

CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL ESTADO DE MÉXICO

Mgdo. Dr. Ricardo Sodi Cuellar

PRESIDENTE

Mgdo. M. en C. P. Raúl Aarón Romero Ortega

Consejero

Mgdo. Dr. en D. Enrique Víctor Manuel Vega Gómez

Consejero

Jueza M. en C.P. Fabiola Catalina Aparicio Perales

Consejera

M. en D.C. y A. Luis Gerardo de la Peña Gutiérrez

Consejero

Jueza M. en D. P. P. Edna Edith Escalante Ramírez

Consejera

M. en D. Pablo Espinosa Márquez

Consejero

ESCUELA JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

Dr. Jaime López Reyes

Director General

Dra. María de la Luz Ruiz Beltrán

Directora Académica

Dr. Ramón Ortega García

Director del Centro de Investigaciones Judiciales

EX LEGIBUS

Edición conmemorativa 10 años

(Números 14 - 15, 2021)

La revista de derecho *EX LEGIBUS* de la Escuela Judicial del Estado de México, es una publicación semestral de carácter científico que aborda temas vinculados al derecho judicial y otras materias jurídicas; su propósito es fomentar el análisis, debate y reflexión sobre dichos temas, procurando su conexión con la función jurisdiccional. Sus contenidos están dirigidos a los operadores de justicia, investigadores, docentes, abogados y estudiantes de la ciencia jurídica en todos sus niveles.

Editor responsable: Ramón Ortega García
Director del Centro de Investigaciones Judiciales

Editor ejecutivo: Rafael Caballero Hernández

Cuidado de la edición: Rafael Caballero Hernández
Jessica Flores Hernández

Diseño de la portada: Miguel de la Cruz Ramos

EX LEGIBUS. Año 10, Núm. 14-15, abril-octubre 2021, 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: Ramón Ortega García. 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, Rafael Caballero Hernández, 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.

Certificado de Licitud de Título y Contenido No. 17058, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

Ni la totalidad ni parte de EX LEGIBUS se podrá utilizar, reproducir ni transmitir, en forma alguna y por ningún medio, incluidas la fotocopia, la grabación o la utilización de cualquier sistema de almacenamiento y recuperación de información, a menos que se cuente con la autorización escrita de los autores y la entidad editora a través de su editor responsable.

ÍNDICE

<i>Presentación</i>	1
---------------------	---

DOCTRINA

Rodrigo Brito Melgarejo <i>Orígenes y modelos del control de la constitucionalidad</i>	7
--	---

Luis Raúl Ortiz Ramírez Gabriela Fuentes Reyes María de Lourdes Morales Reynoso <i>El desplazamiento forzado interno, derechos humanos y los objetivos de desarrollo sostenible en México</i>	35
---	----

María Fernanda Chávez Vilchis <i>El derecho humano de acceso a la justicia de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas en México</i>	65
---	----

César Aguilar González <i>La prueba anticipada en el CNPP, su deficiente regulación frente al derecho humano de la víctima a un trato “no revictimizante”</i>	93
---	----

Manuel Jorge Carreón Perea <i>Aportaciones para una teoría de los derechos humanos</i>	115
--	-----

ESTUDIOS

Ramón Ortega García <i>Honor y sangre “En tiempos de don Porfirio” (Melodías de antaño). El delito de duelo visto a través de una obra maestra del cine mexicano</i>	145
--	-----

Rafael Caballero Hernández

*Poesía y narrativa en el preámbulo de la Constitución Política
del Estado Plurinacional de Bolivia*

165

Blanca Colmenares Sánchez

*Pandemia contra la humanidad, especialmente en su ADN femenino.
Perspectiva judicial mexicana*

183

Jaime Millán López

César Emmanuel García Almeyda

*La prescripción adquisitiva dentro de los juicios sucesorios.
Ejercicio de acciones complejas*

203

Antonio Rojas Flores

Paradigmas de la prueba pericial en documentos cuestionados

231

VARIOS

Sergio Arturo Valls Esponda

*Centro virtual de Mediación: una respuesta ante
la contingencia Covid-2019*

259

María del Carmen Garibay Mancilla

Derechos humanos vs pandemia covid-19. Principales afectaciones

263

Joselinne Hernández Díaz

Falacias de la meritocracia

269

Ramón Ortega García

*Entrevista con el doctor José Antonio Caballero Juárez,
sobre la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación*

273

RESEÑAS

Estefanía Marisela Piña Pastrana

*Brito, Rodrigo, El control Jurisdiccional de Constitucionalidad.
Elementos para el Diseño de una Eventual Teoría, México,
Tirant lo Blanch, 2021, pp. 372.*

289

Ángeles Sofía Esquer Portillo

Carnero Roque, Genaro, México, derechos humanos y anticorrupción, Toluca, Poder Judicial del Estado de México / Tirant lo Blanch, Colección "Estudios Jurídicos No. 9", 2021, pp. 126.

297

Denheb Munguía Ortega

Serrano López, Atanasio, Crónicas del Palacio de Justicia y la Ciudad de Toluca, Toluca, Poder Judicial del Estado de México, Cuadernos de Derecho Judicial No. 5, 2020, pp. 92

305

Política Editorial

313

PRESENTACIÓN

Es para mí un gran honor, en mi calidad de editor responsable de *Ex Legibus. Revista del Centro de Investigaciones Judiciales*, de la Escuela Judicial del Estado de México, presentar esta edición conmemorativa con motivo de su décimo aniversario.

En abril de 2011 salió a la luz el primer número de la revista *Ex Legibus*. En su “Bienvenida” se manifestó que uno de los principales objetivos que el Poder Judicial del Estado de México persigue a través de la Escuela Judicial es constituir un espacio destinado a difundir la investigación científica en el ámbito jurídico. Esta institución de vanguardia, dedicada a la capacitación, formación, profesionalización y actualización de los servidores judiciales —se dijo—, “reconoce la importancia de la producción del conocimiento científico sobre las distintas disciplinas jurídicas, particularmente en materia de administración de justicia”. Dicho compromiso con la investigación es la principal causa que motivó la creación de la revista de derecho *Ex Legibus*, una publicación semestral de corte académico y de contenido eminentemente jurídico, que reúne colaboraciones de prominentes juristas de distinta procedencia.

En junio de ese mismo año fue establecido en nuestro país el nuevo paradigma de los derechos humanos, y con él se produjo una transformación sustancial del derecho mexicano derivada de las enmiendas constitucionales y a la que siguieron importantes reformas legislativas (entre las que destaca la Ley de Amparo). A estas modificaciones debía acompañarlas un cambio en la mentalidad de los juristas para aproximarse al estudio del derecho, abandonando teorías jurídicas del pasado ya superadas y adoptando otras que fueran más acordes a la realidad jurídica que irrumpía. De igual modo, debía producirse un cambio en la forma de interpretar y aplicar las normas del derecho por parte de los operadores jurídicos, principalmente los jueces.

En este contexto de cambios tanto normativos como culturales, después de seis números, en abril de 2014, *Ex Legibus* inauguró una nueva etapa, ahora en colaboración con la prestigiosa casa editorial Tirant Lo

Blanch de España, reiniciando su ordenación a partir de un número 0 con una nueva imagen y presentación; en un impulso decidido por parte de la Escuela Judicial de dotar de mayor calidad a sus publicaciones académicas y culturales. En octubre de 2014, así, la Escuela Judicial del Estado de México, a través de su Centro de Investigaciones Judiciales, se congratuló al presentar el número 1 de la revista *Ex Legibus*, en el que se abordaron tópicos derivados de la gran reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos.

Pero el derecho es un área del conocimiento en constante cambio, se actualiza para estar en sintonía con las transformaciones de la sociedad. En este contexto, en abril de 2016, el Centro de Investigaciones Judiciales presentó en el número 4 de *Ex Legibus*, una nueva época, con una imagen y estructura diversas: Doctrina, Comentarios Jurisprudenciales, Historia del Poder Judicial del Estado de México, Reseñas, Documentos y Eventos; lo cual representó un impulso con renovados bríos para la revista en su misión de divulgar el conocimiento del derecho judicial.

Desde entonces, *Ex Legibus* ha mantenido en su imagen el color rojo institucional del Poder Judicial del Estado de México y, con el presente volumen, suma 15 números a partir de su primera renovación; aunque, en realidad, desde el primer número aparecido en abril de 2011, la revista cuenta con 22 tomos o volúmenes semestrales; celebrando así diez años —casi once— de periodicidad ininterrumpida. Luego, con esta edición conmemorativa en pasta dura, que compacta los números 14 y 15, celebramos el cumpleaños número diez de nuestra querida publicación. La revista cambia de imagen, mantiene el color rojo institucional, pero con un diseño más elegante y sobrio, de corte minimalista. De igual modo, contiene ahora las secciones: Doctrina, Estudios, Comentarios legislativos, Comentarios Jurisprudenciales, Varios y Reseñas.

Estoy cierto que, la importantísima labor que ha llevado a cabo la revista, perdurará en el tiempo; continuará constituyendo un espacio destinado a difundir la investigación científica en el ámbito jurídico, y contribuyendo a la producción del conocimiento científico sobre las distintas disciplinas jurídicas, particularmente en materia de administración de justicia. Este compromiso con la investigación fue la principal causa que motivó a crear la revista; y sigue firme como estrella polar,

como norte, como voluntad inquebrantable y testimonio de la grandeza del Poder Judicial del Estado de México. Enhorabuena.

Dr. Ramón Ortega García
Director del Centro de Investigaciones Judiciales



DOCTRINA

ORÍGENES Y MODELOS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD*

ORIGINS AND MODELS OF CONSTITUTIONAL REVIEW

RODRIGO BRITO MELGAREJO**

RESUMEN: Este artículo señala la importancia de conocer los orígenes y modelos del control de la constitucionalidad. En él, se repasan los antecedentes más importantes de este tipo de control y se ofrece un panorama general de la forma como ha cambiado con el paso del tiempo en distintos sistemas que pueden considerarse modélicos. Con ello se pretende demostrar, además, que los modelos prototípicos de control han ejercido una gran influencia más allá de las fronteras en que fueron concebidos.

PALABRAS CLAVE: Control de la constitucionalidad; modelos de control de la constitucionalidad; control de la constitucionalidad en los Estados Unidos; modelo europeo de control; modelos mixtos.

ABSTRACT: This article points out the importance of knowing the origins and models of constitutional review of legislation. It covers the most important antecedents of this type of control and offers an overview of how it has changed over time in different systems that may be considered exemplary. This is also intended to demonstrate that prototypical control models have exerted a great influence beyond the borders in which they were conceived.

KEYWORDS: Constitutional review of legislation; constitutional review models; judicial review in the United States; European constitutional review model; mixed models of constitutional review.

Fecha de recepción: 05 de septiembre de 2021

Fecha de aceptación: 07 de octubre de 2021

* Este texto retoma, en parte, algunos planteamientos del autor contenidos en la obra *El control jurisdiccional de la constitucionalidad. Elementos para el diseño de una eventual teoría*, publicada por la editorial Tirant lo Blanch en el año 2021.

** Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa. Estudió la maestría en derechos humanos y democracia en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales; actualmente se desempeña como profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. La historia como recurso para entender los orígenes del control de la constitucionalidad. II. Los orígenes del control de la constitucionalidad. III. Los modelos de control de la constitucionalidad. 1. La *judicial review of legislation* de los Estados Unidos y el modelo americano. 2. El modelo austriaco o europeo-continental. 3. Los modelos híbridos. 4. Francia y la evolución de su sistema de control. IV. Influencia histórica y difusión de los modelos de control. V. Fuentes consultadas.

I. LA HISTORIA COMO RECURSO PARA ENTENDER LOS ORÍGENES DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Los textos constitucionales de nuestro tiempo conviven con el pasado, pero se constituyen, sobre todo, como aspiraciones de futuro; esto es, como hojas de ruta o cartas de navegación que poseen las características de modelos amplios para la comunidad política que, al considerar el pasado, se orientan hacia el futuro; por ello, siempre tienen algo de “utopías concretas”.¹ Esta dicotomía demuestra que para configurar los elementos ideales, por medio de los cuales se pueda hacer la configuración política futura, es necesario dejar de lado la visión que presenta a la Constitución como una escisión entre el pasado y el presente o meramente como un punto de inflexión fundacional donde una generación impone las bases de la convivencia social partiendo de cero.²

Las constituciones son en nuestros días, como ha señalado Gustavo Zagrebelsky, pasado, presente y futuro. Son documentos que miran al porvenir al tener firme el pasado; es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer. Bajo esta perspectiva, “pasado y futuro se ligan en una única línea y, como los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional del pasado y, por tanto, a una constante redefinición de los principios de la convivencia constitucional”.³

¹ Véase al respecto la introducción de Miguel Carbonell al texto de Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 9-10.

² *Ibidem*, p. 11.

³ *Ibidem*, *passim*.

Conocer los orígenes de las instituciones que conforman los textos constitucionales es, consecuentemente, un elemento fundamental para determinar hacia dónde se dirigen y cuáles son los elementos que las caracterizan, así como aquellos que hay que preservar y fortalecer. Por esta razón, en las páginas que siguen, se pretende recapitular algunos datos que permitan saber cuáles son los orígenes de uno de los componentes más importantes de los textos constitucionales: el control de la constitucionalidad. La revisión que aquí se presenta busca contribuir a mejor entendimiento de la naturaleza de este tipo de control, de los fines que persigue y de los retos que tendrá que enfrentar.

No debe olvidarse que este tipo de control es el resultado de diversos factores que, considerados en su conjunto, han delineado una manera de asegurar la vigencia de las normas, principios y valores constitucionales. Si bien el control de la constitucionalidad es, hasta cierto punto, reciente en la forma que lo conocemos actualmente, la necesidad de defender los contenidos de las constituciones es tan antigua como la reflexión sobre los problemas del Estado.⁴ Si se revisa el pasado, será posible determinar que, desde tiempos muy remotos, se han buscado mecanismos que pudieran dar cierta estabilidad a las normas que regulan la convivencia política, a fin de defenderlas de los ataques constantes a los que son sometidas. Esta es la idea detrás de los instrumentos de control de la constitucionalidad, ya que —a pesar de los esfuerzos realizados en los diversos procesos constituyentes para esbozar un marco institucional adecuado sobre las formas de acción política y jurídica que hiciera improbables las violaciones a las normas constitucionales— lo cierto es que el respeto a los contenidos de las constituciones no se hubiera podido asegurar si no existieran medios para controlar el ejercicio del poder. Por esta razón, se han creado instrumentos específicos para ejercer este tipo de control y, de esa forma, poder construir un freno efectivo que evite los abusos por parte de la autoridad.

Dichos instrumentos han tenido un gran influjo en las ideas que actualmente existen sobre el control de la constitucionalidad, las cuales, hay que decirlo, no reflejan solamente el espíritu y la influencia de las fuerzas actuantes en el presente, sino también los cambios que han teni-

⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1988, p. 11.

do a través del tiempo. Por ello, se hace indispensable brindar, al menos de manera breve, un panorama histórico que haga posible reconstruir en el tiempo los procesos evolutivos del control de la constitucionalidad para entender de mejor forma las características que lo definen.

II. LOS ORÍGENES DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La idea de controlar el poder contemplando la existencia de un “parámetro superior” no es de ninguna manera nueva. Desde la antigüedad clásica estaba presente la conciencia de que en todo grupo social las normas por medio de las cuales se regulaba la vida común podían y debían estar sujetas a control. En principio, dicha idea derivaba, por un lado, de la convicción, religiosa o filosófica, de que la superioridad de ciertas normas encontraba su fundamento en principios considerados inviolables e inmutables que expresaban la coincidencia entre las leyes de Dios y las leyes de los hombres; sin embargo, esta no era la única razón por la que se pensaba que ciertas normas eran superiores, pues dicha convicción fue también resultado de acomodos largos y complejos entre las distintas clases sociales y los poderes que existían, concretados mediante la costumbre o en ciertos documentos formales.⁵

Dado que, como señala Manuel Aragón, el control es un elemento que no puede separarse del concepto de Constitución es innegable que, si hay antecedentes históricos importantes de las constituciones modernas, también deben existir precedentes significativos de órganos cuyo fin era proteger leyes que se consideraban superiores.⁶ Incluso podría decirse, como señala Dogliani, que la idea de supremacía está condicionada en buena medida por la existencia de este tipo de órganos.⁷

En la antigua Grecia, por ejemplo, la idea de supremacía derivaba de la distinción que existía entre *nomoi* y *psefismata*. Mientras que las primeras contenían de manera implícita aquellos elementos que definían la *civitas* y, por ende, se consideraban inmutables, los segundos constituían

⁵ Morbidelli, Giuseppe, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2a. ed., Monduzzi Editore, Bolonia, 1995, p. 46.

⁶ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002, pp. 83 ss.

⁷ Dogliani, Mario, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1994, p. 151.

resoluciones del pueblo que se discutían y aprobaban en la asamblea como leyes o decretos y, a diferencia de las *nomoi*, podían ser aprobados, modificados o sustituidos en cualquier momento, siempre que fueran acordes con estas últimas.⁸ Así, los límites a los *psefismata* se encontraban en la correspondencia de sus contenidos con las *nomoi* y, para que esos límites se respetaran, existía en Grecia la *graphé paranomon* o acción de ilegalidad. Esta acción era una medida de control por medio de la cual se podía acusar y procesar a un ciudadano por presentar a la Asamblea una iniciativa de *psefismata* que contraviniera las *nomoi* y que hubiera sido aprobada. En este caso, era el pueblo, por medio de un jurado popular que se elegía con un sorteo, quien resolvía la cuestión. Si la acción procedía y se lograba demostrar que el *psefismata* que había sido aprobado era contrario a las *nomoi*, se acreditaba la responsabilidad penal y se derogaba la ley o decreto sujeto a control.⁹

Además de la *graphé paranomon*, existen otros antecedentes importantes del control en la Magna Grecia. En aquel lugar, Carondas, un conocido legislador de la época, dictó una norma en la cual se establecía que cualquier persona que deseara proponer modificaciones a una ley, al hacer la propuesta, debía ponerse una soga al cuello y así esperar la deliberación del pueblo, de manera que si el cambio era admitido, pudiera partir libre; no obstante, en caso de que fuera rechazada por contravenir los principios fundamentales que regían a la comunidad, la consecuencia sería su estrangulación inmediata.¹⁰ En estos dos casos que, no hace falta decirlo, constituían formas extremas de control, la rigidez de las normas que eran consideradas superiores se aseguraba no

⁸ Ruipérez, Javier, *Libertad civil e ideología democrática. De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, p. 6 y ss. Ruipérez señala que esta distinción encuentra argumentos importantes en Aristóteles, para quien era necesario evitar que un gobierno ordenado como auténtica *politeia* pudiera degenerar en su forma impura (democracia/demagogia), algo que ocurriría cuando el pueblo, manipulado por demagogos, se convirtiera en un monarca plural y, como tal, hiciera prevalecer sus resoluciones sobre la ley. Para soslayar este peligro, se hacía indispensable, en consecuencia, establecer una norma suprema en la colectividad jurídico-política y, al mismo tiempo, limitar las posibilidades del cambio de las leyes.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2a. ed., Giappichelli, Turín, 2001, p. 25.

por medio de un procedimiento agravado de reforma, sino de sanciones graves si alguna ley inferior contravenía sus contenidos.

Existieron también otros esfuerzos significativos de control que, por su naturaleza, se volvieron fundamentales a lo largo de los años. Un ejemplo de ellos fue la manera como se ejercían labores de control en el Consejo de los 400 en Atenas (*Boulé*), que tenía como fin servir como freno a las funciones legislativas ejercidas por la Asamblea popular.¹¹ Otro ejemplo de la forma en que se ejercían labores de control en la antigüedad fue la participación de los *nomotethai*, un grupo de ciudadanos seleccionados para juzgar la constitucionalidad formal y material de las leyes en Atenas. Estos ciudadanos tenían el estatus de guardianes de las leyes y su función consistía en velar por que las nuevas leyes tuvieran coherencia con las demás leyes vigentes; así se preservaba la estabilidad del ordenamiento jurídico ateniense.¹² Demóstenes señala de manera clara en este sentido que:

¹¹ El Consejo de los 400 fue uno de los grandes aportes de Solón que se constituiría como un importante contrapeso a las decisiones de la *Ecclesia*. Esta institución política “influyó principalmente como instancia administrativa, deliberativa y judicial”. Un aspecto importante que debe señalarse es que, a partir de las reformas de Clístenes sobre la organización territorial y la propia *Boulé*, “ésta quedó integrada por 500 miembros, en vez de los 400 establecidos por Solón. El proceso de conformación de la *Boulé* se llevaba a cabo de la siguiente manera: cada uno de los 10 *Demos* de la *polis* aportaba 50 ciudadanos, los cuales eran elegidos por sorteo. La elección azarosa de los representantes de los *Demos* y el referido incremento de ciudadanos permitió a la *Boulé* tener una mayor representatividad democrática [...] La deliberación política ateniense se llevaba a cabo de la siguiente manera. Primero se discutían en la *Boulé* los asuntos que le constrañían a la propia *polis*. Una vez agotadas las discusiones, que podían tardar horas o días, se tomaban las decisiones correspondientes por mayoría democrática. Ya aprobadas por la *Boulé* dichas decisiones, entonces se turnaban a la *Ecclesia* para su respectiva aprobación”. Véase Mantilla Sahagún, Luis Roberto, “Instituciones, principios, actores y aspectos materiales de la democracia ateniense y su deliberación política”, en Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio (Ed.), *Antologías para el estudio y la enseñanza de la Ciencia Política*, vol. II: Régimen político, sociedad civil y política internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2017, pp. 36-41.

¹² Machado Martins, Priscila, “El control constitucional de las leyes en Atenas”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XXXIX, Valparaíso, 2017, p. 50.

[...] el procedimiento por el que Solón ordena se establezcan las leyes (y qué espléndido es), primeramente, ante vosotros, los jurados, ante quienes justamente también tienen lugar las demás ratificaciones; luego, anulando las leyes contradictorias, con el fin de que haya una sola ley acerca de cada una de las cuestiones y ese mismo hecho no inquiete a los particulares y las haga estar en inferioridad de condiciones con respecto a quienes conocen la totalidad de la legislación, antes bien, puedan todos leer los mismos textos y entender las disposiciones de derecho expresadas en forma sencilla y clara.¹³

Para los atenienses, como señala Priscila Machado Martins, no era lícita la derogación de una ley si dicho acto no se realizaba ante los *nomotethai* y, en ese caso, cualquier ciudadano podía presentar otra ley en sustitución de la que se pretendía derogar. De esta propuesta “se realizaba una votación a mano alzada, primeramente referida a la ley vigente, en el sentido de si al pueblo le parece o no apropiada, y, posteriormente, acerca de la propuesta de nueva ley, para que finalmente, sólo una de ellas resultase válida”.¹⁴

En Esparta existían, por su parte, los éforos de la Constitución que, instituidos por Licurgo, tenían como función preservar (incluso en ocasiones de manera autoritaria) las normas fundamentales de la ciudad-Estado. En principio, los éforos o administradores eran simples representantes de los reyes, a quienes se les nombraba para ayudarles en el desempeño de sus deberes; sin embargo, gradualmente, se fueron librando ampliamente de la vigilancia e intervención de los reyes y adquirieron una fuerza significativa hasta convertirse en elementos fundamentales en la defensa de la Constitución.

La idea planteada por Aristóteles acerca de que una ley injusta no era ley, más adelante tomaría nuevos bríos en Roma con la concepción de la *lex naturalis*, que no podía abrogarse ni derogarse. Las obras escritas por Cicerón en el derecho romano sobre la superioridad del *ius civile* respecto a otras formas de producción jurídica demuestran la importancia que en aquella época adquirió esta idea. Incluso, hay quienes refieren la

¹³ Demóstenes, *Discursos políticos*, Gredos, Madrid, 1985, p. 137.

¹⁴ Machado Martins, Priscila, *op. cit.*, pp. 50-51.

adscriptio con la cual el *ius* era declarado *sacrosanctum* como una fórmula que podía considerarse una clase de control de la constitucionalidad.¹⁵

Ahora bien, si se toma en cuenta lo sucedido en la Edad Media, tendría que recordarse que la tesis del derecho natural siguió teniendo fuerza y se proyectó incluso de forma importante en las obras de Santo Tomás de Aquino. Para el más notable representante de la escuela escolástica, una ley que contrastara con el derecho natural era injusta y, por tanto, no era obligatoria.¹⁶ Esa forma de pensar sería la antesala para construir la doctrina del derecho de resistencia, pero también para que la idea de la “ley superior” o natural fuera reconocida no sólo respecto a la voluntad del Emperador, sino incluso frente a los deseos del Papa. Este contexto tuvo efectos importantes en el ámbito jurisdiccional, pues el respeto y la importancia de la ley natural hacían que ésta pudiera, al menos en teoría, invocarse en los diversos procesos y prevalecer frente a la ley ordinaria.

Por su parte, en Inglaterra también pueden encontrarse documentos que contenían la idea de una ley inmutable. Entre ellos, se encuentran los *Agreements of the People* o el *Instrument of Government* de Cromwell que, aun cuando era una Carta “concedida”, no podía ser modificada por ninguna autoridad.¹⁷ Buena parte de la doctrina, sin embargo, considera como el primer antecedente del moderno control de la constitucionalidad de las leyes el caso del doctor Bonham, resuelto por la *Court of Common Pleas* en 1610. Sir Edward Coke, quien fungiera como *Chief Justice* de ese órgano jurisdiccional, al momento de resolver este caso, recurrió a las teorías tanto de Bracton como de Fortescue y expuso su noción de ley fundamental, a la que identificó sustancialmente con los principios del *Common Law*.¹⁸

¹⁵ Véase Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Turín, 2007, p. 12 y Corwin, Edward S., *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, Ithaca, 1971.

¹⁶ Sobre esta idea Ruiz Rodríguez, Virgilio, “Santo Tomás de Aquino en la Filosofía del Derecho”, *EN-CLAVES del pensamiento*, año X, núm. 19, México, 2016, p. 28.

¹⁷ Morbidelli, Giuseppe, *et. al.*, *op. cit.*, p. 874.

¹⁸ Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, p. 13.

En este célebre proceso, el médico Thomas Bonham, al haber ejercido la profesión sin la previa autorización del Colegio de Médicos de Londres, citado por los censores de este cuerpo colegiado, fue multado y, posteriormente, arrestado por reincidencia debido a que continuó ejerciendo como médico. El doctor Bonham apeló la decisión para que el arresto que había sufrido fuera declarado ilegítimo, tras negar la jurisdicción del Colegio londinense pues éste había actuado como juez y parte. Coke, al decidir el caso, falló a favor de Bonham citando el principio del *Common Law* según el cual *aliquis non debet esse iudex in propria causa, immo iniquum est aliquem suae rei esse iudicem*.¹⁹ Si bien la decisión de este caso es importantísima para el moderno derecho constitucional, no lo es menos la argumentación seguida por Edward Coke. Para dar fuerza a su decisión, Coke pone en duda la legitimidad de la ley invocada como base de la pretensión punitiva argumentando que: “... en muchos casos el derecho común puede servir como parámetro para controlar las leyes del Parlamento y, en ocasiones, para declararlas como leyes sin eficacia. De hecho, cuando una ley del Parlamento contraste con la justicia común y la razón o sea repugnante e inaplicable, es posible poner en duda su legitimidad con base en el derecho común y, si es necesario, declararla nula”. Los argumentos de Coke son de gran importancia dentro de los antecedentes del control de constitucionalidad pues, al considerar al *Common Law* no sólo como la ley fundamental del Reino, sino también como la encarnación de la razón y al hacerlo prevalecer frente a las leyes del Parlamento que, incluso, podrían ser declaradas ilegítimas (y en consecuencia no ser aplicadas), Edward Coke da un gran paso para sentar las bases teóricas que servirán a la construcción del Estado constitucional. Sin embargo, en Inglaterra los conflictos entre el parlamento y el soberano, así como los del poder judicial frente al legislativo, se resolvieron con la plena victoria de este último. Por esta razón, las ideas de Coke fueron abandonadas inmediatamente y, con ellas, el principio de que la voluntad de las asambleas representativas pudiera someterse a las decisiones de los jueces. En su lugar, se afianzó la idea de la omnipotencia del Parlamento que se expresaría con la famosa frase

¹⁹ Morrone, Andrea, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza e nelle fonti*, 2a. ed., CEDAM, Padua, 2007, p. 265.

de De Lolme, para quien éste podía hacerlo todo, excepto transformar un hombre en mujer.²⁰

En Francia, por su parte, se presentó una contradicción importante en materia de control. El influjo de las ideas de Montesquieu y Rousseau sobre el papel meramente declarativo de los jueces hacía muy difícil pensar en otorgar a estos cualquier tipo de control de las leyes aprobadas por los representantes de la Nación²¹ y, además, los planteamientos de la Ilustración exigían que la división de poderes y la tutela de los derechos fueran garantizados por el texto constitucional.²² Ante esta situación, los franceses adoptaron una solución diversa a la encontrada en Inglaterra. En Francia, debía existir sin duda un control, pero no podía ser ejercido por los jueces, sino por el poder legislativo o, al menos, por órganos que participaran en el procedimiento de creación de las leyes. Este control debía ser, por ende, preventivo de manera que el acto de control asumiera la misma naturaleza que la ley al ser contemplado en el procedimiento para su producción.

De esta manera, la Constitución francesa de 1799 confió a un Senado Conservador el control preventivo de la constitucionalidad. Regulado en el Título II, este órgano de control tenía como cometido princi-

²⁰ Véase Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, p. 13 y Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, Madrid, 1986, p. 29, quien señala la discutida paternidad de esta frase entre De Lolme y Bagehot.

²¹ En Francia, desde un primer momento, como señala Javier Pardo Falcón, “el constitucionalismo revolucionario identifica la soberanía *nacional*, solemnemente reconocida en el artículo 3 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, con la soberanía del órgano en que aquélla se deposita, es decir, con la soberanía *parlamentaria*. En consecuencia, la ley que emana del mismo, ‘expresión de la voluntad general’, según la fórmula empleada por el artículo 6 de dicho texto, no puede ser, en tanto que tal, sino un acto necesariamente ajustado a la Constitución”. Pardo Falcon, Javier, “Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 72, Madrid, 1991, pp. 244-245.

²² En este contexto, fracasaron diversos intentos de concebir mecanismos de control como el proyecto de *jurie constitutionnaire* presentado por Sieyès el Segundo Termidor del año III, que “Constituye entonces el intento más avanzado de creación de un sistema de control de constitucionalidad a cargo de un órgano distinto del poder judicial”. *Ibidem*, p. 246.

pal, de acuerdo con el artículo 21 de la norma fundamental francesa, mantener o anular todos aquellos actos que le hubieran sido referidos como inconstitucionales por el Tribunal o por el Gobierno. Años más tarde, el Senadoconsulto orgánico de 28 de Floreal del año XII (18 de mayo de 1804), por el que se proclama el Imperio, “mantiene el Senado conservador en el ejercicio de esta competencia (art. 70) e incluso le atribuye otras nuevas que refuerzan la naturaleza política del órgano”. Además, modificó el muy complejo procedimiento mediante el cual se elegía a sus miembros y atribuyó, en la práctica, a Bonaparte la facultad de nombrarles a todos, lo que lo privó de cualquier forma de independencia a este órgano.²³

La Restauración monárquica supuso un paréntesis en la historia del constitucionalismo en Francia y, en consecuencia, también en el desarrollo de positivo y en la doctrina del control de la constitucionalidad de las leyes. En ese periodo se entendió que si la norma fundamental del Estado provenía exclusivamente del monarca al ser una Carta otorgada, también era exclusivamente este a quien le correspondía garantizar su cumplimiento, concretamente en el momento de darle fuerza obligatoria a las leyes por medio de su promulgación.²⁴

Más tarde, durante la vigencia de la Constitución de 1848, con la cual se proclamó la Segunda República, tampoco supuso avances en lo que se refiere al control de la constitucionalidad, por lo que será hasta que se aprueba el texto fundamental de 1852, con el cual se abriría el paso al Segundo imperio, que resurgiría la idea de un control de la constitucionalidad de las leyes, pero que se plantearía desde una perspectiva muy semejante a la del Imperio Napoleónico. En la norma constitucional de 52, se crearía un Senado calificado como el guardián del pacto fundamental y de las libertades públicas. No sería exactamente una segunda Cámara en la estructura orgánica, sino una institución que, entre otras atribuciones, conocía preceptivamente del contenido de todas las leyes y que podía oponerse a la promulgación de aquellas que fueran contrarias o atentaran contra la Constitución, la religión, la moral, la libertad de cultos, la libertad individual, la legalidad, la inviolabilidad de la propie-

²³ *Ibidem*, pp. 247-248.

²⁴ *Ibidem*, p. 249.

dad, el principio de inamovilidad de la magistratura, así como a aquellas leyes que pudieran comprometer la defensa del territorio. De la misma manera, se le confería al Senado la competencia para ratificar o anular actos que fueran calificados como inconstitucionales por el Gobierno o denunciados, debido a la misma causa, por los ciudadanos. Este intento de instaurar un órgano encargado del control no logró concretar un sistema efectivo para defender los contenidos constitucionales pues, de la misma manera que el Senado conservador del Primer Imperio, tuvo un carácter eminentemente político y sus miembros carecían de la independencia necesaria para cumplir sus cometidos.²⁵ Esta tendencia cambió únicamente con la Constitución de la IV República, en la que el control fue asignado a un *Comité constitutionnel*; sin embargo, las garantías de independencia de este órgano eran muy dudosas y tanto el objeto de control como las modalidades de acceso eran muy restringidas.²⁶

Como puede apreciarse, la idea de hacer respetar la conformidad de las normas del ordenamiento con una “ley superior” no es nueva y ha estado acompañada de la existencia o la construcción teórica de medios de garantía y control que son antecedentes del actual control jurisdiccional de las leyes.²⁷

III. LOS MODELOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Los antecedentes a los que se ha hecho referencia abrieron la puerta a nuevas formas de control que se fueron consolidando como modelos con el paso del tiempo. Conocer estos modelos es importante porque la elección de uno de ellos evidencia exigencias profundas de la vida colectiva e incide marcadamente en la dinámica institucional. Como ya se ha dicho, el fin último del control es garantizar un adecuado ejercicio del poder y, con ello, asegurar la protección de los derechos y las liberta-

²⁵ *Ibidem*, p. 250.

²⁶ Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

²⁷ Además de los ejemplos mencionados, pueden referirse también el Tribunal Supremo y la Suprema Corte de Justicia imaginados por Antonio Rosmini en sus proyectos de Constitución, los censores de la Constitución de Pennsylvania de 1776, el *Senato conservatore* de Romagnosi, etc. Véase Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonino, *op. cit.*, p. 26.

des fundamentales de las personas. Para la consecución de este fin, por tanto, es necesario establecer una serie de mecanismos por medio de los cuales sea posible controlar la esfera de la política a la luz del parámetro constitucional e imponer a todos los poderes públicos el respeto de las normas, principios y valores contenidos en la Constitución y que conforman el fundamento de la sociedad y del Estado.²⁸ Precisamente por la exigencia de proteger este fundamento, el funcionamiento práctico de los sistemas de control de la constitucionalidad que operan en el mundo ha hecho surgir una gran cantidad de variantes aplicativas que tienden a ordenarse en direcciones diversas.

1. *LA JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION DE LOS ESTADOS UNIDOS Y EL MODELO AMERICANO*

Entre los sistemas de control de la constitucionalidad, el nacido en los Estados Unidos de América puede considerarse, sin duda, un modelo de control que ha influido de manera importante en muchos de los modelos que, desde el siglo XIX, se han ido afianzando. Nadie puede negar que la Suprema Corte de ese país, por el importante papel que juega en el sistema de frenos y contrapesos norteamericano, ha servido siempre como modelo de referencia para muchos ordenamientos constitucionales. Las razones del carácter modélico de esta Corte pueden ser muchas, pero puede decirse que la que más ha caracterizado el papel de los jueces norteamericanos y les ha dado un papel por demás trascendente es su potestad de *judicial review of legislation*, esto es, de controlar la constitucionalidad de las leyes.

A diferencia de lo que ocurrió en Inglaterra donde la doctrina de Edward Coke fue abandonada, en los Estados Unidos, desde la segunda mitad del siglo XVIII, diversos pensadores ejercieron un influjo importante en las ideas de la gente de esta nación afirmando que una ley contraria a la constitución era nula.²⁹ En esta época, la idea de un derecho

²⁸ Cheli, Enzo, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bolonia, 2005, p. 9.

²⁹ Philip B. Kurland incluso señalaba que la historia norteamericana dejaba claro que el primer paso constitucional no fue la Carta Magna, sino la versión de Coke de esa Carta. Véase Kurland, Philip B., "Magna Carta and constitutionalism in the United

fundamental (*higher law*) se fue afianzando en la mente de los colonos americanos en su lucha contra la Corona inglesa, a la que reprochaban desconocer sus derechos personales y colectivos. Como lo señala García de Enterría, ese “derecho más alto” es donde se funda la rebelión de los colonos y su afirmación puede encontrarse en las primeras proclamaciones del nuevo orden. Ya en los famosos argumentos de James Otis en el *Writs of Assistance case*, de 1761 (que según Adams significa una premisa importantísima para el nacimiento de la independencia) se atacan las medidas fiscales que azotan a los colonos como contrarias a *the fundamental principles of law*, de lo que se deduce que una ley contraria a la constitución es nula y que los Tribunales deben inaplicarlas. Igualmente Sharp, en su libro *A declaration of the people's natural right to a share in the legislature* de 1774 juzga, con base en la Carta Magna, que el juicio por los pares y no por jueces extraños es “el primero y más esencial derecho de la Constitución”, al estimar que juzgar irlandeses (o americanos) en Inglaterra era contrario al derecho supremo y que la ley que lo autorizaba era, por tanto, inconstitucional.³⁰

Con todas estas doctrinas, se rompe la idea de la soberanía absoluta del Parlamento para dar paso a una nueva concepción en la cual la Constitución, resultado de las aspiraciones y los sentimientos del pueblo norteamericano, se convertía en el parámetro válido que debía prevalecer incluso frente a la voluntad del legislador. La gran aportación de los Estados Unidos al Estado constitucional es precisamente esta idea, pero no menos importante es la manera como se decide en este país la forma de hacerla valer.

La idea de una ley superior que funcionara como protección para los individuos, para ser efectiva necesariamente tenía que garantizarse por medio del control; por ello, en norteamérica se adopta como mecanismo para lograr este fin un medio de control en el que el poder judicial juega un papel trascendental: la *judicial review*. La adopción de esta forma de control encuentra sus fundamentos en la evolución constitucional americana inspirada en la organización jurídica desarrollada por Hamilton en

States: ‘The noble lie’”, en Thorne, Samuel E. *et al.*, *The Great charter: four essays on Magna carta and the history of our liberty*, Pantheon Books, Nueva York, 1965.

³⁰ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4a. ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 57 y 58.

el capítulo LXXVIII de *El Federalista*.³¹ Al afirmar la fuerza del poder judicial y la importancia de su papel dentro del sistema de separación de poderes, Hamilton reflexiona sobre el control de la constitucionalidad de leyes, al basarse en la configuración de la Constitución como acto del pueblo y en la legislación como acto de una Asamblea que obra por medio de un poder que le es delegado por el pueblo. Hamilton señala sobre este punto que todo acto de autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Esta premisa le da la pauta para concluir que ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido, pues negar esto “equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben”.³²

En *El Federalista*, Alexander Hamilton propone también la idea de concebir la constitución como la ley fundamental, que posteriormente será recogida en la propia Constitución federal de 1787 cuyo artículo VI, sección 2, establecerá la cláusula básica que proclama a la constitución como *the supreme law of the land*. Es esta idea de supremacía expresamente contenida en el texto constitucional, que vincula al juez con los preceptos de la norma fundamental de manera que una ley del Parlamento sólo puede aplicarse si es conforme a la constitución. De esta manera se forja la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución y la instrumentación a favor del principio de *judicial review*, que reconocerá el poder de las cortes para declarar nulas las leyes contrarias al texto constitucional.³³ Este poder, aunque implícito en la Constitución mediante la *supremacy clause*, se vio materializado sólo en 1803, en la sentencia que John Marshall, *Chief Justice* de la Suprema Corte en aquella época, dictó en relación con el famoso caso *Marbury vs. Madison*.³⁴ En

³¹ Hamilton, Alexander, James Madison y John JAY, *El Federalista*, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 330 y ss.

³² *Idem*.

³³ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 61.

³⁴ Esta sentencia, aunque es la primera a nivel federal, no es la única que en aquella época se refería al control jurisdiccional. Entre la Independencia y el año en que se dictó la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, las Cortes de los estados habían ejercido el poder de declaración de inconstitucionalidad al menos veinte

este caso, después de encontrarse que la *Judiciary Act* era contraria a la Constitución por vulnerar el ámbito de competencias que esta le atribuía, se planteó qué consecuencia tenía que recabarse de ello: si seguir la ley o seguir la Constitución.³⁵ Marshall decidió la cuestión con los siguientes argumentos:

Entre estas dos opciones no hay término medio. O la Constitución es un Derecho superior, principal e inmodificable a través de mecanismos ordinarios o, por el contrario, se sitúa al mismo nivel que las leyes ordinarias, y como toda Ley es modificable cuando así lo disponga la voluntad del legislativo.

Si la primera parte de la alternativa fuese cierta, entonces una Ley contraria a la Constitución no es Derecho. Si la cierta fuese la última parte, entonces las Constituciones escritas no serían más que intentos absurdos del pueblo de limitar un poder que por naturaleza escaparía a todo límite.

Está claro que todos aquellos que han dado vida a la Constitución escrita la han concebido como el Derecho fundamental y supremo de la nación y, consecuentemente, la regla que debe aplicarse es que toda Ley contraria a la Constitución es nula.³⁶

Estos párrafos constituyen el antecedente más importante del control jurisdiccional de constitucionalidad, pero no son los únicos por medio de los cuales Marshall reafirma el papel del Poder Judicial cuando interviene en este tipo de control. Al respecto, en esta misma sentencia, el más conocido *Chief Justice* de la historia de los Estados Unidos señala que:

Sin ningún género de duda, la función y la responsabilidad del poder judicial consiste en determinar qué es y cuál es el derecho. Aquellos que aplican el Derecho a los casos particulares deben

veces en relación con normas estatales, porque la solución venía postulada por las concepciones básicas presentes en la constitución. Véase Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, p. 24.

³⁵ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (eds.), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2a. ed., Centro de Estudios Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, pp. 95-97.

³⁶ *Ibidem*, p. 117.

por necesidad explicar e interpretar las normas. Si dos normas entran en conflicto, los Tribunales deben decidir cuál es la aplicable al caso.

De este modo, si una Ley está en contradicción con la Constitución, y si ambas, la Ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, entonces el Tribunal debiera decidir este caso de conformidad con la Ley, rechazando la Constitución, o de conformidad con la Constitución, rechazando la Ley. El Tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso. Ése es el verdadero sentido de la función judicial.

Si los Tribunales deben tomar en consideración la Constitución y la Constitución es superior a cualquier Ley ordinaria que haya aprobado el poder legislativo, será entonces la Constitución y no la referida Ley la que resolverá la controversia a la cual las dos podrían en principio aplicarse.³⁷

Como puede verse, la sentencia dictada por Marshall no sólo estableció un sistema de control de constitucionalidad, sino que también ofreció sus rasgos principales que determinaban este modelo de control como difuso que se extendería a muchos países alrededor del mundo.

2. EL MODELO AUSTRIACO O EUROPEO-CONTINENTAL

En Europa, aun cuando la experiencia norteamericana era conocida mediante los escritos de Jellinek y Mall, la idea de un control difuso de constitucionalidad no cobró la fuerza necesaria para servir como modelo. En este continente, donde para la mayor parte de los sistemas el precedente judicial en lo individual no tenía fuerza de ley, el control difuso no representaba un sistema de garantía realmente eficaz y, por tanto, se buscaron nuevas construcciones teóricas para idear un sistema de control de constitucionalidad adecuado a las necesidades europeas.

Carl Schmitt, a principios del siglo XX, había advertido una de las características de la realidad del continente europeo: la demanda de un protector de la constitución suele ser un síntoma que evidencia situaciones críticas para la propia constitución. Así fue desde que —en el

³⁷ *Idem*, p. 118.

contexto de los procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII— surgieron los primeros textos que pueden calificarse de constitucionales en sentido moderno, técnico y actual. Además, no deja de ser sintomático que en Europa, durante el proceso revolucionario francés, cuando las fuerzas de la reacción, nobleza y alto clero unieron sus energías en una campaña dirigida a acabar con la revolución, surgiera un periódico titulado *Le défenseur de la Constitution*.³⁸ Los procesos de evolución constitucional que se presentaron en el continente europeo habían impregnado la ideología dominante con la concepción de constitución como norma fundamental, pero al mismo tiempo reforzaron el papel de la soberanía en el debate constitucional; así se formó una contraposición importante entre derecho y poder cuyo resultado fue que la materia prima de carácter teórico para determinar el sistema de control de constitucionalidad que debía construirse no fuera homogénea. Esta situación, sin embargo, auspició uno de los debates teóricos más interesantes que se ha dado en la doctrina constitucional: la polémica sostenida por Kelsen y Schmitt sobre quién debía ser el defensor de la constitución.

Esa polémica, donde Kelsen resultaría el triunfador, daría como resultado la concepción teórica de lo que posteriormente se materializaría en el sistema austriaco de control de constitucionalidad. El sistema ideado por el maestro de la Escuela de Viena fue adoptado en la postguerra de 1919, aunque con matices significativos, en la Constitución austriaca de 1920 y perfeccionado en su reforma de 1929, en la que se instituyó un Tribunal constitucional federal (*Verfassungsgerichtshof*), competente para juzgar sobre el respeto del texto constitucional y de las competencias repartidas entre el *Bund* y los *Länder* y también revisando la constitucionalidad de las leyes.³⁹

³⁸ Tajadura Tejada, Javier, “Hans Kelsen: un jurista demócrata ante la crisis de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, México, 2008, pp. 921 y 922.

³⁹ Sobre el punto véase Olivetti, Marco, “La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)”, en Groppi, Tania y Olivetti, Marco (eds.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milán, 2003.

El sistema asutriaco-kelseniano, como señala García de Enterría, difiere del de la *judicial review* americana en puntos decisivos. Frente al llamado “control difuso” de los Estados Unidos, que implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar las leyes cuando las juzgan contrarias a la constitución (multiplicidad de control en el que, sin embargo, pone orden el principio del *stare decisis*), el sistema kelseniano configura un “control concentrado”, confiado a un solo Tribunal constitucional, habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una ley. Esta variante esconde una importante significación por encima de su simple apariencia práctica. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes en Austria se configura como una función constitucional que no es propiamente judicial, sino, en los explícitos términos de Kelsen, de “legislación negativa”. En concreto, dentro de este sistema, el Tribunal constitucional no enjuicia, salvo en el caso de violación directa de los derechos protegidos constitucionalmente, ningún supuesto de hecho singular, sino sólo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica (*Vereinbarkeit*) entre el pronunciamiento, también abstracto, de una ley y la norma (abstracta) de la constitución.⁴⁰

Este rigor lógico hace que, hasta que el Tribunal constitucional no haya declarado una ley como inconstitucional (declaración que tiene efectos *erga omnes*) dicha ley es válida, lo que justifica que los jueces y tribunales ordinarios no puedan inaplicarla. Lo que se da entonces, a diferencia de cuanto sucede en la *judicial review*, es un vicio de anulabilidad, de donde se infiere la naturaleza constitutiva de este tipo de sentencias del Tribunal constitucional y su valor *ex nunc* (no retroactivo) y sólo *pro futuro*.⁴¹

Estos rasgos fundamentales del modelo kelseniano se fueron adaptando a la realidad austriaca con el paso del tiempo y, asimismo, muchas de las características propias de este sistema de control trascendieron las fronteras de Austria y encontraron una importante aceptación en muchos países que las consideraría para forjar sus propios sistemas.⁴²

⁴⁰ Véase Volpe, Giuseppe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1977, p. 151.

⁴¹ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

⁴² Alfonso Celotto señala que: “A pesar de que el Tribunal constitucional austriaco -cuyas funciones fueron paralizadas en 1933- no hubiese logrado defender

3. LOS MODELOS HÍBRIDOS

El sistema estadounidense de la *judicial review* y el austriaco de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* son modelos que generalmente se contraponen en las clasificaciones doctrinales. Estos modelos, que han servido como prototipos a diversas experiencias, son usados como punto de partida en muchos de los intentos de clasificación que se hacen sobre los sistemas de control constitucional; sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, los juristas han comenzado a asociar a estos sistemas un tercer modelo, en el cual pueden encontrarse características típicas del modelo norteamericano (ciertos caracteres del control difuso aunados a la incidentalidad de las formas de acceso) unidas a elementos característicos de la construcción kelseniana (decisiones con efectos *erga omnes* tomadas por un órgano jurisdiccional).⁴³

Esta tercera clase de control se suma a los dos modelos paradigmáticos que se habían desarrollado hasta principios del siglo XX. Los sistemas de control de la constitucionalidad que pertenecen a este modelo toman de la doctrina de Kelsen muchos aspectos que habían sido dejados de lado, al menos en un principio, cuando se plasmaron en la constitución austriaca las ideas del profesor de las universidades de Viena y Colonia. Entre estos, el aspecto principal que se incluye en sistemas de control de constitucionalidad como el italiano, el alemán y parcialmente en el español, está representado por las formas en que las cuestiones que tienen que ver con la inconstitucionalidad de una ley llegan al órgano competente para conocer de ellas.

En los Estados Unidos, como se ha mencionado, cada juez puede y debe dejar de aplicar la ley que considera inconstitucional. Por su parte, en Austria, de acuerdo con las premisas teóricas de Kelsen, el único órgano que puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes era y es incluso hasta ahora el Tribunal constitucional. A este Tribunal, en los orígenes del sistema austriaco, podían acceder exclusivamente (salvo en

la Constitución de los asaltos del nacionalsocialismo, el modelo kelseniano encontró grandísimo eco en los Estados europeos”. Celotto, Alfonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, México, 2004, p. 7.

⁴³ Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, p. 35.

los casos de recursos individuales) las autoridades federales o locales legitimadas para ello. Sin embargo, lo que caracteriza al tercer modelo es que el órgano encargado de declarar la inconstitucionalidad es, como en el modelo kelseniano, un órgano único y especializado, pero al igual que en los Estados Unidos, en estos sistemas los jueces ordinarios participan en el ejercicio del control de constitucionalidad, aunque en modo peculiar pues, en ciertas circunstancias, deben realizar un juicio preliminar de conformidad constitucional de las leyes que se ven obligados a aplicar en el caso concreto y, si con este juicio se plantean la duda (o tienen una razonable certeza) sobre el contraste entre la ley y el texto constitucional, entonces deberán hacer del conocimiento del Tribunal constitucional este hecho, para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la ley. Esa forma de acceso se conoce como incidental o de excepción.⁴⁴

Este tipo de control —que ha sido adoptado también en algunos ordenamientos de Europa del este y en ciertos países latinoamericanos— ofrece ventajas en términos de certeza jurídica. De hecho, debido a que en gran parte de los ordenamientos de *civil law* los precedentes no son vinculantes, no hubiera sido posible ni siquiera pensar que en ellos los jueces tendrían la facultad discrecional para dejar de aplicar las leyes que consideraban inconstitucionales. Este problema se resuelve dentro del modelo que se trata, por medio de la vía incidental, que remedia además el déficit de “justicia constitucional” que las dificultades de acceso implican en los sistemas en que sólo pocos sujetos institucionales pueden remitir una cuestión al Tribunal constitucional. La introducción de este sistema en Italia y Alemania reflejó, además de la influencia de Kelsen, ciertos caracteres del modelo norteamericano. Estas dos experiencias fueron las propuestas más cercanas (obra de Calamandrei en Italia y de Nawiaskey en el caso alemán) a las ideas kelsenianas en las que no se imponen, aunque permanecen, importantes rasgos técnicos del modelo austriaco, como la acción directa y los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad.⁴⁵ Sin embargo, la original construcción de Hans Kelsen, que preveía la sanción de anulabilidad para las leyes inconstitucionales, en lógico correlato con su concepción de Tribunal Constitucional como legislador negativo, se superó. Y ello fue debido, en

⁴⁴ *Ibidem*, p. 36.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

gran medida, como se ha visto, a la incorporación de elementos propios de la tradición norteamericana de control de constitucionalidad, que hoy demuestra que la distinción entre el sistema americano y austriaco se está difuminando.⁴⁶ Sin embargo, el elemento que determina las características de control difuso en este tercer modelo, se encuentra sólo en la fase introductiva del proceso y no en la decisoria. Esta situación ha hecho que muchos sistemas de control de constitucionalidad queden fuera del campo que engloba este tercer modelo.

El hecho de que existan diversos ordenamientos en que la hibridación se da de manera diversa y con características del todo peculiares, ha ejercido una influencia determinante para que se hable de la existencia de un *quartum genus* de control jurisdiccional de constitucionalidad.⁴⁷ Dentro de este cuarto modelo, las variantes son muy diversas entre sí, pero la característica que acerca a todos los sistemas que son encuadrados en él es un grado de hibridación importante entre los sistemas austriaco y norteamericano.

4. FRANCIA Y LA EVOLUCIÓN DE SU SISTEMA DE CONTROL

La evolución del sistema francés de control de constitucionalidad ofrece variantes interesantes que deben considerarse si se quiere completar el cuadro de los prototipos de sistemas de control que se han afianzado en el mundo. La peculiaridad del caso francés deriva, principalmente, de la fuerza que adquiere la idea de la soberanía del parlamento mediante la historia de este país.

A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, donde la idea de soberanía parlamentaria carece de arraigo probablemente porque para los ciudadanos de este país la hegemonía parlamentaria tiene el odiado significado hegemonía del Parlamento británico, en Francia, como ya se ha dicho, el constitucionalismo revolucionario identifica la soberanía nacional con la del órgano en que aquélla se deposita, es decir, con

⁴⁶ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 33 y 34.

⁴⁷ La clasificación en cuatro modelos ha sido desarrollada por Lucio Pegoraro en *Giustizia costituzionale comparata*, cit, pp. 17 y ss.

la soberanía parlamentaria. En consecuencia, la ley que de él emana, “expresión de la voluntad general” según la idea de Carré de Malberg, no puede ser, en tanto que tal, sino un acto necesariamente ajustado a la Constitución.⁴⁸ De hecho, hay quienes señalan que en la historia de Francia, la Constitución cedía ante la ley y no la ley ante la Constitución, lo que significaría que la ley, última expresión de la voluntad del pueblo, tiene el mismo valor jurídico que la Constitución.⁴⁹ Se llega así a la Constitución de 1958 y al nacimiento de la Quinta República con un control de constitucionalidad efectivo que, como se ha visto, se encontraba pendiente de creación. Sin embargo, este texto fundamental va a poner fin a dicha circunstancia al conferir el control de constitucionalidad de las leyes a un nuevo órgano: el *Conseil constitutionnel*.

En este contexto, se da en Francia una verdadera revolución jurídica al instituir un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes de tipo preventivo, que el Constituyente quiso que fuera eficaz y capaz de mantener al Parlamento dentro de facultades limitadas a las materias señaladas por la constitución. Al definir el ámbito legislativo estrictamente delimitado y al disponer que todas las materias que no son incluidas en este ámbito son reglamentadas por el gobierno, la Constitución de 1958 abandona la doctrina de la soberanía parlamentaria y legislativa, erige al gobierno al rango de legislador común y hace necesario un control del cumplimiento por parte del Parlamento de sus facultades y, al mismo tiempo, protege las del gobierno.⁵⁰ El constituyente francés, al instaurar

⁴⁸ Pardo Falcón, Javier, *op. cit.*, pp. 244 y 245.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 587. Véase también Turpin, Dominique, *Le Conseil constitutionnel*, cit. pp. 13 y 14. El Comité constitucional no tiene naturaleza jurisdiccional pues, como indica Pardo Falcón “existe un acuerdo unánime en considerar que el Comité Constitucional no responde en modo alguno a las características de una jurisdicción constitucional, tratándose más bien de un órgano que realizaba una tarea política de conciliación y arbitraje entre ambas Cámaras. En este sentido, no deja de ser significativo el hecho de que en ninguna parte de la Constitución se haga referencia a un hipotético control de constitucionalidad. En realidad, como ha destacado la doctrina, lo que hace el Comité Constitucional es todo lo contrario: efectuar un control de legalidad de la Constitución”. Pardo Falcón, Javier, “Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia”, cit., p. 257.

⁵⁰ Laferrière, François Julien, “Las insuficiencias del control de la constitucionalidad de leyes en Francia”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004, p. 589.

el Consejo constitucional, en principio no pretende crear un órgano de control del contenido de las leyes o de protección de los derechos individuales, sino de la conformidad de las leyes a las reglas de competencia, a fin de mantener al poder legislativo en su ámbito y evitar que invadiera el ámbito del poder ejecutivo. Esta situación hizo que en los primeros años de su existencia, el Consejo constitucional hiciera poco uso de sus facultades; sin embargo, la situación cambió radicalmente en 1971, cuando a petición de Alain Poher, presidente del Senado en ese entonces, se atribuyó al Consejo la facultad de verificar la conformidad de las leyes no solamente con los artículos de la Constitución de 1958, sino también con su preámbulo y, consiguientemente, con el preámbulo de la Constitución de 1946 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.⁵¹

Esta situación, aunada a la posibilidad que en 1974 se dio a un grupo de sesenta diputados o sesenta senadores, de someter una ley al control de la constitucionalidad (*saisine parlementaire*), hizo que el Consejo adquiriera un papel fundamental en la vida política y jurídica francesa. Desde esa época, el gobierno al elaborar los proyectos de ley y el parlamento al votarlos, siempre contemplan la posibilidad de que el Consejo constitucional declare la ley contraria a la Constitución y prohíba su promulgación. De este modo, la mera amenaza de una declaración de inconstitucionalidad disuade a los actores del procedimiento legislativo de asumir el riesgo de adoptar disposiciones cuya conformidad con la Constitución sea dudosa.⁵²

No obstante, el control de constitucionalidad de leyes que realiza el Consejo constitucional hasta los primeros años del presente siglo era un control exclusivamente *a priori*, que sólo era efectuado con carácter preventivo antes de la promulgación de la ley; por lo tanto, antes que la ley entrara en vigor y fuera concretamente aplicada. Esta situación dota de una peculiaridad importante al control en la Francia de la Quinta República. Empero, la evolución que ha vivido el sistema de control en Francia, con la introducción de formas de control de constitucionalidad

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Ibidem*, p. 590.

sucesivo en los últimos años, hacen del control ejercido por el Consejo constitucional un control peculiar de carácter jurisdiccional.

Ya desde el año 2003, el Consejo había iniciado una nueva etapa al permitirse el acceso al control, al tenor del artículo 10 de la ley constitucional 2003-276, a los entes de ultramar interesados cuando constatasen que una ley estatal había invadido su competencia. Sin embargo, esta modificación no había convencido a muchos doctrinarios sobre el carácter jurisdiccional del control en Francia y muchos de ellos seguían pugnando por el establecimiento en este país de formas de control sucesivo. Este afán por parte de la doctrina se vio materializado (aunque sea parcialmente) con la reforma constitucional del 23 de julio de 2008, mediante la ley constitucional 2008-724, que añadió una nueva forma de control sucesivo de constitucionalidad. Con esta reforma, como señala Favoreau, se da una revolución en el control de constitucionalidad à la française,⁵³ pues se añade a la Constitución un artículo 61-1 que establece que: “Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo constitucional que se pronunciará en un plazo determinado”. Bautizada generalmente como *exception d'inconstitutionnalité*, esta nueva forma de acceso al Consejo constitucional, no deja duda del carácter jurisdiccional del modelo francés y, además, se muestra como una etapa importante del proceso evolutivo del control de constitucionalidad en Francia.

⁵³ Favoreu, Louis y Philippe, Xavier, *La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958*, Documento del Conseil constitutionnel, París, 2008, p. 9.

IV. INFLUENCIA HISTÓRICA Y DIFUSIÓN DE LOS MODELOS DECONTROL

El desarrollo que ha tenido el control de la constitucionalidad a lo largo del tiempo y la forma como se han afianzado y difundido sus modelos dan muestra de la necesidad que existe en los Estados de limitar el ejercicio del poder. Hoy hablar en el mundo de un Estado liberal-democrático significa también referirse a la existencia de un sistema de control de contitucionalidad con el que se asegura la vigencia de la norma fundamental. Esta evolución del control, se ha visto reforzada con la matriz expansionista del control jurisdiccional de constitucionalidad, que ha hecho posible la circulación de los modelos austriaco, norteamericano, incidental, preventivo y de las diversas combinaciones que entre estos se han generado.

Las razones de esta difusión son muchas. Entre ellas, son evidentes la superación de las viejas ideas de la soberanía parlamentaria, el afianzamiento del pluralismo, la consolidación de la jurisdicción constitucional como una instancia irrenunciable para las democracias, el nacimiento de la idea de Estado constitucional y la evolución del derecho constitucional comparado que ha permitido, por medio de la observación y la circulación de los estudios sobre los sistemas de control, concebir nuevos instrumentos tendientes a garantizar la vigencia del texto constitucional.

De hacerse un recorrido por todos los continentes, se podría comprobar que los modelos prototípicos de control de la constitucionalidad han ejercido una gran influencia más allá de las fronteras en que fueron concebidos; sin embargo, cada sistema, dentro del marco del Estado nacional, adopta características que lo definen y diferencian de los demás o en muchas ocasiones se inspira en más de un prototipo, por lo que las formas y tipologías que este control puede asumir son muy diversas en razón de las múltiples variables que pueden combinarse de forma distinta, así como del papel que juega el sistema de control en el ámbito institucional. Por tanto, si los constituyentes y legisladores diseñan sistemas de control de la constitucionalidad con el fin de alcanzar el máximo posible de armonía y racionalidad en un territorio determinado, deben, además, considerar la estratificación de textos normativos, de orientacio-

nes políticas, de la propia y peculiar evolución histórica, de influencias culturales y de un dispar conjunto de variables difícilmente reconducibles a criterios racionales unívocos.⁵⁴ De otra forma, se correría el riesgo de concebir mecanismos que no correspondan a la forma en que se ejerce el poder en un determinado contexto. Conocer los orígenes y modelos del control de la constitucionalidad puede ser, en consecuencia, una vía para pensar con mejores bases en los retos y fines que derivan de este ejercicio y, de esta forma, proyectar mejores soluciones al momento de determinar las características procesales, funcionales y organizativas del control en un Estado determinado.

V. FUENTES CONSULTADAS

- Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002.
- Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (eds.), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2a. ed., Centro de Estudios Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006.
- Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, Madrid, 1986.
- Celotto, Alfonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, México, 2004.
- Corwin, Edward S., *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, Ithaca, 1971.
- Cheli, Enzo, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bolonia, 2005.
- Demóstenes, *Discursos políticos*, Gredos, Madrid, 1985.
- Dogliani, Mario, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1994.
- Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, México, 2008.
- Favoreu, Louis y Philippe, Xavier, *La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958*, Documento del Conseil constitutionnel, París, 2008.
- Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 2007.

⁵⁴ Pizzorusso, Alessandro, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, Bolonia, 1982, pp. 521 y ss.

- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4a. ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- Groppi, Tania y Olivetti, Marco (eds.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milán, 2003.
- Hamilton, Alexander, James Madison y John JAY, *El Federalista*, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- Laferrière, François Julien, “Las insuficiencias del control de la constitucionalidad de leyes en Francia”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004.
- Machado Martins, Priscila, “El control constitucional de las leyes en Atenas”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XXXIX, Valparaíso, 2017.
- Morbidelli, Giuseppe, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2a. ed., Monduzzi Editore, Bolonia, 1995, p. 46.
- Morrone, Andrea, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza e nelle fonti*, 2a. ed., CEDAM, Padua, 2007.
- Pardo Falcon, Javier, “Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 72, Madrid, 1991.
- Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Turín, 2007, p. 12.
- Pizzorusso, Alessandro, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, Bolonia, 1982.
- Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2a. ed., Giappichelli, Turín, 2001.
- Ruipérez, Javier, *Libertad civil e ideología democrática. De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, p. 6 y ss.
- Ruiz Rodríguez, Virgilio, “Santo Tomás de Aquino en la Filosofía del Derecho”, *EN-CLAVES del pensamiento*, año X, núm. 19, México, 2016.
- Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio (Ed.), *Antologías para el estudio y la enseñanza de la Ciencia Política*, vol. II: Régimen político, sociedad civil y política internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2017.
- Thorne, Samuel E. et al., *The Great charter: four essays on Magna carta and the history of our liberty*, Pantheon Books, Nueva York, 1965.
- Volpe, Giuseppe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1977.
- Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 2005.
- _____, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1988.

EL DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO, DERECHOS HUMANOS Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE EN MÉXICO

FORCED INTERNAL DISPLACEMENT, HUMAN RIGHTS AND
THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS IN MEXICO

LUIS RAÚL ORTIZ RAMÍREZ*

GABRIELA FUENTES REYES**

MARÍA DE LOURDES MORALES REYNOSO***

RESUMEN: En este artículo, se hace una revisión del fenómeno de Desplazamiento Forzado Interno (DFI) en México, en relación con los derechos humanos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la denominada Agenda 2030. Para ello, se recuperan perspectivas del sistema internacional de derechos humanos en concordancia con el bloque de constitucionalidad mexicano. En el análisis de los ODS se reflexionan nuevas realidades que tendrán cada vez un mayor impacto; por lo que se considera urgente una regulación normativa.

PALABRAS CLAVE: México; desplazamiento forzado interno; objetivos de desarrollo sostenible; sistema internacional de derechos humanos.

ABSTRACT: This article reviews the phenomenon of Forced Internal Displacement (DFI) in Mexico, in relation to human rights and the Sustainable Development Goals (SDG) of the so-called 2030 Agenda. For this, perspectives of the international human rights system are recovered, in accordance with the Mexican constitutional parameter. In the analysis of the SDGs, new realities are considered that will have a greater impact; for which a normative regulation is considered urgent.

* Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad Autónoma del Estado de México, Profesor de Tiempo Completo, especialista en temas de derecho internacional y migración. Correo: lortizr@uamex.mx

** Doctora en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Iberoamericana, Profesora de Tiempo Completo adscrita a la Facultad de Derecho de la UAEM e investigadora del Sistema Nacional de Investigación (SNI) nivel 1. Correo: gafure@hotmail.com

*** Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México, Profesora de Tiempo Completo adscrita a la Facultad de Derecho de la UAEM e investigadora del Sistema Nacional de Investigación (SNI) nivel 1. Correo: mlmr71@hotmail.com

KEYWORDS: Mexico; internal forced displacement; sustainable development goals; international human rights system.

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2021

Fecha de aceptación: 12 de octubre de 2021

SUMARIO: I. Introducción. II. Distinción del desplazamiento respecto de la migración, el asilo y personas refugiadas. III. Definición de Desplazamiento Forzado Interno. IV. Desplazamiento Forzado Interno en México. V. Marco normativo en México relativo al DIF. VI. Proceso de victimización de los DFI en México. VII. El DFI en México y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas. VIII. Conclusiones. IX. Fuentes consultadas.

I. INTRODUCCIÓN

Es importante referir a lectoras y lectores que los objetivos del presente texto no están cifrados en la caracterización del fenómeno del Desplazamiento Forzado Interno (DFI) por haber sido desarrollados con anterioridad.¹ Entonces, quedaría la cuestión de lo pendiente, que es justo donde se busca incidir, pues el tiempo para considerar normativamente el fenómeno se acorta, no sólo por su naturaleza y devastadores efectos sobre las personas desplazadas, sino además por el propio derecho internacional de derechos humanos y el desarrollo y conformación del bloque de constitucionalidad mexicano.

