habría que analizar la fuerte influencia de los componentes, las exigencias de naturaleza social, me imagino a los trabajadores afuera de la empresa protestando por la declaración de inexistencia de huelga. No estamos hablando de cosas menores estamos hablando de grupos sociales inmersos en un proceso de transformación política y económica importante y en un entorno de cuestionamiento de nuestros componentes salariales. El mismo presidente Trump ha criticado (en el contexto de la renegociación del Tratado de Libre Comercio) que en México los salarios son muy bajos y que por esta razón las empresas migran a nuestro país. Por cierto nuestros salarios han quedado por debajo de los de China, estadísticas recientes demuestran que, al menos en la manufactura, China está alrededor de 20- 25% con mejores salarios que México.

Desde mi punto de vista un laboralista, un juez, no puede ser una persona que tenga únicamente el conocimiento formal del

derecho, porque los principios que rigen en materia de derecho social tienen otra lógica, otro principio doctrinario simplemente por el carácter protector. Si bien es cierto que el principio de presunción de inocencia rige en el derecho penal, en este sentido, es más importante el principio *in dubio pro operario*, en caso de duda se dará prioridad a lo que diga el trabajador y el juez tendrá que proteger a la clase social débil frente a la fuerte. El juez debe tener toda esa visión que trasciende los modelos tradicionales, lo peor que podemos tener es un juez formalista que no tome en cuenta la realidad, el juez debe impregnarse de cuestiones sociológicas, políticas, morales, económicas.

c) ¿Cuáles son las necesidades presupuestales? Al momento de hacer cuentas, la impresión que da es que los gobiernos locales no han revisado el tema con detenimiento, porque traer consigo necesidades, no sólo en el plano físico, las contrataciones, la inversión en la formación.

Las escuelas judiciales desempeñarán un rol fundamental, no les resulte extraño tener una nueva área de judicatura laboral, donde van a tener ya el andamiaje, el método, la instrumentación para que no solamente resuelvan los problemas del Estado de México, sino también tendrán que tomar cierto liderazgo en otros Estados que no tienen claridad.

Es el momento de tener claridad, de dialogar con propuestas, como lo juicios orales, presupuestos, para hablar de los tiempos, tomando en cuenta que el Ejecutivo Federal llevó esta reforma, de manera “atrabancada”, por causas como la firma del TPP.

d) Todo el tema colectivo, que en realidad es toda una agenda, ¿cómo se va a instrumentar la consulta a los trabajadores para la firma de los contratos colectivos? Al respecto se han llevado a cabo una mesa de trabajo, con un grupo de académicos de la Fundación Friederich Ebert,⁴ del Colegio de México (COLMEX)

4 “La Friedrich Ebert Stiftung, fundada en 1925, es la fundación política más antigua de Alemania. Esta institución se fundó como legado político del primer presidente alemán elegido

y de la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), de las que se han desprendido una gran cantidad de interrogantes, ¿cómo se instrumenta el voto secreto, para ver quién firma un contrato colectivo? En esta materia, hay una iniciativa en el Congreso, presentada por el Ejecutivo federal, pero las bases en las cuales se presentó han perdido vigencia, es decir, la reforma constitucional de 2017 modificó y bloqueó algunas de las bases de dicha iniciativa de ley, por ejemplo, esa iniciativa planteaba que la consulta de trabajadores se realizará a través de tarjetas de cómputo, formato copiado de los Estados Unidos y de Canadá.⁵

Todo el derecho colectivo está por verse, ¿Cómo va a operar el depósito? ¿Qué reglas debe tener ese organismo descentralizado? ¿Qué vinculación va a tener ese organismo descentralizado con el Poder Ejecutivo? Algunas organizaciones gremiales como la Confederación de Trabajadores de México (CTM) señalan que debe contar con un órgano de gobierno tripartita; hay opiniones en contra, porque sería un retroceso, pero aún peor, porque nada tiene que ver la representación patronal con el registro de un sindicato, es tan absurdo como imaginar que la CTM va a regular a las uniones patronales como la Cámara Nacional de la Industria de la Transformación (CANACINTRA) o la Confederación de Cámaras Nacionales de Comercio, Servicios y Turismo (CONCANACO), en otras palabras, esto es contra natura. No puede vincularse el sector empresarial con un tema gremial, que por su naturaleza son de carácter autónomo y libre.

e) Termino con los retos de la transferencia ¿Cómo van a operar los procedimientos, expedientes y documentación? Dentro del año o después --cada vez confirmo la idea de que va a ser

democráticamente, Friedrich Ebert, a quien debe su nombre así como los principios que la rigen. Desde hace más de 40 años, la representación de la FES en México trabaja en el fortalecimiento del Diálogo Político e Internacional, así como en el Diálogo Sindical y de Género con los actores progresistas políticos y de la sociedad civil. Los temas preponderantes a lo largo de este periodo han sido de carácter global, social, político y económico", <http://www.fesmex.org/fes-mexiko.php>

5 Pero antes de copiar estos modelos hay que tener en cuenta el contexto por ejemplo canadiense, basta recordar cómo se conforman los sindicatos, con la firma del obispo de la localidad o de algunos personajes que gocen de prestigio, reconocimiento moral, no se necesita de un notario público.

después, porque estamos a finales del primer semestre del 2017 y ya finaliza el período de sesiones del Congreso, se reanudan hasta el próximo septiembre y vienen otros temas políticos que permean en las discusiones que se llevan a cabo en el Congreso-.

Pero regresando a las características del órgano federal, es motivo de discusión, los criterios de integración de capacitación del personal, cómo capacitar a esos jueces, me parece que será un gran reto, los que vengan de las juntas o no provengan de las juntas, o los que sean parte del Poder Judicial, etc.

¿Qué efectos sociales y políticos tendrá el modelo laboral, en la cultura del trabajo y en los rasgos de la contratación futura?

6. Conclusión

Concluyo señalando que, a quien le corresponda ser juez en esta materia, tendrá un privilegio profesional y social, porque puede hacer una aplicación responsable de su papel, darle un nuevo rasgo, una nueva tendencia, al derecho laboral que es una materia que se ha mantenido como secundaria, escondida, intocable, etc., cuando es esencial, pues todos vivimos de nuestro trabajo y nos damos cuenta de nuestra debilidad cuando perdemos el trabajo, tenemos que protegernos frente a la estabilidad, la salud, el retiro, en fin, solamente a través de un modelo laboral sustentable logramos, la previsión y la protección adecuada.

7. Bibliohemerografía

Documentos publicados en Internet

Presidencia de la República, Justicia Cotidiana, reformas e iniciativas, 28-04-2016, <https://www.gob.mx/presidencia/articulos/justicia-cotidiana-reformas-e-iniciativas>.

Caso núm. 2694 (México), fecha de presentación de la queja: 05-02-2009, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50001:0::NO::P50001_COMPLAINT_FILE_ID:2897749

Friedrich Ebert Stiftung, <http://www.fesmex.org/fes-mexiko.php>

Legislación

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1917).

RESILIENCIA Y ESCUELA: DERECHO HUMANO DE LOS MENORES A CONVIVIR CON AMBOS PADRES

RESILIENCE AND SCHOOL: HUMAN RIGHT OF CHILDREN TO LIVE WITH BOTH PARENTS

*Laura Guadalupe Zaragoza Contreras**

*Juan Pablo Águila Franco***

RESUMEN: Toda vez que la convivencia con ambos padres y la educación son derechos humanos de los niños, la escuela como institución, más allá de la responsabilidad de impartir instrucción escolar, debe constituirse en coadyuvante del Estado para que los menores, a través de la resiliencia, puedan ejercer ese derecho en los casos en que arbitrariamente se les impida la convivencia con ambos progenitores. Se reafirma el derecho de los menores a la convivencia con sus padres. Para estos últimos, se convierte en una obligación toda vez que el Estado a través de sus órganos debe garantizar a los menores el ejercicio de sus derechos y en su caso hacer valer las obligaciones de los gobernados. De acuerdo al caso concreto se debe intentar una acción jurisdiccional, para que en vía de sentencia, el juzgador competente ordene el cumplimiento de la obligación de los padres a la convivencia con sus menores hijos, por supuesto bajo los criterios que la misma norma jurídica tenga implícita.

PALABRAS CLAVES: Resiliencia, educación básica, interés superior del niño, convivencia con ambos padres.

* Doctora en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Iberoamericana. Profesor-Investigador de la Escuela Judicial del Estado de México.

** Licenciado en Derecho por el Instituto Universitario del Estado de México, Maestría en Derecho Constitucional y Amparo en la Universidad del Valle de Toluca.

ABSTRACT: When education and living with both parents are the rights of the children, the schools as an institution, beyond the responsibility of educating, must become a state provider for the minors, through resilience can exercise that right in the cases when they are randomly prevented living with both parents. The right of minors of living with both parents it is reaffirmed. For the latter, becomes an obligation for the State, through its entities to guarantee the exercise of the rights of the children and assert the obligation of the governed in an enforceable way; According to the specific case under study, a jurisdictional action must applied, for the judge through the sentence decree the fulfillment of the parents to coexist to live with the minors, of course under the regulation that the law implicates

KEYWORDS: resilience, basic education, best interest of the child, spending time with both parents.

Recepción: 21/06/2017

Aceptado para su publicación: 01/08/2017

SUMARIO

1. Introducción. 2. La resiliencia en el sistema Montessori. 3. Los derechos de los niños (el interés superior del niño). 4. El Estado, garante de los derechos de los menores. 5. Los menores, ¿titulares de derechos u objeto de protección? 6. Derecho a la educación. 7. Reflexiones finales. 8. Bibliohemerografía.

1. Introducción

En el presente estudio se aborda el derecho humano que como grupo vulnerable tienen los niños¹ a convivir con ambos padres y el papel que desempeña la escuela para la consecución de este fin. Si bien es cierto, el primer espacio de socialización es la familia, también lo es que el segundo espacio —y no menos importante— es la escuela; es sólo en aquellos espacios donde el niño, por su condición de minoría de edad, puede socializar.

Son los padres los primeros educadores de hábitos, costumbres y actitudes;² la escuela es la segunda, ahí se encuentra el guía que instruye, que desempeña el papel formativo; el Estado se constituye en el obligado a garantizar los derechos humanos de los niños. De ahí sobreviene el vínculo que guarda familia-escuela-Estado en cuanto a “todo” lo relacionado con el pleno desarrollo de los niños y las niñas.³ Y por “todo” se refiere no sólo al derecho a la educación, sino también a derechos económicos, sociales y culturales.

1 Entiéndase niños y niñas.

2 ARANDA SALAS, Ivette, “Las necesidades educativas especiales. La relación escuela-familia-comunidad”. *Cuadernos de Educación y Desarrollo*. Revista académica semestral, Málaga, España, vol. I, núm. 7, septiembre, 2009, p. 1.

3 El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y el Comité de los Derechos del Niño proporcionan un parámetro que los identifica; se considera niño o niña, a toda persona desde su nacimiento hasta los 12 años; y adolescente a toda persona desde los 13 años hasta alcanzar la mayoría de edad (18 años).

Tanto la escuela como la familia tienen influencias superpuestas y responsabilidades compartidas⁴ de educar y formar a los niños como actores sociales, es decir, existe una “corresponsabilidad” entre ambas instituciones. La participación de las dos debe ser colaborativa para procurar el derecho humano que tiene el menor de convivir con ambos padres, sin importar la opinión condicionante o resentimientos de sus progenitores,⁵ salvo los casos en los que por resolución judicial se ordene lo contrario, ya que el juzgador debe recibir y valorar las pruebas conducentes que lo lleven a permitir o limitar el derecho a la convivencia con alguno de los padres.

Sin embargo, si dentro de la familia es imposible para los padres sustituir el conflicto por la colaboración, que privilegie el interés superior del menor y el derecho a convivir con ambos padres, entonces debe ser la escuela el conducto para que cualquier niño encuentre en ella una respuesta para forjar un comportamiento positivo pese a circunstancias familiares, sociales y culturales que impidan al menor mantener una relación de convivencia habitual con sus dos progenitores; es decir, promover la resiliencia en los centros escolares y no sólo donde se aplique el sistema Montessori.

De un cuestionario cerrado para conocer las opiniones de profesores y padres sobre las funciones educativas que se asignan unos y otros, así como cuáles consideran que son compartidas, se concluyó que: “Las familias están convencidas de que desempeñan un rol fundamental en el desarrollo del autoconcepto, las habilidades sociales, el desarrollo moral, la psicomotricidad, la creatividad y determinadas habilidades cognitivas como la

4 ORDÓÑEZ SIERRA, Rosario, “Responsabilidades educativas que se atribuyen familia y escuela en el ámbito educativo”. *Revista Forma y Educa*, Sevilla, España, vol. 3, febrero, 2005, p. 3.

5 Cuando los padres se separan o divorcian, corresponde a uno de ellos la custodia y al otro, por lo general, el derecho a visitas (régimen de visitas). Derecho establecido por decisión judicial, previo a un acuerdo entre las partes, en el cual debe prevalecer el interés superior del menor. En la *praxis*, con frecuencia el régimen de visitas es limitado por el progenitor que tiene la custodia del menor con la intención de condicionarlo a su beneficio y de manipular al custodio, esta práctica vulnera el derecho que tiene el menor de convivir con ambos padres.

resolución de problemas, pero los educadores también juegan un papel importante en estas adquisiciones”.⁶ Las escuelas con este sistema plantean que el guía (maestro) debe proporcionar los medios necesarios para que el estudiante aprenda y enfrente, durante de su vida, nuevos retos.

La resiliencia como un medio sirve a los maestros para enseñarles a los alumnos a sobreponerse y a fortalecerse, de forma positiva, cuando se encuentran ante experiencias que representan adversidades.

La Fundación Botín presentó su informe sobre el impacto de la educación emocional y social, y concluyó: “[...] que los niños que viven la experiencia del aprendizaje para la vida como una experiencia enriquecedora e innovadora y como un reto, son más capaces de afrontar las incertidumbres con comprensión, creatividad y sentido de la responsabilidad [...]”,⁷ lo cual representa cimientos prometedores en la formación de mejores ciudadanos y en consecuencia, constructores de mejores sociedades.

2. La resiliencia en el sistema Montessori

Cuando las personas enfrentan situaciones familiares desfavorables, por ejemplo la separación de los padres, puede resultar impactante para los hijos. Esta es una de las razones por lo cual se debe mirar a la resiliencia, ya no como una coraza personal de protección, sino como un engranaje relacional y ecosistémico que permite encontrar oportunidades donde podría darse el estancamiento o deterioro.⁸ Y aunque para algunas personas es más difícil superar la situación, para otras sucede lo contrario, pues además de

6 ORDÓÑEZ SIERRA, *op. cit.*, p. 14.

7 FUNDACIÓN BOTÍN, *Educación emocional y social. Análisis Internacional. Informe Fundación Botín*, Santander, España, 2013, p. 17.

8 GÓMEZ, Esteban y KOTLIARENCO, María Angélica, “Resiliencia familiar: un enfoque de investigación e intervención con familias multiproblemáticas”. *Revista de Psicología*, Chile, vol. 19, núm. 2, diciembre, 2010, p. 105.

superarla, se fortalecen al vivir experiencias que pueden resultar complejas o difíciles para el menor.

Este fenómeno de adaptación, llamado resiliencia, puede desarrollarse a cualquier edad, dado que no es una capacidad que se adquiere por nacimiento, sino que puede aprenderse en cualquier momento de la vida;⁹ pero, como explica Werner acerca de los “niños desgraciados”, la influencia más positiva es una relación cariñosa y estrecha con un adulto significativo,¹⁰ como pueden ser el padre o la madre.

Así mismo, de los resultados obtenidos de una investigación que se realizó con el objetivo de identificar los principales tipos de miedos que se presentan en los niños de primaria (misma que evaluó a 300 participantes de quinto y sexto grado de primaria en la ciudad de Toluca, repartidos equitativamente por sexo), se observó que: “los niños de 5.º y 6.º grado de primaria tienen mayor miedo a situaciones relacionadas con el rechazo, el abandono familiar, la posibilidad de morir, el castigo o agresión física y la falta de libertad. Con respecto al abandono [...] algunos niños han vivido separaciones, como la muerte de un ser querido, el divorcio de los padres o la hospitalización por alguna enfermedad que les ha trastornado profundamente. A raíz de estos sucesos, son más vulnerables a reaccionar ante separaciones cotidianas, ya que ellos sienten que son causantes principales de dicho acontecimiento”.¹¹

Esto lleva a repensar y replantear el nuevo papel del docente del siglo XXI, ya que: [...] los Puntos de Encuentro Familiar resuelven estos problemas mediante la intervención de un profesional que media en el intercambio del niño entre ambos progenitores,

9 JUNCO HERRERA, Inmaculada, “Resiliencia en la escuela”, *Temas para la Educación, Revista digital para profesionales de la enseñanza*, Sevilla, vol. 11, núm. 10, noviembre, 2010, p. 2

10 cfr. WERNER, Emmy E. y SMITH, Ruth S., *Vulnerable but Invincible: a Longitudinal Study of Resilient Children and Youth*, New York, McGraw-Hill, 1982.

11 VALDEZ MEDINA, José Luis y otros. “Tipos de miedo más frecuentes en niños de primaria: un análisis por sexo”. *Revista de Psicología, revista semestral*, Chile, vol. 19, núm. 2, diciembre, 2010, p. 54.

protegiendo de ese modo los intereses y el bienestar del menor";¹² ya que [...] la conducta de los menores revela una mejoría en la relación paterno/materno-filial desde que acuden al Punto de Encuentro, así como una menor conflictividad entre ambos progenitores. La intervención con los menores permite una mayor normalización de la situación de separación y/o divorcio, así como la eliminación de creencias irracionales en los niños que obstaculizan la relación con el padre no custodio. La alta remisión de casos al Punto de Encuentro Familiar y los beneficios observados en el bienestar de los menores respaldan la necesidad de este tipo de servicios.

Por ello, una opción es que la escuela adopte la resiliencia como un medio para garantizar el derecho que tienen los hijos de convivir con ambos padres, dentro de un sistema educativo como lo propone el sistema Montessori. Aplicar este medio no es quedarse solamente en el terreno de la abstracción, pues su aplicación se inserta en el modelo educativo y, en el método de enseñanza.

La característica principal de un método de enseñanza consiste en que siempre tiene un fin específico e incluye las operaciones, movimientos, técnicas y acciones conducidas al logro de este.¹³ El objetivo de la resiliencia es que la escuela convierta a los alumnos en personas resilientes para que sean ellos mismos quienes se acerquen al maestro y comprendan, a través de él, que tienen el derecho a convivir con ambos padres.

El sistema Montessori y la resiliencia van de la mano porque el primero está inspirado en el humanismo integral¹⁴ y sostiene

12 ORGILÉS, Mireia, ESPADA, José Pedro; PIÑERO, Jessica, "Intervención psicológica con hijos de padres separados: Experiencia de un punto de encuentro familiar". *Revista Anales de Psicología (Annals of Psychology)*, Murcia, España, vol. 23, núm. 2, diciembre, 2007, p. 244.

13 VARGAS MERINA, Ángela María, "Métodos de enseñanza", *Revista digital Innovación y Experiencias Educativas*, Granada, España, núm. 15, febrero, 2009, p. 2.

14 SILVA BOCAZ, Claudia, et al., "Método Montessori", *psicoPedagogía.com. Psicología de la educación para padres y profesionales*, 2003, <http://www.psicopedagogia.com/articulos/?articulo=350>. Consultado el 07-08-2015.

una filosofía que consiste en darle a los menores, libertad con responsabilidad en un ambiente preparado con la guía de una persona con entrenamiento especial.

Los docentes poseen conciencia de la necesidad que tienen de ser capacitados para el manejo de la disciplina en las escuelas,¹⁵ pero también debe incluirse la capacitación necesaria para intentar adentrarse en las causas generadoras de conductas consideradas como actos de indisciplina.

Tanto filogenética como ontogenéticamente la adaptación, la ansiedad y la autoestima son mecanismos fundamentales en el desarrollo humano,¹⁶ lo que lleva al profesor a constituirse en guía que ayuda y proporciona a sus alumnos los medios necesarios para que pueda desarrollarse emocional, cultural y socialmente.

Se basa en la idea de que se debe cultivar en los salones de clase el deseo natural por aprender; pues establece que la curiosidad interna del alumno es la razón por la que continúa aprendiendo. El contacto directo con el alumnado permite una concientización clara por parte del maestro de inducir de manera proactiva a la resiliencia, la cual no es una peculiaridad natural con la cual los niños nacen, sino la capacidad que los niños adquieren durante el desarrollo de su aprendizaje, misma que sólo puede ser enseñada por un guía.

3. Los derechos de los niños (El interés superior del niño)

El hecho de saber que los menores son vulnerables y que existe

15 VALDÉS CUERVO, Ángel Alberto; MARTÍNEZ CEBREROS, Marisol y VALES GARCÍA, Javier, "Percepciones de docentes con respecto a la disciplina en la escuela". *Psicología Iberoamericana*, vol. 18, núm. 1, enero-junio, 2010, p. 36.

16 ACEVEDO PONCE DE LEÓN, Juan Antonio y CARRILLO ÁRCEGA, María de Lourdes, "Adaptación, ansiedad y autoestima en niños de 9 a 12 años: una comparación entre escuela tradicional y Montessori". *Psicología Iberoamericana*, vol. 18, núm. 1, enero-junio, 2010, p. 28. Investigación en la que se comparó los niveles de adaptación, ansiedad y autoestima registrados en 72 alumnos de escuela tradicional y 65 de escuela Montessori de la ciudad de Puebla, de entre 9 y 12 años de edad.

un interés superior supone que el crecimiento de los mismos depende en gran medida de la capacidad de quienes tienen, en términos legales, la responsabilidad de la enseñanza, es decir, los maestros, pues de ellos es la obligación de constituirse en guía para la preparación y crecimiento intelectual y personal de los alumnos.

En todo ejercicio legal que incluya de manera activa o pasiva a los niños, se debe de tomar en cuenta el interés superior de los menores, bajo la responsabilidad de cuidar siempre de su integridad física y mental, en términos de convivencia entre padres e hijos.¹⁷ En los casos en los que los menores vivan sólo con uno de los padres, -por la causa que sea-, debe recordarse que los titulares del derecho de convivencia son siempre los menores.

El interés superior del menor es el principio fundamental y del cual los órganos del Estado, los padres y los educadores deben motivar sus actos, diligencias, procedimientos, resoluciones, convenios, métodos de enseñanza, -entre otros-, cuando se trate de hechos relacionados con el beneficio o perjuicio de los derechos de los niños, para que por ningún motivo sean vulnerados o se les cause perjuicio alguno, directo o indirecto.

La noción de interés superior simboliza una garantía de que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida que los involucre, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen,¹⁸ es decir, debe imperar

¹⁷ El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que: *Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*; esto es, al ser sujetos de derechos se les reconoce su participación activa dentro de los espacios sociales en los que se desarrollan, dentro de los cuales se encuentra, en primer término la familia, así como también en la escuela y en la propia comunidad donde ha de desarrollarse.

¹⁸ cfr. CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comp.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño (1989-1999)*, Bogotá, Temis-DePalma, 1999.

el derecho del hijo de convivir tanto con el custodio¹⁹ como con el no custodio, en el régimen de visitas, sobre el derecho de eximir a los padres, por su propia conveniencia, decisión o beneficio, de no relacionarse con sus menores hijos o que el padre o madre que tenga la custodia, impida que el otro conviva con sus hijos.

4. El Estado, garante de los derechos de los menores

No obstante, si la finalidad es garantizar a cada niño y niña un ambiente propicio para su armónico desarrollo, también es necesario considerar que México es una nación pluricultural, es decir, la nación se constituye a partir de comunidades heterogéneas, lo que debe llevar a comprender que la noción de desarrollo integral y vida digna tendrá tantas posibles acepciones como cosmovisiones y particularidades culturales existan en el país, ya que resultaría carente de lógica aplicar la norma en todos los casos por igual; ese es el reto del docente.

Al respecto, la norma debe aplicarse en términos diferenciados ya que de lo contrario está latente la posibilidad de vulnerar el derecho humano que se tiene a ser diferente, por esta razón el Estado mexicano debe conceder la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia y demás grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad, tal como se establece en las Reglas de Beijing y en las Convenciones que contienen normatividad protectora de los derechos de los menores, como es el caso de la Convención de los Derechos del Niño.

