



Instituto Federal de
Defensoría Pública

Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

No. 31 | Julio 2021



**Relanzamos
el servicio
con una
cobertura
total**

**24 hrs.
365 días**

**DEFENSATEL
800 224 24 26**



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Presidente

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Consejeros

Jorge Antonio Cruz Ramos
Alejandro Sergio González Bernabé
Loretta Ortiz Ahlf
Sergio Javier Molina Martínez
Eva Verónica de Gyvés Zárate
Bernardo Bátiz Vázquez

Secretario Ejecutivo del pleno

Arturo Guerrero Zazueta





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Editor responsable

Licenciado Mauricio Pérez Hernández

Coordinadores

Maestra María Elena Albores Cordeiro

Licenciada Miriam Falcón Ugalde

Secretaría Técnica de Vinculación con la Sociedad

Diseño y formación:

Licenciado Armando Maya Ruiz

Diseño de portada:

Licenciado Armando Maya Ruiz

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública

Número 31, julio de 2021

Publicación semestral, editada y distribuida por el Instituto Federal de Defensoría Pública, órgano del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal, Bucareli, Nos. 22 y 24, colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06040, Ciudad de México, tel.: 55 5518-5391 y 55 5518-5390.

Las opiniones expresadas en esta revista son responsabilidad exclusiva de sus autores.

Queda prohibida la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación por vía informática, mecánica, fotocopiado o por cualquier otro medio, sin permiso por escrito del editor responsable.

© Instituto Federal de Defensoría Pública
ISSN 1870-7610

Índice

Carta Editorial	5
<i>Yasmín Rosales Muñoz</i> La transformación y especialización del Instituto Federal de Defensoría Pública en la protección de derechos humanos de los más vulnerables a la luz de las reformas constitucionales de 2011	7
<i>José Demetrio Rosas Vargas</i> La defensa y protección de los derechos humanos en materia de ejecución de penas	20
<i>Rómulo José Andazol Espinoza</i> <i>Dilcia Leonor Uribe Ariza</i> El estudio antropológico de los pueblos y comunidades indígenas como aporte técnico-científico de la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela	32
<i>Óscar Enrique Castillo Flores</i> <i>Raúl Rodríguez Vidal</i> <i>Víctor Pedro Rodríguez Vidal</i> Carenica de razón de negocios y el reto de la defensa	45
<i>María Guadalupe Alvarado Watla</i> <i>Miguel Ángel Medrano Larios</i> Normas discriminatorias a 10 años de la reforma en materia de derechos humanos: ¿dos tipologías de paternidad y maternidad a la luz de la legislación civil del Estado de México?	62
<i>Yussef Francisco Flores Ramírez</i> La suplencia de la queja deficiente en materia laboral. Su interpretación conforme con el principio de igualdad y no discriminación	76
<i>Juan David Rodríguez Salgado</i> <i>Oscar Enrique Castillo Flores</i> <i>Lilia Alexandra Ruiz Batista</i> El acceso al internet como derecho fundamental	91

Carta Editorial

Bienvenidos todos a la Revista IFDP, Edición número 31

Celebramos el décimo aniversario de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, el 6 y 10 de junio de 2011 se publicaron dos importantes reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que impactan directamente en la administración de justicia federal y, sin duda, en el derecho fundamental de defensa de todos y todas las personas justiciables contemplado en la carta magna, así como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

En esta ocasión, la Defensoría Pública de Venezuela nos comparte un artículo desde el punto de vista antropológico de los pueblos y comunidades indígenas como aporte técnico-científico de la defensa pública.

La pandemia provocada por el virus COVID-19, el uso y aplicación de las herramientas tecnológicas cobra mayor relevancia el derecho de acceso a internet como uno de los derechos digitales que posee toda persona, con el fin de ejercer y disfrutar su derecho a la libertad de expresión, entre otros derechos humanos fundamentales, de forma que los Estados tienen la responsabilidad de garantizar que el acceso a internet sea ampliamente disponible, no pudiendo restringirlo injustificadamente.