En ese sentido, se aborda el tema desde seis puntos, que inicia por la distinción del desplazamiento respecto de la migración, el asilo y personas refugiadas, donde se contextualizan diferencias básicas de estos; el segundo corresponde a la definición del DFI para ampliar la compren-

¹ Para ahondar en dicho tema, se sugiere remitirse al texto “Reflexiones para la caracterización positiva entre Desplazamiento Forzado Interno y Migración, con enfoque diferencial”, publicado en revista *Ex Legibus*, año 12, abril 2020, donde se abordan los conceptos referidos y se proponen líneas para separar ambos conceptos, no sólo desde la perspectiva puramente académica, sino también como guías para el desarrollo de la función jurisdiccional, en tanto que, tal como se afirma nuevamente en el presente, el desarrollo normativo del fenómeno del DFI es insuficiente y no se cuenta con algún ordenamiento de observancia general y obligatoria para las distintas autoridades ejecutivas, judiciales e incluso, parlamentarias.

sión del carácter propio del DFI y así estar en condiciones de contrastarlo con los fenómenos revisados; el tercero, ubica el DFI en México, la realidad nacional vivida en torno a éste y se expone la necesidad de abordar decididamente el fenómeno desde el parlamento; en el cuarto se aborda el panorama normativo del DFI en México, sus avances e intentos; en el quinto punto, se trabaja sobre el proceso de victimización, concepto que permite enlazar el fenómeno con los derechos humanos, las obligaciones del Estado Mexicano para con las víctimas del DFI y sobre el que, finalmente, tiene sentido anclarlos a los ODS, en tanto que hasta antes de 2020 el DFI era abordado primordialmente –y casi exclusivamente– como efecto de contextos de violencia generalizada, pero que con los efectos, ahora, del cambio climático, será cada vez más común –y todavía previsible– el estudio de la situación de las personas desplazadas internamente en México y lo esboza regionalmente con Centroamérica (región primordialmente estudiada por migrantólogos y que tampoco constituye el objeto del presente). Por último, el sexto punto se enfoca en proveer una visión general sobre el contenido de los ODS, su obligatoriedad para con el Estado Mexicano y su vinculación con los derechos humanos, proyectados –necesariamente– sobre el fenómeno estudiado, es decir, sobre el DFI.

II. DISTINCIÓN DEL DESPLAZAMIENTO RESPECTO DE LA MIGRACIÓN, EL ASILO Y PERSONAS REFUGIADAS

Para dar sustancia a este punto, es necesario partir desde las definiciones de cada fenómeno para que, de esta manera, sea posible revelar diferencias necesarias. Para ello, se aclara que se inicia con la migración por ser el concepto más cercano al de desplazamiento forzado interno y del que, desde ahora, es pertinente marcar distancia conceptual.

- Migrante: Para la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)² es el término con que se designa a “toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro del

² La OIM, “forma parte del Sistema de las Naciones Unidas y es la organización intergubernamental líder que desde 1951 promueve una migración humana y ordenada para beneficio de todos, con 174 Estados Miembros y presencia en más de 100 países”, consultar en: ONU, “quienes somos”, *Portal oficial*, OIM, (s.l.e.), disponible en: <https://www.iom.int/es/quienes-somos>.

país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones” (OIM, 2019). Visto así, se revela que en la definición dada, no se menciona intencionadamente el adjetivo de forzado,³ precisamente porque en este fenómeno juega preponderantemente la voluntad o deseo de mejores condiciones de vida.

- Asilado: Para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados⁴ es la “práctica mediante la cual un Estado garantiza la protección, el amparo y la asistencia de aquellas personas que han huido de su país de origen por diversas razones, generalmente relacionadas con la violación de uno o varios de sus derechos fundamentales”. (ACNUR, 2016)
- Refugiado: Para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados son las “personas que se encuentran fuera de su país de origen por temor a la persecución, al conflicto, la violencia generalizada, u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y, en consecuencia, requieren de protección internacional” (ACNUR, 1951).

Dicho lo anterior y en este sentido, la característica más importante que diferencia al desplazado respecto del migrante, asilado y refugiado es la movilización que no trasciende fuera del país de residencia;⁵ caso contrario a los demás, en donde la movilización puede cruzar una frontera internacional o no.

En cuanto a la semejanza que guarda el desplazado con los demás, ésta versa respecto del proceso de victimización que sufre el desplazado,

³ Las diferencias son abordadas con mayor extensión en Ortiz Ramírez, I. R.; Morales Reynoso, L.; Fuentes Reyes, G., “Reflexiones para la caracterización positiva entre desplazamiento forzado interno y migración, con enfoque diferencial”, *Ex Legibus*, año 12, Poder Judicial del Estado de México, Escuela Judicial del Estado de México, México, 2020, disponible en: <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx/index.php/exlegibus/article/view/206>.

⁴ Se retoma para la segunda y tercera categoría lo referido por la ACNUR por ser ésta la instancia que con mayor detalle las aborda, con fundamento en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. Para mayor referencia, se sugiere consultar ONU, *Convención sobre el estatuto de los refugiados*, (s.l.e.), 1951, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/47160e532.html>.

⁵ Con excepción de la migración, que puede ser interna o internacional, es decir, traspasando fronteras internacionales.

pues este puede partir de ser un desplazado a convertirse en migrante, asilado o refugiado, o bien, al revés, el migrante, asilado o refugiado por su falta de atención y protección puede convertirse en un desplazado, todo depende del modo, tiempo y lugar de desarrollo del fenómeno (ya sea violencia, inseguridad, conflicto armado o una catástrofe natural).

No es objeto del presente artículo explicar cada uno de los supuestos que pueden presentarse, pero es valioso plasmar que el desplazado es una figura que se encuentra reconocida internacionalmente por las Naciones Unidas, y a pesar de que México reconoció la problemática recientemente en 2019, aún sigue sin atenderse como un fenómeno social, lo que implica que se debe contemplar a esta figura y se estudie para efectos de contar con material, herramientas y mecanismos que generen un trato especial y diferenciado, alentado su asistencia y protección social para entonces asimilar la urgencia que se tiene de reparar las violaciones sufridas de estas personas hacia sus derechos humanos, y por supuesto, contar con la legislación pertinente para poder actuar.

III. DEFINICIÓN DE DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO

De conformidad con los Principios Rectores de los Desplazados Internos establecidos por la Organización de las Naciones Unidas, se entiende por estos a:

Las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida (ONU, 1998:5).

Se les denomina desplazados internos porque el fenómeno de traslado de un lugar a otro que sufren estas personas o grupos, únicamente se desarrolla dentro del país de residencia y no trasciende fuera. Para el caso presente, la denominación⁶ correcta que atiende a estas personas

⁶ Como se ha referido en un texto previo, se realiza un ejercicio de revisión al

es la de desplazados forzados internos (DFI) porque el cambio de residencia es involuntario; es decir, no existe intención o ánimo de salir del lugar de residencia.

En el estudio del fenómeno, es posible encontrar que el material disponible sobre el DFI se centra sobre todo en diagnósticos realizados por comisiones de derechos humanos nacionales e internacionales, sociedad civil y figuras de los sistemas universal y regional de derechos humanos. En ellos, se aborda preponderantemente la causal de la violencia generalizada y se deja salvo el estudio de la causal de los fenómenos naturales; por lo que es posible obtener radiografías que revelan el volumen de las movilizaciones forzadas, conocer historias de vida que muestran las inhumanas dificultades que atraviesan las personas DFI, e incluso, es posible rastrear, para el caso mexicano, los esfuerzos que desde el poder legislativo han hecho entidades y federación.

Bajo dicha perspectiva, la pertinencia de estudiar en esta oportunidad el DFI la ciframos en que al momento no se cuenta con ejercicios de sistematización de criterios y sentencias que son de obligatoria observancia para el Estado Mexicano; es decir, caracterizaciones derivadas de resoluciones que ya tienen el carácter de norma observable por las autoridades mexicanas, independientemente de su carácter ejecutivo, legislativo o judicial, o bien, municipal, estatal o federal.

Con lo anterior se afirma que la adecuada regulación normativa del fenómeno, impele a considerar no sólo las aristas referentes al diagnóstico y análisis, sino también a lo ya hecho por instancias competentes en la materia y que además en sí mismas constituyen una autoridad para nuestro país.

En ese sentido, se retoma la valiosa recopilación de jurisprudencia publicada en 2020 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que aborda de manera exclusiva el DFI, desglosado de la siguiente manera:

concepto de DFI y las implicaciones que tiene su actual consideración, a la luz de los conceptos de violencia y vulnerabilidad. Nos referimos a Ortiz Ramírez, I. R.; Morales Reynoso, L.; Fuentes Reyes, G., *op. cit.*, 2020.

- a) Como violación continua a los derechos humanos:
 - Que la violación sea continuada supone en esencia que aunque los hechos hayan ocurrido antes de que se considere jurídicamente el fenómeno, es de competencia de la Corte y los Estados, y su tratamiento y solución constituyen obligación estatal.
- b) Como violación múltiple a los derechos humanos:
 - Significa que la situación de DFI “no puede ser desvinculada de las otras violaciones.. [como] la pérdida de la tierra y de la vivienda, la marginación, graves repercusiones psicológicas, el desempleo, el empobrecimiento y el deterioro de las condiciones de vida, el incremento de las enfermedades y de la mortalidad, la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, la inseguridad alimentaria y la desarticulación social” (Corte IDH, 2020: 8).
- c) Vulnerabilidad acentuada y obligaciones del Estado:
 - La vulnerabilidad se ve reforzada por afectar con especial fuerza a personas en DFI y que además pertenecen a otros grupos vulnerables. A ello debe sumarse la condición de indefensión, “entendida como una condición individual de facto de desproporción respecto del resto de personas que se encuentran en situaciones semejantes. Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión social (...) reproducida por prejuicios culturales que dificultan la integración de los desplazados a la sociedad y pueden llevar a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra” (Corte IDH, 2020: 10).
 - Es obligación del Estado aplicar un trato diferenciado preferente en favor de DFI “y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión” (Corte IDH, 2020: 10).
- d) Dificultad en la identificación de víctimas:
 - Bajo la consideración que refiere “para que una persona pueda ser considerada víctima y se acoja a la reparación, tiene que estar razonablemente identificada” (Corte IDH, 2020: 14), debe existir un listado de víctimas y que éste pueda ser integrado por

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en traducción para el derecho interno, supone la colaboración de las comisiones protectoras de derechos humanos u otras instancias, como podrían ser las comisiones ejecutivas de atención a víctimas.

e) Obligación del Estado de garantizar el retorno:

- Se refiere a que se debe garantizar el retorno de las personas DFI, no solo en términos geográficos, sino habiendo impartido justicia y considerando a las propias DFI, en tanto que pueden estar atravesados elementos históricos, religiosos y culturales en general.

Es dable referir que en México, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas considera en el Protocolo de atención en casos de desplazamiento forzado que:

el fin del desplazamiento se produce cuando las personas afectadas ya no tienen necesidades específicas de protección y asistencia relacionadas con el hecho de haber sido desplazadas y, por consiguiente, pueden disfrutar de sus derechos humanos sin estar sujetos a discriminación y en condiciones de igualdad con quienes nunca han sufrido desplazamiento (CEAV: 25).

IV. DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO EN MÉXICO

El DFI en México se presenta más como una ausencia que como una dimensión normada de la realidad, que incluso se manifiesta en la falta de un registro oficial del número de personas desplazadas internamente, lo que impide comprender con certeza la magnitud del fenómeno para legislarlo apropiadamente –si bien es cierto que recientemente se ha iniciado con la inclusión de las víctimas de DFI dentro de un padrón nacional de víctimas, recopilado por el Registro Nacional de Atención a Víctimas–. Aunque esto supone un avance, es necesario decir que la ausencia de registros previos, de alguna manera deja casi en calidad de espectral la realidad vivida por cientos de miles de víctimas.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) presentó en 2016 el Primer Informe Especial sobre Desplazamiento Forzado

Interno que demandó el reconocimiento del fenómeno y la atención a las víctimas desde un perfil humanitario. Dicho informe se basó en un ejercicio de muestreo en cuestionarios y visitas a las treinta y dos entidades federativas donde se detectó a 1,784 personas que dijeron haberse desplazado; además de 35,433 personas víctimas del DFI, referidas por autoridades estatales y municipales.

A su vez, vale la pena señalar que de enero a diciembre de 2018 la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos⁷ (CMDPDH) registró una serie de episodios de desplazamiento interno forzado masivo en México, los cuales se estima que han afectado al menos a 11,491 personas dentro de 5 estados, 20 municipios y 52 localidades. Posteriormente, la propia comisión realizó en el mismo año un registro histórico acumulativo donde se determinó el total de personas internamente desplazadas por la fuerza en México, que asciende a 338,405.

Los eventos detonadores de DIF recopilados por la CMDPDH en 2018 fueron:

⁷ La CMDPDH es una organización de la sociedad civil que acompaña de manera integral a víctimas de violaciones graves a derechos humanos y contribuye a la erradicación de las causas que las producen, por medio del diseño y ejecución de estrategias legales, psicosociales, de investigación, incidencia y difusión, para construir una sociedad justa e igualitaria.

La CMDPDH cuenta con estatus consultivo de la Organización de los Estados Americanos y de la Organización de las Naciones Unidas. Es miembro de la Federación Internacional de los Derechos Humanos. Es parte de varias redes como la Coalición por la Corte Penal Internacional, el Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio, el Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia, la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Coalición Internacional de Organizaciones por los Derechos Humanos en las Américas.

Número de Episodios	Motivos	Estados
17	Violencia de organizaciones criminales	Chiapas, Sinaloa y Michoacán
13	Incursiones y ataques armados	Chiapas, Guerrero, Oaxaca y Sinaloa
8	Enfrentamientos de grupos de delincuencia entre sí o contra agentes del Estado	Guerrero, Michoacán y Sinaloa
8	Asesinato a miembros de la comunidad	Chiapas, Guerrero y Sinaloa

Elaboración propia a partir del Informe de Episodios de Desplazamiento Interno Forzado Masivo en México 2018 de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos.

Adicional a esto, se registraron otros eventos de actos violentos, tales como:

Número de Episodios	Motivos
21	Uso de armas de fuego
20	Amenazas e intimidación
13	Quema de casas, cultivos y negocios
8	Saqueo de viviendas y robo de animales y cultivo
6	Extorsiones y cobros de cuotas de piso
5	Desalojo con violencia
4	Reclutamiento forzado
4	Desaparición forzada de personas
3	Desplazamiento múltiple

Elaboración propia a partir del Informe de Episodios de Desplazamiento Interno Forzado Masivo en México 2018 de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos.

Además, de las 11,491 personas DIF en México en 2018 contabilizadas por la CMDPDH, 5,167 corresponden a población indígena, cifra que representa aproximadamente el 45% del total de las personas desplazadas durante ese año; dato que evidencia que la población indígena es afectada de manera directa por los episodios de desplazamiento interno forzado masivo.

Por tanto y como último dato, con base en la información de la CMDPDH, se estima que al menos 1,857 de las 11,491 personas que fueron internamente desplazadas por la fuerza en 2018 encontraron una solución parcial o no verificada hasta marzo de 2019, lo que representa aproximadamente el 16.2% del total de víctimas; de esta manera se calcula que 9,634 personas continuaron en situación de desplazamiento.

La evidencia de estas estadísticas recientes claramente puede ayudar a entender que el DIF en México representa un fenómeno que debe atenderse con prontitud y merece indudablemente la atención adecuada.

V. MARCO NORMATIVO EN MÉXICO RELATIVO AL DIF

El motivo de incorporar este apartado es mostrar el tratamiento que se le ha dado al DIF en México, a partir tanto de los datos estadísticos aportados –y para los cuales no existen cifras históricas oficiales–, como de las formas de regulación o desregulación tienen en la prevención y atención del DFI.

Así, después de haber reflejado la realidad que viven los DIF en México, y en sentido de la urgencia que se tiene de legislar respecto de ello, es relevante conocer que el mejor instrumento actualmente es el Protocolo de Atención en Casos de Desplazamiento Forzado emitido por la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas⁸ (CEAV).

⁸ Conforme al Artículo 84 de la Ley General de Víctimas, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas es un “organismo con personalidad jurídica y patrimonio propios; con autonomía técnica [y] de gestión”. Asimismo, tiene por objeto “garantizar, promover y proteger los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial los derechos a la asistencia, a la protección, a la atención, a la verdad, a la justicia, a la reparación integral y a la debida diligencia (*omissis*) así como desempeñarse como el órgano operativo del Sistema [Nacional de Atención a Víctimas]”.

Con la ausencia de una ley de desplazamiento forzado interno, este protocolo representa en pocas palabras la base de acción que debe contemplarse junto con los DIF en México. Es decir, que la política nacional⁹ en torno al DIF queda reducida solo a un instrumento que carece del rango de ley.

A la fecha existen cuerpos normativos que responden a la problemática del migrante, del asilado y el refugiado, tales como la Ley de Interculturalidad, Atención a Migrantes y Movilidad Humana, la Ley de Víctimas, la Ley de Asistencia Social o la Ley de Migración, es decir, instrumentos jurídicos de plena observación por ser emitidas por el parlamento y habiendo seguido el proceso legislativo para su entrada en vigor; mientras que el desplazado cuenta con dos protocolos: uno elaborado por la CNDH sobre la Atención y Protección de las Víctimas de Desplazamiento Forzado Interno en México –pero su impacto normativo es por demás limitado en tanto que carece de vinculatoriedad¹⁰– y el ya referido Protocolo de Atención a en Casos de Desplazamiento Forzado emitido por la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas.

Ante el escenario, solamente hay dos excepciones: los estados de Chiapas y Guerrero, pues son los únicos que han legislado en el país respecto del fenómeno de desplazamiento. Chiapas cuenta con la Ley para la Prevención y Atención del Desplazamiento Interno en el Estado de Chiapas, y Guerrero con la Ley para Prevenir y Atender el Desplazamiento Interno en el Estado de Guerrero, aunque sorprendentemente ambos estados reportan situaciones prominentes de DIF.¹¹

La relevancia que tienen dichas leyes es que definen a los desplazados, establecen cuáles son sus derechos, vías para la prevención del

⁹ Únicamente se considera para tales efectos, el Protocolo emitido por la CEAV, por ser ésta un integrante del Sistema Nacional de Atención a Víctimas, donde se integran el Registro Nacional de Víctimas y la Asesoría Jurídica Federal.

¹⁰ Ya que, como es sabido, las determinaciones emitidas por una ombudsperson no constituyen por sí mismas una norma vinculante.

¹¹ Tal como se puede observar en Pérez Velázquez, Branda Gabriela; Bachi Morales, Daniela; et. tal. *Informe de Episodios de Desplazamiento Interno Forzado Masivo en México*, Taller de sueños, México, 2019, disponible en: <http://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-episodios-de-desplazamiento-interno-forzado-en-mexico-informe-2018.pdf>

fenómeno, sus soluciones y delimita las obligaciones y responsabilidades que tienen las autoridades con las víctimas.

Si bien es cierto que en 2019 México admitió al desplazamiento como un fenómeno social, esto no quiere decir que exista una ley o normatividad especializada, pues desde 1998 se presentó la primera iniciativa al Congreso de una Ley general para personas desplazadas internamente que no fue aprobada, y así como ésta, ocho iniciativas más también tuvieron el mismo destino.

Año	Nombre
1998	Iniciativa de Ley General para personas desplazadas internamente.
2012	Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley Federal para la Prevención y Atención del Desplazamiento Interno
2012	Proyecto de Decreto que expide la Ley Federal para la Atención y Protección a las Personas Desplazadas por la Lucha del Gobierno Federal de contraer el Crimen Organizado
2017	Iniciativa con Proyecto de Decreto que expide la Ley Federal para Prevenir, Atender y Reparar el Desplazamiento Interno Forzado.
2018	Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General para la Atención de las Víctimas de Desplazamiento Forzado Interno.
2019	Iniciativa que expide la Ley General sobre el Desplazamiento Forzado Interno
2019	Iniciativa que expide la Ley General para Prevenir, Investigar, Sancionar y Reparar el Desplazamiento Forzado Interno
2020	Iniciativa que expide la Ley General para Prevenir, Atender y reparar Integralmente el Desplazamiento Forzado Interno.

2020	Iniciativa que expide la Ley Nacional para la Prevención, Protección, Generación de Soluciones Duraderas y Sanciones en materia de desplazamiento forzado. Nota: La iniciativa no prosperó en la Legislatura pasada. Se espera que, con la incorporación de nuevas personas legisladoras, sea retomada.
------	---

Legislación mexicana en materia de apoyo a las víctimas. Elaboración propia, a partir del Cuadro 1, también de elaboración propia.¹²

Destaca el hecho de que en el Protocolo de la CEAV ya se consideran dos elementos importantes: el plan de soluciones duraderas y las reparaciones. En el primer rubro, se contempla el mantenimiento de “los lazos y vínculos históricos de las comunidades con su territorio, la reparación del proyecto de vida y el fortalecimiento de la identidad cultural”(p. 22), así como programas de recuperación de documentos, capacitaciones¹³ en materia laboral y académica y atención psicológica y acompañamiento jurídico.

No se ha de soslayar que si bien con relación al protocolo de la misma naturaleza emitido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en 2016, este nuevo documento integra acciones concretas para la atención de las víctimas, no menos cierto es que, por la propia índole del documento, resulta insuficiente para considerar no sólo la atención, sino incluso la previsión para reducir tanto como sea posible, las vulneraciones a derechos.

¹² En Reflexiones para la caracterización positiva ente desplazamiento forzado interno y migración, con enfoque diferencial, en revista Ex Legibus, número 12, abril 2020.

¹³ Para este punto, se sugiere referirse a Ricardo Aparicio, Juan, “Los desplazados internos: entre las positivities y los residuos de las márgenes” *Revista Estudios Sociales*, n. 43, Bogotá, agosto de 2012, pp. 108-119. Ello en tanto que, mediante el estudio de Michel Foucault y la tecnología de la Biopolítica y la ambiental, aborda la superación de la “víctima como objeto y sujeto de conocimiento, vigilancia y disciplinamiento (*omissis*) para abrir paso a intervenciones distintas donde precisamente emerge la figura de un emprendedor (*omissis*) que bajo los nuevos esquemas de flexibilización ya no tiene asegurado un futuro y es abandonado a su propia suerte” (p. 111). Es decir que ahora el sujeto es responsable de su propia supervivencia y, sin embargo, dicha existencia está condicionada por la falta de condiciones suficientes.

Llegados a este punto, cabe reforzar la perspectiva propuesta en el apartado número 2, respecto de la caracterización del fenómeno y las consideraciones que sobre el DFI deben tener las autoridades mexicanas, hecha por las Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese tenor, cabe precisar que dicha aplicabilidad surge, normativamente hablando, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011 que refuerza la tutela de los derechos humanos¹⁴ y, con especial énfasis, de la contradicción de tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Se enfatiza particularmente la contradicción 293/2011, precisamente porque en ella, la Suprema Corte de Justicia de la Nación aborda las razones por las cuales son aplicables u observables las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ella se sopesa “la posibilidad de que los derechos humanos de fuente internacional pudieran convertirse incluso en una extensión misma de la Constitución” (SCJN, 2011: 25), hecho que por sí mismo inserta el debate respecto de la jerarquía de los tratados internacionales en términos constitucionales.

En el desarrollo del argumento se precisa que esta nueva reinterpretación permite superar algunos antecedentes –cuyo alcance queda limitado por la reforma constitucional de 2011– donde, por ejemplo, se establecía que la vinculatoriedad de las resoluciones de la CIDH se actualizaba únicamente cuando el Estado Mexicano fuera parte.¹⁵ En ese sentido, se reconocen las funciones tutelares (es decir, la aplicación concreta) y preventivas de las sentencias de la CIDH, es decir, aquella que:

¹⁴ La Contradicción de tesis 293/2011, SCJN, 2011:32 establece que “una de las principales aportaciones de la reforma constitucional es la creación de un conjunto de normas de derechos humanos, cuya fuente puede ser, indistintamente, la Constitución o un tratado internacional”.

¹⁵ Tesis Aislada, “SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN ASUNTOS DONDE EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE. PARA QUE SUS CRITERIOS TENGAN CARÁCTER VINCULANTE NO REQUIEREN SER REITERADOS”, Décima Época; Tesis P. III/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Libro XVIII.

... se desprende los precedentes contenidos en las sentencias, los cuales, además de resolver un asunto específico, pretenden sentar un estándar mínimo que resulte aplicable para casos futuros y respecto de otros Estados formalmente ajenos a la controversia que dio lugar a la emisión de la sentencia.¹⁶

En el mismo orden de ideas, concluye el Máximo Tribunal que “los criterios emanados de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultan vinculantes para los jueces nacionales con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio”.¹⁷

Por ello, así como se estableció, México ya cuenta con directrices vinculantes¹⁸ que no han encontrado su proyección en la dimensión parlamentaria, pues como se ha venido afirmando, la nación no cuenta con algún instrumento normativo obligatorio y general para todo el país; hecho que cobra relevancia en tanto que como se puede observar, al ser un fenómeno que se da al interior de las fronteras, exige de una política articulada y aplicable, con criterios, procesos y tratamientos estandarizados.

VI. PROCESO DE VICTIMIZACIÓN DE LOS DFI EN MÉXICO

Los DFI sufren diversas vulneraciones a sus derechos humanos, tales como el derecho a la alimentación, derecho a la salud, derecho a la vivienda, derecho a la identidad, derecho a la libertad de tránsito o el derecho de asociación, por lo que visto desde una perspectiva internacional, la cantidad de derechos humanos violentados es extensa. Concretamente:

¹⁶ Contradicción de tesis 293/2011, *op. cit.*

¹⁷ *idem.*

¹⁸ Siempre y cuando cumpla con las tres condiciones que expone al SCJN, a saber: “i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas”. Contradicción de tesis 293/2011, *op. cit.*, p. 64.

Los desplazamientos son consecuencia habitual de experiencias traumáticas de conflictos violentos, violaciones manifiestas de los derechos humanos y causas similares en las que la discriminación tiene un papel significativo, generan casi siempre condiciones de sufrimiento para las poblaciones afectadas: provocan la ruptura familiar, cortan los lazos sociales y culturales, ponen término a relaciones de empleo sólidas, perturban las oportunidades educativas, niegan el acceso a necesidades vitales como la alimentación, la vivienda y la medicina, y exponen a personas inocentes a actos de violencia.¹⁹

En este caso, son víctimas de la coacción que ejercen sobre ellos y que es totalmente ajena a su voluntad, por lo que tras presentarse dicho fenómeno la persona o el grupo se convierten en desplazados al verse en la necesidad de abandonar su lugar de residencia, lo cual deja a la persona DFI en una situación de incertidumbre respecto de su futuro pues, al no contar con recursos para iniciar una nueva vida, se convierten en sujetos susceptibles de perecer ante los problemas sociales del país, tales como la inseguridad, delincuencia, pobreza o el desempleo.

La causa principal de DFI en México se vincula estrechamente con la inseguridad pública y la estrategia de combate a la delincuencia organizada (Cruz, 2019: 145), pues desde una perspectiva penal, estos se convierten en víctimas como resultado de una conducta antisocial que sufren como sujetos pasivos.

Cruz Islas también refiere en su texto *Desplazamiento forzado interno, seguridad pública y gobernanza en México*,²⁰ que las condiciones generalizadas de violencia a lo largo del país condicionan gravemente la movilidad forzada, al referir que “De acuerdo con la información oficial disponible, tras disminuir de 17.8 homicidios por cien mil habitantes en 1997 a 9.4 en 2007, la tasa de homicidios dolosos alcanzó 19.8 en 2011 y 24.3 en 2018”. Del mismo modo, siguiendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se precisa que dentro de los ac-

¹⁹ ONU, *Llamado a contribuciones: El nexo entre los desplazamientos forzados y las formas contemporáneas de esclavitud*, OHCHR, (s.l.e.), p. 1., disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Slavery/SRSlavery/Pages/ReportHRC48.aspx>

²⁰ Cruz Islas, *Desplazamiento forzado interno, seguridad pública y gobernanza en México*, (s.e.), México, 2019, p. 142.

tores que interviene en tales circunstancias de violencia, han de contarse desde grupos delincuenciales armados, autodefensas y hasta agentes estatales, incluidos también cuerpos de seguridad y Fuerzas Armadas.

Siguiendo con el mismo detallado trabajo, se recupera la siguiente cita:

En la actualidad, el desplazamiento forzado interno se vincula estrechamente con la inseguridad pública y la estrategia de combate a la delincuencia organizada. La CNDH establece que las formas de violencia incluyen extorsión, amenazas, secuestro y reclutamiento forzado (*omissis*) Es probable, por tanto, que exista correlación entre la incidencia de delitos y el desplazamiento forzado interno.²¹

Ahora bien, resulta relevante considerar que este proceso de victimización lo es precisamente en tanto que, al margen de iniciar con un incidente especialmente relevante,²² éste continúa durante el tránsito²³ hacia un nuevo destino y permanece hasta que no se garantizan los derechos, asentamiento, estabilidad e incluso retorno seguro de las personas desplazadas forzadas internas. Es decir que además de las complicaciones, violaciones a derechos y dignidad que viven y que precisamente constituyen el motivo del desplazamiento, estas condiciones se prolongan por un tiempo indefinido.

Dentro del proceso de victimización se identifica otro más y que ha sido señalado en un trabajo previo, al enfatizar la importancia que configura no prescindir del adjetivo forzado para escindirlo del desplazamiento, pues dicho reconocimiento constituye en sí mismo una forma de dignificación y en términos normativos, un paso para limitar

²¹ Cruz Islas, *op. cit.*, 2019, p. 145.

²² Es conocido y ampliamente referido en diversos instrumentos e informes elaborados por la CIDH, la CNDH, el Observatorio de desplazamiento interno entre otros, que no es inusual que la movilización forzada se dé preponderantemente a causa de hechos violentos intempestivos a familias y comunidades, donde se comenten diversos delitos como asesinato, tortura, entre otros.

²³ Se precisa que se ocupa la palabra tránsito en tanto que supone una diferencia conceptual con respecto a la idea de desplazamiento y designa específicamente el hecho de transitar del punto origen al punto destino, al reservar el desplazamiento para englobarlo el proceso de victimización.

la minimización del fenómeno y la no legitimación de las condiciones de violencia.

Recientemente en 2020, la Relatora Especial de la ONU sobre los derechos humanos de los desplazados internos anunció la preparación de tres informes, uno con la temática del desplazamiento interno en el contexto de los efectos adversos del cambio climático de evolución lenta,²⁴ otro sobre el nexo entre los desplazamientos forzados y las formas contemporáneas de esclavitud,²⁵ y uno último sobre las personas con discapacidad en desplazamiento interno. Los cuales se suman a los informes de 2019 sobre el rol de las instituciones nacionales de derechos humanos y otro de justicia transicional, ambos en el mismo contexto.

Resulta significativo referir que si bien la mayoría de los motivos del fenómeno estudiado gira en torno a condiciones de violencia generalizada y crímenes, lo cierto es que las adversas condiciones climáticas cada vez van configurando un motivo de mayor impacto y para las cuales llaman alarmantemente las cifras que el 2020 arrojó. De ahí la creciente preocupación por considerar aún más estas condiciones como detonantes del DFI.

Derivado de la relevancia de lo dicho en los antecedentes de la solicitud de contribuciones emitida por la Relatora Especial con relación a los efectos adversos del cambio climático de evolución lenta, se reproduce íntegro en el presente un fragmento de éstos:

Se espera que el desplazamiento interno relacionado con los efectos adversos del cambio climático aumente significativamente en los próximos años y décadas. Las proyecciones del Banco Mundial indican que, sin una acción adicional climática y de desarrollo concreta, más de 143 millones de personas sólo en África Subsahariana, el sur de Asia y América Latina podrían verse obligadas a desplazarse dentro de sus propios países para 2050 debido a los impactos del cambio climático de evolución

²⁴ ONU, *Special Rapporteur on the human rights of internally displaced persons*, OHCHR, (s.l.e.), disponible en: https://www.ohchr.org/EN/Issues/IDPersons/Pages/CallforInputs_IDPs_climate_change.aspx.

²⁵ ONU, 1998, *op. cit.*

lenta.²⁶ Si bien algunos podrían cruzar las fronteras, se espera que la mayoría de las personas desplazadas permanezcan dentro de sus países.

Los fenómenos y procesos graduales vinculados a los efectos adversos del cambio climático, tales como la sequía y la desertificación, la degradación de los suelos y los bosques, el retroceso de los glaciares, la elevación del nivel del mar y la salinización de los suelos y aguas subterráneas, pueden conducir al desplazamiento.²⁷ Fenómenos y procesos graduales, como la sequía y la elevación del nivel del mar, pueden provocar escasez de agua en algunas áreas e inundaciones en otras, y afectar la agricultura, la pesca, la producción de energía y dañar los alojamientos, afectando el acceso a los medios de vida, la vivienda, el alimento, el agua potable y el acceso a la educación. La interacción entre los impactos del cambio climático y otros factores también puede exacerbar el riesgo de conflictos, actuando como impulsor de un mayor desplazamiento. Los desastres en el contexto del cambio climático también pueden afectar comunidades ya afectadas por el conflicto armado. **En muchos contextos, a menudo es una combinación y la interrelación de diferentes factores lo que conduce al desplazamiento** (énfasis añadido).

En ese sentido, también es importante referir *in extenso* que conforme a los datos publicados por la ONU (2021), las amenazas por razones de cambio climático van en franco aumento y constituyen un nuevo derrotero para las autoridades.

- 1) “[a nivel global] 2019 fue el segundo año más caluroso de todos los tiempos y marcó el inicio de la década más calurosa (2010-2019) que se haya registrado jamás”.²⁸

²⁶ Kumari Rigaudo, Kanta, Alex de Sherbinin, Bryan Jones, Jonas Bergmann, Viviane Clement, Kayly Ober, Jacob Schewe, Susana Adamo, Brent McCusker, Silke Heuser y Amelia Midgley, *El informe Groundswell: Prepararse para las migraciones internas provocadas por impactos climáticos*, Banco Mundial Washington, 2018.

²⁷ Vea la lista de otros eventos graduales vinculados al cambio climático en FCCC/CP/2010/7/Add.1.

²⁸ ONU, *Objetivo 13: Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos*, UN, (s.l.e.), disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/climate-change-2/>

- 2) **“los eventos relacionados con el clima y sus impactos cobraron más de 312.000 vidas en América Latina y el Caribe y afectaron a más de 277 millones de personas entre 1998 y 2020”** [énfasis añadido].²⁹
- 3) “2020 fue uno de los tres años más cálidos de América Central y el Caribe, y el segundo año más cálido de América del Sur, con 1,0 grados centígrados, 0,8 y 0,6 por encima del período 1981-2010, respectivamente”.³⁰
- 4) **“La sequía generalizada** tuvo un impacto significativo en las rutas de navegación, el rendimiento de los cultivos y la producción de alimentos, lo que **provocó un empeoramiento de la seguridad alimentaria en muchas áreas**” [énfasis añadido].³¹
- 5) “Mientras la sequía afectaba a gran parte de México y América del Sur, 2020 trajo un inédito récord de 30 tormentas con nombre en la cuenca del Atlántico (*omissis*). Guatemala, Honduras y Nicaragua fueron los países más afectados con más de 964.000 hectáreas de cultivos dañadas”.³²

Sólo en Honduras los daños al Producto Interno Bruto de estos dos huracanes fueron calculados en más de 2000 millones de dólares”.
- 6) “El nivel del mar en la región crece por encima del promedio mundial (*omissis*). En América Latina y el Caribe, más del 27% de la población vive en áreas costeras, y **se estima que entre el 6 y el 8% vive en áreas que tienen un riesgo alto o muy alto de verse afectadas por amenazas costeras**” [énfasis añadido].³³
- 7) “Los fenómenos meteorológicos extremos afectaron a más de ocho millones de personas en América Central, agravando la carestía de alimentos en países que ya estaban paralizados por crisis económicas, restricciones de COVID-19 y conflictos. En Guatemala por ejemplo, las condiciones climáticas han contribuido a la pérdida cercana al 80% de la cosecha de maíz. **En México, el municipio de Cerritos sufrió una baja del 50% en las cosechas debido a la**

²⁹ *Ídem*

³⁰ *Ídem.*

³¹ *Ídem.*

³² *Ídem.*

³³ *Ídem.*

sequía. Entre los cultivos más afectados estuvieron el sorgo, el girasol y el maíz” [énfasis añadido].³⁴

Para abundar en lo anterior, es posible observar que las dos dimensiones del DFI empiezan a equilibrar fuerzas, pues ya no sólo es significativo estudiarlo como un producto de tensiones políticas históricas como en Colombia, ni como resultado de las luchas por el control de zonas productivas o de distribución y venta de sustancias ilegales, como en el patente y doloroso caso de nuestro país, sino que hay que ir sumando los efectos irreversibles –así considerados– del acelerado cambio climático, donde se muestran con especial claridad en términos económicos y territoriales.

Referir al proceso de victimización requiere, para una mejor comprensión, conjugarlo con la vulnerabilidad. En ese sentido, nos referimos al trabajo de Estupiñan-Silva (2014), pues realiza una caracterización del concepto referido (vulnerabilidad), a partir de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde refiere tres elementos a considerar para tales fines: a) las características o sensibilidad del grupo o personas; b) las circunstancias o contexto, y; c) “el grado de recuperación del impacto producido por el hecho dañoso”.³⁵

Conforme a lo referido, es efectivamente posible encuadrar no sólo la condición de víctima, sino de personas que efectivamente se encuentran en condiciones de vulnerabilidad; debe considerarse que, dentro de estas poblaciones con certeza, pueden encontrarse personas pertenecientes a otros grupos vulnerables como indígenas, mujeres, personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, y personas con discapacidad.

³⁴ *Ídem.*

³⁵ Estupiñan-Silva, Rosmerlin, “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”, *Revista manual de derechos humanos y políticas públicas*, Universidad de París, (s.l.e.), 2014, pp. 193-231.

VII. EL DFI EN MÉXICO Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE (ODS) DE LA AGENDA 2030 DE LAS NACIONES UNIDAS

Para entrar de lleno a este punto era necesario dejar de manifiesto la importancia y obligación de observancia de los instrumentos internacionales dentro de nuestro país; asimismo, se volvía necesario presentar un panorama general de realidad vivida —que incorporara en esta categoría los derechos humanos— y de realidad normativa, también en el marco de lo nacional.

Dicho lo anterior, y al contemplar de manera integral el presente texto, es posible contextualizar los alcances que se buscan al presentar el panorama de los ODS, precisamente en su carácter de meta, de objetivo, de plan de acción; es decir, como un camino trazado, progresivo y sólido en avances en puntos transversales.

Los ODS encuentran su base jurídica en la Resolución Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 25 de septiembre de 2015, lo que significa que los estados miembros asumieron el compromiso de los objetivos y sus metas, lo que establece la intención de hacer realidad los derechos humanos de todas las personas, mediante una alianza global, bajo una agenda universal y para ello se consideran que las tres dimensiones sobre las que se conforman —económica, social y ambiental— son de carácter integrado e indivisible. “Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, y sus 169 metas inciden en las causas estructurales de la pobreza, combaten las desigualdades y generan oportunidades para mejorar la calidad de vida de la población en un marco de desarrollo sostenible” (ONU, 2015). Estos son:

ODS	Concepto
1	Fin de la pobreza
2	Hambre cero
3	Salud y bienestar
4	Educación de calidad
5	Igualdad de género
6	Agua limpia y saneamiento
7	Energía asequible y no contaminante
8	Trabajo decente y crecimiento económico
9	Industria, innovación e infraestructura
10	Reducción de las desigualdades
11	Ciudades y comunidades sostenibles
12	Producción y consumo responsable
13	Acción por el clima
14	Vida submarina
15	Vida de ecosistemas terrestres
16	Paz, justicia e instituciones sólidas
17	Alianzas para lograr los objetivos

Al considerar el compromiso que tiene México con la comunidad internacional y las Naciones Unidas, así como la activa participación que tuvo para el desarrollo de la Agenda 2030 en relación de los 17 objetivos, y que además constituyen una obligación para el Estado Mexicano en tanto que la Cámara de Senadores ha ratificado su contenido y reconocido la importancia del seguimiento a la implementación de la Agenda 2030.³⁶

³⁶ Incluso, a manera ejemplificativa, es dable referir a Senado de la Republica, *Acuerdo de la mesa directiva del Senado de la República que establece la metodología de seguimiento de la implementación de la agenda 2030 para el desarrollo sostenible de la Organización de las Naciones Unidas*, LXIII Legislatura, México, 2015, disponible en: https://www.senado.gob.mx/comisiones/fomento_economico/eventos/docs/acuerdo_080916.pdf

Igualmente, es innegable que conforme a la reforma constitucional de junio de 2011 se ha contribuido a la construcción de un nuevo bloque constitucional, –integrado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación–, que redunda en la observancia de las disposiciones de los sistemas tanto universal como regional de derechos humanos, se observa la pertinencia de enunciación de los diferentes objetivos que atraviesan el fenómeno abordado.

Ahora bien, al reconocer al migrante y al refugiado como un grupo de riesgo activo y continuo, junto con el DIF en tanto que conforman especies del *supra* término movilizaciones humanas,³⁷ el fenómeno estudiado requiere que se le otorgue ese trato especial y diferenciado que atienda a invertir o disminuir la brecha de desigualdad que sufren tras el desplazamiento, puesto que como se mencionó, se ponen en riesgo directo la salud, la familia, el trabajo, la educación o la vivienda, y aunado a esto, la vulnerabilidad en la que quedan frente a la violencia y los grupos de delincuencia organizada de ser obligados a inmiscuirse en dicho círculo de severidad.

En ese sentido —derivado de considerar que el análisis expuesto donde se recopilan los diversos derechos humanos que atraviesan el DFI y en concordancia con la ONU en su exposición sobre los ODS y la migración,³⁸ así como los derechos considerados por la Corte IDH³⁹ en su jurisprudencia al rubro— se considera la inextricable vinculación en los ODS y el DFI.

Para abonar un poco más en el sistema regional de derechos humanos y a fin de que al recapitular los 17 ODS, las y los lectores efectivamente estén en posibilidad de vincularlos, es necesario referir que la Corte IDH contempla, en el DFI, la violación al derecho a la integridad personal (artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos [CADH]), violación al derecho de asociación (art. 16 CADH), violación

³⁷ Se retoma la exposición hecha por Ortiz Ramírez, Luis Raúl; Morales Reynoso, Lourdes y Fuentes Reyes, Gabriela, *op. cit.*, 2020, p. 207.

³⁸ ONU, “Migración desarrollo sostenible y la agenda 2030”, *Página oficial*, OIM Migración, (s.l.e.), disponible en <https://www.iom.int/es/migracion-desarrollo-sostenible-y-la-agenda-2030>.

³⁹ Lo anterior en términos de Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, No. 3, San José, Costa Rica, 2020.

al derecho a la vida privada (art. 11 CADH), violación a la propiedad (art. 21 CADH), violación al derecho de protección de la familia y a la no intervención ilegítima del Estado (art. 17 CADH) y la violación por hipótesis de afectación directa y de facto (no generar condiciones para el retorno) previstos en el artículo 22 de la CADH.

Se considera que hasta este punto es posible mostrar los vínculos jurídicos que existen entre el fenómeno estudiado y las obligaciones propias que nacen con el reconocimiento de la vinculatoriedad de la jurisprudencia emitida por las cortes de los sistemas universal y regional por las autoridades nacionales, así como la innegable obligación –por las mismas razones– del Estado Mexicano por observar la importancia, relevancia y vinculatoriedad que juegan los tratados internacionales dentro de la configuración de la protección a derechos humanos. Situación en la que se encuentran los denominados ODS, es decir, la Agenda 2030 que se configura jurídicamente como una resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU, ratificada por el Estado Mexicano⁴⁰ y de plena observancia y cumplimiento para sus autoridades.

La vinculación propuesta entre el DFI y los denominados ODS se basa, no en el análisis de las metas y objetivos en su desglose, sino en la transversalidad de las caracterizaciones aportadas, no sólo por las comisiones protectoras de derechos o la sociedad civil, sino preponderantemente desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y particularmente de la CIDH como organismo jurisdiccional dentro del sistema regional de derechos humanos.

⁴⁰ Para mayor abundamiento se sugiere la lectura de Senado de la República, *Dictamen de la comisión de Relaciones Exteriores, Organismos Internacionales, a la proposición con punto de acuerdo sobre la adopción de la Agenda de Desarrollo Sostenible durante la cumbre Celebrada del 25 al 27 de septiembre del 2015 en la sede de las Naciones Unidas, México, 2015*, disponible en: https://www.senado.gob.mx/comisiones/relext_orgint/eventos/docs/2030_dictamen.pdf, donde se resalta en el primer punto de acuerdo, “la adopción de la nueva Agenda de Desarrollo Sostenible durante la Cumbre celebrada del 25 al 27 de septiembre de 2015 en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos, y extiende un reconocimiento a las y los diplomáticos mexicanos que participaron en la negociación, impulsando temas de interés para México y nuestra región”. *op. cit.*, Senado de la República, 2015.

VIII. CONCLUSIONES

Es relevante considerar que la vinculación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 con el propio fenómeno del Desplazamiento Forzado Interno requiere de una concepción amplia y multidimensional, en tanto que como violación continuada de derechos humanos, impele a la comprensión de acciones ejecutivas, legislativas y judiciales, así como de sociedad civil y órganos constitucionales autónomos, y proyectadas hacia la prevención, atención y restauración de condiciones de vida.

De igual manera, tal como se ha expuesto, la prospectiva en términos ambientales y estructurales requiere de acciones iniciales que puedan amortiguar la (casi) inevitable detonación de nuevos fenómenos masivos tanto de migración como de DFI: dos manifestaciones de movilidades humanas que se viven a diario en nuestro país, sea como país expulsor, receptor o de tránsito (con relación a la migración) o como un país con condiciones de violencia que urgen a la toma de decisiones.

Ante el escenario actual, que integra un problema no resuelto en nuestro país como las condiciones generalizadas de violencia y el incremento en la comisión de delitos, es necesario sumar una dimensión del problema que hasta la fecha no constituía un punto trascendente para el análisis del DFI: los efectos del cambio climático. Ambas dimensiones presentan retos importantísimos en varios planos, sobre todo en lo político, lo económico, lo social y lo jurídico.

Por lo anterior, se vislumbra la necesidad de legislar nacionalmente en torno al DFI, pues los esfuerzos aislados de dos entidades federativas apenas suman en la atención y prevención de éste, pues, como se ha explicado, el fenómeno debe estudiarse y considerarse a lo largo del territorio nacional, ya que la falta de un marco normativo sólo favorecerá la continuidad de las condiciones de vulnerabilidad, victimización y transgresión a los derechos humanos de las víctimas de desplazamiento forzado interno.

Es necesario que se establezca una política nacional para la atención del DFI y que apunte los esfuerzos mostrados por la Comisión

Ejecutiva de Atención a Víctimas, pues un sólo protocolo carece de la fuerza jurídica para favorecer a las víctimas.

Asimismo, se revela la necesidad de acudir al marco internacional de derechos humanos y hacer propia la reforma constitucional de 2011, tomar con decisión sus objetivos y trabajar por su cumplimiento.

IX. FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRAFÍA

- Cruz Islas, *Desplazamiento forzado interno, seguridad pública y gobernanza en México*, (s.e.), México, 2019, p. 142.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, No. 3, San José, Costa Rica, 2020.
- Estupiñán-Silva, Rosmerlin, “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”, *Revista manual de derechos humanos y políticas públicas*, Universidad de París, (s.l.e.), 2014.
- Kumari Rigaud, Kanta, Alex de Sherbinin, Bryan Jones, Jonas Bergmann, Viviane Clement, Kayly Ober, Jacob Schewe, Susana Adamo, Brent McCusker, Silke Heuser y Amelia Midgley, *El informe Groundswell: Prepararse para las migraciones internas provocadas por impactos climáticos*, Banco Mundial Washington, 2018.
- ONU, “Migración desarrollo sostenible y la agenda 2030”, *Página oficial*, OIM Migración, (s.l.e.), disponible en <https://www.iom.int/es/migracion-desarrollo-sostenible-y-la-agenda-2030>.
- ONU, “quienes somos”, *Portal oficial*, OIM, (s.l.e.), disponible en: <https://www.iom.int/es/quienes-somos>.
- ONU, *Convención sobre el estatuto de los refugiados*, (s.l.e.), 1951, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/47160e532.html>.
- ONU, *Llamado a contribuciones: El nexo entre los desplazamientos forzados y las formas contemporáneas de esclavitud*, OHCHR, (s.l.e.), 1998, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Slavery/SRSlavery/Pages/ReportHRC48.aspx>
- ONU, *Objetivo 13: Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos*, UN, (s.l.e.), disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/climate-change-2/>
- ONU, *Special Rapporteur on the human rights of internally displaced persons*, OHCHR, (s.l.e.), disponible en: https://www.ohchr.org/EN/Issues/IDPersons/Pages/CallforInputs_IDPs_climate_change.aspx
- Ortiz Ramírez, I. R.; Morales Reynoso, L.; Fuentes Reyes, G., “Reflexiones para la caracterización positiva entre desplazamiento forzado interno y migración, con enfoque diferencial”, *Ex Legibus*, año 12, Poder

- Judicial del Estado de México, Escuela Judicial del Estado de México, México, 2020, disponible en: <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx/index.php/exlegibus/article/view/206>.
- Pérez Velázquez, Branda Gabriela; Bachi Morales, Daniela; et. tal. *Informe de Episodios de Desplazamiento Interno Forzado Masivo en México*, Taller de sueños, México, 2019, disponible en: <http://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-episodios-de-desplazamiento-interno-forzado-en-mexico-informe-2018.pdf>.
- Ricardo Aparicio, Juan, “Los desplazados internos: entre las positivities y los residuos de las márgenes” *Revista Estudios Sociales*, n. 43, Bogotá, agosto de 2012.

Legislación

- Acuerdo de la mesa directiva del Senado de la República que establece la metodología de seguimiento de la implementación de la agenda 2030 para el desarrollo sostenible de la Organización de las Naciones Unidas*, Senado de la Republica, LXIII Legislatura, México, 2015, disponible en: https://www.senado.gob.mx/comisiones/fomento economico/eventos/docs/acuerdo_080916.pdf.
- Contradicción de tesis 293/2011, SCJN, 2011:32.
- Dictamen de la comisión de Relaciones Exteriores, Organismos Internacionales, a la proposición con punto de acuerdo sobre la adopción de la Agenda de Desarrollo Sostenible durante la cumbre Celebrada del 25 al 27 de septiembre del 2015 en la sede de las Naciones Unidas*, Senado de la República, México, 2015, disponible en: https://www.senado.gob.mx/comisiones/relext_orgint/eventos/docs/2030_dictamen.pdf
- Tesis Aislada, “SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN ASUNTOS DONDE EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE. PARA QUE SUS CRITERIOS TENGAN CARÁCTER VINCULANTE NO REQUIEREN SER REITERADOS”, Décima Época; Tesis P. III/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Libro XVIII,

EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS INTEGRANTES DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN MÉXICO

THE HUMAN RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE FOR
INDIGENOUS PEOPLES IN MEXICO

MARÍA FERNANDA CHÁVEZ VILCHIS*

RESUMEN: El presente estudio analiza las implicaciones jurídicas y sociales de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas respecto de un efectivo derecho humano de acceso a la justicia. Se examinan las dificultades de su situación de vulnerabilidad que se agravan con la marginalidad existente en México, pese a los grandes avances nacionales e internacionales en cuanto al reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos. Se estudian las bases en el sistema jurídico mexicano y la trascendencia del reconocimiento de la cosmovisión indígena, así como las medidas necesarias para un acceso a la justicia equitativo.

PALABRAS CLAVE: Pueblos indígenas; acceso a la justicia; derechos humanos; equidad; marginación.

ABSTRACT: This article analyzes the legal and social implications of indigenous peoples regarding an effective human right of access to justice. The difficulties of their vulnerability that are aggravated by the marginalization in Mexico are examined, despite the great national and international advances in terms of the recognition of the universality of human rights. The bases in the legal system and the significance of the recognition of the indigenous worldview are studied, as well as the necessary measures for equitable access to justice.

KEYWORDS: Indigenous people; access to justice; human rights; equity; marginalization.

Fecha de recepción: 30 de agosto de 2021
Fecha de aceptación: 12 de octubre de 2021

* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México.

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho humano de acceso a la justicia y los grupos indígenas en el marco del sistema jurídico mexicano. III. Acciones de la suprema corte de justicia de la nación frente a la vulnerabilidad indígena. 1. Consideración de medidas especiales para un acceso real y afectivo a la justicia. 2. Acceso a los centros de administración de justicia y la urgencia de intérpretes. 3. La necesidad de una protección efectiva. 4. Consideración de especificidad cultural. IV. Principios esenciales para el acceso a la justicia, de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas. V. La trascendencia del derecho a un traductor y defensa técnica. VI. Conclusiones. Retos para un acceso a la justicia efectivo de los grupos indígenas en México. VII. Fuentes consultadas.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta investigación consiste en analizar y visibilizar las implicaciones de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas respecto a un efectivo derecho humano de acceso a la justicia, ya que —a pesar de existir avances significativos nacionales e internacionales en cuanto al reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos— el derecho positivizado no es suficiente para garantizar un acceso a la justicia, por lo que su efectividad se encuentra lejos de ser una realidad.

De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda, en 2013 existían 6 millones 695 mil 28 hablantes de lengua indígena, pero las personas que en los hechos se identifican como indígenas suman más del doble, lo que significa que en la actualidad existe un gran número de indígenas que han migrado de sus comunidades y que mantienen y reconstruyen su identidad en centros urbanos.¹

Es justo mencionar que las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas sufren condiciones de discriminación y vulnerabilidad históricamente agravadas y que deben considerarse por el juzgador para un alcance efectivo del acceso a la justicia como derecho fundamental.

¹ Gobierno de la República, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, disponible en: www.supremacorte.gob.mx.

El derecho humano de acceso a la justicia se conceptualizó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año de 1948 en donde se establece que: “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que le ampare, contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.²

Sin embargo, esta acepción ha evolucionado, al pasar de un derecho de acceso a la justicia como un “principio de enunciación general y carente de efectividad”³ a un derecho fundamental de primer orden “cuya regulación exige un análisis más exhaustivo para garantizar de manera efectiva su ejercicio”.⁴

Se requiere de un considerable esfuerzo para que el acceso a la justicia tenga un alcance de efectividad para todos los seres humanos, aún más para aquellos que están condicionados por un panorama social y cultural distinto al de la generalidad de la población, como son las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, lo que incluso les impide apropiarse y reclamar este derecho fundamental, por lo que es preciso enmarcar estos esfuerzos que constituyen un reto para el sistema de justicia mexicano y que efectivamente toda persona sea considerada en la creación de normas, impartición de justicia, publicidad, establecimiento de criterios y protocolos; esto beneficio de los grupos vulnerables.

Por lo cual, esta investigación integra aspectos no sólo jurídicos, sino históricos y sociales, que permitan el impacto en la ciencia y aplicación del derecho, así como en otras disciplinas auxiliares en la impartición de justicia.

² Declaración Universal de los Derechos Humanos.

³ Ramírez, Armida y Pérez, Yaritza, *El derecho humano de acceso a la justicia*, Poder Judicial del Estado de México, Tirant lo Blanch, México, 2019

⁴ *Idem*.

II. EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y LOS GRUPOS INDÍGENAS EN EL MARCO DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

En el presente capítulo, se analiza el marco del sistema jurídico mexicano respecto a los grupos indígenas y el acceso a la justicia, desde la óptica de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tratados internacionales. El objetivo es visualizarlos y enfatizar en la eficacia de las disposiciones, para llevarlos hacia el panorama de la labor judicial.

Hablar de grupos indígenas es hablar también de una vulnerabilidad histórica que ha implicado una labor extra por parte del Estado mexicano para subsanar el desequilibrio existente derivado de una diferencia cultural; lo que se traduce en una cosmovisión totalmente distinta a la del grueso de la población mexicana.

En las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad se establece que:

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.⁵

Es necesario dejar en claro, que los grupos indígenas, no sólo por razones culturales, sino también económicas y sociales, se encuentran en un desequilibrio respecto al goce y disfrute de sus derechos. Si hacemos la comparación con el resto de la sociedad, se traduce en un obstáculo para acceder a una justicia efectiva.

En el artículo 2º constitucional, se ve reflejado el esfuerzo por parte del constituyente, respecto al reconocimiento de la vulnerabilidad y disparidad cultural existente. Este artículo constituye la base del reconocimiento de los pueblos indígenas, de la pluriculturalidad, de su autonomía, libre determinación; así como de la apertura a la aplicación

⁵ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, Brasilia, 2008, disponible <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/200977073.pdf>

de sus propios sistemas normativos para la solución de los conflictos que se deriven en sus territorios conforme a lo dispuesto en materia de derechos humanos consagrados en la Constitución.

Define nuestra Carta Magna, a las comunidades indígenas en la fracción VIII, párrafo cuarto, del mencionado artículo que a la letra dice:

Son comunidades integrantes de un pueblo, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.⁶

Además, establece en su apartado A, fracción VIII una serie de criterios específicos para los casos en que las personas miembro de los grupos indígenas sean parte en un procedimiento judicial. En este apartado, se determina el respeto a una libre determinación y autonomía específica, otorgada a las personas integrantes de los pueblos y las comunidades indígenas para:

(...) acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.⁷

La fracción mencionada permite dilucidar la posibilidad de la que gozan las personas integrantes de los grupos indígenas de acudir a los tribunales con igualdad de circunstancias, lo cual nos habla de una afirmación del derecho fundamental de acceso a la justicia. Para alcanzar esta idea de igualdad, no sólo respecto al acceso a la justicia, sino a todo derecho humano, es necesario el reconocimiento eficaz de sus condiciones culturales particulares; de esta manera, subsanar el desequilibrio

⁶ Gobierno de la República, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917. Última Reforma publicada el 28 de mayo de 2021.

⁷ *Idem*.

existente entre el resto de la sociedad y las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas.

En Constituciones, así como en tratados internacionales, han sido plasmados los derechos fundamentales de los cuales gozamos todos los seres humanos; entre estos se encuentra el acceso a la justicia, que ha sido elevado a una categoría de *ius cogens*.

El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, define *ius Cogens* al establecer que: “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.⁸

El citado artículo no sólo define la categoría de *ius cogens*, sino que revela los elementos imperiosos para elevar una norma a dicha categoría; se muestra entonces la relevancia del derecho humano de acceso a la justicia al ser un precepto susceptible de pertenecer al *ius cogens*.

Si se considera que el derecho humano de acceso a la justicia ha sido definido como “la facultad que tiene toda persona a acudir a los tribunales para resolver sus conflictos y de esta manera proteger sus derechos y libertades, a fin de garantizar el pleno ejercicio de estos. Es la posibilidad de toda persona de acudir a los tribunales para la resolución de conflictos de acuerdo con el ordenamiento de cada país y de obtener pronta atención a sus necesidades de determinación externa de situaciones jurídicas.”⁹

Esta concepción sobre el acceso a la justicia podría parecer suficiente para todo ser humano gozoso de derechos fundamentales; sin embargo, si nos concentramos en los grupos indígenas, las nociones que tenemos sobre el acceso a la justicia podrían parecer insuficientes, derivado de las diferencias culturales entre estos grupos y el resto de la población.

⁸ OAS, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, Viena, 23 de mayo de 1969. Consultada el 04 de octubre de 2021, disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

⁹ Thompson, José, *Acceso a la justicia y equidad, Estudios en siete países de América Latina*, Instituto interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2000.

El estándar internacional que reconoce el acceso a la justicia como un derecho humano, es la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 que en su artículo 10 establece que “toda persona, tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia, por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones”.¹⁰ La mencionada Declaración no sólo establece una definición de acceso a la justicia, sino que busca la exigencia de su efectividad, que hemos de señalar, debe ser igualitaria para todas las personas.

Mediante este precepto establecido en la Declaración de Derechos Humanos de 1948, se instituye una pauta para las legislaciones regionales y destaca la igualdad de la que todas las personas debemos de gozar *de facto*, no sólo en aspectos generales, sino específicamente en la impartición de la justicia.

Dentro del sistema jurídico mexicano, el derecho de acceso a la justicia se encuentra consagrado en el artículo 17 constitucional, párrafo segundo que establece que “toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.¹¹

Como se puede observar, en la Declaración de Derechos Humanos de 1948, no sólo se busca que las legislaciones plasmen el acceso a la justicia como una simple definición de derecho positivo, sino que existan los medios y las herramientas para que la letra se transforme en una realidad. Es necesaria la incorporación de medidas, para que todo grupo vulnerable goce de los derechos fundamentales con igualdad, es decir, que exista una eficacia de los derechos.

Por eficacia del derecho podemos entender: “que el titular de tal derecho ha de quedar legitimado para que se reconozca su disfrute y su ejercicio, ha de disponer paralela y simultáneamente de vías idóneas a

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas.

¹¹ Gobierno de la República, *op. cit.*, 1917.

través de las cuales hacerlo valer, defenderlo, lograr su reconocimiento impedido o postergado y reparar su violación”.¹²

La efectividad del derecho humano de acceso a la justicia es una de las condiciones necesarias para el perfeccionamiento del Estado de Derecho; que las personas integrantes de los pueblos indígenas reconozcan con confianza plena, que existen vías idóneas para el disfrute y ejercicio de sus derechos, es una tarea pendiente del Estado mexicano.

Nos encontramos en la mitad del camino, un camino en el que hace falta una mayor aplicación de acciones positivas o afirmativas congruentes con los principios protectores de los derechos de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, así como la coordinación de acciones entre el derecho indígena y los tres poderes del Estado mexicano.

Es necesaria la implementación de una serie de alternativas reales y eficaces para un ejercicio efectivo en el ámbito de la justicia, y así consagrar una protección real e igualitaria de los derechos humanos, mediante prácticas efectivas para hacer estos derechos directamente exigibles.

III. ACCIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN FRENTE A LA VULNERABILIDAD INDÍGENA

De acuerdo con las consideraciones de vulnerabilidad de las que son susceptibles las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, era necesaria una serie de acciones y medidas en su auxilio al momento de atravesar por un procedimiento judicial, y con esto, establecer también un marco de actuación para los operadores jurídicos involucrados.

Una de las acciones más importantes del Estado mexicano respecto al tema que nos atañe en el presente artículo es la reforma constitucional de 2011 en materia de Derechos Humanos, que reconoce a los tratados internacionales como parte del sistema jurídico mexicano, donde establece, para las autoridades judiciales ciertas como una de las máximas,

¹² Bidart Campos, German, *Sobre derechos humanos, obligaciones, y otros temas afines, Estudios en homenaje al Doctor Hector Fix Zamudio*, t. I, UNAM, México, 2008.

la aplicación del principio *pro persona* que establece que debe aplicarse la norma con la protección más amplia como base para la interpretación judicial, criterio hermenéutico sirve como guía para maximizar la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas.

Sin embargo, en lo que respecta a las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, estos avances requieren además de una serie extra de acciones afirmativas. Por definición y de acuerdo con el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico son un: “Conjunto de medidas que adopta el Estado a fin de promover la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.¹³

Asimismo dentro del referido Diccionario, se localiza una definición de la Corte Constitucional del Ecuador que establece que: “La acción afirmativa se produce cuando se observan las diferencias y se favorece a un grupo de individuos de acuerdo con sus características o circunstancias, sin perjudicar de ninguna manera a otros grupos”.¹⁴

Las acciones afirmativas son necesarias en referente al acceso a la justicia de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, pues es necesario un tratamiento diferenciado a este sector que se encuentra en desventaja frente al resto de la sociedad, debido a sus particularidades culturales.

Con estas circunstancias en mente, la SCJN ha establecido un *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*; cuya finalidad es “ofrecer a las y los impartidores (de justicia) herramientas de interpretación jurídica que garanticen de mejor manera sus derechos, pues el Poder Judicial de la Federación tiene una labor importante en el desarrollo de las trans-

¹³ RAE, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, DPEJ, (s.l.e.), consultado el 03 de octubre de 2021, disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/acci%C3%B3n-afirmativa>

¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, *sentencia 051-11-SEP-CC, 15-XII-2011, magistrado ponente Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Suplemento del Registro Oficial n.º 617, 12-I-2012*, pág. 47. Consultado en: <https://dpej.rae.es/lema/acci%C3%B3n-afirmativa>

formaciones esperadas a partir del reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas”.¹⁵

Este protocolo sirve como una guía de actuación para auxiliar a todo operador judicial, cuando exista un conflicto de derechos que involucre a las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas. Lo que se traduce en una medida de auxilio también para ellos; pues está fundamentado en una serie de principios que subsane la vulnerabilidad de las personas que integran las comunidades y pueblos indígenas; así como el respeto y auxilio a su libre determinación, apegados a los estándares nacionales e internacionales; que, en conjunto, se traducen en una mayor confianza y una mejor impartición de justicia.

Sin dejar de lado la trascendencia de la implementación y observancia de este protocolo, que ha puesto en la mira los contrastes de los pueblos indígenas, es necesario señalar algunos de los estándares nacionales e internacionales que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado para avanzar en el camino de un eficaz acceso a la justicia, lo cual no ha significado comenzar desde cero, sino establecer un progreso en los modelos de actuación judicial.

1. CONSIDERACIÓN DE MEDIDAS ESPECIALES PARA UN ACCESO REAL Y AFECTIVO A LA JUSTICIA

Desde Aristóteles, ha existido la pregunta: ¿cuáles son las circunstancias que implicarían desigualdad en un contexto dado? Esto con el fin de romper con el desequilibrio por medio de un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. La Corte ha adoptado un criterio establecido por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en un caso que sentó precedentes por su relevancia pues mediante esta resolución se reconoció el derecho de los integrantes de la comunidad indígena del municipio de Cherán para elegir autoridades por medio de sus prácticas tradicionales. En él se establece que:

¹⁵ Gobierno de la República, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, consultado en 10 de Agosto de 2021, disponible en: www.supremacorte.gob.mx.

En consonancia con la función y naturaleza de los derechos de las colectividades indígenas y de sus miembros, es indispensable la adopción o implementación de medidas especiales que permitan a estos sujetos, en condiciones de igualdad real respecto de los demás, la tutela judicial completa y efectiva de sus intereses jurídicamente relevantes en aquellos casos en los cuales consideren que han sido violados o desconocidos, para lo cual se torna necesario eliminar los obstáculos fácticos que imposibiliten o inhiban en cualquier forma el acceso a los tribunales de justicia y el dictado de resoluciones prontas, completas e imparciales, como está garantizado para todos gobernado en el ordenamiento jurídico mexicano. Tales medidas especiales deben ser idóneas, objetivas y proporcionales para la consecución del fin a saber, la eliminación del obstáculo o barrera que se advierta y, en última instancia, a que los indígenas consigan un acceso real, efectivo, a la jurisdicción estatal.¹⁶

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, con la adopción de este criterio, busca alcanzar un equilibrio mediante acciones y medidas especiales que generen una aplicación más efectiva del derecho a este grupo vulnerable; lo que se traduciría en una mayor confianza por parte de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, que nos lleva a un progreso estatal.

Es necesario que los miembros que conforman el aparato judicial, sean capaces de adaptar su perspectiva a la de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas para generar sentencias más incluyentes sin descuidar la delgada línea de imparcialidad, necesaria en todo proceso jurisdiccional. Por lo cual, las medidas especiales que la Corte busca establecer procuran una amplia protección a los grupos originarios, una tutela judicial completa, pero, sobre todo, efectiva de sus intereses.

El establecimiento efectivo de las acciones positivas o afirmativas conforma un punto importante para garantizar un acceso a la justicia equilibrado. La Corte se ha auxiliado a sí misma y a los miembros de

¹⁶ Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Caso Cherán*, México, 2011, consultado el 10 de Agosto de 2021, disponible en: <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm>

grupos vulnerables; en este caso, las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas; de la adopción de los instrumentos internacionales, nacionales y locales que consideran las particularidades culturales, y que tienen como finalidad, la más amplia protección de las personas que se encuentran en alguna situación de vulnerabilidad.