El Estado mexicano ha adquirido compromisos a partir de suscribir instrumentos internacionales,²⁰ lo que implica acatar obligaciones jurídicas cuyo alcance puede apreciarse a la luz del derecho internacional. Al respecto, el Comité de los Derechos del

¹⁹ Persona a quien el juzgador otorgó la guarda y custodia del menor(es).

²⁰ *Declaración Universal de los Derechos Humanos; Declaración Mundial sobre Educación para Todos; y la Convención sobre los Derechos del Niño.*

Niño recomienda adoptar las medidas necesarias para atender sus recomendaciones que no se han puesto en práctica o han sido implementadas insuficientemente,²¹ a fin de salvaguardar los derechos del niño, por ser el ente que está obligado a ello, sólo por citar un ejemplo:

Convención sobre los Derechos del Niño

El Comité alienta al Estado Parte a que:

- a) Adopte medidas eficaces para difundir información sobre la Convención y su aplicación entre los niños y sus padres, la sociedad civil y todos los sectores y niveles del Gobierno, y procure que los medios de difusión participen activamente en esa labor;
- b) Elabore programas para impartir capacitación sistemática y constante sobre los derechos humanos, incluidos los derechos de los niños, a todas las personas que trabajan para y con los niños (jueces, abogados, fuerzas del orden, funcionarios públicos, funcionarios de la administración local, maestros, trabajadores sociales y personal sanitario) y, especialmente, a los propios niños;
- c) Proporcione la mayor información posible en lenguas indígenas, teniendo en cuenta el contexto cultural de la Convención y la distribuya entre las comunidades indígenas.²²

Recae sobre el Estado mexicano el compromiso de constituirse en garante de los derechos de los niños y de atender debidamente los asuntos que les afecten. Tanto a nivel nacional como internacional, la vulnerabilidad de los menores requiere especial atención cuando se diseñan leyes, políticas públicas, programas de gobierno, se firman convenios, se realicen estudios y se diseñen metodologías. Las condiciones jurídicas imprescindibles que en ellos se precisan ponen de relieve que debe considerarse plenamente al niño como un sujeto de derechos y no sólo como objeto de protección.

21 Comité de los Derechos del Niño, 42º periodo de sesiones. ONU. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, CRC/C/MEX/CO/3, 08-06-2006, p. 2.

22 *Ibidem*, p. 5 (Las cursivas son nuestras).

5. Los menores, ¿titulares de derechos u objeto de protección?

Los adultos, padres, educadores y defensores de la niñez con frecuencia toman decisiones para “protegerlos”, pero puede caerse en el supuesto que estas sean limitantes y contradictorias, ya que se omite fomentar en forma armónica las dimensiones espiritual, moral y política en ellos y ellas.²³ Es innegable que dentro de los principios fundamentales del derecho, donde se encuentra el interés superior del menor, son obra de los adultos, es decir, ningún menor ha presentado una propuesta formal para la protección de sus propios derechos. Esto lleva a resaltar que, la aplicación de la normatividad también se realiza en el mundo de los adultos, previa interpretación también realizada por adultos.

El punto primordial de proteger a seres humanos que atraviesan por la primera etapa del ciclo vital, llamada infancia, se sustenta en que estos individuos son especialmente frágiles, vulnerables y dependientes del núcleo familiar.²⁴ La familia por excelencia representa la base de la sociedad y el espacio inicial de socialización, donde se interactúa y se comunica por primera vez. De ahí el surgimiento de la dependencia hacia la familia, motivo por el cual es albergado como un derecho²⁵ en la Ley para la Protección de

23 ZAMBRANA ORTIZ, Nellie, “Las dimensiones política, espiritual, moral (PEM) de la niñez y su importancia en la educación formal”. *Revista Paradigma*, Maracay, Venezuela, vol. 31, núm. 1, junio 2010, p. 63.

24 LÓPEZ, Néstor (coord.), *Sistema de información sobre los derechos del niño en la primera infancia en los países de América Latina. Marco teórico y metodológico*. Madrid, SITEAL-OEI, 2009.

25 Artículo 22. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de su familia de origen o de los familiares con los que convivan, ni causa para la pérdida de la patria potestad.

Niñas, niños y adolescentes no podrán ser separados de las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores y, en términos de las disposiciones aplicables, de las personas que los tengan bajo su guarda y custodia, salvo que medie orden de autoridad competente, en la que se determine la procedencia de la separación, en cumplimiento a la preservación del interés superior de la niñez, de conformidad con las causas previstas en las leyes y mediante el debido proceso en el que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas. En todos los casos, se tendrá en cuenta la opinión de niñas, niños y adolescentes conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.

Los casos en que las personas que ejerzan la patria potestad, por extrema pobreza o por necesidad de ganarse el sustento lejos del lugar de residencia, tengan dificultades para atender

los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

A nivel internacional se ha reconocido la existencia de un principio universal de protección especial a la niñez, en razón de encontrarse en una situación de “desventaja y mayor vulnerabilidad” frente a otros sectores de la población, y por enfrentar necesidades específicas.²⁶ Por lo que, han sido considerados en políticas públicas, convenios, comités, movimientos sociales y leyes, por representar un grupo prioritario y por el hecho de ser un sujeto de derechos como cualquier otro.

Sin embargo, lo relativo a actuar con respecto a lo más conveniente para un menor, es decir al interés superior, queda al mero albedrío de los adultos, en especial los padres y educadores, quienes tienen contacto directo con ellos. De hecho, la Comisión²⁷ manifiesta que existen ciertas “premisas interpretativas” que las autoridades estatales aplican al momento de dictar medidas especiales de protección a favor de menores, las cuales tienden al debilitamiento de las garantías judiciales de éstos. Dichas medidas son:

a) Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y por consiguiente su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.

b) Esa carencia de juicio y personería es presumida por el

a niñas, niños y adolescentes de manera permanente, no serán considerados como supuestos de exposición o estado de abandono, siempre que los mantengan al cuidado de otras personas, libres de violencia y provean su subsistencia.

Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a establecer políticas de fortalecimiento familiar para evitar la separación de niñas, niños y adolescentes de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia. Cfr. Diario Oficial de la Federación, 04-12-2014.

26 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva oc-17/2002 de 28-08-2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, p. 14.

27 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

funcionario judicial o administrativo, que, al tomar decisiones que entiende basadas en lo que considera los “mejores intereses del niño”, deja en segundo plano esas garantías.

c) Las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.

d) La consideración de que el menor está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etc.) puede usarse para intentar justificar la aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables sólo bajo debido proceso.²⁸

Tales premisas explican la razón por la que los niños son el grupo más vulnerable respecto del resto de los grupos o comunidades que se encuentran en una sociedad. Esto permite percibir la trascendencia de vigilar y proteger sus derechos por parte, no sólo de los padres, sino también de juzgadores, abogados, servidores públicos, funcionarios de la administración local, maestros, trabajadores sociales, etc., para que no queden en segundo plano.

Los niños no son sólo objeto de protección, sino son verdaderos titulares de derechos, tal y como lo determinó la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁹ Por lo tanto, son quienes, de acuerdo con las circunstancias particulares, deben disfrutar de la convivencia con ambos padres.

28 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva oc-17/2002 de 28-08-2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pp. 3-4.

29 *Ibidem*, p. 32.

Desafortunadamente, con frecuencia, ese derecho de convivencia se somete a la sola decisión del progenitor no custodio, lo cual distorsiona su esencia, genera una inexacta aplicación y vulnera, de manera directa, el derecho humano de los menores a la convivencia con ambos padres.

Por consiguiente, la escuela lleva implícita la responsabilidad de que los menores puedan ejercer, disfrutar y ser titulares de los derechos. Dentro de esa responsabilidad, se sobreentiende que deben: 1) apoyar para que las interpretaciones jurídicas reconozcan y prioricen el carácter integral de los derechos del niño y la niña; 2) permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses (sobre todo si entran en conflicto con aquellos); y 3) orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son inherentes, tengan como objetivo la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objeto.³⁰

6. Derecho a la educación

El quebrantamiento del derecho a la educación puede afectar de manera trascendente en su formación, generar distorsiones en su proceso personal para convertirse en adultos e impactar en su rol como miembro dentro de una sociedad. Es, particularmente, la dependencia respecto de los adultos (condición de minoría de edad) la que impide al menor socializar en cualquier otro espacio que no sea la familia o la escuela.

La educación es un proceso multidireccional y, es en la escuela donde se da el proceso de socialización formal de los individuos; es el lugar donde se desarrolla el proceso de vinculación y concientización cultural, moral y conductual, ya que a partir de la convivencia en las aulas, es donde cobra sentido lo aprendido

³⁰ ORGANIZACIÓN "DERECHOS DE LA INFANCIA", Consultado el día 08-01-2017, http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm

al interior de la familia, es donde las enseñanzas familiares se contrastan y se comparten por medio de ideas, conductas, cultura, conocimientos, etc., y se aprende el sentido de la tolerancia y el respeto —entre otros— hacia los demás.

Cabe resaltar que la escuela, pese a ser un lugar de formación académica para los menores, también es el escenario donde se enfrentan los miedos, se aprende a confiar y a desenvolverse en sociedad, por tanto los profesores deben ser siempre apoyo para los niños y las niñas, como figura determinante en la formación de los menores³¹ con la que conviven a diario.

Por ello, se constriñe al Estado mexicano, por mandato constitucional, a hacer efectivo el derecho humano a la educación:

“Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado — Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios— impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias. 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...”³²

Al igual, en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se recomienda a los Estados parte a considerar:

“Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para

31 Sólo después de los integrantes de la familia.

32 Artículo 3° de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

todos, en función de los méritos respectivos.

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.”

Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.³³

México, como uno de los estados fundadores de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), ratificó su compromiso de satisfacer y adaptar el derecho a la educación a las necesidades de aprendizaje de todos los niños, jóvenes y adultos mexicanos en la Declaración Mundial sobre Educación para todos en marzo de 1990. En septiembre de ese mismo año, México confirmó participar en la Convención sobre los Derechos del Niño, obligándose a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole para proteger, respetar y garantizar el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de todas las personas menores de 18 años de edad.

La mezcla de virtudes que tiene la Convención enuncia una serie de obligaciones jurídicas para todo aquel Estado que decide formar parte de ella: 1) al subrayar y defender la función de la familia en la vida de los niños; 2) establecer el deber de los Estados y la responsabilidad de los padres de atender a sus hijos;³⁴ y 3) asentar las bases para que los gobiernos generen políticas públicas al interior.

33 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). *Declaración Universal de Derechos Humanos*, París, 1948, <http://www.un.org/es/documents/udhr/>. Consultado el 25-03-2016.

34 DÁVILA, Paulí y NAYA, Luis María, “El derecho a la educación en el marco de los derechos del niño en América Latina: una perspectiva comparada”, *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, México, vol. 17, núm. 53, junio de 2012.

6.1. Educación básica. Derecho a convivir con ambos padres

De acuerdo con la estructura en que se divide la educación en México, se encuentra la educación Básica, Media Superior y Superior:

Dentro de la educación básica (preescolar; primaria y secundaria), la educación primaria, también llamada elemental, consiste en seis años establecidos a partir de los 6 años de edad hasta aproximadamente los 12 años cumplidos. La educación primaria se presenta en los grados de primero a sexto.

Dentro de los beneficios de que la escuela básica sea la coadyuvante con el Estado para garantizar la inviolabilidad del derecho que tiene el menor de convivir con los dos padres se encuentran:

- a) Ser un espacio neutral, puesto que su objetivo es apoyar técnica e institucionalmente a los alumnos en el proceso de separación familiar; sin inclinarse a favor de alguna de las partes enfrentadas en tal proceso, evitando que se produzcan manipulaciones y conflictos en presencia de los alumnos.
- b) Lograr que el niño, lejos de ver a la institución como un centro de aprendizaje, lo vea como un contacto cercano a la justicia
- c) Llevar a cabo un seguimiento de la conducta del menor y de posibles problemas físicos o emocionales que pudieran detectarse en él.³⁵
- d) Asesorar y orientar a los padres para mejorar y reestablecer las relaciones con sus hijos.

35 ORGILÉS, Mireia; ESPADA, José Pedro; PIÑERO, Jessica, *op. cit.*, p. 241.

e) Minimizar la sensación de desatención del niño en el tiempo de espera del intercambio, al incluir la resiliencia como parte del programa de educación en la escuela.

Es indiscutible que los niños necesitan una educación relevante para sus circunstancias actuales que los prepare para el futuro.³⁶ La educación del siglo XXI debe promover la resiliencia para la aplicación efectiva de cualquiera de los derechos humanos de los niños.

De ahí que representa un perjuicio para los menores el hecho de no convivir con una figura paterna/materna. El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁷ refleja tal inquietud al plantear específicamente que los Estados parte deben de actuar en función de la realidad que viven los menores, y al establecer qué es lo que éstos necesitan para lograr un pleno desarrollo físico y emocional (incluso en términos de su felicidad). Desde esa perspectiva se infiere que no solamente los implicados deben hacer un ejercicio de respeto al derecho, sino que también deben participar activamente, como una obligación de Estado,

36 Fundación Botín, *Educación emocional y social. Análisis internacional*. Informe Fundación Botín, Santander, España, 2013, p. 17.

37 Convención sobre los Derechos del Niño, “Artículo 9. Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

Los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

a garantizarlo para mejorar el bienestar;³⁸ esto en el caso de menores de 18 años.

Mientras que la unidad familiar brinda protección para los niños, la ruptura conyugal trae consigo cambios.³⁹ De la ruptura, es habitual reestructurar la nueva situación familiar “idónea” para el menor en lo referente a su bienestar, régimen de visitas, pensión alimenticia y educación; que por razón de su vulnerabilidad, minoría de edad y dependencia familiar; hace que los hijos tengan la necesidad de ser considerados una prioridad al resolver sobre la separación de los padres.

La ruptura de la pareja –sea de hecho o de derecho–, no exime ni a los padres ni a los hijos del derecho a convivir y a relacionarse entre ellos. El derecho a convivir con ambos progenitores es una obligación⁴⁰ y un derecho, mas no una opción para los menores. El contacto más cercano que se da entre los niños y el Estado, es la Escuela.

La relación humana que se construye a partir de la interacción, entendiendo ésta, como la relación de un adulto ante un menor; el cual no cuenta con las herramientas necesarias de conocimiento y de acción para poder ejercitar sus derechos de manera completa, queda justamente encomendada a los docentes, quienes deben proporcionar a los menores, las herramientas necesarias para que, a través de la resiliencia disfruten los derechos que por ley les corresponde.

7. Reflexiones finales

Para determinar la importancia de que los menores puedan ejercitar sus derechos de manera justa y libre, es importante establecer que el primer espacio de socialización es la familia, y

38 Bienestar es el estado de la persona en el que se equilibra el buen funcionamiento de su actividad física y psíquica.

39 ORGILÉS, Mireia; ESPADA, José Pedro y PIÑERO, Jessica, *op. cit.*, p. 240.

40 Por parte de los padres y del Estado.

que el segundo espacio es la escuela, siendo éstos donde el niño, por su condición, realiza sus primeros ejercicios de socialización.

Los derechos humanos de los niños considerados como grupo vulnerable, en particular al derecho a la educación y al derecho a convivir con ambos padres, son responsabilidad de ellos y del Estado para que puedan gozarse de manera efectiva, es entonces donde surge el vínculo que guarda Familia-Escuela-Estado no sólo refiriéndose al derecho a la educación, sino también a Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Escuela y la Familia tienen una “corresponsabilidad” y esta debe ser colaborativa para procurar que el derecho humano que tiene el menor de convivir con ambos padres exista, sin importar si hay o no acuerdos previos entre sus progenitores, que -si fuera el caso-, privilegiando el interés superior del menor; la Escuela es el conducto para que cualquier niño encuentre en ella una respuesta acorde a sus capacidades (que no sólo se circunscriba al terreno de la instrucción escolar), para forjar un comportamiento positivo pese a circunstancias familiares, sociales y culturales, es decir, promover la resiliencia en los centros escolares de todo el país.

Los derechos humanos de los niños cuentan con protección internacional al encontrarse plasmados en sendos instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano. El Comité de los Derechos del Niño recomienda adoptar las medidas necesarias para atender sus recomendaciones a fin de ejercitar en forma efectiva los derechos del niño.

El interés superior del menor obliga al Estado y a sus instituciones a garantizar a cada niño y niña un ambiente propicio para su armónico desarrollo, para esto es importante conocer la historia de los menores, lo que los lastima, lo que los hace sonreír, lo que les gusta, o bien lo que no les gusta, lo que necesitan o lo que quieren. De esta manera, a través de la resiliencia, pueden ejercer sus derechos de manera libre y plena, como en los casos en que ilegalmente no convivan con ambos progenitores.

Los menores tienen el inalienable derecho a convivir con ambos padres, sin que el ejercicio de la patria potestad, la guarda y/o custodia y el pago de obligaciones alimentarias sean un impedimento, una condicionante o un vehículo para que se dé dicha convivencia, aun cuando pudiera darse alguno de estos supuestos anteriores.

La Escuela es el primer contacto que el Estado tiene con los menores a través de los encargados de la educación; de esta manera, las escuelas son el coadyuvante número uno de la responsabilidad del Estado para que los menores puedan ejercitar sus derechos.

Tomando en cuenta que el derecho a convivir con ambos progenitores debe ser una obligación y un derecho, mas no una opción para los menores, y en ocasiones ilegalmente se impide su materialización; el desconocimiento de los niños respecto de sus derechos humanos convierte una función prioritaria de los docentes el brindar las herramientas necesarias a los menores para que disfruten de los derechos que la ley les otorga; en un ejercicio de resiliencia, para obtener como resultado que los niños y las niñas en el pleno goce de sus derechos puedan convivir con ambos padres en caso de la disolución del vínculo matrimonial o separación de la pareja, salvo los casos en que, por orden judicial se determine lo contrario.

Así mismo, al ser un derecho de los menores, la convivencia con sus padres, para estos últimos, se convierte en una obligación toda vez que el Estado a través de sus órganos debe garantizar a los menores el ejercicio pleno de sus derechos y en su caso hacer valer las obligaciones de los gobernados de manera coercible, se puede concluir que de acuerdo con un caso concreto se deba intentar una acción jurisdiccional, para que el juzgador competente ordene el cumplimiento de la obligación de los padres a la convivencia con sus menores hijos, por supuesto bajo los criterios que la misma norma jurídica tenga implícita.

8. Bibliohemerografía

Bibliografía

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Beloff, Mary (comp.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño* (1989-1999), Bogotá, Temis/Depalma, 1999.

Fundación Botín, *Educación Emocional y Social. Análisis Internacional*. Santander, España, Informe Fundación Botín, 2013.

LÓPEZ, Néstor (coord.), *Sistema de información sobre los derechos del niño en la primera infancia en los países de América Latina. Marco teórico y metodológico*. Madrid, SITEAL-OEI, 2009.

Hemerografía

ARANDA SALAS, Ivette, “Las necesidades educativas especiales. La relación escuela-familia-comunidad”, *Cuadernos de Educación y Desarrollo*, Málaga, España, vol. 1, núm. 7, septiembre, 2009.

DÁVILA, Paulí y Naya, Luis María, “El derecho a la educación en el marco de los derechos del niño en América Latina: una perspectiva comparada”, *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, México, vol. 17, núm. 53, junio, 2012.

JUNCO HERRERA, Inmaculada, “Resiliencia en la escuela”, *Temas para la educación*, vol. 11, núm. 10, noviembre, 2010.

ORDÓÑEZ SIERRA, Rosario, “Responsabilidades educativas que se atribuyen familia y escuela en el ámbito educativo”. *Forma y Educa*, Sevilla, España, vol. 3, febrero, 2005.

ORGILÉS, Mireia; Espada, José Pedro; Piñero, Jessica, "Intervención psicológica con hijos de padres separados: Experiencia de un Punto de Encuentro Familiar". *Revista Anales de Psicología (Annals of Psychology)*, Murcia, España, vol. 23, núm. 2, diciembre, 2007.

VARGAS MERINA, Ángela María, "Métodos de enseñanza", *Revista digital Innovación y Experiencias Educativas*, Granada, España, núm. 15, febrero, 2009

WERNER, Emmy E. y Smith, Ruth S., *Vulnerable but Invincible: a Longitudinal Study of Resilient Children and Youth*. New York, EE. UU., McGraw-Hill, 1982.

ZAMBRANA ORTIZ, Nellie, "Las dimensiones política, espiritual, moral (PEM) de la niñez y su importancia en la educación formal". *Revista Paradigma*, Maracay, Venezuela, vol. 31, núm. 1, 2010.

Documentos publicados en Internet

SILVABOCAZ, Claudia, et al., "Método Montessori", *psicoPedagogía.com. Psicología de la educación para padres y profesionales*, 2003, <http://www.psicopedagogia.com/articulos/?articulo=350>.

ORGANIZACIÓN "DERECHOS DE LA INFANCIA", http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Declaración Universal de Derechos Humanos, <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, los Niños y Adolescentes, Diario Oficial de la Federación, México, 4 de diciembre de 2014.

Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 136-03). Santo Domingo, República Dominicana, 2003. DO: Gobierno Dominicano; Coalición de ONG's por la Infancia; UNICEF.

Tratados y convenios internacionales

ONU (2006). Comité de los Derechos del Niño, 42º periodo de sesiones. *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. CRC/C/MEX/CO/3.*

Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969) San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva oc-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Declaración Mundial Sobre Educación Para Todos y Marco de Acción para Satisfacer las Necesidades Básicas de Aprendizaje Aprobada por la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos (1990) Jomtien, Tailandia.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores. Reglas de Beijing (1985).

CASUÍSTICA Y PROBLEMÁTICA JURÍDICO PERICIAL EN DOCUMENTOS CUESTIONADOS*

CASUISTRY AND EXPERT LEGAL PROBLEMS IN QUESTIONED DOCUMENTS

*Antonio Rojas Flores***

RESUMEN: En este trabajo se presentan las características básicas para valorar las rubricas o firmas en los documentos cuestionados, los vicios que los peritos cometen en la práctica y algunas sugerencias para combatirlos. El estudio inicia con el análisis de los componentes del documento: el corpus y el animus, advirtiendo que en el primero se pueden producir alteraciones, mientras que el segundo puede ser objeto de falsificaciones; de seguida aborda las disciplinas relacionadas con los documentos cuestionados y sus características. Se hace énfasis en las materias que se consideran de mayor relevancia para las pruebas a las que son sometidos los documentos cuestionados; se sugieren algunas preguntas básicas que deben realizarse a los peritos cuando presentan dictámenes sobre documentos y firmas cuestionadas, indubitables y auténticas de cotejo. Finalmente, se presentan los casos más comunes en los dictámenes periciales relacionados con las características del orden general que contienen las muestras de firmas.

PALABRAS CLAVES: falsificación de documentos, alteración de documentos, pruebas periciales, interrogatorio a peritos.

*Este artículo es producto de la transcripción autorizada por el autor de la Conferencia "Casuística y problemática jurídico pericial en documentos cuestionados", impartida el día 26-05-2017, en el Palacio de Justicia del Tlalnepantla Estado de México. Disponible en el canal de YouTube de la Escuela Judicial, <https://www.youtube.com/watch?v=R7YQhOt9Rj0>

** Maestro en Ciencias Penales y Criminalística. Diplomado en Grafoscopia y Documentoscopia. Perito en Grafoscopia y Documentoscopia, en hechos de tránsito terrestre, en documentos cuestionados, en valuación de bienes inmuebles. Ha impartido diversos cursos en Universidades públicas y privadas. Es catedrático de la Escuela Judicial del Estado de México.

ABSTRACT: This paper presents the basic characteristics to evaluate the seals or signatures of the documents in question, to evaluate the mistake of the experts while practice and suggestions to overcome them. The corpus and the animus, warning that in the first one alteration can be produced, while the second can be target for counterfeit; it explains the fields related to the questioned documents and its characteristics. It emphasized the subjects of relevance to the test that the documents are summited; some basic questions are suggested to be made to the experts when presenting opinions about documents and questioned signatures. Finally, the most common cases are presented in the expert's opinions related to the characteristics of the general order within our signatures.

KEYWORDS: falsification of documents, alteration of documents, expert evidence, interrogation of experts.

Recepción: 26/05/2017

Aceptado para su publicación: 15/07/2017

SUMARIO

1. Introducción. 2. Elementos del documento 3. Disciplinas relacionadas con los documentos cuestionados. 4. Documentos indubitables y auténticos de cotejo. 5. Principios que deben cumplir los peritos. 6. Características 7. ¿Cómo interrogar a los peritos? 8. Conclusiones. 9. Bibliohemerografía.

1. Introducción

La experiencia como perito en “documentos cuestionados” me ha permitido observar una problemática jurídico pericial, que es causa de pérdida de patrimonios y/o libertades injustamente, lo anterior por el desconocimiento de cómo se debe plantear la prueba, desde diferentes perspectivas, por ejemplo, no se sabe ofrecer la prueba por parte del perito o fiscal (planteamiento del problema), se desconoce cuáles son los documentos que se deben señalar como indubitables y auténticos de cotejo; inclusive en otros estados del país existe una deficiencia en la capacitación de juzgadores sobre criterios de valoración de los estudios periciales y analizar la objetividad de cada uno de ellos. De hecho, es a partir de todo esto que se ha generalizado la mala creencia que el perito tercero es quien tiene la última palabra cuando no lo es. Sostengo que con los conocimientos necesarios se puede realizar un análisis objetivo de los estudios periciales existentes y en su caso desestimar las pruebas periciales que no cumplan con las características mínimas requeridas.

2. Elementos esenciales del documento

¿Qué es un documento y cuáles son sus elementos esenciales?, ¿en dónde se pueden hallar alteraciones o falsificaciones?

Un documento debe tener dos elementos esenciales:

- a) El *corpus* o elemento material: puede ser una hoja de papel, una piedra, una cartulina, una manta, etc.

b) *Animus* o elemento ideal: es el mensaje, texto o contenido que transmite el documento, como ejemplo el pagaré, convenio, contrato, la carta de amor, con un narco mensaje, etc.

Cuando se carece de cualquiera de estos dos elementos no puede ser considerado un documento.

Las falsificaciones se encuentran en el segundo elemento esencial, es decir en el *animus* o contenido ideal, los ejemplos más recurrentes son: la falsificación de la firma, agregados, añadidos y/o adiciones. Las alteraciones se localizan en el *corpus* o elemento material, estas son todas las afectaciones o manipulaciones como borrados (mecánicos, físicos y/o químicos), mutilados, perforaciones, cortes, doblez, etc. Hay que precisar que existe una diferencia entre una alteración y una adulteración, la primera se realiza de manera involuntaria, es decir no existe dolo, no hay intención de modificar el documento para obtener un beneficio; en cambio la adulteración se lleva a cabo con dolo, con la intención de modificar el contenido ideal o *animus*, para obtener un beneficio.

3. Disciplinas relacionadas con los documentos cuestionados

Generalmente en la práctica de la abogacía en México, cuando el abogado o fiscal tienen la necesidad de ofrecer una prueba relacionada con “documentos cuestionados”, la respuesta inmediata es generarla a través de un formato prediseñado, un “machote”, sin que exista previa comunicación con el perito – mala práctica –, en donde generalmente ofrece la prueba en las disciplinas de grafoscopia, grafometría, documentoscopia, caligrafía, grafología, etc., por desconocimiento de cuál es el objeto de estudio de cada una de las disciplinas relacionada con los documentos cuestionados.

- La grafoscopia, estudia el origen gráfico.

- La documentoscopia, estudia el documento como un todo, es decir analiza el *animus* y el *corpus*.
- La caligrafía estudia la belleza de la letra, el arte de escribir.
- La grafometría estudia las medidas angulares, es una disciplina que está en desuso, puede servir como auxiliar de la grafoscopia, pero la grafometría por sí sola, no puede determinar el origen gráfico —en México sólo conozco un perito que tiene un *software* para obtener las medidas y todos sus estudios están basados grafométricamente—. La doctrina señala que, si se busca encontrar una constante angular, mínimo se deben realizar de 100 a 200 mediciones para que esto genere un parámetro.
- Grafología, estudia la personalidad a través de la escritura.
- Dactiloscopia, estudia las impresiones dactilares.

Es importante señalar que, siempre que se tenga la necesidad de ofrecer una prueba relacionada con documentos cuestionados, las disciplinas idóneas son: la grafoscopia y documentoscopia, ya que estas dos dan la pauta al perito para poder analizar los elementos esenciales del documento (*corpus* y *animus*) y con ello determinar una posible, falsificación, alteración, adulteración y/o falsificación por alteración.

Una vez identificada la disciplina en la que se ofrecerá la prueba, debe presentarse un cuestionario sobre lo que versa la prueba, el cual debe estar relacionado con el planteamiento del problema. Frecuentemente el abogado o fiscal, al no tener comunicación con el perito, plantean el cuestionario de una manera deficiente, por este motivo la prueba desde su inicio se encuentra viciada, esto limita al perito y lo pone en riesgo al extralimitarse, debido a que entró al estudio de cuestiones que no le fueron planteadas. Desde luego, la problemática se verá reflejada en los criterios de valoración por parte del juzgador y por tanto en una pérdida de patrimonio y/o libertad injustamente.

Por todo lo anterior, ¿qué se le debe preguntar al perito? Cuando se cuestiona una firma, se interroga al perito para que señale si la firma cuestionada *proviene del puño y letra* del tal persona. Esto es sumamente delicado porque pone en riesgo la prueba y al perito, independientemente que su respuesta sea en el sentido afirmativo o negativo, por lo siguiente:

- Cuando la respuesta es en el sentido afirmativo “*sí, proviene del mismo puño y letra*”, al momento de interrogar al perito es frecuente que se le pregunte: ¿de qué puño fue realizado, si del puño derecho o del puño izquierdo?, tendrá que demostrar técnicamente de cual de los dos puños, con la premisa de que las firmas indubitables deben ser equi-circunstanciales, es decir, el perito para poder contestar esa pregunta debió tener muestras indubitables de cotejo con ambos puños, para poder demostrar técnicamente que provienen de un puño y no del otro, cuando generalmente las muestras indubitables sólo son estampadas por un puño.
- Cuando su respuesta es en el sentido negativo “*no proviene del mismo puño y letra*”, al momento de interrogar al perito, de nuevo con la premisa de que las firmas indubitables deben ser equi-circunstanciales, es frecuente que se le pregunte: ¿tuvo usted muestras indubitables de ambos puños, es decir del puño derecho y del puño izquierdo?, si el perito no tuvo a la vista las muestras indubitables de ambos puños, es muy posible que efectivamente la manuscritura cuestionada, de la cual realizo el estudio, no provenga del mismo puño del que tuvo a la vista las muestras indubitables, sin embargo existe la posibilidad de que provenga del otro puño. Sea cual sea el resultado, el perito tendrá la obligación de demostrar técnicamente que la manuscritura cuestionada efectivamente no proviene de ambos puños y/o proviene solo de un puño.

Con base en lo señalado, se consideran las siguientes preguntas o interrogantes como las ideales cuando el perito ofrece las pruebas:

1. En primer lugar que señale el perito si la firma cuestionada proviene del mismo origen gráfico del señor(a), con esta interrogante no es necesario aclarar con cuál de los puños fue realizada la firma, o si fue con los pies, boca, etc., además, no se pone en riesgo la prueba y al perito en el momento del interrogatorio.
2. Que el perito indique si el documento cuestionado se encuentra falsificado (faculta al perito para analizar el *animus*)
3. Qué el perito señale si el documento cuestionado se encuentra alterado y/o adulterado (faculta al perito para analizar el *corpus* y *animus*)
4. Que el perito indique los métodos y técnicas empleados, así como sus conclusiones.

Generalmente después de este proceso se le da vista a la parte contraria, para establecer la pertinencia de la prueba. Es decir, la parte contraria debe nombrar un perito y la ampliación del cuestionario. Sin embargo, en la práctica, este procedimiento genera que la parte contraria señale otras disciplinas y cuestione otros documentos diferentes a los señalados por el oferente de la prueba, no obstante, esta es una mala práctica consentida en algunas ocasiones por el juzgador; sin embargo, la pertinencia de la prueba sólo debe limitarse a nombrar perito y ampliar el cuestionario sobre el que versa la prueba.

4. Documentos indubitables y auténticos de cotejo

Generalmente los documentos indubitables son confundidos con los documentos auténticos de cotejo. Los primeros están señalados por la ley, un ejemplo, artículo 1250 bis I del Código de Comercio o el artículo 1.301 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México. En efecto, regularmente en cada Código adjetivo de cada Estado en el Título de Pruebas,

Capítulo de documentos, se encuentran señalados cuales son los documentos indubitables. Existen otros documentos que no están mencionados en los cuerpos normativos señalados, estos documentos son llamados documentos auténticos de cotejo, el grado de confiabilidad para el cotejo de estos documentos se dará desde la perspectiva del perito, porque son frecuentes los casos en que las firmas llamadas “auténticas”, no provienen de sus titulares, por lo tanto, éstas son falsas, llevando al error el cotejo. Por otra parte, a mayor cantidad de documentos indubitables y auténticos de cotejo un estudio pericial tendrá mayor objetividad y mayor probabilidad de éxito. Por tal motivo, se deben tomar los documentos indubitables para encabezar el estudio y a partir de ello tomar en cuenta los documentos auténticos de cotejo.

Las firmas indubitables y auténticas de cotejo deben reunir una serie de requisitos que serán cuidados por el oferente de la prueba para su perfeccionamiento, lo anterior con el objeto de que el perito tenga los elementos necesarios para realizar un estudio exitoso y objetivo de acuerdo con los principios de imparcialidad, independencia, autonomía y no intervención, que serán determinantes en los criterios de valoración del juzgador; dichos requisitos son los siguientes:

- **Originales.** Todos los documentos que servirán para cotejo se deben entregar al perito en original, porque en estos se pueden observar múltiples detalles que en fotocopias o cualquier tipo de reproducción se pierden. Existe una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que señala la facultad de emitir opiniones sobre firmas que obran en copia, es importante señalar que el problema básico en estos casos es, por supuesto, determinar cuán confiable es realmente la evidencia manuscrita. En el caso de fraude el problema es mínimo, ya que se conviene generalmente en que los signos de falsificación son específicos, mientras que los auténticos no lo son. Cuando se está frente a falsificaciones burdas, estas presentarán signos de falsificación que el experto podrá señalar y con base a esas apreciaciones fundar sus conclusiones.

Al hacer apreciaciones sobre firmas que obran en copias se correría el riesgo que cuando el experto señala que la firma cuestionada que obra en copia es auténtica, puede tratarse de una falsificación hábilmente lograda (porque no presenta signos de falsificación), o bien encontrarnos en presencia de un documento compuesto, usando una firma auténtica o verdadera para agregarla por un medio electrónico y crear uno falso. Estas apreciaciones deben ser realizadas únicamente en firmas, por ningún motivo opera en documentoscopia, toda vez que se estaría analizando el *corpus* o elemento material de la copia y no del documento original.

- Cantidad suficiente. A mayor número de firmas, el perito podrá efectuar su labor con más posibilidad de éxito, cuando el número de firmas es insuficiente, el posible margen de error es mayor porque dificulta el estudio de las constantes relevantes (gestos gráficos) y patrón de variables posibles, la doctrina señala que deben ser al menos 10 firmas. Cuando la prueba se encuentra viciada en cuanto a la cantidad de elementos de cotejo, el perito les dará mayor peso a las características cualitativas (particularidades) que a las características cuantitativas. Sin embargo, el margen de error en su conclusión será mayor, no por incapacidad del experto sino porque no tuvo a la vista los suficientes elementos de cotejo.
- Que sean homólogas. Las firmas que se utilizan como modelo para cotejo necesariamente deben ser homólogas, es decir, deben de ser del mismo modelo, que se comparen, por ejemplo, trazos curvos contra trazos curvos, no se pueden comparar firmas legibles con firmas ilegibles. Es muy importante que siempre que se trate de pruebas de muestras de escritura se debe solicitar el documento cuestionado, porque de ahí se parte para observar la estructura o modelo de la firma cuestionada y así poder solicitar los ejercicios idóneos en la toma de muestras.¹

¹ Existen diversos tipos de prácticas antiéticas pero la más recurrente es cuando se tiene un determinado modelo de firma y días previos, antes de llevar a cabo las muestras de firmas

- Que sean contemporáneas. Las firmas que se utilizan como modelo para cotejo necesariamente deben ser contemporáneas. La firma y escritura de cada persona cambia lenta y gradualmente con el paso de los años, a veces de manera drástica o evidente para cualquiera, ese cambio absolutamente espontáneo, pasa muchas veces desapercibido para quien lo produce. Es importante aclarar que ese proceso evolutivo normal de la escritura es independiente de estados patológicos determinados, es decir, se produce en personas perfectamente sanas y en plena capacidad, aunque pueda agudizarse o evidenciarse más cuando exista una declinación, sea por edad o por enfermedad. La escritura o firmas para cotejo deben corresponder a la fecha más cercana posible a la que se haya señalado como tal en la escritura o firma cuestionada; lo anterior porque así se facilita el cotejo, pues la grafía del individuo como lo he venido repitiendo varía con la edad (infancia, juventud, madurez o vejez); o por efecto de enfermedades, accidentes, estados de ánimo, etc. Al respecto, la doctrina señala que las firmas que van a ser comparadas deben ser 5 años antes o después del documento cuestionado para obtener pruebas más objetivas. Si resultare necesario cotejar dos escrituras entre las cuales ha mediado un lapso prolongado con hasta 20 años de diferencia, debe saberse que sólo el experto podrá resolver sobre la posibilidad o la imposibilidad según sea el caso.

- Espontáneas. Cuando las firmas son realizadas en forma libre, sin ningún tipo de preocupación. La espontaneidad es uno de los más importantes aspectos grafoscópicos, pues es

ante presencia judicial, obtiene una credencial para votar o una licencia de manejo, con otro modelo de firma a la cuestionada el cual lo presentan en los ejercicios de firmas ante presencia judicial. Por ello, la importancia de contar con desenvolvimiento homólogos indubitables y cuestionados, hay que tener en cuenta que para firmar se trabaja con imagen motriz, que quiere decir que primero se proyecta la imagen en el cerebro y luego se da la orden para ejecutar la imagen con todos los músculos que implican el movimiento inconsciente del hombro, brazo, mano, dedos y, desde mi perspectiva como perito, se recomienda que en los ejercicios de trazos pedir que se lleven a cabo trazos libres o garabatos, generalmente se solicitan óvalos o que se plasme la grafía capital, que es la inicial del nombre o del apellido para obtener una muestra con mayor grado de certeza.

sinónimo de velocidad y este marcará el ritmo, el cual tiene importancia extraordinaria, por ser un elemento personalísimo de primer orden, inimitable y muy difícilmente alterable por disimulo; por otra parte, cuando no existe espontaneidad (velocidad lenta) los desenvolvimientos gráficos tendrán menor características relevantes, por lo tanto, las muestras indubitables necesariamente deben ser espontáneas.

- **Equi-circunstanciales.** Las firmas indubitables deben presentarse en las mismas circunstancias que la cuestionada, es decir, con útiles o herramientas similares, escritor, mano, pies, boca, espacios, posición del titular, estado de salud, estado de ánimo, calidad del papel soporte, etc.
- **Confiables.** Las firmas son confiables cuando el experto tiene la certeza que la firma proviene de su titular; el titular de la firma es la persona que ejecuta la firma, el cual la creo, invento o diseño con el objeto de servirle como medio de identificación personal. Lo ideal es que hayan sido realizadas ante fedatario público o autoridad judicial, sin embargo, cuando los documentos no son indubitables la confiabilidad recae a juicio del perito.

5. Principios que deben cumplir los peritos

- a) Principio de imparcialidad. Los peritos deben ser imparciales.
- b) Principio de independencia. Los peritos deben de actuar con total libertad, no deben ser presionados para dictaminar como se los indique quien los ofreció, ya sean las partes, fiscal o juzgador.
- c) Principio de autonomía. En cuanto a la forma no existen reglas, protocolos, modelo único y universal para dictaminar; algunos peritos dictaminan de acuerdo con su leal saber y entender.

d) Principio de no intervención. Cuando el perito tiene algún impedimento justificado para no dictaminar ya sea por una excusa o falta de elementos, no puede ser obligado a intervenir.

6. Características

6.1 Características morfológicas

Este método (morfológico) es de los más antiguos, en la actualidad es una de las prácticas más frecuentes, aunque parezca extraño “sigue siendo el modo de operar de algunos peritos”, dicho método consiste en la comparación uno a uno de los trazos en busca de semejanzas o divergencias para cimentar sus conclusiones. Dada su relativa sencillez está rodeado de graves peligros e ineficacia, este actualmente está desechado.

6.2 Características del orden general

Estas características son aquellas que valiéndose de las características morfológicas o elementos constitutivos le dan un aspecto peculiar a la escritura o firmas.

Las particularidades y gestos gráficos provienen del inconsciente, constantes habituales de aparición automática que producen configuraciones especiales, propias de cada individuo que evidencian un MISMO o DIFERENTE origen gráfico, estos deben ser constantes, de naturaleza inconsciente, de aparición automática, invisible para los neófitos², difícil de imitar, difícil de distorsionar, que tenga variedad y equivalencia gráfica.

Bernabé Reimundo Urcia señala que: El análisis descriptivo deberá recaer sobre los caracteres relevantes, también denominados constantes gráficas, particularidades, idiotismos gráficos, automatismos, signos sobresalientes, detalles delatores, actos reflejos, que son propios e inherentes a cada persona.³

² Neófito, persona adherida recientemente a una causa o a una colectividad.

³ REIMUNDO URCIA, Bernabé, “Verificación de Firmas”, Argentina, Editorial Rocca, 2009, p. 39.

7. ¿Cómo interrogar a los peritos?

El interrogatorio debe centrarse en el dictamen que ha presentado el perito, como la prueba responde al cuestionario y ampliación del mismo, una vez que éste se desahogue o presente la prueba, el interrogatorio no puede ser ampliado más allá de las preguntas que fueron previamente presentadas.

Debe interrogarse al perito sobre cuestiones que sabemos que nos va a contestar; no es recomendable que aclare aspectos presentados u omitidos en su estudio porque se da oportunidad para que los errores cometidos se maquillen o se perfeccionen.

8. Conclusiones

Ante los muchos factores que influyen en los dictámenes sobre documentos cuestionados, los cuales derivan en la pérdida de patrimonios y/o libertades, se propone que deba existir comunicación entre el abogado (que plantea el problema), y el perito (que desarrolla o dictamina), con el objeto de perfeccionar la prueba. Considero, si los peritos reúnen todos los requisitos sugeridos, y sobre todo cumplen con los principios de imparcialidad, independencia, autonomía y no intervención, que son principios a los cuales tiene derecho y obligación de apegarse en cada uno de sus estudios, se estaría más cerca de terminar con los vicios en estas pruebas.

En el Tribunal Superior de Justicia del Estado de México se busca a través de la Escuela Judicial, y con la capacitación perito-juzgador estar en constante actualización en cuanto a los criterios de valoración de esta prueba. Se reitera la importancia de que los juzgadores tengan conocimientos sobre estas disciplinas para que su juicio y su discernimiento estén fundamentados de forma adecuada y no perpetuar la percepción que señala a los peritos terceros como los definidores de sentencias. En mi experiencia he notado que peritos extranjeros se sorprenden por la existencia

de peritos terceros en México, esto debido a que, con una adecuada capacitación para el juzgador en cuanto a los criterios de valoración de estas pruebas, aunada a una comunicación abogado-perito y una construcción sólida de pruebas, los peritos terceros no deben ser necesarios.

9. Bibliohemerografía

Bibliografía

REIMUNDO URCIA, Bernabé, “Verificación de Firmas”, Argentina, Editorial Rocca, 2009.

Legislación

Código de Comercio.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES



LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR Y SANCIONAR LA TORTURA, Y EL DERECHO HUMANO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

*Javier Perlasca Chávez**

RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. LA TUTELA A ESTE DERECHO HUMANO EXIGE A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES QUE CONOZCAN DE ASUNTOS RELACIONADOS CON ACTOS DE TORTURA QUE DIRIJAN EL PROCESO DE TAL MANERA QUE EVITEN LA IMPUNIDAD. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la obligación de las autoridades de investigar toda situación en la que haya violación de derechos humanos protegidos constitucionalmente y en los tratados internacionales en la materia; de esta manera, en los asuntos relacionados con actos de tortura, estrictamente prohibidos por el derecho internacional de los derechos humanos, si el órgano jurisdiccional actúa de modo tal que esa vulneración quede impune y no se restablece a la víctima en la plenitud de sus derechos, incumple con el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de aquéllos a las personas sujetas a su jurisdicción. Por lo que proporcionar un recurso judicial efectivo conforme a las reglas del debido proceso, garantiza el restablecimiento del derecho conculcado y, de ser posible, la reparación del daño producido; de ahí la exigencia a los órganos jurisdiccionales de que dirijan el proceso de manera que eviten la impunidad.

Tesis aislada: I.9o.P.159 P (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 43, Tomo IV, p. 2854, Junio de 2017. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Registro IUS: 2014631.

* Doctor en Derecho por el Instituto de Altos Estudios Jurídicos. Maestro y Licenciado en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Profesor en la licenciatura y Maestría en Derecho, y miembro de las academias de Derecho Constitucional y de Argumentación Jurídica, en la Universidad de Guadalajara; actualmente se desempeña como Cuarto Visitador General de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco.

El presente comentario —en el que se analiza una tesis jurisprudencial (aislada) de un tribunal colegiado federal mexicano—, gira en torno al reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la prohibición de la tortura y su persecución como delito y los derechos de las víctimas, desde la perspectiva de los derechos humanos en el marco constitucional y convencional. Asimismo, se hace una breve observación del abordaje que la tesis en comento hace sobre las obligaciones que las autoridades tienen, en particular las judiciales, de proteger y garantizar los derechos humanos.

I. A manera de introducción

La tesis que se comenta se deriva del amparo y la protección constitucional que se concedió a una persona víctima de tortura, en su calidad de parte ofendida en un procedimiento penal, en el que inicialmente la averiguación previa se abrió por el delito de tortura, respecto del cual, antes de consignar, el Ministerio Público reclasificó la conducta y estableció que, en la especie, lo que se integró (*sic*) fueron los delitos de abuso de autoridad y lesiones calificadas, por los cuales determinó ejercicio de la acción penal; luego, el juez de procesos penales dictó auto de formal prisión, contra el cual los inculpados interpusieron recurso de apelación reclamando, entre otros agravios, la prescripción de la acción penal ejercida en su contra por los señalados delitos, lo que validó el órgano jurisdiccional de alzada al resolver dicho recurso al declarar actualizada la prescripción aducida, extinta la acción penal y sobreseer en la causa criminal. Contra dicha resolución, el quejoso reclamó en amparo, —entre otros conceptos de violación que aquí interesa resaltar—, que se le negó el derecho de acceso a la justicia, porque no se analizó que su denuncia originaria versó sobre la comisión del delito de tortura perpetrado en su agravio, por los policías que lo detuvieron, lo que constituyó omisión del tribunal de apelación para actuar con la debida diligencia para analizar dichos hechos y, en su caso, reparar las violaciones a los derechos humanos; es decir, que hubo violación a la garantía

de acceso a mecanismos judiciales adecuados y efectivos, para combatir las violaciones a derechos humanos de quienes han denunciado actos de tortura.

2. Análisis y comentarios

Se advierte que la tesis en cuestión cumple con su función de ser expresión sintética, en este caso, de temas esenciales de derechos humanos y sus correlativas obligaciones, reconocidos en la Constitución mexicana como derechos fundamentales, ya que con solo 190 palabras aborda en su rubro y contenido conceptos de profunda raigambre internacional y convencional aceptados en pro de la vigencia de los derechos humanos, que hoy por hoy son el parámetro del control de regularidad de nuestro ordenamiento jurídico como así lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la nación (SCJN).¹

Por ejemplo, cuando en la tesis se refiere a *“los actos de tortura, estrictamente prohibidos por el derecho internacional de los derechos humanos”*, coincidimos en que se asume que la tortura es una de las violaciones más graves de derechos humanos, puesto que constituye un acto brutal y cobarde que, amén de las lesiones físicas o psicológicas que puede producir, socava directamente la dignidad de la persona, por lo que no puede aceptarse ni justificarse bajo ninguna circunstancia; es la clara expresión del abuso del poder.² Es injustificable, porque, de acuerdo con María Elena Lugo Garfias, el torturador es un servidor público que tiene la obligación de respetar y proteger a toda persona y sus derechos, y el torturado resulta agraviado porque su

¹ cfr. Tesis de Jurisprudencia: P/J. 20/2014 (10a.). 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. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 5, t. I, p. 202, Abril de 2014. Instancia: Pleno. Registro IUS: 2006224.