2. ACCESO A LOS CENTROS DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA URGENCIA DE INTÉRPRETES

Una de las barreras más notables que se presentan a las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas que son parte en los procesos judiciales, es la del lenguaje; por lo que este tópico será fuente de un capítulo completo en posterioridad del presente artículo. Sin embargo, es de importancia mencionarlo como parte de los esfuerzos buscados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la adopción del siguiente criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este Tribunal considera que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas -en tanto miembros del pueblo indígena Maya- y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin. Asimismo, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación del presente caso. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera necesario ordenar al Estado el pago de una suma por concepto de gastos futuros, como una forma de garantizar que las víctimas puedan actuar en el proceso penal abierto ante la justicia ordinaria.¹⁷

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tiü Tojín Vs. Guatemala*, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, consultado el 10 de Agosto de 2021, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf

Por medio de esta resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo sucesivo CoIDH; se hace evidente la trascendencia de la intervención de los intérpretes idóneos en el procedimiento judicial en que están involucradas personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas. Una amplia protección y confianza al aparato judicial, sólo puede realizarse bajo esta tesitura. Pues es notorio que en la actualidad, existe un temor y desconfianza histórica, que posiciona a las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, como víctimas, no sólo de un proceso judicial, sino de un conjunto de circunstancias derivadas de las diferencias con el resto de la población, lo cual no debería ser así; por el contrario, estas particularidades culturales merecen todo el respeto y reconocimiento por parte del Estado mexicano.

Es justo referir que existe la conciencia de que las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas se encuentran en una constante condición de vulnerabilidad, cuyas condiciones actuales y reales del proceso judicial no son las idóneas para la tutela de sus derechos; por lo que la Suprema Corte ha procurado establecer condiciones y medidas necesarias, siguiendo los criterios y recomendaciones internacionales, para hacer cada vez más posible el alcance de un mayor grado de seguridad y confianza en el sistema de justicia; y lograr que la discriminación, existente desde tiempos coloniales, sea erradicada.

Mediante la adopción de este criterio, la Corte ha procurado que exista un trato bajo el cual, la tutela del poder judicial sea visible, así como un trato respetuoso hacia su lengua, tradiciones culturales, cosmovisión y dignidad humana.

3. LA NECESIDAD DE UNA PROTECCIÓN EFECTIVA

Si bien es cierto que el Estado mexicano ha hecho visible el esfuerzo por generar nuevos preceptos normativos que protejan a los miembros de los grupos vulnerables, también es cierto que es necesario que estos preceptos alcancen eficacia; es decir, que trasciendan del derecho positivo a la realidad. Pues son numerosos los casos de violaciones a derechos humanos y principios del debido proceso, que se convierten en

obstáculos para las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, que atraviesan por un proceso judicial.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para el caso Rosendo Cantú, sentó precedente, pues si bien se hizo presente el esfuerzo del Estado mexicano, éste no fue el suficiente para proteger de manera idónea a la señora Rosendo Cantú. En un fragmento de esta sentencia, se declaró que:

La Corte consideró probado que la señora Rosendo Cantú no contó con un intérprete provisto por el Estado cuando requirió atención médica, ni cuando presentó su denuncia inicial, ni tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia... Por otra parte, en ocasiones posteriores que convocó a la víctima, el Estado dispuso la presencia de un intérprete y además informó que se encontraba implementando un programa de formación de intérpretes indígenas en Guerrero. La Corte valora positivamente ambas medidas adoptadas por México. Sin embargo, la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Rosendo Cantú, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia. Con base en lo anterior, la Corte considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento.¹⁸

A pesar de las medidas adoptadas por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aún existe un largo camino por recorrer, pues desafortunadamente algunos de sus fallos han sido motivo de menoscabo a derechos humanos.

Esto ha sido condenado por el derecho internacional, específicamente por la CoIDH que se ha convertido en un importante instrumento generador de criterios interpretativos enfocados en grupos vulnerables,

¹⁸ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, consultado el 10 de agosto de 2021, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

lo cual produce una mayor certeza jurídica y una garantía de acceso a la justicia y al debido proceso por parte de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas.

Por medio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha dado una mayor visibilidad de tratados que no han sido ratificados por el Estado mexicano, pero forman parte del *ius cogens* sobre derechos humanos, lo que abre la posibilidad a una mayor eficacia de acceso a la justicia mediante criterios interpretativos más amplios en cuanto a protección, al considerar la situación especial de vulnerabilidad de los pueblos indígenas, que se abordará en el siguiente apartado.

4. CONSIDERACIÓN DE ESPECIFICIDAD CULTURAL

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos considera de las particularidades de las personas integrantes de los pueblos indígenas, en el artículo 2º establece un deber para las autoridades, de contemplar las costumbres y especificidades culturales en cualquier juicio o procedimiento en que esté involucrada una persona o pueblo indígena. De este principio dependerá, en gran parte, la efectividad acceder plenamente a la jurisdicción del Estado.

No sólo es una posibilidad, sino que el artículo establece un deber para el juzgador para allegarse de toda aquella información necesaria y suficiente que le permita comprender la cosmovisión indígena: usos, costumbres, lengua; y mantener el respeto a la dignidad indígena. Este deber se ve reflejado en la siguiente porción de resolución del Amparo Directo en Revisión 1624/2008, que refiere:

El Tribunal Colegiado, todavía con una intensidad mayor a la ordinaria por tratarse de un caso penal, debía partir de la presunción de que era necesario averiguar si en el caso había elementos de especificidad cultural, conformes con la Constitución, que fuera relevante tomar en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad del acusado. No de la presunción de que estos elementos de especificidad cultural existían, pero sí de la premisa de que era una obligación constitucionalmente impuesta investigar si existían y si habían influido en la comisión

de los hechos enjuiciados o en los elementos determinantes de la responsabilidad del encausado... es una obligación del más alto nivel del ordenamiento jurídico, es decir, una obligación constitucional.¹⁹

La Suprema Corte, por medio de esta resolución, establece un mandato de investigación de los elementos inherentes a la cultura y cosmovisión indígena, que pudiesen ser determinantes en la responsabilidad de alguna de las partes en el proceso. Como se refiere en el criterio, no sólo se tratará de gozar de la presunción, sino de realizar las investigaciones necesarias, que permitan al juzgador comprender y adentrarse en una cosmovisión diferente.

Es necesario un trato diferenciado a la comunidad indígena, considerando su visión cultural que también es distinta; sin embargo, ha sido una constante la apreciación excluyente hacia las personas integrantes de los pueblos indígenas, en donde no han sido considerados como personas gozosas de la plenitud de vivir dentro del marco ético mínimo establecido por la Constitución, sino como sujetos extraños de los demás partícipes del mundo, que poseen una cultura prevaleciente. Esto genera una incompreensión generalizada, lo cual rompe con la armonía en el reconocimiento de la dignidad humana.

En suma, el acceso a la justicia, por parte de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, ha presentado un sin número de dificultades debido a sus condiciones culturales particulares y a las características que lo vuelven un grupo vulnerable. Son diversos los elementos que generan el desequilibrio entre la eficacia del derecho humano al acceso a la justicia de los grupos vulnerables y el sistema jurídico en México, esto comprende tanto a la administración, como a la procuración de justicia, ya que en el tema que nos atañe es de suma importancia el cumplimiento real de las garantías del debido proceso.

Sólo será posible que se garanticen y ejerzan efectivamente los derechos de toda persona, cuando se reconozcan en la realidad práctica,

¹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo Directo en Revisión 1624/2008*, consultado el 10 de agosto de 2021, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=102948>

las diferencias y los derechos de estos grupos, considerando el contexto histórico, social y cultural de la comunidad a la que pertenecen.

IV. PRINCIPIOS ESENCIALES PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS INTEGRANTES DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

El acceso a la justicia en México se ha visto evidenciado respecto a su efectividad, puesto que el grueso de la sociedad que se ha enfrentado a la experiencia del proceso judicial ha atravesado dificultades en la aplicación de principios y normas, que alteran el debido proceso.

Al tratarse de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, estas cifras se agravan debido a sus particularidades culturales, pues en su caso, para un efectivo acceso a la justicia no basta con el establecimiento de garantías judiciales en el derecho positivo, sino de medios eficaces que, a pesar de la presencia de diferencias culturales, hagan posible y real la existencia de un debido proceso.

Podemos afirmar que el respeto al debido proceso para la generalidad de las personas integrantes de los grupos indígenas, aún se visualiza como un objetivo incumplido en la administración de la justicia, como una deuda ante este sector de la población que no conoce las leyes ni los procedimientos del Estado mexicano, por lo que hay principios y valores que deben contemplarse, con especial importancia, en la administración de justicia cuando se trata de grupos indígenas.

Las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas gozan de sus propios procedimientos de justicia, derivados de sus usos y costumbres, por lo que al enfrentarse a procesos judiciales estatales, se enfrentan también a un panorama desconocido, con principios y normas extrañas para ellos, lo que dificulta en mayor grado la exigencia del respeto al debido proceso.

En la justicia indígena no se basan en el formalismo sino en la búsqueda de la solución real, efectiva y duradera y de reestablecer la unidad de la comunidad la cual ha sido desquebrajada por el conflicto social, basado en el principio de la equidad y de la

colectividad, cuya base es la cosmovisión indígena. Mientras que en la justicia ordinaria o estatal, se percibe muchas veces, un formalismo exagerado, la moral judicial y la solución de la controversia, se conforman a interpretaciones rígidas del derecho.²⁰

La observancia del debido proceso exige el respeto de un conjunto de principios que deben observarse a lo largo de éste y que otorgan eficacia y legitimidad a la protección de los derechos humanos, lo que se traduce en certeza jurídica y confianza necesaria por parte de la sociedad; confianza que, con justa razón es nula, pues los precedentes hablan por sí mismos respecto a los resultados en materia de respeto a derechos humanos y debido proceso de las personas integrantes de los pueblos indígenas.

De acuerdo con Cappelletti y Garth, existen dos principios básicos que guían el derecho de acceso a la justicia: el principio de equidad, y el de proporcionalidad.²¹

Conforme a sus postulados, el principio de equidad se traduce en una igualdad de condiciones en la que las personas miembros de una sociedad pueden acceder a la administración de la justicia. Este principio cobra especial importancia, en tanto que, para ser gozados de él, debe existir una serie de factores dentro del que destaca una defensa técnica idónea. En lo que se refiere a los grupos indígenas, es bien sabido que para la existencia de una defensa adecuada, deben ser consideradas una serie de características específicas relacionadas con su lenguaje y cultura, usos y costumbres.

Como sociedad, vivimos bajo ese ideal de equidad que únicamente podrá ser alcanzado por medio de una serie de medidas específicas que equilibren la situación de desigualdad histórica. Por el contrario, la ausencia de estas medidas traducidas en acciones en la realidad; es decir, cuando solo están concentradas en la letra de la ley, pero no las vemos en el ejercicio de la administración y procuración de la justicia, generan

²⁰ Valiente Lopez, Aresio, “*Los modos de resolver los conflictos sociales en el mundo indígena*”. *Cuadernos de ciencias sociales*, n. 5. Flacso Panamá-Arpi impresores, Panamá, 2011.

²¹ Cappelletti, M. Y Garth, B., *El Acceso a la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

una discriminación derivada de la falta de interés en la protección de los derechos humanos las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas.

El segundo principio en la doctrina referida, es el de proporcionalidad que establece como máxima, resoluciones idóneas contemplando todo un contexto histórico y social; es decir, la idea la pluralidad cultural establecida en nuestra Carta Magna, la consideración de diferencias culturales con todo lo que ello comprende: lenguaje, ideas, cosmovisión.

En esencia, este principio nos lleva al ya referido pluralismo cultural, parte de este, es un pluralismo jurídico real y existente reconocido en nuestra Constitución, que además nos guía hacia una de las máximas en el tema de los derechos humanos de los pueblos indígenas, que es el principio de autonomía como expresión de la libre determinación.

En el universo de los derechos de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, la libre determinación es uno de los más referidos. Este derecho les otorga la capacidad de decidir lo propio, siempre que no transgreda la línea de los derechos humanos establecidas en nuestra Carta magna y en los tratados internacionales.

La libre determinación de los pueblos se traduce en una máxima de respeto a la autonomía, derivado del pluralismo jurídico, este respeto es hacia sus prácticas, decisiones, sistema jurídico, instituciones y autoridades, procedimientos de solución de conflictos y todo aquello que conforma su identidad indígena.

Para que este principio de autonomía nos guíe hacia un acceso a la justicia efectivo, ha sido necesario el reconocimiento de la jurisdicción indígena, al respetar la facultad de sus autoridades para resolver sus conflictos.

Con reconocimiento jurídico y social de la jurisdicción indígena, tendremos apertura a un acceso efectivo a la justicia, ya sea por medio de cualquiera de los dos sistemas; es decir, mediante las autoridades estatales o las autoridades indígenas. Siempre que ambas se encuentren apegadas a las máximas establecidas por la Constitución y tratados internacionales; aun con las diferencias inherentes a la culturalidad.

Constitucionalmente está reconocida la libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas como una máxima en su artículo 2º, esto se traduce, materialmente, en dos posibilidades para las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas que busquen un acceso a la justicia. Una de ellas es que las personas pertenecientes a los grupos indígenas puedan acceder con la misma facilidad a sus autoridades, así como a las autoridades estatales para la solución de conflictos; por otro lado, el respeto de las facultades de las autoridades indígenas siempre que éstas actúen sin transgresión a los derechos humanos reconocidos por el sistema jurídico mexicano, tal como lo establece el citado precepto constitucional.

Sin embargo, a pesar del reconocimiento de su libre determinación y autonomía, y de las máximas de respeto a la dignidad indígena establecidas en la Carta magna, es importante mencionar el principio de no discriminación, que podría parecer una obviedad en los tiempos presentes, pero que en múltiples ocasiones ha sido violentado, aun sin la conciencia de ello.

La discriminación que sufren las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, ha sido señalada constantemente por la comunidad internacional.

El hecho de que el juzgador no considere el desequilibrio de condiciones existentes entre los miembros de los pueblos originarios y el resto de la sociedad, nos lleva a una visión discriminatoria, al saber que existen sesgos culturales que generan una vulnerabilidad así como una posición no igualitaria que debe ser subsanada por medio de las ya mencionadas acciones afirmativas, que permitan “tomar en cuenta las costumbres y especificidades culturales de los pueblos en los juicios o procedimientos en que los indígenas sean parte individual o colectivamente”.²²

La Corte Interamericana se ha pronunciado respecto a la discriminación que sufren las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas como una forma de violación a derechos humanos, que establece:

²² Gobierno de la República, *op. cit.*, 1917.

Es importante tener presente que, si se prohíben, no se reconocen, o bien, no se establecen los medios adecuados para la realización de los derechos humanos de las personas y pueblos indígenas, se estaría incurriendo en una violación a esta prohibición de no discriminar. La igualdad meramente formal o legalista puede constituir una medida discriminatoria. Si la afirmación de la igualdad formal no se acompaña de acciones que contribuyan a la equidad y a la igualdad material de oportunidades para el ejercicio de los derechos, se queda en una declaración vacía de contenido que no se traduce en un auténtico derecho, en este caso, de las personas y pueblos indígenas.²³

Es un mandato constituido para los juzgadores —no sólo reconocer que los pueblos indígenas cuentan con una organización, autoridades e instituciones propias, además de sus usos y costumbres— sino adoptar y establecer las medidas necesarias que hagan de la equidad una realidad, y no solo un ideal; para garantizar el derecho a acceder de manera plena a una impartición de justicia estatal efectiva, libre de cualquier discriminación y exclusión social.

V. LA TRASCENDENCIA DEL DERECHO A UN TRADUCTOR Y DEFENSA TÉCNICA

Los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos. La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura.²⁴

²³ CoIDH, Caso Awas Tingni, cit., “d. Peritaje de Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.”

²⁴ Corte IDH, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, consultado el 3 de agosto de 2021, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

La falta de traductores idóneos en los procesos judiciales de los que son parte los miembros de las comunidades indígenas los ha llevado a permanecer en un estado de indefensión, lo que se traduce en una afectación a sus derechos fundamentales, y en específico, a un acceso a la justicia desigual.

Derivado de un proceso histórico y del contexto internacional, en el año 2001 el constituyente mexicano realizó modificaciones en materia de derechos indígenas, incorporando con esto a integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, como ciudadanos gozosos de particularidades culturales.

Dentro de la mencionada reforma al artículo 2º constitucional, se estableció la autodeterminación y autonomía indígena y el derecho de los pueblos indígenas a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado, y este acceso pleno no podría ser posible, si lingüísticamente no se comprende la naturaleza ni el desarrollo del proceso judicial. Como una manera de garantizar este derecho establecido, la Constitución señala que deberán ser considerados sus usos, costumbres, así como especificidades culturales además de que “los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura”.²⁵

En esta tesitura, a pesar de que en nuestro máximo ordenamiento jurídico del que deriva la legislación local, se precisa que “en todo tiempo” del proceso judicial, se deberá contar con la asistencia de traductores, no sólo que conozcan la lengua de la persona integrante de los pueblos y comunidades indígenas que es parte en el proceso; sino también los datos culturales que puedan definir el curso del proceso y con esto, la resolución judicial.

Ha sido la CoIDH en el caso Rosendo Cantú Vs. México²⁶ la que ha señalado que, a pesar de las acciones de la Suprema Corte, el Estado continua incumpliendo con su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia, por no proveer de intérpretes ni

²⁵ Gobierno de la República, *op. cit.*, 1917.

²⁶ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, consultado el 14 de agosto de 2021, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

otorgar información en el lenguaje propio, sobre las actuaciones procesales derivadas de la denuncia de la señora Rosendo Cantú.

Esta sentencia de la CoIDH, proyectó a México como un Estado discriminatorio de acuerdo con lo establecido en el numeral 1.1 de la Convención Americana que refiere que para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva con la plena consideración de sus características propias, sociales y culturales, si como su situación de vulnerabilidad, usos y costumbres, lo que incluye lenguas y dialectos.

Cabe destacar, como se ha hecho, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido el mandato de investigar y no sólo deducir o presumir, las distinciones culturales, ya que éstas podrían ser generadoras de sesgos procesales, y más aún, el competente entendimiento de las partes de todo lo acontecido, lo cual es esencial para el buen procedimiento.

La Carta Magna es clara en su artículo 14, al establecer que los juicios seguidos contra cualquier persona, deberán guardarse dentro del ámbito de validez de las normas; sin embargo, no podemos hablar de un debido proceso, si una de las partes no entiende; en este caso, por razón de lengua, las actuaciones judiciales de las que está siendo partícipe, ya sea por no haber un traductor disponible para acompañarlo en el proceso o porque el que lo acompaña, no es el idóneo.

Es referido por el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas que: “los servidores públicos capacitados para la atención de los pueblos y comunidades indígenas no son suficientes, lo que ocasiona que no se atienda en las lenguas indígenas que se hablan en la región y que únicamente sea el español, la lengua válida en las demandas sociales y legales o en los trámites de carácter público”.²⁷

Este dato sostenido por el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas revela la ineficacia del derecho a la justicia, así como en la violación a los

²⁷ Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, *Programa de revitalización, fortalecimiento y desarrollo de las lenguas indígenas nacionales 2008-2012*, México, 2010, consultado el 12 de agosto de 2021, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5150513&fecha=02/07/2010

principios del debido proceso y los establecidos por el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, como lo son el de multilingüismo, la interculturalidad, el respeto al pluralismo, o los establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; lo que en la práctica constituye una transgresión a los derechos fundamentales. Es necesario, como se ha analizado con anterioridad que, de ser juzgados por los órganos del Estado, realicen un ejercicio de ponderación y análisis de los usos y costumbres indígenas.

En este tenor, podríamos asegurar que continúa siendo una problemática irresuelta, el tema del acceso a la justicia por parte de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, ya que lo establecido en el derecho positivo sobre el debido proceso para la comunidad indígena, y la realidad práctica, en la que el tema de la falta de traductores, continua siendo motivo desencadenante de la violación de derechos fundamentales.

Para que la justicia sea efectiva y accesible para los pueblos indígenas, es necesario que en todo procedimiento se cuenten con los medios idóneos y las acciones afirmativas para que las partes sean capaces de comprender las actuaciones procesales, así como para explicarse y hacerse entender en sus manifestaciones. La labor de los intérpretes idóneos es uno de los medios más efectivos para llevar un debido proceso y así como una muestra de respeto a la máxima de la dignidad indígena.

VI. CONCLUSIONES. RETOS PARA UN ACCESO A LA JUSTICIA EFECTIVO DE LOS GRUPOS INDÍGENAS EN MÉXICO

Es evidente y real la falta de comprensión con respecto a la cosmovisión de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, lo cual se traduce en actuaciones discriminatorias, y vulnerarias de derechos fundamentales, sumadas a una marginalidad histórica. Dentro de estos derechos fundamentales encontramos el del acceso efectivo a la justicia, respecto del cual podríamos concluir que las personas que integran los pueblos y comunidades indígenas, no gozan ampliamente.

Es necesario que el Estado mexicano por medio de sus autoridades muestre una mayor voluntad para establecer medidas, acciones y meca-

nismos eficaces e idóneos que aterricen a la realidad lo establecido en nuestra Carta Magna.

En este sentido, los tribunales de la nación tienen la labor pendiente de asumir una defensa efectiva de estos derechos vulnerados, al contar con las bases en el derecho positivo, reconocer las normas y aplicarlas en la realidad mediante mecanismos suficientes, siempre respetuosos de la autonomía y determinación indígena que, progresivamente, acorten la distancia entre el derecho positivo y la realidad para generar un acceso a la justicia efectivo y en consecuencia equitativo.

El Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es un instrumento completo, que auxilia no solo a los administradores y procuradores de la justicia en su labor, sino que, en su aplicación real, también ocurre en auxilio de la necesidad de un debido proceso en el que los miembros de los pueblos indígenas sean partícipes. La tarea de impartir justicia, en especial con grupos vulnerables, en este mundo de constante transformación, nunca dejara de presentar retos.

Los criterios emitidos por Cortes internacionales, en donde se reconoce a México por las acciones positivas encaminadas a un progreso en materia impartición de justicia, deben impulsar a la nación a seguir perfeccionándose, pues aún falta mucho por hacer. De igual manera, ante aquellas que han señalado al Estado, por diversas fallas en sus resoluciones, no deben apreciarse como factores negativos, sino como guías de actuación futura, pues en esta materia y otras, siempre habrá espacio para el perfeccionamiento.

Fue tema constante a lo largo de este estudio, la falta de acciones afirmativas para subsanar estas desigualdades dentro del Estado mexicano; en este sentido, es necesario señalar que no sólo en la materia penal es en donde se necesitan estas medidas, sino en todo el sistema jurídico; por medio de mecanismos suficientes, adecuados y consientes de la obligación de allegarse y respetar de toda la información relativa a las especificidades culturales de la comunidad indígena, principalmente y como se pudo apreciar en el aspecto del lenguaje.

En este sentido, en México contamos con una amplia variedad de legislaciones que buscan la protección de los derechos de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas. Es de principal relevancia salvaguardar de sus lenguas; sin embargo, en el Estado mexicano aún se carece de las medidas que lleven esta legislación a la realidad, y que lo comprometan a efectivamente resguardar este derecho. Son necesarias las acciones del legislativo, relativas a la organización e impulso de estas medidas, mediante iniciativas.

En consecuencia, son numerosos los factores que, como hemos analizado, generan un desequilibrio entre los requerimientos del derecho fundamental efectivo de acceso a la justicia por parte de las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, lo establecido por el derecho positivo y las actuaciones por parte del Estado mexicano y lo establecido en el derecho positivo.

El Estado mexicano se encuentra aún en deuda con respecto al cumplimiento de sus garantías de acceso a la justicia. Esta afirmación es sin dejar de lado, que efectivamente se han procurado grandes avances en materia de derechos humanos; no obstante, aún no alcanzan a superar una realidad desigual, siendo necesaria la identificación de condiciones diferentes para gozar de los mismos derechos.

La aceptación del otro junto a uno en la convivencia, es el fundamento biológico del fenómeno social, sin amor y sin aceptación del otro junto a uno no hay socialización y sin socialización no hay humanidad. Cualquier cosa que destruya o limita la aceptación del otro junto a uno, desde la competencia, hasta la posesión de la verdad, pasando por la certidumbre ideológica, destruye o limita la posibilidad de que se dé el fenómeno social, por lo tanto, humano: por que destruye el proceso biológico que lo genera”. Humberto Maturana.²⁸

²⁸ Maturana, Humberto, *La realidad ¿objetiva o construida?*, Antropos, Barcelona, 1995.

VII. FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

- Bidart Campos, German, *Sobre derechos humanos, obligaciones, y otros temas afines, Estudios en homenaje al Doctor Hector Fix Zamudio*, t. I, UNAM, México, 2008.
- Cappelletti, M. Y Garth, B., *El Acceso a la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- CoIDH, Caso Awas Tingni, cit., “d. Peritaje de Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.”
- Maturana, Humberto, *La realidad ¿objetiva o construida?*, Antropos, Barcelona, 1995.
- Ramírez, Armida y Pérez, Yaritza, *El derecho humano de acceso a la justicia*, Poder Judicial del Estado de México, Tirant lo Blanch, México, 2019.
- Thompson, José, *Acceso a la justicia y equidad, Estudios en siete países de América Latina*, Instituto interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2000.
- Valiente Lopez, Aresio, “Los modos de resolver los conflictos sociales en el mundo indígena”. *Cuadernos de ciencias sociales*, n. 5. Flacso Panamá-Arpa impresores, Panamá, 2011.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convenio No. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo.
- Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de los Estados Americanos
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de México.
- Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas.
- Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas.
- Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de México.
- Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos

Documentos electrónicos

- Corte IDH, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, consultado el 3 de agosto de 2021, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

- Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, consultado el 14 de agosto de 2021, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf
- Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, *Programa de revitalización, fortalecimiento y desarrollo de las lenguas indígenas nacionales 2008-2012*, México, 2010, consultado el 12 de agosto de 2021, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5150513&fecha=02/07/2010
- RAE, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, DPEJ, (s.l.e.), consultado el 03 de octubre de 2021, disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/acci%C3%B3n-afirmativa>
- Corte Constitucional del Ecuador, *sentencia 051-11-SEP-CC, 15-XII-2011*, magistrado ponente Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, *Suplemento del Registro Oficial n.º 617, 12-I-2012*, pág. 47. Consultado en: <https://dpej.rae.es/lema/acci%C3%B3n-afirmativa>
- Gobierno de la República, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, consultado en 10 de Agosto de 2021, disponible en: www.supremacorte.gob.mx.
- Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Caso Cherán*, México, 2011, consultado el 10 de Agosto de 2021, disponible en: <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, consultado el 10 de Agosto de 2021, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf
- Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, consultado el 10 de agosto de 2021, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo Directo en Revisión 1624/2008*, consultado el 10 de agosto de 2021, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=102948>
- Gobierno de la República, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, disponible en: www.supremacorte.gob.mx
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, Brasilia, 2008, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/200977073.pdf>
- OAS, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, Viena, 23 de mayo de 1969. Consultada el 04 de octubre de 2021, disponible en: http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL CNPP, SU DEFICIENTE REGULACIÓN FRENTE AL DERECHO HUMANO DE LA VÍCTIMA A UN TRATO “NO REVICTIMIZANTE”

THE ANTICIPATED PROOF, ITS DEFICIENT REGULATION AGAINST THE VICTIM’S HUMAN RIGHT TO A “NON-REVICTIMIZING” TREATMENT

CÉSAR AGUILAR GONZÁLEZ*

RESUMEN: Este artículo analiza la práctica de la prueba anticipada en víctimas de delitos sexuales, la cual se considera fundada en virtud de que el tratamiento que éstas llevan para su recuperación se interrumpe cuando son citadas nuevamente para recabar mayores datos relacionados con el hecho delictivo. En opinión del autor, se requiere establecer expresamente en el artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales que la prueba anticipada sea practicada oficiosamente por parte de las autoridades, cuando se trate de víctimas de delitos sexuales.

PALABRAS CLAVE: Prueba anticipada; delitos sexuales; víctima; revictimización.

ABSTRACT: This article analyzes the practice of early testing in victims of sexual crimes, which is considered founded on the fact that the treatment they carry for their recovery is interrupted when they are summoned again to collect more data related to the crime. In the author’s opinion, it is required to expressly establish in article 304 of the National Code of Criminal Procedures that advance evidence be carried out informally by the authorities, in the case of victims of sexual crimes.

KEYWORDS: Advance test; sexual crimes; victim; revictimization.

Fecha de recepción: 16 de marzo de 2021

Fecha de aceptación: 21 de julio de 2021

* Es servidor público en el Poder Judicial de la Federación con: Licenciatura en Derecho; Especialidad en Derecho Penal; Maestría en Derecho de Amparo; Doctorado en Derecho Penal; Posdoctorado en Derecho Penal; Master Especialista en Derecho Penal por el Centro de Estudios e Investigaciones Jurídicas de España.

SUMARIO. I. Introducción. II. Regulación de la prueba anticipada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código Nacional de Procedimientos Penales. III. La víctima en el sistema de justicia penal en México. IV. La prueba anticipada y su relación con el derecho humano a la integridad de la víctima. V. La prueba anticipada como mecanismo de protección del derecho humano a la no revictimización. VI. Conclusión. VII. Fuentes consultadas.

I. INTRODUCCIÓN

Con la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, el sistema de justicia penal en México sufrió una considerable transformación; anteriormente, el llamado sistema tradicional se caracterizaba porque en la averiguación previa se practicaban diligencias para la obtención de diversas pruebas sin ningún control de legalidad por diversa autoridad (como actualmente sucede en el nuevo sistema penal, donde una vez que se detiene a una persona y concluido el plazo que tiene el Ministerio Público, lo pone a disposición del juez de control para que califique si fue legal o no la detención, lo cual, se realiza en la llamada audiencia de control de detención), probanzas que se les concedía valor al momento de emitir sentencia.

Con este cambio, se reestructuró la obtención, ofrecimiento, desahogo y valoración de pruebas, ahora, el material probatorio obtenido antes de la etapa de juicio oral carece de todo valor probatorio para efecto de emitir sentencia, a *contrario sensu*, todas las pruebas que se desahoguen en la etapa de juicio oral tendrán valor probatorio, salvo aquellas que se hubiesen desahogado previo a la etapa de juicio oral como prueba anticipada, bajo ciertos supuestos establecidos en el Código Nacional. Como lo menciona Óscar Rodríguez Olvera:

Ciertamente no todos ganamos igual con esta reforma, porque quienes más ganan son las víctimas que ya están hartas de sufrir los embates de quienes han convertido al delito en un *modus vivendi* muy lucrativo y de fácil ejecución, derivado de la escandalosa impunidad que existe en nuestro país, sustentada en una corrupción que es innegable por sus enormes proporciones.¹

¹ Rodríguez Olvera, Oscar, *Reforma penal: Los beneficios procesales a favor de la víctima*

No son las víctimas las que más ganan, las reformas constitucionales y los cambios en el sistema de justicia penal benefician a la sociedad, a quien están destinadas de manera abstracta las reformas y no exclusivamente a las víctimas como refiere el autor, punto en el que todavía hay ajustes que analizar y ejecutar, uno de ellos, es el que no debiera existir impedimento alguno para que el testimonio y demás actos relacionados con la víctima sean recabados como prueba anticipada; es decir, no existe necesidad de acreditar el riesgo de prueba como en otros casos para que proceda su recepción, puesto que el daño que ocasiona el delito es evidente en diferentes grados en todas las víctimas.

En ese sentido, es necesario formular planteamientos para que el Estado diseñe políticas públicas que disminuyan la revictimización o victimización secundaria (principalmente en delitos sexuales) en el proceso de acceso a la justicia que, desde la perspectiva de los derechos humanos tiene un efecto perjudicial no sólo en niñas, niños y demás grupos vulnerables, sino que en cualquier víctima sin importar su género.

II. REGULACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales menciona:

El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Los medios o elementos de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.

Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de

del delito, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, documento de trabajo Número 37, versión preliminar, México, marzo de 2008, p. 21.

prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.

José Alberto Silva Silva afirma que la prueba es “Aquella actividad procesal, consistente en la obtención, práctica y valoración, que va encaminada, en primer lugar, a conocer los hechos que se investigan y, con posterioridad, a sustentar y acreditar las afirmaciones de las partes en el proceso”.²

En esos términos, la prueba juega un papel importante en el proceso, de ella depende el éxito o fracaso para una de las partes, al ser un instrumento con el que se pretende demostrar la verdad o falsedad de las cosas y el juzgador pueda emitir su resolución con base en las pruebas desahogadas en el juicio.

En ese orden de ideas, reseñado el concepto de prueba, nos referiremos ahora a la denominada prueba anticipada, a la que Gimeno Sendra se refiere:

La fugacidad de tales elementos probatorios impide su reproducción en el ulterior juicio oral, se hace necesario que el Juez de Instrucción o, incluso la policía judicial, actuando a prevención del juez proceda a su aseguramiento de la prueba, bien practicándola directamente bajo la inmediación del juez y con estricta observancia de todo un conjunto de garantías [...] bien asegurando las fuentes de prueba para poder trasladarlas en su día a órgano jurisdiccional de enjuiciamiento [...] bien la práctica del acto de prueba, en cuyo caso nos encontramos ante un supuesto de prueba instructora anticipada, bien la guarda o custodia de las fuentes de prueba a través de actos de prueba preconstituida.³

Por ello, la prueba anticipada debe practicarse ante el riesgo fundado de que la fuente de prueba desaparezca o exista un impedimento para

² Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho procesal penal*, Oxford University Press, México, 1990, p. 541.

³ Gimeno Sendra, José Vicente, *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 375.

que su reproducción se pueda dar en la etapa de juicio oral, lo anterior en términos de la Constitución Federal y del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Por lo que hace a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, apartado A), fracción III, establece:

Art. 20.- El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales: [...]

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

De lo anterior, se desprende que es la ley secundaria quien establecerá las excepciones y requisitos para admitir la prueba anticipada; sin embargo, como veremos enseguida, el Código Nacional de Procedimientos Penales en su Capítulo III, artículos 304, 305 y 306, no establece con claridad algún supuesto de procedencia para el caso de las víctimas, lo cual resulta necesario en atención a los principios pro persona e interés superior del menor,⁴ previstos en nuestra Constitución.

⁴ Respecto al término “menor” no pasa inadvertido lo siguiente: La Convención sobre los Derechos del Niño, lo define como todo ser humano menor de 18 años; por otro lado, en México, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes menciona que son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menores de 18 años de edad.

“Dicha convención constituye un gran salto por la forma en que se conceptualizaba a los niños al considerarlos a partir de ese momento, como sujetos de derechos, dejando de lado la teoría tutelar que los consideraba como “menores”, palabra que de acuerdo con el diccionario de la lengua española significa: Adj. Comp. De pequeño. Que es inferior otra cosa en cantidad, intensidad o calidad”. Con la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño la norma jurídica y la doctrina se une para cambiar la visión que se tenía de la infancia hasta el momento, estableciendo que lo que ha de protegerse es el ejercicio integral de los derechos humanos por parte de las niñas, los niños y adolescentes.” Rabanales García, Marvin, *El sentido real de la convención sobre los derechos de la niñez*, en Corona Caraveo, Yolanda (coord.). *Infancia, legislación y Política*, UNAM, México, 2000, p. 23.

Artículo 304. Prueba anticipada

Hasta antes de la celebración de la audiencia de juicio se podrá desahogar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

Que sea practicada ante el Juez de control;

Que sea solicitada por alguna de las partes, quienes deberán expresar las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia de juicio a la que se pretende desahogar y se torna indispensable en virtud de que se estime probable que algún testigo no podrá concurrir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciere temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar;

Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, y

Que se practique en audiencia y en cumplimiento de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

Artículo 305. Procedimiento para prueba anticipada

La solicitud de desahogo de prueba anticipada podrá plantearse desde que se presenta la denuncia, querella o equivalente y hasta antes de que dé inicio la audiencia de juicio oral.

Cuando se solicite el desahogo de una prueba en forma anticipada, el Órgano jurisdiccional citará a audiencia a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir a la audiencia de juicio oral y luego de escucharlos valorará la posibilidad de que la prueba por anticipar no pueda ser desahogada en la audiencia de juicio oral, sin grave riesgo de pérdida por la demora y, en su caso, admitirá y desahogará la prueba en el mismo acto otorgando a las partes todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de juicio oral.

“Con la introducción de la convención sobre los derechos del niño en el derecho internacional, se dieron importantes aportaciones a favor de los infantes, una de ellas fue que a partir de ese tratado los niños ya no serían considerados sujetos de protección, sino seres humanos titulares de sus propios derechos, los cuales deben ser respetados por la familia, sociedad y el Estado.” Islas Colin, Alfredo y Arguez de los Santos, Jesús Manuel, *Derechos Humanos. Un escenario comparativo entre los sistemas universal, regional y nacional*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2016, p. 489.

El imputado que estuviere detenido será trasladado a la sala de audiencias para que se imponga en forma personal, por teleconferencia o cualquier otro medio de comunicación, de la práctica de la diligencia.

En caso de que todavía no exista imputado identificado se designará un Defensor público para que intervenga en la audiencia.

Artículo 306. Registro y conservación de la prueba anticipada

La audiencia en la que se desahogue la prueba anticipada deberá registrarse en su totalidad. Concluido el desahogo de la prueba anticipada, se entregará el registro correspondiente a las partes.

Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la audiencia de juicio, se desahogará de nueva cuenta el medio de prueba correspondiente en la misma.

Toda prueba anticipada deberá conservarse de acuerdo con las medidas dispuestas por el Juez de control.

Como se advierte de los preceptos transcritos, la prueba anticipada deberá practicarse ante el juez de control, a solicitud de las partes quienes deberán exponer de manera fundada la extrema necesidad de su práctica; es decir, al estimarse que algún testigo no pueda concurrir a audiencia de juicio, ya sea porque vive en el extranjero o porque exista el riesgo de que fallezca, etcétera, o bien, debe practicarse cuando exista la posibilidad de que pueda perderse la información que pudiere arrojar la prueba y, con el propósito de que esto no suceda se debe desahogar anticipadamente antes de la etapa de juicio.

Se puede solicitar desde que se presenta la denuncia hasta antes de la audiencia de juicio oral, posteriormente y previo a su admisión o desechamiento, el juez escuchará las razones correspondientes de las partes y se deberá registrar dicha prueba en su totalidad; por otro lado, si el obstáculo que dio lugar a la práctica de la prueba anticipada desaparece, se desahogará como medio de prueba que le corresponda en la misma, tal como lo menciona la autora Carla Pratt:

Excepcionalmente nos podremos enfrentar a casos en los cuales, al momento de llegar a la audiencia de debate de juicio oral, la persona sí se encuentra en el país o su estado de salud física o mental no tenga daño alguno, lo cual tendrá como consecuencia la no producción de la prueba anticipada y por lo tanto, la comparecencia de dicha persona. En este caso, la prueba anticipada solo podría ser utilizada como soporte para evidenciar contradicción, refrescar memoria o superar contradicción.⁵

III. LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO

La víctima ha sido incorporada y reconocida en la constitución y en la legislación secundaria como una parte importante en el nuevo sistema de justicia penal en México, cuenta con diversos derechos dentro del proceso, aunque, como se aborda en este apartado, quedan aún muchas situaciones que siguen afectando tanto a la víctima como a los ofendidos; por lo tanto, debemos realizar ciertas modificaciones a la legislación secundaria con base en los principios constitucionales de derechos humanos, que nos conceden la posibilidad de brindar a la víctima una mayor protección para evitar un doble daño.

La Organización de las Naciones Unidas menciona que se entiende por víctima a:

las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder. Se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.⁶

⁵ Pratt, Carla, *Curso básico sobre sistema penal acusatorio*, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C., México, 2016, p. 91.

⁶ ONU, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y del abuso del poder*, Apartado A, número 1 y 2, 1985.

Por otra parte, Henry Pratt señala que una persona “es victimizada cuando cualquiera de sus derechos han sido violados por actos deliberados y maliciosos. Así, víctima sería la persona sobre quien recae la acción criminal, o sufre en sí o en sus derechos las consecuencias nocivas de dicha acción”.⁷

También el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 108 considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Asimismo, se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito.

Las definiciones citadas dejan en claro qué se entiende por víctima, sin embargo es interesante consultar al respecto la obra *Los derechos de la víctima y su protección en los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo* del Magistrado José Nieves Luna Castro, en la que nos explica los tipos de víctimas.

Así, tenemos que el artículo 20 inciso c), de la Constitución Federal contempla diversos derechos de la víctima:

Art. 20.- El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. [...]

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

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia; [...]

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan

⁷ Henry Pratt, Faechild, *Diccionario de sociología*, FCE, México, 1980, p. 311.

en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y [...]

De igual forma, el Código Nacional de Procedimientos Penales menciona en su numeral 109 lo siguiente:

Artículo 109. Derechos de la víctima u ofendido

En los procedimientos previstos en este Código, la víctima u ofendido tendrán los siguientes derechos: [...]

III. A contar con información sobre los derechos que en su beneficio existan, como ser atendidos por personal del mismo sexo, o del sexo que la víctima elija, cuando así lo requieran y recibir desde la comisión del delito atención médica y psicológica de urgencia, así como asistencia jurídica a través de un Asesor jurídico; [...]

XVI. A que se le provea protección cuando exista riesgo para su vida o integridad personal; [...]

XVIII. A recibir atención médica y psicológica o a ser canalizado a instituciones que le proporcionen estos servicios, así como a recibir protección especial de su integridad física y psíquica cuando así lo solicite, o cuando se trate de delitos que así lo requieran;

XIX. A solicitar medidas de protección, providencias precautorias y medidas cautelares;

XX. A solicitar el traslado de la autoridad al lugar en donde se encuentre, para ser interrogada o participar en el acto para el cual fue citada, cuando por su edad, enfermedad grave o por alguna otra imposibilidad física o psicológica se dificulte su comparecencia, a cuyo fin deberá requerir la dispensa, por sí o por un tercero, con anticipación; [...]

En el caso de que las víctimas sean personas menores de dieciocho años, el Órgano jurisdiccional o el Ministerio Público tendrán en cuenta los principios del interés superior de los niños o adolescentes, la prevalencia de sus derechos, su protección integral y los derechos consagrados en la Constitución, en los

Tratados, así como los previstos en el presente Código.

Para los delitos que impliquen violencia contra las mujeres, se deberán observar todos los derechos que en su favor establece la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y demás disposiciones aplicables.

Como se puede observar, existe un gran listado de derechos de la víctima, al que se debería agregar expresamente el derecho de que su testimonio se tome como prueba anticipada en atención a diversos ordenamientos que consagran el principio *pro persona e interés superior del menor*, lo cual ayudaría a no revictimizar.

IV. LA PRUEBA ANTICIPADA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO HUMANO A LA INTEGRIDAD DE LA VÍCTIMA

Los derechos humanos han sido definidos por diversos autores como aquellas prerrogativas que tiene el ser humano por el hecho de serlo y, que “en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”⁸ por lo que deben actualizarse cada día, como lo menciona Laura Elizabeth Benhumea “el reto consiste en adaptar las nuevas formas que cobran los derechos de primer, segunda y tercera generación en el entorno del ciberespacio”.⁹

Lo anterior nos conduce a los principios de derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, este último significa que los derechos humanos no deben permanecer estáticos, sino que conforme la sociedad va cambiando también aquellos deben evolucionar y jamás retroceder. Al respecto es de mencionarse lo siguiente:

⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 2007, pp.17-18.

⁹ Benhumea González, Laura Elizabeth, Angeles Constantino, Martha Isabel, “Derechos humanos, un recorrido entre su idea y la paz”, *Dignitas, Revista del Centro de Estudios de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, Segunda Época, núm. 12, México, abril-junio, 2010, pp. 75-82

La progresividad implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo. El progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes.¹⁰

En ese tenor, para lograr el debido cumplimiento del principio de progresividad se debe buscar una evolución constante de los derechos, y “el Estado está obligado a implementar todas las medidas necesarias para la plena realización de los derechos humanos y evitar su retroceso”¹¹ ante ello, las autoridades deben interpretar los citados principios en términos del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con los tratados internacionales de la materia en el que se favorezca a la persona con la protección más amplia, lo que equivale a la interpretación conforme y principio pro persona; en otras palabras, para que el sistema jurídico mexicano conserve validez y aplicabilidad, se deberá interpretar y armonizar de conformidad con dichos ordenamientos que conforman el llamado bloque de convencionalidad.

Por otra parte, el citado precepto constitucional establece el principio pro persona que consiste en interpretar las normas a favor del individuo en cuanto a una protección más amplia; por ello, si una norma jurídica admite diversas interpretaciones se debe preferir a la que garantice una mayor protección al gobernado, o bien, ante la posibilidad de aplicar diversas normas jurídicas al caso concreto debe atenderse a la que más beneficie a la persona.

En ese sentido, si los derechos humanos son progresivos, entonces es necesario analizar los derechos humanos de la víctima, cuando ésta es revictimizada (recordar y revivir lo ocurrido en el hecho delictivo)

¹⁰ Vazquez, Luis Daniel, y Serrano, Sandra; Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro (Coords) “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, SCJN/IIJ/UNAM, México, 2012, p. 159.

¹¹ Martínez Garza, Minerva E., “La reforma constitucional al marco de los derechos humanos”, *Lado humano*, núm. 75, Nuevo León, 2011.

por las acciones realizadas durante el proceso de acceso a la justicia (maltrato institucional). Ante este acontecimiento, debemos observar que el derecho a un trato no revictimizante a las personas víctimas de delitos, debe ser considerado como un derecho humano progresivo en concordancia con los principios pro persona e interés superior del menor (este último cuando se involucre a menores) con la finalidad de proteger la integridad de la víctima, que implica como dice Solorzano Betancourt “el reconocimiento de la dignidad inherente al ser humano; por lo tanto, de la preservación física, psíquica y moral de toda persona, lo cual se traduce en el derecho a no ser víctima de ningún dolor o sufrimiento físico, psicológico o moral”.¹²

En el entendido de que la integridad personal abarca el ámbito físico, psicológico y moral, de forma que por medio de dicha protección se salvaguarda un trato digno y decoroso de las personas, inherente por naturaleza como todo derecho humano, lo que prohíbe cualquier menoscabo ocasionado por las autoridades con ánimo de intimidación, castigo, investigación o cualquiera que sea el objeto que se pretenda.¹³ Sin embargo, dicha protección no está garantizada y no lo estará mientras no se establezca la procedencia de la prueba anticipada para víctimas, que como ya vimos, sólo procede para supuestos excepcionales, dentro de los cuales no contempla alguno que incluya a las víctimas, lo que conlleva a una revictimización.

Finalmente, todo lo anterior nos lleva a una problemática, que consiste en que el Estado ha sido omiso en implementar algunas medidas legislativas para disminuir la revictimización o victimización secundaria, como lo sería adecuar el ordenamiento jurídico mexicano a la luz de los principios pro persona e interés superior del menor en aras de velar por una completa protección y progresividad de los derechos humanos de las víctimas.

¹² Solorzano Betancourt, Mario Alberto, *El programa de derechos humanos del Distrito Federal en materia de derecho a la integridad, a la libertad y a la seguridad personales*, Folleto de divulgación para la vigilancia social, Solar, México, 2010, p. 3.

¹³ Facultad de investigación 1/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, octubre 2010, p. 503.

V. LA PRUEBA ANTICIPADA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA NO REVICTIMIZACIÓN

Actualmente, en el sistema penal mexicano se les ha otorgado una mayor participación e importancia a las víctimas, por ejemplo, el artículo 20 inciso c) constitucional establece que una vez que se ha cometido un delito, de manera urgente se dará atención médica y psicológica. Asimismo, el Ministerio Público y los Jueces están obligados a vigilar que se cumpla con este derecho fundamental, para lo cual deben tomar las providencias necesarias para su protección.

Es importante tener conocimiento de dichos derechos al igual que los señalados en el citado precepto Constitucional, fracciones III, V y VI, y 109 fracciones III, XVI, XVIII y XIX del Código Nacional de Procedimientos Penales, porque es un hecho notorio que estos derechos no se observan correctamente, particularmente debido a que no existen suficientes centros o institutos de atención a víctimas del delito, falta de personal para velar con calidad estos derechos, así como la falta de capacitación del personal de dichos centros, lo que conlleva especialmente cuando se trata de mujeres víctimas de delitos sexuales, según datos del Instituto Nacional de la Mujer, un porcentaje considerable termina en suicidio, motivo por el cual cabría preguntarse si en tal decisión influyen factores como la mala o nula atención que reciben, o bien por la revictimización del que es cómplice nuestro sistema penal. Al respecto, los autores Martínez, Griesbach y Rojas expresan:

Uno de los aspectos esenciales que debe ser considerado para evitar la revictimización de los niños y niñas y testigos de delitos es que los profesionales encargados de brindar la asistencia deberán hacer todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños no participen en un número excesivo de intervenciones.[...] El estado se encuentra obligado a tomar todas las medidas necesarias para evitar la revictimización durante el proceso de justicia de los niños víctimas y testigos víctimas del delito. Las directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos del delito señalan que millones de niños de todo el mundo sufren daños como resultado del delito y el abuso de poder, que sus derechos no se han reconocido

de forma adecuada y que pueden sufrir otros perjuicios en el transcurso del proceso de justicia. A esos otros daños que sufren los niños víctimas y testigos del delito será a lo que nos referiremos por revictimización.¹⁴

Aunque los autores refieren a menores, considero que se debe dar un trato análogo a las mujeres y por equidad de género a cualquier víctima de delito, particularmente cuando se trate de hechos delictivos de carácter sexual, a manera de ejemplo, cuando una persona que ha sido víctima en un delito sexual acude a la Fiscalía a formular su denuncia, en la que relata los hechos sucedidos sobre su persona y, al cabo de algunos meses, ya ante el juez de control o bien, ante el juez de juicio oral, es llamada nuevamente a aportar algunos datos del hecho delictuoso. Está práctica le ocasiona una revictimización, la cual atenta flagrantemente en contra de sus derechos humanos y hace nugatorias las fracciones III, V y VI del artículo 20 inciso C) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo anterior, porque la Carta Magna indica que la atención psicológica debe darse de manera urgente para iniciar rápidamente con la recuperación de la víctima; sin embargo, llevado su tratamiento durante un tiempo considerable son nuevamente llamadas a declarar o aportar más datos sobre el hecho delictivo, lo que conlleva a recordarles el delito sexual del cual fueron objeto y como consecuencia la interrupción de su tratamiento psicológico (revictimización). Los autores Martínez, Griesbach y Rojas, refieren lo siguiente:

La re victimización se genera cuando el niño participa en diligencias y procedimientos que evocan y le hacen revivir los hechos que dieron lugar al procedimiento en un contexto para él incomprensible y atemorizante. [...] El adecuado y fiel registro de cada actuación infantil disminuye la necesidad de que el niño se vea sometido a repeticiones innecesarias y perturbadoras. La abundancia de información obtenida a través de un correcto registro elimina la necesidad de que el niño repita la información

¹⁴ Martínez, Elisa Franco *et al*, *La infancia y la justicia en México. I. El niño víctima y testigo del delito dentro del sistema penal acusatorio en México*, INACIPE, México, 2011, p. 42 y 43.

ya vertida en el proceso y delimita futuras participaciones a las estrictamente necesarias para adicionar información puntual.¹⁵

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de que la victimización secundaria o revictimización genera consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas de carácter negativo que derivan de la experiencia de la víctima en su contacto con el sistema de procuración de justicia, y suponen un choque entre las legítimas expectativas de la víctima y la inadecuada atención institucional recibida, para el caso de los menores víctimas, la revictimización implica una amenaza contra su seguridad y conlleva consecuencias negativas en su persona a largo plazo, como la presencia de sentimientos nocivos (miedo, autocompasión y/o culpabilidad), sensación de impotencia personal e incluso, efectos traumáticos que le impidan lograr un sano y pleno desarrollo a lo largo de su vida, lo cual es más evidente en los casos de quienes fueron víctimas de una agresión sexual o malos tratos y no recibieron la atención adecuada. Así, la debida protección de sus intereses y derechos exige que todas las autoridades en el área de sus competencias identifiquen, diseñen y empleen las acciones que más los benefician, para disminuir los efectos negativos de los actos criminales sobre su persona y asistirlos en todos los aspectos de su reintegración en la comunidad, en su hogar o en su lugar de esparcimiento. De ahí que en el ámbito de la función jurisdiccional, los juzgadores deben guiarse por el criterio de más beneficio al menor para atender sus necesidades en el contexto y la naturaleza del acto criminal sufrido; es decir, el deber de protección de los juzgadores implica salvaguardarlo de todo tipo de revictimización y discriminación; consecuentemente, garantizarle el acceso a un proceso de justicia sin discriminación alguna basada en la raza, color, sexo, idioma, religión o cualquier otra condición personal, de sus padres o tutores; así, las únicas distinciones de trato admitidas, serán aquellas que se funden en el propio interés del menor y deriven de sus necesidades concretas.¹⁶

¹⁵ *Ibidem*, p. 58 y 93.

¹⁶ 1ª. CCCLXXXII/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, diciembre de 2015, p. 261.

Asimismo, la Suprema Corte estableció que el derecho de los menores a expresar sus opiniones y participar en el procedimiento debe procurarse en los asuntos de naturaleza penal. Para ello, el juzgador debe procurar el mayor acceso de la niña(o) al examen de su propio caso pero, al mismo tiempo, evitar que su participación incremente los efectos negativos del evento delictivo en su persona o, incluso, se convierta en una forma de revictimización. De manera que cada caso requiere una evaluación minuciosa de la situación del niño(a) y del contexto en que sufrió la criminalización para lograr decidir qué intervención redundará en su mejor interés. De acuerdo con las directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños(as) víctimas y testigos de delitos, emitidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el derecho del menor víctima a participar dentro del proceso penal no se limita a ofrecer una declaración formal de hechos, sino que implica brindarle la oportunidad de que sus sentimientos y opiniones respecto al proceso de justicia sean escuchados y considerados por el juzgador, en función de su madurez, edad y capacidad de discernimiento. Independientemente del nivel y forma de participación del menor, el juzgador deberá hacer todo lo posible por conocer sus preocupaciones y opiniones, en particular en relación con los siguientes temas: a) sus sentimientos alrededor del hecho delictivo; b) su seguridad respecto del acusado y las medidas tomadas en relación con éste y que puedan afectar la seguridad del menor; c) la manera como prefiere prestar testimonio; y, d) sus sentimientos acerca de las conclusiones del proceso.¹⁷

En atención a ello, consideramos que una solución viable y evocar los principios que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, principalmente el principio *pro persona*, es que se debe optar por establecer que la prueba anticipada sea practicada oficiosamente por las autoridades, para el caso de víctimas de delitos sexuales (sean mujeres, hombres o niños); sin embargo, la prueba anticipada parte para su práctica de diversos supuestos que contempla el artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales dice:

¹⁷ 1ª. CCCLXXXIV/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, diciembre de 2015, p. 266.

Artículo 304. Prueba anticipada

Hasta antes de la celebración de la audiencia de juicio se podrá desahogar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

- I. Que sea practicada ante el Juez de control;
- II. Que sea solicitada por alguna de las partes, quienes deberán expresar las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia de juicio a la que se pretende desahogar y se torna indispensable en virtud de que se estime probable que algún testigo no podrá concurrir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciere temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar;
- III. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, y
- IV. Que se practique en audiencia y en cumplimiento de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

Es decir, la prueba anticipada debe practicarse bajo los supuestos señalados, pero no debe ser limitativo, en atención a los principios de derechos humanos; sin embargo, sí es necesario regular de manera clara y precisa otros supuestos como el que se propone para las víctimas. Al respecto José Zamora Grant menciona:

La exposición de las víctimas al proceso de justicia penal, y por supuesto en lo que se refiere a la instancia judicial, a menudo aumenta el trauma que sufren, acrecentando su sentimiento de desamparo y frustración, así como de resentimiento porque no se les ha ofrecido protección o recursos adecuados para su explotación. Se habla por ello de efectos sobrevivictimizantes, esto es, amén de la victimización sufrida por los efectos directos del delito [...].¹⁸

Para el caso de las víctimas en delitos sexuales, se justifica su práctica de manera fundada, en virtud de que el tratamiento que llevan para su

¹⁸ Zamora Grant, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, INACIPE, México, 2009, p. 141.

recuperación se interrumpe, cuando es nuevamente citada para recabarle mayores datos relacionados con el hecho delictivo y, constituye una extrema necesidad porque un gran porcentaje de víctimas de delitos sexuales terminan en suicidio; aunado a lo que menciona el Dr. Sergio García Ramírez, es un derecho universal a la protección de la salud que reciba atención psicológica.

También, diversos organismos internacionales han emitido directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a niños, dirigidas especialmente a casos en los que han sido víctimas o testigos de delitos, las cuales tienen por objeto reducir o evitar, en la medida de lo posible, la victimización secundaria. Algunas de esas recomendaciones han sido acogidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Niñas, Niños y Adolescentes, señalando al respecto que sobre las pruebas periciales existen algunas directrices relacionadas con su registro, repetición y valoración que deben considerarse, aunque ese protocolo no es vinculante y por tanto no tiene valor normativo para fundar una decisión jurisdiccional, sí constituye una herramienta para los juzgadores, pues a la luz de los compromisos adquiridos por el Estado Mexicano en materia de derechos humanos, que se refieren a niñas, niños y adolescentes, establece prácticas para el acceso a la justicia, fundadas en el respeto a los derechos de ese grupo vulnerable, lo cual es trascendente, pues no se puede negar que la forma de realizar las entrevistas al menor puede ser crucial para obtener una respuesta que sea más apegada a la realidad; que deben evitarse las preguntas cerradas y repetirse las preguntas lo menos posible para impedir que se vicien las respuestas. Asimismo, en los casos en los que haya indicios de maltrato infantil, violencia familiar, incluso abuso sexual o conflictos emocionales derivados de divorcios conflictivos, los lineamientos citados persiguen una doble finalidad: a) obtener un testimonio de calidad y conocer con un mayor grado de certeza lo que piensa o siente el menor; y, b) evitar, en la medida de lo posible, revictimizarlo.¹⁹ La condición de vulnerabilidad de la víctima del delito es evidente en el caso de los menores de edad, debido a su situación especial de desarrollo e inmadurez física y psico-

¹⁹ 1ª. CCLXIII/2014 (10ª), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, Julio de 2014, p. 162.

lógica. Ante ello, los juzgadores deben adoptar medidas especiales para protegerlos en los casos en que sean víctimas de un delito, entre ellas su no revictimización, que consiste en protegerlos contra todo sufrimiento, situación de riesgo o tensión innecesaria o discriminación.²⁰

VI. CONCLUSIÓN

Considero que se han realizado reformas en beneficio de las víctimas; sin embargo, aún queda una problemática respecto a la regulación de la prueba anticipada en el procedimiento penal, al no establecerse en el Código Nacional de Procedimientos Penales, supuesto alguno de procedencia para las víctimas del delito; por lo que es necesario que a partir de los elementos que la Constitución Federal nos brinda principalmente por medio de los principios pro persona e interés superior del menor, expresamente se regule en el artículo 304 del citado Código Nacional, que la prueba anticipada se practique oficiosamente por parte de las autoridades, cuando se trate de mujeres, niñas, niños y en general de víctimas de delitos sexuales; con ello, se evita revictimizarlas y proteger su derecho humano a la integridad.

VII. FUENTES CONSULTADAS

Bibliográficas

- Benhumea González, Laura Elizabeth, Angeles Constantino, Martha Isabel, *"Derechos humanos, un recorrido entre su idea y la paz"*, *Dignitas, Revista del Centro de Estudios de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, Segunda Época, núm. 12, México, abril-junio, 2010.
- Facultad de investigación 1/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, octubre 2010.
- Gimeno Sendra, José Vicente, *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996.
- Henry Pratt, Faechild, *Diccionario de sociología*, FCE, México, 1980, p. 311.
- Islas Colin, Alfredo y Argaez de los Santos, Jesús Manuel, *Derechos Humanos. Un escenario comparativo entre los sistemas universal, regional y nacional*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2016, p. 489.

²⁰ 1ª. XCVII/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, abril de 2016, p. 1125.

- Martínez Garza, Minerva E., “*La reforma constitucional al marco de los derechos humanos*”, *Lado humano*, núm. 75, Nuevo León, 2011.
- Martínez, Elisa Franco et al, *La infancia y la justicia en México. I. El niño víctima y testigo del delito dentro del sistema penal acusatorio en México*, INACIPE, México, 2011.
- ONU, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y del abuso del poder*, Apartado A, número 1 y 2, 1985.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 2007.
- Pratt, Carla, *Curso básico sobre sistema penal acusatorio*, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C., México, 2016, p. 91.
- Rabanales García, Marvin, *El sentido real de la convención sobre los derechos de la niñez*, en Corona Caraveo, Yolanda (coord.). *Infancia, legislación y Política*, UNAM, México, 2000.
- Rodríguez Olvera, Oscar, *Reforma penal: Los beneficios procesales a favor de la víctima del delito*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, documento de trabajo Número 37, versión preliminar, México, marzo de 2008.
- Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho procesal penal*, Oxford University Press, México, 1990.
- Solorzano Betancourt, Mario Alberto, *El programa de derechos humanos del Distrito Federal en materia de derecho a la integridad, a la libertad y a la seguridad personales*, Folleto de divulgación para la vigilancia social, Solar, México, 2010.
- Vazquez, Luis Daniel, y Serrano, Sandra; Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro (Coords) “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, SCJN/IIJ/UNAM, México, 2012.
- Zamora Grant, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, INACIPE, México, 2009.

Legislación

- Código Nacional de Procedimientos Penales. *Diario Oficial de la Federación*. México. 19 de febrero de 2021.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*. México. 11 de marzo de 2021.

Semanario Judicial de la Federación

- 1ª. CCCLXXXII/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, diciembre de 2015.

- 1ª. CCCLXXXIV/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, diciembre de 2015.
- 1ª. CCLXIII/2014 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, Julio de 2014.
- 1ª. XCVII/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, abril de 2016.

APORTACIONES PARA UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

CONTRIBUTIONS TO A HUMAN RIGHTS THEORY

MANUEL JORGE CARREÓN PEREA*

RESUMEN: La construcción de una dogmática de los derechos humanos es necesaria para poder materializar plenamente su contenido y evitar, en la medida de lo posible, interpretaciones laxas y alejadas del verdadero objetivo que persiguen tales derechos: asegurar una vida digna para todas las personas, sin que ello implique la renuncia a su libertad. Aquí trazamos los elementos de una teoría de los derechos humanos, sin que ello signifique su construcción total, lo cual será objeto de otros estudios más amplios.

PALABRAS CLAVE: Teoría; derechos humanos; dogmática; dignidad; persona.

ABSTRACT: The construction of a dogmatic of human rights is necessary to be able to fully materialize its content and avoid, as far as possible, lax interpretations that are far from the true objective that such rights pursue: to ensure a dignified life for all people, without this implies the renunciation of their freedom. Here we trace the elements of a theory of human rights, without this implying the total construction of it, which will be the subject of other more extensive studies.

KEY WORDS: Theory; human rights; dogmatic; dignity; person.

Fecha de recepción: 24 de agosto de 2021

Fecha de aceptación: 07 de octubre de 2021

* Director de Investigación del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).

SUMARIO: I. Liminar. II. Fundamentación. 1. Corriente iusnatural. 2. Corriente iuspositiva. 3. Anotación final. III. Génesis histórica. 1. Revoluciones liberales del siglo XVIII. 2. Segunda mitad del siglo XX. 3. Anotación final. IV. Delimitación conceptual. 1. Anotación final. V. Titularidad. 1. Concepción amplia. 2. Concepción restringida. 3. Anotación final. VI. Disertación final. VII. Fuentes consultadas.

I. LIMINAR

Es difícil no coincidir con Samuel Moyn cuando apunta que “...los derechos humanos se han convertido en el lenguaje central de la nueva política de la humanidad que ha agotado la energía de las viejas luchas políticas de la izquierda y la derecha”.¹ Estos derechos, que a partir de la última década del milenio pasado experimentaron una efervescencia en los planos normativo e institucional, ocuparon el espacio del socialismo en el ideario colectivo y no porque lo suplantaron, sino al representar un programa político y jurídico que apelaba a una visión de lo humano, es decir, “mientras el socialismo lentamente se apagaba en el mundo, los derechos humanos vinieron a ser atractivos como lenguaje esencial de la justicia”.²

Si bien es cierto que a finales de los 60 del siglo XX, los derechos humanos comenzaron a cobrar importancia en el escenario jurídico internacional con la adopción de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos³ en 1966, la Proclamación de Teherán (1968) derivada de los trabajos realizados en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos y la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), es hasta finales de la centuria pasada que adquieren un papel determinante en la realidad jurídica de la mayoría de los Estados Democráticos de Derecho, principalmente en los que prevalece una tradición jurídica occidental.

¹ Moyn, Samuel, *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2015, p. 261.

² Moyn, Samuel, *No bastan. Los derechos humanos en un mundo desigual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 266.

³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Con el fin de la tensa y persistente hostilidad que prevaleció durante la Guerra Fría, los Estados comenzaron a impulsar una agenda en materia de derechos humanos que no se ha detenido desde entonces y en la cual se apuesta por colocar a la persona humana por encima de intereses estatales. Por primera vez en la historia, el sujeto de derechos no se encuentra en plena desventaja ante el Estado como en otras épocas.

Tomemos a nuestro país para ejemplificar lo sostenido en el párrafo anterior y contar con mayor claridad sobre el punto. Es cierto que México —desde la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas— fue un Estado que en el contexto internacional se caracterizó por la promoción y fomento de los derechos humanos, al ser un ejemplo de ello el asilo brindado a personas chilenas y argentinas después de los golpes de Estado de 1973 y 1976, respectivamente. De igual forma, ratificó los principales instrumentos internacionales en la materia, muchos de ellos publicados en el Diario Oficial de la Federación (DOF) en 1981.⁴

Sin embargo, la situación interna del país era muy distinta y no existía coincidencia entre la narrativa internacional y la manejada en el ámbito doméstico. La violación sistemática de derechos como la integridad y seguridad personales, expresión de las ideas y garantías procesales fueron una constante durante la década de los 60, 70 y 80 en el contexto de la denominada *Guerra Sucia*. Ello sin mencionar las afectaciones a los derechos políticos durante el dominio del partido único que se mantuvo hasta las primeras elecciones del milenio (2000).

Hacia 1990 las cosas cambian: las autoridades del Estado mexicano comienzan a adoptar medidas para asegurar la vigilancia, respeto y promoción de los derechos humanos a partir de reformas legislativas, políticas públicas enfocadas en temáticas específicas (atención de grupos en condición de vulnerabilidad) así como la creación de instancias

⁴ Algunas muestras de ello: el Decreto de promulgación de la Convención sobre Derechos los Derechos Políticos de la Mujer fue publicado en el DOF el 28 de abril; Convención Americana sobre Derechos Humanos el 7 de mayo; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer el 12 de mayo; el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 20 de mayo.

gubernamentales dedicadas impulsar la agenda en la materia. Algunas muestras de lo anterior son la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en 1992,⁵ la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1998, así como el reconocimiento constitucional de los derechos de pueblos y comunidades indígenas en 2001.

Este impulso a los derechos humanos alcanzó su punto más alto en el 2011 con la reforma constitucional de 10 de junio en materia de derechos humanos, la cual, como apuntan algunos y algunas especialistas, ha inaugurado “un nuevo paradigma”⁶ el ámbito jurídico nacional.

Podemos preguntar ¿por qué un nuevo paradigma? ¿qué significa el concepto de paradigma? La primera referencia que nos llega a la mente es la definición propuesta por Thomas Samuel Kuhn que en su libro *La estructura de las revoluciones científicas* efectúa la siguiente precisión “Considero a éstos como realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica”.⁷

Ahora bien, si hablamos de un nuevo paradigma entonces es necesario considerar la existencia de uno previo que es suplantado por aquel, es decir, estamos ante *un cambio de paradigma* como apunta el propio Kuhn. En este sentido:

[...] en los últimos años hemos presenciado, en el ámbito jurídico nacional, el tránsito a un paradigma jurídico encaminado a establecer un enfoque que centralice los derechos humanos. Retomando a Tomás S. Kuhn, “[un] cambio de paradigma es un cambio de enfoque hacia una perspectiva diferente”; por lo que este tránsito conlleva en sí un cambio en el modo de actuar, pensar y comprender los derechos, así como de los sujetos que

⁵ Si bien se crea como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación en 1990, es hasta la fecha apuntada que adquiere rango constitucional con la reforma al artículo 102 de la Constitución General de la República.

⁶ Siendo un ejemplo claro de ello la obra coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*.

⁷ Kuhn, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, octava reimpresión, Argentina, 2004, p. 13.

se desenvuelven en un momento específico, sin dejar de lado sus obligaciones concurrentes (roles) en un contexto social.⁸

¿Este paradigma es sólo aplicable al caso mexicano? En lo que respecta al corte legal, sí. Es difícil pensar que la trascendencia de la reforma constitucional de 2011 permeó en otras latitudes y otros Estados, aunque sí lo hizo de manera determinante en el plano doméstico, lo que prueba la recepción que tuvo en las legislaturas locales que de inmediato actualizaron las Constituciones Estatales para estar en sintonía con la CPEUM.

También se ha presentado últimamente es la reconfiguración de la narrativa que opera sobre los derechos humanos, la cual ha comenzado a formar parte de la justicia cotidiana en México y cuya recepción está siendo asimilada por las personas.

Por otro lado, si existe o no un nuevo paradigma en materia de derechos humanos no resulta una cuestión menor, ya que a partir de esta consideración será posible plantear una dogmática que permita su conocimiento e interpretación a partir de los que surge una pregunta ¿es posible una dogmática de los derechos humanos?

Si entendemos dogmática como un método de interpretación de las normas que tiene por objeto resolver problemáticas prácticas, el formular una dogmática de los derechos humanos constituye una tarea más extensa que el espacio con el cual contamos para este escrito, lo que sí estamos en condición de realizar es perfilar una teoría de estos derechos, la cual “... siguiendo a Böckenförde, constituye una concepción sistemática orientada a determinar el surgimiento, evolución, finalidad normativa y alcance general de los derechos”.⁹

Para lograrlo, primero debemos precisar qué elementos deben ser considerados para su formulación. Pienso que pueden ser los siguientes: historia, fundamentación, titularidad y delimitación conceptual.

⁸ Carreón Perea, Manuel Jorge, “Formación en derechos humanos”, *Revista Ex Legibus*, No. 9 octubre 2018, p. 344.

⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, UNAM, México, 2003, p. 1.

II. FUNDAMENTACIÓN

¿Por qué abordar el fundamento de los derechos humanos? Es una pregunta que de debemos plantear al abordar un tema que es muy debatible. “El fundamento responde a la pregunta del porqué de los derechos humanos, mientras que el concepto responde a la pregunta del para qué de los derechos humanos”¹⁰ apunta Humberto Nogueira.

Conocer el fundamento de los derechos humanos no es un tema menor, sobre todo si consideramos que su positivización y cómo la relación que guarda el Estado con ellos (si los reconoce u otorga), depende en gran medida de cómo los concibe en atención a su fuente.

Existen dos grandes corrientes que abordan el fundamento de los derechos humanos: iusnatural y iuspositiva.¹¹ A continuación, desarrollaremos los principales postulados de cada una de ellas.

1. CORRIENTE IUSNATURAL

Como el nombre lo adelanta, esta corriente agrupa todas aquellas doctrinas y escuelas que sostienen como premisa principal que los derechos humanos encuentran su fundamento en la naturaleza, lo que implica la existencia de un derecho natural.

En tanto derechos naturales, los derechos humanos son anteriores a los ordenamientos jurídicos positivos y, más importante aún, son independientes de estos últimos al encontrar su fuente en la naturaleza y no en los acuerdos tomados por un grupo social en un tiempo determinado. Por ello, la corriente iusnatural otorga una realidad permanente y eterna a este tipo de derechos, por lo cual no pueden ser modificados ni suprimidos por la legislación positiva.

Con nociones como naturaleza, atemporalidad e independencia del derecho positivo, estamos propensos a considerar que esta corriente nos conduce a una visión teológica o divina de los derechos humanos, lo cual

¹⁰ Nogueira Alcalá, Humberto, *Ibíd*, p. 10.

¹¹ A ellas podríamos añadir una tercera denominada ética/moral, la cual he desarrollado con mayor amplitud en mi obra “Manual de Derechos Humanos”.

no es del todo correcto. Una de las doctrinas sobre las que se sustenta la posición iusnatural establece la conexión de estos derechos con una fuente divina, pero existen otras tantas que consideran que son naturales en función de estar asociadas con la razón, atributo universal e inherente al ser humano. De esta forma, la corriente iusnatural sostiene que:

- Los derechos humanos poseen una fuente natural
- Son normas anteriores a las plasmadas en el ordenamiento jurídicos
- Su existencia no depende de su positivización, son independientes

Cabe señalar que esta posición no niega el derecho positivo, incluso pueden compaginarse (es mejor reconocer un derecho natural en un ordenamiento jurídico vigente).

Un planteamiento crítico a esta visión es la que sostiene Eusebio Fernández al escribir que “los derechos naturales solamente pueden considerarse auténticos derechos en el sentido técnico jurídico del término, cuando se encuentran reconocidos en una norma jurídica de derechos positiva: mientras esto no ocurra nos encontramos ante valores, intereses, objetivos y deseos humanos más o menos necesarios, importantes o fundamentales”.¹²

2. CORRIENTE IUSPOSITIVA

En un polo opuesto a la corriente anterior, encontramos la iuspositiva, la cual no ancla el fundamento de los derechos humanos a una entidad o instancia natural, sino que simplifica las cosas al señalar que su fuente es el derecho positivo que es producto de los acuerdos tomados entre las personas que forman parte de un Estado.

Esta visión, que tiene su origen más remoto en los contractualistas del siglo XVII y XVIII (Hobbes, Locke y Montesquieu principalmente), deja de lado el derecho natural y coloca su foco de atención en el proceso

¹² Fernández, Eusebio, “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. I, 1993, p. 88.

de creación de normas: son derechos humanos los que la normatividad designe bajo esa categoría, sin importar su contenido material.

De este modo, la corriente de mérito sostiene que los derechos humanos son producto del desarrollo de orden jurídico, con vigencia plena y facultad de ser exigibles en tanto se encuentran previstos en una norma (generalmente la Constitución). Sin embargo, no gozan de permanencia absoluta en el sistema jurídico, ya que se encuentran sujetos a modificaciones legislativas y a la expresión de la voluntad de la mayoría en las sociedades democráticas, lo cual constituye por sí mismo un riesgo. En resumen los puntos principales son los siguientes:

- Su fuente es el derecho positivo vigente en un lugar u tiempo determinado.
- Son derechos sólo si están contemplados en una norma.
- Dependen del contexto político y su temporalidad está imitada al contexto social.

3. ANOTACIÓN FINAL

Es importante reflexionar sobre el fundamento de los derechos humanos, ya que ello nos permite formular una teoría de los derechos humanos que sirva para que las y los operadores realicen una interpretación de su contenido basándose en la fuente de la cual emanan.

La fundamentación, si bien en un primer momento se liga con una filosofía de los derechos humanos y no con aspecto práctico, debe ser el punto inicial para considerar qué es un derecho humano y qué no lo es, sobre todo ante la emergencia de posiciones que buscan ampliar a cualquier derecho el calificativo de “derecho humano” o ampliarlo a otras entidades como los animales y empresas, cuyo análisis apenas está teniendo sus primeros pasos.

La teoría del conocimiento ayudará en esta labor que está en proceso porque nos ayuda a reflexionar sobre los temas, identificar su uso y llevarlo a la práctica. Sólo a partir de esos elementos, podrá establecerse una posición concreta.

III. GÉNESIS HISTÓRICA

Al hablar de una teoría de los derechos humanos es necesario ubicar su génesis y desarrollo histórico. Ello responde a que los contextos sirven como parámetro de realidad e instrumento para identificar sus elementos constitutivos, así como los actores que han impulsado su narrativa, sobre todo si consideramos que han tenido un desenvolvimiento accidentado, es decir, “no se puede suponer que el imperio de los derechos humanos haya seguido ni que siga una línea ascendente en forma inexorable o que sus avances sean irreversibles (...) Se debe contextualizar su avances y sus modos de radicación en distintas sociedades”.¹³

Sobre este punto, podríamos pensar que la historia del reconocimiento jurídico y fáctico de los derechos humanos sigue caminos distintos en cada continente y que no sólo tiene que ver con la fecha en la cual surgen tratados internacionales en la materia, sino también en la legitimidad que poseen en los diferentes Estados. Por ejemplo, “...en América Latina fue solo en las dos o tres últimas décadas cuando los derechos humanos sedimentaron en la consciencia popular y cobraron legitimidad, exponiéndose luego de la agenda inicial ligada a los legados represivos y la justicia transicional para asumir asimismo relevancia en otros ámbitos institucionales y sociales”.¹⁴

Sin embargo, la historia de la institucionalización, interpretación e inserción de los derechos humanos no es la misma que aquella que da cuenta de su origen, del momento histórico en el cual ven por primera vez la luz, lo cual no resulta sencillo ya que “historiadores y expertos en las ciencias sociales han debatido con intensidad dónde comenzar a trazar la historia de los derechos humanos”¹⁵ como apunta Luis Roniger. Esta situación conduce a una interrogante ¿cuándo surgen los derechos humanos?

Podemos explorar dos caminos que nos conducen a puertos adyacentes, pero muy distintos entre sí. El primero de ellos, que además resulta

¹³ Roniger, Luis, *Los derechos humanos en América Latina*, COLMEX, México, 2018, p. 29.

¹⁴ Roniger, Luis, *Ibíd.*, p. 14.

¹⁵ *Ibídem.*

ser el más transitado, nos coloca en el siglo XVIII, específicamente en su último cuarto en el que se presentan las revoluciones liberales en Estados Unidos y Francia. El segundo goza de menos popularidad y partidarios, pero ha comenzado a cobrar relevancia gracias a investigaciones recientes como la de Samuel Moyn en su obra *La última utopía*, el cual ubica el surgimiento de estos derechos a partir de 1948, pero que hasta los 70 comienzan a cobrar mayor visibilidad.

Una posición más arriesgada es la planteada por Stefan-Ludwig Hoffmann, el cual centra la historiografía de los derechos humanos a una fecha más próxima, la década de 1990, la cual no abordaremos en este escrito, pero que resulta importante para mostrar que pueden existir visiones distintas a las aquí planteadas.¹⁶

1. REVOLUCIONES LIBERALES DEL SIGLO XVIII

Es usual entre la literatura académica especializada ubicar el origen de los derechos humanos en los movimientos suscitados en Estados Unidos y Francia en 1776 y 1789 respectivamente, donde es representativa la obra de Lynn Hunt *La Invención de los derechos humanos*. En el primer caso, nos referimos a la independencia de las 13 colonias británicas en Norteamérica y en el segundo a la revolución francesa, con la cual se da fin al denominado *Ancien régime*. A las dos anteriores, podríamos sumar la guerra por la independencia de Haití liderada por Toussaint Louverture, pero es considerada como consecuencia del movimiento francés.

Estos dos movimientos, considerados los incitadores de lo que hoy entendemos por derechos humanos, se suscitan en un contexto histórico que ha sido determinante para el derecho en occidente: la ilustración, también denominada *iluminismo*, en la que se generan múltiples obras y avances científicos que tienen como propósito generar un viraje con respecto a la tradición prevaleciente en su tiempo, tanto en la esfera social como en la epistemológica.¹⁷ Recordemos que:

¹⁶ Moyn, Samuel, "Respuesta al punto de vista *El final de la historia de los derechos humanos*", *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n. 6, 2017, p.p. 2-3.

¹⁷ Carreón Perea, Manuel Jorge, *Manual de Derechos Humanos*, UBIJUS, Ciudad de México, 2020, p. 87.

La segunda mitad del siglo XVIII fue testigo de una convulsión social y jurídica que se vivió en diferentes partes del mundo occidental, propiciando un momento histórico en el cual la estructura del régimen feudal y absolutista comenzó a tambalearse, hasta desmoronarse de manera súbita para dar paso a nuevas estructuras geográficas, sociales, jurídicas y políticas.¹⁸

Son precisamente el movimiento independentista norteamericano y el revolucionario francés aquellos que se oponen al régimen establecido y apuestan por comprender una sociedad en la que la soberanía resida en el pueblo y no en un soberano por mandato divino. Para ello, era necesario asegurar un conjunto de libertades y límites al poder estatal, lo cual se cristalizó con la generación de Declaraciones de Derechos en los que se hace un reconocimiento expreso de derechos *naturales* de los hombres.

En el caso norteamericano, encontramos la *Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia* que fue adoptada el 12 de junio de 1776 y en cuyos 16 artículos establecía directrices de conformación del gobierno, así como derechos naturales de los hombres. Es significativo el primero que refiere lo siguiente: “Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y poseen ciertos derechos inherentes a su persona...”. En el mismo sentido se encuentra la redacción de la *Declaración de Independencia* de 4 de julio de 1776 en la que se puede leer “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad...”.

Por su parte, en Francia encontramos la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* que, en palabras de Lynn Hunt, transformó el lenguaje de todas las personas de la noche a la mañana. Este documento, aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente el 26 de agosto de 1789, estableció un conjunto de derechos y una forma de gobierno que se oponía abiertamente al derecho estamental propio del Antiguo

¹⁸ Carreón Perea, Manuel Jorge, *Ibíd*, p. 90.

Régimen que persistía en Francia, cuyo alcance es universal con respecto a los sujetos que abarcaba.¹⁹ En efecto:

Ninguno de los artículos de la Declaración especificaba los derechos de grupos particulares. *Los hombres, el hombre, cada hombre, todos los ciudadanos, todo ciudadano, la sociedad, toda sociedad* contrastaban con *nadie, ningún individuo, ningún hombre*. Era literalmente todo o nada. En la declaración no aparecían clases, religiones ni sexo. Aunque la falta de especificidad pronto crearía problemas, el carácter general de las aserciones no debería extrañar a nadie.²⁰

Existen diferencias sustanciales entre ambos documentos, lo cual no deja de ser evidente con respecto al alcance de ambas. Las declaraciones norteamericanas poseen una visión particularista de los derechos (un pueblo), mientras que la francesa amplía los sujetos de derechos con una tendencia a la universalidad. Incluso, como apunta Rafael Estrada Michel, en el caso norteamericano se percibe que “Todos los hombres han sido *creados* iguales, pero sólo algunos —los miembros efectivos del reino, de la comunidad— mantienen tal calidad a lo largo del desenvolvimiento de la sociedad política. No existe, pues, motivo alguno para acabar constitucionalmente con el *Ancien Régime*”.²¹

Si nos quedamos el plano declarativo, olvidamos que “Los derechos humanos no son simplemente una doctrina formulada en documentos; descansan sobre una determinada disposición hacia los demás, sobre un conjunto de convicciones acerca de cómo son las personas y cómo se distinguen el bien del mal en el mundo secular. Las ideas filosóficas, las tradiciones jurídicas y las ideas políticas revolucionarias debían contener esta clase de punto de referencia emocional profundo para que los derechos humanos fueran en verdad *evidentes*”.²²

¹⁹ En donde se encontraban excluidos amplios grupos de personas como mujeres, esclavos, niños, integrantes de minorías religiosas, entre otros.

²⁰ Hunt, Lynn, *op. cit.*, 135.

²¹ Estrada Michel, Rafael, “Derrotar al mito: la soberanía de los Derechos Humanos”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 35, 2005.

²² Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona, 2009, p. 26.

De aquí, debemos entender que los documentos declarativos cumplieron una función para el establecimiento de sistemas jurídicos que ampliaron la protección de derechos y que aseguraron la autonomía personal, lo cual puede observarse en la legalización civil y penal en Francia después de la adopción de la Declaración. En materia civil, destaca la legalización del divorcio por parte de las mujeres y la promulgación del Código Penal francés de 1791 en cuyo artículo segundo prohibía la tortura en contra de los condenados a muerte.²³

Podemos señalar que estos dos movimientos originan una concepción de Estado de Derecho, una idea fundamental en nuestra concepción jurídica actual. En este sentido, siguiendo a Rodolfo Luis Vigo, existen tres paradigmas en la historia jurídica de occidente: Estado de Derecho pre-moderno; Estado de Derecho legal y Estado de Derecho constitucional.²⁴ Resulta de interés el segundo enlistado, el cual:

... fue generado en la revolución francesa, pero desde ahí logra proyectarse al resto de Europa continental y también exportarse para las tierras latinoamericanas. Se trata de un modelo exitoso que impera casi pacíficamente desde comienzos del XIX hasta la segunda guerra mundial, pero que comienza su crisis y sustitución —especialmente en la práctica jurídica— después de los tribunales de Núremberg.²⁵

En el Estado de Derecho legal, los derechos humanos son concebidos como “...una concesión del Estado y, sobre todo, como una autores-tricción del mismo en orden de asegurar la libertad *dejando pasar, dejando hacer* (...) su objeto es garantizar que el Estado no se entrometa con la libertad individual abusando así de su poder”,²⁶ algo que nos suena muy cercano a nuestra concepción de derechos humanos.

²³ Aún se mantenía la pena de muerte, pero, a diferencia de los varios utilizados por cada estamento, se preveía que toda pena sería la decapitación, en aras de asegurar igualdad.

²⁴ Vigo, Rodolfo, “Del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho Constitucional” en *Interpretación y ponderación de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional*, (coord.) Antonio Flores Saldaña, Tirant lo blanch-Universidad Panamericana, México, 2013, p. 583.

²⁵ Vigo, Rodolfo, *Ibid.*, p. p. 583-584.

²⁶ Vigo, Rodolfo, *Ibid.*, p. 594

En este sentido, ubicar su origen en este contexto histórico implica el otorgarles una clara carga epistémica de la tradición filosófica de occidente, sin mencionar la relativa al contenido moral.

2. SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX

A diferencia de la posición anterior, otros estudios sobre la historia de los derechos humanos, encabezados por la Última utopía de Samuel Moyn, postulan que su génesis no se remonta a tres siglos atrás, sino a una fecha más próxima: 1948, año en el que la Organización de las Naciones Unidas adopta la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

Esta Declaración, a diferencia de sus antecesoras del siglo XVIII, cristalizaba los anhelos de contar con un documento base sobre el cual pudieran articularse acciones estatales para el reconocimiento de derechos inherentes a las personas. En ella, ya se encontraban ideas que sus antecesoras dejaron de lado o, en el peor de los casos, ignoraron: inclusión de todas las personas sin ningún tipo de discriminación; la dignidad del ser humano como indispensable para la vida en sociedad; límites al poder estatal considerando primero derechos y libertades y; producto de un acuerdo entre naciones.

Ahora bien, aun cuando “...para finales de la década de los 1970 se había vuelto un documento famoso y reorientaba la conciencia y la práctica moral”,²⁷ la Declaración no propició un reconocimiento y aceptación inmediata de los derechos humanos a nivel mundial, es más, “sería craso asumir que el lenguaje de los derechos humanos y, por supuesto, el de un derecho de los derechos humanos eran importantes desde un principio”.²⁸ No existe la generación espontánea en ciencias sociales.

La narrativa de los derechos humanos comenzó a cobrar relevancia e impacto hacia finales de la década de 1960 y comienzos de la de 1970, en donde tuvieron un eco en los movimientos sociales y en determinados programas políticos de la época. Es en este momento “...cuando se transforman en un reclamo de movimientos sociales en lucha contra es-

²⁷ Moyn, Samuel, *No bastan. Los derechos humanos en la historia*, p. 21.

²⁸ Moyn, Samuel, *La Última Utopía. Los derechos humanos en la historia*, p. 22.

estructuras políticas represivas tanto en América Latina como en Europa Oriental”.²⁹

En esta perspectiva histórica de los derechos humanos, estos se sitúan como parte del proyecto político contemporáneo, en el cual han adquirido un lugar privilegiado al ocupar el espacio que el Estado-Nación ocupó durante los dos siglos precedentes, esto es, se tornaron el proyecto utópico de la actualidad.

Por otro lado, es importante mencionar que a partir de 1960 la comunidad internacional asume como propios los ideales de los derechos humanos, lo que se traduce en la adopción de Convenios Internacionales y Regionales en la materia, los cuales se encuentran destinados a todos los Estados (previa ratificación) y no a uno en particular, hecho que fue característico de las declaraciones de la época de la ilustración.

Así, esta posición no niega las valiosas aportaciones que tuvieron las declaraciones francesa y norteamericana, las cuales pueden considerarse precursoras o antecedentes de los derechos humanos como los concebimos hoy en día, pero no como las primeras que hablan propiamente sobre *derechos humanos*, ya que incluso el concepto como tal no fue desarrollado hasta mucho tiempo después y con la connotación que actualmente posee, que incluye no sólo libertades sino nociones como igualdad y satisfacción de mínimos necesarios para la vida.

3. ANOTACIÓN FINAL

Una dogmática y teoría de los derechos humanos no puede ser indiferente a la idea de cuando surgieron, al encontrar en su génesis las razones por las cuales aparecen y cómo se han ido desarrollando a lo largo de la historia. Aunque parezcan poseer un mismo camino, su campo de interpretación es distinto y podría acarrear problemas con respecto a sus atributos o principios. Un ejemplo: si consideramos el surgimiento de los derechos humanos en el siglo XVIII, pronto vendrían dudas sobre el por qué no adoptaron de inmediato un carácter universal como el que actualmente se les atribuye.

²⁹ Roginer, Luis, *op. cit.*, p. 16.

Conocer los procesos de conformación, actores que participaron en el surgimiento de los derechos, las intenciones que se buscaban y sobre que valores obtienen su sustento inicial, ayuda a determinar su contenido actual y evitar propuestas regresivas que los limiten o circunscriban a un aspecto.

Por otro lado, la historia de su génesis no debe ser confundida con la de su institucionalización y reconocimiento por parte de los Estados, ya que son dos temas completamente diferentes y que no pueden ubicarse bajo la misma manera.

Finalmente, vale la pena preguntarse, más adelante, no sólo sobre el cuándo surgen los derechos humanos sino también en el cómo. Aquí sobresale la aportación de Marie-Bénédicte Dembour en su artículo *What Are Human Rights? Four Schools of Thought*, para quien existen 4 escuelas que dan cuenta del cómo surgen o son concebidos los derechos que nos ocupan:

- Escuela natural: los derechos son inherentes a la persona
- Escuela deliberativa: surgen a partir de acuerdos entre actores
- Escuela de la protesta o confrontación: son logros que suscitan por medio de luchas sociales
- Escuela discursiva: los derechos nacen gracias a prácticas discursivas y a una narrativa aceptada socialmente.

IV. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Establecer un concepto unívoco y universalmente aceptado en ciencias sociales es como descubrir la piedra filosofal: se invierte muchísimo esfuerzo en ello, sin alcanzar o estar cerca de alcanzar el resultado esperado. Aun así, sigue siendo materia de estudio para los especialistas en el tema.

No pretendo en las siguientes líneas el resolver esta cuestión; mi objetivo es más modesto: hacer una propuesta de concepto de derechos humanos que sea útil para entenderlos y poder avanzar en su materialización efectiva.

Existen múltiples definiciones sobre los derechos humanos registradas en la literatura especializada en la materia. La mayoría de ellas están enfocadas en resaltar el aspecto moral de estos derechos, aunque otras tantas apuntan a un supuesto subjetivo.

En el primer caso sobresalen posiciones como la de Carlos Santiago Nino, para el cual “...son derechos morales que se conceden tomando como única propiedad relevante de sus beneficiarios la de pertenecer a la especie humana (...) todos los hombres poseen el título igual a esos derechos en la medida en que todos exhiben en el mismo grado esa propiedad relevante”.³⁰ El aspecto moral indica un reconocimiento racional por parte de las personas que comparten un espacio de convivencia; tales derechos son anteriores al sistema jurídico de normas.

Sobre la visión de derechos subjetivos, encontramos la concepción de Jürgen Habermas, para quien son “derechos subjetivos exigibles que conceden libertades y pretensiones específicas. Han sido diseñados para ser traducidos en términos concretos en la legislación democrática; para ser especificados, caso por caso, en las decisiones judiciales y para hacerlos valer en casos de violación”.³¹ Esta visión contempla de manera necesaria la positivización de los derechos para que posean validez y realidad tanto jurídica como social, por lo cual es posible su exigibilidad ante un tercero, sin desestimar su naturaleza inherente a la persona.

¿Cuál de las dos visiones es la correcta? Una salida es la propuesta por Martín Borowski al señalar que “En razón de la orientación que los derechos fundamentales tienen hacia la protección del individuo, en caso de duda debe partirse de la base que los derechos fundamentales representan derechos subjetivos”.³²

La propuesta de Borowski se refiere a *derechos fundamentales* y no a *derechos humanos* por lo cual es indispensable señalar si al hacer referencia a cada término significamos cosas distintas o nos remitimos a la misma idea, pero con diferente vocablo.

³⁰ Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 43.

³¹ Habermas, Jürgen, “El concepto de la dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, vol. LV, n. 64, mayo 2010, p. 11.

³² Borowski, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado, Colombia, 2003, p. 47.

Existe una corriente de pensamiento que divide de manera tajante ambos términos y la cual se sustenta en que los derechos fundamentales no son otra cosa que derechos humanos incluidos o consagrados en una norma positiva vigente (generalmente la Constitución), lo cual permite la creación de mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad en caso de ser vulnerados, ya sea por un particular o un agente del Estado. El propio Borowski³³ apunta a esta diferencia al señalar que podemos encontrar:

- Derechos humanos: de naturaleza moral.
- Derechos fundamentales internacionales y supranacionales: consagrados en pactos y convenciones internacionales.
- Derechos fundamentales nacionales: aquellos que adquieren una dimensión positiva en las constituciones nacionales.

Quienes apuntan a esta separación de conceptos lo hacen desde un campo teórico que poco o nada tiene que ver con la realidad cotidiana, en la cual no se presenta esta diferencia sino que se toman por términos homónimos para significar los derechos inherentes de las personas que agrupan libertades, promueven la igualdad y garantizan mínimos necesarios para la vida; es más, “En todo caso, los conceptos de derechos humanos, derechos esenciales o derechos fundamentales pueden utilizarse alternativamente como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional, y que vinculan a las personas y a los estados”.³⁴

A juicio de quien escribe estas líneas, resulta una discusión bizantina el mantener la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales, sobre todo si consideramos lo siguiente: quienes apuntan a mantener esta diferenciación basan su punto en que los segundos sirven para determinar el contenido de los primeros a partir de su positivización, lo cual confunde libertades con derechos.

Las libertades son absolutas no poseen un límite definido; hasta que son protegidas como derechos se limita su alcance y se determina su

³³ Borowski, Martín, *Ibid.*, p. p. 30-33.

³⁴ Nogueira, Humberto, *op. cit.*, p. 58.

contenido. Por ejemplo, la libertad de expresión permite la exteriorización de cualquier idea, sea positiva o negativa, pero cuando se concibe como un derecho, se limita su protección a supuestos que no dañen la moral pública, que afecten derechos de terceros o que sean un delito (discriminación).

En efecto, el incluir un derecho en un ordenamiento jurídico no implica un cambio mágico de denominación, sólo sirve para determinar su alcance y medios de protección. Por otro lado, si se busca señalar que los derechos humanos son aquellos contenidos en tratados internacionales y los fundamentales en la legislación nacional, con la doctrina del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, esta idea pierde valor.

Ahora bien, es importante mencionar que el concepto de derechos humanos remite a *derechos subjetivos e inalienables, que protegen libertades fundamentales, aseguran la igualdad y garantizan la satisfacción de mínimos necesarios para la vida digna*.

En tanto subjetivos, son inherentes a la persona y a los cuales no puede renunciar (inalienabilidad) pero sí decidir no ejercer. Con respecto a la igualdad, buscan que todas las personas reciban el mismo trato y que las leyes sean aplicadas igual para todas las personas, pero con un trato diferente para personas en situación de vulnerabilidad. Finalmente, los mínimos necesarios remiten al campo de la *suficiencia*, poco trabajada en el campo que nos ocupa, pero que nos permite concebir una distinción entre las ideas de igualdad y suficiencia que han sido manejadas como homólogas durante mucho tiempo.

Estos derechos son, inicialmente, oponibles al Estado el cual debe garantizar su ejercicio y, en caso de vulneración, contar con mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad que sean disponibles para todas las personas.

1. ANOTACIÓN FINAL

Si nos ubicamos en su desarrollo histórico, los derechos humanos se han asociado a la protección de libertades, preservación de la igualdad entre las personas ante la ley y satisfacción de mínimos necesarios para que puedan tener una vida digna. Partimos de la idea de que son derechos

subjetivos, pero es una visión que está sujeta a revisión y que no puede considerarse como absoluta.

El concepto de derechos humanos es problemático por naturaleza, pero permite identificar vías para su entendimiento e interpretación; esta última es fundamental para las y los operadores jurídicos, principalmente para las autoridades con funciones jurisdiccionales.

Si se considera lo que ha sido escrito en líneas precedentes, sobre todo en lo referente a su positivización, el concepto de derechos humanos debería contemplar la siguiente forma DtaO en donde:

- **D** se remite al derecho;
- **t** a la persona que es titular del mismo;
- **a** al sujeto obligado y al que se opone el derecho y
- **O** a la orientación del derecho (si se refiere a una libertad, a la igualdad o a la satisfacción de una necesidad).

V. TITULARIDAD

Hasta hace poco, la titularidad de los derechos humanos no constituía motivo de debate intelectual. Su propio nombre indicaba quiénes eran los destinatarios de estos derechos. Se excluía, por lo tanto, a cualquier otra entidad.

Sin embargo, en los últimos años el panorama se ha modificado por el arribo al mundo jurídico de figuras como el denominado *compliance*, que apunta a la responsabilidad penal de las personas morales; por ende, a la titularidad de derechos humanos en el marco del proceso penal en tanto son consideradas como *personas*. Dos posturas se desprenden de esta situación:

1. Concepción amplia: las personas morales poseen derechos humanos aún cuando no posean naturaleza humana.
2. Concepción acotada: la titularidad de los derechos humanos sólo puede predicada de seres humanos y no de ficciones jurídicas como las empresas.

1. CONCEPCIÓN AMPLIA

Como apunté, esta posición ha cobrado relevancia merced a “...corrientes de pensamiento (...) que señalan que los derechos humanos no solo se circunscriben a las mujeres y hombres, sino que se expanden también a otras entidades de la realidad jurídica como son las denominadas personas jurídicas o personas morales...”.³⁵

Se atribuyen derechos por dos razones. La primera debido a que las personas morales son conformadas por 2 o más seres humanos, por lo cual se asegura la protección de esa unión al reconocerlos como titulares. La segunda debido a que se hace una interpretación extensa del concepto de persona, por lo cual, al no estar limitado este último a hombres y mujeres, es posible adscribirlo a todos los sujetos a los que históricamente les han atribuido este mismo término.

En nuestro país, la legislación nacional ha ido transitando hacia la postura de expandir la titularidad de los derechos humanos, lo cual lo podemos constatar, por ejemplo, con lo dispuesto por el artículo 108 del Código Nacional de Procedimientos Penales donde se establece que las personas morales pueden tener la calidad de *ofendidas del delito*, y poseen los mismos derechos que las víctimas. A su vez, la *Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México* contempla dos tipos de personas: individuales y colectivas.

Sin embargo, la muestra más clara la encontramos en la jurisprudencia constitucional con número de registro 2008584, en donde el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación refiere lo siguiente:

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES.

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al disponer que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicha Constitución y en los tratados internacionales de los

³⁵ Carreón Perea, Manuel Jorge y Del Río García, Jerónimo, “El concepto de persona en los derechos humanos”, *Praxis Legal*, n. 46, Editorial Bosch, México, abril de 2020.

que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, no prevé distinción alguna, por lo que debe interpretarse en el sentido de que comprende tanto a las personas físicas, como a las morales, las que gozarán de aquellos derechos en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines. En consecuencia, el principio de interpretación más favorable a la persona, que como imperativo establece el párrafo segundo del citado precepto, es aplicable respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que gocen las personas morales, por lo que deberán interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia, a condición de que no se trate de aquellos derechos cuyo contenido material sólo pueda ser disfrutado por las personas físicas, lo que habrá de determinarse en cada caso concreto.

Se advierte, por lo tanto, que la SCJN reconoce de manera explícita derechos humanos a todas las personas, incluidas las jurídicas, al emplear una interpretación amplia del artículo 1º constitucional y que, en sus términos, resulta más benéfica o favorable. Sin embargo, se efectúa una precisión que no puede dejarse de lado: *sólo gozan de aquellos derechos en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines*.

De esta manera, existe una restricción con respecto a los derechos humanos de los que pueden ser titulares las personas morales; uno de ellos es la *dignidad humana*, lo cual no ha pasado inadvertido por el máximo tribunal nacional en la tesis jurisprudencial con número de registro 2014498 donde se asienta que las personas "...no pueden gozar de la totalidad de los derechos privativos del ser humano, como ocurre con el derecho a la dignidad humana, del que derivan los diversos a la integridad física y psíquica, al honor, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal, que son inherentes al ser humano como tal.

2. CONCEPCIÓN RESTRINGIDA

Como contraparte de la posición anterior, en la concepción restringida sólo se atribuye la titularidad de este tipo de derechos a los seres humanos sin distinción de sexo, nacionalidad, edad, religión, o cualquier

otra índole. Se excluye, por lo tanto, a ficciones jurídicas como las personas morales e, incluso, a los animales. Sobre ello, apunta Humberto Nogueira Alcalá que “Ser persona es un rango que sólo tienen los seres humanos, careciendo de dicha dignidad los seres infrahumanos. La persona conserva su dignidad desde el nacimiento hasta su muerte”.³⁶

Según lo escrito por Nogueira, la dignidad se liga con la idea de persona, es decir, se considerada indispensable para el desarrollo y el reconocimiento de los derechos humanos. Esto no ha dejado de contemplarse tanto en la legislación como en la jurisprudencia emitida por la SCJN y, de acuerdo con el criterio jurisprudencial 2012363, la contempla como “...como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad”.

Como vimos en el apartado que precede, la dignidad humana no puede ser predicada de las personas morales, las cuales, además, no gozan de todos los derechos humanos sino sólo aquellos relacionados con su naturaleza y fines. De estas dos ideas surgen las principales críticas a la concepción amplia de titularidad de derechos como veremos a continuación:

- Si la dignidad humana es la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad ¿cómo pueden atribuirse derechos humanos a una entidad que no cuenta con la referida dignidad? al analizar el punto, se llega a dos posibles conclusiones: 1) la dignidad no puede ser la condición para el ejercicio de derechos o 2) las personas morales, al no contar con dignidad, no pueden invocar este tipo de derechos.
- Los principios de interdependencia e indivisibilidad que se atribuyen a los derechos humanos implican que todos los derechos se relacionan entre sí y no pueden considerarse de modo separado o aislado, ni darles un orden de prelación. En el caso de las personas morales, no

³⁶ Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, p. 145.

serían aplicables estos principios al no serles atribuidos la totalidad de los derechos sino aquellos que se determinen en cada caso.

En adición a lo antes señalado, vale la pena traer a memoria la manera en cómo ha sido considerada la titularidad de derechos humanos en el sistema interamericano de derechos humanos. Si revisamos la redacción del artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos encontramos esto: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Una réplica a esta posición sería la siguiente “en 1969, cuando se abre a firma la Convención, no existía el debate sobre la titularidad de derechos humanos de las personas jurídicas; debe hacerse una interpretación con base en la realidad actual”. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) en 2016 emitió la *Opinión Consultiva OC-22/16* relativa a la *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos* en la que por unanimidad opinó que “El artículo 1.2 de la Convención Americana sólo consagra derechos a favor de personas físicas, por lo que las personas jurídicas no son titulares de los derechos consagrados en dicho tratado...” destaca el siguiente párrafo:

67. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera que, a pesar de que pareciera que existe una disposición en los países de la región para reconocer la titularidad de derechos a las personas jurídicas y otorgarles recursos para hacerlos efectivos, lo cierto es que estos antecedentes no son suficientes, por cuanto no todos los Estados realizan el reconocimiento de la misma forma y el mismo grado. Adicionalmente, este Tribunal nota que ésta es la posición que los Estados ostentan en su derecho interno, razón por la cual no es posible modificar el alcance del artículo 1.2 de la Convención Americana a partir de este método interpretativo.

Si hacemos una lectura detenida de este párrafo salta a la vista lo siguiente: no todos los países que forman parte de la región reconocen de la misma forma y en el mismo grado la titularidad de derechos humanos

a las personas jurídicas, motivo por el cual no se cumpliría tampoco el principio de universalidad en lo relativo a que los derechos deben ser los mismos en todos Estados.

3. ANOTACIÓN FINAL

El debate sobre si debe ampliarse la titularidad de derechos humanos a las personas jurídicas apenas escribe sus primeras páginas. Existen posiciones encontradas como hemos apuntado, pero ninguna de ellas es concluyente.

Considero que el problema radica en el énfasis que se hace en la interpretación del concepto de persona, el cual, ciertamente, puede ser sujeto de un ejercicio hermenéutico mayor que otro como “ser humano”, el cual es contundente. Sin embargo, se deja de lado un punto capital: lo que protegen tales derechos que, en última instancia, son la vida digna y libertades. Así, y retomando lo expuesto por José Barragán Barragán, para el cual:

... una cosa son los derechos humanos inherentes al ser humano y otra muy diferente, es el régimen legal por el que se rigen las personas morales. Y, además, los derechos humanos son inherentes al ser humano y otra son los derechos legales que, en cada caso, se reconozcan a las personas jurídicas.

Como vemos, la confusión es total, tanto por lo que mira al significado y al alcance lógico de la expresión *derechos humanos*, como por el lado del significado y al alcance lógico de la palabra *persona* y de la expresión *todas las personas*.

Por muchos motivos, uno debiera pensar que el sujeto de os derechos humanos, en el contexto particular del contenido del Título primero de nuestra Constitución, así como por el contexto creado en el constitucionalismo histórico mexicano y el de otros países, no puede ser otro más que la persona humana, o el ser humano.³⁷

³⁷ Barragán, Barragán, José, *La Suprema Corte ante la reforma de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2016, p. 64.

VI. DISERTACIÓN FINAL

En las páginas que anteceden se ha trabajado en aquellos elementos que conforman una teoría de los derechos humanos, que deja abierto el diálogo que es necesario en todo trabajo académico e intelectual, principalmente en el conocimiento científico.

La construcción de una dogmática de los derechos humanos es necesaria para poder materializar plenamente su contenido y evitar, en la medida de lo posible, interpretaciones laxas y alejadas del verdadero objetivo que persiguen tales derechos: asegurar una vida digna para todas las personas, sin que ello implique la renuncia a su libertad.

Aquí trazamos los elementos de una teoría de los derechos humanos, sin que ello signifique la construcción total, lo cual será objeto de otros estudios más amplios.

VII. FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

- Barragán, Barragán, José, *La Suprema Corte ante la reforma de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2016.
- Boroswki, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado, Colombia, 2003.
- Carreón Perea, Manuel Jorge, *Manual de Derechos Humanos*, UBIJUS, Ciudad de México, 2020.
- Estrada Michel, Rafael, “Derrotar al mito: la soberanía de los Derechos Humanos”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 35, 2005.
- Fernández, Eusebio, “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. I, 1993.
- Habermas, Jünger, “El concepto de la dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, vol. LV, n. 64, mayo 2010.
- Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona, 2009.
- Kuhn, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, octava reimpresión, Argentina, 2004.
- Moyn, Samuel, *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2015.
- Moyn, Samuel, *No bastan. Los derechos humanos en un mundo desigual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, UNAM, México, 2003.
- Roniger, Luis, *Los derechos humanos en América Latina*, COLMEX, México, 2018.
- Vigo, Rodolfo, “Del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho Constitucional” en *Interpretación y ponderación de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional*, (coord.) Antonio Flores Saldaña, Tirant lo blanch-Universidad Panamericana, México, 2013.

Hemerografía

- Carreón Perea, Manuel Jorge y Del Río García, Jerónimo, “El concepto de persona en los derechos humanos”, *Praxis Legal*, n. 46, Editorial Bosch, México, abril de 2020.
- Carreón Perea, Manuel Jorge, “Formación en derechos humanos”, *Revista Ex Legibus*, n. 9 octubre 2018.
- Moyñ, Samuel, “Respuesta al punto de vista *El final de la historia de los derechos humanos*”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n. 6, 2017.

Legislación

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.



ESTUDIOS

HONOR Y SANGRE “EN TIEMPOS DE DON PORFIRIO (MELODÍAS DE ANTAÑO)”. EL DELITO DE DUELO VISTO A TRAVÉS DE UNA OBRA MAESTRA DEL CINE MEXICANO

DEATH AND HONOR. THE DUEL AS A LEGAL OFFENSE SEEN THROUGH AN EPIC MOVIE OF THE MEXICAN GOLDEN AGE CINEMA: “EN TIEMPOS DE DON PORFIRIO. (MELODÍAS DE ANTAÑO)”

RAMÓN ORTEGA GARCIA*

D. Francisco: “Don Rodrigo, sólo lo esperábamos a usted para comenzar [el duelo].”

D. Rodrigo: “Hubieran comenzado sin mí, ¡jejejeje!”

RESUMEN: En este escrito, se analiza el antiguo delito de duelo a partir del contexto que presenta una cinta memorable de la época de oro del cine mexicano, estudiando los aspectos sociales del fenómeno durante el período del Porfiriato, así como los elementos generales de su tipificación en el Código Penal mexicano de 1871.

PALABRAS CLAVE: Duelo; desafiante; desafío; homicidio; dolo; honor.

ABSTRACT: The text analyses the duel as an old legal offense settled in the context of an epic film of the Mexican movie Golden Age, studying the social aspects of this phenomenon during the Porfiriato period, as well as the general elements of its inclusion in the Criminal Act of 1871.

KEY WORDS: Duel; defiant; defied; homicide; malice; honor.

Fecha de recepción: 16 de julio de 2021

Fecha de aceptación: 30 de agosto de 2021

* Director del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

SUMARIO: I. Introito. II. “¡Antes muerto con honor que vivo sin dignidad!”. III. “¡Más vale que digan aquí corrió uno, que aquí quedó!”. IV. Comentario final. V. Fuentes consultadas.

I. INTROITO

Fue el 3 de abril de 1940 cuando el viejo cine Alameda¹ anunció el estreno de la película. ¡Dos pesos por butaca!, cosa inaudita en aquellos tiempos.² Pero bien valía la pena pagarlos; el título evocaba una época del pasado que la burguesía mexicana aún añoraba y a la que sólo el cine podía proveer un refugio nostálgico. El elenco, además, era un verdadero lujo: Fernando Soler en el papel protagónico; Marina Tamayo como la joven enamorada; Emilio Tuero, estrella de la radio con voz de barítono que ya alcanzaba fama de actor, en el papel del apuesto pretendiente; Joaquín Pardavé, Dolores Camarillo, Aurora Walker y Agustín Isunza. La dirección estaba en manos de Juan Bustillo Oro, guionista de ésta y otras películas y socio de Jesús Grovas, dueño del estudio de producción. ¿La trama? Una tragicomedia ambientada en algún lugar de provincia durante el esplendor del Porfiriato, si bien la cinta refiere el año de 1884,

¹ El cine Alameda fue el primero en inaugurarse en la capital mexicana, en 1936. Se ubicaba en el número 34 de la histórica Avenida Juárez, que antiguamente empezaba cruzando el Puente de San Francisco sobre San Juan Letrán (hoy Eje Central), y continuaba por la llamada calzada del Calvario, poblada por pequeñas ermitas en las que se rezaba el viacrucis, al ser el camino de penitencia que seguían los sentenciados por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, hasta llegar al quemadero, situado en la parte poniente de la Alameda. Sobre la avenida aún hoy se pueden apreciar los restos del convento de *Corpus Christi*, y al llegar a la esquina de Balderas, la calzada recibía el nombre de la Acordada, por haber estado allí el edificio que ocupó el tribunal del mismo nombre. Véase Novo, Salvador, *México*, ediciones Destino, Barcelona, 1968, pp. 239 y ss.

Sabido es que por la Avenida que lleva su nombre hizo triunfal entrada, el 15 de julio de 1867, el presidente Juárez cuando regresaba de su peregrinación por el país, tras haber vencido a las fuerzas del segundo Imperio. Véase Rivera Cambas, Manuel, *México pintoresco, artístico y monumental*, t. 1, Imprenta de la Reforma, México, 1880, pp. 238-242.

² García Riera, Emilio, *Historia documental del cine mexicano. Época sonora*. t. 1. 1926/1940, Ediciones Era, México, 1969, pp. 254-257.

cuando el general Díaz iniciaba su segundo período en la presidencia de la República. Época bellamente recreada con vales mexicanos como “Amor” y “Vals Poético” de Felipe Villanueva, “Recuerdo” de Alberto María Alvarado y “Adiós” de Alfredo Carrasco: “melodías de antaño”, como bien indicaba el título de la cinta. Se forjaba así el mito cinematográfico, auténtica joya de nuestro cine nacional.

He aquí el argumento: don Francisco (Fernando Soler), un antiguo aristócrata de provincia venido a menos, se pasa la vida bebiendo y apostando. Su contrincante en el juego suele ser don Rodrigo Rodríguez Eje (Joaquín Pardavé), un ricachón “encantadoramente inculto”, que, a base de trampas y con la complicidad del licenciado Estebanillo (Agustín Isunza), administrador del casino, ha logrado que don Francisco pierda hasta su casa y quede en la más oprobiosa ruina. La última partida entre ambos ha durado dos días seguidos y don Francisco ha olvidado que esa mañana debía casarse con Carlota (Aurora Walker), una doncella de buena cuna que está embarazada de su hijo. Pronto se entera de que la madre de Carlota la ha mandado a Europa para borrar la deshonra sufrida, y don Francisco se ve obligado a esperar su regreso. Sin embargo, Chole (Dolores Camarillo), nana de Carlota, le promete a don Francisco escribirle para informarle sobre su paradero.

Pasan los años y Chole se presenta en el casino para informar a don Francisco que Carlota ha regresado en compañía de la hija de ambos, una pequeñita de nombre Carmen. También le hace saber que en Europa, Carlota se casó con otro hombre y que este le dio su apellido a la niña. Carlota prohíbe a don Francisco confesarle a Carmen que él es su verdadero padre, por lo que este sólo puede verla cuando asiste a misa en compañía de Chole.

Continúa el tiempo su marcha y Carmen se convierte en una bella joven con edad para casarse. Conoce a un buen mozo recién llegado de nombre Fernando (Emilio Tuero) que empieza a cortejarla. Fernando es ahijado de don Francisco, pero Carmen no lo sabe.

Carlota quiere que Carmen se case pronto con don Rodrigo, pues la situación económica que viven es precaria y el matrimonio parece una buena salida. Carmen se rehúsa, pero Carlota se impone.

Carmen le cuenta a don Francisco los planes de su madre y éste enfurece. Le promete a Carmen que por ningún motivo se casará con el “rabo verde” de don Rodrigo Rodríguez “Éjele”. Don Francisco y Fernando se encuentran por casualidad y este le confiesa a su padrino que está enamorado de Carmen. Ambos urden un plan para evitar que ella se case con don Rodrigo.

Un día antes de la boda, don Francisco organiza una fiesta para despedir al “novio”, y con engaños emborracha a “don Rodriguete” hasta dejarlo completamente dormido. Cuando despierta, don Rodrigo se entera de que no sólo no llegó a la boda, sino que estando ebrio retó a un duelo a muerte a Fernando, el ahijado de don Francisco.

Chole le cuenta a Carmen que Fernando se va a enfrentar con don Rodrigo sin saber que todo es parte del plan de don Francisco para deshacerse de don Rodrigo de una vez y para siempre. Este último, acobardado, hace hasta lo imposible por no asistir al compromiso con Fernando, pero el designado como su padrino le advierte que no puede dejar de presentarse sin mancillar fatalmente su honor de caballero.

Cuando por fin llega al lugar convenido para sostener el duelo, y al encontrar ahí a don Francisco y a Fernando, don Rodrigo cae presa del pánico y decide huir sin importarle las consecuencias. Carmen arriba en ese momento y corre hasta donde está Fernando, a quien le confiesa que lo quiere. Carlota y Chole, quienes iban detrás de Carmen, le dan alcance y todos se reencuentran.

En la escena final de la película, Carmen confirma sus sospechas de que don Francisco es su verdadero padre, quien le declara a Carlota su amor y le pide nuevamente que se case con él; ella lo perdona y lo acepta. Los cuatro terminan juntos.



Joaquín Pardavé (izq.) y Fernando Soler
(dcha.) en una escena de la película.

II. “¡ANTES MUERTO CON HONOR QUE VIVO SIN DIGNIDAD!”

De los muchos temas a que da lugar la cinta analizaré el del duelo por estar directamente relacionado con el derecho en general y, con las ciencias penales, en particular.

Gracias a la obra de don Ángel Escudero (1873-1940),³ antiguo maestro de espadas del Colegio Militar de México, he podido averiguar que durante la época del Porfirismo el duelo era una práctica reiterada por los miembros de la alta aristocracia.⁴ A lo largo de las últimas

³ Véase *El duelo en México. Recopilación de los desafíos habidos en nuestra República, precedidos de la historia de la esgrima en México y de los duelos más famosos verificados en el mundo desde los juicios de Dios hasta nuestros días*, prólogo del señor licenciado D. Artemio del Valle-Arizpe, Imprenta Mundial, México, 1936.

⁴ José C. Valadés señala al respecto: “En cuarenta y cinco años antes del primer gobierno del general Díaz, sólo hubo tres duelos en México; pero desde el establecimiento del régimen porfirista, se han multiplicado.” *El Porfirismo. Historia de un régimen*, t. III. El crecimiento II, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987, p. 62.

décadas del siglo XIX, en la ciudad de México, abría sus puertas un buen número de salas de armas en las que se enseñaba el uso del florete y del sable. Por aquellos años, efectivamente, en lo que ahora es el centro histórico, funcionaban las más prestigiadas escuelas de esgrima, destacando la de los profesores José María Arzac y Joaquín Larralde, así como la de Luis Cavantous, ambas en el antiguo Callejón del Espíritu Santo, hoy Motolinía; la de Pedro Alfaro, en la calle de San Francisco, justo enfrente del hotel Iturbide, en lo que ahora es la calle de Madero; la de Eligio Dufoo, en San Juan Letrán, hoy Eje Central; la de Pedro Quintero, que se ubicó en lo que ahora es Venustiano Carranza, y la del general Federico Méndez Rivas, en la calle de Mesones, entre muchas otras.

Los primeros profesores del florete fueron extranjeros llegados a México buscando fama y fortuna: Carlos Thiercelin, quien llegó en 1890, comenzó a celebrar exhibiciones en la escuela que estableció en la esquina de Bolívar y 5 de Mayo, frente a lo que fue el Gran Teatro Nacional. También, en la última decena del siglo XIX llegó el profesor Eugenio Klérían; en mayo de 1901 llegaron los tiradores italianos Adolfo Longo y Rómulo Timperi, seguido de Olinto Fabbi, y poco antes había hecho su arribo don Miguel de Béistegui. En 1907, en el ocaso del Porfiriato, llegó a México el maestro de maestros, Lucien Mérignac, fundador de la Escuela Magistral de Esgrima y Gimnasia, que dio un empuje formidable al deporte con espadas.

“Bajo la dirección del maestro Mérignac —cuenta don Ángel Escudero— se formaron todos los profesores de esgrima de florete y de sable que existen en México y éstos, a su vez, han formado a los tiradores que se han distinguido tanto en lo militar como en lo civil.”⁵

Las escuelas de esgrima, pues, eran parte de una cultura que procuraba fomentar el deporte, pero que llegó a propiciar la práctica del duelo, que, insisto, era una costumbre recurrente en aquellos años, la más socorrida para lavar con sangre el honor mancillado de algún caballero.

⁵ *El duelo en México...*, op. cit., pp. 46 y 49.

Algunos de los combates más famosos de la época porfiriana han sido relatados por autores como Daniel Cosío Villegas y José C. Valadés. Aquí no sobra un recuento de los principales.

El más célebre, sin duda, fue el que tuvo lugar entre dos grandes periodistas de finales del siglo XIX: Santiago Sierra, hermano de don Justo, ambos editores de *La Libertad*, y don Ireneo Paz, liberal de vieja cepa, editor de *La Patria* y abuelo del poeta y premio nobel de literatura, Octavio Paz Lozano.

El pleito se originó por diferencias políticas ventiladas en las páginas de ambos diarios, hasta que el desaguisado subió de tono. El 25 de abril de 1880, *La Patria* publicó en su editorial la respuesta de don Ireneo a las acusaciones de Santiago Sierra que lo nombraba ingrato por atacar al general Díaz cuando supuestamente le debía a él todo lo que era. A su vez, ese mismo día apareció en *La Libertad* una nota firmada por el propio Santiago Sierra intitulada: “Un miserable que se llama Ireneo Paz”; ésta fue la gota que derramó el vaso.

El duelo, según las crónicas de la época, se pactó a pistola el día 28 de abril, en los terrenos de la Hacienda de San Javier, en el municipio de Tlalnepantla. El desenlace, la muerte de Santiago Sierra, ocupó las páginas de la edición del jueves 29 de *La Libertad*. *La Patria* guardó silencio.

¿Qué habrá sentido Ireneo Paz? Su nieto, Octavio, refiere el hecho:

“Era, lo que había sido siempre: un liberal, un hijo rebelde pero fiel a las ideas de la generación anterior a la suya, la de los hombres de 1857. Aún detestaba a los “científicos”, a los que atribuía el desastroso final de Porfirio Díaz. De Justo Sierra nunca hablaba aunque la simple mención de su nombre instantáneamente oscurecía su semblante. Le pesaba, siempre le pesó, su desdichado duelo con Santiago Sierra, hermano de Justo. Fue un hecho que lo marcó, una herida nunca cerrada.”⁶

⁶ “Silueta de Ireneo Paz”, en Paz, Octavio, *Obras completas. Miscelánea II*, t. 14, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 141-149, p.144. Octavio Paz, por cierto, recuerda que fue su abuelo quien le enseñó un poco la esgrima; en la casa de Mixcoac en que vivió de niño, según relata, había en el desván algunas caretas, petos y floretes, “todos en mal estado”. El joven Octavio, por lo demás, cuenta que su abuelo murió en 1924, a la edad de ochenta y ocho años; él tenía diez. “Fue el

Profusamente comentado en los círculos sociales del Porfiriato fue el que se dio entre Charles de Gheest y Emilio Ollivier, luego de una escaramuza en la que ambos se vieron envueltos durante una carrera de caballos organizada por el *Jockey Club*, cuyo casino se encontraba alojado en lo que fue el Palacio de los Condes del Valle de Orizaba, ahora casa de los Azulejos. El club celebrara dos temporadas de carreras al año, la de primavera y la de otoño, y durante tres o cuatro domingos seguidos se reunía en el hipódromo situado en los terrenos de Peralvillo, lo más selecto de la sociedad porfirista; las apuestas iban de los cien a los ciento cincuenta mil pesos, por función.

Pues bien, el domingo 4 de noviembre de 1883 ocurrió el pleito al que me refiero entre el empresario y banquero de origen belga, de Gheest, y el joven de nacionalidad francesa, Ollivier, sobrino del dueño del almacén de ropa más grande de la ciudad de México. La pelea derivó en el duelo a espadas verificado el 8 del mismo mes: Ollivier fue atravesado de lado a lado a la altura del pecho por su contrincante, muriendo a los pocos minutos. De Gheest, al parecer, sólo recibió un par de heridas, una en el hombro y otra en el cuello.

Ahora, no todos los duelos, debo aclararlo, terminaban con la muerte de uno de los participantes. Fue el caso, entre otros, del lance protagonizado por Ignacio Manuel Altamirano y Pedro Peón, el cual se verificó en la casa que ocupa actualmente la Lotería Nacional; en aquella ocasión, el combate fue a espadas.

primer hombre que vi morir”, dice. Más tarde, en *Elegía interrumpida*, evocaría el día de su muerte: “Hoy recuerdo a los muertos de mi casa // Al primer muerto nunca lo olvidamos, // aunque muera de rayo, tan aprisa // que no alcance la cama ni los óleos. // Oigo el bastón que duda en un peldaño, // el cuerpo que se afianza en un suspiro, // la puerta que se abre, el muerto que entra. // De una puerta a morir hay poco espacio // y apenas queda tiempo de sentarse, // alzar la cara, ver la hora // y enterarse: las ocho y cuarto.” *Id., Obra poética I (1935-1970). Obras completas*, t. 11, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 82-84, p. 82.

“Después de seis asaltos de tres minutos por dos de descanso, los padrinos [lo] dieron por terminado, visto el peligro constante en que ambos adversarios estuvieron, debido a su impetuoso valor, reconociendo que la discusión que originó el lance no era causa bastante para que tuviera un resultado de sangre como se había pactado”.⁷

La misma suerte corrieron los encuentros sostenidos entre Guillermo de Landa y Escandón, y Adolfo Carrillo; el de Pablo Escandón y Barron, y Alberto Romero de Terreros, y entre el diputado Francisco Romero y Alberto Samson. Este último se pactó “a sable con doble filo, en asaltos de dos minutos por uno de descanso, y tantos de ellos como fueran necesarios para que uno de los adversarios quedara imposibilitado para seguir combatiendo”.⁸ El duelo se llevó a cabo el 6 de agosto de 1892 en los llanos de San Lázaro, a las afueras de la ciudad.

“Leída el acta, entregados los sables a los combatientes, y después de las palabras: ‘a la guardia’ y ‘adelante’ pronunciadas por don Joaquín Larralde que fungía como juez de campo, el señor Samson se arrojó sobre el coronel Romero con la fiera impetuosidad, con el incontenible ardor, con el avasallador empuje con que los soldados de la vieja guardia se lanzaban al ataque... Su adversario, con esa sangre fría que jamás lo abandonó, ducho en esta clase de achaques, retrocedió procurando ponerse fuera del alcance del sable enemigo, y aprovechando la primera oportunidad atravesó con un golpe de punta el gran pectoral del valeroso francés, que quedó imposibilitado para seguir combatiendo”.⁹

⁷ Escudero, Ángel, *El duelo en México...*, op. cit., p. 99.

⁸ *Ibid.*, p. 231

⁹ *Ídem.*

Este señor Romero también participó en otro duelo tristemente famoso en el que perdió la vida su oponente, José Verástegui. Del hecho da cuenta José C. Valadés en su libro citado sobre el Porfirismo; el desenlace fue el siguiente:

“En la tarde del 9 de agosto de 1894, están duelistas y testigos, así como el juez de campo, Sostenes Rocha, y el médico Casimiro Preciado, en las cercanías del panteón español. Medida la distancia, concertada y sorteada las armas y el lugar que debían ocupar las personas que iban a batirse, Rocha da las voces de mando, escuchándose a la tercera ‘dos

Refiero un par de casos más: el poeta precursor del modernismo en México, Salvador Díaz Mirón, fue autor de muchas riñas en su madurez. Bravucón el vate, buscaba lances con quien se le pusiera enfrente; incluso, en alguna ocasión, recibió un balazo en el brazo izquierdo que lo dejó lisiado de por vida. El autor de *Lascas*, según cuentan, acostumbraba a andar armado por la calle y no perdía la oportunidad de demostrar su “hombría”. Una vez, incluso, dio muerte a un joven llamado Federico Wolter, quien aparentemente lo había ofendido mientras se encontraba en estado de ebriedad. Díaz Mirón, no satisfecho con haber herido a su agresor en la ingle, y encontrándose este hincado y suplicando por su vida, lo remató de un tiro que le perforó el corazón. Hombre temperamental, con pistola en cincho, el poeta reaccionaba a la menor provocación.

¡Es coqueta en el duelo y en la ira
del supremo rubor!... ¡No en vano tiene
curvas y nervios de mujer la lira!¹⁰

En fin, otro grande poeta, Manuel Gutiérrez Nájera, el Duque Job, tampoco escapó de verse envuelto en una de las faenas que se relatan. Tuvo la mala fortuna de que su adversario en aquella ocasión fuera don Gonzalo A. Esteva, político, escritor y director de *El Nacional*.¹¹ Digo que fue mala fortuna porque este señor Esteva tenía fama de ser buen espadachín y buen tirador. ¿Qué pasó al final?

detonaciones casi simultáneas según unos, simultáneas según otros’. Los circunstantes vieron cómo vacilaba Verástegui. Prida corrió violentamente a sostener el cuerpo que caía desplomado; el doctor Preciado dijo que Verástegui estaba muerto. Carrillo, Prida y algunos mozos condujeron el cadáver a un coche, tomando enseguida el rumbo de la ciudad de México. En el trayecto los cómplices del duelo discutieron a dónde llevar a la víctima del drama, optando por entregar el cuerpo a la sexta demarcación de policía.” Valadés, José C., *El Porfirismo...*, op. cit., pp. 63-64.

¹⁰ Díaz, Mirón, Salvador, “Preliminar de ‘Melancolías y cóleras’”, en Cuesta, Jorge, *Antología de la poesía mexicana moderna*, 2ª ed., Contemporáneos, México, 1952, p. 24.

¹¹ Véase Paz, Ireneo, *Los hombres prominentes de México. Les hommes éminents du Mexique. The Prominent Men of Mexico*, Imprenta y Litografía de “La Patria”, callejón de Santa Clara número 6, México, 1888, pp. 353-354.

“Nombrados los padrinos, los representantes de don Gonzalo, probablemente con ánimo de que el ilustre de poeta no corriera el menor riesgo sabiendo que su ahijado manejaba bien la espada y era apto en el tiro de pistola, propusieron un duelo a la primera arma, dando a entender que con ella fácilmente podría ponerse fin al combate con una herida ligera, en el antebrazo de Gutiérrez Nájera. Inmediatamente el licenciado Joaquín D. Casasús respondió diciendo que él y el licenciado Rosendo Pineda no podían aceptar esas componendas, dado que el ofendido era el poeta, y que no podían permitir que su ahijado hiciera un papel tan triste y humillante que lo autorizaría, si alguna vez se llegaba a enterar de ello, a hacerles una reconvención muy justificada y muy seria, por una falta que, a su juicio, sería gravísima, y que, visto que parecía que ellos dejaban a un lado toda idea de conciliación, proponían desde luego un encuentro a pistola en las condiciones que de común acuerdo fijarían los cuatro, y lo acordado fue que se dispararan un tiro a veinte pasos de distancia”.¹²

“En estas condiciones se verificó el desafío sin resultados y el eximio poeta recibió el espaldarazo del duelo con la misma indiferencia con que agitaba la rubia Champaña con un palillo de dientes para hacerle perder parte de su ácido carbónico”.¹³

A manera de conclusión de este apartado agregaré que los combates en duelo tenían como finalidad, no demostrar las habilidades deportivas de los participantes (para eso estaban los torneos), sino restaurar el honor de las personas, concepto este que parece haberse diluido y corrompido hoy día. Pero en la época porfirista, el honor presidía todos los actos de la vida social de los hombres, que sin chistar se disponían a morir para conservarlo intacto. En la película que introduce el contexto de este análisis, don Rodrigo Rodríguez “*Éjele*” es la excepción a esta regla de oro pues prefiere la huida antes de enfrentarse en combate. Sin embargo, esto es parte de la comedia de la cinta y no refleja lo que en la vida real sucedía.

¹² Escudero, Ángel, *El duelo en México...*, op. cit., p. 224.

¹³ *Ibíd.*, p. 225.

III. “¡MAS VALE QUE DIGAN AQUÍ CORRIÓ UNO, QUE AQUÍ QUEDÓ!”

Paso a ocuparme ahora del análisis del delito de duelo, comenzando por recordar las palabras de José C. Valadés al respecto:

“Aunque el código penal castiga el duelo como un delito -dice-, los jueces tienen esa disposición legal como letra muerta, puesto que se considera que este género de pelea ‘apareció como una necesidad para la humanidad’, y porque tan baja estatura se concede a los preceptos morales, que el ‘deshonor no consiste en recibir un insulto, sino en sufrirlo en paciencia’”.¹⁴

Veamos con más detalle el asunto. Regía en la época que nos ocupa el Código Penal de 1871. Obra de la comisión redactora presidida por el flamante secretario de Instrucción Pública, Antonio Martínez de Castro, e integrada por los vocales José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona, fue el primer código penal federal mexicano.¹⁵

Raúl Carrancá y Trujillo lo describe así:

“Se trata de un código bastante correctamente redactado, como su modelo español [de 1870]... Conjuga la justicia absoluta y la utilidad social. Establece como base de la responsabilidad penal, la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad...”.¹⁶

Compuesto por un total de 1,152 artículos, se divide en tres Libros cuya extensión es muy desproporcionada entre sí. Lo preside un Título Preliminar formado por las tres primeras disposiciones que establecen las reglas generales referentes a su aplicación. El Libro Primero “*De los*

¹⁴ Valadés, José C., *El Porfirismo...*, op. cit., p. 62.

¹⁵ El *Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación*, aprobado y promulgado el 7 de diciembre de 1871 por el presidente Juárez, comenzó a regir el 1 de abril de 1872.

¹⁶ *Derecho penal mexicano. Parte general*, t. I, 4ª ed. revisada, puesta al día y adicionada con índices y textos legales, Antigua Librería Robredo, México, 1955, p. 86.

delitos, faltas, delincuentes y penas, en general” abarca del numeral 4 al 300; el Libro Segundo “*Responsabilidad civil en materia criminal*”, comprende del 301 al 367, y el Libro Tercero “*De los delitos en particular*”, el más extenso de los tres, del 368 al 1152.

El delito de duelo estaba regulado en veintiocho artículos, del 587 al 614, incluidos en el Libro Tercero, bajo el Título Segundo “*De los delitos contra las personas, cometidos por particulares*”, en el cual aparece catalogado en el Capítulo IX como un delito autónomo, separado del homicidio. Voy a tratar de reconstruir sistemáticamente los supuestos y sanciones que contemplan dichos preceptos, distinguiendo un total de cinco hipótesis, a saber:

1. La noticia del desafío: no es necesario que el combate se verifique para que entre en acción el derecho penal, la sola noticia del desafío que una persona realice a otra es suficiente. Si alguien tiene noticia de que alguno ha desafiado o se dispone a desafiar a otro a un combate con armas mortíferas, está obligado a denunciar el hecho ante el juez de lo criminal o ante la autoridad política del lugar de que se trate. Basta, insisto, que se tenga dicha noticia para que surja la obligación de denunciar.

En estos casos, dice el Código, la autoridad hará comparecer sin demora al desafiador y al desafiado, y los amonestará para que bajo su palabra de honor protesten solemnemente desistir de su empeño, procurando además avenirlos. Para ello se excitará al desafiado (a quien se presume como autor de la ofensa o agresión) a que brinde a su adversario una explicación “satisfactoria y decorosa a juicio del juez o de la autoridad política”. De todo esto se levantará un acta circunstanciada que deberán firmar ambas partes.

Ahora bien, si éstas faltaran al compromiso asumido, serán castigadas con las penas siguientes: a) de 6 a 9 meses de arresto y multa de 600 a 900 pesos, al que desafiare de nuevo, y b) de 4 a 6 meses de arresto y multa de 400 a 600 pesos, a quien hubiere aceptado el duelo.