² PERLASCA CHÁVEZ, Javier, *La tortura: una violación grave a la dignidad humana. Su práctica en Jalisco*, en: ALVAREZ CIBRIAN, Felipe de Jesús (Coord.), *Una década de derechos humanos en Jalisco 2007-2017*, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, 2017, p. 89.

agresor incumple con esas obligaciones; además, es un delito, porque el victimario despliega la conducta exigida por el tipo penal y la víctima sufre la lesión a su integridad física o mental.³ En el derecho penal internacional, se considera delito de *lesa humanidad*.⁴ En el ámbito de los derechos humanos, se considera como violación grave al derecho a la integridad y seguridad personal. Es decir, además de constituir un delito grave, la tortura es al mismo tiempo una transgresión al derecho humano a la integridad personal; o, como lo sostiene la SCJN, al derecho a la integridad física y psíquica como parte de la dignidad humana,⁵ en términos del artículo 1º Constitucional. De ahí su absoluta prohibición, tanto en ordenamientos nacionales como en los instrumentos convencionales e, incluso, consuetudinaria, es decir, prohibición imperativa del *ius cogens*.⁶

Ahora bien, respecto a los asuntos relacionados con actos de tortura, la tesis en comento hace énfasis en que los órganos jurisdiccionales deben garantizar el derecho humano a un recurso judicial efectivo, mismo que en el ámbito de la jurisprudencia convencional se considera uno de los estándares del derecho a la tutela judicial efectiva, identificado también en la doctrina internacional como derecho al acceso a la justicia. Este derecho es considerado como un derecho fundamental ya que constituye la vía para reclamar el cumplimiento de derechos humanos

3 LUGO GARFIAS, María Elena, *La prevención la sanción de la tortura*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 9.

4 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el artículo 5, preceptúa como crímenes (delitos) los de *genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión*; y en su artículo 7, punto 2, Inciso e), lo tipifica como *crimen de lesa humanidad de tortura*. Este Estatuto entró en vigor el 01-06-2002, fue firmado por México el 07-09-2000, ratificado por el senado el 21-06-2005 y promulgado el 05-12-2005.

5 cfr. Tesis PLXV/2009, del rubro: DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 8. Instancia: pleno. Registro IUS 165813.

6 El artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, define al principio del *ius cogens*, de esta manera: "para los efectos de la presente convención, una norma imperativa del derecho internacional general (*ius cogens*), es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

ante los tribunales y garantizar la igualdad ante la ley. Se concreta en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permite obtener una decisión jurisdiccional sobre las pretensiones aducidas.⁷ De esa manera, nuestra Constitución lo consagra como derecho fundamental en el artículo 17, donde se instituye el derecho de acceso a la justicia y en forma más amplia a la tutela judicial,⁸ por lo que al determinar dicha norma constitucional que: *toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales...* la expresión *toda persona* ampara, por supuesto, los derechos del ofendido, que en la especie, esa calidad tenía en la causa penal de origen el accionante de la demanda de amparo que generó la ejecutoria de la cual emanó la tesis aquí comentada.

En el mismo sentido, convencionalmente el derecho a un recurso judicial efectivo está preceptuado en el artículo 25⁹ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra el derecho a la protección judicial; por tanto, como así ha quedado resuelto en diversos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se trata de un derecho humano que garantiza a toda persona el acceso a la administración de justicia para hacer valer sus derechos;¹⁰ Luego, por su naturaleza es un

⁷ *cfr. Estándares sobre la tutela judicial* en FERRER MAC-GREGOR, E., CABALLERO OCHOA, J. L. y STEINER, C. (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, t. II, México, SCJN/IIJ-UNAM/Fundación Konrad Adenauer, 2013, p. 1343

⁸ Para los fines de este trabajo, a continuación, solamente transcribimos la parte que consideramos conducente del invocado artículo 17:“(...) 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.”

⁹ Se transcribe enseguida la parte que consideramos conducente del citado numeral: “Artículo 25 Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

¹⁰ *cfr.* Los siguientes casos: Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27-11-1998. Serie C núm. 42, párr. 169; Caso Castillo Páez vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27-11-1998. Serie C núm. 43, párr. 106 y Caso Blake vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22-01-1999. Serie C núm. 48, párr. 61.

derecho de carácter objetivo, ya que dispone para toda persona la posibilidad de tener una vía jurisdiccional para la tutela de sus derechos. Por consecuencia, las garantías constitucionales y convencionales de este derecho obligan no solamente a órganos judiciales, como atinadamente se determina en la tesis, sino a toda autoridad que materialmente realice actos jurisdiccionales.

Por las razones apuntadas, nos adherimos al sentido de la tesis de mérito, por cuanto a que el ofendido en la causa penal referida haya podido acceder al amparo de la justicia constitucional en los términos señalados en dicha tesis, habida cuenta que tal resolución es consecuente, como dijimos en líneas atrás, con lo instituido por el artículo 17 Constitucional, así como con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), que ha establecido que las garantías judiciales son exigibles para “toda persona”¹¹ para la determinación de sus derechos de cualquier carácter” -entre ellos están, por supuesto, los derechos humanos-, por lo que están incluidos los de la parte acusadora.¹² Sin embargo, debemos decir que algunos autores no están de acuerdo con lo anterior, como Andrés Bordalí Salamanca, quien ha señalado -respecto del derecho a la tutela judicial- que: “la participación de los ofendidos por delito, en el procedimiento penal, tampoco puede ser vista bajo la óptica de este derecho fundamental. Los ofendidos por delito tendrán derecho al debido proceso y a participar en el enjuiciamiento criminal, pero no porque tengan un derecho a la tutela judicial”.¹³

Continuando con nuestro análisis, comentamos ahora que el tribunal que emite la tesis en estudio, lo que hizo fue cumplir, en el ámbito de su competencia, con el deber internacional que tienen

11 Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23-11-2010. Serie C núm. 218, párr. 143.

12 Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29-01-1997. Serie C núm. 30, párr. 75.

13 BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la Tutela Judicial*. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 38, núm. 2, agosto, 2011, pp. 311-337, Pontificia Universidad Católica de Chile, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177019958006>. Consultado: 10-09-2017.

los Estados, en este caso México, de ofrecer a todas las personas un recurso judicial efectivo y eficaz contra actos violatorios de sus derechos humanos, sean de fuente nacional o internacional y asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de las autoridades judiciales; que es lo que finalmente así se determina en dicha tesis, incluso no solo para garantizar una tutela judicial efectiva, sino para evitar la impunidad en los casos de tortura que son denunciados, según así tajantemente lo establece la misma.

Las obligaciones internacionales a cuyo cumplimiento referimos, tienen también, respecto de los actos de tortura, especial sustento en dos instrumentos suscritos por México, como son la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁴ y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,¹⁵ por cuanto a que en sus artículos 2 y 4, y 6, respectivamente, disponen que los Estados Partes tomarán medidas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción, así como que tales actos constituyan delitos y que se establezcan sanciones adecuadas para su castigo en las jurisdicciones de los Estados Partes: De estos y aquellos compromisos internacionales, se deriva la obligación al sistema de procuración e impartición de justicia en nuestro país, de investigar, perseguir de oficio y en su caso iniciar los procesos penales respecto de posibles actos de tortura, así como tomar todas aquellas medidas efectivas para prevenirla y sancionarla en el ámbito de su jurisdicción y de conformidad con las garantías judiciales. Estas investigaciones deben ser serias, imparciales y efectivas, como deber jurídico propio y no solo para cumplir con una formalidad. El procedimiento se debe llevar a cabo con diligencia, cuidado y profesionalismo, que realmente lleven a sancionar a los responsables.¹⁶

14 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/39/46 durante su 39º periodo de sesiones, Nueva York, 10-12-1984. En México aprobada por el Senado el 09-12-1985, ratificada el 23-01-1986, publicada en el DOF el 06-03-1986 y entró en vigor el 26-06-1987.

15 Adoptada por la Asamblea General de la OEA durante su 15º periodo de sesiones, Cartagena de Indias, Colombia, 12-09-1985. En México, aprobada por el Senado el 03-02-1987, ratificada el 12-06-1987, publicada en el DOF el 11-09-1987 y entró en vigor el 26-05-1988.

16 *cfr. Prohibición de la tortura en FERRER MAC-GREGOR, E., et al. (coords.), Derechos Humanos en la Constitución...*, op. cit., p. 1700.

Siguiendo este orden de ideas, observamos que, conforme a lo expuesto, en la tesis aludida se hace un ejercicio de convencionalidad además de aplicar el principio *pro personae* previsto en el tercer párrafo del artículo 1° Constitucional, a favor de la presunta víctima de tortura, conforme a lo cual, en términos de su reclamo en amparo, se cumple el deber de hacer efectivos dos derechos fundamentales: el de acceso a la tutela judicial efectiva y el de prevenir e investigar para sancionar la tortura, que por ser derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente resultaba ineludible hacer ciertas tales obligaciones, más aun cuando lo que las genera es el reclamo de una las violaciones a derechos humanos más atroces como es la tortura. Al respecto la Corte IDH ha determinado que las obligaciones en materia de derechos humanos incluyen la obligación de tomar medidas razonables para prevenir la comisión de violaciones de derechos humanos, o bien de llevar a cabo una investigación que permita la identificación de los responsables, y que imponga la adecuada pena y que determine la compensación adecuada a las víctimas de las violaciones¹⁷ Que es lo que en realidad se busca con la emisión de esa tesis.

Ahora bien, tomando en cuenta lo determinado en la misma, lo procedente para su cabal observancia será que en el proceso de administración de justicia que se realice en estos casos, se dirija la investigación sobre las violaciones a derechos humanos de tal manera que cumpla con una de las cualidades que exige el artículo 17 Constitucional, como es que sea completa, es decir, integral respecto a todos los aspectos relacionados con el hecho de la tortura infligida y al mismo tiempo permita un pronunciamiento sobre todos y cada uno de las cuestiones debatidas cuyo análisis sea necesario y, con ello, se garantice a la persona si le asiste la razón y pueda restablecerse la plenitud de sus derechos y otorgarse la reparación del daño, sin dejar de lado, desde luego, la determinación de la sanción correspondiente a los responsables,

17 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 21-07-1989 (Reparaciones y Costas), párr. 172.

para de esa forma evitar la impunidad. Es decir, hacer realidad lo que ha determinado la CoIDH cuando afirma que un recurso judicial para proteger los derechos humanos es efectivo, mientras potencialmente permita al juez pronunciarse sobre el fondo.¹⁸

Por último, no pasa desapercibido que la tesis que nos ocupa hace hincapié en el cumplimiento de las obligaciones a que a todas las autoridades impone el artículo 1°. Constitucional de, entre otras, investigar toda situación en la que haya violación de derechos humanos. Ello debe ser así, porque los derechos humanos deben ser protegidos por todos los servidores públicos y autoridades federales, estatales y municipales o de organismos descentralizados o autónomos; dichos funcionarios y autoridades deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todos los habitantes del país y de cualquier persona que en él se encuentre. Está determinado como obligación constitucional, para todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, proteger a cualquier persona que sufra violaciones a los derechos humanos.

Tales deberes constituyen el parámetro para la tutela constitucional efectiva de las víctimas de esas violaciones, que deben tener efectividad práctica en cualquier procedimiento, jurisdiccional o no jurisdiccional, que tenga por objeto la protección de esos derechos.¹⁹

18 Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 06-08-2008. Serie C núm. 184, párr. 94.

19 PERLASCA CHÁVEZ, Javier, "La protección a las víctimas de violaciones de derechos humanos en el constitucionalismo mexicano, 1917-2017", en: *Derechos Fundamentales a Debate*. Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, año 2016, núm. 2, agosto-noviembre 2016, pp. 19, <http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/revista%20pdf/ADEBATE-2-2016.pdf>

HISTORIA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO



NOTAS SOBRE LA FORMACIÓN DEL ABOGADO EN EL ESTADO DE MÉXICO DURANTE EL SIGLO XIX

*María Elena García Díaz**

Los antecedentes de los estudios jurídicos formales en el Estado de México se remontan al decreto de 30 de junio de 1824, expedido por el Congreso del Estado, reunido en lo que hoy es Ciudad de México, cuando todavía no se creaba el Distrito Federal. En dicho Decreto se lee: “Los cursos de la Universidad del Estado, en todas sus facultades, con arreglo a la costumbre actual, durarán seis meses y un día; para recibirse de abogado, los interesados presentarán el título de bachiller que las leyes erigen”.¹

La misma legislatura, mediante el decreto número 63 de abril de 1826, dispuso que los abogados de cualquier punto de la República estarían facultados para ejercer su profesión en el Estado, sin necesidad de matricularse en el colegio de abogados local; y el 18 de agosto del mismo año, se expidió la Ley Orgánica Provisional para el Arreglo del Gobierno Interior del Estado, en el artículo 29 estableció que habría un Tribunal Superior de Justicia en la capital de éste, compuesto por seis magistrados y un fiscal.

Después se establecieron los requisitos para convertirse en abogado:

“...se requiere haber estudiado jurisprudencia en alguno de los colegios de la República; haber practicado por tres años

* Licenciada en Historia por la Universidad Autónoma del Estado de México. Actualmente se encuentra adscrita al Centro de Información y Documentación “Mgdo. Lic. Edmundo Durán Castro”, donde se desempeña como Auxiliar de Proyecto de la Escuela Judicial del Estado de México, sede Toluca.

¹ Síntesis Histórica de la Facultad de Jurisprudencia. La Facultad de Derecho en la Historia. Miguel Galindo Camacho, 280 pp. En el decreto se lee textualmente “Universidad”, aunque la denominación era Instituto Literario.

en estudio de abogado conocido o haber sido examinado y aprobado por el Tribunal Superior de Justicia, el que dará a los interesados el correspondiente título".²

El siguiente paso fue la creación de una institución que precisamente prepara a los futuros abogados y profesionistas mexiquenses. En 1828 nació el Instituto Literario, en documento de creación se puede observar la tendencia de la época en la que existían pocas opciones para la preparación profesional, la vida seglar y religiosa, en otras palabras convertirse en abogado o en sacerdote. La planta de catedráticos que se concibió estaba compuesta por profesores de Derecho canónico y civil e historia eclesiástica y otra de Derecho constitucional público y economía política.³

La ciudad de Toluca se convirtió en la capital definitiva del Estado de México en 1830, el Instituto Literario tuvo que reubicarse en la misma localidad, pero esto no se llevó a cabo sino hasta 1833.⁴

Para el año siguiente se definió el reglamento para la carrera de jurisprudencia, los estudios se concluían en 5 años y las materias estaban distribuidas de la siguiente manera:

Primero año:	Derecho Constitucional, Derecho administrativo, Economía política
Segundo año:	Derecho internacional, Derecho civil patrio
Tercer año:	Derecho civil patrio (continuación)

² Decreto núm. 65 de 07-06-1826.

³ Decreto núm. 95 de 1928, Artículo 1°. Este Decreto fue expedido por el gobernador Lorenzo de Zavala.

⁴ El Instituto Literario funcionó normalmente hasta el 23-05-1830, cuando la III Legislatura del Estado, instalados ya en la Ciudad de Toluca los poderes del mismo, dispuso mediante el decreto núm. 109. Colección de decretos de los Congresos Constituyentes del Estado Libre y Soberano de México que funcionaron en la primera época de la federación, t. II, Toluca, 1850, núm. 10, p. 51.

Cuarto año:	Derecho penal patrio, Medicina legal
Quinto año:	Derecho público, Derecho eclesiástico, Historia de la iglesia
En todos los años se cursaba con carácter obligatorio Historia patria y Literatura general. ⁵	

Es interesante observar que la relación Estado-Iglesia preponderante en esta época, y causa de conflictos entre liberales y conservadores, está presente en las materias que conformaban la carrera de jurisprudencia. En otras palabras, es notoria la importancia de estar preparado en cualquiera de los escenarios era necesaria para los interesados en convertirse en juristas.

Concluido el curso de jurisprudencia, tenían los alumnos un año de práctica en alguno de los Tribunales del Estado (artículo 16).⁶

El gobernador Mariano Riva Palacio reformó el Instituto en 1851 y lo dotó de su primera Ley Orgánica y el Reglamento Interior del Instituto.⁷

En esa época, a los estudiantes interesados en trabajar en un despacho, como escribanos o como abogados el plan de estudios de preparatoria estaba estructurado con una carga de materias específico para tres profesiones: en primer lugar a los interesados en trabajar en un despachos se les incluían materias como matemáticas, álgebra o aritmética, quizás era un prototipo de las carreras de contaduría y finanzas (a estos estudiantes se les denominaba alumnos del foro); luego, los alumnos que deseaban

5 Artículo 15 de la Ley Orgánica de Instrucción Pública, enero 1834.

6 Colección de decretos de los Congresos Constituyentes del Estado Libre y Soberano de México que funcionaron en la primera época de la federación, t. II, Toluca, 1850, p. 285.

7 La legislatura constitucional del Estado, en el decreto núm. 47 del 16-10-1851, autorizó al ejecutivo para reformar el Instituto Literario del Estado de México, La Ley Orgánica y el Reglamento Interior del Instituto fueron publicados el 28 de octubre del mismo año. Consúltese en Colección de decretos del segundo Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de México, que funcionó en la segunda época de la federación, 1851, t.V, Toluca, 1868, p. 50.

convertirse en abogados se les asignaba otra carga de materias, el objetivo era que obtuvieran los conocimientos necesarios para convertirse en defensores; y, finalmente, los que optaran por la profesión de escribano (su función sería más cercana a los secretarios actuales) cursaban materias como Bellas Letras. Cabe mencionar que las tres profesiones contaban con fe pública.

Las materias que se cursaban en la preparatoria del Instituto Literario eran las siguientes.⁸

Estudios Preparatorios:	Doctrina cristiana
	Gramática castellana
	Idiomas (latín, francés e inglés)
	Ideología
	Lógica
	Metafísica
	Aritmética
	Álgebra
	Geometría
	Física experimental
Estudios Preparatorios:	Derechos: • Natural • De gentes • Romano • Patrio • Canónico • Constitucional • Bellas Letras

⁸ Artículo 2°, Ley Orgánica del Instituto Literario del Estado de México 1828.

La duración de la instrucción preparatoria era de seis años, en los últimos dos estudiaban las materias de Derecho Constitucional y las Bellas Letras. Las prácticas se realizaban en los dos últimos años de estudios para los que optaran por la profesión de abogado particular: el primer año se llevaban en los juzgados de letras de la capital, y en el segundo en las secretarías del Tribunal Superior de Justicia.

Para los que consideraran la carrera de la abogacía estudiarían:

Primero año:	Primer curso de gramática latina, castellana y francesa.
Segundo año:	Curso de las mismas gramáticas.
Tercer año:	Lógica, ideología, metafísica y dibujo.
Cuarto y quinto año:	Primer curso de matemáticas e inglés.
Sexto año:	Los cursos de derecho romano y patrio comparado, de derecho natural, de gentes y canónico y en horas extraordinarios idiomas, dibujo y talleres.

Finalmente, el examen profesional se sustentaba, según el decreto del 17 de junio de 1830, ante la junta de sinodales del Colegio de Abogados. Con posterioridad a éste, se hacía otro ante el Tribunal Superior de Justicia del Estado. De hecho, el abogado para obtener el título o el grado tenía que ser examinado por el Presidente del Tribunal. Al respecto el Reglamento para el Gobierno Interior de este tribunal, expedido el 27 de junio de 1850, rezaba:

“El recibimiento de abogados se hará ante el tribunal pleno, presentando un pretendiente un escrito, acompañado de los documentos que acrediten tener los requisitos

que previenen las leyes, y el de ser ciudadano mexicano. Calificados por bastantes con audiencia del fiscal en turno, se mandará billete a la junta establecida por decreto de 17 de junio de 1830, para que proceda al primer examen: verificando este, se dará cuenta al Tribunal, y en caso que la calificación sea buena, se señalará día para el segundo examen, entregándose al pretendiente, con cuarenta y ocho horas de anticipación, unos autos que no sean cumulosos, concluidos, concluidos en cualquier instancia, separo el último fallo; formará un memorial ajustado y extenderá sentencia según su opinión, fundándola con arreglo a la ley: se presentará al tribunal el día señalado; antes de que comience el examen dará cuenta al secretario con el expediente y enseguida entrará el pretendiente, tomará asiento abajo, y después que haya leído el referido extracto, cada uno de los tres ministros de la sala que debe examinarlo, comenzando por el menos antiguo, le hará las preguntas que juzgue oportunas, por un tiempo que no exceda de media hora; concluido este examen que será público, se mandará despejar, y retirado el secretario, se entrará en conferencia sobre si tiene aptitud y conocimientos necesarios para ejercer la profesión de abogado, procediéndose enseguida a la votación por bolas negras, estándose a lo que vote el mayor número, y en caso de empate, se repetirá la votación entre los ministros que hayan examinado, y se estará a lo que vote su mayoría. Si resultare aprobado, se le llamará inmediatamente a prestar juramento, y acreditado haber pagado el derecho de media annata⁹: se le mandará extender el título en papel de sello correspondiente, firmado por los tres presidentes de las salas, y refrendado por el secretario de la primera. Si fuere reprobado, se extenderá un auto que lo hará saber en forma, en el que se le señalará el tiempo de estudio que el tribunal juzgue necesario para volverlo admitir a examen”.¹⁰

9 Es un antiguo impuesto que gravaba los cargos públicos y concesiones o mercedes remunerados por la misma Corona, obligando al beneficiario el pago de la mitad de impuesto correspondiente al primer año, por ello se le denomina media annata.

10 Ley Orgánica del Instituto Literario del Estado de México, 1828, p. 182.

Debe tomarse en cuenta que la formación del Instituto Literario del estado de México, como de la mayoría de las instituciones de educación del país, estuvo inmerso en la anarquía política que imperó en todo el país desde que se consumó la independencia, como consecuencia de las pugnas entre liberales y conservadores. Tomando en cuenta este contexto, considero que las opciones con las que se contaba en el Instituto para convertirse en profesionista como: letrado, escribano, carrera de foro, abogado o cualquier otra carrera de instrucción, debían cumplir con el objetivo, que era formar jóvenes que desempeñasen cargos públicos y, así, resolver el problema de las carencias en muchas áreas del gobierno. Otro punto que se debe tener en consideración es que los expedientes, o los asuntos para tener un acercamiento con la terminología más actual, sólo se circunscribían a las causas civiles y criminales (penales).

No cabe duda que todo alumno en preparación dentro de la escuela de jurisprudencia llevaría un lapso de maduración y aunque todos se identifican con la idea de lo que significaba ser abogado, no todos la ejercerían como defensores en juzgados o representando a un cliente en un juicio. Es una profesión que fue evolucionando. Es cierto que durante el siglo XIX se definieron las directrices que formarían a los abogados, las lecciones que debían recibir, las etapas que habían de transitar y la manera en que debía ser legitimada su profesión y, por consecuencia el ejercicio de la misma.

La última generación que cursó estudios de jurisprudencia en la Universidad Autónoma del Estado de México fue la 1959-1963. Mientras que la Facultad de Jurisprudencia cambió su denominación a Facultad de Derecho en 1981.

Para terminar, una brevísima síntesis que aclara por qué la Universidad Autónoma del Estado de México es la sucesora del Instituto Literario fundado en 1828. El primer cambio de nombre lo sufrió con la corriente positivista instaurada por el

Porfiriato (1898) renombrado Instituto Científico y Literario. El segundo cambio (1910), Instituto Científico y Literario "Porfirio Díaz". Años después, luego del derrocamiento de Díaz (1915), Instituto Científico y Literario "Ignacio Ramírez". Después logró su autonomía (1943), Instituto Científico y Literario Autónomo. Finalmente (1956), se convirtió en la Universidad Autónoma del Estado de México.

Bibliohemerografía

Colección de decretos del Congreso del Estado de México 1824-1910, México, LIV Legislatura del Estado de México, El Colegio Mexiquense, Instituto de Estudios Legislativos.

Colección de decretos de los Congresos constitucionales del Estado Libre y Soberano de México, t. II, 1850.

Colección de decretos de los Congresos constitucionales del Estado Libre y Soberano de México, t.V, 1868.

Colección de decretos de los Congresos constitucionales del Estado Libre y Soberano de México, t. XIX, 1887.

Colección de decretos de los Congresos constitucionales del Estado Libre y Soberano de México, t. XXV 1897-1899.