Por otro lado, si no sólo faltaran al compromiso asumido, sino que además pusieran por condición que el duelo sea a muerte, estas penas se aumentarán en una cuarta parte.

2. Cuando el desafío se haya hecho y el reto haya sido aceptado: se aplicará una multa de 20 a 300 pesos al desafiador, y de 10 a 180 pesos al desafiado. También se amonestará a ambos para que desistan de llevar a cabo el duelo, y se les apercibirá que de faltar a este compromiso, se les castigará con las penas señaladas anteriormente.

3. Cuando las partes se desistieran del enfrentamiento: si las partes desistieran voluntariamente de combatir, aunque sea en el mismo lugar en que deba llevarse a cabo el encuentro, no se impondrá pena alguna al desafiador ni al desafiado; pero aún en este supuesto los hará comparecer ante sí la autoridad política o judicial para que ratifiquen su desistimiento y hagan la protesta correspondiente. Si el duelo no llegara a verificarse, tampoco se impondrá pena alguna a los padrinos.

4. Cuando el duelo tiene verificativo: en este caso, tanto el desafiador como el desafiado se han presentado en el lugar, fecha y hora convenidos para el combate. A partir de aquí, el Código distingue varias condiciones:

- Si cualquiera de los dos no hiciera uso de su arma, pudiendo, será castigado con pena de 3 a 6 meses de confinamiento y multa de 300 a 600 pesos; es decir, basta que haya acudido a batirse con su adversario para que se le sancione.
- Si el desafiador hiciera uso de su arma, siempre que no causare la muerte ni heridas al desafiado, se le impondrá al primero de 3 a 6 meses de arresto, y multa de 400 a 800 pesos; esto es, se sanciona el solo hecho de usar el arma, aunque no haya consecuencias.
- Si el desafiador hiriera al desafiado, la pena variará dependiendo del tiempo de incapacidad que le provocara, y del tipo de daño físico o corporal que le causara. De manera ejemplificativa, si la incapacidad para trabajar es menor a treinta días, la pena será de 6 a 9 meses de arresto y multa de 500 a 1,000 pesos; pero si la

incapacidad es mayor a ese lapso, la pena será de 8 a 12 meses de arresto y multa de 700 a 1,200 pesos.

- Si el desafiador provoca la muerte del desafiado, y no se hubiera pactado que el duelo fuera a muerte, la pena será de 5 años de prisión y multa de 1,800 a 2,500 pesos. Pero si precedía el susodicho pacto, entonces la pena será de 6 años de prisión y multa de 2,000 a 3,000 pesos.
- Al desafiado, en estos supuestos, se le aplicará la misma pena reducida en dos terceras partes.
- A los padrinos de ambos se les impondrá de 1 a 3 meses de confinamiento y multa de 50 a 200 pesos si no resultare muerte ni lesión alguna para nadie. Pero si cualquiera de los combatientes fuera muerto o herido, aquéllos podrían ser castigados como cómplices del delito o, incluso, como autores del mismo.
- El Código contempla algunas circunstancias atenuantes respecto del desafiador y del desafiado. Entre las primeras se encuentra el hecho de que la ofensa recibida haya sido de gravedad, o que ésta haya sido inferida públicamente o delante de personas sobre quienes el desafiador ejerza autoridad. Por otro lado, entre las circunstancias atenuantes respecto del desafiado se encuentra el hecho de que haya sido forzado a aceptar el reto.

5. Cuando el duelo se transforma en homicidio y es castigado como tal: en términos generales, esto ocurre cuando el interés que mueve al desafiador es de carácter pecuniario, o cuando alguno de los combatientes falte a lo que la lealtad exige en tales casos. Pero también ocurre cuando el duelo se verifica sin la asistencia de dos padrinos por cada parte, o sin que éstos hayan elegido las armas. Asimismo, se configura el homicidio y se imponen las sanciones previstas para este delito, cuando uno de los combatientes en el duelo hiera o mate a su adversario si yaciera en el suelo, o estuviere desarmado, o ya no pudiera defenderse por cualquiera causa. El agresor, en tales supuestos, es juzgado como homicida con premeditación y ventaja.

Esto último confirma que para el Código Penal de 1871, el duelo era un delito autónomo respecto del homicidio, y sólo en los casos enun-

ciados expresamente por él, en los que la lealtad se perdía durante el combate o el mismo se llevaba a cabo faltando los requisitos que las reglas del honor preveían, se actualizaba este último ilícito penal.



Fernando Soler (izq.), Joaquín Pardavé (centro) y Emilio Tuero (dcha.), en una de las escenas finales de la película.

IV. COMENTARIO FINAL

¿Qué nos dice esta breve síntesis del delito de duelo? Pienso que lo que el Código Penal hacía era regular una práctica común cuyos antecedentes se remontaban hasta tiempos muy antiguos, siendo, por lo mismo, muy difícil de suprimir mediante la legislación positiva.

Lo mejor que podía hacerse era reglamentarlo, encausarlo y tratar de desincentivarlo. No hay que perder de vista algo que ya se ha repetido en las páginas que anteceden: en esa época, el honor regía todos los aspectos de la vida social y era tan importante que había códigos como el Tovar, obligatorios aun sin estar sancionados por el Estado. Quienes

participaban en el duelo seguían las reglas de este documento para respetar la lealtad y equidad en el combate, dejando de lado el propio código punitivo. ¡*Malgré tout*!

Ángel Escudero vivió en esa época y presencié cientos de disputas en el campo de honor. Por eso entiendo cuando al final de su libro escribe lamentándose:

“En los días de mi ya prolongada existencia asistí a varios duelos y arreglé satisfactoriamente centenares de asuntos de esta naturaleza en los que jamás entran en juego los bienes materiales y en los que una sola vez vi a un individuo escudarse en la prohibición del duelo por la Iglesia, para no llegar al terreno, y, cosa curiosa, no recordó antes que el adulterio, que era el origen del duelo, está también prohibido por la misma Iglesia. Desgraciadamente, esta costumbre del duelo va desapareciendo de entre nosotros y llegará el día en que los puños sean en nuestro país, como entre los yanquis, la suprema razón entre dos individuos distanciados por cualquier agravio”.¹⁷

Habló como profeta don Ángel. Este era un hombre que tenía muy claro el significado del honor y de la dignidad humana. Párrafos adelante lo explica citando un bello pasaje del libro de Ricardo León, *Alcalá de Zegriés*, en el que el niño pregunta a su abuelo qué es eso:

“¿Qué es el honor, me dices? El honor, hijo mío, es una obligación viva y presente que nos inclina al cumplimiento del deber; es la virtud por excelencia, porque en sí contiene a todas. El honor está por encima de la vida y de la hacienda y de cuanto existe en el mundo, porque la vida se acaba en la sepultura y la hacienda y las cosas que poseemos son bienes transitorios, mientras el honor a todo sobrevive y trasciende a los hijos y a los nietos, y a la casa donde se mora, y a la tierra donde se nace y a toda la humanidad, finalmente, como un aroma de virtud. El honor es el patrimonio del alma, el depósito sagrado que Dios nos fía al nacer y que habremos de volverle intacto al morir; es la rectitud del juez, el heroísmo del soldado, la fidelidad de la esposa, los votos del sacerdote, el cumplimiento de las promesas,

¹⁷ Escudero, Ángel, *El duelo en México...*, op. cit., p. 277.

la santidad de los juramentos, la obediencia de las leyes, el respeto de la opinión. Es una cosa tan grande, hijo mío, que por ella, no lo olvides, se deben sacrificar la vida y la hacienda y los más hondos afectos del corazón”.¹⁸

Y por ello mismo no puedo estar de acuerdo con el juicio de José C. Valadés quien asegura que la práctica del duelo entre los miembros de la sociedad mexicana obedecía a la falta de moralidad:

“Por la ausencia de una cultura moral -dice-, lo cual hace que el individuo sea casquivano y frágil... ha sido elevado a la clase de ley nacional, sin serlo, el código de honor. No pertenece éste a la constitucionalidad; pero se le tiene como carta de la excelencia y decoro de las personas. Tampoco es signo del valor caballeresco o de defensa de la dignidad humana, y sí justificación para vulgares riñas”.¹⁹

No comparto la opinión porque claramente había una moral; diferente a la nuestra, pero la había. Lo cierto es que el duelo en México fue desapareciendo con el paso del tiempo hasta quedar borrado en los hechos y en la legislación positiva. El Código Penal del 30 de septiembre de 1929 ya no se refiere a él como delito autónomo. Fue olvidado y convertido en un tema anecdótico y pintoresco que recordamos a través de novelas o del cine, gracias a películas como “*En tiempos de Don Porfirio*”. Concluyo haciendo más las palabras de don Artemio del Valle-Arizpe alusivas al duelo:

“El tiempo -el terrible tiempo inexorable- ha acabado con costumbres que tenían fuerte arraigo. Se creían incommovibles y han pasado. Lo que antes era cosa común y corriente, ahora nos parece inusitada, nos lleva a la admiración... Todo pasa, todo cansa, todo se rompe, dicen los franceses. Y estas costumbres tan fuertes que parecían, también pasan, también cansan y se rompen”.²⁰

¹⁸ *Ibíd.*, p. 278.

¹⁹ Valadés, José C., *El Porfirismo...*, op. cit., pp. 61-62.

²⁰ “Prólogo”, en Escudero, Ángel, *El duelo en México...*, op. cit., p. 11.

V. FUENTES CONSULTADAS

- Cuesta, Jorge, *Antología de la poesía mexicana moderna*, 2ª ed., Contemporáneos, México, 1952.
- Escudero, Ángel, *El duelo en México, Recopilación de los desafíos habidos en nuestra República, precedidos de la historia de la esgrima en México y de los duelos más famosos verificados en el mundo desde los juicios de Dios hasta nuestros días*, prólogo del señor licenciado D. Artemio del Valle-Arizpe, Imprenta Mundial, México, 1936.
- García Riera, Emilio, *Historia documental del cine mexicano. Época sonora*, t. 1. 1926/1940, Ediciones Era, México, 1969.
- Novo, Salvador, *México, ediciones Destino*, Barcelona, 1968.
- Paz, Ireneo, *Los hombres prominentes de México. Les hommes éminent du Mexique. The Prominent Men of Mexico*, Imprenta y Litografía de “La Patria”, callejón de Santa Clara número 6, México, 1888.
- Paz, Octavio, *Obras completas. Miscelánea II*. t. 14, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- Raúl Carrancá y Trujillo, Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, t. I, 4ª ed. revisada, puesta al día y adicionada con índices y textos legales, Antigua Librería Robredo, México.
- Rivera Cambas, Manuel, *México pintoresco, artístico y monumental*, t. 1, Imprenta de la Reforma, México, 1880.
- Valadés José C., *El Porfirismo. Historia de un régimen*, t. III. El crecimiento II, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987.

POESÍA Y NARRATIVA EN EL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

POETRY AND NARRATIVE IN THE PREAMBLE OF THE POLITICAL CONSTITUTION OF THE PLURINATIONAL STATE OF BOLIVIA

RAFAEL CABALLERO HERNÁNDEZ*

RESUMEN: Este trabajo explora, pensando en el preámbulo de la Constitución boliviana, la convergencia entre la literatura y los textos constitucionales. Reflexiona —intentando mantener un rigor conceptual, pero más bien de manera lúdica— sobre la dimensión hermenéutica, la perspectiva retórica y la forma de la narrativa en el preámbulo constitucional seleccionado. Su originalidad y estética discursiva —a pesar de sus importantes problemas de interpretación jurídica— nos regalan una oportunidad para disfrutar y defender la cualidad literaria del derecho.

PALABRAS CLAVE: Derecho y literatura; preámbulo constitucional; poesía; narrativa.

ABSTRACT: This work explores, thinking about the preamble of the Bolivian Constitution, the convergence between literature and constitutional texts. It reflects on the hermeneutical dimension, the rhetorical perspective and the method of the narrative in the selected constitutional preamble. Its originality and its discursive aesthetics —despite its important legal interpretation problems— give us an opportunity to enjoy and defend the literary quality of Law.

KEYWORDS: Law and literature; constitutional preamble; poetry; narrative.

Fecha de recepción: 21 de julio de 2021

Fecha de aceptación: 23 de agosto de 2021.

* Subdirector de investigación en el Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. El derecho constitucional y la literatura. II. El preámbulo constitucional. 1. ¿Tienen los preámbulos constitucionales valor normativo? 2. La función interpretativa de los preámbulos constitucionales. III. El contexto de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia: el nuevo constitucionalismo latinoamericano. IV. Cuestiones poéticas en el preámbulo de la Constitución boliviana. V. Cuestiones narrativas [características narrativas de los preámbulos, narración histórica]. VI. Conclusión. VII. Fuentes consultadas.

I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA LITERATURA

Me parece que toda persona estudiosa del derecho constitucional estaría dispuesta a aceptar la tesis de que entre la literatura y el derecho existe una importante relación de afinidad, convergencia y retroalimentación. El derecho constitucional *está hecho* de historia, antropología, política, sociología, cultura. La misma tópica y la misma esencia de lo poético y lo literario. Porque el derecho constitucional estudia la relación entre poder y derecho y su materialización en realidades socioculturales concretas. Esas realidades, que también se institucionalizan jurídicamente, son las que la literatura denuncia, transforma y, en algunas distinguidas ocasiones, vaticina. Cabe entonces preguntarse, ¿cuáles son los límites epistemológicos entre la literatura y el derecho constitucional? ¿Es posible comparar el derecho constitucional a la literatura? ¿Se pueden utilizar las metodologías de la teoría literaria para analizar y estudiar los temas fundamentales de la teoría constitucional?

Este ensayo intenta manifestar que —muchas veces— el lenguaje constitucional converge con el lenguaje literario. Esto equivale a decir que muchos textos constitucionales utilizan un lenguaje literario para expresar sus disposiciones y prescripciones. De tal suerte que es posible entender el *derecho constitucional como literatura*; por ejemplo, respecto del papel que juega en ambos saberes la retórica (*Law and Literature as Language*); o a partir de los elementos y la función de la narrativa (*Legal storytelling Movement*), o bien, en su relación con la hermenéutica y la interpretación (*Legal texts as literary texts*).¹ Asimismo, como bien señala Peter

¹ Para una mejor referencia sobre estas corrientes jurídico-literarias se puede consultar: Karam Trindade, André y Magalhaes Gubert, Roberta, “Derecho

Häberle, lo poético deja sentir su influencia en el mundo jurídico, y, por ende, en el derecho constitucional, “al proveerle de una *dosís* de utopía, necesaria por revulsiva y fecundante para cambiar la realidad”.²

En suma, este ensayo utiliza como ejemplo el preámbulo de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009) para mostrar cómo la teoría constitucional puede valerse y enriquecerse muchísimo de la teoría literaria, y en general de la literatura. Asimismo, el análisis literario de un preámbulo constitucional plantea una interrogante hermenéutica respecto de los límites de la interpretación de textos constitucionales que, en cuanto a su lenguaje, devienen al mismo tiempo en textos poéticos y literarios.

II. EL PREÁMBULO CONSTITUCIONAL

En términos generales, se conoce como «preámbulo» a la explicación o advertencia que se incluye antes de un discurso o al comienzo de un escrito acerca de lo que se va a tratar. En derecho, se denomina así a la parte expositiva que antecede a la normativa de una Constitución, ley o reglamento; y que de acuerdo con su naturaleza también puede denominarse «exposición de motivos» o «considerandos». De esta forma, el preámbulo y la exposición de motivos son enunciados que suelen anteceder al articulado de algunos documentos normativos, en los que el legislador explica los principios a los que estos responden, la finalidad perseguida, o bien, donde se declaran los motivos que le han conducido a adoptar esa regulación.³

y Literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Argentina, Universidad de Buenos Aires, año III, núm. 4, 2009, pp. 168-172.

² Häberle, Peter y López Bofill, Hèctor, *Poesía y derecho constitucional. Una conversación*, Perú, Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional del Perú, Colección Derecho, Cine y Literatura, 2015, p. 22.

³ Un estudio sobre la distinción de forma y contenido entre los preámbulos y las exposiciones de motivos se puede encontrar en: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y los preámbulos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 20, 1988, pp. 27-50.

Mientras que el término preámbulo puede reservarse para aludir al discurso introductorio de las leyes una vez aprobadas, el de exposición de motivos se refiere a las consideraciones que realiza el gobierno previas al articulado de un proyecto de ley; esto es, una exposición discursiva donde se indican sucintamente los motivos que dieron origen a su elaboración y la finalidad que se persigue.⁴ Como señala Francisco Javier Ezquiaga, existen distintas formas de concebir la exposición de motivos: 1) como la explicación de una comisión técnica redactora de un anteproyecto dirigida al gobierno, 2) como la explicación o justificación del gobierno ante el parlamento o congreso, y 3) como la explicación del legislador ante los destinatarios de la norma.⁵

El preámbulo constitucional, por su parte, es una especie de discurso introductorio entre la fórmula inicial de promulgación y la parte dispositiva de una Constitución. Los preámbulos constitucionales, cuando los hay, son particularmente relevantes porque poseen una carga política muy importante —podría decirse fundacional— que las exposiciones de motivos no poseen; se limitan a ser una justificación del texto y de las opciones técnicas a las que responde. Como especie de discurso introductorio, el contenido de los preámbulos constitucionales es diverso debido al tipo de documento normativo que prologan: la Constitución. En general, puede afirmarse que un preámbulo constitucional tiene un contenido político más acentuado —esto es, un *contenido constituyente*— que la exposición de motivos de una ley ordinaria.

Paradójicamente, y desde una perspectiva discursiva, a pesar de su contenido eminentemente político-ideológico, es común considerar correcto, en términos de redacción y técnica legislativa, que el preámbulo, como parte de la Constitución, evite alabanzas, exhortaciones y declaraciones didácticas.

⁴ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *op. cit.* El texto fue consultado mediante el índice Dialnet, por lo que el documento descargable carece de la numeración original de las páginas.

⁵ Al parecer esta distinción es de F. Garrido Falla, citado por Ezquiaga. *Idem.*

1. ¿TIENEN LOS PrEÁmbULOS CONSTItUCIONALES vALOR NORMATIVO?

Como bien refiere Ezquiaga Ganuzas, existen dos cuestiones principales al abordar el tema sobre el valor normativo de los preámbulos constitucionales. Primero, si el preámbulo forma o no parte de la Constitución; y segundo, su carácter normativo, si es que lo tiene. Comparto la opinión de este autor al señalar que el preámbulo es parte del texto jurídico en el que se encuentra situado y que tiene a todos los efectos del procedimiento parlamentario la consideración de un artículo (es discutido al final del articulado, sólo es incorporado si la Comisión parlamentaria correspondiente así lo acuerda, puede ser enmendado). Aunque también hay quienes insisten en que, a pesar de que el preámbulo es parte del texto constitucional, el carácter de una norma debe deducirse de su naturaleza y no de su colocación sistemática.

Respecto de su valor normativo, la tendencia en la teoría del derecho es no considerar al preámbulo como un conjunto de normas con la misma fuerza o intensidad prescriptiva que las que figuran en el articulado, lo cual se manifiesta de las siguientes formas: *a)* negándole al preámbulo la condición de norma jurídica por no contener ningún mandato, *b)* negándole valor jurídico y, *c)* negándole valor normativo pero manteniendo su valor jurídico. No obstante, en todos los casos se afirma el *valor interpretativo* del preámbulo, lo que justifica para algunos considerarlo desprovisto de valor normativo y para otros es la razón para afirmar su valor jurídico, aunque no normativo. Al parecer, “la razón para negar carácter normativo al preámbulo es pretender marcar claramente su diferencia con el articulado: éste es normativo y el preámbulo sólo interpretativo”.⁶

Ezquiaga sostiene que la intensidad normativa del preámbulo es menor que la del articulado porque la voluntad normativa del legislador se proyecta primordialmente sobre éste; además, porque las disposiciones del preámbulo por sí solas no son fuente de derecho objetivo, no pueden construirse normas a partir sólo de ellas, “aunque, en la medida en que pueden intervenir en la determinación del significado de las disposiciones del articulado es posible afirmar que el intérprete puede

⁶ *Idem.*

obtener la norma valiéndose (combinando) tanto de las disposiciones del articulado como de las del preámbulo y, en ese sentido, éstas también serían normativas”.⁷ En efecto, podría decirse que la voluntad del legislador o la finalidad del acto normativo tal como vienen expresadas en el preámbulo no tienen un mero carácter informativo o descriptivo sino normativo.

Este debate es realmente importante referido a los preámbulos constitucionales porque, como bien advierte Ezquiaga, la Constitución además de ser un acto normativo es un acto político y su preámbulo es seguramente la más política de sus partes. En el preámbulo se expresan las motivaciones políticas que dan vida a —*constituyen*— una nueva forma de Estado y de gobierno; en él se establece la *fórmula política* de la Constitución, y su valor declaratorio-político es fundamental para crear el llamado *sentimiento constitucional*. Dicho de otra manera, la Constitución regula el juego político y el preámbulo es el lugar de la Constitución donde se exponen sus principios y motivaciones políticas fundamentales.

De esta forma, considero innegable el valor jurídico del preámbulo constitucional, ya que las decisiones que en él se expresan tienen carácter vinculante y sirven para interpretar la Constitución. En efecto, la virtualidad interpretativa del preámbulo lo convierte en un elemento determinante del significado de las disposiciones recogidas en el texto, lo que le otorga un valor jurídico suplementario a diferencia de otros instrumentos de interpretación.

2. LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LOS PREÁMBULOS CONSTITUCIONALES

Es evidente que existe un amplio consenso al considerar que los preámbulos constitucionales cumplen una innegable función interpretativa. Dejando de lado el debate respecto de si el preámbulo tiene valor normativo o no, lo cierto es que indudablemente se trata de un elemento a considerar en la interpretación de la Constitución.

⁷ *Idem.*

La interpretación, entendida tanto como acción y como efecto de interpretar —es decir, dar o atribuir a algo un significado determinado, o explicar o aclarar el significado de algo, especialmente un texto que está poco claro, o requiere una aplicación concreta— en muchos casos es también *construcción* de la norma. Si bien el resultado de la interpretación constitucional depende de la ideología y valoraciones del intérprete, lo cierto es que para la construcción de la norma puede tomar la disposición aislada y ponerla en relación con el preámbulo para obtener un resultado hermenéutico de mayor amplitud,

En este orden de ideas, Ezquiaga considera que los preámbulos pueden ser empleados de tres formas diferentes: como instrumento de la interpretación histórica, como instrumento de la interpretación psicológica y como instrumento de la interpretación teleológica, a saber:

- 1) La interpretación histórica puede definirse como aquella que contempla la *historia* de la institución regulada por la disposición objeto de interpretación. Puede servir para determinar el significado de un precepto a partir de sus antecedentes.
- 2) La interpretación psicológica consiste en atribuir a una disposición de significado dudoso aquél que se corresponda con la voluntad del autor de ésta, es decir, del concreto legislador que históricamente la redactó. En ciertos preámbulos, el legislador suele realizar declaraciones acerca de los objetivos que persigue con el texto aprobado, por lo que es posible rastrear su voluntad y que ésta sirva de guía para la atribución de un significado conforme con esa intención.
- 3) La interpretación teleológica consiste en determinar el significado de una disposición de acuerdo con su finalidad.⁸

En resumen, la reflexión que se hizo en este aparatado sirve de marco para establecer la convergencia entre el derecho constitucional y la literatura en relación con la hermenéutica. Los preámbulos constitu-

⁸ El propio Ezquiaga admite que no están nada claros los límites que separan la finalidad perseguida *por el legislador* (es decir, su voluntad) de la finalidad perseguida *por la legislación* (que sería lo contemplado por la interpretación teleológica), básicamente, porque es posible preguntarse hasta qué punto una legislación puede tener una finalidad propia distinta de la de sus autores. *Idem*.

cionales, a pesar de no utilizar un lenguaje normativo, son susceptibles de un ejercicio hermenéutico amplio que, incluso, puede llevar al establecimiento (o construcción) de una norma. Se trata de un ejercicio creativo e imaginativo propio tanto de una epistemología como de una metodología literaria.

III. EL CONTEXTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA: EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Para poder tener un contexto más amplio del texto constitucional boliviano, me gustaría situarme ahora en la perspectiva de la teoría constitucional. El nuevo constitucionalismo latinoamericano (en adelante NCL) es la denominación con la que se conoce a los procesos constituyentes y a los textos constitucionales que algunos países de América Latina hicieron al final del siglo XX e inicio del XXI, concretamente: Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

De acuerdo con Pedro Salazar, el NCL es más un fenómeno constitucional que una teoría democrática de la Constitución —como lo sería la vertiente anglosajona del constitucionalismo transformador— y sus elementos comunes son: (1) una *necesidad constituyente* producto de una crisis social y política, (2) un referéndum activador del proceso constituyente, (3) un referéndum de aprobación del texto constitucional y (4) un producto constitucional protegido contra eventuales reformas a cargo de los poderes constituidos, esto es, un documento político con una legitimidad fuertemente democrática y que sólo puede ser modificado de manera sustantiva por la asamblea popular constituyente.⁹ De este modo, para este autor, los rasgos formales fundamentales del NCL son “legitimidad democrática de la Constitución (que es un elemento extra o pre constitucional), reconocimiento amplio de derechos (con la declarada intensión para combatir la desigualdad y la exclusión so-

⁹ Cfr. Salazar, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en Diego Valadés y Luis Raúl González Pérez (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 352-353.

cial) y predominio absoluto del poder constituyente sobre los poderes constituidos”.¹⁰

En efecto, el NCL centra su preocupación en la legitimidad democrática de la Constitución. En general, las Constituciones del NCL son producto de procesos populares y adoptan instituciones de corte populista; se aprobaron mediante referéndum de ratificación popular y tienen una orientación o pretensión política “transformadora”. Asimismo, las Constituciones del NCL “comparten una vocación social que se traduce en el reconocimiento de derechos orientados hacia el combate a la exclusión y la desigualdad y amplios capítulos económicos para garantizar la participación del Estado en las decisiones públicas... recogen las libertades negativas y los mecanismos judiciales de protección propios de la tradición liberal occidental y los conjugan con otro catálogo amplísimo de derechos que provienen de las más diversas tradiciones, ideologías y cosmovisiones”.¹¹

En el caso específico de la Constitución boliviana de 2009, se llegó más lejos al reconocer el carácter plurinacional y poscolonial del Estado. Además, como parte de una tendencia dentro del NCL, esta Constitución amplía la titularidad de los derechos (¿subjettivos?) a un conjunto de sujetos colectivos e incluso a entidades abstractas como “la naturaleza” o la “Pachamama”. Por esta razón, en el plano teórico es muy difícil encontrar unidad entre todos los conceptos y las tradiciones que le subyacen. De hecho, en opinión de Pedro Salazar, entre algunos de esos conceptos existen fuertes tensiones que se traducen en *aporías constitucionales*, lo que representa un verdadero desafío teórico para los intérpretes de la Constitución.¹² Cabe aquí la advertencia de Hèctor López Bofill en el sentido de que:

¹⁰ *Ibidem*, p. 355.

¹¹ *Ibidem*, p. 356.

¹² “No sólo no resulta sencillo dotar de contenido a algunas de las definiciones constitucionales sino tampoco es fácil hacer armonizar las tradiciones liberal, social y democrática —ya de por sí en tensión constante— con los nuevos elementos que provienen de teorías comunitaristas o multiculturales y con otras tradiciones autóctonas como el ecologismo vernáculo o el indigenismo”. *Ibidem*, p. 357.

Tal vez habría que subrayar una diferencia de principio entre la poesía y el derecho: mientras que en poesía la indeterminación y la concurrencia de múltiples sentidos constituye una virtud y una prueba de la riqueza del texto, en el derecho (y ello incluye al derecho constitucional) lo que se valora es la precisión, la aplicación satisfactoria de la norma al caso que la realidad plantea. En el supuesto del derecho constitucional la contradicción entre la interpretación poética y los objetivos de la interpretación jurídica resulta palmaria porque, en la indeterminación de los conceptos constitucionales, encontramos seguramente la clave de su apertura al conjunto de la sociedad y su papel como fuente de emotividad y de cohesión.¹³

La referencia a los rasgos comunes, a partir de la teoría constitucional, del NCL sirve para entender el porqué del lenguaje poético, narrativo y retórico del preámbulo, así como para ubicar el discurso político-ideológico que subyace. De igual modo, aclara la cuestión respecto de la dificultad interpretativa de textos constitucionales de naturaleza poética y narrativa.

IV. CUESTIONES POÉTICAS EN EL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA

Llegado este punto es necesario transcribir para el lector el preámbulo de la Constitución de Bolivia, el cual establece lo siguiente:

Constitución Política del Estado (CPE) (7-Febrero-2009)

Preámbulo

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el

¹³ Häberle, Peter y López Bofill, Hèctor, *op. cit.*, p. 24.

racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.

Como bien advierte Carlos Ramos Núñez, dos zonas sensibles de la Constitución donde la poesía ejerce su influjo son los preámbulos y el catálogo de derechos fundamentales. Los primeros nos transportan a la dimensión fundacional de los mitos, que son la expresión primera y legendaria de los pueblos constituidos. En palabras de Ramos Núñez:

“los mitos que fundan colectividades son construcciones poéticas por la dimensión épica del empeño y por su propensión utópica, ligada íntimamente a la confluencia de una ética común y la proliferación de lo diverso”.¹⁴ Así, de acuerdo con este autor, las obras de los grandes poetas y literatos contribuyeron, acaso más que eventos políticos o sociales: (1) a fraguar la identidad ciudadana de las actuales grandes naciones multitudinarias; (2) para la comprensión del humanismo como expectativa universal; (3) para vislumbrar la modernidad como proyecto universal inminente; (4) para conferirle contorno nítido al derecho sobreviviente, que ha de fundarse, sobre todo, en la facultad creativa de la interpretación; (5) así como para prefigurar el apogeo de un derecho internacional sustentado en la potencia civilizatoria y la justicia como ámbito moral compartido por los pueblos.¹⁵

Desde el primer párrafo del preámbulo de la Constitución boliviana nos encontramos con su vena poética. Desde su apertura (“En tiempos inmemoriales...”) se percibe un lenguaje propio de un poema épico, que traslada al lector en el tiempo, exaltando la belleza y frondosidad de la naturaleza en una especie de canto dedicado a la “sagrada Madre Tierra”, la cual se concibe como una divinidad; en ese sentido, merece culto y respeto excepcional. Continúa el preámbulo con un lenguaje más narrativo, pero de igual sentimiento poético: se exalta la comprensión de “la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas”, al establecer un marco de referencia y posicionarse claramente a favor de la pluralidad y en contra del racismo, culpando, en una clara denuncia, a la colonización europea. De tal forma que este primer párrafo coincide con el de un lenguaje poético de carácter épico—fundacional.

En realidad todo el preámbulo tiene un carácter narrativo y poético; esto último si se atiende a la cuestión retórica y estética. Por ejemplo, el tercer párrafo del preámbulo constituye las bases y los principios en los que se funda el nuevo Estado boliviano. Queda definido el Estado a partir de sus características. En un lenguaje completamente retórico

¹⁴ Ramos Nuñez, Carlos, “Presentación”, en Häberle, Peter y López Bofill, Hèctor, *Poesía y derecho constitucional. Una conversación*, op. cit., p. 11.

¹⁵ *Ibidem*, p. 12-13.

—esto es, persuasivo— se establece el predominio de “la búsqueda del vivir bien con respeto a la pluralidad de los habitantes de la tierra y en convivencia colectiva.” Cada uno de los sustantivos que se mencionan en este párrafo representan tópicos poéticos. Así, no sería válido sostener que el respeto, la igualdad, la dignidad, la pluralidad, la complementariedad, la solidaridad y la armonía son conceptos que, por el simple hecho de estar contenidos en un texto constitucional (que además tiene pretensiones de ser democrático), deben ser definidos únicamente desde una óptica jurídica, normativa o jurisprudencial. Quizá cabría entonces preguntarse: ¿cuáles son los contornos epistémicos de estos conceptos? ¿Dónde nacieron y se desarrollaron originalmente, en la poesía o en el derecho? ¿Cuáles son sus límites conceptuales o interpretativos en relación con el derecho? ¿Acaso el acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos no son tópicos que los poetas y literatos han explorado a profundidad y con nitidez, y se han encargado de conferirles una comprensión multisensorial?

V. CUESTIONES NARRATIVAS [CARACTERÍSTICAS NARRATIVAS DE LOS PREÁMBULOS, NARRACIÓN HISTÓRICA]

Estoy de acuerdo con la tesis que sostiene José Calvo de que con los productos jurídicos resultantes en el proceso de elaboración legislativa es posible hacer, tanto material como formalmente, una *virtualización narrativa*.¹⁶ Es decir, que sin abandonar su naturaleza y sus características meramente jurídicas, los textos legislativos también ofrecen una lectura narrativa, “lo que allí se cuenta es, en efecto, una historia”.¹⁷

De esta forma, es viable actualizar una historia, una secuencia de acciones o, si se prefiere, una especie de fábula en textos no narrativos (por ejemplo, en un texto constitucional). Lo anterior puede confirmarse si reparamos en el hecho de que al interpretar una norma es posible utilizar un lenguaje descriptivo o narrativo, aunque se utilice un lenguaje prescriptivo. Asimismo, en términos de argumentación jurídica, la

¹⁶ Cfr. Calvo, José, “Los preámbulos y exposiciones de motivos como «prólogo» (narrativismo y producción legislativa)”, en *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, p. 75.

¹⁷ *Ibidem*, p. 76.

corrección y capacidad justificatoria de una interpretación depende en gran medida de la *coherencia narrativa*.¹⁸

De acuerdo con el profesor Calvo, es posible una comprensión narrativa de los productos legislativos, entre otras cosas, por la *semejanza en cuanto a sus metodologías de reconstrucción histórica y análisis social*. Esta cuestión aplica en mayor grado en las Constituciones, producto de procesos constituyentes y, en ese sentido, de procesos legislativos por parte de asambleas constituyentes. Una Constitución, por ejemplo, es la expresión de una colectividad significativa capaz de ofrecer globalmente una imagen mental (ficción jurídica) de un modelo de sociedad y de organización jurídica predominante en una determinada época y entres sus contemporáneos.

Considero que lo anterior se confirma claramente en el segundo párrafo del preámbulo de la Constitución boliviana, el cual narra “desde la profundidad de la historia” las luchas del pasado del pueblo boliviano y su devenir en aras de la construcción de un nuevo Estado. Estamos ante la presencia, sin duda, de una narración histórica, de un discurso justificatorio que da origen a una nueva realidad estatal. Asimismo, es interesante la referencia a la “inspiración”, que no es otra cosa que un estímulo o lucidez repentina que siente una persona y que favorece la creatividad, la búsqueda de soluciones a un problema, la concepción de ideas que permiten emprender un proyecto, etcétera; pero que especialmente es la que siente el artista y que impulsa la creación de obras de arte. De tal suerte que lo que vendrá después en el texto constitucional —el articulado— *está inspirado* “en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio”, y en la memoria de los mártires bolivianos.

En efecto, en las Constituciones aparecen proposiciones normativas o lenguaje prescriptivo, así como otras de carácter y estructura narrativa, pero ya no de un modo virtual o “representativo”, sino sustantivo. Este vendría a ser el caso de los preámbulos constitucionales. Ya hemos hablado sobre el debate respecto de su contenido, y de si tienen o no

¹⁸ *Ibidem*, p. 77.

valor normativo, o carácter jurídico. Lo que sí se reconoce es su función interpretativa en los preámbulos, pues se trata de un texto constitucional que da a conocer no sólo el fin del acto constituyente sino también su intención; en este sentido, establece el marco de referencia del producto constituyente, es decir, la Constitución.

El cuarto párrafo del preámbulo parece ser una reconstrucción histórica narrada a partir de la asunción de un reto que “integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos”. Este reto se asume al dejar atrás una *historia*, la historia de una Bolivia colonial, republicana y neoliberal. Se entendería entonces que el articulado de la Constitución debe ser interpretado al contemplar tanto el reto histórico como la *historia* que se deja atrás (que en realidad son muchas historias o muchas *novelas* o *cuentos*, de acuerdo con el sentido literario que se le quiera dar).

De acuerdo con Calvo, otro carácter narrativo de los preámbulos atiende al hecho de su inserción en el género prologal. La construcción lexical *pre-* conduce a la idea de lo que está antes, y por el lugar o posición que ocupa (esto es, *predispuesto*) busca predisponer y sugestionar,¹⁹ lo que sin duda constituye un elemento literario y retórico; de este modo, se establece una convergencia entre la teoría literaria y la teoría constitucional. Cabe aquí una reflexión respecto de la retórica como “el arte de persuadir y convencer”, pues parece clara la intención persuasiva de los últimos párrafos del preámbulo en comento:

[...] Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.

¹⁹ *Ibidem*, p. 82-84.

El texto anterior está redactado a manera de *protesta*, mediante la cual las mujeres y hombres de Bolivia, con el poder originario del pueblo, manifiestan su compromiso con la unidad e integridad del país. Este tipo de recurso es comúnmente utilizado para dotar de fuerza al discurso; este aspecto es la temática principal de la retórica, cuyo objetivo final es lograr una mejor persuasión. La fuerza del discurso también se percibe al enfatizar que se está “cumpliendo el mandato de nuestros pueblos” y que “con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios” se refunda Bolivia.

Finalmente, el último párrafo del preámbulo, que rinde “Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora” recuerda a uno de los tres géneros clásicos de la retórica: el demostrativo o epidíctico, pues exalta la vida de los héroes patrios, quienes “han hecho posible esta nueva historia”. La *historia* que a continuación *narrarán* los artículos de la Constitución.

VI. CONCLUSIÓN

Este ensayo guarda el deseo de que las personas estudiosas del derecho constitucional aporten su conocimiento literario y artístico para una mejor comprensión, quizá más integral, de la teoría y crítica constitucional. En general, este ensayo explora, pensando en el preámbulo de la Constitución boliviana, la convergencia entre la literatura y los textos constitucionales. Reflexiona —intentando mantener un rigor conceptual, pero más bien de manera lúdica— sobre la dimensión hermenéutica, la perspectiva retórica y la forma de la narrativa en el preámbulo constitucional seleccionado; su originalidad y estética discursiva —a pesar de sus importantes problemas de interpretación jurídica— nos regalan una oportunidad para disfrutar y defender la cualidad literaria del derecho. Este ensayo tiene la fortuna de poder analizar un texto constitucional a partir de una perspectiva literaria. Digo “fortuna” porque lo es en tiempos donde peligra la vocación humanista del derecho. Quizá entonces se vuelve necesario intentar extender la aplicación de los métodos de análisis y de interpretación hechos por la crítica literaria, al análisis de la razonabilidad de los textos constitucionales. Dándole vida literaria al derecho, viendo al *derecho constitucional como literatura*.

VII. FUENTES CONSULTADAS

- Calvo, José, “Los preámbulos y exposiciones de motivos como «prólogo» (narrativismo y producción legislativa)”, en *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y los preámbulos”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 20, 1988.
- Häberle, Peter y López Bofill, Hèctor, *Poesía y derecho constitucional. Una conversación*, Perú, Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional del Perú, Colección Derecho, Cine y Literatura, 2015.
- Karam Trindade, André y Magalhaes Gubert, Roberta, “Derecho y Literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Argentina, Universidad de Buenos Aires, año III, núm. 4, 2009.
- Salazar, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en Diego Valadés y Luis Raúl González Pérez (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

PANDEMIA CONTRA LA HUMANIDAD, ESPECIALMENTE EN SU ADN FEMENINO. PERSPECTIVA JUDICIAL MEXIQUENSE

PANDEMIC AGAINST HUMANITY, ESPECIALLY IN ITS FEMALE
DNA. MEXICAN JUDICIAL PERSPECTIVE

BLANCA COLMENARES SÁNCHEZ*

RESUMEN: La pandemia de covid-19 ha generado un gran sufrimiento en el mundo. En nuestro país, particularmente, existe una gran preocupación respecto del incremento escalado de la violencia, especialmente contra mujeres y niñas, en la fase de confinamiento y de aislamiento social. Lo anterior es necesario visibilizarlo, observar sus manifestaciones y contribuir a su adecuado tratamiento. Este artículo busca contribuir a mitigar el impacto de brechas de desigualdad en este grupo vulnerable, en armonía con la progresividad de los derechos humanos y las estrategias judiciales del Estado de México.

PALABRAS CLAVE: Covid-19; pandemia, violencia contra las mujeres y niñas, estrategias judiciales.

ABSTRACT: The covid-19 pandemic has generated great suffering in the world. In our country, particularly, there is a great concern regarding the increase in violence against women and girls, mostly in the phase of confinement and social isolation. It is necessary to make it visible, observe its manifestations and contribute to its proper treatment. This article seeks to help mitigate the impact of inequality gaps in this vulnerable group, in harmony with human rights and the judicial strategies.

KEYWORDS: Covid-19; pandemic, violence against women and girls, judicial strategies.

Fecha de recepción: 05 de mayo de 2021

Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2021

* Magistrada en la Primera Sala Colegiada Familiar de Texcoco, Estado de México.

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes y planteamiento. III. Efectos de las medidas de aislamiento y restricción. IV. Recomendaciones y soluciones. V. Diseño comparado. VI. Planteamiento en México. 1. Poder Judicial del Estado de México. VII. Propuesta. VIII. Conclusiones. IX. Fuentes consultadas.

I. INTRODUCCIÓN

Tras el primer caso confirmado de la covid-19 en México, en febrero de 2020, se establecieron las Jornadas de Sana Distancia –en marzo– correspondientes a la prohibición de actividades no esenciales y a instar a la población a quedarse en casa. Dichas implementaciones, necesarias para contener el contagio, plantearon a la vez otros retos de inmediata atención, toda vez que se reconfiguró la organización de las personas y de las familias. El aislamiento social trajo consigo un aumento en la violencia doméstica que, si bien era una problemática ya existente, se agudizó.

En abril de 2020, 337 mujeres fueron asesinadas, según el análisis de Intersecta de los datos del secretariado ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP). Esta proporción significó, en promedio, 11.2 mujeres asesinadas por día, cifra mensual más alta registrada en lo que va del año.

Asimismo, se cuenta con registros de llamadas de emergencia al 911 en el país. Según los reportes mensuales del SESNSP, Intersecta reportó que en abril de 2020 se registró un total de 103 117 llamadas relacionadas con violencia sexual, familiar y contra las mujeres, lo que significó aproximadamente un promedio de 143 llamadas por hora. Si se comparan estas cifras con las de años anteriores, puede verse que abril de 2020 es el mes que tiene más llamadas de este tipo.¹

¹ Cfr. Equis. Justicia para las mujeres, *Informe Elaborado para la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Las dos pandemias, violencia contra las mujeres en México en el contexto de COVID-19*, Equis, México, 2020, p. 12, disponible en: <https://equis.org.mx/projects/las-dos-pandemias-violencia-contra-las-mujeres-en-mexico-en-el-contexto-del-covid-19/> Consultado el 03 de febrero de 2021.

En este contexto, visibilizar el problema social y de salud es el primer paso. Por ello, en este artículo se plantean los antecedentes, la patología o problema a tratar, los efectos de las medidas de aislamiento, el tratamiento oportuno y las observaciones en diseño comparado en nuestro país, con la finalidad de colaborar en la focalización de la erosión de la pandemia en contra de la integridad y sano desarrollo de las mujeres y niñas. De la misma forma, se proponen diversos recursos en cuanto a diseño familiar, social y estatal que permitan solucionar el impacto de la pandemia en el ADN femenino de la humanidad, en orden con la progresividad de los derechos humanos.

II. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO

Es imperativo visibilizar que, paralelamente a la pandemia de salud por la que atraviesa la población mundial, se presenta una patología incrustada precisamente en el sistema que nutre la existencia de las personas en su conformación humana. Tal como lo estableció Aristóteles, el ser humano es gregario por naturaleza, y ante el confinamiento, la falta de ingreso, de contacto, de espacio personal se convulsionan las principales células sociales como la familia, considerada en la Convención Sobre los Derechos del Niño como: “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños [...]”.² No soslayemos ni ignoremos que también a nivel individual el impacto es profundo, porque el proyecto de vida de cada ser se sitúa en la dignidad de su concepción como persona.

La pandemia también puso al descubierto situaciones familiares y personales que impactan de forma considerable la estabilidad de sus integrantes, acrecientan sus problemáticas y agudizan sus patologías. Por ello, el tratamiento debe ser altamente eficaz para restablecer el sentido de la existencia humana, individual y familiar, la solidaridad, la justicia y los altos valores que le caracterizan y le dan un valioso lugar en el universo.

² Unicef, “Preámbulo”, *Convención Sobre los Derechos del Niño*, UN, (s.l.e.), 2006, disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

Ahora más que nunca, la templanza, la tolerancia, la inclusión, la empatía, la celeridad en situaciones críticas –con nosotros mismos y con los demás– son instrumentos esenciales para la recuperación de nuestros semejantes y nuestra vida, no sólo en el tema biológico sino también en el social, psicológico y de dignidad.

En este contexto de atención, uno de los enfoques prioritarios es el aumento considerable de la violencia hacia las mujeres y niñas, situación crítica que existía previo a la pandemia. Sobre el particular, Yugueros, citando a Nogueiras, indica que “[la] violencia de género en las relaciones de pareja, ha formado parte de la vida cotidiana de las mujeres a lo largo de los tiempos, estaba naturalizada, silenciada, lo que la hacía invisible”.³

Si bien es cierto que existe un marco normativo internacional y nacional para la protección del derecho de las mujeres y las niñas a una vida libre de violencia, que garantiza el acceso a la justicia, estos cuerpos deben cobrar vigencia en los actos del día a día en el trato familiar e institucional para con las mujeres y las niñas. Por tanto, es importante no normalizar situaciones contrarias a la dignidad de las individuos.

Lo cierto es que existen factores –como el confinamiento– que, aunados a las costumbres, la economía y la subordinación, potencializan la posibilidad de generar violencia o incrementar la existente, lo que vulnera el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia.

Esta escalada en el conflicto se agudiza en el ámbito doméstico al incrementarse la tensión entre las personas y las parejas; en algunas ocasiones no cuentan con los recursos económicos, puede existir desempleo, incertidumbre ante las situaciones de salud e invasión de espacios, por lo que la violencia de género durante la pandemia se agrava. En este sentido, América Latina es considerada la región más violenta del mundo, con altos niveles de feminicidios, por lo que “la pandemia sombra” debe ser visibilizada.⁴

³ Yugueros García, Antonio Jesús, “La violencia contra las mujeres: conceptos y causas barataria”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 18, 2014, p. 150.

⁴ Fernández Nieto, Berenice, *Violencia doméstica en México durante el confinamiento por la pandemia COVID-19*, Data-Pop Alliance, (s.l.e.), 2020, disponible en: <https://datapopalliance.org/violencia-domestica-en-mexico-durante-el-confinamiento->

Al respecto, Fernández, citando a Castellanos, asevera que casi dos meses después de que se confirmara el primer caso por la covid-19 en México, la Red de Refugios observó un incremento de 5% en los ingresos de mujeres y 60% en los casos de asesoramiento vía telefónica, redes sociales y correo electrónico. Además, los centros integrados RNR se encuentran de 80 a 110% de su capacidad, especialmente en entidades como Guanajuato, Estado de México y Chiapas.

Por lo tanto, es imperativo observar, en un grado razonable, la realidad denominada “pandemia silenciosa”, que también es capaz de erosionar al núcleo de la humanidad. Al respecto, Fernández, citando a Global Health, afirma: “frente a este panorama, es preciso reconocer que México enfrenta una doble contingencia que consiste en una crisis por violencia de género y por la expansión del covid-19, y que ambas requieren el mismo nivel de atención. Hasta el 21 de abril, 100 mujeres han muerto por coronavirus desde que éste entró a México el 28 de febrero, mientras que en el mismo periodo 367 mujeres han sido asesinadas”.⁵

Por su parte, la ONU Mujeres declaró: “las emergencias humanitarias, los desastres y las pandemias ponen a las mujeres y las niñas en mayor riesgo de violencia. La actual crisis de covid-19 no es una excepción. Los derechos de las mujeres y niñas deben garantizarse en toda circunstancia y, con especial énfasis, en este tipo de situaciones”.⁶ Subrayamos que la infancia en general se encuentra más expuesta a violencia.

En este tenor, la Organización Mundial de la Salud ha definido la violencia como “el uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho, o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”.⁷

por-la-pandemia-covid-19/. Consultado el 01 de febrero de 2021.

⁵ *Idem.*

⁶ ONU, *Mujeres, Violencia contra las mujeres y niñas*, UNWomen, (s.l.e.), 2020, disponible en: <https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20mexico/documentos/publicaciones/2020/abril%202020/onu%20mujeres%20mx%20covid19%20290420.pdf?la=es&vs=4125>. Consultado el 28 de enero de 2021.

⁷ Etienne G., Krug *et al.*, “Informe Mundial sobre la violencia y la salud”, *Violencia un problema mundial de la Salud Pública*, Organización Panamericana de la Salud, Oficina

La violencia no puede normalizarse ni se puede aceptar por costumbres; lo cierto es que al encontrarse en confinamiento, las y los receptores de estas conductas se encuentran en mayor exposición a episodios de tal índole.

De acuerdo con la ONU Mujeres, las cifras son alarmantes a nivel global: 243 millones de mujeres y adolescentes entre 15 y 49 años han sido víctimas de violencia física y/o sexual a manos de su pareja. Asimismo, 137 mujeres son asesinadas a diario en el mundo por un miembro de su familia; menos de 40% de las mujeres que sufren violencia buscan algún tipo de ayuda y menos de 10% de quienes lo hacen recurren a la policía.⁸

En México, de acuerdo con la ENDIREH 2016, 43.9% de las mujeres ha experimentado violencia por parte de su actual o última pareja. Entre enero y febrero de 2020 se registraron 166 presuntas víctimas del delito de feminicidio y 466 víctimas mujeres de homicidio doloso; esto es, 632 víctimas; se contabilizaron 9 941 presuntas víctimas mujeres de lesiones dolosas, y se atendieron 40 910 llamadas de emergencia al número 911, relacionadas con incidentes de violencia contra las mujeres.⁹

Por tanto, es necesario precisar que existe un flujo mayor en el marco de control en el confinamiento que evidencia una interseccionalidad en la vulnerabilidad de las mujeres y precisa tareas específicas en el abordamiento de la crisis. Es necesario contar con datos que expongan de manera clara cómo la pandemia ha afectado a las mujeres de manera diferenciada, porque si bien es cierto que existe información por parte del secretariado ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP) y del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), no se brindan los elementos suficientes para determinar las rutas a seguir en la atención de la problemática.

Sobre el particular, el Informe Elaborado para la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, señala: “El INEGI, por su parte, publica anualmente los Registros de Mortalidad, mismos que incluyen datos sobre homicidios

Sanitaria Panamericana, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, Washington, D. C., 2003 p. 5.

⁸ Cfr. ONU Mujeres, *op. cit.* 2020.

⁹ *Idem.*

de mujeres. Los datos del INEGI son importantes porque son los únicos que incluyen información sobre dónde se mata a las mujeres (por ejemplo: si es en la vivienda o no) y si los asesinatos ocurrieron o no en un contexto de violencia familiar”.¹⁰

De la misma forma, los roles asignados por género a las mujeres son, en mayor medida, tareas domésticas y de cuidado; en consecuencia, ellas son las que han soportado una alta incidencia en pacientes con tratamiento en el hogar. Además, aquellas mujeres que desempeñen una labor fuera de casa, en “una doble jornada”, dependen en gran medida de servicios que les permitan efectuar sus labores, como guarderías; si éstas no se encuentran activas, repercute en su crecimiento profesional y laboral.

Por otra parte, ante una circunstancia de violencia doméstica, los albergues y servicios de ayuda son esenciales, y la existencia de cada vez menos refugios agudiza la problemática de las víctimas.

Al respecto, las Naciones Unidas han señalado que “los servicios que necesitan las víctimas pueden dejar de ser prioritarios, incluidos los refugios, los servicios de atención médica, servicios de policía y del sector judicial. Hay informes de albergues para sobrevivientes de violencia de género cerrados o transformados en refugios para personas sin hogar, así como informes de líneas directas de emergencia que operan con servicio reducido y clínicas móviles y servicios de asesoramiento para mujeres, que se cancelan”.¹¹

Incluso ha sido materia de recomendación para México contar con estos datos, tal como se refiere el informe: “El Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en sus Observaciones finales emitidas al Estado mexicano a partir de la examinación de su 9º informe ante este mecanismo señaló que México debe fortalecer los mecanismos para recolectar, de manera sistemáti-

¹⁰ Equis. Justicia para las mujeres, *op. cit.*, 2020, p. 48.

¹¹ Cfr. United Nations. Human Rights, *Guía sobre Derechos Humanos de las Mujeres y COVID-19*, OHCHR, (s.l.e.), 2020, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/COVID-19_and_Womens_Human_Rights_ES.pdf. Consultado el 07 de enero de 2021.

ca, datos desagregados de violencia contra las mujeres, incluyendo el feminicidio”.¹²

En otra ruta de exploración de la problemática, observamos también que las trabajadoras del sector salud tienen una mayor exposición al contagio, toda vez que: “comprenden el 70% de la fuerza laboral en el sector salud, incluidas parteras, enfermeras, farmacéuticas y trabajadoras de la salud comunitaria en primera línea”.¹³

Igualmente importante es priorizar los servicios de salud sexual y reproductiva. Al respecto, en los Países Bajos, según los informes citados por las Naciones Unidas, los equipos de parteras han equipado hoteles cerrados en medio de la pandemia para proporcionar atención y servicios de maternidad.

De esa guisa no puede dejar de observarse que –incluso en el ámbito laboral– las plataformas de oportunidades no son iguales entre hombres y mujeres. Actualmente 327 millones menos mujeres que hombres tienen un teléfono inteligente; incluso en algunos países las mujeres tienen hasta 31% menos de probabilidades de tener acceso a internet que los hombres.¹⁴

Para diseccionar la problemática existente deben considerarse cuáles son los puntos a tratar y las soluciones a considerar.

III. EFECTOS DE LAS MEDIDAS DE AISLAMIENTO Y RESTRICCIÓN

La ONU Mujeres señala que las medidas de aislamiento y restricción de movimiento dictadas frente a la pandemia están teniendo repercusiones como:

- Mayores niveles de estrés, inseguridad económica y alimentaria, y disminución de ingresos y desempleo, lo cual puede aumentar significativamente los niveles de violencia contra las mujeres y las niñas en el ámbito

¹² Equis. Justicia para las mujeres, *op. cit.*, 2020, p. 48.

¹³ Cfr. United Nations. Human Rights, *op. cit.*, 2020.

¹⁴ *Idem.*

doméstico e incrementar las barreras que viven para salir de círculos de violencia, dejar a sus agresores o activar redes de apoyo.

- Aumento de las agresiones para intimidar o degradar a las mujeres y niñas a través de internet, al aumentar la utilización de medios virtuales como una alternativa ante la restricción de movimiento.
- Aumento de la violencia contra niñas, niños y adolescentes, quienes pueden ver vulnerados sus derechos a vivir en condiciones de bienestar, a un sano desarrollo integral, a una vida libre de violencia y a la integridad personal, entre otros.
- Mayor exposición a la explotación sexual de las mujeres y jóvenes en contextos de informalidad laboral o precarización de condiciones de trabajo.
- Mayores obstáculos para acceder a servicios esenciales por parte de mujeres y jóvenes que están en situaciones de mayor vulnerabilidad o que enfrentan múltiples formas de discriminación, por ejemplo, mujeres con discapacidad, trans, migrantes, refugiadas, desplazadas, indígenas y mujeres que viven en zonas rurales o asentamientos informales.
- Paralización del acceso a la justicia para las sobrevivientes de violencia a medida que las instituciones estatales reducen las operaciones.
- Falta de acceso a los servicios básicos de salud sexual y reproductiva debido al cambio en las prioridades de atención en el sector salud.
- Limitación de la capacidad de las organizaciones de la sociedad civil para apoyar a las sobrevivientes y para proporcionar servicios de emergencia a víctimas, debido al confinamiento.
- Falta de recursos para los refugios con el objetivo de hacer frente a las necesidades que actualmente requieren mujeres y niñas víctimas de violencia.¹⁵

¹⁵ *Idem.*

Por naturaleza, el ser humano es gregario y una problemática de pandemia puede incidir en despojar a las personas de su humanidad; y es que “el abrazo de todo está bien, aquí estoy” de nuestra mamá o papá puede impactar en la salud; “me siento bien con mis amigos” puede ocasionar graves riesgos a los núcleos familiares. Lo anterior implica un gran reto de familias, sociedades y naciones en busca de un reencuentro con nosotros mismos y con el otro para superar y caminar hacia una nueva forma de interrelacionarnos, que no implique nuestra autodestrucción. Por lo tanto, las problemáticas detectadas deben atenderse con adecuadas rutas.

IV. RECOMENDACIONES Y SOLUCIONES

Se recomienda integrar medidas de mitigación de la violencia de género en los planes nacionales de respuesta a la covid-19, así como recursos para implementarlos. De acuerdo con el estudio efectuado, se retoman las siguientes medidas como las más asertivas al respecto:

- Adoptar una respuesta de Estado de modo que todos los niveles y poderes de gobierno participen de una manera coordinada y garanticen el acceso oportuno a los servicios y a la justicia. Por ejemplo, aumentar el número de días de las órdenes de protección o habilitar canales virtuales para poder interponer recursos ante el sistema de justicia.
- Clasificar y tratar los servicios de atención a mujeres víctimas de violencia como esenciales. Eso incluye garantizar el acceso a la protección y mantener refugios seguros y líneas de ayuda para las víctimas. Una medida podría ser la de permitir que los números de emergencia sean gratuitos, así como el envío de mensajes de texto con el mismo fin.
- Garantizar la protección de las personas en los servicios de emergencia y en los refugios frente al riesgo de transmisión de la covid-19.
- Es fundamental asegurar la adecuada operación de las líneas de atención telefónica y garantizar refugios, centros de atención y protección a las mujeres. En su caso, el Gobierno de México ha decretado la atención a

las víctimas de violencia como servicios esenciales y está reforzando acciones sobre todo en cuanto a la atención a denuncias telefónicas a través del 911.

- Asegurar que el funcionariado público, específicamente de seguridad pública y del Poder Judicial, tenga información sobre el aumento de la violencia contra las mujeres y las niñas durante la crisis de la covid-19 y brinde capacitación sobre cómo responder y canalizar a las víctimas y sobrevivientes a los servicios apropiados en el marco de la contingencia.
- Asegurar la debida protección de las mujeres privadas de su libertad y revisar la posibilidad de aprobar normas por las cuales se deje en libertad a aquellas que cometieron delitos de baja peligrosidad, patrimoniales o que siguen esperando condena. Establecer guardias presenciales en el Poder Judicial para dictar las medidas precautorias, cautelares y de protección necesarias para salvaguardar la integridad de las mujeres y niñas, al considerar las medidas de exención para personas que pudieran ser parte de un grupo en riesgo.
- Ampliar los recursos económicos otorgados a refugios y desarrollar conjuntamente una estrategia apropiada para aumentar su capacidad, incluida la utilización de otros espacios, como hoteles vacíos o instituciones educativas, para atender las necesidades de mujeres y niñas víctimas de violencia durante la cuarentena.
- Incluir a la sociedad civil para identificar, mapear y mitigar los riesgos de la covid-19 e identificar oportunidades para continuar la prestación de servicios de emergencia, y garantizar el apoyo a éstas, incluido el financiero, especialmente a aquellas que brindan servicios esenciales a poblaciones de mujeres en situación de vulnerabilidad, en ubicaciones remotas y de difícil acceso.
- Involucrar a los medios de comunicación para visibilizar el aumento de la violencia contra las mujeres y las niñas, y demostrar cómo los factores de riesgo que promueven la violencia se exacerban en el contexto de la covid-19.¹⁶

¹⁵ *Idem.*

De esta manera, es imperativo establecer diseños claros de acción estatal, que instauren como servicio esencial la atención a mujeres y niñas ante situaciones relacionadas con servicios de salud, impartición de justicia, medidas de protección y refugios, y mejoramiento de oportunidades laborales en las que se incluya a la sociedad civil y a los medios de comunicación. Lo anterior permitirá atender con mayor asertividad las problemáticas relevantes planteadas por esta pandemia.

V. DISEÑO COMPARADO

Bajo esta línea argumentativa, las Naciones Unidas y el diseño comparado han señalado que los servicios relacionados con la violencia de género son esenciales y puntualizan que España y Portugal establecieron la prestación de servicios de protección y asistencia a víctimas de violencia de género como una actividad esencial para permanecer operativa durante el confinamiento; en Nueva York, Estados Unidos, los refugios también han sido categorizados como servicios esenciales.

Asimismo, se sabe que Italia ha convertido alojamientos alternativos en nuevos refugios, mientras que Francia financiará hasta 20 mil noches de hotel para mujeres que necesiten escapar de una pareja violenta. Por su parte, en Portugal se abrieron dos nuevos refugios de emergencia con capacidad para 100 personas.

Igualmente, como medida importante, se han considerado sistemas accesibles y diversificados para alertar a las autoridades y proteger a las víctimas. Al respecto, las Naciones Unidas señala que España anunció un servicio de chat con geolocalización para contactar a la policía y dar apoyo psicológico durante el aislamiento.

Por su parte, en Francia, las víctimas de violencia doméstica pueden acudir a personal de farmacias y solicitar una “Máscara 19”, palabra clave para buscar rescate. De manera similar, en Argentina el gobierno lanzó una campaña que permite a las mujeres víctimas de violencia ir o llamar a una farmacia y pedir una “máscara quirúrgica roja” para buscar rescate (*omissis*). Mientras que en Bolivia, la denuncia a través de WhatsApp es posible las 24 horas, los 7 días de la semana, lo que permite una fácil localización de la víctima.

En China, por otro lado, las organizaciones sin fines de lucro han hecho publicidad sobre cómo las mujeres pueden protegerse y buscar ayuda. En Líbano se emitió una declaración en la que destaca que en caso de violencia, las víctimas y testigos pueden llamar a la línea directa de emergencia en cualquier momento. Mientras que en Marruecos las instituciones gubernamentales y la sociedad civil han alentado a las mujeres a comunicarse a través de la plataforma “Estamos contigo” para denunciar cualquier tipo de violencia. Finalmente, en Portugal, la información sobre servicios de apoyo se está difundiendo a través de las redes sociales, la radio, la televisión y campañas de prensa.¹⁷

Como puede observarse, la problemática es mundial y cada país se ha dado a la tarea de buscar las mejores estrategias para abordar y salvaguardar los derechos esenciales del ser humano –la vida y su integridad– mediante servicios fundamentales de respuesta inmediata en caso de violencia, como refugios e integración de la sociedad civil.

VI. PLANTEAMIENTO EN MÉXICO

En México, se encuentran disponibles enlaces virtuales en los sitios oficiales del Gobierno Federal, como la *Guía de lectura fácil “Yo También”*, que contiene recomendaciones prácticas y accesibles para el cuidado de la salud y los derechos en tiempos de coronavirus, y en la que se pueden observar redes de apoyo para mujeres en situación de violencia.¹⁸ Asimismo, existen apoyos en cada estado, en páginas web de enlace, o en sus respectivos poderes judiciales. Sin embargo, es importante fortalecer la viabilidad de los servicios y determinar cómo esenciales las estructuras institucionales de protección para las víctimas de violencia.

Por ende, existen recomendaciones, específicamente de la ONU Mujeres, para establecer guardias presenciales en el Poder Judicial para dictar las medidas precautorias, cautelares y de protección necesarias para salvaguardar la integridad de las mujeres y niñas. Es importante

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Gobierno de México, “Documentos de consulta”, *Coronavirus*, México, 2020, disponible en: <https://coronavirus.gob.mx/documentos-de-consulta/>. Consultado el 03 de febrero de 2021.

precisar que se requiere mayor publicidad y fortaleza en el uso de las medidas precautorias o cautelares en materia familiar. Así lo ha sostenido también el Informe Elaborado para la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias:

Por lo tanto, las guardias para dictar medidas precautorias o cautelares en materia familiar y la difusión de información a la ciudadanía sobre la prestación de este servicio es fundamental. Por una parte, porque la falta de claridad y certeza respecto a la obligación de las autoridades de prestar este servicio se traduce en una desprotección judicial para las mujeres y las niñas que se encuentran inmersas en un proceso judicial o que quieren iniciarlo. Por otra parte, porque al desconocer que tienen este derecho a ser protegidas, las mujeres carecen de incentivos para denunciar a sus agresores, especialmente en un contexto de aislamiento en el que conviven más tiempo con ellos y están en situación de aún más vulnerabilidad.¹⁹

Derivado de lo anterior, se deben reforzar los esfuerzos en materia de protección judicial porque, de acuerdo con el informe mencionado, sólo 7 de los 32 poderes judiciales en México consideraron de manera explícita el establecimiento de guardias para la emisión de medidas de protección en materia familiar. En este rubro también es importante reflexionar sobre el fortalecimiento en materia de pensión alimenticia. De esta manera, se ha señalado que:

Aunque, generalmente, los beneficiarios de las pensiones alimenticias son los hijos o hijas, en ocasiones, el incumplimiento de las obligaciones familiares se utiliza como un mecanismo para ejercer violencia económica contra las mujeres. Esto sucede cuando el agresor retiene el pago de las pensiones con el objetivo de colocar a la mujer en una situación de precariedad económica y, de este modo, retener una posición de control sobre la familia.²⁰

También es importante considerar los Centros de Convivencia Familiar, donde debe aplicarse tecnología para la protección del derecho

¹⁹ Equis. Justicia para las mujeres, *op. cit.*, 2020, p. 21.

²⁰ *Ibid.*, p. 22.

humano de los infantes a convivir con sus padres, como podrían ser videollamadas.

1. PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

Si bien el Poder Judicial del Estado de México determinó suspender presencialmente las actividades en órganos jurisdiccionales y unidades administrativas como medida de prevención de riesgos ante la contingencia sanitaria del coronavirus (covid-19), en pro de la salud y bienestar de los usuarios de los servicios de administración de justicia y de los servidores públicos judiciales, resulta cierto también que, en aras de no paralizar la labor jurisdiccional, el Consejo de la Judicatura de dicho Poder Judicial emitió las circulares 17/20, 19/20, 20/20, 23/20, 27/20, 32/20, 38/20 y 4/21, mediante las cuales ha informado que aun cuando se ordenó la suspensión de audiencias, términos y plazos jurisdiccionales y administrativos, a fin de garantizar los derechos humanos de acceso universal a la justicia, seguridad jurídica y debido proceso de la ciudadanía, dicha medida no aplicó para los juzgados en materia familiar (dado que existen procedimientos de orden público e interés social que deben contar con tribunales que administren justicia para atenderlos conforme a los principios constitucionales), por lo que se determinó establecer guardias para el efecto de decretar medidas provisionales, relativas a pensiones alimenticias, violencia familiar y depósito de menores.

En ese tenor, a través de la circular 27/20 se estableció que, por acuerdo de 27 de abril de 2020, se aprobó la reforma al Reglamento de los Centros de Convivencia Familiar del Poder Judicial del Estado de México, por el que se implementó como nueva modalidad la convivencia electrónica mediante el uso de tecnología cuando se declare la suspensión de labores del Centro de Convivencia Familiar por causa de fuerza mayor o caso fortuito.

De igual forma, se estableció en la diversa circular 38/20 que tan pronto como la autoridad educativa en el Estado de México decida reanudar las actividades escolares presenciales en los niveles de educación básica obligatoria (preescolar, primaria y secundaria), también los Centros de Convivencia Familiar reiniciarán sus actividades presenciales. No obs-

tante, se reiteró que las convivencias familiares seguirán desarrollándose en forma electrónica, en los términos del Reglamento de los Centros de Convivencia Familiar del Poder Judicial del Estado de México.

En los mismos términos se ha pronunciado el criterio federal, el cual –ponderando la salud como derecho prioritario, pero sin diluir el derecho de convivencia– señala que puede ser por los medios de comunicación disponibles y a los que se pudiera tener fácil acceso, como videollamadas, reuniones virtuales en plataformas electrónicas u otros similares.²¹

Finalmente, a fin de dar continuidad a la prestación del servicio encomendado, mediante acuerdo del 29 de abril de 2020, el Consejo de la Judicatura mexiquense prorrogó la suspensión de labores en órganos jurisdiccionales y unidades administrativas, amplió los servicios del Tribunal Electrónico y señaló los lineamientos generales de operación de los servicios del Centro Estatal de Mediación, Conciliación y de Justicia Restaurativa.

Resulta importante destacar que, con el fin de emitir las medidas necesarias para salvaguardar la integridad de los usuarios, así como de los servidores judiciales, se creó el Comité para la Prevención de Riesgos Sanitarios del Poder Judicial, por lo que se entablaron diversas reuniones con la Secretaría de Salud y la Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud del Gobierno de México. Asimismo, para difundir los servicios del Tribunal Electrónico, se realizaron diversas reuniones virtuales con autoridades de la Fiscalía General de Justicia, el Instituto de la Defensoría Pública, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes.

²¹ XVII.1o.C.T.36 C (10a.) *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 78, septiembre de 2020, t. II, página 977. RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS DEL MENOR CON UNO DE SUS PROGENITORES, FRENTE A LA PANDEMIA GENERADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19). ATENTO AL INTERÉS SUPERIOR DEL INFANTE, CORRESPONDE PRIVILEGIAR SU DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD, SOBRE EL DERECHO A LA CONVIVENCIA CON AQUÉLLOS, POR ENDE, EL JUEZ DEBE PROVEER LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA QUE ESTA ÚLTIMA SE EFECTÚE A DISTANCIA.

VII. PROPUESTA

Como se ha señalado, visibilizar una problemática es el primer paso para su comprensión; se requiere tenacidad y esfuerzo continuado para romper las brechas de la desigualdad para evitar un daño de mayor profundidad en el seno de nuestra concepción como personas, como políticas públicas, mediante programas prioritarios que, ante el aislamiento social y la progresividad de los derechos humanos, establezcan diseños con perspectiva de género e interculturalidad para obtener datos de manera diferenciada sobre cómo ha afectado a las mujeres la pandemia en materia de violencia.

Es necesario fortalecer la red nacional de refugios en todas las entidades, desde lo presupuestal hasta en la comprensión de su importancia. Para no naturalizar o justificar culturalmente la violencia ni minimizar los efectos adversos que provoca en el tejido social, se debe evitar un trato basado en estereotipos en el personal y en las instituciones encargadas de observar el tema.

Los tres poderes en México deben continuar las rutas de tratamiento eficaz en cada una de las líneas específicas que requieren atención y contemplar la interseccionalidad de la problemática; esto es, observar las particularidades de mujeres y niñas migrantes, indígenas, de la tercera edad, con patologías o privadas de su libertad. Lo anterior puede tener un adecuado resultado si se fortalecen las instituciones y organismos estructurados para dicho fin. “Esto se ha reiterado durante la pandemia y hemos documentado casos de CEJUM que sólo reciben a mujeres que fueron violadas ‘recientemente’, que acuden por tentativa de feminicidio o que están visiblemente golpeadas. El resto de los casos no son considerados urgentes y, con ello, no son aceptados, lo que deja a estas mujeres en un estado de desprotección”.²²

En cuanto a los poderes judiciales de las entidades, resaltamos la importancia de las órdenes de protección como instrumentos de primera línea en la intervención con las víctimas de violencia, con ágil respuesta en sus sistemas, así como guardias presenciales, toda vez que no todas

²² Equis, *op. cit.*, 2020, p. 36.

las víctimas tienen acceso a internet. Independientemente de las redes, es importante la difusión en medios tradicionales, como periódicos, radio y televisión, en lenguaje accesible y culturalmente adecuado, para generar un piso mínimo de protección, tal como lo sugiere el Informe Elaborado para la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias.

Igualmente importante es fortalecer, con mayor vigor, la protección judicial en cuanto a medidas, pensión alimenticia en todos los poderes judiciales del país, así como la búsqueda de convivencia familiar por los medios tecnológicos en términos de los criterios federales que también se han emitido y a los que se ha aludido. Es relevante también continuar con una atención y seguimiento por parte de las autoridades y asociaciones en cuanto a redes de atención a través de WhatsApp, disponibles las 24 horas y con servicio de geolocalización.

En atención a las acciones clave de propuesta de las Naciones Unidas, se deben declarar esenciales las estructuras institucionales y servicios de protección para las víctimas de violencia de género. Por otra parte, sería sustancial observar en diseño comparado las actividades efectuadas por otros países –como servicio de chat con localización para contactar a la policía y brindar apoyo psicológico– y lanzar campañas con palabras clave para fortalecer líneas de ayuda, así como denuncias por WhatsApp disponibles a toda hora.

VIII. CONCLUSIONES

Es fundamental observar el escenario de la pandemia que impacta de forma diferenciada a los integrantes de un hogar, especialmente la violencia contra la mujer, lo que hace inminente tomar decisiones gubernamentales de diseño de política pública con perspectiva de género, en donde los servicios de protección sean considerados actividad esencial.

La realización de un trabajo integrado –familia, sociedad y gobierno– para detectar las particularidades del impacto en casos de violencia contra las mujeres y las niñas en tiempos de confinamiento, siguiendo las propuestas de la ONU Mujeres y del Informe Elaborado para la

Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, como *soft law*, permitirá trazar y fortalecer rutas de diseño apropiado para su abordaje.

De la misma manera, es deseable robustecer la respuesta estatal en los niveles y poderes de gobierno, especialmente del Poder Judicial; intensificar el derecho humano de acceso a la justicia y a una vida libre de violencia, con esquemas de guardias –vía electrónica o presenciales– que permitan resolver medidas de protección con sistemas de fácil acceso y de difusión, incluso en medios tradicionales, ya que no todas las personas tienen acceso a internet.

Por otra parte, es importante apuntalar los refugios y líneas de seguimiento a casos, con atención las 24 horas, y establecer como esenciales estructuras y organismos al servicio de protección de víctimas. Especial atención debe observarse en materia de salud y de mujeres privadas de su libertad para un trabajo continuado.

Nuestra esencia humana requiere hoy, más que nunca, un trabajo familiar, social y estatal, de conciencia y acción, que dignifique nuestro camino en momentos difíciles, como los encontrados en la pandemia, así como proteger nuestros más altos valores proyectados en nuestras mujeres y niñas. Mientras exista un riesgo inminente para ellas, nunca será suficiente el trabajo público y privado para garantizar sus derechos a una vida libre de violencia y de respeto a su dignidad humana.

IX. FUENTES CONSULTADAS

Hemerografía

- Etienne G., Krug *et al.*, “Informe Mundial sobre la violencia y la salud”, *Violencia un problema mundial de la Salud Pública*, Organización Panamericana de la Salud, Oficina Sanitaria Panamericana, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, Washington, D. C., 2003.
- Fernández Nieto, Berenice, *Violencia doméstica en México durante el confinamiento por la pandemia COVID-19*, Data-Pop Alliance, (s.l.e.), 2020, disponible en: <https://datapopalliance.org/violencia-domestica-en-mexico-duran-te-el-confinamiento-por-la-pandemia-covid-19/>. Consultado el 01 de febrero de 2021.

Yugueros García, Antonio Jesús, “La violencia contra las mujeres: conceptos y causas barataria”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 18, 2014.

Internet

Equis. Justicia para las mujeres, *Informe Elaborado para la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Las dos pandemias, violencia contra las mujeres en México en el contexto de COVID-19*, Equis, México, 2020, disponible en: <https://equis.org.mx/projects/las-dos-pandemias-violencia-contra-las-mujeres-en-mexico-en-el-contexto-del-covid-19/> Consultado el 03 de febrero de 2021.

Gobierno de México, “Documentos de consulta”, *Coronavirus*, México, 2020, disponible en: <https://coronavirus.gob.mx/documentos-de-consulta/>. Consultado el 03 de febrero de 2021.

ONU, *Mujeres, Violencia contra las mujeres y niñas*, UNWomen, (s.l.e.), 2020, disponible en: <https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20mexico/documentos/publicaciones/2020/abril%202020/onu%20mujeres%20mx%20covid19%20290420.pdf?la=es&vs=4125>. Consultado el 28 de enero de 2021.

Unicef, “Preámbulo”, *Convención Sobre los Derechos del Niño*, UN, (s.l.e.), 2006, disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

United Nations. Human Rights, *Guía sobre Derechos Humanos de las Mujeres y COVID-19*, OHCHR, (s.l.e.), 2020, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/COVID-19_and_Womens_Human_Rights_ES.pdf. Consultado el 07 de enero de 2021.

Jurisprudencia

XVII. 1o.C.T.36 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 78, septiembre de 2020, t. II, RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS DEL MENOR CON UNO DE SUS PROGENITORES, FRENTE A LA PANDEMIA GENERADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19). ATENTO AL INTERÉS SUPERIOR DEL INFANTE, CORRESPONDE PRIVILEGIAR SU DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD, SOBRE EL DERECHO A LA CONVIVENCIA CON AQUÉLLOS, POR ENDE, EL JUEZ DEBE PROVEER LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA QUE ESTA ÚLTIMA SE EFECTÚE A DISTANCIA.

LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DENTRO DE LOS JUICIOS SUCESORIOS. EJERCICIO DE ACCIONES COMPLEJAS

THE ACQUISITIVE PRESCRIPTION WITHIN SUBSIDIARY TRIALS. EXERCISE OF COMPLEX LEGAL ACTS

JAIME MILLÁN LÓPEZ*

CÉSAR EMMANUEL GARCÍA ALMEYDA**

RESUMEN: El presente trabajo analiza la forma como se ejercen dos acciones para la resolución de un caso relacionado con la seguridad patrimonial de las personas que sufrieron la pérdida de un familiar que fungía como titular de los derechos de propiedad, en un contexto de emergencia sanitaria derivada de la pandemia de covid-19. De esta forma, se estudia la acción de usucapión o prescripción adquisitiva, al destacar los elementos clave de este juicio y los puntos a considerar antes de realizar el ejercicio de esta acción. Por último, se abordan las etapas de los dos juicios mencionados, señalando la forma como se pueden conectar sus causas y cuál es el correcto ejercicio de éstas.

PALABRAS CLAVE: conexidad de la causa; usucapión; derecho de propiedad.

ABSTRACT: This work analyzes the way in which two actions are exercised to resolve a case related to the patrimonial security of people who suffered the loss of a family member, who acted as the owner of property rights, in a context of health emergency derived from the covid-19 pandemic. In this way, the action of acquisitive prescription is studied, highlighting the key elements of this type of trial and the points to consider before carrying out the exercise of this action.

KEYWORDS: connection of the cause; usucapion; property rights.

Fecha de recepción: 26 de mayo de 2021

Fecha de aceptación: 19 de agosto de 2021

* Egresado de la Licenciatura en Derecho por el Centro de Estudios Superiores Universitarios. Correo: jaime.millan.lope@gmail.com

** Licenciado en Derecho por la UAEMéx, con estudios en Contabilidad y Finanzas públicas, actualmente se desarrolla como gestor de trámites y abogado postulante. Correo: c.1421194@gmail.com

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho de la propiedad. 1. De los derechos reales y personales. 2. Elementos de la propiedad. 3. La posesión y la propiedad. 4. Medios para adquirir la propiedad. III. Derecho de las sucesiones. 1. De la primera sección y la denuncia de la sucesión. 2. De la segunda sección. 3. Tercera y cuarta sección. IV. La prescripción adquisitiva o usucapión. 1. Requisitos de la usucapión. V. Recomendaciones en el ejercicio de la prescripción adquisitiva después de la muerte de alguna de las partes a manera de conclusión. 1. Declaración de derechos a favor de la sucesión. 2. Declaración de derechos en contra de la sucesión. VI. Fuentes consultadas.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas del Estado de derecho en México es la informalidad de la tenencia de la propiedad, ya que las personas no están acostumbradas a seguir el protocolo formal de compraventa de bienes, sobre todo en aquellas transacciones que requieren la formalización para su perfeccionamiento, por lo cual, los derechos de las personas quedan supeditados a la buena fe de las partes, sin una garantía real sobre su patrimonio.

Aunado a ello, la transmisión de la propiedad de ascendientes a descendientes sufre el mismo problema, debido a que la evasión de impuestos derivada de la informalidad de la transmisión de la propiedad; ocasiona una violación al principio de continuidad registral cuando los bienes son heredados por más de dos generaciones; entonces, los propietarios queddan imposibilitados para gravar la propiedad mediante una hipoteca o venderla de manera formal.

Actualmente, este problema se está viendo intensificado por el número de defunciones diarias ocurridas por la pandemia derivada del virus SARS Cov-2, ya que su mortalidad es alta y puede afectar a varios miembros de una familia, genera que las personas puedan perder su patrimonio o se vean despojados de él por malas prácticas dentro de la abogacía; por ello, abordaremos el estudio de la regularización de la tenencia de la tierra cuando el propietario registrado es una persona que ya ha fallecido.

Esta enfermedad tuvo una rápida propagación; al último día del año 2019, en China, su lugar de origen, ya se habían confirmado 26

casos atípicos de neumonía, cuyo resultado era 1 persona fallecida. Para cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS) dio a conocer las medidas adoptadas sobre esta nueva enfermedad el día 5 de enero de 2020, ya había 44 personas enfermas y al menos 121 contactos directos, la recomendación por parte de esta organización internacional fue no imponer restricciones a los viajeros ni al comercio con China.¹

El día 13 de enero de 2020 se presentó un caso del nuevo coronavirus en Tailandia (el primero fuera de China). Esta propagación internacional continuaría creciendo de manera exponencial, hasta volverse un problema evidente de salud pública; entre los días 16 y 24 de febrero del 2020, un equipo de la OMS realizó un informe que ayudaría a los países a conocer la naturaleza de este virus y sus posibles alcances, además de establecer una serie de medidas de seguridad para contener el brote de esta nueva enfermedad y permitir a los Estados proteger a todos los sectores de la sociedad.

Las medidas de seguridad recomendadas por la OMS son las siguientes:

- Establecer indicadores epidémicos que informen para tomar decisiones y ajustes de estrategias de control basadas en evidencias.
- Efectividad en las medidas de prevención y control de infecciones (PCI) en diversos entornos de cuidado.
- Efectividad de las medidas de control de la salud pública y su impacto socioeconómico.
- Restricción de movimiento.
- Distanciamiento social.
- Cierres de escuelas y lugares de trabajo.
- Usar mascarilla en público en general.
- Cuarentena obligatoria.
- Cuarentena voluntaria con vigilancia activa.²

¹ ONU, *Neumonía de Causa desconocida -China*, WHO, (s.l.e.), enero 2020, disponible en: <https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unkown-cause-china/es/>

² El documento original se encuentra en idioma inglés, la traducción fue realizada por el autor. O.M.S., *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*, WHO, (s.l.e.), febrero de 2020, p. 37.

Sólo unos días después, se presentó el primer caso de Covid-19 en México, lo que inició la cuenta regresiva para que se establecieran las medidas para mitigar la propagación del SARS-Co V2 en la República mexicana. En el Diario Oficial de la Federación de fecha 24 de marzo de 2020 se publicó un Acuerdo por medio del cual Jorge Carlos Alcocer Varela, Secretario de Salud, establecía de manera oficial el modo en que esta nación asumiría los riesgos causados por el Covid-19.

Entre estas medidas se encuentran el evitar la asistencia al trabajo de las personas que serían denominadas *grupos vulnerables*,³ cesar las actividades escolares, la suspensión de las reuniones masivas, así como de actividades del sector público y privado que no fueran esenciales para hacer frente a la pandemia, por último, se instó al cumplimiento de las medidas de higiene que permitieran contener los efectos de la pandemia en México.

Estas indicaciones, fueron fundamentadas en los artículos 4 y 73 fracción XVI de la Constitución, además de tener como motivación el reconocimiento de las medidas de seguridad recomendadas por la OMS y el reconocimiento de la epidemia causada por el virus SARS-Co V2 como una enfermedad grave de atención prioritaria por parte del Consejo de Salubridad General.⁴

Pese a los esfuerzos de las instituciones de salud, tanto nacionales como internacionales, se generó una saturación de los sistemas de salud cada vez mayor, lo cual dejó en estado de indefensión a un gran número de personas, sobre todo, aquellas que se encontraban en situaciones de vulnerabilidad por su nivel de pobreza, lo que generó un escenario poco alentador para ellos.

El Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México ha dado a conocer que 248380 (doscientas cuarenta y ocho mil trescientas ochenta y tres)

³ La denominación *grupo vulnerable* se utiliza para señalar a las personas con enfermedades crónico-degenerativas, ya que son un factor de comorbilidad para el Covid-19.

⁴ ACUERDO del 24/03/2020 Por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), *Diario Oficial de la Federación*, 24 de marzo de 2020.

ta) personas han fallecido hasta ahora, donde destacan las causas de comorbilidad de hipertensión en un 44.40%, diabetes en un 36.77%, obesidad en un 21.73% y tabaquismo en un 7.51%. Además de un total de 31010266 (tres millones ciento un mil doscientos sesenta y seis) casos confirmados hasta ahora de los cuales 2436810 (dos millones cuatrocientos treinta y seis ochocientos diez) se han recuperado y continúan activos 137661 (ciento treinta y siete mil seiscientos sesenta y uno).⁵

Para poder dimensionar los daños causados por esta enfermedad es necesario analizar los elementos brindados por el Boletín estadístico número 9,⁶ en el cual podemos encontrar que a partir de la semana epidemiológica 13 aumentó el número de muertes oficiales causadas por la enfermedad Covid-19 y después de la semana 15 hubo crecimiento de decesos reflejados en la estadística de excesos de morbilidad, cuya cúspide en la semana 29 con un aumento del 110.40% equivalente a 4740 personas fallecidas (sólo esa semana), fuera de los patrones esperados.

En este sentido, abordaremos los derechos de propiedad inmobiliaria, la forma en que ésta se consuma y los medios de transmisión; después, abordaremos el derecho de las sucesiones y la forma como se practica mediante un proceso jurisdiccional, sus etapas y los momentos clave dentro de éste.

Después abordaremos el proceso y la teoría referente al juicio de usucapión o de prescripción adquisitiva, resaltando los elementos necesarios para ejercer esa acción, así como algunos puntos importantes que se deben estudiar en cada caso; por último, estudiaremos las particularidades del juicio de usucapión cuando alguna de las partes a fallecido, lo cual se denomina ejercicio de una acción compleja, ya que requiere de actos procesales celebrados en otros juicios.

⁵ CONACyT es la institución mexicana encargada de promover la investigación científica, la cual creó un sistema electrónico que permite a las personas a monitorear el avance del Covid-19 en México, los datos mostrados son de fecha 16 de agosto de 2021. CONACyT, *Covid 19 México*, CONACYT, México, 2020, disponible en: <https://datos.covid-19.conacyt.mx/>

⁶ Gobierno de México, *Boletín estadístico sobre el exceso de mortalidad por todas las causas durante la emergencia por COVID-19* 9, Gobierno de México, México, 6 al 9 de diciembre de 2020, disponible en: https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/01/Boleti%CC%81n_IX_Exceso_Mortalidad_SE50_MX_10Ene2021.pdf

II. DERECHO DE LA PROPIEDAD

El derecho que una persona tiene sobre un bien u objeto es uno de los fundamentos de las reglas sociales y de las instituciones más antiguas que puedan existir dentro del Derecho, por lo que su importancia permea en casi todas las áreas de la Ciencias jurídicas. Pensemos en el Derecho penal, donde puede ejercerse la *última ratio* por un daño causado al patrimonio de otra persona, como lo son los previstos en el Título Cuarto del Código Penal del Estado de México.

De esta manera, podemos ver que dentro del Derecho han surgido múltiples interrogantes respecto de las relaciones que surgen de la posesión y la propiedad de los bienes, uno de los más importantes es establecer que el derecho de propiedad es uno de los elementos de la personalidad.⁷

Gran parte de los problemas que surgen dentro de las transmisiones de la propiedad o de la masa hereditaria de una persona que ya falleció, están ligados con una falta de conocimiento de la teoría de las obligaciones y de los hechos y actos jurídicos; a continuación, haremos un breve repaso de los elementos necesarios para poder entender estos procedimientos.

⁷ Esto lo podemos entender como parte de la herencia del Derecho Romano, en donde el cumplimiento de las obligaciones era extensivo hasta el punto de ser una causa de la pérdida de la libertad; actualmente las reglas son menos dañinas con las libertades, pero aún comprenden un castigo para aquel que no puede cumplir con sus obligaciones, pensemos en el Derecho mercantil, en donde las personas que son sometidas a un proceso de concurso mercantil quedan impedidas a para ejercer el comercio; aunado a ello, el Código civil estatal refiere el patrimonio como parte de los atributos de la personalidad, *vid.* Artículo 2.3, Gobierno del Estado de México, *Código Civil del Estado de México*, Gaceta de Gobierno, 22 de abril de 2002. Última Reforma del 19 de abril de 2021.

1. DE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES

Dentro de la clasificación de los derechos y las obligaciones, existen dos elementos que serán importantes dentro de esta disertación sobre la forma como se deben de ejercer, dependiendo de su naturaleza que puede ser de un derecho real o un derecho personal.

En el primero de ellos, se habla de un derecho que tiene las personas sobre las cosas; sin embargo, esta teoría se ha criticado, pues es difícil que una *cosa* susceptible de propiedad pueda responder por sus obligaciones. Entonces se ha aceptado que el derecho real es parte de una obligación pasiva de respetar los bienes de los demás. Por ejemplo, todos tenemos la obligación de no tomar o disponer de bienes que no son nuestros.

Mientras que los derechos personales son aquellos que recaen sobre una persona y pueden ser exigidos a ésta. Por ejemplo, el pago de una deuda o el realizar ciertas acciones. En este sentido, tenemos que los derechos reales estarán acompañados de una obligación de no hacer en general mientras que los derechos personales será una obligación en contra de una persona en particular.

Cabe destacar que los derechos reales y personales no se pueden ejercer de manera conjunta en sede jurisdiccional.

2. ELEMENTOS DE LA PROPIEDAD

La propiedad, dentro de nuestro sistema jurídico, se convierte en un elemento de la personalidad, ya que el patrimonio de los ciudadanos se encuentra protegido contra los actos de particulares y de autoridad, tal es el caso que la Constitución mexicana en su artículo 14, “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.”⁸

⁸ Gobierno de la república, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917. Última Reforma publicada el 24 de diciembre de 2020.

Así como en el artículo 16 que señala, “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”⁹

De esta forma, podemos ver que la propiedad se puede interpretar como una parte esencial de las personas, como un elemento que utilizan para lograr alcanzar sus fines, es importante destacar que esta protección tiene un límite, el cual lo encontraremos en la sede jurisdiccional, al mencionarse que los tribunales previamente establecidos podrán declarar la extinción o modificación de los derechos de una persona sobre sus bienes.

Por otra parte, es importante señalar que la propiedad privada deviene de una prerrogativa de la Nación, es decir que tiene la propiedad originaria del territorio nacional, al ser su voluntad transmitirla a los particulares, ante lo cual, surge el principio de continuidad registral, que señala que ante la autoridad es propietario quien obra en actas correspondientes, por lo cual, ante cualquier cambio de propietario de un bien inmueble se deberá dejar el asiento registral correspondiente en el Registro público de la propiedad, que en el caso del Estado de México es denominado Instituto de la Función Registral del Estado de México.

Por lo cual, podemos entender que todo bien no registrado en dicho organismo es de titularidad de la nación; entonces, podrán adquirirse por los medios previstos en la legislación correspondiente y no así entre particulares pese a las malas prácticas surgidas en el Derecho.¹⁰

De esta manera, quien ostente el título de la propiedad, estará amparado para usar, gozar y disponer del bien como mejor le parezca sin perjuicio de lo que puedan señalar otras personas; estas características, menguarán de acuerdo con los gravámenes o regímenes que se impongan al bien. Por ejemplo, si una persona tiene una casa, pero decide rentarla, perderá el derecho de usar el bien a cambio de una remuneración; para entender esto, estudiemos cada apartado por separado.

⁹ *Idem.*

¹⁰ En este sentido, podemos observar los procesos de inmatriculación administrativa o bien por medio de la sede jurisdiccional.

a) Derecho de uso (ius utendi)

Este primer estrato del derecho de propiedad es el más común, podríamos decir que entraña la naturaleza misma de este derecho, servirse de algo para obtener un beneficio personal; en este sentido, podemos mencionar que, en los albores de la humanidad, el Derecho comenzó a gestarse como una necesidad de poner frenos y límites en las relaciones humanas, al generar un sentimiento de pertenencia sobre los objetos. En un inicio, como lo llama Eugen Ehrlich, fue la creación de relaciones entre dominados y dominadores, en donde quien ostentaba un poder físico mayor podía hacerse con cuantas cosas quisiera bajo la premisa de defenderlas, hasta los límites de cosificar al ser humano y volverlo una mercancía por medio de la esclavitud.¹¹

Actualmente este derecho de usar los bienes propios no tiene más límites que los establecidos en la ley, creados para evitar que el derecho de propiedad sea utilizado con la simple voluntad de generar un daño a otras personas.

b) Derecho de goce (ius fruendi)

Este segundo momento del derecho de propiedad surge como una medida secundaria para establecer de quién serán los bienes generados a futuro. Cabe señalar que existen diferentes tipos de frutos, según la naturaleza del bien que los produce, pudiendo ser naturales, industriales o civiles, los primeros son los que se producen de manera espontánea por la tierra, así como las crías de los animales, los frutos industriales son los que produce la tierra mediante el trabajo o su cultivo, mientras que los civiles son los que producen los bienes por sus rentas o financiamientos. Todos ellos se regirán por la noción básica de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; por ende, quien tiene un bien también tendrá derecho sobre sus frutos.

c) Derecho para disponer (ius abutendi)

El último derecho corresponde al derecho de usar el bien hasta que éste se extinga o bien, venderlo o gravarlo.

¹¹ Treves, Renato, *La sociología del Derecho: orígenes, investigaciones y problemas*, Ariel Derecho, Barcelona, 1988, p. 61.

3. LA POSESIÓN Y LA PROPIEDAD

La propiedad de un bien, de manera genérica presume su posesión, es decir, si una persona es dueña de un bien, lo tendrá con él, o en su defecto, estará a cargo de dicho bien. En este sentido, no existiría mayor complicación con la diferenciación de la posesión y la propiedad de los bienes; sin embargo, en la práctica, suele ocurrir que las personas celebran toda clase de contratos sobre sus bienes, lo cual genera que estos puedan pasar a manos de otras personas; inclusive, en algunos casos, una persona puede privar de su propiedad a otra, al adquirir la posesión mediante un acto delictivo.

Para poder prever toda clase de supuestos en los cuales el bien quede tutelado por el Estado, aun cuando este sea objeto de un traslado de la posesión mediante un contrato, se creó una ficción jurídica por medio de la cual se tienen dos tipos de posesión, la originaria y la derivada.

La posesión originaria se adquiere cuando se es titular del bien. Por ejemplo, el dueño de automóvil tiene la posesión originaria. La derivada es aquella que surge a partir de un negocio jurídico, como lo son el arrendamiento, usufructo o depósito, con lo cual, quien queda en posesión material de un bien, sin ser el dueño, tiene la posesión derivada, mientras que el dueño tiene la posesión original. Siguiendo el ejemplo del automóvil, si el dueño renta el auto a otra persona a cambio de un pago mensual en efectivo, el arrendador del vehículo tendrá posesión derivada.

Cabe mencionar que la posesión puede ser un elemento típico del delito, tomemos, por ejemplo, el delito de Abuso de confianza por equiparación previsto en el artículo 303, fracción III, del Código Penal del Estado de México, al señalar que comete este delito quien tenga “La ilegítima posesión de bien retenido, si el tenedor o poseedor no lo devuelve a pesar de ser requerido formalmente (*omissis*)”.¹² De tal manera que podemos entender que la posesión también puede ser ilegítima cuando derive de un hecho realizado sin derecho o cuando se retenga la propiedad sin este.

¹² *Código Penal del Estado de México*, publicada el 3 de septiembre de 1999. Última Reforma publicada el 5 de enero de 2021.

4. MEDIOS PARA ADQUIRIR LA PROPIEDAD

Existen diferentes formas de transmitir la propiedad, entre las que encontramos la adquisición a título particular o universal, las adquisiciones primitivas y derivadas, así como las adquisiciones a título oneroso y gratuito, por las limitaciones en el objeto de estudio de este trabajo nos limitaremos al análisis de las dos primeras de ellas.

- a) Adquisición a título particular y universal: la forma natural de transmitir bienes son los contratos, ya sean de compraventa o de cualquier otra naturaleza, pero generalmente sólo operan por una parte del patrimonio de una persona; entonces, podemos decir que es una adquisición a título particular.

La adquisición a título universal ocurre cuando una persona transmite todo su patrimonio, es decir, su universalidad jurídica a otra, incluidos derechos y obligaciones, este modo de transferir la propiedad sólo la podemos encontrar en las sucesiones.

- b) Adquisiciones primitivas y derivadas: La adquisición primitiva es aquella que surge de la ocupación de un bien que no ha estado en el patrimonio de ninguna otra persona; este medio de adquirir la posesión se puede considerar el más antiguo y originario. La adquisición derivada es aquella que surge de una doble voluntad, la de enajenar y adquirir, donar y aceptar; este modo de adquirir la propiedad siempre está acompañado de la entrega de la cosa.

III. DERECHO DE LAS SUCESIONES

La segunda parte del cuerpo de nuestra investigación se dedica a estudiar la naturaleza de las sucesiones, ya que forma parte del traslado natural de la propiedad cuando una persona muere; retomando las ideas anteriores, podemos afirmar que cuando una persona muere, estamos ante un hecho jurídico que crea consecuencias de derecho, que en algunos casos importan, a su vez, otras consecuencias.

Cabe hacer la diferenciación entre las sucesiones y la herencia en sentido estricto, ya que, en *lato sensu*, el Derecho de las sucesiones es la rama del Derecho civil que regula el modo de administrar y administrar las relaciones jurídicas y bienes del *de cuius*; mientras que en *stricto sensu*, existen dos destinos para los bienes del finado: la primera es transmitir la universalidad de bienes, junto con sus derechos y obligaciones, es decir, el patrimonio en su totalidad, a esto le llamaremos herencia; la sucesión, por otra parte, es el acto por medio del cual, sólo se transmiten los bienes del autor de la herencia.

A continuación, estudiaremos el modo de tramitar una sucesión en el Estado de México y algunas particularidades de este juicio. Para lo cual es necesario señalar que existen cuatro secciones en este juicio.

1. DE LA PRIMERA SECCIÓN Y LA DENUNCIA DE LA SUCESIÓN

El libro Sexto *De las Sucesiones*, del Código Civil del Estado de México, es la ley sustantiva, donde se establecen los lineamientos para realizar la denuncia de la muerte de una persona, para que se dé apertura a un juicio sucesorio, en el cual se resolverá el destino que tendrán los bienes del autor de la herencia.

La primera parte o sección de este juicio sucesorio comprenderá la citación de los herederos, nombramientos de albaceas o interventores, así como los incidentes relativos al nombramiento de personas incapaces y su remoción; además, en caso de existir testamento, se resolverá su validez.

Para que esta demanda sea admitida, también deberemos de atender a los requisitos propios del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, que regulara este procedimiento en lo adjetivo, este ordenamiento en su Título Segundo *Sucesiones* establece dos modos para comenzar con un juicio sucesorio, el primero de ellos mediante el Ministerio público o de la Procuraduría para la protección de niñas, niños y adolescentes del Estado de México.

Esta causal tiene como particularidad que se nombre un interventor, quien tendrá el carácter de depositario, y ejerce funciones sólo hasta que

sea aceptado el cargo de albacea, pero, en ningún caso, estará facultado para realizar actos traslativos de dominio.¹³

Cuando el juicio sucesorio comience por la denuncia de una persona, se deberán cumplir con los requisitos de una demanda de juicio ordinario, con algunas particularidades; la primera es que no se nombrará contraparte, sino que se señalarán los nombres y domicilios de los herederos conocidos, así como la protesta de no conocer a más personas con derecho a apersonarse en el juicio sucesorio, en la sección de hechos, sólo se hará constar de la muerte del autor de la sucesión y en su caso se enunciará el acta de defunción o documento probatorio suficiente anexado a la denuncia. Puede agregarse si se conoce que el autor de la herencia ha dejado testamento o no, en la sección de pretensiones, no se mencionarán lo que se quiere de la sucesión, sino que se hará un breve inventario de los bienes conocidos del *de cuius*.

Cabe señalar que se puede denunciar una sucesión sólo con el interés de que se nombre un albacea o interventor, para lo cual se deben señalar los supuestos herederos legítimos, quienes deberán nombrar un albacea o en su caso, el juez designará un interventor, este modo de llamar a un juicio sucesorio es común cuando se pretende lograr la declaración de derecho en contra de una persona que ha muerto, tal es el caso del tema en estudio.

En este caso, podemos entender que existan dos supuestos, que se quiere demandar a una persona que ha fallecido, por lo tanto, se debe llamar a sus herederos para que estos puedan defender sus intereses; el segundo supuesto resulta más complejo, lo podemos encontrar cuando una persona forma parte de los herederos legítimos y pretende denunciar la sucesión sólo para lograr demandarla.

2. DE LA SEGUNDA SECCIÓN

En la segunda sección, se realizará un avalúo e inventario de los bienes, esta sección resulta relativamente simple ya que sólo se busca que se genere una lista de los bienes que conforman la masa hereditaria y su va-

¹³ *vid.* Tesis: PC.II.C. J/5 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, p. 1449. Y Tesis: PC.II.C. J/5 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, p. 1449.

lor de forma individual y total, pero puede complicarse cuando alguno de los herederos o terceras personas escondan o dilapiden bienes, para esto, se busca que el albacea o interventor nombrado tenga la posesión de los documentos inherentes a los bienes.

3. TERCERA Y CUARTA SECCIÓN

Estas dos secciones contendrán la repartición de frutos obtenidos de los bienes, la administración de bienes y la rendición de cuentas por parte del albacea, no enfocaremos mucho tiempo en esta sección, ya que, para el caso en estudio sólo será necesario denunciar la sucesión y obtener un nombramiento de albacea o interventor que la represente en juicio.

IV. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA O USUCAPIÓN

Entre los medios de adquirir la propiedad encontramos una que es particularmente interesante y es la causa generadora de esta investigación, la prescripción adquisitiva o usucapión; esta última denominación es motivo de un recuento de las instituciones de justicia romanas, ya que su origen en las etimologías *usus* (uso o usar) y *capir* (capir), *tomar el uso*, nos remontan al origen de esta figura jurídica.

En Roma, se creó esta figura como una forma de proteger a las personas que adquirían la propiedad por el paso del tiempo, ya que, pensar que los bienes pueden ser abandonados sin ejercer actos por mejorarlos o cuidar su destrucción era impensable; por tanto, se buscaba que los bienes vacantes o mostrencos fueran aprovechados, de tal manera que se dio vida a la figura jurídica que diera paso a un mejor aprovechamiento de los bienes.

Es necesario hacer la nota de que, en un inicio, cuando existía la división entre los ciudadanos romanos y peregrinos, también se daba una institución propia para los que eran propietarios quiritarios, llamándose esta *praescriptio longi temporis*, que protegía al peregrino contra la reivindicación del propietario.

Con el tiempo y la aceptación de los peregrinos como ciudadanos romanos en la época de Justiniano, esta segunda institución desapare-

ció, con lo cual, la usucapión se volvió única figura que representaba la adquisición adquisitiva.¹⁴

Por otra parte, la denominación prescripción adquisitiva está compuesta por dos términos jurídicos, la prescripción, entendida como la pérdida de un derecho por el simple paso del tiempo y la adquisición, que es una forma de obtener un bien. El término prescripción puede utilizarse en dos maneras, una positiva y otra negativa; la negativa ocurre cuando una persona es liberada de sus obligaciones por no ser exigidos.

La prescripción positiva es aquella que nos interesa; es la adquisición de derechos reales por el transcurso del tiempo.

1. REQUISITOS DE LA USUCAPIÓN

Dentro del Código civil vigente en la entidad se establece el siguiente concepto de usucapión: “La usucapión es un medio de adquirir la propiedad de los bienes mediante la posesión de estos, durante el tiempo y con las condiciones establecidas en este Código.”¹⁵

Es necesario precisar algunos puntos referentes a esta institución, ya que, por lo general, la gente piensa que, después de pasar unos años viviendo en un lugar se convierten en dueños del inmueble, lo cual es falso, pero, aun así, bastantes asesorías en materia de derecho civil pueden ser en este sentido, o peor aún, hay abogados que se empeñan en intentar acciones aun cuando no se cumplen con los requisitos legales de esta institución marcados en el siguiente numeral de la ley antes citada:

Requisitos de la posesión para usucapir

Artículo 5.128.- La posesión necesaria para usucapir debe ser:

- I. En concepto de propietario;
- II. Pacífica;
- III. Continua;
- IV. Pública.¹⁶

¹⁴ SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo, “Las posesiones de largo tiempo en el derecho romano”, *Revista General de Derecho Romano*, n. 32, 2019.

¹⁵ *Código Civil del Estado de México*, op. cit., artículo 5, p.127.

¹⁶ *Ibidem*, artículo 5. P. 128.

a) El concepto de propietario

Este es el elemento que limita el ejercicio de este derecho, ya que si bien, se puede generar una posesión derivada de un acto jurídico como un contrato de arrendamiento, lo cual no genera un título de propietario, tampoco, los actos violentos o de mala fe generan estos derechos.

Consideramos necesario hacer la siguiente precisión, cuando la posesión derive de un acto considerado como delito, se podrá computar el plazo establecido por la ley para tener derecho a demandar la prescripción adquisitiva, una vez que haya prescrito el delito.

Además, del concepto de propietario se necesita un justo título, lo cual, no indica un papel o inscripción realizados; es decir, es un elemento que puede ser acreditado mediante pruebas distintas a la documental pública y privada, tal como rezan las siguientes jurisprudencias:

JUSTO TÍTULO, QUE DEBE ENTENDERSE POR. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO).

Si bien la legislación civil del Estado de Hidalgo no establece en forma expresa el requisito del justo título para ejercitar la acción prescriptiva, lo cierto es que una correcta interpretación de los artículos 881 y 1226 del Código Civil vigente en esa entidad federativa permite concluir que el usucapista sí requiere de acreditar que cuenta con un título justo, que le permite poseer con los requisitos prevenidos en el ordenamiento legal en consulta. En efecto, el artículo 1226 del Código Civil en consulta, dispone que la posesión debe ser en concepto de propietario, pacífica, continua y pública, siempre y cuando hayan transcurrido cinco años cuando la posesión sea de buena fe y diez años cuando sea de mala fe. Por su parte el numeral 881 del mismo ordenamiento legal, dispone que es poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho a poseer y que también lo es el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho; que es poseedor de mala fe el que entra en la posesión sin título alguno y el que conoce los vicios de su título que le impiden poseer con derecho. Finalmente, el dispositivo de mérito aclara que, por título, debe entenderse la causa generadora de la posesión. En consecuencia, si la ley exige que la posesión apta para prescribir,

entre otros requisitos, debe ser en concepto de propietario, habrá de concluirse que el usucapista requiere acreditar que cuenta con justo título, que le permita poseer con aquella característica; aunque desde luego, *ese término no debe entenderse como el documento en el que se haga constar la causa legal traslativa de dominio*, por virtud de la cual se obtuvo la posesión, sino que el justo título requerido para el ejercicio de la acción prescriptiva, debe significar que la causa generadora de su posesión es todo acto jurídico verbal o escrito que produce consecuencias de derecho, y que legitime al poseedor para comportarse ostensible y objetivamente como propietario, mediante la realización de actos que revelen su dominio o mandato sobre el inmueble para hacerlo suyo, *sin importar que ese acto no se haya hecho constar en documento alguno*.¹⁷

JUSTO TÍTULO EN LA ACCIÓN PLENARIA O PUBLICIANA, QUÉ DEBE ENTENDERSE POR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

Para la procedencia de la acción plenaria de posesión o publiciana, como primer elemento se requiere justificar que el actor tenga justo título, el cual se definió en legislaciones civiles anteriores del país de la siguiente manera: “se llama justo título el que es bastante para transferir el dominio” (artículo 1188 del Código Civil del Distrito Federal de 1870) y “se llama justo título el que es o fundadamente se cree bastante para transferir el dominio” (artículo 1080 del Código Civil del Distrito Federal de 1884). De los preceptos anteriores se desprende que el justo título comprende dos supuestos, a saber: a) Uno concerniente a la transmisión del dominio y que, por tanto, constituye un título de propiedad, y b) *El relativo al elemento que en principio sería apto para transmitir el dominio, pero que, debido a un vicio ignorado por el adquirente, sólo le transmite la posesión*. Luego, es pertinente advertir que las nociones de justo título mencionadas no pugnan con el concepto que se contiene en la parte final del artículo 781 del Código Civil para el Estado de México abrogado, pero aplicable, conforme al cual: “Se entiende por título la causa generadora de la posesión.”, pues resulta evidente que el concepto de justo título en sus dos aspectos da origen a la posesión y, por ello, encuadra dentro de lo previsto por dicho dispositivo. Por consiguiente, si se entiende por justo título la causa generadora de la posesión, es

¹⁷ Tesis: XXII. J/1, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, junio de 1995, p. 330. Resaltado añadido.

decir, el acto o fundamento que da origen o transmite la posesión a título de dueño, no hay discusión en cuanto a que el contrato de compraventa que celebre la enjuiciante como adquirente con persona diversa, constituye su justo título, en razón a que, por virtud de la celebración de esa relación contractual, conforme a la ley entra a poseer el inmueble objeto de la controversia.¹⁸

PRESCRIPCIÓN POSITIVA. PARA ADQUIRIR UN BIEN INMUEBLE A TRAVÉS DE ESTA FIGURA, SIN NECESIDAD DE TÍTULO, ES MENESTER QUE SE DEMUESTRE QUE SE ADQUIRIÓ LA POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO O DE PROPIETARIO, Y NO EN FORMA DERIVADA NI PRECARIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE).

El numeral 1157 del Código Civil del Estado establece: “La posesión necesaria para prescribir debe ser: I. En concepto de propietario; II. Pacífica; III. Continua; IV. Pública.”. Por su parte, el artículo 1158 del mismo ordenamiento legal contempla diversas hipótesis en las que procede la prescripción de bienes inmuebles, distinguiendo aquellos casos en los que la posesión se ejerce con justo título, ya sea de buena fe o no, de los que la posesión es sin título. En este último supuesto, la fracción II de este numeral, señala que prescriben en quince años los bienes inmuebles, cuando son poseídos sin título, pero siempre y cuando dicha posesión sea en concepto de propietario y de manera pacífica, continua y pública. Por otro lado, el artículo 1159 establece: “Se entiende por justo título el que es traslativo de dominio.”. De la interpretación sistemática de estos artículos se advierte que cuando se carece de título, no toda posesión es apta para prescribir el bien inmueble, sino sólo aquella que cumple con los requisitos previstos en el artículo 1157 en cita, pues en la fracción II del numeral 1158 sólo se liberó el requisito de demostrar únicamente mediante prueba documental tal circunstancia, pero no de evidenciar que la posesión se tiene en concepto de propietario, esto es, con pleno dominio del inmueble en cuestión, lo cual debe demostrarse en el juicio, aun con otro medio probatorio. Por lo tanto, para que prospere una declaración en el sentido de que se adquirió la posesión en concepto de dueño o de propietario, *es menester que se demuestre la causa que le dio ese carácter, aun cuando sea con medios distintos a la*

¹⁸ Tesis: II.2o.C. J/21, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, abril de 2005, p. 1239. Resaltado añadido.

prueba documental, pues sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción, no así la posesión derivada o precaria.¹⁹

De la interpretación de estas jurisprudencias, podemos agregar algunos puntos importantes que se deben considerar antes de ejercer una acción de usucapión como abogado postulante:

La calidad de poseedor y el justo título no son la misma cosa, pero sí depende de ambas poder ejercer la acción de usucapión. Tomemos un ejemplo común, una persona llega a vivir en la casa de sus familiares, quienes por alguna razón dejan poco a poco el lugar, con lo que el invitado queda como único habitante del inmueble, pero nunca pago los impuestos prediales, recibos o siquiera contribuyo con el mantenimiento del lugar, pero solicita el ejercicio de esta acción.

Al escuchar este caso, un abogado prudente debe señalar los defectos en la calidad de propietario que ostenta el posible cliente, así como la falta de un justo título, ello nos lleva al siguiente punto, la capacidad para ejercer esta acción está en que la transmisión de la propiedad ya fue supuestamente intentada, pero no se logró debido a un vicio; es decir, que no se conjuntan el *animus* y el *corpus* para lograr la transmisión de la propiedad.

Cabe resaltar que en la práctica es común que las personas que intentan esta acción se encuentren con los siguientes problemas, que la transmisión de la propiedad sea imperfecta porque alguna de las partes incumplió con sus obligaciones o que algo impidiera la formalización de la transmisión de la propiedad.

b) *Pacífica*

El segundo requisito para poder ejercer la acción de usucapión es que la posesión sea pacífica, lo cual se refiere a dos situaciones: la primera es que la posesión se haya adquirido sin que mediara la violencia física o emocional; la segunda es que no se hayan ejercido acciones para recuperar la posesión del bien o que éste haya sido objeto de litigio.

¹⁹ Tesis: XXXI. J/5, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, julio de 2011, p. 1880. Resaltado añadido.

La primera de estas formas de posesión pacífica se acredita mediante el justo título, es decir, si una persona adquirió la posesión de un bien a título de propietario, se presume que ha sido de forma pacífica, ya que, en caso de mediar violencia, se estaría frente a un delito y no sería viable ejercer esta acción siquiera.

La segunda forma de la posesión pacífica, no se presume directamente del justo título, sino que atiende a las reglas probatorias, ya que, por regla general, el que afirma está obligado a probar, en cuyo caso, la persona que afirma que su posesión ha sido pacífica debería probar su dicho; sin embargo, esta afirmación encierra una negación *yo no he tenido problemas derivados de la posesión del bien*.

¿Cómo podría una persona probar algo que no ha sido? Para evitar estos problemas, el artículo 5.62 del CCEM señala que se presumirá que la posesión se sigue disfrutando en los términos en que fue adquirida, salvo prueba en contrario, es decir, le corresponderá a la parte demandada acreditar que la posesión no ha sido pacífica.

Para dar claridad a esta situación, es necesario traer a colación las reglas de la prueba contenidas en el CPCCEM, las cuales señalan que:

Artículo 1.254.- El que niega sólo está obligado a probar cuando:

- I. La negativa envuelva la afirmación de un hecho;
- II. Se contradiga la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;
- III. Se desconozca la capacidad;
- IV. La negativa fuere elemento constitutivo de la acción o de la excepción.²⁰

Entonces, si la afirmación del accionante encierra una negativa, la excepción del demandado encerrará una afirmación, la cual podrá ser probada mediante copias certificadas de un juicio derivado de la posesión del bien.

²⁰ Código Civil del Estado de México, op. cit.

c) Continua

Este elemento de la acción hace referencia a la prolongación de la posesión en el tiempo, es decir, que la persona accionante no ha dejado de ostentarse como la propietaria del bien; además de ello, el CCEM nos señala las causas para la pérdida de la posesión:

Artículo 5.63.- La posesión se pierde por:

I. Abandono;

II. Cesión;

III. Destrucción o pérdida del bien o por quedar éste fuera del comercio;

IV. Resolución judicial;

V. Despojo, si la desposesión dura más de un año;

VI. Reivindicación del propietario;

VII. Expropiación.²¹

Encontraremos en estas causales dos supuestos básicos, el primero de ellos es la falta de *animus* para convertirse en propietario del bien, ya que, si el accionante a abandonado, cedido o quedado limitado en sus derechos como poseedor por resolución judicial o actos de terceras personas, realmente no ha cuidado del bien como si fuera suyo.

El segundo de estos supuestos afecta al *corpus* y hace referencia a la destrucción del bien, tomemos como ejemplo un edificio, en el cual se intenta ejercer la acción de usucapión sobre un departamento específicamente, pero el edificio se colapsa durante un sismo, ya no será viable ejercer esta acción.

d) Pública

La posesión pública se acredita por lo general mediante prueba testimonial o confesional, pero también puede realizarse mediante una anotación en el Registro público de la propiedad; este requisito tiende a demostrar que es conocida la posesión por otras personas que pudieran

²¹ *Idem.*

interponer alguna excepción o demostrar que tienen mejor derecho sobre el bien.

V. RECOMENDACIONES EN EL EJERCICIO DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DESPUÉS DE LA MUERTE DE ALGUNA DE LAS PARTES A MANERA DE CONCLUSIÓN

En estos tiempos de dificultades, resulta interesante conocer cómo las personas pueden dejar problemas después fallecer al no haber regularizado sus obligaciones frente al Estado, ya que serán los sucesores quienes tengan que ocuparse de realizar los trámites de regularización de los bienes.

Entonces encontraremos dos escenarios en los cuales la muerte de una persona dará origen a la posibilidad de ejercer un juicio sucesorio y una acción de prescripción adquisitiva; el primero de ellos será cuando el autor de la sucesión haya tenido el derecho a la declaración de un derecho sobre un bien por el paso del tiempo, de tal manera que serán sus sucesores quienes tengan que ejercer la acción correspondiente.

El segundo supuesto se da cuando la persona que muere tenía que realizar alguna acción para que se reconocieran los derechos a favor de una tercera persona, lo cual no es extraño en México, ya que, por lo general, para realizar la venta de un bien inmueble se firma un contrato de promesa de compraventa, en el cual se comprometen las partes a regularizar la tenencia del bien; sin embargo, esto nunca se hace por diversas causas.

1. DECLARACIÓN DE DERECHOS A FAVOR DE LA SUCESIÓN

Cuando una persona muere, puede generar una sensación de vacío en las personas que deja atrás, ya que no estará más para cumplir con sus roles dentro de sus grupos sociales, tal es el caso de los padres, cuando fallecen, sus hijos pueden caer en depresión por falta de ellos o viceversa; del mismo modo, dentro de sus relaciones jurídicas, dejará un vacío que deberá llenarse para que éstas puedan continuar.

El caso en análisis nos lleva a este primer supuesto cuando una persona fallece sin haber realizado el trámite adecuado para generar certidumbre jurídica sobre su patrimonio, por lo que sus sucesores deben buscar una manera de que se logre la declaración de derechos a su favor para poder formalizar la transmisión de propiedad hacia ellos por medio de un juicio sucesorio. Para realizar este análisis de manera más sencilla, establezcamos un caso en específico.

Derivado de un accidente, una persona muere sin haber formalizado todos sus negocios, entre los cuales se encontraba la compraventa de un inmueble realizada a la palabra, el cual, ya había sido pagado, pero por falta del dinero para formalizar la compraventa ante un fedatario no se había inscrito en el IFREM, por lo que entre las partes queda hecha la venta de buena fe, donde media una confianza y amistad de años atrás.

Tras la muerte de esta persona, sus hijos deciden repartir los bienes y negocios de su difunto padre, entre los cuales se encuentra el inmueble mencionado que es donde vivió y aún permanece viviendo su madre, pero se encuentran con la sorpresa de que, pese a pagar el impuesto predial y derechos por el suministro de agua, no contaba con un documento que avalara su propiedad sobre el inmueble, por lo cual, no puede entrar este bien dentro de la masa hereditaria.

Es claro que no es una opción dar por perdido el inmueble y pedir al cónyuge supérstite que busque un nuevo lugar en el cual vivir; por lo tanto, se debe realizar un trámite adicional para lograr la adjudicación del inmueble a esta persona, en este caso, la vía idónea es la demanda de usucapión.

a) Momento procesal oportuno para iniciar la acción de usucapión

Por lo general, la demanda de usucapión se realiza sin tener que responder a un juicio principal que, en este caso, es el juicio sucesorio, por lo cual, debemos tomar algunas consideraciones antes de promover esta demanda.

La primera es la personalidad del promovente, ya que, quien debió haber ejercido esta acción era el difunto padre; entonces, para poder acreditar la personalidad se deben adquirir las facultades para represen-

tar a la sucesión del *de cuius*, las cuales ya han sido mencionadas como las facultades del albacea.

Entonces, antes de poder iniciar un juicio de usucapión para lograr el reconocimiento de los derechos de una persona fallecida, es necesario iniciar un juicio sucesorio y solicitar el nombramiento de un albacea que pueda representar en juicio a la sucesión, tal como lo menciona el artículo 6.226 del CCEM, “El albacea debe deducir todas las acciones inherentes a la sucesión.”²²

Por lo tanto, para poder ejercer esta acción, debemos considerar:

- Denunciar la sucesión de la persona que se consideraba con derechos para solicitar el reconocimiento de un derecho por vía jurisdiccional.
- Lograr que se nombre un albacea que represente los intereses de la sucesión.
- Una vez que se obtiene el nombramiento de albacea, se deberán solicitar copias certificadas que acrediten la capacidad de ejercer acciones en nombre de la persona fallecida.
- Conforme a lo dispuesto en el nombramiento, ejercer la acción de usucapión en contra de la persona a favor de quien esté inscrito el bien sobre el que se considera se tiene un mejor derecho.
- Se debe considerar que no todas las legislaciones civiles locales en México son iguales, hay que cuidar los detalles, ya que, en el Estado de Michoacán, la legislación procesal establece reglas especiales al respecto.²³

Cabe resaltar que, dentro de un juicio sucesorio, se conjugan las voluntades de los herederos, quienes no siempre pueden estar de acuerdo entre sí, por lo cual la legislación del Estado de México previene que,

²² *Idem.*

²³ *vid. Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán*, Diario Oficial de la Federación del 6 de septiembre de 2008. Última Reforma publicada el 30 de junio de 2020. Dentro del juicio ordinario civil número 370/2016.

cuando se haya solicitado al albacea que ejerza una acción en nombre de la sucesión y éste no lo haga, los herederos podrán realizarla.

2. DECLARACIÓN DE DERECHOS EN CONTRA DE LA SUCESIÓN

El segundo supuesto para ejercer un juicio de usucapión ligado a un juicio sucesorio ocurre cuando la acción se ejerce en contra de la sucesión; este caso es muy similar al anterior, ya que, para que ocurra debe existir un acto de origen al cambio de posesión del bien inmueble en calidad de propietario en la cual participe el *de cujus*, pero por alguna razón, no se formalizo con una inscripción en el registro público de la propiedad.

En este sentido, cuando actuemos como abogados de la parte actora debemos considerar que no se puede demandar a una persona que ha muerto y que si la parte demanda muere antes de ser notificada, la acción no será procedente.²⁴

Para realizar con éxito el reconocimiento de derechos derivados del simple paso del tiempo contra una persona que ha muerto, se debe denunciar la sucesión en primer lugar, ya que dentro de este juicio se resolverá quien ha de ser el encargado de velar por los bienes de la masa hereditaria hasta que sean adjudicados los bienes; se debe tener cuidado de que no se haya denunciado la sucesión con anterioridad en un juzgado diverso, ya que esto podría causar una prolongación del procedimiento judicial innecesaria.

Dentro del Estado de México, la ley es benigna dentro de estos procesos, ya que se puede acudir ante el órgano jurisdiccional a denunciar la sucesión y éste podrá nombrar un interventor que actúe en juicio a nombre de la sucesión cuando los herederos no acudan ante la notificación; en caso de que sí acudan y designen a un albacea, será éste quien deba contestar la demanda de usucapión.

²⁴ Esto se puede corroborar revisando la jurisprudencia que al rubro señala: Emplazamiento. Es ilegal si se efectuó después de la muerte del demandado en lo personal y no a través del representante legal de su sucesión (legislación del estado de Puebla). Tesis: VI.2o.C.295 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, marzo de 2003, p. 1723.

Una vez nombrado el albacea, se debe presentar la demanda de prescripción adquisitiva en contra de la sucesión, precisando quién es la persona que ejerce el cargo de albacea y en dónde se puede localizar para su notificación; cabe resaltar que la demanda no es en contra del albacea, ya que éste ejerce un cargo de representación, pero no son sus bienes los que se pretenden usucapir.

Caber resaltar que esta acción se debe ejercer hasta antes de la partición y adjudicación de los bienes, ya que una vez hecho esto, podría considerarse que ha sido interrumpido el requisito de la acción de usucapión de mantener una posesión pacífica.

VI. FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

Treves, Renato, *La sociología del Derecho: orígenes, investigaciones y problemas*, Barcelona, Ariel Derecho, 1988.

Bibliohemerografía

Suárez Blázquez, Guillermo, “Las posesiones de largo tiempo en el derecho romano”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 32, 2019.

Documentos publicados en Internet

CONACyT, *Covid 19 México*, CONACYT, México, 2020, disponible en: <https://datos.covid-19.conacyt.mx/>

Gobierno de México, *Boletín estadístico sobre el exceso de mortalidad por todas las causas durante la emergencia por COVID-19* 9, Gobierno de México, México, 6 al 9 de diciembre de 2020, disponible en: https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/01/Boleti%CC%81n_IX_Exceso_Mortalidad_SE50_MX_10Ene2021.pdf

ONU, *Neumonía de Causa desconocida -China*, WHO, (s.l.e.), enero 2020, disponible en: <https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unkown-cause-china/es/>

Legislación

ACUERDO del 24/03/2020 Por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), Diario Oficial de la Federación, 24 de marzo de 2020.

- Código Civil del Estado de México, Gaceta de Gobierno, 22 de abril de 2002. Última Reforma del 19 de abril de 2021.
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán, Diario Oficial de la Federación del 6 de septiembre de 2008. Última Reforma publicada el 30 de junio de 2020.
- Código Penal del Estado de México, 3 de septiembre de 1999. Última Reforma publicada el 5 de enero de 20201.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917. Última Reforma publicada el 24 de diciembre de 2020.
- O.M.S., Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), febrero 2020.

Jurisprudencia

- SENTENCIA DEFINITIVA. Morelia, Michoacán, 30 treinta de agosto del 2016 dos mil dieciséis. Dentro del juicio ordinario civil número 370/2016.
- Tesis: PC.II.C. J/5 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, p. 1449. Y Tesis: PC.II.C. J/5 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época.
- Tesis: XXII. J/1, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, junio de 1995.
- Tesis: II.2o.C. J/21, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, abril de 2005.
- Tesis: XXXI. J/5, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, julio de 2011.
- Tesis: VI.2o.C.295 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, marzo de 2003.

PARADIGMAS DE LA PRUEBA PERICIAL EN DOCUMENTOS CUESTIONADOS

PARADIGMS OF EXPERT EVIDENCE IN DOCUMENTS IN QUESTION

ANTONIO ROJAS FLORES*

RESUMEN: En este trabajo se presentan los conceptos básicos de las disciplinas relacionadas con los documentos cuestionados. Se analizan los elementos esenciales y accidentales de un documento para poder establecer en cuál de ellos recae una falsificación o alteración; así como las cuestiones que se valoran en un dictamen de grafoscopia y documentoscopia. De este modo, se señala cómo plantear el problema al perito con la finalidad de llevarle al juzgador el motivo o razón para el convencimiento de los hechos discutidos en un proceso.

PALABRAS CLAVE: Prueba pericial; documentos cuestionados; falsificación.

ABSTRACT: This work presents the basic concepts of the disciplines related to the questioned documents. The essential and accidental elements of a document are analyzed, in order to be able to establish in which of them a falsification or alteration falls; as well as the questions that are assessed in a graphoscopy opinion. In this way, it is indicated how to pose the problem to the expert in order to bring to the judge the motive or reason for the conviction of the facts discussed in a process.

KEYWORDS: Expert evidence; documents; falsification; graphoscopy.

Fecha de recepción: 03 de febrero de 2021

Fecha de aceptación: 17 de agosto de 2021

* Maestro en Ciencias Penales y Criminalística. Doctorante en Ciencias Forenses. Especialidad en Grafoscopia, Documentoscopia y Dactiloscopia. Perito en Documentos Cuestionados. Ha impartido diversas conferencias y cursos en Universidades públicas y privadas. Catedrático de la Escuela Judicial del Estado de México.

SUMARIO: I. Introducción. II. Conceptos básicos de las disciplinas afines con los documentos cuestionados. III. Documento, elementos esenciales y accidentales o referenciales. IV. Leyes del grafismo y decálogo sobre los principios científicos en los que se apoya la grafoscopia. V. Principios de idoneidad del material de cotejo. VI. Elementos estructurales y elementos constitutivos. VII. Gestos gráficos y variables. VIII. Signos de falsificación. IX. Elementos que se deben considerar en el estudio documentoscópico. X. Metodología grafoscópica de comparación formal. XI. Conclusiones. XII. Fuentes consultadas.

I. INTRODUCCIÓN

Los juzgadores, investigadores, docentes, abogados postulantes y estudiantes de ciencias jurídicas en todos sus niveles deberán romper paradigmas con el conocimiento de los conceptos básicos de las disciplinas afines con los documentos cuestionados con el objeto de identificar en qué materias se debe ofrecer la prueba y si es idónea para realizar el estudio encomendado según el cuestionario sobre el que versa la prueba y planteamiento del problema. Asimismo, tendrán conocimiento del documento, sus elementos esenciales y accidentales o referenciales para estar en condiciones de poder establecer en qué elemento recae una falsificación y/o alteración, utilizando las leyes del grafismo y decálogo sobre los principios científicos en los que se apoya la grafoscopia; por otra parte, se exponen los principios de idoneidad del material de cotejo con la finalidad de cerciorarse si cuentan con los elementos técnicos suficientes para realizar un dictamen pericial bajo los principios de objetividad, probidad, profesionalismo, imparcialidad, independencia, autonomía y no intervención. De la misma forma, se conocerán los elementos que deben analizarse en un dictamen en grafoscopia (elementos estructurales, constitutivos, signos de falsificación, gestos gráficos y variables); finalmente, se mencionan los elementos que serán estudiados para su valoración en un dictamen en documentoscopia.

II. CONCEPTOS BÁSICOS DE LAS DISCIPLINAS AFINES CON LOS DOCUMENTOS CUESTIONADOS.

- *Documentoscopia*: Se deriva de los dos vocablos de formación híbrida del latín *documentus* y del griego *copain* y *logus*, surgió y tomó cuerpo dentro de la criminalística;¹ por lo tanto, es la disciplina relativa a la aplicación práctica y metódica de los conocimientos científicos de cualquier documento como un todo, cuyo objetivo es verificar la autenticidad o falsedad de los documentos de un modo general sobre las manipulaciones fraudulentas de que hayan podido ser objeto.

Los Del Picchia, refieren que: “Es la disciplina relativa a la aplicación práctica y metódica de los conocimientos científicos, objetivando verificar la autenticidad o determinar la autoría de los documentos”.²

- *Grafoscopia*: Se deriva de las voces griegas a saber, *graphe* que significa escritura y *skopein*, que significa examinar, por lo cual en su traducción más correcta diremos que es “examen de la escritura” en un sentido estricto.

Por otra parte, el estándar de competencia señala que: “Es la disciplina que se ocupa del examen de los grafismos con el fin de establecer su autenticidad o falsedad; determina la técnica de la falsificación y, en algunos casos, identifica al autor de los mismos, es decir, su origen gráfico”.³

- *Grafología*: Para el Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, la grafología deriva de *grafo* y *logia*, “Estudio de la escritura de una persona para deducir de ella su personalidad y carácter; se ha tratado también de crear un sistema aplicable al diagnóstico de

¹ Criminalística. el al. *Kriminalistik*. 1. f. Estudio de los indicios de un hecho criminal con el fin de determinar todos los datos posibles relativos a la víctima o a las circunstancias del crimen (Real Academia Española).

² Del Picchia, José (hijo) Celso Mauro Ribeiro Del Picchia Ana Maura Goncalves del Picchia. *Tratado de Documentoscopia*, segunda edición, Editorial La Rocca, Argentina, 2006. p. 39.

³ Estándar de competencia EC1081, Elaboración de peritajes técnicos grafoscópicos. D.O.F. 25/09/18 pág. 7 de 13.

enfermedades físicas y mentales; pero el valor de la grafología no está científicamente comprobado”.⁴

- *Grafometría*: Capítulo de la grafonomía que aplica criterios matemáticos y estadísticos al análisis gráfico, que cuantifica las diferentes magnitudes del signo inscrito. Empezó siendo un procedimiento de identificación de grafías manuales, pero muy pronto cayó en desuso, al comprobarse sus intrínsecas falencias. Hoy en día se le considera más como un método auxiliar, que busca dar precisión a las valoraciones de algunos aspectos volumétricos y cuantitativos del grafismo”.⁵
- *Caligrafía*: Deriva de las voces griegas a saber, cali que significa bello y grafía, que significa escritura, por lo cual en su traducción más correcta diremos que es “el arte de escribir con letra bella”.

Los expertos en la materia Anatolio González y Agustín Daniel definen a la caligrafía como: “Arte de escribir con letra bella y correctamente formada. Es el arte que tiene por finalidad la realización de la belleza escrita, por medio del cual se realiza determinada letra, escritura o firma, pudiendo definir desde este aspecto, características con respecto a la belleza con la cual se realiza una firma o escritura formando parte de la personalidad escritural y psicológica de amanuense; por lo mismo, perfecciona las evoluciones naturales del alumno en edad escolar, para la obtención del fin que es la plasticidad y belleza de la escritura manual”.⁶

- *Cromatografía*: Es la disciplina que se encarga del análisis de tintas, estableciendo la uniformidad o no de varias tintas.

⁴ *Gran diccionario enciclopédico ilustrado, en 12 tomos*, t. 5, Readers Digest, México, 1979. p.1684.

⁵ Velásquez Posada, Luis G., *Falsedad documental y laboratorio forense*, primera edición, Editorial Rocca, Argentina, 2004. p. 104.

⁶ González Emigdio, Anatolio y otro. *Glosario de Documentos Cuestionados*, primera edición, Editorial INADEJ, México, 2005, p. 51.

- *Criptografía*: Trata de descifrar las llamadas escrituras convencionales, descubriendo claves y sistemas. Es el lenguaje de los códigos.⁷
- *Paleografía*: Trata la escritura en un aspecto histórico. Revela la evolución de los caracteres, procurando conservar los documentos antiguos.⁸
- *Sigilografía*: Es la disciplina dedicada al análisis de los sellos que se utilizan para el cierre de pliegos y la autorización de documentos. Se trata de un método que se emplea en la historia, la arqueología, el derecho, la heráldica, la diplomacia y la genealogía, entre otras áreas del conocimiento.
- *Dactiloscopia*: Deriva de las palabras griegas *daktilos*, que quiere decir dedos y *skopein*, que significa examinar, en su acepción griega significa “examen de los dedos”... Dactiloscopia, según el diccionario de la Lengua Española es “El estudio de las impresiones digitales utilizadas para identificar a las personas”.⁹

De este modo, al tratarse de documentos cuestionados, varias disciplinas examinan el mismo objetivo con finalidades distintas; por lo tanto, al solicitarse un dictamen pericial para determinar su autenticidad, falsedad, alteración o la autoría, basta con ofrecer la prueba pericial en documentoscopia que no hace más que aplicar los conocimientos de todas las demás disciplinas para la solución de los problemas en específico. En consecuencia, no se deberá de hablar de un examen grafoscópico, caligráfico, grafológico, grafométrico, cromatográfico, criptográfico, paleográfico, sigilográfico o dactiloscópico.