COMENTARIOS



JUSTICIA, CONCORDIA Y DIÁLOGO. UN ENFOQUE CLÁSICO*

Héctor Zagal**

¿Violencia o argumentación?

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, Winston Churchill y Joseph Stalin se reunieron para resolver algunos asuntos. Se cuenta que, en su discusión, Churchill propuso: “¿Por qué no le preguntamos al Papa su opinión? la postura del Vaticano es importante”, a lo que Stalin, en su arrogancia, contestó “¿por qué? ¿cuántas divisiones de tanques militares tiene el Vaticano?”.

Los problemas son parte de la vida humana. Frente a ellos, los seres humanos tenemos dos vías posibles para mediarlos: con violencia o con argumentación. En otras palabras, o nos agarramos a golpes, o dialogamos con buenas razones.

El autor de *Los cuentos de Canterbury*, Geoffrey Chaucer, ilustra lo mismo en sus historias. En el cuento *Los Tres Ladrones*, tres jóvenes bandidos dedican su vida al saqueo y al robo hasta que un día se encuentran un tesoro. Frente a la fortuna, a los bandidos se les plantea un problema: con el fin de justificar que la riqueza les pertenecía legítimamente, tenían que demostrar que se trataba de un tesoro oculto y que no lo habían robado. Con la reputación que tenían ante su pueblo, nadie les iba a creer que simplemente se habían encontrado un tesoro. Los tres muchachos deciden pensar muy bien el asunto. Después de mucho tiempo, caen en

* Este comentario es producto de la transcripción autorizada por el autor de la Conferencia “Justicia, Concordia y Diálogo. Un Enfoque Clásico”, impartida en el marco del 3er Foro Nacional de Justicia Restaurativa, el día 31 de agosto de 2017 en el Aula Magna Mgdo. Lic. Gustavo A. Barrera Graf de la Escuela Judicial del Estado de México. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=QfSRHL7SH8k>

** Doctor en Filosofía por la Universidad de Navarra (España). Maestro en Filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Licenciado en filosofía por la Universidad Panamericana (México). Egresado del Programa de Dirección (DI) del Instituto Panamericano de Alta Dirección de Empresa (IPADE). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel II. Profesor investigador de la Facultad de Filosofía de la Universidad Panamericana. Actualmente es miembro de número de la Academia Iberoamericana de Comunicación y Defensa de la Lengua Española, miembro del consejo editorial de la Revista Logo de la Asociación Española de Estudios sobre Lengua, Pensamiento y Cultura Clásica.

cuenta de que necesitan comer algo. Determinan que uno de ellos irá a comprar pan y vino, mientras los otros dos se quedan cuidando el tesoro. Los dos que cuidaban el tesoro deciden que van a matar a su compañero cuando regrese de comprar víveres. Así, el tesoro lo dividirán entre dos y no entre tres. Cuando llega el tercer hombre con los víveres, los bandidos celebran. Sin embargo, dos de los bandidos se desploman en el sueño después de haber brindado. El vino estaba envenenado. Resultó que el tercer criminal había pensado exactamente lo mismo que los otros dos. ¿Argumentación o violencia?

Tenemos que tener muy claro que en estos juegos “de suma cero”, donde todos juegan a matarse, nadie gana nada. A través del diálogo, de la argumentación, es importante conseguir desmadejar estos conflictos para no terminar como un bandido del cuento de Chaucer.

En realidad, la tensión entre violencia y argumentación no es nueva. Tucídides, ya en el siglo V a.C., narra cómo los atenienses fueron a la Isla de Melos y declararon un “ultimátum” a sus habitantes: aliarse con los atenienses o morir asesinados por ellos. Los ciudadanos de Melos responden a los atenienses que no tienen derecho sobre ellos. La historia termina mal. Si bien es cierto que los ciudadanos de Melos arguyen bien a los atenienses, estos, por su parte, tenían armas y estuvieron dispuestos a usarlas para matar a los habitantes de Melos.

Quizá el reto con el que nos enfrentamos es lograr que, al final, no se trate de una lucha o de violentar al débil, sino de privilegiar una y otra vez la argumentación, de suerte que esos desacuerdos, parte de la vida humana, se vayan convirtiendo en acuerdos.

Acuerdos entre delincuentes

Los griegos observaron que el corazón mismo de la Polis, de sus ciudades, eran las divergencias y que, ante ellas, se debía dialogar para llegar a acuerdos. Incluso entre los delincuentes los acuerdos son esenciales.

Hoy por hoy, diríamos que el problema del crimen organizado es su propia naturaleza “organizada”; si el crimen fuese desorganizado sería más fácil de vencer. Los bandidos, aparentemente no los que dibuja Chaucer en su cuento, tienen claro que hay unos códigos. En efecto, resolver desacuerdos optimiza a un organismo. Si a lo largo de la historia muchas de las organizaciones criminales han caído, ha sido precisamente por luchas internas. Mientras que los desacuerdos son parte de la vida, los acuerdos vertebran su organización. Y es que, incluso para hacer el mal, necesitamos ponernos de acuerdo.

Vale la pena negociar

En el siglo IV a.C., Aristóteles escribió en su obra *La Política*, algo muy desconcertante: “el hombre es, entre los animales, el único que tiene palabra (*logos*). La voz (*phoné*) es signo del dolor y placer y se encuentra entre los demás animales...”. Y Aristóteles continúa “...Pero la palabra está para hacer patente lo provechoso y lo nocivo, lo justo y lo injusto. Y lo propio del hombre respecto a los demás animales, es que solo él tiene la percepción de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto. Y la participación común de esta percepción es lo que constituye la ciudad y la familia” (Aristóteles, *La Política* I, I).

Lo que Aristóteles está diciendo es que, antes de negociar, antes de cualquier derecho positivo, tenemos una idea previa de lo justo y lo injusto. Antes de negociar, hay un presupuesto: “vale la pena negociar”. Es mejor enfrentarse en un tribunal, que en una guerra.

El “valor del diálogo” es el presupuesto básico de la vida en comunidad, es un presupuesto anterior al orden legal positivo. A veces pensamos que dialogar quiere decir *logos* entre dos y no es del todo cierto. Diálogo significa “a través del *logos*”, a través de la palabra. Hace falta un catalizador (un mediador) para que las partes que están en disputa, encuentren la justicia, y ese mediador es el *logos*, la palabra.

La concordia: homonoia

Otro pasaje de Aristóteles que ilustra las aristas del diálogo, se encuentra en *La Ética a Nicómaco*, Libro 9. El capítulo está dedicado a la amistad y a los distintos tipos en que ésta se presenta. Aristóteles refiere a un tipo de amistad que no es la *filia* clásica, sino la *homonoia*. No es igualdad de opinión, sino un tipo de amistad que se puede dar entre personas que no se conocen. *Homonimia* quiere decir amistad política y es previa a la ciudad misma. En otras palabras, antes de que la ciudad exista y para que funcione, debe haber una concordia entre los ciudadanos. La amistad ciudadana para Aristóteles no es conocer al otro o quererlo, sino concordar en un mínimo de parámetros: “vale la pena dialogar”. En el momento en que el parámetro se pierde, se desquebraja la asociación y el orden legal puede llegar a convertirse en una lucha ‘de suma cero’. El mínimo de concordia es imprescindible y Aristóteles afirmó incluso que esta “amistad civil” era el fundamento previo de la ciudad. La amistad ciudadana *conviene* en que nos conviene que exista un mínimo de concordia.

La concordia no surge de una coacción. Si así fuera y la coacción desapareciera, los agentes harían lo que quisieran. Esta concordia básica —pensaba Aristóteles—, tiene que provenir de una tarea de convencimiento. La fuerza y la coacción pueden apretar, pero en el momento en que desaparecen, revienta el supuesto acuerdo. De ahí, que lo importante sea que los agentes de la ciudad o de la comunidad entiendan que les conviene convenir.

Platón y Calicles

La antigua Atenas también tuvo que resolver problemas de manera civilizada. Atenas era una ciudad comercial donde la gente se prestaba dinero. No todo el mundo sabía escribir, por lo cual buena parte de los acuerdos eran orales. Atenas, en algunos puntos, era un sistema todavía primitivo. Pero, sin duda, se trataba de una ciudad comercial muy complicada. Por eso, surgió un intento de formación profesional para las personas, a través de los llamados *sofistas*. Empero, no existía todavía lo que llamaríamos derecho o juristas; ellos propiamente surgen

en Roma. En el mundo ateniense, la persona individual no tenía representación. En cambio, los individuos se presentaban ante la Asamblea personalmente para tratar sus asuntos. Esto produjo que surgieran profesores que te enseñaban a argumentar (*sofistas* o retóricos), para que pudieras hablar sobre cualquier tema y buscar tu propio beneficio en la asamblea. Los sofistas eran profesionales de la palabra. Uno de ellos, llamado Calicles, afirmaba que la retórica era la habilidad de persuasión sobre cualquier asunto y que ello representaba el máximo poder:

En realidad, lo que dice Calicles es que la *sofística* es la transfiguración de la guerra. En efecto, el altercado puede llegar a ser un tipo de violencia: no gana el que tenga la razón o el que tenga justicia, sino aquel que sabe argumentar, el que sabe persuadir, el que sabe decir y convencer más. Por eso la *sofística* se concebía como un ejercicio contra otro. La *sofística* implicaba que se tenía que ganar sobre otro y aplastarlo.

Platón, por su parte, advierte que cuando se derrota al otro, no necesariamente se soluciona el conflicto. Platón propone que se busque una verdadera solución, una terapia. En griego la palabra terapia (*therapeía*) quiere decir tanto cuidar como proteger y aquí es donde radica la importancia del diálogo.

Terapia política

En la antigua Grecia, Sócrates decía que las dos grandes terapias eran la medicina (que restaura la salud) y la gimnasia (que previene la enfermedad). Según los antiguos griegos, siguiendo a Hipócrates, la salud era el equilibrio entre cuatro sustancias, cuatro humores. Así, un hombre saludable es el que tiene sus humores en una armonía determinada. Según Sócrates, existían algunas pseudo-terapias: la cosmética, por ejemplo, es una pseudo-terapia porque en realidad no te cura, solo te embellece. La cosmética hace que te veas bonito, pero el hecho de que te veas saludable, no significa que estés saludable. Análogamente, Platón decía que la retórica y la *sofística* es una pseudo-terapia de la ciudad o del alma, porque no resuelven el problema, lo que sí resuelve el problema es la justicia y la verdad.

El buen médico es el que te cura y, para lograrlo, quizá tenga que decirte cosas que no te van a agradar como, por ejemplo, que debes seguir una rigurosa dieta y hacer ejercicio. El retórico y el sofista llegan a un triunfo contra el otro, pero no restauran la armonía. Al contrario, se trata simplemente de un ejercicio sofisticado de poder y el problema tiende a estallar como una olla de presión. Del mismo modo en que el médico y el gimnasta tienen que usar dietas, ejercicios y medicamentos para tener salud, igualmente se tiene que usar el diálogo para llegar a los acuerdos.

El mediador: ayuda a conocer la propia posición

En un diálogo, el punto de partida es que hay que sentarse dispuesto a dialogar. La primera labor del mediador es enseñar a cada una de las partes a que conozcan su propia posición. Y es que los seres humanos a veces no nos damos cuenta de lo que estamos pidiendo. Muchas veces, el problema por el que entramos a una discusión es que, en realidad, no sabemos lo que queremos. Es difícil que nosotros nos conozcamos a nosotros mismos. Necesitamos de un espejo.

Según Sócrates, tenía que haber un conocimiento propio para que pudiera haber un diálogo. Si no nos conocemos, somos propensos a exagerar nuestro amor propio y dejarnos llevar por la arrogancia. El mediador literalmente debe ser un terapeuta que ayuda a que cada uno de los agentes en el diálogo se conozca, se reconozcan y se auto limiten. Las discusiones son prácticas, no teóricas y, por tanto, hace falta un catalizador de emociones. Tengamos en mente que se discute sobre la justicia, sobre la renta, sobre reglas, respeto, sobre cosas en las que nos involucramos vitalmente. Las emociones van a estar presentes. No se trata de una discusión teórica sobre medicina o geometría, sino sobre asuntos que nos afectan en nuestra vida. La deliberación no quedará exenta del elemento emotivo, pero es necesario que se encuentre templado. El mediador debe buscar la restauración de la concordia, en caso de que se encuentre dañada y debe saber preservarla. La concordia no consiste en que nos amemos todos, sino en que estemos de acuerdo en que tenemos que convivir.

Espada de Damocles

Alcanzar acuerdos sin que la concordia esté presente tiene sus riesgos. Cuando una persona es derrotada, lo que va a buscar es venganza, cuando un individuo es humillado, querrá acabar con el otro. Del mismo modo, cuando una persona sabe que derrotó a otra, es muy probable que persiga la conservación de su fuerza e incluso aumentarla; no vaya a ser que el individuo derrotado se deje llevar por su resentimiento y busque recuperar lo perdido. La paz armada no es verdadera paz; se trata más bien de la espada de Damocles, siempre se lleva colgando en busca de mantener el poderío sobre el otro. La justicia restaurativa, me parece, es esencial en este punto: debe centrarse principalmente en recuperar el diálogo con su dimensión terapéutica, con el fin de estructurar un sólido orden legal.

ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES*

*Mario Cruz Martínez***

Preámbulo

Para hablar de justicia y derechos económicos sociales y culturales en la época contemporánea, se requiere hablar de los nuevos actores que han logrado posicionar un discurso de derechos humanos en materia de justicia, de igualdad efectiva y sobre todo, de pobreza. En esta perspectiva, se tiene que recordar la trascendencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y sus múltiples informes y labor que han posicionado una agenda en América Latina. La importancia de la CIDH viene dada por su especialidad, por la capacidad de crear una gramática técnica y jurídica a favor de la defensa de los derechos humanos. En el espacio de la CIDH, el lenguaje jurídico ha fortalecido democracias; ha ayudado a reforzarlas, a debatir sobre su presente y su futuro y, sobre todo, ha construido nuevos espacios de reconciliación desde los derechos humanos en los espacios de violencia de América.

El tema a desarrollar en las siguientes líneas, gira en torno a la discusión de los derechos económicos, sociales y culturales y el notable pendiente de las democracias latinoamericanas, en la falta efectiva al acceso a la justicia, y cómo se puede articular un modelo de derechos humanos desde los grandes problemas

* Este comentario es producto de la transcripción autorizada por el autor de la Conferencia “Acceso a la justicia y derechos económicos, sociales y culturales”, impartida en el marco del 2do. Congreso Nacional sobre Educación Judicial: “La aplicación de los Derechos Humanos en el ámbito jurisdiccional”, el día 22 de junio de 2017, en Aula Magna de la Escuela Judicial del Estado de México. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=9K2gJUgQQ0Q&t=733s>

** Doctor en Derecho por la Universidad de Roma. Estancia profesional en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, DC. Estancia Académica en *American University*, Washington DC. Diplomado en Derecho Comparado por la Universidad de París. Maestro en Derecho por la Universidad de Roma. Maestro en Filosofía de la Universidad de la Sorbona. Licenciatura en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Académico de Tiempo Completo de la Universidad Iberoamericana. Actualmente es Investigador del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

de América, desde la indignación de la violencia, desde la falta de oportunidades, de todo eso que inunda nuestro continente; en definitiva, cómo hablar de la pobreza, desigualdad desde una perspectiva de derechos.

La ciudadanía está cansada de los muchos problemas que tiene la democracia y, sobre todo, de los muchos problemas que tienen los sistemas legales. Si observamos cualquier encuesta ciudadana nos percataremos de que arroja una baja credibilidad en los jueces y abogados; se tiene una imagen “vampiresca” del capitalismo como modelo económico, y como señalará un antropólogo social hace algunos años: “los abogados son los vampiros de las democracias”. En una línea. Los modelos legales y los abogados tradicionales no han acompañado las nuevas expectativas ciudadanas y los retos que plantean los modelos de justicia.

Justamente, uno de los problemas que presentan las democracias contemporáneas es la falta de credibilidad en los modelos legales. El Informe de la Comisión Interamericana del 31 de diciembre de 2015 sobre México señala, en el resumen ejecutivo, un párrafo muy elocuente, en el cual se afirma un problema de México y que puede ser extensivo a toda la región de las Américas: A pesar de una legislación muy robusta, hay un tejido social fracturado. Las leyes y la realidad social van caminando dramáticamente por caminos separados. En México, confiamos en el modelo democrático que respalda los principios que alimenta ese modelo jurídico pero, de acuerdo a lo que advierte la CIDH, en México y América Latina tenemos muchas y extensas leyes, hay una “obesidad legislativa”. ¿Qué sucede en México si alguien tiene un problema? Se busca crear una ley. Mientras tanto en los últimos años en América Latina y, en particular, en México, tenemos problemas cruciales de desigualdad social, de pobreza, se presentan casos como el de Ayotzinapa, por ejemplo, que abren una ventana de reflexión sobre el tema de acceso a la justicia y los derechos económicos, sociales y culturales.

La Justicia y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde el modelo interamericano

El objetivo de estas líneas es presentar algunas herramientas que se han constituido desde la sede local y sobre todo el sistema internacional de derechos humanos para poder analizar la cuestión de la justicia y los problemas sociales más acuciantes de la región. En este contexto, es importante traer a colación dos documentos de la CIDH:

1.- *Informe Preliminar sobre Pobreza Extrema y Pobreza en las Américas*, 2015, cuya versión final se presentará en agosto de 2017. ¿Por qué es importante este Informe? La CIDH argumenta cómo la pobreza es una violación de derechos humanos, una suerte de discriminación sistemática y, al final del día, una causal para que no se pueda acceder a otro tipo de derechos. De forma económica. La pobreza inhibe una cultura efectiva de los derechos.

2.- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitida el 20 de octubre de 2016 en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Los hechos de manera muy resumida, son los siguientes: Un grupo de trabajadores en una zona de Brasil son sometidos a trabajos forzados lo que, después de una serie de análisis, se determina que constituyen una suerte de servidumbre o de esclavitud. La empresa en Brasil obligaba a sus trabajadores a laborar de manera forzada y los empleados vivían en condiciones económicas precarias.

¿Por qué es importante este caso? La argumentación que hace la Corte IDH, a través de un amplio estudio de documentos del derecho internacional de los derechos humanos, se basa en la pobreza como la causa de este tipo de situaciones (trabajo forzoso) y cómo, la pobreza va a configurar una forma de discriminación por razón económica. Es la primera vez que la Corte IDH, de manera categórica en una sentencia, considera el tema de los derechos económicos, sociales y culturales y los vincula con el fenómeno de discriminación estructural.

¿Qué les quiero decir con esta importante sentencia de la Corte IDH de los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil? Por primera vez se hace un análisis del fenómeno de pobreza a la luz de la Convención Americana y la reflexión jurídica de Eduardo Ferrer, una de las grandes figuras de México, quien hace un voto razonado en el cual analiza este fenómeno de la pobreza, especialmente desde los diferentes instrumentos jurídicos de derechos humanos.

Esta sentencia es una gran oportunidad para los operadores jurídicos de todo el continente americano, para que efectivamente visualicen de otra manera a los derechos económicos, sociales y culturales. En términos generales, tenemos un *status quo* muy bien definido, que normalmente adoptamos desde la perspectiva de los marcos regulatorios, lo cual es natural para el profesional del derecho; no somos antropólogos, ni sociólogos; somos abogados que buscamos establecer soluciones a problemas que tiene la sociedad, somos mediadores creadores de espacios de diálogo. Por ello a partir de esta sentencia, desde los derechos económicos, sociales y culturales podemos comenzar a dar nuestra perspectiva sobre modelos económicos y políticos, o dicho con otras palabras, el lenguaje jurídico se está discutiendo desde la geografía de los derechos económicos, sociales y culturales, y están impactando las grandes discusiones de los modelos democráticos.

Geografía de la justicia y los derechos económicos, sociales y culturales

En América Latina han surgido en los últimos años diversos modelos constitucionales que han ido dejado una nueva perspectiva de los derechos. Por ejemplo, la Constitución de Bolivia de 2009 plantea otro paradigma político, un paradigma comunitario, un paradigma horizontal que ha puesto a temblar a muchos de los grandes constitucionalistas. Sin embargo, la nueva geografía de los derechos se ha nutrido de diversos enfoques y planteamientos que han venido del sistema internacional. Veamos algunos.

El diálogo robusto que se ha articulado entre los modelos locales y los modelos internacionales se ha denominado la “Agenda 2030”, considerada Patrimonio Común de la Humanidad. En esta Agenda se establecen 17 objetivos prioritarios para los modelos locales y los modelos internacionales, en lo que respecta al respeto al derecho a la igualdad de género (objetivo 5), a la reducción de las desigualdades (objetivo 10) y, finalmente, el relativo a la paz, a la justicia, a instituciones sólidas (objetivo 16).

Estos principios de esta Agenda 2030 están guiando todo el sistema internacional de los derechos humanos. Tienen como norte posicionar un discurso global sobre la perspectiva de derechos humanos y la efectiva implementación en el ámbito doméstico.

Quisiera hacer una referencia muy general a muchos temas que antes estaban fuera de las agendas de nuestros países. Por ejemplo, en México no hablábamos de terrorismo, pero la oleada de violencia de la que han sido víctimas países europeos y también latinoamericanos, nos obliga a entender algunos temas que normalmente formaban parte de la gramática de las relaciones internacionales y que hoy día forma parte la gramática jurídica de América Latina. En esta materia hay algunas sentencias en materia local que impactan a la Corte Interamericana, ante las cuales la propia Corte ha reaccionado de manera muy favorable.

En materia de terrorismo la sentencia de la Corte IDH en el caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile de 2014. En materia de pueblos indígenas, uno de los grandes conceptos que han sido muy socorridos es el del derecho a la propiedad. Justamente la Corte IDH ha hecho magistrales interpretaciones en materia de territorio, propiedad comunal, territorio indígena, etcétera. Algunas de estas sentencias han coadyuvado a reforzar esta agenda global que hay en América Latina sobre territorio. Es un tema que gradualmente está emergiendo en México como uno de los grandes problemas de derechos económicos, sociales y

culturales, los cuales hoy día se están planteando en la agenda regional en América Latina y particularmente en México.

Desde una visión global de la justicia y los derechos económicos, sociales y culturales, otro tema importante es la democracia. El propio sistema interamericano de la OEA, en el intento fallido de la Asamblea General de la OEA en Cancún, para aprobar una resolución contra el señor Maduro, Presidente de Venezuela. No se pudo lograr el consenso, pero resulta muy interesante como el modelo internacional y, sobre todo, el modelo interamericano, ha tejido principios muy importantes sobre las democracias. Me refiero a algunos informes de la CIDH sobre el caso de Venezuela de 2009 y la sentencia de la Corte IDH en el caso *Yatama vs. Nicaragua* sobre identidad política, usos y costumbres, entre otros.

Otro tema dentro de ésta vorágine de conceptos que van reforzando las agendas globales y las agendas de derechos humanos es el tema de la transparencia. Hoy día en México, la transparencia se ha articulado como un norte en el sistema democrático y se han generado un número importante de sentencias que justamente nos ayudan a entender este tema desde una perspectiva social y política. La posibilidad que tienen los operadores jurídicos en las Américas y, particularmente, en México, de ir creando sujetos a través de interpretaciones y de argumentaciones efectivas.

Finalmente, considero que uno de los grandes aportes que ha tenido el modelo internacional de derechos humanos y, particularmente, el Interamericano es la identificación de este concepto de igualdad y no discriminación. Así, el acceso a la justicia desde la perspectiva de la igualdad como derecho tenemos que encontrarlo en las fuentes jurisprudenciales, y una de ellas es justamente el sistema interamericano. Lo que ha hecho la Corte IDH es justamente vincular los derechos que tiene la Convención Americana, en el artículo 8 sobre garantías judiciales y el artículo 25 sobre la protección judicial (uno de los derechos más importantes que ha robustecido el sistema interamericano) y cómo de los

principios señalados, el acceso efectivo puede ir cambiando según los sujetos y su geografía. Dentro de esta visión, se ha advertido, cómo el derecho de acceso a la justicia es uno de los principios más importantes de las democracias contemporáneas. Incluso, es considerado “el derecho de derechos”, ya que si no tengo acceso a la justicia prácticamente no puedo reivindicar ningún otro tipo de derecho.