Conviene esclarecer que basta con ofrecer la prueba pericial en documentoscopia para que el experto realice un examen general del documento cuestionado bajo los principios de objetividad, probidad y profesionalismo, con el objeto de determinar su autenticidad, falsedad,

⁷ Del Picchia, José (hijo) Celso Mauro Ribeiro Del Picchia Ana Maura Goncalves del Picchia., *op. cit.* 2006, p. 41.

⁸ Idem.

⁹ De Antón y Barberá, Francisco. Juan Vte de Luis y Turégano. *Policia Científica*, Vol. I, 5ª ed., Editorial Tirant Lo Blanch, México, 2012. p. 149.

alteración o la autoría para estar en condiciones de contestar los cuestionamientos sobre los que versa la prueba pericial. Actualmente, existe una mala práctica por parte de los investigadores, docentes, abogados postulantes y estudiantes de ciencias jurídicas en ofrecer la prueba pericial en diversas disciplinas las cuales ya se encuentran integradas en un análisis documentoscópico; por lo tanto, se deben romper paradigmas y ofrecer la prueba pericial únicamente en la materia de documentoscopia para que el experto tenga la libertad de analizar el documento cuestionado en general.

III. DOCUMENTO, ELEMENTOS ESENCIALES Y ACCIDENTALES O REFERENCIALES

Los juzgadores, investigadores, docentes, abogados postulantes y estudiantes de ciencias jurídicas en todos sus niveles que requieran realizar un análisis objetivo de un dictamen pericial relacionado con documentos cuestionados, deben tener conocimiento de las características esenciales como accidentales del documento y en cuál de ellas puede recaer una alteración, falsificación o falsificación por alteración.

En cuanto al documento, *Von Kries* refiere que: “*Documentos son aquellos objetos que poseen un contenido de pensamiento expresado en signos convencionales y que, por medio de tal contenido, deben demostrar un hecho*”.¹⁰

Un documento consta de dos *elementos esenciales o estructurales*, el *CORPUS* o ingrediente material (sustrato o soporte), el *ANIMUS*, mensaje o contenido ideal (formato, texto, contenido ideológico, firmas, sellos, hologramas, etc.) y tres elementos accidentales o referenciales (*autor, fecha y lugar de elaboración*).

“El documento —acabamos de exponerlo— consta de *tres elementos accidentales o referenciales (autor, fecha y lugar de elaboración)* y de dos elementos esenciales o estructurales: *corpus y animus*”.¹¹ El documento puede

¹⁰ Reimundo Urcia, Bernabé., *Verificación de Firmas*, primera edición, Editorial La Rocca, Argentina, 2009, p. 33.

¹¹ Velásquez Posada, Luis G., *op. cit.*, p. 167.

presentar *manipulaciones*¹² voluntarias o involuntarias, variando los elementos esenciales del *corpus*, *animus* y *elementos accidentales* o *referenciales*.

Cuando las manipulaciones voluntarias o involuntarias afectan el *corpus*, dañan las fibras del papel y/o pigmentación, en este caso nos encontramos frente a una alteración; ésta puede ser mediante borrados (físicos y/o químicos), mutilados, perforaciones, etc.; por lo tanto, la alteración recae sobre el *corpus*.

Respecto a la alteración, Anatolio y Agustín Daniel señalan que: "... Si el papel se ha mantenido inalterado en sus colores originales, en la textura de sus fibras y en su encorinado, se debe establecer de manera indubitable, que no se sujetó ninguno de sus espacios en blanco, a proceso de borrado, lavado o raspado, ya que no se perciben huellas de esa clase de imposturas".¹³

Un documento alterado, valga el ejemplo, ha experimentado un cambio en su *corpus* o sustrato fisicoquímico, pero no sólo eso. Al variar su *corpus* ha cambiado también, probablemente, su contenido *ideomoral* o *animu*.¹⁴

Cuando las manipulaciones voluntarias o involuntarias afectan el *animus*, nos encontramos frente a una *falsedad*,¹⁵ estos vicios pueden presentarse en fecha(s), lugar(s), interés, firma(s) o cualquier otro contenido del documento, su *modus operandi* consiste en agregar hojas, textos, renglones, palabras, letras, números, firmas o trazos, con el objeto de

¹² Manipulación documental. *Manipular* es manejar voluntaria e involuntariamente una cosa o trabajar sobre ella con las manos o con algún instrumento. Velásquez Posada, Luis G. en el Capítulo IV. Naturaleza y estructura del documento. 4. *La manipulación documental*. pág. 151. señala que: "*Manipular* -del latín *manipulus*, de *manus*, *mano*- es *operar con las manos*. Los procesos productores en los que hay intervención humana, actividad intencional del hombre, reciben el nombre específico de *manipulaciones*. Entendemos por tales las maniobras realizadas en el escrito en el momento de su elaboración, o más tarde, para mudar de alguna manera su contenido ideal."

¹³ González Emigdio, Anatolio y otros, *Glosario de Documentos Cuestionados*, primera edición, Editorial INADEJ, México, 2005, p. 22.

¹⁴ Velásquez Posada, Luis G., *op. cit.* p. 150.

¹⁵ Falsedad. es el proceso por el cual se realizan una serie de maniobras o manipulaciones sobre un documento para hacerlo pasar como si fuera auténtico en el caso de no serlo en forma total o parcial.

modificar el mensaje o contenido ideal; por lo tanto, la falsificación recae sobre el *animus*.

Las *Manipulaciones del “animus”*.- Como su nombre claramente lo indica, son aquellas que afectan de manera exclusiva el contenido ideal o información de la pieza. Mudan el mensaje sin afectar para nada la objetividad material o *corpus* del documento. Por entrañar un cambio en la función declarativa o representativa del escrito muy frecuentemente constituyen *falsedad*”.¹⁶

Cuando las manipulaciones voluntarias o involuntarias afectan simultáneamente los dos elementos esenciales (*corpus y animus*) del documento, es *viciado*¹⁷ por una falsificación por alteración mixta.

El procedimiento de *falsificación por alteración* consiste en la modificación que sufre el documento en que consta la escritura auténtica, ello con el propósito de cambiar la intención o el sentido original; por ende, sus consecuencias legales o sociales. La *alteración* se puede presentar de diversas maneras: por supresión; por adición o añadido; o bien mixta.¹⁸

En las falsedades materiales por *alteración*, la mutación recae sobre un documento ya elaborado. Se le introducen cambios por *agregación, supresión o sustitución*, lo que lo transforma en falso lo genuino.¹⁹

La falsificación por *alteración* la calificamos de *mixta* cuando la grafía estampada en el documento se *suprime*, sea por borrado, raspado o lavado, pero además, efectuada esta operación, se procede a *adicionar o añadir* sobre el espacio en que se ha suprimido la grafía”.²⁰

El siguiente cuadro sinóptico sintetiza estos planteamientos:

¹⁶ Velásquez Posada, Luis G., *op. cit.* p. 151.

¹⁷ Viciado, defecto de las cosas.

¹⁸ Orellana Wiarco, Octavio A. (padre) y Trinidad, *Grafoscopia autenticidad o falsedad de manuscritos y firmas*, Edición segunda, Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 137 y 138.

¹⁹ Velásquez Posada, Luis G., *op. cit.*, p. 158.

²⁰ Orellana Wiarco, Octavio A. (padre) y Trinidad, *op. cit.*, p. 141.

Documento (Variantes, afectaciones o modificaciones)	En <i>corpus</i> (ingrediente material)	Alteración	Borrados (físicos y químicos), mutilados y/o perforaciones que dañan las fibras del papel y/o pigmentación.
	En <i>animus</i> (mensaje o contenido ideal)	Falsificación	Maniobras o manipulaciones en donde se agregan hojas, firmas, textos, renglones, palabras, letras, números o trazos, con el objeto de modificar el mensaje o contenido ideal (acuerdo o voluntad de las partes).
	En <i>corpus y animus</i>	Falsificación por alteración	La calificamos de <i>mixta</i> cuando se <i>suprime</i> por cualquier medio, pero, además, efectuada esta operación, se procede a <i>adicionar o añadir</i> sobre el espacio en que se ha suprimido.

IV. LEYES DEL GRAFISMO Y DECÁLOGO SOBRE LOS PRINCIPIOS CIENTÍFICOS EN LOS QUE SE APOYA LA GRAFOSCOPIA

El perito en documentos cuestionados debe respaldar las aseveraciones vertidas en las leyes del grafismo y decálogo sobre los principios científicos en los que se apoya la grafoscopia con el objeto de que su dictamen sea confiable y cuente con valor científico.

Leyes del grafismo de M. Solange Pellat.²¹

²¹ Taxis Rojas, Tomás A. *Documentoscopia*, edición segunda, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, 2002, p. 20 y 21.

- 1ª Ley. El gesto grafico está sometido a la influencia inmediata del cerebro. El órgano que escribe no modifica la forma de aquella si funciona normalmente y está lo bastante adaptada a su función.
- 2ª Ley. Cuando uno escribe, el yo está en acción, pero el sentimiento caso inconsciente de esta actuación pasa por alternativas continuas de intensidad y debilidad. Adquieren el máximo de intensidad cuando tiene que realizar un esfuerzo, es decir, en los comienzos, y el mínimo cuando el movimiento de la escritura viene secundando por el impulso adquirido, o sea en los finales.
- 3ª Ley. No se puede modificar voluntariamente, en un momento dado, la escritura natural más que dejando en un trazado la señal del esfuerzo realizado por lograr un cambio.
- 4ª Ley. El que escribe en circunstancias en que el acto de escribir es particularmente difícil, traza instintivamente o bien forma las letras que le son más habituales, o bien formas más sencillas y fáciles de construir.

Velásquez Posada, Luis G menciona una *quinta ley de la individualidad*, en donde señala que: “El cuadro anterior se complementa a menudo con una *quinta ley, la de la individualidad* de la escritura manual, según la cual “Toda persona posee una escritura propia y diferente de las demás”, enunciado que no es otra cosa que una consecuencia del *principio de la especialidad o diversidad* del gesto gráfico. Crèpireux-Jamin destacaba ya este postulado fundamental al decir que “ninguna escritura es idéntica a otra”, y Nuria Folch de Sales lo recalca al prolongar la versión española de su célebre *ABC de la graphologie*: “No hay, ni ha habido, ni habrá dos escrituras idénticas”.²²

Leyes de evolución de la escritura según *Buquet*.²³

1. *Ley del abatimiento del nivel gráfico*. En todos los casos de modificación voluntaria y natural, un escrito de nivel bajo no puede ser atribuido a un escribiente de nivel gráfico elevado. El fenómeno es más claro, inclusive, a la inversa: Nadie puede simular un nivel gráfico superior al que le es propio. Esto, como decía Matilde Ras, sería tan difícil como fingir que se sabe montar una bicicleta.

²² Velásquez Posada, Luis G., *op. cit.*, p. 572.

²³ Velásquez Posada, Luis G., *op. cit.*, pp. 573 y 574.

2. *Ley de conservación del ritmo personal*. Los diversos cambios de movimiento, presión, dimensión, dirección e inclinación, orden, sistema de ligazón y continuidad, son constantes en cada escritor.
3. *Ley de liberación de las impulsiones motrices*. El esfuerzo imitativo depende de la longitud del escrito. Un falsificador no puede mantenerlo indefinidamente. Deja escapar, inevitablemente, características de su propia escritura.
4. *Ley de los ajustamientos iniciales (Saudek-1928)*. Todo inicio de trazo tiene un tiempo muerto. La simplicidad y reducción de estos ajustamientos permite evaluar la espontaneidad del escrito.
5. *Ley de la degeneración de la escritura (Michaud-1930)*. La aceleración de la escritura aumenta la inclinación de las letras y embota (pierde) las formas, pero mantienen sus *recorridos* característicos, sus *ductus*.
6. *Ley de retorno a las formas gráficas infantiles (Michaud-1930)*. La facilidad de asimilación conduce instintivamente a simplificar las formas de las letras conservando un esquema expresivo.
7. *Ley de evitación (o reflejo de evitación) de Michaud*. Los ajustes interlineales se componen generalmente en función del espacio disponible, evitando tocar los trazos anteriores.

A parte de las leyes de la escritura señaladas, Silveyra, Jorge O. señala las siguientes:

- Cada personalidad escritural soporta cambios graduales en el curso de la vida del escritor, pero manteniendo los elementos básicos de la misma.
- La personalidad gráfica de una persona puede disminuir en calidad muy rápidamente, debido a una declinación física, resultante de distintas enfermedades o de avanzada edad.
- Pueden producirse cambios transitorios en la escritura de una persona por razones físicas y mentales temporarias, tales como la fatiga, tensión nerviosa, intoxicaciones o distintas enfermedades.
- No es posible mejorar la calidad de la escritura sin una larga práctica y entrenamiento efectuados durante un cierto lapso.

- Una falta de uniformidad en la ejecución y la forma de la escritura, especialmente en escritos largos, es una característica típica de falsificación.
- Las variaciones en la escritura de una persona son menores entre escritos realizados en un mismo momento, que entre los más distantes en el tiempo.²⁴

El texto titulado *Grafocrítica*, del autor Félix del Val Latierro, contiene un decálogo sobre los principios científicos en los que se apoya la Grafoscopia, el cual a continuación se transcribe:

- 1º El alma y el grafismo están en relación permanente de causa y efecto.
- 2º El alma es un complejo infinito; y así como no hay dos almas iguales, tampoco existen dos grafismos iguales.
- 3º El complejo anímico se modifica por el complejo fisiológico: tonalidad nerviosa, muscular y glandular, el cual reviste igualmente una variedad infinita, por lo que resulta, si así se puede decir, un infinito modificado por otro infinito.
- 4º El complejo anímico y la tonalidad general fisiológica definen o determinan la fisonomía del escrito, independientemente del órgano que la ejecuta, si este está adaptado a la función (ambidextros, zurdos, reeducados, escritura con los pies o con la boca), e independientemente también del alfabeto empleado (latino, griego, eslavo, germano, árabe, etc.).
- 5º Los estados de conciencia, pasajeros o permanentes, repercuten en el grafismo, así como las variaciones de la tonalidad general (Experiencia de Ferrari, Hericourt y Richet).
- 6º La escritura es inicialmente acto volitivo pero con predominio posterior, casi absoluto del subconsciente, lo que explica la permanencia y fijeza de las peculiaridades gráficas.
- 7º No se puede simular la propia grafía sin que se note el esfuerzo de la lucha contra el subconsciente.

²⁴ Silveyra, Jorge O., *Investigación Científica del Delito. Peritajes Scopométricos*, edición primera, Editorial la Rocca, Argentina, 2007, p.p. 30 y 31.

8º Nadie puede disimular, simultáneamente, todos los elementos de su grafía, ni siquiera la mitad de ellos, lo cual es una consecuencia de lo anterior avalada por la experiencia (Saudek).

9º Por mucho que lo pretenda el falsificador o el disimulador, es imposible, en escritos extensos, que el subconsciente no le juegue alguna mala pasada, revelando la verdadera personalidad del escrito falsificado o disimulado.

10º No todos los signos gráficos tienen el mismo valor. Los más importantes son aquellos que son invisibles o poco aparentes, pues son los que escapan lo mismo en la imitación que en el disimulo.²⁵

Dentro del rompimiento de paradigmas, para la valoración de un dictamen pericial en documentos cuestionados, cualquier configuración gráfica, no puede ser considerada relevante con valor científico, los expertos tienen la obligación de justificarla con base en las leyes del grafismo y decálogo sobre los principios científicos en los que se apoya la grafoscopia; por tal motivo, la importancia de que los juzgadores, investigadores, docentes, abogados postulantes y estudiantes de ciencias jurídicas en todos sus niveles deban conocerlas.

IV. PRINCIPIOS DE IDONEIDAD DEL MATERIAL DE COTEJO

Antes de entrar directamente en el estudio relacionado con la verificación de la falsedad o autenticidad documental, será indispensable detener la atención en las piezas auténticas que serán usadas en esas verificaciones. Los exámenes grafotécnicos son, en general y principalmente, comparativos.

Para que un perito pueda cumplir su encargo pericial de acuerdo con los principios de *objetividad, probidad, profesionalismo, imparcialidad, independencia, autonomía y no intervención*, es necesario desde el punto de vista técnico que los documentos *indubitables*²⁶ y *auténticos de cotejo*²⁷ *deban reunir o cumplir* los siguientes requisitos:

²⁵ Taxis Rojas, Tomás A. *op. cit.*, p.p. 21 y 22.

²⁶ **Documento Indubitable*. Documentos *confiables* que refiere el artículo 1.301 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

²⁷ ***Documento Auténtico de Cotejo*. Documento con reconocimiento tácito, es decir, no

- a) Originales.
- b) Cantidad Suficiente.
- c) Homólogas.
- d) Contemporáneas.
- e) Espontáneas.
- f) Equi-circunstanciales.
- g) Confiables (fe pública, presencia judicial).

De los requisitos señalados, la(s) firma(s) cuestionada(s) sólo deben cumplir uno de ellos: “*que sean originales*”.

Si no se cuenta con la mayoría o algún requisito fundamental señalado, sería riesgoso aventurar una hipótesis y sostener técnica y/o científicamente si la firma cuestionada es auténtica o falsa, pues no estaría soportado técnicamente y podría inducir al perito a una conclusión errónea.

El deber pericial tiene limitantes, con frecuencia se cree que los peritos cuentan con dones adivinatorios o divinos para realizar una opinión técnica, creencia errónea e ilógica. Para que un perito pueda cumplir su encargo bajo los principio de objetividad, probidad, profesionalismo, imparcialidad, independencia, autonomía y no intervención, debe contar con patrones de confrontación tras reunir obligatoriamente los requisitos técnicos apropiados para realizar las operaciones correctas y racionalmente aplicadas según los métodos y técnicas para tal fin, las cuales conducirán al perito a la solución del problema. De este modo, completar el examen pericial, cuando al perito no le fueron proporcionados los patrones de confrontación con los elementos técnicos apropiados para rendir su dictamen, no habrá mayor deshonor de manifestar su impedimento al actuar de acuerdo con los principios anteriormente señalados.

objettato por alguna de las partes, por su naturaleza *el grado de confiabilidad la dará el experto* (es quien decide si es confiable o no para su cotejo), considerando que existen casos en que las firmas llamadas “*auténticas*”, no fueron objetadas y no provienen de sus titulares, por lo tanto, éstas son falsas, lo que lleva al cotejo al error.

Actualmente existe una mala práctica en el ofrecimiento de la prueba pericial en cuanto no hacerle llegar al experto el material técnico adecuado para el cotejo; por lo tanto, los juzgadores, investigadores, docentes, abogados postulantes y estudiantes de ciencias jurídicas, en todos sus niveles, deben romper paradigmas y tener conocimiento de cuáles son los principios de idoneidad del material de cotejo adecuado con el objeto de hacerlo llegar al experto.

V. ELEMENTOS ESTRUCTURALES Y ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

1. ELEMENTOS ESTRUCTURALES

Estos elementos también son llamados *características del orden general*, son aquellos que, valiéndose de los elementos constitutivos, los acoplan de una manera determinada, lo que les da un aspecto peculiar, de forma general al escrito.

Respecto a estos elementos Silveyra, Jorge O. señala que a la primera etapa se le denomina “*Análisis Extrínseco*” y consiste en el estudio general que se efectúa en el campo macroscópico es decir con pocos aumentos, y sirve para dar una orientación hacia la identificación o lograr un descarte; este estudio no permite la identificación, *sólo* puede llegar al descarte o bien en caso de coincidencias extrínsecas, abrir la puerta al análisis intrínseco que *sí* permite dar respuesta definitiva.

Los elementos de orden general se clasifican bajo diferentes criterios, los más comunes son: alineamiento básico, dirección, inclinación, proporción dimensional, presión, velocidad, tensión de línea, habilidad, espontaneidad, angulosidad, espacio interlineal, espacio gramatical, espacio interliteral, tipo de firma, etc.

Por otra parte, la mayor parte de los elementos que producen en *aspecto externo* de las firmas son visibles; por lo tanto, *copiables*, el imitador al percibirlos podrá reproducirlos. De otro lado, el titular de la firma si tiene la intención de negarla posteriormente, podrá a su vez distorsionarlos. Por estas razones, los elementos estructurales “*no son usados para identificar a las firmas auténticas*” sino sólo para *apreciar el parecido* que existe entre las firmas.

2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son todas las líneas que conforman a una escritura. Respecto a estos elementos Silveyra, Jorge O. señala que a la segunda etapa “*Análisis Intrínseco*”, es definitoria con respecto a la identificación y consiste en un estudio pormenorizado, más fino y preciso en el campo microscópico, para buscar detalles íntimos de los objetos en comparación que permitan dar una conclusión definitiva o de certeza.

El estudio de los movimientos o de los gestos gráficos es, en síntesis, el examen del trazo o grama. Viendo lo que sucede con el trazo, en su desenvolvimiento y proyección (o sea el trazado), estarán revelados los movimientos ejecutados por el hombre, en la producción de ese facsímil gráfico. Al comparar esos movimientos con otros homogéneos serán descubiertos los hábitos, que pueden ser comunes a varios escritores, o peculiares a uno solo. Y ahí se revelan los *ideografocinetismos*, en toda su importancia, por lo que adquieren mayor valor cuanto más rara es la peculiaridad.

El desenvolvimiento es la acción gráfica que consiste en el recorrido o trayectoria que sigue el trazo, el cual tiene un punto de partida (en ocasiones puede cambiar de dirección) hasta finalizar a uno de llegada. *Dos desenvolvimientos equivalentes* producen normalmente figuras o formas, de aspecto diferente; entonces, la equivalencia gráfica consiste en la similitud de los desenvolvimientos y no en la igualdad de las formas que producen.

VI. GESTOS GRÁFICOS Y VARIABLES

Definición de gesto gráfico. Son un conjunto de características: graficadas y no graficadas, visibles e invisibles, muy individuales que aparecen antes y durante el acto escritural. Sirven para identificar a su autor de las demás personas.

Requisitos de los gestos gráficos. Cualquier configuración gráfica no puede ser considerada “Gesto Gráfico”. Necesita reunir condiciones o requisitos, éstos son los siguientes: *Que sea constante. *De origen subconsciente. *De aparición automática. *Invisible para los neófitos.

*Difícil de imitar. *Difícil de distorsionar. *De presentación multiforme. *Que sea constante.

Una *variable* aparece cuando existe una diferencia al comparar un manuscrito homólogo de la misma persona.

Si contemplamos que *el hombre no es un ser mecanizado*, se comprenderá fácilmente que sus manuscritos no serán todos perfectamente iguales; de esta manera, ejecutará cambios que se deben a diferentes factores. Asimismo, tiene su sustento en el 5º *decálogo* sobre los principios científicos en los que se apoya la Grafoscopia (5º Decálogo. “*Los estados de conciencia pasajeros o permanentes, repercuten en el grafismo, así como las variaciones de la tonalidad general (experiencia de Ferrari, Hericourt y Richet)*”).

Por otra parte, Velásquez Posada, Luis G. menciona un *Principio de la variabilidad*: “La escritura manuscrita varía al unísono (acorde) con los factores endógenos (dentro del individuo) y exógenos (fuera) que la afectan y determinan”. Los cambios se dan no sólo con el paso del tiempo, sino de un documento a otro y a menudo en un mismo documento.

Los juzgadores, investigadores, docentes, abogados postulantes y estudiantes de ciencias jurídicas, en todos sus niveles, deben tener conocimiento que en un estudio de grafoscopia, de acuerdo con las disciplinas de las comparaciones, por regla general se deberá analizar primero las firmas auténticas después la dudosa, en donde, mediante una evaluación cuantitativa y cualitativa, se identifican, describen y señalan las características relevantes y variables del autor, los cuales se cotejan con la firma cuestionada, con el objeto de identificar su autenticidad o falsedad.

VII. SIGNOS DE FALSIFICACIÓN

Los signos de falsificación son toda evidencia graficada y no graficada que aparecen en las firmas falsificadas (las firmas auténticas no presentan tales características). La detección de las firmas falsificadas depende en mucho de la capacidad para detectar estas señales, indicios o evidencias.

Balbuena Balmaceda señala que:

Signos delatores de la falsificación por imitación servil. Lentitud de ejecución. Porque tiene que copiar la firma auténtica que le sirve de modelo. *Presión uniforme.* La lentitud de ejecución no permite que aparezcan la fluctuación de la presión. *Temblor de trazos.* El falsificador suele estar nervioso. *Paradas del lapicero.* Por desconocimiento de las proyecciones gráficas. *Levantamiento del lapicero.* Para mirar el patrón que está imitando. *Retomas de trazos.* Esto como consecuencia del levantamiento del lapicero. *Rectificaciones.* Cuando se percata que la falsificación no es correcta. *Retoques.* Para otorgar un mejor falacimilidad a la firma falsa. *Mala interpretación: movimientos, presión y velocidad.* No corresponderán a los de la firma auténtica. *Camuflados.* El imitador que desea que exista dificultad en la observación de la firma no dudará en interferir su observación poniéndole un sello, tapón o ensuciándola. *Diferentes medidas de los RGC.* Los emplazamientos de la firma falsa suelen no corresponder a los del titular de la firma auténtica. Además de lo señalado, por el poco dominio que tiene el falsificador, en la ejecución de la suplantación, también podremos encontrar: -Falta de proporción entre las grafías falsificadas. -Algunas letras de la firma suplantada serán diferentes del patrón autentico. -La firma falsificada, tiende a ser más grande que el patrón original.²⁸

Gonzalo Carro Maceda²⁹ señala los signos de falsificación siguientes:
A) Temblor de los trazos. B) Paradas del lapicero. C) Levantamientos del lapicero. D) Brisados. E) Retomas de trazos. F) Rectificación de los desenvolvimientos. G) Retoque. H) Repasos. I) Presión uniforme (lentitud). J) Residuos de trazos. K) Surcos sin escritura. L) Mala interpretación de los desenvolvimientos. M) Borrados. N) Resanados. O) Planchados. P) Camuflados. Q) Lavados químicos.

Como se puede apreciar, los signos de falsificación son específicos los cuales podrán ser identificados por los juzgadores, investigadores, docentes, abogados postulantes y estudiantes de ciencias jurídicas en todos sus niveles, por eso la importancia de que el experto al momento de realizar su dictamen pericial debe coincidir lo manifestado en la

²⁸ Balbuena Balmaceda, José Luis, *Firmas auténticas y detección de firmas falsas*, Edición segunda, Editorial C&S Internacional, Francia, 2003, p.p. 422 y 423.

²⁹ Carro Maceda, Gonzalo, *Grafoscopia Criminalística*, edición sexta, Editorial Popocatepetl, México, 2008, p.p. 234 y 235.

parte literal con lo ejemplificado con el objeto de probar las opiniones vertidas.

VIII. ELEMENTOS QUE SE DEBEN CONSIDERAR EN EL ESTUDIO DOCUMENTOSCÓPICO

En este estudio, se toma en consideración la evidencia de los procesos de transformación del documento, sean espontáneos o intencionales: evolución e involución del documento, huellas de envejecimiento y manipulación, dobleces, perforaciones, raspados, contaminaciones, lavados, añadidos, etcétera. En la documentoscopia inicialmente se realiza una inspección preliminar mediante los sentidos, seguido de un examen sistemático encaminado a la captación de signos menos ostensibles del documento cuestionado; finalmente se realiza un análisis integral en busca de la lógica y congruencia, demostrado en las fotografías exhibidas.

En documentoscopia se utiliza el método de comparación estructural y/o el método de análisis estructural, en este último no existe estudio comparativo con documentos auténticos y/o indubitables de cotejo. El estudio consiste en el propio documento sometido al análisis documentoscópico, del cual arrojaron las premisas utilizadas en los argumentos de las conclusiones. El análisis físico se realiza a través de los sentidos, principalmente vista, tacto, olfato y auditivo; posteriormente con apoyo de los instrumentos de trabajo utilizados.

Los elementos que hay que considerar en el estudio documentoscópico son cinco:

- 1.- *Superficie escritora o receptor*. Es el material, sustrato, soporte o superficie en donde se redacta y/o diseña propiamente el documento; éste puede ser de diferentes materiales (naturales o sintéticos), dimensiones y colores. Se analizan sus características intrínsecas de elaboración según las especificaciones del fabricante, sellos de agua, hilos de seguridad, etc. Se puede estudiar su composición, dimensiones, textura, color, grosor y dispositivos de seguridad.

- 2.- *Formato*. Es el impreso o fotocopiado previamente elaborado por diversos softwares informáticos y sistemas de impresión, en los cuales aparecen datos fijos como ideas, dispositivos de seguridad, imágenes, espacios en blanco o restringidos para ciertos requisitos variables o específicos, que serán redactados en forma manuscrita, con alguna máquina de escribir mecánica, eléctrica, electrónica o impresora de matriz de punto, inyección de tinta, laser, etc.
- 3.- *Texto o contenido ideológico*. En este examen se analizan los datos variables, texto o contenido ideológico (*animus*) plasmados en la superficie escritora, pueden ser: a) *Personalizado* (Nº de serie, Nº de cuenta, nombre(s), firma(s) impresas, etc.) y b) *Requisitado* (puede presentarse en forma manuscrita, con alguna máquina de escribir mecánica, eléctrica, electrónica, impresora de matriz de punto, inyección de tinta o laser). Los datos variables muestran la verdad intrínseca a la que generalmente se obligan los intervinientes y establece las falsedades materiales tales como retoque, enmiendas, adiciones y erradicaciones, que pueden cambiar el sentido primigenio del documento, al examinar este elemento, se está ante dos posibilidades, que existan alteraciones efectuadas por el propio titular para mejorar el acabado formal del documento sin variar el sentido original o en su defecto se trata de una alteración fraudulenta.
- 4.- *Fecha de elaboración con sus elementos accesorios*. La fecha de elaboración se trata de un factor que está relacionado con la producción del documento y la gradualidad o cronología en que ha sido redactado o escrito el mismo. Los elementos accesorios son los sellos, hologramas, micas, firmas cuando son en facsímil, etc.
- 5.- *Autor representado por la firma y huella*. La firma y huella trazada al pie del documento nos permita inferir la aceptación, representación y autoría, generalmente representa efectos jurídicos, puesto que existe el compromiso de cumplir con el texto o contenido ideológico del documento. Si la firma es impresa su análisis entraría en la personalización de los datos variables y si la firma es en facsímil, entraría dentro de los elementos accesorios.

La importancia de este proyecto radica en que servirá como guía a los abogados que son los que plantean las pruebas periciales, a los peritos que dictaminan realizando el estudio pericial y a los juzgadores que son quienes valoran los dictámenes.

Al abogado le ayudará a poder discernir la pertinencia de la prueba, en que disciplina debe ser ofrecida, sobre qué cuestionario debe versar, cuáles son los elementos que se marcan como dubitables y cuáles como indubitables, cómo interrogar al perito en la audiencia y la forma en que debe inconformarse con un dictamen.

En lo que se refiere a los peritos, esta investigación los apoyará para realizar sus dictámenes bajo el principio de imparcialidad, el principio de independencia en total libertad sin aceptar presión de ninguna índole, el principio de autonomía que le permite elegir y definir su estrategia libremente de acuerdo con los conocimientos y experiencia que posea, el principio de no intervención sin que existan impedimentos para la realización del estudio que se le encomendó.

Asimismo, a los juzgadores les servirá para establecer de forma correcta los criterios de valoración del estudio pericial con libre albedrío, utilizando las máximas de la experiencia, su sana crítica, la lógica al verificar las fotografías de lo que se describe con lo que se ve, y de esta manera no realizar valoraciones inadecuadas, ya que debe contar con los elementos necesarios para justificar su razonamiento y así evitar una falta de valoración, aplicando siempre el principio de credibilidad.

IX. METODOLOGÍA GRAFOSCÓPICA DE COMPARACIÓN FORMAL

La *metodología*³⁰ *grafoscópica de comparación formal*³¹ se aplica con el fin de conocer mediante un análisis extrínseco e intrínseco las *contantes relevantes* que se deben a la mecanización, reflejos y evoluciones del sujeto que, a su vez, son apoyadas por circunstancias automáticas, fisiológicas, síquicas de cada individuo y de la misma manera, conocer las *variables* con

³⁰ Metodología. es un conjunto de métodos. Método. es el procedimiento o camino que sigue el investigador para hacer de su actividad una práctica científica.

³¹ *Formal (formalidad)*. Que cumple con las condiciones necesarias, requisitos o reglas establecidas para realizar el cotejo.

finde de identificación. Esta metodología posee leyes bien definidas que ayudan a la interpretación de los resultados de las comparaciones, comprende el estudio físico de las cosas y evidencias en general, sin alterar ni destruir la materia o el objeto de peritación, asimismo, aplica conocimientos de la lógica investigativa para resolver problemas periciales. El proceso de comparación consiste en encontrar elementos coincidentes o no en calidad y cantidad suficiente para poder abrir juicio categórico y es fundamental para arribar a conclusiones de identificación o descarte.

La *metodología grafoscópica de comparación formal*, se considera un abanico de diversos procedimientos de análisis gráfico que facilitan la apreciación de fenómenos de interés pericial orientados a la identificación de los manuscritos; por lo tanto, se puede auxiliar de otros métodos con la misma base científica (diferencias formales únicamente, no coloca alguno por encima del otro, es decir, pueden arribar a las mismas conclusiones por caminos diferentes), cuyo origen se basa en las leyes de la escritura que son universalmente aceptadas como son: *El método Grafocinético* (José y Celso del Picchia son los autores de la denominación, aunque no del método, porque, anteriormente, se conocía como *génesis gráfica*, se caracteriza por estudiar los hábitos de los movimientos o gestos gráficos, viendo lo que sucede con los desenvolvimientos y proyección del trazo, es decir, el trazado). *El método Scopométrico* (de las voces griegas *Skopein* o *scopein* mirar, examinar y *Metron* o *metría* medir, es eminentemente de índole físico, se particulariza en sus cuatro etapas; a) la verificación de los principios sobre idoneidad del material en estudio, b) el análisis del soporte dubitado, c) el análisis extrínseco, y d) el análisis intrínseco). *El método grafonómico* (de las voces griegas *graphein* escribir, y *nomos* ley fue acuñado por Edmond-Solange Pellat, no es considerado como arte, sino como un reflejo fisiológico y psicológico del individuo; por ello, se convierte en un elemento identificativo utilizado por todos los países occidentales; se clasifica por: a) su orden, b) dimensión, c) presión, d) velocidad, e) orientación en la dirección, f) inclinación y abreviación, g) cohesión, h) continuidad e i) gesto tipo).

La base de estos métodos se desarrolla con los métodos tradicionales que son:

- El método analítico es la descomposición o desagregación de las partes de la firma y de estas en sus elementos constitutivos, de tal manera que se pueda distinguir y reconocer el índice de diferenciación gráfica, dentro del análisis se realiza un análisis intrínseco el cual consiste en el estudio de pequeños detalles de construcción, que han sido trazados inconscientemente por el titular a través de sus movimientos graficados y no graficados que permiten evidenciar signos peculiares o sobresalientes de alto valor identificativo, y un análisis extrínseco en el cual se realiza el estudio de la estructura de la firma, es decir, se deberá observar la disposición y distribución grafica de los elementos diferenciales de la firma, así mismo se estudia escrupulosamente la constitución de la superficie escritora, el formato preestablecido, la fecha de elaboración, el texto y por último la firma.
- El método sintético permite efectuar el seguimiento visual recomponiendo o juntando los elementos constitutivos de la firma de tal manera que permita una apreciación a visión de conjunto de la firma cuestionada frente a la firma indubitada o autentica de cotejo, con el propósito de fijar y señalar sus rasgos o dominantes gráficas, realizando nuevamente el seguimiento visual de su conjunto que permita determinar la habilidad individual.

X. CONCLUSIONES

Primera: En la prueba pericial en documentos cuestionados es fundamental proporcionarle al experto el material de cotejo idóneo con los elementos técnicos suficientes para realizar un dictamen bajo los principios de objetividad, probidad y profesionalismo.

Segunda: El dictamen en grafoscopia debe contener un análisis de los elementos estructurales, elementos constitutivos, signos de falsificación, gestos gráficos y variables, sustentado con las leyes del grafismo y decálogo sobre los principios científicos en los que se apoya la grafoscopia con los cuales el perito justificará todo lo que afirme o niegue en su dictamen. Por lo tanto, es de vital importancia que la pericial sea ejemplificada con un *estudio fotográfico*³² de todos y cada uno de los docu-

³² *Estudio fotográfico*. Si bien no es requisito para la formulación de un dictamen grafoscópico el que se ilustre con fotografías, son muy importantes, además de ilustrar, *sirven de prueba* de las aseveraciones vertidas por el experto; por otra parte, el lector por sí mismo puede tener la certeza de la objetividad y veracidad del estudio,

mentos y/o firmas analizados para demostrar las opiniones vertidas y el lector pueda identificar las constantes relevantes, variables y, en caso de falsedad, los signos de falsificación.

Tercera: Los elementos que hay que considerar en el estudio documentoscópico son cinco: 1. Superficie escritora o receptor. 2. Formato. 3. Texto o contenido ideológico. 4. Fecha de elaboración con sus elementos accesorios. 5. Autor representado por la firma y huella.

Cuarta: Los juzgadores, investigadores, docentes, abogados postulantes y estudiantes de ciencias jurídicas tendrán las herramientas necesarias para romper paradigmas y formarse un criterio sobre la objetividad o subjetividad de los dictámenes periciales relacionados con los documentos cuestionados.

Quinta: En la época actual, en los asuntos legales dentro de las leyes mexicanas este es el momento cuando resulta de mayor necesidad contar con los conocimientos para poder arribar a una conclusión y valoración exacta que nos lleve a tener la certeza de la procedencia de la manuscritura plasmada en un documento o bien de su falsedad o autenticidad; de esta manera, poder obtener la justicia igualitaria.

XI. FUENTES CONSULTADAS

- Del Picchia, José (hijo) Celso Mauro Ribeiro Del Picchia Ana Maura Goncalves del Picchia. *Tratado de Documentoscopia*, segunda edición, Editorial La Rocca, Argentina, 2006.
- Velásquez Posada, Luis G., *Falsedad documental y laboratorio forense*, primera edición, Editorial Rocca, Argentina, 2004.
- González Emigdio, Anatolio y otro. *Glosario de Documentos Cuestionados*, primera edición, Editorial INADEJ, México, 2005.
- Del Picchia, José (hijo) Celso Mauro Ribeiro Del Picchia Ana Maura Goncalves del Picchia., *op. cit.* 2006.
- De Antón y Barberá, Francisco. Juan Vte de Luis y Turégano. *Policía Científica*, Volumen I, quinta edición, Editorial Tirant Lo Blanch, México, 2012.
- Reimundo Urcia, Bernabé., *Verificación de Firmas*, primera edición, Editorial La Rocca, Argentina, 2009.
- González Emigdio, Anatolio y otros, *Glosario de Documentos Cuestionados*, primera edición, Editorial INADEJ, México, 2005.

toda vez que, es un principio de confiabilidad y valor científico demostrar las opiniones vertidas y diligencias realizadas en que basa su opinión.

- Orellana Wiarco, Octavio A. (padre) y Trinidad, *Grafoscopia autenticidad o falsedad de manuscritos y firmas*, Edición segunda, Editorial Porrúa, México, 2008.
- Texis Rojas, Tomás A. *Documentoscopia*, edición segunda, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, 2002.
- Silveyra, Jorge O., *Investigación Científica del Delito. Peritajes Scopométricos*, edición primera, Editorial la Rocca, Argentina, 2007.
- Balbuena Balmaceda, José Luis, *Firmas auténticas y detección de firmas falsas*, Edición segunda, Editorial C&S Internacional, Francia, 2003.
- Carro Maceda, Gonzalo, *Grafoscopia Criminalística*, edición sexta, Editorial Popocatepetl, México, 2008.
- Readers, Digest, *Gran diccionario enciclopédico ilustrado, en 12 tomos*, t. 5, Readers, Digest, México, 1979.

Legislación

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

VARIOS



"El Estado de México
tiene en su Poder Judicial
una gran fortaleza, porque siempre,
la primera y la última línea de defensa
de las libertades y derechos
son y serán los jueces"

CENTRO VIRTUAL DE MEDIACIÓN: UNA RESPUESTA ANTE LA CONTINGENCIA COVID-2019

SERGIO ARTURO VALLS ESPONDA*

En un marco ideal, la justicia tiene como objetivo atender, responder y solucionar de manera pronta, expedita y ágil los conflictos que surgen de la convivencia diaria de las personas. Bajo ese tenor, se pone al ciudadano como actor principal para la resolución de conflictos; ello, mediante mecanismos alternativos de solución de controversias, que ofrecen soluciones expeditas para evitar que dichos conflictos terminen en sede judicial.

Al tener como eje rector el artículo 17 párrafo tercero de la Constitución Federal, que establece: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.”, y derivado del coronavirus SARS-CoV-2, se pone en operación el Centro virtual de Mediación, cuyo objetivo primordial es garantizar a las personas el acceso a los mecanismos alternativos, aun en etapa de contingencia por COVID-19.

Lo anterior, al emplear los medios y aplicaciones tecnológicas, que permitieron la interconexión entre las personas en los distintos ámbitos: educativo, laboral, familiar, se buscó vincularlo al área jurisdiccional del Centro de Mediación, Conciliación y de Justicia Restaurativa, lo que inició al “Centro virtual de Mediación”.

Así se visualiza e implementa la aplicación de la plataforma zoom para que en conjunto con la labor, compromiso y entrega del personal adscrito al Centro Estatal de Mediación en los 20 Centros Regionales,

* Magistrado. Maestría en Derecho. Director General del Centro Estatal de Mediación, Conciliación y de Justicia Restaurativa del Poder Judicial del Estado de México. Contacto: direccion.mediacion@pjedomex.gob.mx

éste, permita a los ciudadanos el acceder a la orientación virtual, iniciar de procedimientos de mediación-conciliación e incluso sesiones virtuales.

Dentro de los beneficios reflejados de la implementación en del Centro virtual destacan:

- Presencia del Tribunal Superior de Justicia de forma inmediata por medio del Centro Estatal de Mediación, Conciliación y de Justicia Restaurativa del Poder Judicial del Estado de México.
- Se amplía el acceso a los servicios del Centro Estatal de Mediación, Conciliación y de Justicia Restaurativa del Poder Judicial del Estado de México.
- Operación los servicios del Centro Estatal, en auxilio de la población en general y de los órganos jurisdiccionales que así lo requieran, con resguardo del derecho a la salud y acceso a la justicia.
- Generar una pronta respuesta ante las circunstancias imperantes durante la etapa de contingencia sanitaria COVID 19.
- Uso de los medios tecnológicos para responder en forma efectiva y pronta a las necesidades de los usuarios.
- Contención de crisis y estados de ánimo alterados ante conflictos Intrafamiliares.
- Mejora de la imagen del Servicio y Vanguardia Tecnológica.
- Acercamiento el servicio del Centro de Mediación a los usuarios acortando distancias.
- Disminuir costos de traslado para los usuarios.

Ahora bien recapitulando, los conflictos son una realidad que se vivencia en el día y en plena contingencia por Covid-19 en donde el quedarse en casa como mejor alternativa para preservar de la salud e incluso la vida de las personas, tuvo una repercusión a nivel económica, política, social, psicológica y comunicativa, etc., donde, para efectos de contexto, al ser de especial interés para el Centro de Mediación, consciente de la problemática familiar derivada de la situación, decidió no dejar

solos a los usuarios sino acompañarlos en este momento tan complejo en asuntos de distintas índoles como: las convivencias de padres con hijos, conflictos de pareja, conflictos de padres con hijos, cuestiones de alimentos, adeudos relativos a la crisis por la cual se estaba atravesando vinculados a la contingencia, entre otros.

Abanderados en el Párrafo Tercero del Artículo 17 de la Constitución Federal de la Reforma del año 2017 que dice: “Las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, es que se trabaja uno a uno con los usuarios acompañados de un mediador-conciliador quien —apoyado en el uso de las herramientas tecnológicas como lo fue el zoom y a partir de la virtualidad— mediante mesas de diálogo realiza la resolución de conflictos y la comunicación entre las partes con la intención no sólo de que resuelvan su conflicto y eviten llegar a juzgado; sino que prioriza una óptica social en donde la mediación familiar tiene impacto en la célula más importante que es la familia, y que ya sea para su reconciliación o en el otro extremo la separación y temas relativos a menores; brinda la posibilidad de reconstruir la relación familiar y conlleva en la mejora de la comunicación, que tendrá un impacto en los menores y su aprendizaje en relación con el afrontamiento del conflicto.

El proceso de atención, orientación, contención y mediación de asuntos que tienen un conflicto mediante plataformas tecnológicas no es fácil; exige a los mediadores el perfeccionamiento en el desarrollo de habilidades tecnológicas y comunicativas que concatenadas con la aplicación de las técnicas y herramientas ayuden a la deconstrucción del conflicto.

El reto en el proceso de implementación supuso el hecho de que la gente tuviera mayor noción de la actividad que se realiza mediante el Centro virtual, con la finalidad de que advierta el abanico de opciones con las que cuenta para poder enfrentar o solucionar el conflicto. El desconocimiento y la confianza son dos aspectos relevantes ya que, de manera inicial, es necesario que el usuario tome la decisión de ingresar al Centro virtual para poder experimentar el trabajo que se realiza, lo

cual genera confianza de ser una forma adecuada, cercana a las posibilidades de estos para la solución de conflictos.

Si bien es cierto las circunstancias obligaron a usar la virtualidad para acercar a los usuarios los servicios de mediación y conciliación, es rescatable la relevancia respecto al cambio de paradigmas, en el sentido de que permite que las partes advierten que el acceso a la justicia cotidiana, no siempre se puede dar de forma presencial o con la inversión de sus propios recursos; sino que existe la posibilidad de tener este acercamiento tanto con el sistema jurisdiccional como con la parte en conflicto por los medios tecnológicos, que representan una flexibilidad espacial, temporal y de fácil acceso, acorde con las necesidades y posibilidades que ellos tengan.

Hace algunos ayer, era impensable el acceso a estos medios alternativos de manera virtual; sin embargo, hoy ya no resulta una limitante esta forma de acceso a la justicia; por el contrario, debe considerarse una de las principales alternativas de los ciudadanos para tener acceso a una justicia cotidiana de manera pronta, que realmente se dé con base en sus intereses y necesidades y, sobremanera, está más cercana a ellos con ayuda de la virtualidad y las mejoras tecnológicas que hoy tenemos al alcance de la mano.

Con lo anterior se privilegiaron dos derechos fundamentales: el derecho de acceso a la justicia mediante estos medios tecnológicos, sin que ello implique un menoscabo al derecho fundamental de la salud, lo que evita una colisión entre ambos derechos, sino por el contrario, pondera ambos. Se abrió esa gran puerta de acceso a la justicia de manera virtual aun en época de emergencia sanitaria durante el confinamiento por Covid-19, que sigue causando estragos en nuestro entorno.

Para finalizar, la pandemia en efecto tuvo demasiados estragos tanto negativos (pérdidas humanas), como positivos, es relevante resaltar que dentro de los efectos positivos que se logran identificar es: la creatividad para la búsqueda de esas nuevas formas acceso a la impartición de justicia al usar herramientas tecnológicas que permitieron adaptarnos a la nueva normalidad y hacer frente a las necesidades sociales.

Fecha de recepción: 09 de agosto de 2021
Fecha de aceptación: 07 de septiembre de 2021

DERECHOS HUMANOS VS PANDEMIA COVID-19. PRINCIPALES AFECTACIONES

MARÍA DEL CARMEN GARIBAY MANCILLA*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho, tal y como lo indica su definición, al ser el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los hombres en sociedad, va evolucionando a través del tiempo y de acuerdo con las necesidades de las poblaciones por lo que, al estar en constante movimiento, debe estudiarse de cerca para una mejor aplicación; además de establecer los límites con los cuales ha de ser observado para no afectar otras esferas jurídicas.

Con la pandemia Covid-19, se ha transformado no sólo la manera en que llevábamos nuestras vidas de manera cotidiana, sino que, además, ha cambiado la vida jurídica de todas las Naciones, lo cual crea la necesidad de establecer diversos protocolos de seguridad e implementación de políticas públicas para realizar tanto actividades esenciales como no esenciales, y así, no alterar ni afectar el goce de derechos.

Para lograr esa no afectación de los derechos, es de suma importancia que el Estado cumpla con lo establecido por el artículo 1º Constitucional, en el que se advierte su obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; y considerando que este último establece que no puede haber marcha atrás con los derechos ya positivizados, deben buscarse las diversas alternativas para que en estos tiempos de pandemia, y en todo momento, los derechos de los sujetos no se vean violentados por las circunstancias propias del mundo. Si bien no son cuestiones inherentes al Gobierno de México, el numeral citado sí lo sujeta a observar que se cumplan.

* Secretario Judicial en funciones de Oficial Mayor de la Sala Civil de Texcoco, Estado de México. Licenciada en Derecho. maria.garibay@pjedomex.gob.mx

Amen a lo anterior, dicho principio conlleva además, una prohibición de regresividad, donde no pueden emitirse actos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan la tutela de los derechos que ya se han reconocido; por el contrario, se considera que los derechos humanos positivizados son únicamente el punto de partida para su desarrollo gradual.¹

II. AFECTACIONES EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL

La no violación a los derechos humanos por parte del Estado es una tarea compleja, y con la pandemia que aqueja en estos tiempos, podría hablarse de que nos encontramos en una crisis del Estado social, tal y como puntualizan Rafael Enrique Aguilera Portales y Rogelio López Sánchez, en su capítulo “*LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA JURÍDICA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI*” en que se refiere que la única solución para la crisis, es el sistema garantista; sin embargo, los propios lineamientos emitidos para contener la propagación de la pandemia evitan que se ejecute un iuspositivismo crítico, en el que se invita a las autoridades no sólo a emitir juicios de validez de las normas, sino a ampliar su contenido sustancial para evitar la arbitrariedad.²

Lo anterior, debido a que si bien el Poder Judicial del Estado de México ha implementado diversos mecanismos de control y de reactivación de actividades, lo cierto es que varios derechos se vieron vulnerados derivado de los propios protocolos; por lo que tanto el personal de actuaciones, como los propios juzgadores, tuvieron la obligación cambiar la manera en que habría de otorgarse el acceso a la justicia pronta y expedita.

¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. [principio de progresividad.pdf \(scjn.gob.mx\)](https://www.scjn.gob.mx/principio-de-progresividad.pdf)

² Aguilera Portales y López Sánchez, “Los Derechos Fundamentales en la Teoría Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli”, en Aguilera Portales, Rafael Enrique, *Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 53.

III. ACCESO A LA JUSTICIA

Uno de los derechos más violentados lo fue el derecho humano al acceso a la justicia, que se encuentra enmarcado en el numeral 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,³ toda vez de que hubo un cierre de juzgados y áreas administrativas, así como el Centro de Mediación y Conciliación y Justicia Restaurativa, y el Centro de Convivencias del Poder Judicial del Estado de México a partir del dieciséis (16) de marzo de dos mil veinte (2020).

Desde esa fecha, los dieciocho distritos judiciales donde ejerce su jurisdicción el Poder Judicial del Estado de México⁴ cerraron sus puertas, con el único fin de velar por el derecho a la Salud de todos los trabajadores y usuarios que acuden a las instalaciones de las diversas sedes; sin embargo, con esta acción quedaron (momentáneamente), inconclusos todos los juicios iniciados, miles de audiencias sin celebrar, sentencias sin ejecutar, y millones de personas a la espera de su reapertura, lo que vislumbra la violación al derecho referido.

Por lo anterior, no se cumplió con el principio de protección a los derechos humanos el cual implica una acción de inspección de las Instituciones a fin de que se evite la afectación a un derecho, al implementar políticas públicas para prevenir toda afectación, y en caso de que dicho daño se haya consumado, el compromiso de investigar, reparar y sancionar a los responsables;⁵ además de la promesa de no reiterar el perjuicio, se vio cuartado con la llegada de la pandemia, lo que obliga al Estado a establecer políticas públicas para evitar la restricción de derechos.

En tal circunstancia, y considerando la importancia de la administración de justicia, la cual es punta de lanza para el bienestar social y resultado de un Estado de derecho,⁶ el Consejo de la Judicatura del Poder

³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Última reforma publicada DOF 28-05-2021.

⁴ Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, Última reforma POGG 5 de abril de 2021.

⁵ Vázquez Valencia, Luis Daniel, *Impunidad y Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2021, p. 97.

⁶ Poder Judicial del Estado de México, “Misión, visión y objetivo”, *página oficial*,

Judicial del Estado de México, impulsó el uso de la Firma Electrónica (FEJEM),⁷ la cual “es el conjunto de datos y caracteres que permiten la identificación del firmante, que ha sido creada por medios electrónicos bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente a él y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos, la cual produce los mismos efectos que la firma autógrafa”.⁸

Con este mecanismo, los litigantes y usuarios podrían acceder al expediente electrónico, (el cual, también fue implementado por el Poder Judicial del Estado de México en años anteriores, pero con más auge estos últimos años), y ver los acuerdos de sus asuntos, ingresar demandas iniciales y promociones diversas, sacar citas para diversos trámites, etc. Además de que se capacitó al personal para un mejor manejo del sistema.⁹

Con lo anterior, se fortalece el sistema garantista proclamado por el profesor florentino Luigi Ferrajoli, del cual hablan Rafael y Rogelio; es decir, las propias circunstancias conminan al Gobierno a la plena eficacia y cumplimiento de los derechos fundamentales positivizados.¹⁰ Y este caso, con la implementación de medios electrónicos para que todas las personas tuvieran acceso a la justicia.

IV. DERECHO DE CONVIVENCIAS

En materia de familia se violentó el derecho de convivencias de muchos padres y menores al suspenderse por varios meses, pues no existían los protocolos ni las alternativas que hoy se han emitido.

En ese sentido, la garantía establecida por el artículo 4.205 del Código de Civil para el Estado de México, respecto al padre o persona que no cuenta con el ejercicio de la guarda y custodia, fue conculcado puesto

México, (s.f.), disponible en: [Poder Judicial del Estado de México \(pjedomex.gob.mx\)](http://PoderJudicialdelEstadodeMexico.pjedomex.gob.mx)

⁷ Circular 23/2020, Diario Oficial de la Federación, 21 de abril de 2020.

⁸ Poder Judicial del Estado de México, *Manual FEJEM*, México, (s.f.), disponible en: [Manual fejem externos.pdf \(pjedomex.gob.mx\)](http://Manualfejemexternos.pdf(pjedomex.gob.mx))

⁹ Circular 23/2020, *op. cit.*

¹⁰ Aguilera Portales, Rafael Enrique y López Sánchez, Rogelio, *op. cit.*, p. 55.

que si bien se alegó como interés superior de los menores involucrados la protección de la salud, lo cierto es que de igual manera, el derecho a vivir en familia, establecido por los artículos 15 y 16 de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México,¹¹ se vio afectado, puesto que, no se tuvo el contacto regular con las personas que contaban con un régimen de visitas establecido.

Al cerrarse el Centro de Convivencias del Poder Judicial del Estado de México, fueron negados los derechos de miles de padres e hijos, lo que contravino con el objeto y principios rectores de la Ley antes citada, puesto que estos prevén la conservación del “pleno goce, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes...”.¹²

Sin embargo, se implementaron acercamientos por los medios electrónicos y pudieron consumarse múltiples convivencias virtuales, las cuales estuvieron dirigidas por personal de los propios centros, así como de los titulares de cada juzgado.¹³

Finalmente, no es ocioso precisar que si bien, se han implementado muchos protocolos de actuación para tratar de reivindicar varios meses de “cero actividad”, lo cierto es que, la pandemia ha demostrado que no basta con que el derecho se encuentre positivizado para que pueda hacerse efectivo, sino que deben existir instituciones derivadas del Estado, con suficiente personal capacitado y material de trabajo, para que pueda hablarse de una protección efectiva.¹⁴

Queda mucho por hacer, sin embargo, y en un ejemplo de resiliencia global, los individuos debemos adaptarnos antes esta situación adversa y ser empáticos unos con otros, y respetar todas las medidas de seguridad que ha fijado el Gobierno Federal, a fin de frenar los contagios; recordemos que los derechos humanos nacieron para la conservación de

¹¹ Publicada en el Periódico Oficial “Gaceta del Gobierno” el 7 de mayo de 2015. Última reforma POGG 19 de abril de 2021.

¹² *Ídem*.

¹³ Circular 27/2020, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de abril de 2020.

¹⁴ Contreras Nieto, Miguel Ángel, *Diez Temas de Derechos Humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, México, 2002, p. 100.

la dignidad humana, por lo que no sólo el Estado debe cumplir con lo anteriormente visto, sino que cada individuo es responsable de sus actos, aun cuando se encuentra en funciones laborales; por ello, la responsabilidad que tiene la sociedad es igualmente importante, enseñando desde casa la trascendencia del respeto al prójimo y la empatía social.

V. FUENTES CONSULTADAS

Bibliográficas

- Aguilera Portales y López Sánchez, “Los Derechos Fundamentales en la Teoría Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli”, en Aguilera Portales, Rafael Enrique, *Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.
- Contreras Nieto, Miguel Ángel, *Diez Temas de Derechos Humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, México, 2002.
- Vázquez Valencia, Luis Daniel, *Impunidad y Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2021.

Electrónicas

- Poder Judicial del Estado de México, “Misión, visión y objetivo”, *página oficial*, México, (s.f.), disponible en: [Poder Judicial del Estado de México \(pjudomex.gob.mx\)](http://pjudomex.gob.mx)
- Poder Judicial del Estado de México, *Manual FEJEM*, México, (s.f.), disponible en: [Manual fejem externos.pdf \(pjudomex.gob.mx\)](http://Manual-fejem-externos.pdf)

Jurisprudenciales

- Circular 23/2020, Diario Oficial de la Federación, 21 de abril de 2020.
- Circular 27/2020, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de abril de 2020.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Última reforma publicada DOF 28-05-2021.
- Gaceta de Gobierno del Estado de México.
- Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, Última reforma POGG 5 de abril de 2021. Publicada en el Periódico Oficial “Gaceta del Gobierno” el 7 de mayo de 2015. Última reforma POGG 19 de abril de 2021.

Fecha de recepción: 01 de septiembre de 2021

Fecha de aceptación: 12 de octubre de 2021

FALACIAS DE LA MERITOCRACIA

JOSELINNE HERNÁNDEZ DÍAZ*

Conceptualizamos a las “clases sociales” como una categorización en donde la diferenciación se basa en la división de grupos de personas por sus riquezas en común, es la diferencia abismal entre estos grupos lo que parece un impedimento directo para construcción de una sociedad justa. En la icónica obra del Manifiesto Comunista, Karl Marx señala tajantemente que *el motor de la historia es la lucha de clases*, y pareciera entonces que el capitalismo tiene la solución ante esta declaración.

Aquellos que defienden el capitalismo presumen la igualdad de oportunidades que otorga este sistema; por tanto, encontrarse bajo una situación de pobreza es culpa exclusiva del individuo que se permite permanecer ahí.

En mi opinión, esa idea, junto con muchas más, nacen gracias a una falacia meritocrática de la que se hace el capitalismo como premisa para posicionarse en la sociedad como *el mejor sistema*, pues, según plantea, tú ganarás por lo que trabajes, lo cual justifica que la gente que se encuentra en una alta posición económica halló la manera de explotar mejor sus talentos con base en esfuerzos, que su determinación les permitió hacerse de herramientas para mejorar su estatus; mientras que la existencia de gente de bajos recursos en un escenario como el que el capitalismo y la meritocracia nos proyectan, se debe a los malos hábitos, a la mala crianza y a la pereza.

Lo anterior, a razón de que se entiende a la meritocracia como un sistema en el que las altas esferas son alcanzadas gracias a los méritos y las aptitudes de las personas; empero, mi posición es que la riqueza de los individuos pocas veces tiene raíz en la capacidad de superación y en el valor de las acciones individuales, para lo cual me adhiero a la ideología del filósofo John Rawls en su escrito *Teoría de la Justicia*, a lo

* Estudiante de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma del Estado de México. Contacto: joselinne.hz.dz@gmail.com

que él denomina la “*Lotería de la vida*”, que es básicamente la suerte con las que eres o no beneficiado de todas las circunstancias o posibilidades de la cooperación social.

La parte contraria a mí, puede ejemplificar fácilmente el resultado de lo que un arduo trabajo es capaz, que nombra los casos de éxito de aquellos que nacieron en la marginación y se convirtieron en personas acaudaladas o famosas gracias a este sistema meritocrático y capitalista; por ende, aquellos con la suficiente visión e intelecto sabrán utilizarlos a su favor para incluso superar el cumplimiento de sus necesidades materiales. Bajo la superficialidad de esa lógica es fácil romantizar los sacrificios que realizan las personas que viven en pobreza extrema en un intento para mejorar su realidad y así eximir al estado de la obligación de la correcta distribución de justicia.

Para lo cual yo argumento que la popularidad de estas historias de éxito se debe a que son la excepción a la norma creada por la falsa meritocracia de la que se acuña el capitalismo y, es así como se vuelven noticia. Estas ideas ayudan a perpetuar el estigma de la estratificación social que naturaliza y es inquisitiva con las diferencias sociales, que ignora las condiciones sociales, políticas, culturales y económicas de donde nacen los individuos que les facilitan o impiden acceder a una estructura que valore y premie realmente su esfuerzo individual. Estas historias que son una mínima posibilidad ayudan a legitimar la meritocracia, la desigualdad extrema y la exclusión.

Las personas afines a esta percepción meritocrática consideran que la pobreza es una cuestión individual, moral, de comportamiento y de elección; por lo tanto, la pobreza es el resultado de las malas decisiones del individuo y esas mismas decisiones, al convertirse en esfuerzos, son las únicas que permitirán el desarrollo y mejora de la persona, estudiar, prepararse y no querer depender de programas sociales es un factor elemental para la superación económica y personal.

A mi parecer, la meritocracia no puede existir siempre que la pobreza sea un problema estructural y simbólico, y no sólo económico y de competencias. Es una condición y desafío social que no puede ser resuelto individualmente, si bien, hay a algunos que han logrado vencer al sistema habiendo ganado un lugar de valía en la sociedad pese a la

falta de calidad de servicios o de ser originario de un contexto social poco favorable, no se traduce a que la iniciativa personal sea la solución basta para la pobreza.

Del mismo modo, menciono una de las famosas frases de Bill Gates “Nacer pobre, no es tu culpa, si mueres pobre sí lo es”, porque cuando naces con los recursos suficientes para satisfacer tus necesidades de salud, educación, vestido, alimento y recreación, es sencillo poder idear proyectos que te permitan mejorar tu estatus o que incrementen ingresos; pero si perteneces a una clase que hace uso de todo su esfuerzo físico e intelectual para mantener su empleo, con el fin de tener el dinero suficiente para el pago de la renta en una zona con alto índice de inseguridad y que sus hijos puedan asistir a una educación que si bien, no es de primer mundo, lo alejan del contexto y una población con vicios, así, podrían ser añadidos muchos más factores que lamentablemente comparten más de la mitad de la población; entonces, podemos entender la obstaculización para que la mayor parte de los habitantes puedan generar ahorros para invertirlos y obtener una nueva fuente de ingresos o prepararse mejor.

Bajo ese tenor, me permito mencionar una de las ideas centrales de Rawls, en donde refiere que, las desigualdades serán justas siempre y cuando provengan de un trabajo o esfuerzo y no de una herencia.

Así las cosas, mi propuesta versa en que al ser un problema social, la salida puede encontrarse en la colectividad misma, y el primer paso para esto es escandalizarnos en lugar de romantizar que, por dar un ejemplo, un niño tenga que trabajar para ayudar al sustento de un hogar en lugar de estudiar, cuestionar si nuestros logros son meramente propios o se vieron influidos por nuestra ascendencia, que las oportunidades potenciales de las que nos enaltecemos por tener, se deben a nuestros sacrificios o son por la vulneración de oportunidades a terceros.

Tal vez el deconstruirnos de lo anterior permita dejar de repetir y ser parte de la perpetuación de los estigmas a la pobreza y sólo así nos permitamos profundizar que el origen de las circunstancias personales, se encuentran en circunstancias sociales y, al mismo tiempo, erradicar esa visión individualista que la meritocracia nos ha creado.

Para concluir, el mayor desafío social se encuentra en equilibrar las clases sociales, el capitalismo ha ganado terreno en la mayor parte de los Estados gracias a las ideas de la meritocracia que son implantadas en la sociedad, lo que genera el estigma de que la pobreza es un resultado individual y ciega el hecho verídico de que es una condición estructural, política y social. Vivir bajo el concepto de la meritocracia impide analizar que nuestras condiciones de origen pueden ser una determinante para la forma del resto de nuestra vida, y si bien, muchos han logrado beneficiarse de la falsa igualdad de oportunidades, la realidad es que dichas oportunidades sólo te serán otorgadas cuando ya naces con ellas, y poco tiene que ver con la audacia, la pereza, las aptitudes o las incapacidades que poseas.

I. REFERENCIAS

- Banerjee y Esther Duflo, traducción por Mato Díaz, F. Javier, *Repensar la pobreza. Un giro radical en la lucha contra la desigualdad global*, Taurus, Madrid España, 2011.
- Caballero García, Francisco, “La Teoría de la Justicia de John Rawls”, *Iberóforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, vol. I, n. II, 2006. <https://www.redalyc.org/pdf/2110/211015573007.pdf>
- Subinas, John, “Meritocracia: límites, paradojas y riesgos”, *Blog de Centro Internacional de Estudios Políticos y Sociales-Panamá*, Panamá. 2019. <https://cieps.org.pa/meritocracia-limites-paradojas-y-riesgos/>

Fecha de recepción: 04 de junio de 2021
Fecha de aceptación: 01 de octubre de 2021

ENTREVISTA CON EL DOCTOR JOSÉ ANTONIO CABALLERO JUÁREZ, SOBRE LA LEY DE CARRERA JUDICIAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

El 25 de octubre de 2021, el director del Centro de Investigaciones Judiciales realizó una entrevista al doctor José Antonio Caballero Juárez, profesor de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas A.C. (CIDE), para tratar el tema de la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2021. He aquí la entrevista completa:

DR. RAMÓN ORTEGA GARCÍA (ROG): Quiero dar la más cordial bienvenida al doctor José Antonio Caballero Juárez, profesor de la División de Estudios Jurídicos del CIDE, quien hoy nos acompaña para charlar sobre la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación.

Doctor Caballero, quisiera comenzar por preguntarle si considera usted que la reforma al Poder Judicial de la Federación, de la que es parte la Ley de Carrera Judicial, haya sido democráticamente consensuada al interior de este poder. Es decir, si la reforma fue materia de consenso entre jueces, magistrados y demás integrantes del Poder Judicial Federal.

DR. JOSÉ ANTONIO CABALLERO JUÁREZ (JCJ): Yo creo que no, de hecho, hubo algunos cuestionamientos importantes dentro del paquete de reformas desde que estuvo la discusión constitucional, y hubo algunas voces dentro del Poder Judicial Federal cuestionándolo. En algunos casos mucho más discretas por tener ciertas reservas sobre la verticalidad del propio Poder Judicial.

Esto fue bastante problemático, de hecho, en palabras del propio Ministro Presidente; la reforma se hizo directamente por el equipo de la Presidencia de la Suprema Corte, eso quiere decir, que tampoco hubo una participación muy activa del resto de las ministras y los ministros de la Corte en ese sentido. Entonces, ha generado algunas dudas de cómo podrían irradiar sus beneficios, digamos, a favor de los juzgadores, pero este es un primer tema interesante.

Dentro del proceso de aprobación, por ejemplo, desde la reforma constitucional se convocaron a foros, a un parlamento abierto, pero la participación fue limitada; el organismo que agrupa a los juzgadores federales tuvo alguna intervención con distintos magistrados y magistradas. Pero, en general, la recepción de los comentarios por parte de los legisladores fue limitada en cuanto a sus efectos en el proyecto.

ROG: ¿Esa falta de consenso le restaría legitimidad a la reforma?, si así fuera, ¿la falta de legitimidad podría superarse si la aplicación práctica de la ley trajera beneficios?

JCJ: Tendría que superarse con los beneficios y, algo que tenemos que platicar es: ¿hasta dónde hay beneficios?, o ¿qué tipo de cambios estamos teniendo sobre la mesa?

Coincido con usted, el proceso de legitimación de la reforma podría terminar viéndose borrado si la reforma tiene efectos positivos sobre el desarrollo de la carrera judicial, esto es algo que hay que preguntarnos ciertamente: ¿hasta dónde un cambio legislativo por acto de magia va a cambiar la realidad?, esa es una primera pregunta, una segunda es, ¿el contenido específico de esta reforma tiene una incidencia en particular sobre la carrera judicial? de ser así, ¿cómo incide?, ¿qué cambia?

Es aquí, donde podemos hacer un tipo de prospectiva sobre lo que se podría esperar.

ROG: Antes de que se expidiera esta nueva ley, la carrera judicial federal estaba dispersa en distintos ordenamientos; se encontraba regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, pero también en diversos acuerdos del Consejo de la Judicatura Federal; ahora se pretende crear un solo cuerpo normativo para reglamentar los distintos aspectos de la carrera judicial, y pueden hallarse rubros interesantes en el articulado de la ley. Mencionaría, a manera de ejemplo, el perfil de los servidores públicos judiciales. Entre los atributos que todos deben reunir se menciona la aptitud para identificar el contexto social en que se presentan los casos judiciales, y la capacidad para interpretar y argumentar las normas jurídicas, pero existen otras cualidades que parece que se han dejado de lado, en particular, las virtudes judiciales: ¿no

debería ser el tema de la ética judicial un aspecto fundamental del perfil de los futuros juzgadores?

JCJ: Sí, a mí me parece que es importante colocarlo —desde luego— y también añadir algunas otras habilidades que pueden ser importantes para la ejecución y el desempeño de la carrera judicial. Efectivamente, un lineamiento ético creo que es indispensable, pero también ciertas habilidades, por ejemplo, habilidades administrativas.

Los jueces —déjeme ponerlo así— realizan una gran labor administrativa; un Juzgado de Distrito, por ejemplo, tiene no menos de 50 personas, 40 personas dentro de la plantilla, y el juez es el gerente de su oficina también —si se me permite la expresión—. Entonces, ¿en qué momento ponemos atención también a ese tipo de actividades que realiza el juez cotidiana, curiosa o irónicamente más que la de dictar sentencias? Entonces, los perfiles tienen que reflexionar un poquito sobre lo que en la práctica están haciendo los juzgadores todos los días y, esto, efectivamente, es problemático, porque no logramos orientar la capacitación —por ejemplo— para desarrollar estas habilidades.

Una cuestión muy sencilla usted realiza el curso [de formación], logra ganar el concurso, es designado juez, le asignan su juzgado, entonces usted va muy contento el primer día a recibir el juzgado, ¿alguien le enseñó a hacer un acta de entrega-recepción?, va a tener que estar muy pendiente para que no le metan goles en el acta de entrega-recepción porque usted no tiene la menor idea de cómo hacerlo, porque nadie lo capacitó para hacerlo. Y a partir de eso, digamos, entrar en el mecanismo administrativo-judicial —si se me permite la expresión— es muy complicado.

Ahora, puede ser que el perfil que estamos buscando sea el de un juez que esté alejado del tema administrativo, está muy bien. De hecho, yo creo que en la reforma procesal penal, uno de los grandes éxitos ha sido precisamente la introducción del administrador judicial y la separación de los jueces de actividades que tienen que ver con el “ajetreo” diario del funcionamiento —digamos— de un órgano de impartición de justicia. Ahí hay un punto, ha sido polémico, y no ha sido una transición fácil, pero globalmente me parece que los tiros van para allá, es decir, debimos transitar probablemente a tener más jueces y no tanto admi-

nistradores, pero yo no veo esa modificación, ni en el espíritu de esta reforma, ni en el espíritu de la ley.

ROG: Pareciera que la nueva ley contempla demasiadas categorías de la carrera judicial federal; no queda muy claro si va a ser posible organizar concursos de oposición para cada una de ellas; usted qué opina, ¿se justifica que haya tantas categorías?

JCJ: Coincido con usted, hay demasiadas categorías y, aquí no hay una discusión sobre el modelo específico de formación, de hecho, si se quiere ver de alguna manera, lo que está haciendo la colocación de todas esas categorías en la carrera judicial es, de alguna manera, formalizar lo que informalmente se veía, que es [el hecho de] que la gente empieza de oficial judicial y de ahí va subiendo dentro de la carrera judicial. Pero también formaliza esta idea de que, si yo no entro como oficial judicial al Poder Judicial de la Federación, es altamente probable que no pueda entrar de ninguna otra manera, es decir, no hay ingresos transversales.

Parece que hay un esquema —vamos a decirlo con toda claridad— escalafonario y estricto al interior de la carrera judicial y si no entro como oficial judicial, simplemente no voy a entrar. Ahí hay una estupenda pregunta de diseño, pero también hay preguntas incluso dentro de la administración de la carrera judicial, [por ejemplo], que los oficiales sean [parte de la] carrera judicial —yo no lo tengo tan claro—; incluso la pregunta se puede llevar a actuarios o secretarios que tradicionalmente se han considerado como parte de la carrera judicial. Pero, por ejemplo, cuando uno habla con secretarios o con actuarios hay quienes no aspiran a ser juzgadores —están contentos y quieren funcionar como actuarios o secretarios— y hay quienes sí lo hacen. La reflexión aquí es: ¿qué queremos lograr, o en qué queremos avanzar con la incorporación de todas estas categorías?, ¿exclusivamente generar esta perspectiva de concurso y hacer horizontal el ingreso?

¿Qué vamos a ganar con esas condiciones?, ¿esto necesariamente se debe traducir en la formación de mejores cuadros judiciales? No estoy seguro, pareciera mucho más como un intento —digamos— de control generalizado de cómo se está accediendo a la carrera judicial, pero no necesariamente con beneficios muy claros desde la perspectiva de la calidad de la carrera judicial.

Se puede tener algún beneficio haciendo horizontal el ingreso, eso sí quiero reiterarlo, es decir, reducir un poco el impacto clientelar, o el impacto de nepotismo al ingreso de la carrera judicial, pero, mientras no se resuelva el tema de la responsabilidad, tampoco veo que eso va a tener una solución clara, entonces sí, coincido ahí con su análisis.

ROG: La nueva ley prevé la posibilidad de que haya concursos abiertos de oposición al menos para el ingreso a las categorías de oficial judicial y juez de distrito. ¿Cree que ésta sea una condición que beneficie la renovación de los cuadros judiciales?

JCJ: Creo que no, porque la posibilidad de convocar concursos abiertos siempre ha estado, el hecho de que no se convocaran es harina de otro costal, entonces el hecho de que la ley los contemple ahora, no nos está diciendo mucho, está abriendo esa posibilidad, [pero] incluso podríamos decir que está siendo restrictiva. ¿Por qué no convocar a concurso abierto para magistrados de Circuito, por ejemplo? Probablemente sí, la mayor parte de los magistrados y jueces tiene que ser producto de la carrera judicial, pero, ¿por qué no convocar a un concurso abierto en ciertos casos?, ahí hay una pregunta muy importante.

Ahora, por ejemplo, la reforma constitucional detonó la transición de Tribunales Unitarios de Circuito a los Colegiados de Apelación: necesitamos 200 nuevos magistrados, ¿de dónde van a salir 200 nuevos magistrados? Si revisamos ahora el directorio del Poder Judicial Federal, vamos a encontrar que muchísimas unidades jurisdiccionales están operando con secretarios en función de jueces, o de magistrados, entonces, ese flujo de personas al interior del Poder Judicial, yo creo que no está bien pensado.

Además, [hay] otro problema: la pirámide judicial está invertida en el Poder Judicial Federal, qué quiere decir esto, hay más magistrados que jueces —muchos más magistrados que jueces—, se supone que en un Poder Judicial sano, la idea del desarrollo y el crecimiento de la carrera judicial es: de abajo voy empezando y voy subiendo paulatinamente, pero teóricamente tiene que haber más oficiales judiciales que secretarios, más secretarios que jueces, más jueces que magistrados. Y aquí no, aquí no ocurre eso, esto es un problema incluso de política y de gestión del Poder Judicial, y no veo que se haya pensado en eso cuando se decidió

aprobar este cambio, además de que tampoco veo necesariamente una ganancia cualitativa como una integración tripartita, a diferencia de una integración unitaria.

ROG: En el esquema de la carrera judicial federal se ha dejado fuera definitivamente el cargo de ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; en este sentido, ¿considera usted que debería ser incorporada la categoría de ministro a la carrera judicial federal?, y, por otro lado, en cuanto al método de selección de los ministros de la Corte que actualmente rige, ¿le parece que es el más adecuado para nuestro sistema político constitucional?

JCJ: A la primera pregunta, creo que no, y esta discusión también se puede llevar a los Poderes Judiciales de las entidades federativas con relación a los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia; me parece que el requisito único de integración, [el de que el candidato provenga] de [la] carrera judicial, puede ser problemático. Es cierto, me parece que un alto número de esas plazas debe estar ocupada por gente de carrera, porque son los que conocen a la institución, pero en cierto sentido es correcto, es adecuado que exista cierta -déjeme llamarlo así- “ventilación”, en cuanto a la generación de criterios y a la rotación.

Veamos lo que ocurre en la Corte; déjenme ponerle dos nombres específicamente, el actual presidente, el ministro Zaldívar, o en su momento, el ministro Cossío, el papel de uno y otro ha sido muy importante en esta “ventilación” del Poder Judicial Federal y, en particular, de la Suprema Corte de Justicia, y eso no hace que ministras, como la ministra Luna Ramos, por ejemplo, o ministros como el ministro Ortiz Mayagoitia, ya ambos en retiro, o ministros que estén en funciones, como el ministro Pardo Rebolledo, la ministra Piña, o el ministro Aguilar Morales, sean menos [indicados para desempeñar el cargo], pero hace que se complemente muy bien el debate y viene este aire fresco del exterior que la ayuda a ser un tribunal mucho más dinámico. Por eso, creo que la regla de estricta carrera judicial para acceder al cargo de ministro no es necesariamente una cuestión indispensable.

Ahora bien, en cuanto a la designación [de los ministros], tenemos un ejemplo muy complicado, cuando hemos tratado de colocar muchos requisitos en el procedimiento de designación, me refiero a los magis-

trados de la Sala Superior [del Tribunal Electoral], el mecanismo para aspirar a ser magistrado es muy complejo; pasa por la Suprema Corte de Justicia, después pasa por el Senado. A pesar de eso -creo que hay que decirlo con toda claridad-, la calidad de algunos de los integrantes de la Sala Superior deja mucho que desear, y eso no es que lo diga yo, lo vemos en la prensa y vemos esos problemas.

Entonces, yo creo que el truco no está necesariamente en sofisticar los mecanismos de designación, incluso yo diría algo un poquito más intrépido, probablemente el esquema de ternas no le ayuda mucho al proceso de designación de ministros, y lo hemos visto, hay integrantes de ternas que no dan el ancho para muchas cosas y, otra vez, basta con escucharlos hablar, escucharlos hacer planteamientos. El problema es que cuando plantea la terna el presidente de la República, hay cierta -permítanme decirlo así-, impunidad para integrarla, y las críticas se dividen en tres de alguna manera, entonces se suaviza un poco el problema de la idoneidad de la persona que se está proponiendo; lo que yo diría es que el presidente de la República asuma directamente su responsabilidad y enfrente las consecuencias políticas de hacer malas o buenas designaciones, pero sobre una sola persona.

En terna lo que hemos encontrado es que desde la época del presidente Peña Nieto empezó a haber dudas muy importantes sobre las personas que estaban designándose, por ejemplo, la polémica con el ministro Medina Mora; y en el caso del presidente López Obrador, otra vez tenemos muchas polémicas con algunos procesos de designación. Entonces, creo que mientras no tenga un costo político claro, permitirá que siga siendo un proceso muy desigual en sus resultados: han llegado extraordinarios ministros en este proceso de designación, pero también han llegado ministros que no necesariamente dan el ancho para lo que se espera de la función.

ROG: Le propongo ahora entrar a otro tema de la ley; es el relativo a la Escuela Federal de Formación Judicial, anteriormente denominado Instituto de la Judicatura Federal, ¿por qué el cambio de nombre?, ¿obedece a algún tipo de razón relacionada con las funciones que cumple esta institución?

JCJ: En el proyecto de reforma constitucional se dice que es un ejercicio para fortalecer a la institución, yo coincido con la necesidad de fortalecerla, pero el cambio de nombre me parece —en el mejor de los casos— frívolo, es decir, cambiándole de nombre a una institución no necesariamente vas a hacer que funcione mejor, pero si lo que se quiere es una oportunidad para refundar una institución —digamos— con más autonomía en relación con el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal bien vale la pena la apuesta. Ahora, ¿se logra eso?, esa es la pregunta importante, quizá una escuela autónoma es la que debiera determinar qué características deben tener los concursos, debería desarrollarlos, debería tener, digamos, el control de esa parte de la carrera judicial.

En la práctica esto no ocurre, el Consejo de la Judicatura tiene muchísima intervención en este tipo de decisiones de política judicial, si quien dirige la Escuela Judicial logra tener cierta capacidad para colocarse al frente del proceso de toma de decisiones en esta fase de la carrera judicial, yo creo que sería un brinco cuántico para mejorar esta etapa, lo que es capacitación y concursos de selección dentro de la carrera judicial. Me parece que el problema clásico-histórico del Instituto de la Judicatura, hoy Escuela de Formación es precisamente la falta de capacidad de maniobra que han tenido sus distintos directores para asumir políticas judiciales específicas, y ahí hay un problema. Los concursos se han complicado excesivamente, además hay una alta litigiosidad en ellos, se cuestiona qué tanto debe litigarse esto; yo tengo opiniones encontradas, en principio desde un margen —digamos— de lo razonable, y coincido con el planteamiento de la reforma constitucional en el sentido de colocar algunos obstáculos a la sobre-litigiosidad que hay en los concursos, pero en la práctica lo que hemos visto son muchas decisiones discrecionales, y algunos problemas en la organización de los concursos que han justificado esta litigiosidad.

Entonces, si estamos en un borrón y cuenta nueva, soy de la idea de limitar la litigiosidad, pero ¿hasta dónde?, si no nos funciona este otorgamiento de confianza, ¿de qué manera podemos corregir el camino en este tipo de problemas?

ROC: En la nueva ley se prevé que la Escuela Judicial va a ser la responsable de formular los reactivos o el banco de reactivos para los exámenes

de oposición, al menos para la primera etapa de los concursos, y que va a ser la entidad responsable del resguardo de esos reactivos, solo que, a lo largo de la historia, eso ha sido un verdadero problema para la Escuela, y yo quiero preguntarle: ¿por qué no se pensó en alguna otra salida, en alguna otra alternativa para este propósito?, ¿quién debería elaborar los reactivos, y quién debería resguardarlos?

JCJ: Coincido con usted, ese es un problema, y creo que ahí el propio Poder Judicial Federal se ha metido en un callejón sin salida, muy derivado de la sobre-litigiosidad que ha existido en materia de concursos. Los reactivos buscan generar objetividad en el proceso de toma de decisión, reducir subjetividades, nepotismos, compadrazgos, etcétera, pero yo creo que en el fondo esa es una quimera, si vamos a tener confianza en quien dirige el Instituto de Formación Judicial, démosle cierta flexibilidad para que pueda plantear los concursos y los exámenes en las condiciones que estime pertinentes sin la necesidad de tener un banco con diez mil candados de seguridad para tratar de evitar que las preguntas sean filtradas.

Y hay otra pregunta más interesante ahí, que es, ¿y esas preguntas de qué son?, por lo que tengo entendido, la mayor parte de las preguntas del banco son desprendimientos de contradicciones de tesis generadas por la Corte, entonces, lo que hay que aprenderse para estudiar en uno de estos concursos -estoy simplificando- es, sobre todo, criterios de la Corte por contradicción, entonces, a la hora que me hacen una pregunta y no conozco la respuesta porque no conozco en qué consistió esa contradicción, mi respuesta está necesariamente mal. Yo creo que es problemático pensar eso, otra vez, déjeme llevarlo al reduccionismo, pero a un juez de primera instancia cuando la Sala le revoca no lo corre, porque se entiende que en derecho puede haber criterios [diferentes], y mientras el criterio del juez de primera instancia sea un criterio razonable dentro de los estándares de la práctica judicial no hay por qué correrlo, simplemente es una diversidad de criterios.

Sin embargo, para concursar para ser juez, pareciera que lo que se pide es precisamente no tener criterio, es aprenderse de memoria las decisiones de la Corte y aplicarlas en automático, ¿no le parece irónico que un juez que se elige para tomar decisiones, se elija mediante un mé-

todo que le quite precisamente esa discrecionalidad?, pero a eso hemos llegado con objetividad, o con esa pretendida objetividad en materia de concursos, entonces, eso también es problemático. Creo que la respuesta no es seguir formalizando el proceso, sino, asumir que podemos tener cierta confianza en quien organice y, efectivamente haya una buena rendición de cuentas, eso sí.

ROG: La nueva Ley de Carrera Judicial retoma el contenido del artículo 97 de la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que decía que la Escuela Judicial debe contar con un área de investigación encargada de realizar estudios para el desarrollo y mejoramiento de la función jurisdiccional. Más allá de lo que diga la norma, quisiera preguntarle: ¿qué debería hacer la investigación al interior de las escuelas judiciales del país?, ¿por qué tendría que estar ahí?, ¿por qué es importante?

JCJ: Creo que hay algunas áreas de oportunidad ahí. En un entorno donde la Escuela Judicial es crítica y tiene la capacidad de ser crítica, creo que la investigación puede hacer mucho sentido, si la investigación va a estar dirigida por la autocensura y por la autocomplacencia vamos a estar perdiendo el tiempo —básicamente—, pero si puede haber una perspectiva crítica, entonces la investigación puede empezar a generar problemas específicos y soluciones muy concretas para éstos. Un primer problema, ¿cómo capacitamos a los jueces?, que es algo que tiene que ver con lo que hacen los jueces todos los días.

Todo mundo piensa que un juez se la pasa dictando sentencias todo el día; si nosotros literalmente cronometramos qué hace un juez en el día a día, le apuesto que un bajo porcentaje de su tiempo lo dedica a escribir sentencias, o a revisarlas. Piense usted en la cotidianidad del juez, ¿qué es lo que más pesa diariamente?; la lista de acuerdos, sacar el acuerdo del día, ¿cuántos acuerdos dicta un juzgado de Distrito ordinariamente?, a ojo de buen cubero no deben ser menos de 80 acuerdos; el juez debe revisar los acuerdos —quiero pensar—, o lo hizo su secretaria de acuerdos, pero al final el juez los firma, pero en lo que son peras o son manzanas, hay 80 expedientes formaditos afuera de la oficina del juez, todos los días. ¿Cuánto tiempo lleva eso?, ¿cuánto tiempo lleva recibir a gente en el juzgado?, ¿cuánto tiempo lleva resolver problemas cotidianos

de la administración?, “fulanita se peleó con fulanito”, “pues que vengan a mi oficina, vamos a platicar con ellos”. Este ejemplo lo que busca es tratar de mostrar cómo hay ciertos puntos que damos por hecho y que en realidad no conocemos, y la investigación ayuda a generar esto.

Otra cuestión es la de cómo podemos saber quién es un buen juez a no ser que investiguemos los estándares de desempeño. Cuando yo pregunto en el Poder Judicial, ¿quién es un buen juez?, la gente, grosso modo, me puede contestar quién es un buen juez, me dicen; mira, fulanito del juzgado tercero es muy bueno, y puedo preguntar otra vez, quién es un mal juez, hay quienes son un poquito más renuentes, y hay quienes te van a decir, no pues el del juzgado primero es malo. ¿Cuáles son esos criterios?, porque hay mucho consenso en que el juez tercero es muy bueno, y ¿qué hace un juez bueno?, ¿cómo evaluamos a los jueces?, ¿esa idea de que sabemos que el juez es bueno se refleja efectivamente en una visita judicial?, ¿el visitador está consciente y está revisando esos elementos para evaluar el desempeño judicial, o está evaluando otro tipo de elementos? La investigación nos empieza a hacer jugar con este tipo de cosas.

Por cierto, no se necesita tener un área gigantesca de investigación, pero sí probablemente un espacio —insisto— crítico, y la crítica no quiere decir estar en un plan corrosivo todo el momento, sino tratar de generar alternativas de solución y tratar de entender los proyectos. Porque hace un momento yo le decía, el cambio de nombre de la escuela me parece frívolo, pero si vamos a utilizar el cambio como un ejercicio de refundación y le vamos a dar independencia, entonces estoy con él. Estoy siendo crítico, pero estoy dando un lugar también a una salida, y estoy entendiendo más o menos, o queriendo entender qué estaban pensando cuando se hizo este proyecto de reforma. Y me parece que la crítica dentro de la investigación, interna y externa, debería tener ese tono.

ROG: Nos acercamos al final de la entrevista y no quisiera despedirme de usted sin preguntarle: ¿qué opinión le merece la idea de que haya un sistema único de carrera judicial en el país?, ¿sería esto benéfico y, sobre todo, viable?, ¿usted qué opina?

JCJ: Mi primera observación sería si vamos a tener transversalidad entre los Poderes Judiciales locales y el Poder Judicial Federal, si no

hay transversalidad entonces no estamos hablando de un sistema único de carrera judicial, si logramos tener estándares razonables —digamos— equilibrados para la formación de jueces, creo que vamos a tener un avance. Fíjese, cuando hablamos del federalismo aquí, tenemos un problema, el Poder Judicial del Estado de México, por ejemplo, es un Poder Judicial muy fuerte, es grande, pero si lo comparamos con el Poder Judicial de una entidad federativa mucho más pequeña, pues la capacidad de operación de una escuela judicial en ese Poder Judicial es prácticamente imposible, la puede haber, pero el margen de maniobra que puede tener esa escuela es muy pequeño. Si logramos, por ejemplo, regionalizar escuelas judiciales y tratar de estandarizar ciertos programas de enseñanza judicial, creo que sería un gran avance, podríamos hacer cosas muy interesantes.

Pero en este momento, creo que todavía estamos un poquito lejos de esa reflexión, se han hecho este tipo de reflexiones en la CONATrib, en la AMIJ, hay foros donde se ha hecho este planteamiento, pero todavía no hay nada muy aterrizado de cómo debiera verse una Escuela Judicial Nacional, pero si vamos a hacer una Escuela Judicial Nacional yo pensaría que los egresados podrían postularse tanto a un Poder Judicial local como al Poder Judicial federal, pero aquí estamos hablando probablemente de un modelo distinto de carrera judicial, un modelo tal vez a la francesa donde los jueces reciben una formación para ser jueces y no importa lo que hicieron previamente, ni tienen un escalafón necesariamente dentro de una carrera judicial, entonces sí, la carrera judicial está rota, son jueces y magistrados, y después hay otros funcionarios: secretarios, actuarios, oficiales judiciales, pero es un cambio —digamos— completamente en el diseño. Podríamos, en algún momento, hacer que algunos secretarios en algún momento de la carrera puedan optar por ingresar a este Instituto Nacional de Estudios Judiciales —o como le quiera llamar— y una vez que egresen de ahí, tener la oportunidad de postularse para ser jueces locales o federales, claro, mientras existan diferencias importantes en percepciones, mientras existan diferencias importantes en autonomía, las decisiones estarán mucho más complicadas.

Pero, ¿cómo le generamos un piso parejo a la justicia local?, sería la pregunta, y que es una de las críticas también a esta reforma judicial;

que no toca la reforma local, no toca a los Poderes Judiciales locales, y yo creo que sigue siendo un gran reto para todos nosotros pensar qué tenemos que hacer para fortalecer a la justicia local.

ROG: En este sentido, ¿descarta la posibilidad de que la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación pueda servir como parámetro para que los Estados la asimilen en lo que les aproveche?, o bien, ¿podría ser un primer paso?

JCJ: Seguramente se van a utilizar algunos elementos, pero yo diría que no hay grandes cosas nuevas bajo el sol detrás de la ley, usted lo mencionaba, efectivamente ordena y retoma muchas cuestiones de la dispersión normativa existente, estoy de acuerdo, pero no nos libera de mucha reglamentación para su ejecución. Eso, me temo, volverá a generar bastante dispersión para tener un conocimiento integral, entonces —otra vez— podemos llamarle una Ley de Carrera Judicial, podemos colocarla en una Ley Orgánica del Poder Judicial de que se trate, la ubicación no necesariamente nos va a dar una ventaja dramática, y lo que tendríamos que hacer es ordenar mejor qué objetivos queremos lograr con una verdadera carrera judicial.

ROG: Doctor Caballero, no me resta sino agradecerle por su tiempo y por compartir con nosotros sus puntos de vista, creo que son cuestiones muy interesantes que nos incumben como servidores públicos de una Escuela Judicial y de un Poder Judicial local, así que ha sido un privilegio platicar con usted.

JCJ: A ustedes muchísimas gracias por la invitación, un gusto estar con ustedes, un gusto además visitar la Escuela Judicial del Estado de México cuando tuve la oportunidad, he tenido el gusto de dar clases con ustedes algunas veces y, siempre es un gusto, así que muchísimas gracias por la invitación.

RESEÑAS



BRITO, RODRIGO, *EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD. ELEMENTOS PARA EL DISEÑO DE UNA EVENTUAL TEORÍA*, MÉXICO, TIRANT LO BLANCH, 2021, PP. 372.

ESTEFANÍA MARISELA PIÑA PASTRANA

Rodrigo Brito Melgarejo cursó la licenciatura y el doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), graduado de ambas con mención honorífica. Realizó sus estudios de maestría en Derechos Humanos y Democracia en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Es también doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Università di Pisa, institución en la que, por la calidad de su trabajo, obtuvo una beca para financiar su formación doctoral.

Asimismo, realizó estudios de posgrado en la Universidad Carlos III de Madrid y, continuando con su preparación académica, ha estudiado más de 20 cursos y diplomados en México y en el extranjero.

Se desempeña actualmente como profesor asociado “C” de tiempo completo en la Universidad Nacional Autónoma de México, adscrito a la Facultad de Derecho. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) y cuenta con el nivel C dentro del Programa de Primas al Desempeño del Personal Académico de Tiempo Completo de la Dirección General de Asuntos del Personal Académico de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Ha sido beneficiario de la Cátedra Extraordinaria Manuel Ovilla Mandujano, otorgada por el Consejo Técnico de la Facultad de Derecho, así como del Premio Doctor Raúl Cervantes Ahumada 2018, por obtener el primer lugar en la categoría de Doctorado en Derecho con la mejor tesis del Programa de Posgrado en Derecho.

Sus líneas de investigación comprenden: los mecanismos jurisdiccionales de control, la protección de los derechos humanos, el diálogo jurisdiccional, la evolución constitucional y el cosmopolitismo jurídico.

Su obra escrita produce conocimiento de frontera en estos ámbitos, lo cual se ve reflejado en los más de 80 textos que ha publicado en México y en el extranjero. Dentro de su producción científica, se incluyen: 12 libros (seis de ellos en coautoría); 19 artículos en revistas especializadas; 23 capítulos de libros y artículos en obras colectivas; así como 27 textos, entre los que se encuentran reseñas, prólogos, presentaciones y voces en diccionarios de derecho. Además, es compilador de una obra sobre textos de doctrina italiana; coordinador de un vademécum de términos jurídicos; y traductor de dos libros del italiano al español y de siete textos publicados en revistas u obras colectivas.

Ha fungido como consejero editorial de la revista *Cauces*; de la revista electrónica *Perspectives on Federalism* del Centro Studi sul Federalismo de Moncalieri, en Turín; y de la Revista del Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente, es integrante del Consejo Asesor de esta última publicación y del Comité Editorial de la Facultad de Derecho.

Durante su carrera docente, ha impartido: más de 50 cursos en dicha Facultad, por lo que ha tenido la oportunidad de participar en la formación de más de dos mil estudiantes de licenciatura y posgrado; y 27 cursos en otras instituciones.

Por su notable y prometedora trayectoria docente, el doctor Rodrigo Brito Melgarejo es merecedor del Reconocimiento Distinción Universidad Nacional para Jóvenes Académicos 2020 en el área de Docencia en ciencias sociales.

Esta obra es una investigación académica profunda que aborda un tema que llama la atención por sí mismo, que incluso es motivo de discusiones académicas, pero que en muchas de las ocasiones se olvida su planteamiento teórico; por ello, el autor trata de sentar las bases de una posible teoría sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad.

Este libro integra en él muchos elementos para la construcción de una teoría del control jurisdiccional de constitucionalidad que permite al lector tener un panorama de lo que es el control constitucional. Con esta investigación, como lo señala el autor busca fijar un conjunto de ideas de las que se extraigan postulados que contribuyan a formar un

bagaje teórico sobre el control jurisdiccional que posteriormente pueda profundizarse o replantearse en función de las críticas que pudiese generar.

En la introducción, el autor aborda conceptos que servirán como cimientos para la formulación de una eventual teoría, indicando sucintamente lo que abordan sus capítulos, señalando además que no es posible construir un modelo único de control, sino sólo establecer unas variables que pueden contribuir a que los sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad sean eficaces y cumplan su principal cometido: la defensa de la constitución, así como los valores, principios y reglas que de ella emanan.

El texto se encuentra estructurado en seis capítulos. Dentro del primero, el autor fija los conceptos fundamentales sobre los cuales versará su investigación, como lo es la constitución, su estructura, fines, su supremacía. Indica que la constitución debe de ser entendida no sólo como ley, fuente de derecho en general, o ley que dicta las reglas fundamentales del Estado, sino también como norma fundamental que goza de una cierta superioridad. Nos indica que la estructura de la constitución es formal y material y que en ella se tienen normas completas, normas incompletas, normas de aplicación inmediata y de aplicación diferida, normas de definición de valores, normas inevitables de reenvío a otras normas, normas organizadoras, normas garantizadoras, normas programáticas, normas coactivas y principios expresos o no expresos. De igual manera, indica el concepto, finalidad, estructura y objeto de control; así se llega al control jurisdiccional de constitucionalidad, señalado como un poder que tutela los valores expresados institucionalmente, protegidos por la autoridad controlante frente al ejercicio concreto de ciertos poderes, se estructura en un juicio sobre la normalidad del modo de actuar de los operadores jurídicos.

Así el autor menciona que el control jurisdiccional de constitucionalidad es un instrumento indispensable que tiene como finalidad salvaguardar los valores contenidos en la constitución por medio de la verificación de la constitucionalidad y con ello mantener la vigencia y eficacia de la constitución.

Posteriormente, en el segundo capítulo el autor señala algunos antecedentes del control jurisdiccional de constitucionalidad, las fases históricas de su desarrollo y los Estados en que se presentaron; con ello, determina los modelos que se fueron reafirmando y que sirvieron como prototipo para aquellos países que con posterioridad adoptaron un sistema de control de constitucionalidad de tipo jurisdiccional. Entre esos modelos está el americano que exige una inmediata aplicación de la norma fundamental y refleja una concepción muy alta de la constitución, que es considerada como una “ley superior” mediante el principio de supremacía. También cobra relevancia el austriaco en el que la existencia de un control de constitucionalidad debía ser ejercida por un jefe de estado; el tercer modelo se caracteriza por que el órgano encargado de declarar la inconstitucionalidad es un órgano único y especializado, pero los jueces participan en el control de constitucionalidad.

En México, el control de constitucionalidad ha cambiado con las reformas de junio de 2011. La Suprema Corte de la Nación reiteró el control concentrado de constitucionalidad, introdujo el control difuso y estableció las condiciones generales de aplicación y alcance del principio *pro persona*.

La organización, estructura y funcionamiento de la jurisdicción constitucional, se aborda en el tercer capítulo, explica por qué los órganos de control no sólo son órganos constitucionales y con carácter jurisdiccional, sino que son también órganos políticos cuyos integrantes son los jueces constitucionales que varían en número en las distintas regiones de mundo. Por lo que hace a su estatuto jurídico de estos jueces constitucionales, el autor menciona que deben de tener una sólida formación jurídica, una conducta responsable y ajustada a principios éticos, además de una adecuada experiencia en el campo del derecho y ciertas características que aseguren su probidad. También menciona otras formalidades que deberá tener los jueces constitucionales como la nacionalidad, edad y duración del mandato. Con estas aportaciones se evidencia que hay muy pocos estudios teóricos del tema.

Dentro del capítulo siguiente, el autor aborda los aspectos generales del control jurisdiccional de constitucionalidad, el parámetro de control los actos que son objeto de estudio y los vicios de constitucionalidad, por

lo que Brito Melgarejo señala que el parámetro de control es la constitución y el fundamento del parámetro constitucional lo es la dignidad de los seres humanos y su carácter meta democrático como elemento más importante, así como ciertas características extra textuales como lo es la relatividad y la apertura de la constitución. Dice el autor que también hay un parámetro alargado que lo constituye fuentes concebidas externamente como lo son los tratados internacionales y convenciones. De igual manera, se señala que el objeto de control jurisdiccional de constitucionalidad son aquellos actos normativos y comportamientos de autoridad cuya constitucionalidad sea puesta en duda ante la jurisdicción encargada de ejercer el control. En la parte final de este capítulo, se habla de los vicios de constitucionalidad pueden dividirse en formales, materiales y de competencia.

Por lo que respecta al capítulo quinto el autor analiza las funciones de los órganos jurisdiccionales de control, las implicaciones que tiene la fase admisoria, la tarea interpretativa y de argumentación que realizan así como los tipos de sentencias que se valen los órganos controlantes para resolver los casos que se les presentan. Al respecto dentro de estas funciones que desempeñan estos órganos están la interpretación y la argumentación de sus sentencias: en la admisión de los procedimientos se observa que se revisan los elementos formales y materiales de las peticiones, para verificar si el acto procesal por medio del cual se pretende pone en marcha la maquinaria del control de constitucionalidad cumple con los requisitos establecidos. Se mencionan las potestades que tiene este órgano encargado del control de admisión como lo es la subsanabilidad de vicios, rechazo de las demandas con vicios insubsanables, los vicios materiales de inadmisibilidad deben estar legalmente tasados, la motivación de las resoluciones de inadmisibilidad y su impugnabilidad. Por lo que hace a la actividad interpretativa de los órganos de control, el autor esboza muchas técnicas “hacia abajo” de la constitución; sin embargo, las “técnicas hacia arriba” tienen mayor interés, ya que se dan por medio de la actuación de tribunales supranacionales y es que la internacionalización de los derechos ha implicado la firma de convenios y tratados internacionales de derechos humanos, esta labor interpretativa y de argumentación es determinante en el sentido de las decisiones que toman. Señala que la interpretación constitucional siempre debe

prevalecer el contenido teleológico o finalista de la constitución y que además la constitución debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal y práctico. En la parte final de este capítulo, el autor resalta la importancia de las sentencias y los tipos de sentencias como la admisoría, apelatoria, típicas, atípicas, reductoras, explicando cuales son las particularidades de cada una de ellas.

Dentro del penúltimo capítulo el autor habla del papel de los órganos jurisdiccionales de control en el estado constitucional, por lo que pretende demostrar que esta actividad de control se encuentra en una posición privilegiada dentro de la función del estado. Aunado a eso, se señalan los efectos que tiene este tipo de control en las instituciones, su dinámica en la democracia y su influencia en los estados y el control jurisdiccional de constitucionalidad y la política; los beneficios que el control jurisdiccional de constitucionalidad ofrece al mundo de los derechos, al respecto Rodrigo Brito señala que uno de los fines más importantes del control de constitucionalidad es garantizar por medio de la estabilidad de la constitución, la paz social.

Finalmente, el último capítulo determina si es viable la concepción de una teoría de control jurisdiccional de constitucionalidad aportando elementos para sostener su teoría. Se recalcan el concepto de teoría tomándola como un conocimiento meramente especulativo sobre una rama del saber. Nos dice que la teoría de control debe limitarse a asumir conceptos e instruir relaciones sistémicas entre ellos, así como desarrollar las implicaciones que estos puedan tener y por tanto analizar la forma lógica y la estructura normativa que son propias, del fenómeno de control, cuando los conceptos que con él se relacionan se ponen en acción. El primer concepto relevante, dice el autor, es el de constitución que para él es un conjunto de prescripciones, de normas preceptivas o de preceptos que enuncian normas, pero de los que también se desprenden principios jurídicos. El segundo concepto es el de control; sin embargo, señala que no hay como tal un concepto, sino que hay una pluralidad conceptual, que permite distinguir las diversas modalidades que adopta el control para, de esta manera, no reducir la utilidad práctica que este concepto puede ofrecer. Pero el control jurisdiccional tiene como finalidad, dice el autor, salvaguardar los valores contenidos en la constitución, por medio de la verificación de la constitucionalidad de las leyes, actos

y actitudes de la autoridad; no obstante, en cada sistema constitucional existirán elementos que darán un rostro propio a la actividad de control, ya que son el resultado de modo de pensar, situaciones concretas, experiencias, corrientes de pensamiento, posturas políticas y procesos evolutivos particulares.

A manera de conclusión, podemos decir que Brito Melgarejo señala que es necesario establecer una serie de mecanismos de control que logren hacer que tanto los poderes públicos, como los particulares, respeten las normas, principios y valores contenidos en la constitución.

El control jurisdiccional de constitucionalidad es un medio útil para garantizar ciertos principios fundamentales de justicia, ya que los tribunales están mejor equipados que las asambleas legislativas.

El argumento instrumental para salvar la objeción democrática del control constitucional está constituido por la defensa de los derechos fundamentales.

Una teoría del control no puede ser una teoría filosófica, sino una teoría empírica, cuyos términos y tesis contemplen una relación semántica con un conjunto de fenómenos y experiencias.

El control de constitucionalidad se presenta entonces como la mejor manera de controlar el poder a partir de los límites contenidos en los principios y valores constitucionales.

Los órganos de control contribuyen a promover en la realidad cotidiana y en las relaciones sociales, el espíritu de los principios democráticos y de libertad consagrados en la constitución.

El estudio histórico y de derecho comparado realizado en esta obra, sin duda, ha servido para definir algunos modelos que pueden servir como factores para determinar una tipología explicativa de las variables que conforman el control jurisdiccional de constitucionalidad.

Debo decir que es un libro novedoso, de especial relevancia para abogados con un perfil constitucionalista, académicos, servidores públicos del fuero federal y común que tengan interés en el control jurisdiccional de Constitucionalidad y en conocer de este control en muchos países. Es interesante, educativo, tiene una metodología muy buena, te

va llevando de la mano gradualmente a lo que es el tema. Sin duda, refleja los objetivos que el autor planteó: sentar las bases para el diseño de una eventual teoría del control jurisdiccional de constitucionalidad, no sólo discute y trata a profundidad esta teoría, sino que va más allá, con el análisis comparativo de cómo se lleva este control en otros países.

El autor tiene bastantes fuentes bibliográficas, de muchos países y en distintos idiomas, es muy propositivo y deja en el lector esas ganas de seguir leyendo al respecto.

FUENTES CONSULTADAS

Brito, Rodrigo, *El control jurisdiccional de constitucionalidad. Elementos para el diseño de una eventual teoría*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

Fecha de recepción: 13 de agosto de 2021
Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2021

CARNERO ROQUE, GENARO, *MÉXICO, DERECHOS HUMANOS Y ANTICORRUPCIÓN*, TOLUCA, PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO, TIRANT LO BLANCH, COLECCIÓN “ESTUDIOS JURÍDICOS No. 9”, 2021, PP. 126.

ÁNGELES SOFÍA ESQUER PORTILLO*

El autor Genaro Salgado Carnero Roque en su obra “México, derechos humanos y anticorrupción” expone un panorama aún más amplio sobre uno de los problemas latentes en nuestro país, como la corrupción, un tema complejo y delicado de abordar al verse afectada la vida nacional.

De este problema se derivan; violación de derechos, afectaciones en el ámbito político, social, e incluso económico, impunidad, y retos de una efectiva aplicación de los instrumentos internacionales que se han creado para combatirla.

Esta obra está formada por tres capítulos; el primero analiza la relación existente entre derechos humanos, derecho interno, responsabilidad internacional y obligatoriedad de las recomendaciones emitidas por la Comisión-IDH y la CNDH. Pretende: primero, demostrar que el conjunto de normas regulatorias contra la corrupción a nivel internacional constituye directrices para la regulación nacional de los Estados parte.

Segundo, que a partir de la reforma del 2011 en México la corrupción no se da por falta de regulación nacional e internacional sino por el abuso de poder; y tercero, que en Latinoamérica el abuso de poder es parte de su cotidianidad por lo que el Derecho se convierte sólo en una herramienta para simulación de políticas públicas que enriquecen intereses propios y no los de la población.

* Estudiante de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma del Estado de México.

En México, a partir de la reforma de 2011 sobre derechos humanos, se establece que los tratados internacionales ratificados por el Estado guardan jerarquía constitucional, tratados que encuentran su fundamento y obligatoriedad en el artículo primero de la propia Constitución. Esto me parece un tanto inexacto, si bien la jerarquía responde al caso en concreto, termina siendo la propia Constitución quien establece los parámetros de aplicación de los tratados internacionales, por lo que hablar de una posición igual no parece ser lo más apropiado; a su vez, me resulta contradictorio que aun regulados dichos tratados se ven deslegitimados por gobiernos coludidos.

Se entiende que el gobierno es quien debe velar por los intereses y necesidades del pueblo, lo que resulta poco visible en la práctica, puesto que son estos mismos quienes se encargan de violar los derechos de sus nacionales al sobreponer sus intereses económicos y cometer arbitrariedades, aun con la existencia de los instrumentos referentes al derecho internacional penal latinoamericano, como los que a continuación se enuncian:

La Comisión-IDH, que promueve la observancia y defensa de los derechos humanos, por lo que sirve de órgano consultivo, y que en su proceso de fondo pretende estudiar la petición que se le haga siguiendo los puntos siguientes: apertura, presunción, investigación in loco, solución amistosa, desistimiento, decisión de fondo en la que se dan las recomendaciones al estado y, sometimiento en la corte.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que plantea la práctica de la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad, toda vez que de éste se violan múltiples derechos esenciales de la persona. Este instrumento resalta la existencia del abuso de autoridad en el ejercicio de sus funciones, pero se extralimita e incurre en la comisión de delitos, casos que se dan como la desaparición de los 43 normalistas de Ayotzinapa o el caso Rosendo Radilla que puso como base interpretativa a los derechos humanos.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que prohíbe dicho acto, reconoce igualdad de responsabilidades, y la inadmisión de pruebas obtenidas mediante tortura, situación que lastimosamente a puerta cerrada se sigue suscitando. De este problema,

surge la necesidad de un correcto y adecuado adiestramiento de agentes de la policía y funcionarios públicos responsables de la custodia de las personas privadas de su libertad, para evitar incurran en usos excesivos de sus facultades.

Actualmente, aun cuando ya se cuentan con limitantes al ejercicio de sus funciones siguen incurriendo en estas faltas, lo cual expone que sólo cumplen con su deber, o se trataba de una amenaza real. Se les entregan los medios, pero no se les explica cómo hacer uso lícito y correcto de ellos, entendamos que los fines no justifican el medio.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, que pretende promover y fortalecer los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción, propósitos ideales, siendo más realista el de controlar este mal que tanto afecta a nuestro país, visto desde la actuación de quien está en el poder, debido a que los gobernados no están exentos de cometer este delito.

Aun cuando México ha legislado al respecto, las cifras sobre los índices de corrupción demuestran que son insuficientes y no por la calidad del instrumento, sino por lo coludido que está nuestro sistema de impartición de justicia. Menciona el autor respecto al tema que los estándares interamericanos ratificados, y las leyes nacionales adoptadas darían la certeza del buen funcionamiento de los derechos humanos en nuestro país, pero me parecen idealizaciones que difícilmente se podrán alcanzar ante la desinformación, que nos hace elegir mal a quien nos gobierna que versa sobre la elección por subjetividad y no por objetividad.

Respecto al punto anterior, se expone que México es el país al que más recomendaciones se le hace por violaciones a derechos humanos, lo que resulta irónico y decepcionante, ya que del año 2000 al 2017 se emitieron un total de mil ciento noventa y cinco recomendaciones, si se atienden las cifras compartidas en esta obra. Parece ser que el conjunto de normas regulatorias contra la corrupción a nivel internacional que constituyen directrices para la regulación nacional de los Estados parte, son invisibles.

Es evidente que en México hay una impunidad visible por los órganos ejecutivos en sus indistintos gobiernos, ante esto, concuerdo con el autor al determinar que muchas veces el Derecho sí se convierte sólo en

una herramienta para la simulación de políticas públicas de gobiernos comprometidos, porque si están comprometidos es con el capital transnacional, por lo que dejan de lado el bienestar y dignidad de su propia población. Me atrevo a expresar que el lobo se disfraza de oveja, nadie asume la responsabilidad de sus actos, y entre gobiernos se echan la culpa, o encubren a sus representantes por no perder el poder, se corrobora que el poder ciego y ensordece a quien lo posee, daña su humanismo.

El segundo capítulo retoma la prevención del delito que responde a la interpretación de los estándares internacionales sobre la corrupción, y pretende demostrar que, debido al abuso de poder o desviación de poder, las instituciones cotidianamente incumplen las normas, lo que crea una creciente corrupción en todos los sectores de la sociedad.

En Latinoamérica, la corrupción de muchos falsos gobiernos que se confabulan con el capital nacional, transnacional y el narcotráfico no es nueva, incluso en más de un Estado es el narcotráfico quien “maneja” a su gobierno, lo que atenta contra la sociedad, el orden moral, el desarrollo integral de los pueblos, y la “justicia”, si es que está realmente existe, debido al subjetivismo al que se presta, toda vez que, lo que es justo para unos, es injusto para otros.

Se expone la existencia de tres tipos de corrupción, algo lamentable pero fáctico; corrupción blanca, corrupción gris, y corrupción negra, esta última inaceptable y punible. Es inconcebible que al no poder resolver un problema lo convirtamos en algo aceptado socialmente, con lo cual contribuimos a que las instituciones pierdan legitimidad al no verse suficientes para reducir la práctica de este delito.

En este capítulo, nos percatamos que efectivamente la corrupción en México responde a: la inequitativa distribución de riqueza en la estructura económica de los Estados existe un favoritismo; la confabulación de los gobiernos en turno con el narcotráfico que otorga apertura a la violación de derechos, crea inseguridad, promueve la violencia al incitar u obligar a los jóvenes a formar parte de estas organizaciones, y representa un peligro a la economía de los gobernados; y el “desvío de poder” de dichos gobiernos que se prestan para aceptar sobornos porque velan únicamente por sus intereses.

Sobre el punto anterior, concuerdo con el autor de esta obra, al exponer que este problema podría subsanarse en cierta medida, si y solo si, en vez de observar el fenómeno y relacionarse con él, se administraran correctamente los recursos destinados a atender las causas o aspectos sustanciales del fenómeno. Es decir, los gobernantes deben enfrentar el problema de raíz, no sólo dedicarse a resolver por encima, debido a que esta respuesta más allá de generar un cambio positivo, o mantenerlo estancado, empeora la situación al convertirlo en un problema casi irreversible, en el entendido de que los alcances y consecuencias de la corrupción se dan en distinta medida.

En este punto, me permito mencionar el siguiente proverbio; “regala un pescado a un hombre y le darás alimento para un día, enséñale a pescar y lo alimentarás para el resto de su vida”, que aplicado en el ámbito de nuestro interés se traduce en que los tres niveles de gobierno deben procurar igualdad, generar empleos que resguarden la dignidad y seguridad de cada persona, exigir transparencia en las actuaciones referentes a las políticas públicas y mantener dicha información de dominio público, promover una nueva orientación en la educación y efectuar las consecuencias jurídicas que conlleva la corrupción haciendo efectivos los instrumentos internacionales y constitucionales.

Al entender que el combate contra la corrupción debe ser permanente, es decir, sin interrupción, sistemático en atención al cumplimiento de los instrumentos respectivos en todos los ámbitos, tanto económicos, como sociales. Es importante impulsar la cultura sobre denuncia y defensa de los derechos humanos, al ser conscientes de que preferimos no denunciar por miedo a represalias de cualquier tipo.

Finalmente, en su tercer capítulo realiza un análisis sobre las recomendaciones del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención interamericana Contra la Corrupción que pretende facilitar la cooperación entre los Estados parte entre sí y el conjunto de los Estados miembros de la OEA, para atender los principios de soberanía de estos.

Entre las recomendaciones del Comité de Expertos a México expuestas por el autor, me permito destacar las siguientes recomendaciones: fortalecer las normas y medidas para la prevención del soborno de

funcionarios públicos nacionales y extranjeros; adoptar las medidas pertinentes para identificar y corregir los vacíos y contradicciones existentes en el marco jurídico interno de las entidades frente a las que los Órganos Internos de Control ejercen sus labores de supervisión y control, al igual que para poder intercambiar con regularidad criterios de aplicación de dicha normativa con los juzgadores y tribunales que tienen competencia para esto; realizar actividades de capacitación para los funcionarios de los Órganos Internos de Control encaminadas a mejores prácticas para el combate a la corrupción.

A lo que México contestó: el Servicio de Administración Tributaria posee normas y medidas para la prevención del soborno de funcionarios públicos nacionales como extranjeros mediante la regulación sistemas de información en último lugar programas de capacitación, y los funcionarios de los órganos internos de control se encuentran capacitándose con el curso de virtual sobre el Sistema Nacional Anticorrupción el cual tiene como objetivo dar a conocer la función de dicho sistema además de explicar las formas en que se estructuran y operan los diferentes actores involucrados con el objetivo de prevenir investigar y sancionar la corrupción.

Esta obra con su solo título logra cautivar el interés del lector al generar altas expectativas de su contenido, y que me atrevo afirmar, cumple. Nos muestra la realidad cruda y objetiva de lo que es la corrupción, y las graves consecuencias que trae consigo, no sólo por la violación a derechos que se hace latente cada segundo, sino por la constante impunidad que existe en nuestro país.

Es pertinente mencionar que del capítulo primero respecto al tema cuatro; “México, una realidad”, adquiere importancia estudiar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra México, debido a que de éstas se desprenden criterios jurisprudenciales importantes para nuestra época, que nos ayuda a comprender la importancia que adquiere la defensa de derechos humanos, y como nuestro marco normativo por medio de sus reformas se ha adecuado para velar por el principio pro persona.

A su vez, en el capítulo tercero respecto al tema cuatro correspondiente a la legislación mexicana sobre anticorrupción se percibe el interés

genuino por erradicar este mal que tanto daño nos hace, pero debemos comprender que, como se dijo, el problema no es nuestra legislación, sino la impunidad, la desviación de poder y normalización que se le otorga.

A modo de comentario, es importante verificar la vigencia de dicha legislación porque al ser una sociedad en continuo cambio las leyes deben ir atendiendo las nuevas necesidades que surgen, por lo que el marco normativo se va reformando, derogando, o creando nuevos instrumentos.

Con toda honestidad, es una lectura enriquecedora y realmente necesaria, no solo para estudiantes o conocedores de Derecho, sino para todo ciudadano, al ser concisa, objetiva, con escritura poco técnica, con estadísticas verídicas, y por contar con una bibliografía extensa que ayuda en la adquisición de nuevo conocimiento, entendimiento del contexto y a su vez contribuye a crear un criterio propio respecto a este problema.

Recopila antecedentes que permiten comprender de mejor forma, el cómo hemos llegado al punto en el que estamos, el motivo por el que se crean los instrumentos que hoy procuran reducir, anular o controlar esta actividad ilícita en sus distintas formas y niveles de gobierno.

Me atrevo a externar que el autor Genaro Salvador Carnero Roque ha creado una obra auténtica que, en esencia, genera conciencia y transmite verdadero conocimiento, pues permite observar que la corrupción es el producto de un actuar doloso por parte de nuestros gobernantes, en el que nosotros tenemos cierto grado de responsabilidad.

FUENTES CONSULTADAS

Carnero Roque, Genaro S., *México, derechos humanos y anticorrupción*, Colección “Estudios jurídicos No. 9”, Toluca, Poder Judicial del Estado de México, Tirant lo Blanch, 2021.

Fecha de recepción: 27 de agosto de 2021
Fecha de aceptación: 27 de septiembre de 2021

SERRANO LÓPEZ, ATANASIO, *CRÓNICAS DEL PALACIO DE JUSTICIA Y LA CIUDAD DE TOLUCA*, TOLUCA, PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO, CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL No. 5, 2020, pp. 92

DENHEB MUNGUÍA ORTEGA*

Toluca, asentamiento cardinal de nuestro Estado de México, emerge por una serie de acontecimientos de carácter histórico, político, social y cultural que, eventualmente, moldearon su perfil citadino para convertirla en la actual capital de la entidad y el lugar donde residen los Poderes Supremos del Estado.

En su conjunto, los cambios que la ciudad ha tenido se deben en gran medida al progreso y perfeccionamiento de sus instituciones judiciales. En este sentido, la obra de Atanasio Serrano López aporta al amplio campo de la literatura jurídica mexicana una breve recapitulación de la evolución de sus órganos de derecho fundamentales, y la propia historia toluicense en aras de ilustrar a los lectores, así como contribuir a la identidad que se tiene en relación con la ciudad que nos acoge, nuestra querida ciudad de Toluca.

El área limítrofe que actualmente comprende el territorio toluqueño, en sus cimientos encuentra una composición diversa a la que hoy reconocemos. Orgullosamente, nuestra ciudad surge como un asentamiento Matlazinca el cual, posteriormente, cambiaría a ser dominio de las colonias españolas, lo que se denominó época virreinal; tiempo en el que se erigen monumentos y palacios que conforman la belleza de nuestra capital.

En un principio, de acuerdo con diversos historiadores, la ciudad, al tratarse de un asiento pequeño, se percibía nostálgica, desolada y con aires de abatimiento —incluso se compara con Puebla, al ser casi tan

* Estudiante de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma del Estado de México.

triste y solitaria; lo anterior, en palabras de la Marquesa Calderón de la Barca— empero, Toluca desde sus inicios fue importante debido a su posición, era tranquila pero un fuerte pilar de la Ciudad de México.

Entrando en el siglo XVI, la villa tolucense encontró dos puntos concretos de referencia: el Convento de la Purísima Concepción de Franciscanos, y el Río Verdiguel. En este punto, es imperante señalar que las construcciones iniciaban a edificarse, las primeras se atribuyen a ordenanzas religiosas, ya que, precisamente el semblante espiritual fue trascendente dada la necesidad que implicaba la creencia para evangelizar a un pueblo conquistado.

En correlación con lo previamente referido, la ciudad —dada la ocupación española— se veía en la paulatina necesidad de creación de edificaciones propias que fuesen el yacimiento del ejercicio de la actividad gubernamental; sin embargo, su construcción requería estrictamente ser autorizada por el entonces Rey Felipe II.

Encaminado al propósito de asistir al crecimiento de la urbe, justamente, el Rey otorgó las permisiones correspondientes para efectos de que comenzaran a levantarse las primeras Casas Consistoriales y el actual Palacio de Justicia; asimismo, era posible localizar la cárcel y el cuartel de caballería consignado a las tropas del ejército realista. Las Casas de Cortés fueron encomendadas al Marquesado de Oaxaca, que delegaba a los corregidores y alcaldes el gobierno de la cabecera de la Ciudad de Toluca. Más tarde, el Conde de Monte León Lucas Alamán demanda al Ayuntamiento de Toluca en concepto de pago por ochocientos pesos anuales derivado de la renta de los inmuebles donde se encontraba el ayuntamiento, la cárcel y las fuerzas virreinales precisadas. Ahora bien, las Casas de Cortés sufrieron daños de demolición por haber sido presuntamente abandonadas por sus propietarios; causal que, en consecuencia, cambió su función al transmitir las Casas Consistoriales en bienes propiedad de los corregidores.

El libro puntualiza un antecedente esencial sobre la historia política de capitales de nuestra entidad. La primera de ellas fue Texcoco, reconocida por el Congreso Constituyente del Estado de México en forma de decreto y que, marcando un preámbulo, sostuvo que sería la residencia legítima de los Poderes Supremos del Estado; posteriormente, el

lugar donde se expidió y publicó el 14 de febrero de 1824 la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México.

Diversas situaciones internas influyeron en la elección de ciudad como capital y sede de los Poderes Supremos del Estado, ya que —consecuentemente de haberse reconocido Texcoco como el asentamiento cardinal— el Congreso del Estado de México dispuso que se trasladaran los Poderes a Sultepec de manera transitoria para evitar el despojo de documentos de estas instituciones por motivo de la intervención norteamericana. Eventualmente, los poderes estatales se trasladaron a Metepec, que se reconoció como la novena capital del estado; y, finalmente, Toluca se convirtió en la capital definitiva del Estado de México, lo anterior, fundado en el Decreto número 11 expedido el 22 de febrero de 1848, que la nombró “Nueva Capital del Estado”.

En consecuencia, se estableció la base político-normativa para que se erigieran edificaciones en razón de los órganos de poder. Con el pasar del tiempo, el Centro histórico de Toluca ha cambiado paulatinamente, en sus inicios con los primeros palacios erigidos, era apreciable a simple vista la arquitectura ecléctica que conforma la belleza inigualable de sus instituciones que, finalmente, son el pilar de nuestra sociedad.

En esencia, las Crónicas del Palacio de Justicia y la Ciudad de Toluca, conceden al público lector una perspectiva histórica en lo que concierne al diseño y formación de sus instituciones; entonces, a título personal, resulta imperante que, como habitantes de la Ciudad de Toluca, conozcamos qué hay detrás de los organismos que son la base para nuestras relaciones y la regulación de éstas. El conocimiento que la obra ofrece capítulo a capítulo es de gran valor, debido a que refuerza la identidad que tenemos los ciudadanos sustentada en historia; en otras palabras, este aspecto idealmente no debe ser un sentido de pertenencia o identidad sin razón, sino que debe existir un contacto o conocimiento previo que realmente nos acerque a los orígenes de las instituciones; es decir, saber qué y por qué nos apega y, en su momento, tener los elementos suficientes para analizar y criticar nuestro sistema desde adentro.

El cronista Atanasio Serrano López nos vincula con personajes que anteceden nuestra época, pero que no dejan de tener una presencia muy fuerte en razón su legado con respecto a las instituciones de

poder que hoy tenemos. En términos del arte y la arquitectura en la que nuestro centro histórico fue diseñado, la obra material del presente trabajo permite tener una visión más precisa al dar la oportunidad a los lectores de visualizar imágenes de la ciudad antes y su comparación con la actualidad; en este sentido, considero que el trabajo de recopilación y presentación de imágenes motiva a los interesados en la lectura a contrastar los cambios e incluso los diseños originales de las fachadas, ventanas, puertas, plazas y placas que hacen de nuestra bella Ciudad un lugar extraordinariamente vasto en cultura e historia.

El literato en cuestión vierte sus ideas de forma concisa y clara, lo que permite analizar e ir a la par sin ninguna problemática; con todo y lo anterior, el contenido se enriquece con opiniones de personalidades importantes y la materialización de sus acciones en lo que fue emergiendo nuestra ciudad. Se mencionan personajes como Carlos Riva Palacio, Mariano Riva Palacio, Porfirio Díaz, José Vicente Villada, Antonio Zimbrón, Agustín Millán, Juan Fernández Albarrán, Gustavo Díaz Ordaz, Alfredo Baranda Gracia —quien inauguró el Palacio de Gobierno en 1986— entre otros personajes notablemente reconocidos.

Antes de continuar, pretendo manifestar que hubiese sido excelente que la obra fuese más abundante; me parece una pena que el contenido sea reducido, ya que la información realmente es un tesoro con valor histórico; es significativo enlazar a estas instituciones con la opinión y aportaciones de los cronistas debido a que precisamente se encuentra estrechamente vinculada la historia del Palacio de Justicia del Poder Judicial del Estado de México con la propia Ciudad de Toluca. En otras palabras, la lectura de esta obra es fundamental debido a que podemos encontrar criterios de diversos historiadores; al respecto, es intrigante conocer lo que nos precede en cuanto a las instituciones de derecho judicial que delimitan y rigen nuestro marco de convivencia ciudadana. Al llegar a este punto, me permito señalar que otro factor que hubiese consolidado un gran aportación de la obra es aquel de los fenómenos sociales y cómo impactaron en la creación de las instituciones a las que en distintas ocasiones se ha referido este escrito.

Este elemento de la fenomenología social da pauta a la creación de nuestros organismos; como una fuente real del Derecho, encontramos

que los acontecimientos derivados de la interacción que sostienen los individuos entre sí es indudablemente un factor que promueve el cambio y la adaptación de los órganos de poder a las necesidades y demandas que presentan los ciudadanos. Entonces, considero que lo anterior pudo formar parte del texto analizado en el presente trabajo.

En complementación, si bien el autor refiere diversas situaciones que hoy son parte de nuestros antecedentes históricos como nación, es igualmente sustancial tener perspectiva de cómo afectaron o contribuyeron estos fenómenos en el proceso de erección de estas instituciones, las cuales son plenamente importantes en el surgimiento, mantenimiento y progreso de cada entidad.

Al respecto, me permito justificar que la razón de emplear previamente el término de “entidad” como ente particular y, en relación con la temática de los fenómenos sociales es que, indudablemente, cada uno de los estados miembros que conforman el Estado Federal han atravesado por diferentes factores de cambio impulsados por su contexto histórico y predominantemente, social; en este sentido, vale la pena conocer las dificultades, causas o consecuencias derivadas de todos los comportamientos que transcurrieron dentro de nuestra sociedad y el impacto o influencia que tuvieron al momento de que el conjunto de instituciones judiciales emergiera en nuestra ciudad.

Otro punto que, por su naturaleza, intriga conocer en este caso es el de las influencias internacionales, al considerar que la civilización conquistadora al encontrarse en constante expansión territorial tuvo innumerables acercamientos con culturas disímiles las unas de las otras. Quizá, en ese sentido, pudieron haber sido tomados ciertos elementos característicos de las instituciones jurídicas extraterritoriales para la consolidación de nuestros propios órganos de poder. Inclusive, en este orden de ideas, también resulta interesante saber si, como consecuencia de la intervención norteamericana —por mencionar un ejemplo—, se originaron cambios estructurales en los organismos que más tarde representarían todo el sistema jurídico de nuestra ciudad.

Tras lo anterior y, como fue vertido en párrafos anteriores, a título personal, esta obra de las Crónicas del Palacio de Justicia y la Ciudad de Toluca elaborada por Atanasio Serrano López es una aportación suma-

mente preciosa y que debe formar parte del acervo bibliográfico de todos los ciudadanos, sin depender de la formación o intereses profesionales, ya que, no solamente está dirigido al público inmerso en el ámbito de las ciencias jurídicas, sino que es una aportación para todos los habitantes de Toluca; representa una visión al pasado de los pilares fundamentales de nuestra sociedad; entonces es incluso por cultura ciudadana que debe conocerse esta compilación. Es un trabajo muy breve que da un enfoque muy completo de la historia de nuestra Ciudad, desde cómo se veía, a cómo paso a ser la capital del Estado de México, entre otros factores que moldearon lo que actualmente percibimos estéticamente de nuestra capital y sus cuerpos judiciales.

Además, es verdaderamente necesario conocer todo lo que se mueve detrás de nuestros aparatos institucionales, es necesario conocer su historia y el porqué de estas instauraciones; lo anterior constituye la única defensa que tenemos para criticar nuestro sistema de derecho actual, exigir el apego a los principios por los cuales inicialmente se crearon, promover una cultura de respeto a nuestros derechos constitucionales mediante estos organismos; de esta manera, se puede llegar a mejorar nuestra sociedad en conjunto con estos órganos para el bien colectivo que merecemos los gobernados.

Al afirmar que la crítica es un instrumento de mejora, me atrevo a poner sobre la mesa que hemos olvidado esta herramienta pues es más cómodo quedarnos con lo que se nos da, no abundar, no empaparnos del conocimiento que aguarda por nosotros; de esta forma, somos seres fácilmente manipulables, lo que puede originar que el sentido de nuestras instituciones se tergiverse ya que —en efecto, como se desconoce la naturaleza, las obligaciones y los principios de una organización— entonces no será motivo de molestia que se conduzca para beneficio y por interés de ciertos individuos.

Por lo anterior, sostengo firmemente el valor que tiene la historia institucional —y, en general— en vista de que se hace cada vez más urgente el desarrollo de una conciencia crítica que permita al ser humano cuestionar los orígenes, fines y el actuar; en este caso, de los detentores del poder en nuestras instituciones jurídicas; es decir, el conocer las bases, precedentes y la propia creación, nos permite identificar cuando el

manejo de estos establecimientos judiciales, por medio de las autoridades, por sus actos u omisiones se violenten los derechos humanos reconocidos así como el conjunto de garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México.

Personalmente, nuestra identidad debe sustentarse en nuestros principios objetivos, no comparto un sentido de pertenencia sin razonamiento o conocimiento. Precisamente es por lo que me sentí atrapada por las líneas del autor, los comentarios de los personajes y las participaciones de los historiadores porque analizar lo que fue nuestra realidad jurídica desde enfoques diferentes permite vislumbrar la fortuna que tenemos a nuestro alrededor, riqueza que ha emergido con dificultades y ventajas derivadas de nuestro contexto pero que, finalmente, nos han llevado al futuro, al lugar donde nos encontramos hoy.

FUENTES CONSULTADAS

Serrano López, Atanasio, *Crónicas del Palacio de Justicia y la Ciudad de Toluca*, Cuadernos de Derecho Judicial No. 5, Toluca, Poder Judicial del Estado de México, 2020

Fecha de recepción: 26 de agosto de 2021
Fecha de aceptación: 27 de septiembre de 2021

POLÍTICA EDITORIAL DE LA REVISTA *EX LEGIBUS*

La revista de derecho *EX LEGIBUS*, editada por el Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México, es una publicación semestral de carácter científico que aborda temas vinculados con el derecho judicial y otras materias jurídicas; su propósito es fomentar el análisis, debate y reflexión sobre dichos temas, procurando su conexión con la función jurisdiccional. Sus contenidos están dirigidos a los operadores de justicia, investigadores, docentes, abogados y estudiantes de las ciencias jurídicas en todos sus niveles.

SECCIONES

EX LEGIBUS consta de las siguientes secciones:

A. DOCTRINA. Se integrará por el conjunto de artículos originales que traten sobre el mismo tema rector, el cual se especificará en la convocatoria correspondiente. Extensión de cada artículo: de 15 a 30 cuartillas.

B. ESTUDIOS. Se integrará por el conjunto de artículos originales que traten temas distintos al especificado en la convocatoria, siempre que sean considerados de relevancia para el derecho y/o la función jurisdiccional. Extensión de cada artículo: de 15 a 30 cuartillas.

c. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES. Se conformará por textos breves que contengan un análisis crítico y juicioso de la jurisprudencia de los tribunales del país, ya sean locales o federales. Extensión de cada comentario: de 5 a 15 cuartillas.

d. COMENTARIOS LEGISLATIVOS. Se conformará por textos breves que contengan un análisis crítico de algún tratado, reglamento o ley. Extensión de cada comentario: de 5 a 15 cuartillas.

E. RESEÑAS. Se conformará por textos breves que analicen alguna obra jurídica publicada recientemente. Salvo casos excepcionales (i.e. obras de trascendencia histórica o cultural), la fecha de edición del material reseñado deberá corresponder al año de publicación del número de la revista o al año inmediato anterior. Extensión de cada reseña: de 2 a 5 cuartillas.

F. VARIOS. Se conformará por todos aquellos trabajos breves de interés jurídico o cultural que no se correspondan a la descripción de ninguna de las secciones anteriores. Extensión de cada trabajo: de 2 a 5 cuartillas.