Lo que advertimos detrás de todo esto, es que hay un problema de desigualdad estructural, por lo que el tema de los derechos económicos, sociales y culturales está vinculado íntimamente con el tema del acceso a la justicia. Se debe tener presente que factores como desigualdad estructural y pobreza hacen difícil que los ciudadanos tengan acceso efectivo a la justicia, porque además es un derecho que no está regulado efectivamente. La pobreza es una causal para impedir el acceso a otro tipo de derechos y favorece la discriminación estructural.

Algunas ideas finales para la reflexión

Hoy día los abogados tenemos mucha reticencia para hablar de derechos económicos, sociales y culturales; pensamos que todo está vinculado a presupuestos económicos y, efectivamente, un elemento fundamental de los derechos económicos son justamente, según el profesor norteamericano Holmes, quien afirma que todo derecho tiene que venir acompañado de un presupuesto; lo cual es cierto, pero considero que en el modelo regional de América Latina se está comenzando a crear una línea muy sólida, crítica, sobre cómo desde los derechos humanos podemos crear un lenguaje técnico que vaya justamente a poner en jaque a esos conceptos tradicionales como el de igualdad, pobreza, discriminación o justicia.

El concepto de justicia, como otros tantos, nos permiten advertir desde los modelos de los derechos y especialmente desde este poderoso derecho que es el acceso a la justicia que efectivamente podamos ver la realidad de nuestro país. Tenemos que entender

cómo estamos construyendo el Derecho a través de sentencias, recomendaciones, políticas públicas sectoriales, leyes estatales. En fin, el derecho de acceso a la justicia nos invita a ver al Derecho desde otra perspectiva, me parece que para entender la pobreza, la desigualdad, la violencia y otras narrativas sociales; nos ayuda a entender que hay un punto de oportunidad para las veleidades y cuitas del presente lastimado.

A veces en los modelos locales se dice que el Derecho no funciona, que hacen falta cambios en la legislación, porque el modelo de justicia penal no funciona, las leyes no funcionan. ¿Para qué estudiar Derecho? ¿Para qué estudiar una cosa que no funciona? porque al derecho todavía le concierne un espacio de reconciliación y espacios de propuestas.

Lo que yo les quiero proponer con esta idea del acceso a la justicia, con estos vocablos, con esta gramática de la pobreza, de la desigualdad estructural, es que tenemos una notable oportunidad para continuar formando y capacitando operadores judiciales y servidores públicos. Si no tengo acceso a la justicia, prácticamente no puedo reivindicar ningún tipo de derecho por lo es necesario conocer cómo es que los tribunales del país garantizan los derechos de los ciudadanos y de qué forma lo hacen; pero también es importante saber cómo son nuestros funcionarios, cómo piensan y cómo sienten los derechos.

Estoy convencido que este tipo de espacios educativos y estos seminarios nos ayudan a conocernos, a discutir y también, a hacer la lista de libros que nos van a acompañar, no una tarde, no un año, sino como dijo el maestro Norberto Bobbio, nos van a acompañar toda nuestra vida.

RESEÑAS



Nota: las obras que se reseñan en esta revista están disponibles para todos los funcionarios judiciales mediante el sistema de consulta y préstamo de la Biblioteca de la Escuela Judicial del Estado de México (ver Lineamientos sobre su funcionamiento en la Sección Documentos).

Habermas, Jürgen, Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, 3era. edición, Editorial Trotta, Madrid, 2001, 689 pp.

Cuatro son los aspectos importantes para la Filosofía del Derecho que cabe destacar en la obra que se comenta. En primer término, Habermas es el único filósofo clásico alemán que desde Hegel dedica una obra especial al Derecho. En segundo lugar, nuestro autor trata de superar la visión unilateral de las tres perspectivas epistemológicas que se utilizan para estudiar el fenómeno jurídico y a las que desde hace ya tiempo se les considera como irreconciliables entre sí: la de la Filosofía del Derecho, la de la Teoría del Derecho y la de la Sociología Jurídica. En tercer término, la obra de Habermas se inscribe dentro de la problemática de la moderna Filosofía del Derecho que se caracteriza por adoptar una perspectiva a la que Hart califica como *evaluativa, justificativa y dirigida a una cultura jurídica particular*, que busca superar la pretensión positivista de construir una *teoría general y descriptiva*. Finalmente, que constituye una aportación innovadora al analizar al Derecho desde la tensión que existe entre su *ser* y su *deber ser*, o como el mismo Habermas lo señala, entre *facticidad* y *validez*.

Bien advirtió Luis Recasens en su *Tratado General de Filosofía del Derecho* que, la larguísima tradición del cultivo de una disciplina filosófica especial dedicada a la reflexión de temas jurídicos, que estuvo cerca de desaparecer a mediados del siglo XIX, fue rescatada por juristas, tanto teóricos, como prácticos. Desde esos tiempos, los filósofos puros abandonaron la Filosofía del Derecho. Por esto resulta digno de mención el hecho de que quien quizá sea el filósofo más destacado de la actualidad en todo el mundo, le haya dedicado una de sus obras fundamentales al estudio del Derecho.

También resulta realmente innovadora la pretensión de Habermas de superar las perspectivas parciales a las que desde hace tiempo

se han resignado los estudiosos del Derecho: Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Sociología del Derecho. De esta forma, Habermas establece en la página 68 de la obra que se comenta que:

“La tensión entre planteamientos normativista, que siempre corre el riesgo de perder el contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede servir como una advertencia para no empecinarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista metodológicos (participante vs. observador), a diversos objetivos teóricos (reconstrucción efectuada en términos de comprensión y de análisis conceptual vs. descripción y explicación empíricas), a las diversas perspectivas que abren distintos roles sociales (juez, político, legislador, cliente de las burocracias estatales, y ciudadano) y a distintas actitudes en lo que se refiere a la pragmática de la investigación (hermenéutica, crítica, analítica, etc.). Las investigaciones que siguen se mueven en este campo”.

De esta forma, bien se puede decir que, la Teoría de Habermas pretende servir de intermediaria entre las Teorías del Derecho normativas —Kelsen y Hart—, del Derecho Natural —Santo Tomás, Grocio, Puffendorf—, realistas —Ross y Olivercrona— y sociológicas —Weber y Luhmann—.

Al igual que la de Ronald Dworkin y la de Robert Alexy, la teoría de Habermas representa una concepción que se encuentra ligada a un tipo especial de sistema jurídico, espacial e históricamente determinados, concretamente al sistema jurídico de una sociedad democrática occidental que cuenta con un Estado de Derecho altamente desarrollado. Por lo mismo, al igual que en la obra de Dworkin, un aspecto que se trata de manera especial, es la tensión que surge entre la aplicación estricta de la ley y la realización de ciertos valores de moral y de justicia que se consideran esenciales en las modernas democracias.

La consideración del Derecho con base en la tensión que existe entre *facticidad* y *validez* es una consecuencia necesaria de la Filosofía de Habermas. Para él, la tensión entre *facticidad* y *validez* se traslada a los presupuestos de comunicación, que “pone en juego al entendimiento lingüístico como mecanismo de coordinación de acciones” y que, posibilitan conductas contrafácticas de los miembros del grupo social al exigir que éstos orienten su acción “por pretensiones de validez”. “Esto significa que, la tensión entre facticidad y validez, inserta en el lenguaje y en el empleo del lenguaje, retorna en el modo y manera de integración de los individuos socializados en el medio de la comunicación, ya ha de ser elaborada por los participantes mismos”. Sin embargo, Habermas reconoce que la reproducción de vida social sobre un terreno tan frágil como el de la validez trascendental del lenguaje es algo que requiere una aclaración de mayor detalle. Como candidato para ofrecer una explicación encuentra al Derecho positivo de una sociedad moderna, que permite la organización de sociedades complejas y altamente artificiales integradas por sujetos libres e iguales, “cuya cohesión descansa en la amenaza de sanciones externas y simultáneamente en la suposición de un acuerdo racionalmente motivado” (pp. 69-70).

Por cuanto hace al método, el autor utiliza su *Teoría de la Acción Comunicativa*. La acción comunicativa se diferencia de la razón práctica de Kant debido a que, la misma ya no se inscribe ni al actor particular ni al sujeto social o estatal. Es más bien, el medio lingüístico el que ata interacciones y estructura formas de vida, el que posibilita la razón comunicativa. La razón práctica de la acción comunicativa no tiene como propósito establecer una teoría del Derecho y la Moral. En cambio, en la reconstrucción del discurso social se indagan los procesos de una racionalización del mundo de vida. La teoría del discurso del Derecho fija su punto de atención, en la comprensión del Estado de Derecho democrático, en la institucionalización de los presupuestos de los procesos de comunicación para la formación discursiva de la voluntad popular. Las normas jurídicas como normas de conducta son válidas cuando todos los posibles interesados pueden aprobarlas mediante un

discurso racional. Y esto no solamente vale en el procedimiento legislativo, sino también en el judicial. Habermas opina que, el juez debe concebir su interpretación como una empresa que avale la comunicación pública de los ciudadanos.

La Teoría del Derecho aparece en Habermas como un caso especial de la Teoría Sociológica de la acción comunicativa. Así, la Teoría del Derecho de Habermas es un intento por tratar de entender como parte de un todo la aplicación y la realidad del Derecho con lo que pretende dar satisfacción a la máxima hegeliana según la cual la verdad está en el todo y no en las partes. La Sociología de Habermas es un modelo juridificado, un modelo binario de correcto y falso, un proceso de verificación, un examen de corrección, el que se desvincula de los valores prediscursivos en beneficio de una posibilidad comunicativa de pretensiones de validez. Cuando dichas pretensiones de validez constituyen el fundamento de la racionalidad de la conducta, no se trata con ello de una existencia positiva de hechos, sino más bien de criterios de validez del deber ser de normas que requieren ser fundamentadas. La fundamentación como el elemento central de la teoría comunicativa de la conducta es también un factor esencial de lo jurídico.

Una de las conclusiones más importantes que se puede derivar de la *Teoría de la Acción Comunicativa* para la tan popular *Teoría de la Argumentación Jurídica*, radica en el hecho que, el Derecho formal refleja preponderantemente la circunstancia, que la legislación, la ejecución de la ley y las facultades de control del Derecho se encuentran sometidas a condiciones de carácter fáctico. De esta forma, los tribunales deciden no sólo respetando los ámbitos de competencia que les otorga la ley, sino también con base en la logística de la praxis de las decisiones. Tiempo y espacio, la disponibilidad de los interlocutores en los procesos comunicativos del juicio seguido ante los tribunales, el conocimiento de las reglas del proceso y las estrategias procesales, se encuentran entre los presupuestos fundamentales del resultado de la decisión.

Por cuanto hace al concepto del Derecho de Habermas se puede decir que, su Filosofía del Derecho se mueve en el horizonte de un tipo de orden jurídico concreto. Para él, el Derecho es parte del mundo real, en el mismo se fundamenta.

El Derecho guarda relaciones estrechas con el sistema de la ciencia y del lenguaje que constituyen lo cotidiano. El Lenguaje del Derecho puede fungir como transformador en la circulación de la comunicación social entre sistema y mundo de vida. De esta forma, la economía y la administración toman contacto a través del Derecho con el mundo de vida comunicativo e interpretable. El sistema jurídico garantiza que el sistema y el mundo de vida permanezcan en contacto o comunicación. Esto es necesario debido a que a la administración y a la jurisprudencia les corresponde cada vez en una mayor medida el poder de crear Derecho —mediante conceptos indeterminados, a través de ciertos principios, mediante facultades de integración del Derecho, etc. — De esta forma, el sistema jurídico permanece abierto. Esto se debe en gran medida a que uno de los modelos que utilizó Habermas para el desarrollo de su teoría fue el del sistema jurídico de los Estados Unidos.

El Derecho en el sentido de la Teoría de Habermas tiene su esencia en la racionalidad procesal. El discurso es el desarrollo de una forma de comunicación racional y no un mero diálogo —una forma de comunicación mediante argumentos cuyo tema es la pretensión de validez y que investiga su justificación—. El Derecho es una teoría procesal cuyo contenido es la puesta en vigor de normas ya generales, ya individuales. En el Derecho son importantes la institucionalización de presupuestos de comunicación y del procedimiento discursivo —busca argumentativa según lo jurídicamente plausible y con ello de consecuencias jurídicas para todos los involucrados—. La institucionalización de tales procedimientos es tarea del Estado —garantía de un proceso de formación de voluntades inclusivo—, dentro del cual se puedan entender los ciudadanos libres e iguales, sobre cuáles son los

objetivos y normas que se requieren de acuerdo con el interés de la generalidad.

Para Habermas es muy importante la intermediación entre las esferas pública y privada. En las sociedades complejas lo público es una estructura intermedia que interrelaciona, por una parte, al sistema político y, por la otra, al sector privado de la vida y el sistema de conductas específicas. Los aspectos públicos no pueden dejar intacta a la gente privada. Aquí podemos hablar del “poder normativo de lo fáctico”.

Víctor Manuel Rojas Amandi

Rawls, John, Teoría de la Justicia, traducción de María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, I Ima. reimpresión a la 2da. edición en español de 1995, México, 2015, 549 pp.

Siempre resulta una grata experiencia leer la obra de John Rawls y en especial, su obra fundacional, *Teoría de la Justicia*, que es una de las obras más importantes de finales del siglo XX y las razones, como es natural, son muchas. Se trata de una obra muy completa en la que el autor aborda temas sociales, filosóficos, jurídicos y económicos, como es la realidad misma y precisamente el reto de una reseña que por su naturaleza es un texto corto, es intentar captar aunque sea un atisbo de la obra y sobretodo, por su abundante riqueza conceptual resulta difícil discernir a cuales de los muchos y abundantes conceptos, referirse, por lo que es necesario hacer un deslinde de aquellos aspectos más relevantes. Asimismo, se trata de una obra metodológicamente bien estructurada lo que ha permitido su traducción, prácticamente a todas las lenguas modernas, pero lo interesante de esa metodología, es que permite adentrarse en el pensamiento del autor hasta sus aspectos más finos en la explicación de los diversos temas tratados, debido también, a la sistematicidad en la exposición y la claridad conceptual con la que el autor se expresa.

En cuanto a la parte sustantiva de la obra, la primera parte la dedica el profesor Rawls a un planteamiento moderno de la *Teoría de la Justicia* y en este sentido nos dice: “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”. La Justicia que el propio autor define como el objeto primario de la sociedad, recibe en la obra un tratamiento moderno, claramente expuesto; con una sólida presencia y actualidad en la idiosincrasia de la sociedad contemporánea de occidente. La segunda parte de la obra, es dedicada a las instituciones, a su naturaleza moderna y a la función que deben de prestar hoy en día; de hecho Rawls es uno de los primeros promotores del nuevo concepto institucional, a

través de cual la sociedad puede alcanzar sus valores y satisfacer sus necesidades, subrayando cómo esas instituciones tienen en primer lugar, el deber garantizar la libertad y las condiciones para hacerlo. La tercera parte de la obra, la dedica el autor a “Los fines”; que son: la “Bondad como Racionalidad” “El sentido de la Justicia”, el “Bien de la Justicia” y los “Fines” que, con una base kantiana, se proponen en esta gran obra con un análisis diferente a la forma tradicional o habitual de abordar el tema de la Justicia.

La *Teoría de la Justicia*, en Rawls arranca del postulado siguiente:

“La Justicia es la primera virtud de las instituciones sociales... Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que [sea para] la sociedad [Éste tipo de justicia] en su conjunto puede atropellar en la Justicia [y por lo tanto al] bienestar; [y por tanto] tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la Justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la Justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros”.

Esto que nos dice Rawls, dentro de la primera sección de su obra que denomina *La Justicia como imparcialidad* la vincula al *Objeto de la Justicia* que plantea en los términos siguientes:

“Para nosotros, el objeto primario de la Justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los deberes y los derechos fundamentales y determinan la división de ventajas provenientes de la cooperación social. Por grandes instituciones entiendo la Constitución política y a las principales disposiciones económicas y sociales”.

En cuanto a la idea de Justicia que propone el autor, tenemos:

“Mi objetivo es presentar una concepción de la Justicia que generalice y lleve a un superior nivel de abstracción la conocida teoría del Contrato Social tal como se encuentra, digamos en Locke, Rousseau y Kant, para lograrlo no debemos pensar en el contrato original como aquél que es necesario para ingresar en una sociedad particular o para establecer una forma particular de gobierno. Más bien, la idea directriz es que los principios de la Justicia para la estructura básica de la sociedad son el objeto del acuerdo original”.

Dicho en otras palabras: “Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación”.

En cuanto al tema de las instituciones el autor nos ofrece una serie de reflexiones en las que intenta vincular las propuestas teóricas de la primera parte de su obra con principios de la realidad cotidiana, a través de su aplicación en la explicación del neo institucionalismo que nos presenta el profesor Rawls que, conforme a su plan de trabajo para la segunda parte de su obra, lo muestra en los siguientes términos: *Mi objetivo será ilustrar el contenido de los principios de la Justicia.*

De tal manera que el autor dirige su análisis, en un primer momento, a la descripción de una estructura básica que satisfaga los principios de Justicia antes planteados y para tal efecto pasa a examinar los deberes y las obligaciones que surgen de la Justicia como principios básicos. Los principios de Justicia a que se refiere el autor, los encuadra en la estructura de instituciones pertenecientes a una democracia constitucional. Para lograr el objetivo que persigue el profesor Rawls, en la exposición de esta segunda parte de su obra propone desarrollar cuatro etapas en la que explica, en primer lugar “Cómo se aplicarán los principios

para las instituciones" y para tal efecto, "Se describen brevemente dos partes de la estructura básica definiéndose el concepto de libertad" a partir de lo cual plantea la discusión de tres problemas: el de la igualdad de la libertad: "Igual libertad de conciencia, justicia política e iguales derechos políticos e igualdad de la libertad de la persona y su relación con el Estado de Derecho".

Para concluir esta excelsa obra, John Rawls, se refiere a los "fines" que en sus partes principales son: "La Bondad como Racionalidad" y que se refiere a "La "Teoría del Bien" que se ha utilizado para caracterizar los bienes primarios y los intereses de las personas en situación original". De esta manera, el autor se propone desarrollar este tema a partir "La psicología moral y la adquisición del sentimiento de Justicia". De esta manera, el profesor Rawls concluye con la discusión relativa a "La estabilidad de la Justicia como imparcialidad y que habrá que definir; la Justicia y la bondad como [elementos congruentes] al menos en las circunstancias de una sociedad bien ordenada".

Es evidente que el lector encontrará en esta magnífica obra, conceptos y planteamientos que por lo general no ha sido abordados y a los que se ha referido esta reseña, la que solo se ha planteado de manera acotada pero con la finalidad de llamar la atención para que un mayor número de lectores se deleite con una obra que le dejará una cauda de reflexiones.

Leonel Pereznieto Castro

Roldán Orozco, Omar Giovanni, La Función Garante del Estado Constitucional y Convencional de Derecho, México, UNAM-IIJ, 2015, 167 pp.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, los derechos humanos son el reflejo de una tradición política que ha adquirido especial relevancia en el ámbito internacional. Se ha vuelto moneda corriente escuchar de la temática de los derechos humanos, la vulneración de éstos, lo que debería ser su protección, así como las directrices de actuación que deben asumir las autoridades que integran el Estado para su instauración efectiva.

La obra que se reseña, parte de la relación que existe entre constitucionalismo, convencionalidad y, por supuesto, la agenda del Estado en su papel de garante y protector de los derechos humanos.

Desde el inicio de la obra, es de especial interés el enfoque inédito que el autor da al Derecho Constitucional, no como un linaje de especialización jurídica, sino como una rama jurídica constreñida a una interacción constante con otras disciplinas no necesariamente jurídicas, que observan al fenómeno jurídico desde otros miradores disciplinarios, y creo que esta es una particularidad no exclusiva del Derecho Constitucional pero que sí es propia de manera muy relevante de su objeto de estudio.

De ahí que, a lo largo de la obra, sea posible percibir el análisis clásico de la función del Estado como unidad de autoridad que regula la vida en sociedad hasta la labor que tiene éste como garante de derechos humanos, a través de un análisis diligente que posiciona a la teoría constitucional como una unidad multidisciplinaria que va ganando terreno en el ámbito de la reflexión, del debate y de la discusión jurídico – política.

Partiendo de la hipótesis de que la función efectiva que realizan las autoridades en el campo de la protección de los derechos humanos es el paso más importante para hablar de un Estado legítimamente constituido, es como el autor basa su postura respecto a que la certidumbre de cada individuo, estará estrechamente relacionada a la labor que desempeñen cada una de las autoridades gubernamentales, bajo la premisa de colocar al Estado como aquel máximo ente al que le otorgan atribuciones, facultades y competencias, con la única finalidad de que su dirección tenga como principal inferencia colocar a la dignidad humana como la máxima universal a alcanzar.

El autor es enfático en resaltar que en el campo de los derechos humanos, los cambios evolutivos sí favorecen. En su primer apartado, identifica como función del Estado a toda una corriente de pensamiento que marca la línea de un Estado garante de derechos y libertades humanas.

A lo largo de este recorrido histórico, que va desde Platón hasta Ferrajoli, pasando por Sócrates, Aristóteles, Maquiavelo, Hobbes, Locke y Rousseau, hasta la sociedad justa planteada por Rawls, posiciona a la Teoría del Estado como un parámetro de referencia para el estudio complementario de la labor estadual, para que, en un segundo momento, describa las acciones que deben emprender las autoridades para erigirse como auténticas garantes de derechos humanos.

De manera particular, cabe resaltar la importancia que reviste a la apertura del derecho interno a la recepción del derecho internacional, con lo que reconoce toda la nueva ideología, interpretación y reconceptualización de las normas de los tratados cuyo contenido se refiere a los derechos humanos, así como cuando un tratado es incorporado al orden jurídico, las normas de los derechos humanos que éste congrega, se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional, de tal suerte que hace una invitación

a la autoridad, a la reflexión de que la incorporación del derecho internacional no transgrede soberanías, si lo que se busca es la amplitud en la protección de derechos humanos.

De esta manera, el autor deja latente la posibilidad de que las autoridades adopten el derecho internacional en el ejercicio de sus funciones para el efectivo establecimiento de una función garante de las autoridades estatales, proponiendo suprimir la labor del control constitucional o control convencional para considerar la actividad protectora de derechos humanos como una obligación expresa para los entes públicos.

Rafael Perea Mondragón

DOCUMENTOS



CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, 25 DE OCTUBRE DE 1980

NOTA EXPLICATIVA

La Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es un tratado multilateral que tiene como objetivo la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su pronta restitución. La “Sección Sustracción de Niños” proporciona información acerca del funcionamiento del Convenio y el trabajo de la Conferencia de la Haya en la supervisión de su implementación y la promoción de la cooperación internacional en el ámbito de la sustracción de niños. La Convención entró en vigor el 1° de diciembre de 1983.¹

A la fecha de publicación de esta nota la Convención se encuentra en vigor en 98 países.² México se adhirió a la Convención el 20 de junio de 1991 y entró en vigor el 1° de septiembre de 1991.

A continuación presentamos el texto de la Convención, con su respectivo Decreto de Promulgación.

Al final se incorporan las disposiciones sobre “restitución internacional de menores” prevista en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, de la Ley General de niñas, niños y adolescentes, y se transcriben las Tesis Aisladas de la SCJN que se han producido con respecto a la aplicación de estos instrumentos internacionales vigentes para México.

Yaritza Pérez Pacheco

¹ Vid, <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>

² El estatus de ratificación puede consultarse en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>.

CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES³

DECRETO promulgatorio de la convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.

CARLOS SALINAS DE GORTARI, PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, a sus habitantes, sabed:

El día veinticinco del mes de octubre del año de mil novecientos ochenta, se adoptó en La Haya, Países Bajos, la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, cuyo texto y forma en español constan en la copia certificada adjunta.

La citada Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, el día trece del mes de diciembre del año de mil novecientos noventa, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día catorce del mes de enero del año de mil novecientos noventa y uno.

El instrumento de adhesión firmado por mí, el día veintinueve del mes de enero del año de mil novecientos noventa y uno, fue depositado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, el día veinte del mes de junio del propio año.

Por lo tanto, para su debida observancia, en cumplimiento de lo dispuesto por la Fracción Primera del Artículo Ochenta y Nueve de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgo el presente Decreto, en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, a los tres días del mes de febrero del año de mil novecientos noventa y dos.- Carlos Salinas de Gortari.- Rúbrica.- El Secretario de Relaciones Exteriores, Fernando Solana.- Rúbrica.

EL C. EMBAJADOR ANDRÉS ROZENTAL, SUBSECRETARIO DE RELACIONES EXTERIORES, CERTIFICA:

Que en los archivos de esta Secretaría obra copia certificada de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en La Haya, Países Bajos, el día veinticinco del mes de octubre del año de mil novecientos ochenta, cuyo texto y forma en español son los siguientes:

³ Diario Oficial de la Federación del 06/03/1992. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4654143&fecha=06/03/1992

CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, 25 DE OCTUBRE DE 1980

Los Estados signatarios del presente Convenio,

Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia,

Deseosos de proteger al menor; en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita,

Han resuelto concluir un Convenio a tal efecto y han acordado las disposiciones siguientes:

CAPÍTULO I - ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Artículo 1: La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

- a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
- b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Artículo 2: Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.

Artículo 3: El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

Artículo 4: El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de

los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

Artículo 5: A los efectos del presente Convenio:

- a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;
- b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

CAPÍTULO II - AUTORIDADES CENTRALES

Artículo 6: Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.

Los Estados federales, los Estados en que esté vigente más de un sistema jurídico o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas tendrán libertad para designar más de una Autoridad Central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas Autoridades. El Estado que haga uso de esta facultad designará la Autoridad Central a la que puedan dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la Autoridad Central de dicho Estado.

Artículo 7: Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio.

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

- a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
- f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
- h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;

- i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

CAPÍTULO III - RESTITUCIÓN DEL MENOR

Artículo 8: Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor; o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.

La solicitud incluirá:

- a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- b) la fecha de nacimiento del menor; cuando sea posible obtenerla;
- c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;
- d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor;

La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:

- e) una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- f) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al Derecho vigente en esta materia de dicho Estado.
- g) cualquier otro documento pertinente.

Artículo 9: Si la Autoridad Central que recibe una solicitud en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado contratante e informará a la Autoridad Central requerente o, en su caso, al solicitante.

Artículo 10: La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

Artículo 11: Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requerente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al solicitante.

Artículo 12: Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor; hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.

Artículo 13: No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

- a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
- b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

Artículo 14: Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrá tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor; sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para

el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

Artículo 15: Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase.

Artículo 16: Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

Artículo 17: El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio.

Artículo 18: Las disposiciones del presente Capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

Artículo 19: Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.

Artículo 20: La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

CAPÍTULO IV - DERECHO DE VISITA

Artículo 21: Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades

Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.

Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.

CAPÍTULO V - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 22: No podrá exigirse fianza ni depósito alguno, cualquiera que sea la denominación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.

Artículo 23: No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, legalización ni otras formalidades análogas.

Artículo 24: Toda solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a la Autoridad Central del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido o, cuando esta traducción sea difícilmente realizable, de una traducción al francés o al inglés.

No obstante, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá oponerse a la utilización del francés o del inglés, pero no de ambos idiomas, en toda solicitud, comunicación u otros documentos que se envíen a su Autoridad Central.

Artículo 25: Los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

Artículo 26: Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio.

Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio ni exigirán al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se

les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor:

Sin embargo, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir gasto alguno de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por un sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor, así como todos las costas y pagos realizados para localizar al menor.

Artículo 27: Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la solicitud carece de fundamento, una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud. En este caso, la Autoridad Central informará inmediatamente de sus motivos al solicitante o a la Autoridad Central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud, según el caso.

Artículo 28: Una Autoridad Central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre.

Artículo 29: El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, institución u organismo que pretenda que ha habido una violación del derecho de custodia o del derecho de visita en el sentido previsto en los artículos 3 o 21, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio.

Artículo 30: Toda solicitud presentada a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante de conformidad con los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una Autoridad Central, será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados contratantes.

Artículo 31: Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes:

- a) toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;
- b) toda referencia a la ley del Estado de residencia habitual, se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde resida habitualmente el menor.

Artículo 32: Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas jurídicos aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de Derecho especificado por la ley de dicho Estado.

Artículo 33: Un Estado en el que las diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas respecto a la custodia de menores no estará obligado a aplicar el presente Convenio cuando no esté obligado a aplicarlo un Estado que tenga un sistema unificado de Derecho.

Artículo 34: El presente Convenio tendrá prioridad en las materias incluidas en su ámbito de aplicación sobre el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de las Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores entre los Estados parte en ambos Convenios.

Por lo demás, el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.

Artículo 35: El presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.

Si se hubiera formulado una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 o 40, la referencia a un Estado contratante que figura en el párrafo precedente se entenderá que se refiere a la unidad o unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

Artículo 36: Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían originar esas restricciones.

CAPÍTULO VI - CLÁUSULAS FINALES

Artículo 37: El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que eran Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de su Decimocuarta Sesión.

Será ratificado, aceptado o aprobado y los instrumentos de ratificación,

aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Artículo 38: Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio.

El instrumento de adhesión será depositado en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Para el Estado que se adhiera al Convenio, éste entrará en vigor el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de adhesión.

La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión. Dicha declaración será depositada en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados contratantes.

El Convenio entrará en vigor entre el Estado que se adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el día uno del tercer mes siguiente al depósito de la declaración de aceptación.

Artículo 39: Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que el Convenio se extenderá al conjunto de los territorios a los que representa en el plano internacional, o a uno o varios de ellos. Esta declaración surtirá efecto en el momento en que el Convenio entre en vigor para dicho Estado.

Esa declaración, así como toda extensión posterior, será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

Artículo 40: Si un Estado contratante tiene dos o más unidades territoriales en las que se aplican sistemas jurídicos distintos en relación a las materias de que trata el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el presente Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar esta declaración en cualquier momento, para lo que habrá de formular una nueva declaración.

Estas declaraciones se notificarán al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos y se indicará en ellas expresamente las unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio.

Artículo 41: Cuando un Estado contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes ejecutivo, judicial y legislativo estén distribuidos entre las Autoridades Centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del presente Convenio o la formulación de cualquier declaración conforme a lo dispuesto en el artículo 40, no implicará consecuencia alguna en cuanto a la distribución interna de los poderes en dicho Estado.

Artículo 42: Cualquier Estado podrá formular una o las dos reservas previstas en el artículo 24 y en el tercer párrafo del artículo 26, a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en el momento de formular una declaración conforme a lo dispuesto en los artículos 39 o 40. Ninguna otra reserva será admitida.

Cualquier Estado podrá retirar en cualquier momento una reserva que hubiera formulado. El retiro será notificado al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

La reserva dejará de tener efecto el día primero del tercer mes siguiente a la notificación a que se hace referencia en el párrafo precedente.

Artículo 43: El Convenio entrará en vigor el día primero del tercer mes siguiente al depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a que se hace referencia en los artículos 37 y 38.

Después, el Convenio entrará en vigor:

1. para cada Estado que lo ratifique, acepte, apruebe o se adhiera con posterioridad, el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
2. para los territorios o unidades territoriales a los que se haya extendido el Convenio de conformidad con el artículo 39 o 40, el día uno del tercer mes siguiente a la notificación a que se hace referencia en esos artículos.

Artículo 44: El Convenio tendrá una duración de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 43, incluso para los Estados que con posterioridad lo hubieran ratificado, aceptado, aprobado o adherido.

Salvo denuncia, el Convenio se renovará tácitamente cada cinco años.

Toda denuncia será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, por lo menos seis meses antes de la expiración del plazo de cinco años. La denuncia podrá limitarse a determinados territorios o unidades territoriales a los que se aplica el Convenio.

La denuncia tendrá efecto sólo respecto al Estado que la hubiera notificado. El Convenio continuará en vigor para los demás Estados contratantes.

Artículo 45: El Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos notificará a los Estados miembros de la Conferencia y a los Estados que se hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38, lo siguiente:

1. las firmas, ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que hace referencia el artículo 37;
2. las adhesiones a que hace referencia el artículo 38;
3. la fecha en que el Convenio entre en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo 43;
4. las extensiones a que hace referencia el artículo 39;
5. las declaraciones mencionadas en los artículos 38 y 40;
6. las reservas previstas en el artículo 24 y en el párrafo tercero del artículo 26

y los retiros previstos en el artículo 42;
7. las denuncias previstas en el artículo 44.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, firman el presente Convenio.

Hecho en La Haya, el 25 de octubre de 1980, en francés y en inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que se depositará en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos y del cual se remitirá por vía diplomática copia auténtica a cada uno de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de su Decimocuarta Sesión.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO

Decreto N° 77. Aprobación: 31 de mayo de 2002. Promulgación: 1 de julio de 2002. Publicación: 1 de julio de 2002. Vigencia: 16 de julio de 2002.

Decreto N° 268. Por el que se reforma el Capítulo VIII Restitución Internacional de Menores, al Título Sexto del Libro Segundo y los artículos 2.361, 2.362, 2.363, 2.364, 2.365, 2.366, 2.367, 2.368, 2.369, 2.370, 2.371, 2.372. Publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado el 19 de febrero de 2009.

TÍTULO SEXTO Procedimientos Especiales

CAPÍTULO VIII Restitución Internacional de Menores

Objeto

Artículo 2.361.- Si en términos de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores o convenio internacional en la materia, se pretende la restitución de un menor que hubiere sido sustraído ilícitamente del país de su residencia habitual o trasladado legalmente y retenido ilícitamente, se procederá de acuerdo con lo previsto en este capítulo.

Juez competente

Artículo 2.362.- Será competente el juez en materia familiar en cuya jurisdicción territorial de esta entidad federativa se encuentre el último

domicilio del menor sustraído del Estado Mexicano.

El que ejerza jurisdicción en el lugar donde se localice el menor; cuando se solicita la restitución de éste por una autoridad central de otro país.

Legitimación

Artículo 2.363. Podrán promover este procedimiento quienes ejerzan la patria potestad o la persona o institución que tenga la guarda y custodia de las niñas, niños o adolescentes. Las actuaciones se practicarán con intervención de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México, las procuradurías de protección municipales y del Ministerio Público, quienes en todo momento velarán y resguardarán por los intereses de niñas, niños y adolescentes y de las personas o instituciones con los derechos mencionados.

Restitución de menor al Estado Mexicano

Artículo 2.364.- Cuando una persona, institución u organismo sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención ilícita en el extranjero, podrá acudir ante la autoridad judicial para que, por su conducto, se haga llegar su petición a la Autoridad Central Mexicana conforme a la Convención respectiva, y con su asistencia se gestione la restitución del menor.

La solicitud reunirá los requisitos que establece la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores o, en su caso, las que señala la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

De no existir prevención alguna, el juez remitirá, a la brevedad, la solicitud a la autoridad central de la Secretaría de Relaciones Exteriores para los efectos del trámite de restitución.

Restitución de menor por la autoridad central de otro país

Artículo 2.365.- Cuando se solicite la restitución de un menor por la autoridad central de otro país al Estado Mexicano, se procederá conforme a lo siguiente:

I. Verificará que se acompañe la documentación requerida por las convenciones internacionales en la materia; y

II. De no existir prevención alguna, dictará resolución en la que adoptará las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción así como cualquier otra para salvaguardar el interés superior del mismo; se requerirá a la persona que ha sustraído al menor con los apercibimientos legales; ordenará el emplazamiento con el traslado de la solicitud de restitución, anexos que se acompañen y texto de la convención respectiva, para que el día y hora señalado, que no podrá exceder de cinco días, comparezca en el juzgado con el menor y manifieste:

a) Si accede voluntariamente a la restitución del menor a la persona

o institución que la solicite y que acredite ejercer la guardia y custodia; o
b) Por escrito oponga excepciones y defensas al existir alguna de las causas establecidas en la correspondiente convención y ofrezca pruebas.

Incomparecencia del requerido

Artículo 2.366.- Si el requerido no comparece a la audiencia, se tendrá por precluido su derecho para oponer excepciones y defensas y ofrecer pruebas.

El Juez citará a los interesados, a la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, a las procuradurías de protección municipales y al Ministerio Público a una audiencia oral que tendrá lugar en un plazo no mayor a cinco días siguientes.

En la audiencia se escuchará a ambas partes quienes podrán expresar alegatos, a la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México, al Ministerio Público y, en su caso, a las niñas, niños y adolescentes.

El Juez resolverá en la audiencia o dentro de los tres días siguientes, si procede o no la restitución, conforme al interés superior de niñas, niños y adolescentes y los términos de las convenciones aplicables.

Restitución voluntaria

Artículo 2.367.- Si comparece el requerido y accediere a la restitución voluntaria del menor, el juez dará por concluido el procedimiento y ordenará su entrega a la persona o institución que acredite tener la guardia y custodia.

Oposición a la restitución

Artículo 2.368.- Si en la primera comparecencia el requerido opusiera excepciones y defensas, serán resueltas al amparo de las causas establecidas en el correspondiente convenio, en concordancia con el derecho nacional, a este fin:

I. En la audiencia, el juez tendrá por opuestas las excepciones y defensas que se funden en las convenciones y citará a la audiencia principal que tendrá verificativo dentro de los cinco días siguientes;

II. El juez de considerarlo, oír la opinión del menor en atención a la edad y circunstancias; y

III. El juez podrá recabar todos aquellos elementos que estime pertinentes en favor del menor.

Audiencia principal

Artículo 2.369.- En la audiencia principal, se recibirán las pruebas y alegatos.

El juez resolverá en la audiencia acorde al interés superior del menor y a las convenciones aplicables en correspondencia con el derecho nacional. Por la complejidad del asunto, la sentencia se podrá dictar dentro de los

cinco días siguientes.

El juez dictará la sentencia en la que precisará los motivos y fundamentos del fallo. La lectura podrá efectuarse de manera resumida.

De la sentencia quedará constancia íntegra por escrito.

Restitución favorable del menor

Artículo 2.370.- Si el juez resolviera favorablemente la restitución del menor, solicitará la colaboración de la autoridad central del Servicio Exterior Mexicano y de las que considere pertinentes a fin de lograr la reincorporación del menor al lugar de su residencia habitual.

Supletoriedad

Artículo 2.371.- En lo que no se oponga al presente capítulo, se aplicarán los lineamientos que este código establece para las controversias relacionadas con el estado civil de las personas y del derecho familiar.

Medios de impugnación

Artículo 2.372.- La sentencia definitiva que conceda la restitución del menor será apelable con efecto suspensivo; la que la niegue, sin efecto suspensivo.

LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Decreto publicado en el DOF del 04-12-2014

TÍTULO PRIMERO

De las Disposiciones Generales

Capítulo Cuarto

Del Derecho a Vivir en Familia

Artículo 25. Las leyes federales y de las entidades federativas contendrán disposiciones para prevenir y sancionar el traslado o retención ilícita de niñas, niños y adolescentes cuando se produzcan en violación de los derechos atribuidos individual o conjuntamente a las personas o instituciones que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia, y preverán procedimientos expeditos para garantizar el ejercicio de esos derechos.

En los casos de traslados o retenciones ilícitas de niñas, niños y adolescentes fuera del territorio nacional, la persona interesada podrá presentar la

solicitud de restitución respectiva ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que ésta lleve a cabo las acciones correspondientes en el marco de sus atribuciones, de conformidad con lo dispuesto en los instrumentos internacionales y demás disposiciones aplicables.

Cuando las autoridades de las entidades federativas tengan conocimiento de casos de niñas, niños y adolescentes de nacionalidad mexicana trasladados o retenidos de manera ilícita en el extranjero, se coordinarán con las autoridades federales competentes, conforme a las demás disposiciones aplicables, para su localización y restitución.

Cuando una niña, niño o adolescente sea trasladado o retenido ilícitamente en territorio nacional, o haya sido trasladado legalmente pero retenido ilícitamente, las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, estarán obligadas a coadyuvar en su localización, a través de los programas para la búsqueda, localización y recuperación, así como en la adopción de todas las medidas necesarias para prevenir que sufran mayores daños y en la sustanciación de los procedimientos de urgencia necesarios para garantizar su restitución inmediata, cuando la misma resulte procedente conforme a los tratados internacionales en materia de sustracción de menores.*

* En el mismo sentido artículo 18 de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México, del 30/04/2015.

TESIS AISLADAS-SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Tesis: 1a. LVIII/2017 (10a.)	Gaceta del Semanario Judicial de la Federación	Décima Época	2014575 I de 12
Primera Sala	Libro. 43, Junio de 2017, Tomo I	Pag. 582	Tesis Aislada (Común)

I. Registro No. 2 014 575

EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. SE ACTUALIZA CUANDO EL ACTO RECLAMADO DERIVA DE UN PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

Es propósito de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, garantizar que el menor trasladado o retenido de manera ilícita en cualquiera de los Estados contratantes, sea restituido de manera inmediata al país en donde residía, en tanto que existe la presunción de que el interés del menor se ve mayormente protegido y beneficiado mediante el restablecimiento inmediato de la situación previa al acto de sustracción o retención, por ser él quien resiente en mayor medida los perjuicios de la sustracción o la retención ilegal, por tanto el tiempo para resolver la petición de restitución por la sustracción o retención ilegal de un menor es fundamental para cumplir con el propósito o finalidad de la Convención, y si bien no se establece un procedimiento especial para el trámite de la petición, en su artículo 2, se ordena que el procedimiento que en su caso se siga, sea urgente. En razón de lo anterior se justifica que en contra de la sentencia o resolución dictada en los procedimientos seguidos en las diversas entidades federativas, se pueda acudir de manera inmediata al juicio de amparo, sin necesidad de agotar el recurso ordinario que la ley respectiva aplicada al procedimiento señale, pues es evidente que el trámite de ese recurso puede representar un retraso en la resolución final del asunto; lo que no contribuye al fin que persigue la Convención. Atendiendo a ello, donde el compromiso internacional radica en tramitar de manera urgente la petición de restitución, a fin de resolver lo más pronto posible la misma, se justifica que de manera inmediata se acuda al amparo sin necesidad de agotar el recurso ordinario correspondiente, por lo anterior; y en términos de lo previsto en la fracción XVIII, del artículo 61 de la Ley de Amparo, se actualiza una excepción al principio de definitividad en el juicio de amparo cuando el acto reclamado deriva de un asunto de restitución internacional.

Amparo directo en revisión 4102/2015. 10 de febrero de 2016. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Míguez.

Esta tesis se publicó el viernes 23 de junio de 2017 a las 10:29 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Tesis: III.2o.C.71 C (10a.)	Gaceta del Semanario Judicial de la Federación	Décima Época	2013812 2 de 43
Tribunales Colegiados de Circuito	Libro 40, Marzo de 2017, Tomo IV	Pag. 2639	Tesis Aislada (Constitucional, Civil)

2. Registro No. 2 013 812

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. ATENTO AL INTERÉS SUPERIOR DE ÉSTOS, EL PLAZO DE SEIS SEMANAS QUE LA AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA COMPETENTE TIENE PARA RESOLVER LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA RESTITUCIÓN DE AQUÉLLOS, AL PODER EXCEDERSE DE ESE PERIODO RAZONABLE Y PROPORCIONAL CON LA CAUSA QUE LO ORIGINÓ, NO ESTÁ POR ENCIMA DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA DE LAS PARTES.

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores señala que las autoridades judiciales deberán actuar bajo el principio de celeridad; lo que se advierte claramente en su artículo 11, al establecer el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación del procedimiento, para que la autoridad judicial o administrativa competente llegue a una decisión en los procedimientos para la restitución de menores. Sobre dicho artículo, la jurista Elisa Pérez-Vera, en el informe explicativo de la Convención, destacó que aun cuando es importante dar un tratamiento prioritario a este tipo de asuntos, se trata de un plazo “no vinculante”. A partir de dicha premisa, se concluye que el plazo mencionado no puede estar por encima del derecho de audiencia y defensa de las partes, so pretexto de resolver lo antes posible en torno a la restitución del menor; ya que el plazo referido se considera razonable para que las partes ejerzan su derecho de contradicción, y desahoguen todas las diligencias probatorias para acreditar su derecho, lo cual permitirá al Juez identificar con mayor exactitud cuál es el interés superior del menor. Lo anterior en la inteligencia de que, si en un determinado asunto se requiere de un periodo mayor a las seis semanas para desahogar una prueba o practicar una diligencia, el juzgador deberá ponderar que es lo que le depara mayor beneficio al menor ya que, por ejemplo, en la hipótesis de que el desahogo de una prueba satisfaga de mejor manera los intereses del niño, desde luego que podrá exceder el indicado periodo, en el entendido de que el tiempo adicional que demore en resolver, deberá ser razonable y proporcional con la causa que lo originó.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 811/2015. 8 de abril de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: José Armando Jiménez Hernández.

Esta tesis se publicó el viernes 03 de marzo de 2017 a las 10:06 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Tesis: III.2o.C.70 C (10a.)	Gaceta del Semanario Judicial de la Federación	Décima Época	2013814 5 de 43
Tribunales Colegiados de Circuito	Libro 40, Marzo de 2017, Tomo IV	Pag. 2642	Tesis Aislada (Constitucional, Civil)

3. Registro No. 2 013 814

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES TRAMITADOS POR LOS JUECES CONFORME A DICHO INSTRUMENTO, CUANDO ÉSTE EXPRESAMENTE REMITA AL DERECHO VIGENTE EN EL ESTADO EN QUE EL MENOR TENÍA SU RESIDENCIA HABITUAL ANTES DE SU TRASLADO O RETENCIÓN.

Las disposiciones de la citada convención que, de manera expresa, remitan al derecho vigente "en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención" o referencias similares, deben imponerse a cualquier norma conflictual establecida en la legislación local, dada la jerarquía superior de los tratados internacionales sobre este tipo de ordenamientos, en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En esa medida, la regla general es que si existe una disposición expresa en la convención que remita al derecho de determinada nación, deberá estarse a lo que ésta establezca; sin embargo, excepcionalmente, todo lo que no esté regulado por el referido ordenamiento supranacional que configure un punto de toque entre dos o más sistemas jurídicos, deberá resolverse conforme a lo que disponga la norma conflictual local, siempre y cuando no se oponga a los principios del citado instrumento internacional.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 811/2015. 8 de abril de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: José Armando Jiménez Hernández.

Esta tesis se publicó el viernes 03 de marzo de 2017 a las 10:06 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Tesis: III.2o.C.68 C (10a.)	Gaceta del Semanario Judicial de la Federación	Décima Época	2013813 3 de 43
Tribunales Colegiados de Circuito	Libro 40, Marzo de 2017, Tomo IV	Pag. 2640	Tesis Aislada (Constitucional, Civil)

4. Registro No. 2 013 815

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. ATENTO AL PRINCIPIO DE CELERIDAD, EL JUEZ NACIONAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES TRAMITADOS CONFORME A AQUÉLLA.

Conforme a los postulados de dicho instrumento internacional, su respectivo informe explicativo, guía de buenas prácticas, y demás documentos relativos, en los procedimientos de restitución internacional de menores, las autoridades centrales sólo desempeñan un papel de coordinación y, consecuentemente, no representan los intereses de la Federación, por lo que, aun cuando el litigio deriva de un tratado internacional, lo cierto es que se actualiza la hipótesis de competencia concurrente que prevé el artículo 104, fracción II, de la Carta Magna (supuesto previsto en la fracción I antes de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación, el seis de junio de dos mil once), ya que en las controversias del orden civil suscitadas sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales en los que sólo se afectan intereses particulares, corresponde al actor elegir el fuero al que se somete la controversia. Aunado a lo anterior, no debe soslayarse que los procedimientos de restitución internacional de menores, encuentran sustento en la Convención de La Haya, es decir, en un instrumento internacional, por lo que la competencia de las autoridades judiciales debe analizarse bajo el concepto de "Juez nacional", y no de Juez local o federal, pues entorpecer la tramitación de los procedimientos de esta naturaleza, en la determinación de qué juzgador debe conocer de ellos, constituye un falso debate que produciría una demora innecesaria en la ejecución oportuna de las disposiciones de dicho instrumento, que se encuentran sometidas al principio de celeridad. Lo anterior es congruente con el artículo 53, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que dispone que los Jueces de Distrito Civiles Federales conocerán: "De las controversias del orden civil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares podrán conocer de ellas, a elección del actor, los Jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal.". Cabe precisar que, con independencia de que se tramite ante un Juez Federal o uno local, éste no deberá soslayar otros criterios de competencia, sobre todo, el territorial que, en la mayoría de los casos, consiste en que es Juez competente el del lugar del domicilio del menor, en el caso de Jalisco, los órganos jurisdiccionales del Partido Judicial en donde tenga su domicilio (fuero común), o los Juzgados de Distrito en Materia Civil. Lo anterior, en el entendido de que, una vez asumida la competencia por los Jueces de Distrito, la secuela del procedimiento deberá llevarse a cabo conforme a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles de la entidad federativa que

corresponda, pues la legislación local es la que prevé la existencia de los juicios sumarios y, además, es la que aborda los aspectos relativos a la familia; sin que esto último constituya una conclusión inusitada, pues en materia mercantil es cotidiano que los órganos jurisdiccionales del orden común tramiten este tipo de asuntos conforme al Código de Comercio, que es una legislación de carácter federal; de ahí que no exista razón alguna por la que no sea dable reconocer que, en las controversias de restitución internacional de menores, es factible invertir el esquema que existe en materia comercial.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 811/2015. 8 de abril de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: José Armando Jiménez Hernández.

Esta tesis se publicó el viernes 03 de marzo de 2017 a las 10:06 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Tesis: III.2o.C.69 C (10a.)	Gaceta del Semanario Judicial de la Federación	Décima Época	2013816 6 de 43
Tribunales Colegiados de Circuito	Libro 40, Marzo de 2017, Tomo IV	Pag. 2643	Tesis Aislada (Constitucional, Civil)

5. Registro No. 2 013 816

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL DERECHO APLICABLE A TODO PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, TRAMITADO CONFORME A AQUEL INSTRUMENTO ES LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL DE CADA ENTIDAD FEDERATIVA (JUICIOS SUMARIOS).

El artículo 2 del mencionado instrumento internacional dispone que los Estados contratantes adoptarán "todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos de la convención", y que para ello "deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan". En relación con ello, el Máximo Tribunal de la Unión ha identificado que los procedimientos de "urgencia" que enuncia la citada convención, en México son conocidos como juicios "sumarios". En consecuencia, el derecho aplicable a todo procedimiento de restitución internacional de menores, tramitado conforme a aquel instrumento internacional, es la legislación procesal civil de cada entidad federativa pues, en el Código Federal de Procedimientos Civiles, no existen los juicios sumarios. En efecto, de la lectura exhaustiva de la legislación procesal civil federal, se advierte que, además del juicio ordinario, sólo existen como especiales: a) Los "concursos" (libro tercero "Procedimientos especiales", título primero, capítulo I); b) Los "juicios de sucesión" si la Federación es heredera o legataria en concurrencia con los particulares (capítulo II, ídem); c) Los "apeos y deslindes de un fundo de propiedad nacional" (capítulo III, ídem); d) El "avalúo en los casos de expropiación" (capítulo IV, ídem); y, e) Las "acciones

colectivas" (artículos 587 a 602 del Código Federal de Procedimientos Civiles). Un argumento adicional para considerar que el derecho adjetivo aplicable a este tipo de procedimientos es el local, consiste en que, en el contexto mexicano, la reglamentación sobre aspectos de familia es de competencia exclusiva de los Estados y no de la Federación. En efecto, de la lectura e interpretación sistemática de los artículos 73 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que no es facultad expresa del Congreso General, legislar en materia familiar; por lo que, conforme al segundo de los preceptos mencionados, se entiende reservada para los Estados. En esa medida, aunque es el Poder Ejecutivo Federal quien está facultado para celebrar tratados internacionales (artículo 89, fracción X, de la Carta Magna), y el Senado de la República es el órgano responsable de ratificarlos (artículo 76, fracción I, ídem), sin importar la temática de aquéllos, tal circunstancia no significa que, por estar inmersa en el tratado, la materia sobre la que versa el instrumento se incorpore, a partir de entonces, a la esfera de competencia de los Poderes Federales. Por ende, dado que los procedimientos de restitución internacional de menores se vinculan con la materia familiar; se confirma que el derecho procesal aplicable a la controversia será el que establezca la legislación local.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 811/2015. 8 de abril de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: José Armando Jiménez Hernández.

Esta tesis se publicó el viernes 03 de marzo de 2017 a las 10:06 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Tesis: III.2o.C.72 C (10a.)	Gaceta del Semanario Judicial de la Federación	Décima Época	2013817 7 de 43
Tribunales Colegiados de Circuito	Libro 40, Marzo de 2017, Tomo IV	Pag. 2644	Tesis Aislada (Constitucional, Civil)

6. Registro No. 2 013 817

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. UNA VEZ INICIADO EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL RESPECTIVO, LA SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES NO SE CONVIERTE EN LA REPRESENTANTE PROCESAL DIRECTA DEL MENOR INVOLUCRADO Y, EN TODO CASO, ES NECESARIO QUE EL SOLICITANTE OTORQUE SU AUTORIZACIÓN POR ESCRITO.

La atribución de la Secretaría de Relaciones Exteriores para fungir como autoridad central en los procedimientos internacionales de restitución internacional de menores derivados de la mencionada convención, se encuentra prevista en el artículo 22, fracción XI, del reglamento interior de la citada dependencia federal. Por tanto, dicha secretaría es la encargada de canalizar y promover la colaboración entre las autoridades centrales de los

Estados Parte de la Convención en los Estados Unidos Mexicanos, a fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y, para conseguir los objetivos del convenio, tiene las obligaciones establecidas en el artículo 7 del citado instrumento. Ahora bien, de estas obligaciones, destaca la establecida en el inciso f), esto es, la relativa a la iniciación o apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de restituir al menor y permitir, a través de los medios legales disponibles, que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita del progenitor que ostenta la custodia del menor; pero que no lo tiene bajo su resguardo o cuidado en virtud de que fue trasladado o es retenido ilícitamente por su contraparte en un determinado país. Sobre estas facultades, la Guía de Buenas Prácticas, primera parte, Prácticas de las Autoridades Centrales, apartado 4.16, página 57, dispone que la Convención impone a las autoridades centrales la obligación de iniciar o dar facilidades para promover un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de obtener el retorno del menor; pero también señala que no están obligadas a iniciarlo ellas mismas, ni a representar directamente al solicitante, pues a pesar de que esto último es posible, no es recomendable. De esto deriva que la Secretaría de Relaciones Exteriores, al recibir una solicitud de restitución internacional de menores, no defiende un interés ni derecho en nombre de la Federación, sino los de la solicitante, ante la presunción que impera en la Convención de La Haya en el sentido de que el interés del menor es ser restituido, por lo que resulta inconcuso que en la integración del correspondiente expediente administrativo, la autoridad central mexicana representa los intereses de la requirente. Sin embargo, no debe soslayarse que, una vez que el expediente administrativo es remitido a la autoridad judicial, e inicia el procedimiento jurisdiccional de restitución internacional de menores, la mencionada secretaría no se convierte en la representante procesal directa del menor pues, en todo caso, para ello es necesario que el solicitante de la restitución otorgue su autorización por escrito para dichos efectos en favor de la autoridad central, en términos del artículo 28 de la Convención referida.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 811/2015. 8 de abril de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: José Armando Jiménez Hernández.

Esta tesis se publicó el viernes 03 de marzo de 2017 a las 10:06 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, 15 DE JULIO DE 1989

NOTA EXPLICATIVA

La Convención de Montevideo del 15 de julio de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores es un tratado multilateral, adoptado en el marco de la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, tiene por “objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares” (art. 1).

A la fecha de publicación de esta nota la Convención se encuentra en vigor en 14 países. México ratificó la Convención el 29 de julio de 1994.

Por cuanto 13 de los 14 Estados partes de esta Convención también ratificaron la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 25 de octubre de 1980, la Convención Interamericana tiene un ámbito de aplicación muy restringido. El único país que no es parte de la Convención de La Haya es Antigua y Barbuda.

A continuación presentamos el texto de la Convención, con su respectivo Decreto de Promulgación.

Yaritza Pérez Pacheco

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

DECRETO por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

CARLOS SALINAS DE GORTARI, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO

"LA CAMARA DE SENADORES DEL HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, EN EJERCICIO DE LA FACULTAD QUE LE CONCEDE EL ARTÍCULO 76, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DECRETA:

ARTICULO ÚNICO.- Se aprueba la CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, adoptada en Montevideo, Uruguay, el quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

México, D.F., 22 de junio de 1994.- Sen. Ricardo Monreal Avila, Presidente.- Sen. Israel Soberanis Noguera, Secretario.- Sen. Antonio Melgar Aranda, Secretario.- Rúbricas".

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a primero de julio de mil novecientos noventa y cuatro.- Carlos Salinas de Gortari.- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación, Jorge Carpizo.- Rúbrica.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES

Artículo 1: La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Artículo 2: Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad.

Artículo 3: Para los efectos de esta Convención:

- a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia;
- b. El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

Artículo 4: Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

Artículo 5: Podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, las personas e instituciones designadas en el Artículo 4.

Artículo 6: Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención.

A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación.

El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo.

AUTORIDAD CENTRAL

Artículo 7: Para los efectos de esta Convención cada Estado Parte designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta Convención, y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

En especial, la autoridad central colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor; auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención.

Las autoridades centrales de los Estados Parte cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta Convención.

PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCIÓN

Artículo 8: Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercitarlo conforme a lo dispuesto en el Artículo 6, de la siguiente forma:

- a. A través de exhorto o carta rogatoria; o
- b. Mediante solicitud a la autoridad central, o
- c. Directamente, o por la vía diplomática o consular.

Artículo 9

1. La solicitud o demanda a que se refiere el artículo anterior, deberá contener:

- a. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención;

- b. La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y

- c. Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar:

- a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;

- b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;

- c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;

- d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y

- e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

3. La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.

4. Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañen no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.

Artículo 10: El juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor.

Si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Artículo 9 y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si

fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución. En este caso, se le comunicará a la institución que, conforme a su derecho interno, corresponda tutelar los derechos del menor.

Asimismo, mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción.

Artículo 11: La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor; cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre:

a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o

b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiese exponerle a un peligro físico o psíquico.

La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

Artículo 12: La oposición fundamentada a la que se refiere el artículo anterior deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quién lo retiene.

Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor; y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de las autoridades centrales, o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados Parte.

Dentro de los sesenta días calendario siguiente a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente.

Artículo 13: Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor; quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

Los gastos del traslado estarán a cargo del actor; en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal.

Artículo 14: Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha

en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente.

Respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostre que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

Artículo 15: La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.

Artículo 16: Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención en el marco del Artículo 4, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta Convención.

Artículo 17: Las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

LOCALIZACIÓN DE MENORES

Artículo 18: La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el Artículo 5 así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado Parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado.

La solicitud deberá ser acompañada de toda la información que suministre el solicitante o recabe la autoridad requirente, concerniente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél.

Artículo 19: La autoridad central o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte que, a raíz de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, llegaren a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción.

La localización se comunicará a las autoridades del Estado requirente.

Artículo 20: Si la restitución no fuere solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor

a las autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas en virtud del Artículo 19 podrán quedar sin efecto.

El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en esta Convención.

DERECHO DE VISITA

Artículo 21: La solicitud que tuviere por objeto hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares podrá ser dirigida a las autoridades competentes de cualquier Estado Parte conforme a lo dispuesto en el Artículo 6 de la presente Convención. El procedimiento respectivo será el previsto en esta Convención para la restitución del menor.

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 22: Los exhortos y solicitudes relativas a la restitución y localización podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares, o por la autoridad central competente del Estado requirente o requerido, según el caso.

Artículo 23: La tramitación de los exhortos o solicitudes contemplados en la presente Convención y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución, cualquiera que sea su denominación.

Si los interesados en la tramitación del exhorto o solicitud hubieren designado apoderado en el foro requerido, los gastos y honorarios que ocasionare el ejercicio del poder que otorgue, estarán a su cargo.

Sin embargo, al ordenar la restitución de un menor conforme a lo dispuesto en la presente Convención, las autoridades competentes podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en la localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución.

Artículo 24: Las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias deben ser practicados directamente por la autoridad exhortada, y no requieren intervención de parte interesada. Lo anterior no obsta para que las partes intervengan por sí o por intermedio de apoderado.

Artículo 25: La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

Artículo 26: La presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito.

Artículo 27: El Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma. Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros Organismos Internacionales competentes en la materia.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 28: La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 29: La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 30: La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 31: Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas, y que no sea incompatible con el objeto y fines de esta Convención.

Artículo 32: Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 33: Respecto a un Estado que tenga en materia de guarda de menores dos o más sistemas de derecho aplicable en unidades territoriales diferentes:

a. Cualquier referencia a la residencia habitual en ese Estado contempla la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado;

b. Cualquier referencia a la ley del Estado de la residencia habitual contempla la ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual.

Artículo 34: Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención.

Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.

Artículo 35: La presente Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia.

Artículo 36: La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 37: La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Parte.

Artículo 38: El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro y publicación, de conformidad con el Artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en los artículos pertinentes de la presente Convención.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

HECHA EN LA CIUDAD DE MONTEVIDEO, REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, el día quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

EVENTOS



PROGRAMACIÓN ACADÉMICA Y CULTURAL DE LA ESCUELA JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO



PROGRAMA

Miércoles 21 de Junio

17:30 Inauguración.

18:00 Conferencia "Control de Convencionalidad" a cargo del Dr. José Luis Juan Caballero Ochoa. Especialista en Materia de Derechos Humanos.

19:00 Conferencia "Acceso a la Justicia y Función Judicial: la experiencia de Brasil" a cargo de la Dra. Adriana Silva Maillart. Coordinadora, Académica e Investigadora de la Universidad Nueve de Julio en Sao Paulo, Brasil.

Jueves 22 de Junio

10:00 Taller "Aplicación de los a Protocolos de Actuación en Derechos Humanos".

13:00 Imparte: Lic. Nadia Sierra Campos. Directora General de Estudios, Promoción y Desarrollo de los Derechos Humanos.

18:00 Conferencia "La Importancia de los Tratados Internacionales en la Práctica Judicial Contemporánea" a cargo del Dr. Víctor Manuel Rojas Amandi. Director General de la Escuela Judicial del Estado de México.

19:00 Conferencia "Acceso a la Justicia y Derechos Económicos, Sociales y Culturales" a cargo del Dr. Mario Cruz Martínez. Académico de Tiempo Completo de la Universidad Iberoamericana.

Viernes 23 de Junio

10:00 Taller "Aplicación de los a Protocolos de Actuación en Derechos Humanos".
13:00 Imparte: Lic. Nadia Sierra Campos. Directora General de Estudios, Promoción y Desarrollo de los Derechos Humanos.

18:00 Conferencia "Interpretación Conforme" a cargo del Mgdo. Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza. Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de México.

19:00 Clausura.
19:15 Entrega de Constancias.

Entrada libre

Sede: Aula Magna de la Escuela Judicial del Estado de México.

Josefa Ortiz de Domínguez Nte. 306
Colonia Santa Clara,
Toluca Estado de México
(722) 2 15 90 27 y 1 67 92 00 ext: 16894 y 16823
e-mail: liliana.aguirre@pjedomex.gob.mx

Cupo limitado

Registro: www.pjedomex.gob.mx/ejem

TERCER FORO NACIONAL DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Escuela Judicial del Estado de México 28 al 31 de agosto 2017



3^{er} Foro Nacional de Justicia Restaurativa
en Materias Familiar, Escolar y Penal
Poder Judicial del Estado de México
28 al 31 de agosto de 2017



Lunes 28 de agosto

Conferencia Magistral

Dr. Eduardo Calzadilla González (CDMX, México).
"Necesidad de la justicia y de la ciudadanía"
Exposición de Motivos
Haciero Víctor Manuel Navarrete Villarreal
Director General del Centro Estatal de Meditación y de Justicia Restaurativa del Poder Judicial del Estado de México.

Conferencia Magistral

Mgdo. Presidente Dr. Sergio Javier Medina Peñalosa.
Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de México.

Martes 29 de agosto

Dra. Luciana Valeria Cataldi (Buenos Aires, Argentina).
"Círculos restaurativos: Pasando de un modelo social punitivo a un modelo restaurativo con menores en conflicto con la ley penal"

Dra. Francisca Lozano Espina (Madrid, España).
"Justicia Restaurativa y mediación penal en España"

Dr. José Alfredo Suárez Reinaaga (CDMX, México).
"El trabajo cotidiano con el Adolescente conflictivo"

Dra. Ursula Zurita Rivera, (CDMX, México).
"Buenas prácticas de intervención en la violencia escolar"

Ricardo Lago Vilas (CDMX, México).
"Hacia una cultura de paz: la palabra, la cultura y las expresiones artísticas"

Presentación del libro

"Cultura de Paz, Palabra y Memoria"
Lic. Socorro Venegas Pérez Coordinadora General de Obras para Niños y Jóvenes del Fondo de Cultura Económica y el Puntos Ricardo Lago Vilas.
Presenta: Dr. Víctor Manuel Vicente Rojas Amador, Director de la Escuela Judicial del Estado de México.

PROGRAMA

Mesa de diálogo

Dra. Ursula Zurita Rivera (CDMX, México) y Dr. Eduardo Andrés Sandoval Forero. Moderador: M. en D. Mario Alberto Montalvo Delgado.
"Torneo por quarter" relacionado con violencia escolar y grupos originarios."

Mesa de diálogo

Dra. Nuria González Martín, Mtro. Roberto Montoya y M. en D. Héctor Martiniano Aparicio González.
"La Mediación Transfronteriza en materias familiar y comercial"
Moderador: M. en D. Víctor Manuel Navarrete Villarreal

Conferencia Magistral

Dra. Francisca Lozano Espina (Madrid, España).
"El proceso de reconciliación y paz del País Vasco. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA, España"

Miércoles 30 de agosto

Conferencia Magistral

Mtra. Francisca Lozano Espina (Madrid, España).
"Mediación penal: Experiencias de diálogo para la reducción de la violencia en los círculos españoles"

Dra. Luciana Cataldi (Buenos Aires, Argentina).
"Hacia una pedagogía restaurativa: Conociendo emoción, necesidades y prácticas restaurativas en el ámbito escolar"

Mtra. Violeta Maltes Rodríguez.
"Procesos restaurativos en ejecución penal"

Dr. José Alfredo Suárez Reinaaga.
"El trabajo cotidiano con el Adolescente conflictivo".

Lic. Santiago Ignacio Quirós Villarreal.
"Círculos de construcción de paz para efectos restaurativos"

Conferencia Magistral

M. en D. Alberto Cervantes Juárez.
"Los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y el Derecho Penal como sistemas de control social"

Mesa de diálogo

Dra. Nuria González Martín, Mtro. Roberto Montoya y Dr. Héctor Martiniano Aparicio González.
"La Mediación Internacional en materias familiar y comercial"
Moderador: M. en D. Víctor Manuel Navarrete Villarreal

Conferencia Magistral

Dra. Luciana Valeria Cataldi (Buenos Aires, Argentina).
"La Gestión restaurativa de las relaciones en el ámbito comunitario. Como crear comunidades emocionalmente sostenibles y lazos comunitarios"

Jueves 31 de Agosto

Mesa de diálogo

Dra. Nuria González Martín, Mgda. Patricia Lucía Martínez Espinosa y Mgda. María Cristina Miranda Cruz.
"Justicia Restaurativa ante la realidad cotidiana familiar"

Conferencia Magistral

Mgdo. M. en D. Ricardo Alfredo Sald Cuelar (Estado de México, México).
"Justicia Restaurativa en el contexto de ejecución de los Acuerdos Reparativos"

Conferencia Magistral

Dr. Héctor Zagal (CDMX, México).
"Justicia, Delito y Conciliación. Una perspectiva oblicua"

Sede: Escuela Judicial del Estado de México, Campus Toluca

Josefa Ortiz de Domínguez 306, Santa Clara, Toluca de Lerdo, Estado de México. C.P. 50090 Tel. (722) 167 1925



@PJEdomex



@PoderJudicialEdomex

www.pjedomex.gob.mx

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

La política editorial de la Revista Ex Legibus está dirigida a difundir temas vinculados con el derecho judicial y disciplinas conexas, con el objetivo de propiciar el análisis y el debate, así como la reflexión sobre la actualidad jurídica. Para la publicación de un manuscrito los autores deberán sujetarse al procedimiento y reglas técnicas que se indican enseguida:

PROCEDIMIENTO

1. Se recibirán trabajos de investigación o de comunicación científica originales, ya sea que se trate de artículos, ensayos, informes técnicos, ponencias o comunicaciones de congresos, comentarios de legislación o jurisprudencia, reseña de libros, cartas al editor y demás reflexiones teóricas relacionados con el derecho en sus múltiples dimensiones; se procurará se trate de contribuciones inéditas, conforme a la política editorial de la Revista.
2. El envío de los manuscritos podrá realizarse en cualquier momento a la dirección de correo electrónico: direccion.investigaciones@pjedomex.gob.mx
3. Junto con el archivo electrónico o por separado, los autores solicitarán a la Dirección del Centro de Investigaciones Judiciales la publicación de su manuscrito.
4. La Dirección del Centro acusará recibo de los originales en un plazo no mayor de 7 días hábiles a partir de su recepción. El manuscrito recibido será previamente analizado por el Editor de la Revista, quien decidirá si somete o no a arbitraje dicho manuscrito.
5. En cuanto al sistema de arbitraje, el trabajo será dictaminado por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, en forma anónima (modalidad doble ciego), quienes seguirán los lineamientos establecidos en el Formato de Dictamen. La identidad del autor también se mantendrá en el anonimato.

6. El proceso de evaluación dará como resultado un dictamen que, considerando la originalidad, la calidad del trabajo, y su planteamiento en relación a la función judicial, se puede dar en las siguientes modalidades:

- a) Si ambos evaluadores emiten una opinión favorable: publicable.
- b) Si ambos evaluadores tienen una opinión desfavorable: no publicable.
- c) Si uno o ambos evaluadores emiten una opinión favorable, pero sugieren cambios: Publicable con cambios.

En caso de que un evaluador emita un dictamen positivo y el otro negativo, se recurrirá a un tercer evaluador, cuya dictaminación será decisiva.

Los evaluadores tendrán un máximo de 30 días hábiles para presentar su dictamen a la Dirección del Centro.

7. Quedarán exentas de dictaminarse, por acuerdo de la Dirección de Investigaciones, los trabajos de autores cuyo currículum vitae o prestigio profesional sea de elevado reconocimiento académico, cultural e intelectual.

8. El resultado del dictamen se comunicará a los autores, en todos los casos, en un breve lapso de tiempo.

9. Si el trabajo fuera publicable con cambios, el autor tendrá un plazo de 15 días hábiles para realizar los cambios señalados, luego entonces deberá remitir el manuscrito al Editor de la Revista, quien verificará si la nueva versión incorpora satisfactoriamente las observaciones de los evaluadores, en caso afirmativo se procederá a su publicación.

10. Recibido el dictamen que evalué el trabajo como publicable, se procederá a su publicación, en el orden que le corresponda en relación al listado de recibidos, y según el tema a que se dedique en su número correspondiente la Revista. Los autores deberán realizar una cesión de derechos de autor a favor del Consejo de la Judicatura del Estado de México.

Impresa por PorrúaPrint®, Ganaderos 149, Granjas
Esmeralda, 09810, Iztapalapa, Ciudad de México.
Tiraje 500 ejemplares

El siguiente número de la revista **EXLEGIBUS** nuestros lectores podrán consultar:

> DOCTRINA

“El principio de inmediatez procesal en materia penal”, por Joaquín Mendoza Esquivel

“Justicia restaurativa en el contexto de ejecución de los acuerdos reparatorios”, por Alfredo Sodi Cuellar

“La importancia de los tratados internacionales en la práctica judicial contemporánea”, por Víctor Manuel Rojas Amandi

> COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

“Derecho humano de acceso a la información pública”, por Heriberto Benito López Aguilar

“Comentario a la contradicción de Tesis 2/2012”, por Arturo Baca Rivera

> HISTORIA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

“Palacio de Justicia desde la óptica de Aurelio J. Venegas”, por Atanasio Serrano López

> COMENTARIOS

“Justicia constitucional, justicia convencional y derechos humanos”, por Pedro Salazar Ugarte

“Métodos alternos de solución de conflictos en el nuevo sistema acusatorio adversarial y oral en materia penal”, por Martha Camargo Sánchez

“Neurociencia de la violencia y de la cotidianidad”, por Eduardo Calixto González

> RESEÑAS

Martínez Bullé Goyri, Víctor M. (coord.), Consentimiento Informado. Fundamentos y problemas de su aplicación práctica, UNAM-III-Programa Universitario de Bioética, México, 2017, 300 pp., por Yaritza Pérez Pacheco

> DOCUMENTOS

Tratados de extradición celebrados por México con otros países.





PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE MÉXICO