Acorde con lo establecido en el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la obligación para los Estados Partes de asegurar que las personas con discapacidad puedan participar de manera efectiva en los procedimientos, en igualdad de condiciones que el resto de las personas, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 3788/2017, determinó que en los procedimientos en los que se advierta un obstáculo para que una persona con discapacidad goce de su derecho humano de acceso a la justicia –en su dimensión jurídica–, una de las facultades del juez cuyo ejercicio pudiera salvaguardarlo es la de recabar y desahogar pruebas oficiosamente, a fin de garantizar la igualdad procesal, pudiendo, incluso, implementar ajustes al procedimiento cuando la discapacidad implique una desventaja procesal, siempre y cuando éstos sean necesarios y razonables; por ello el Instituto Federal de Defensoría Pública, cuenta con asesoras y asesores especializados en atención a personas con discapacidad para asegurar tales derechos en todo momento y de forma inmediata.

Son algunos de los contenidos en esta edición especial que te invitamos a conocer, querido lector, aquí vamos...



Instituto Federal de
Defensoría Pública

A photograph of a person from the waist down, wearing a bright yellow t-shirt with the 'ifdp' logo. They are seated in a dark-colored wheelchair, facing away from the camera. The background is a blurred outdoor setting.

**Atención
especializada a
personas con
discapacidad de
forma gratuita**

**DEFENSA TEL
800 2242426**

La transformación y especialización del Instituto Federal de Defensoría Pública en la protección de derechos humanos de los más vulnerables a la luz de las reformas constitucionales de 2011

Yasmín Rosales Muñoz*

Para mi madre: la guerrera que mudó su espíritu, a mi corazón.

RESUMEN : A partir de las reformas de 2011 a nuestra carta magna y la creación del bloque de constitucionalidad, se abrió un camino importante, para garantizar el acceso a derechos fundamentales en nuestro país, no obstante a ello, las desigualdades de nuestra región en general y de México en concreto, han sido un obstáculo para garantizar el derecho a la igualdad y la tutela jurisdiccional, por lo que para atajar esa brecha, en las líneas de trabajo 2019-2022, el Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció rutas críticas para eliminar los obstáculos existentes, para la protección al acceso de los derechos humanos, de todas y todos, y destacó, la importancia del Instituto Federal de Defensoría Pública, para la consecución de dicho fin, por lo que en apego a ello, el Maestro Netzai Sandoval Ballesteros, Director General del Instituto, dio un impulso sin precedentes a la defensa de los grupos vulnerables.

El presente texto pretende analizar la gran trascendencia de dicha renovación institucional a favor de la defensa de los más vulnerables a la luz de las reformas constitucionales de 2011.

SUMARIO: I. El derecho humano a la visibilidad. II. El enfoque de defensa integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su influencia en la transformación en defensa de derechos humanos en México. III. El papel fundamental del Instituto de Federal de Defensoría Pública en la protección de derechos humanos de los más vulnerables a la luz de las reformas de 2011. IV La asesoría jurídica especializada y su prestación del servicio mediante la defensa integral, el acompañamiento multidisciplinario y el litigio de interés público. V. Retos. VI. Bibliografía.

I. El derecho humano a la visibilidad

Ser vistos, ser integrados es nada menos que la piedra angular para el reconocimiento de derechos de los grupos vulnerables y sus interseccionalidades, toda vez que sus presencias han sido borradas por las hegemonías sociales y culturales. La palabra visibilidad proviene en su etimología del latín *visibilītātis* haciendo referencia a la posibilidad de divisar (del verbo latino *videre* = ver) objetos a distancias variables. Cuanto menor sea la visibilidad menos se verán los objetos que en condiciones óptimas nuestra vista alcanzaría a divisar. En Sociología alude a que ciertos grupos minoritarios o excluidos se muestren y participen en la sociedad integrándose positivamente a ella, para ser reconocidos como individuos diversos, en gustos, opiniones, inclinaciones, capacidades, etcétera pero idénticos en dignidad y derechos.

Es decir: el derecho a la visibilidad de lo que cada una y cada uno aporta en el espacio público. Porque es requisito para el aprendizaje de la ciudadanía, y que le habilita para ser no testigo, sino protagonista de la historia.¹ El reconocimiento del derecho humano a la dignidad; constituye materia prima del cumulo de derechos humanos que nos revisten, desde los

* Asesora Jurídica.

¹ Reig Cruañes,P; *La memoria también es un derecho. Las invisibles Constituyentes y el derecho para recordar: http://blogs.infolibre.es/alrevesyderecho/?tag=las-constituyentes*



ampliamente reconocidos, como el derecho, a la vida, a la salud, a la identidad, a la educación, no pueden llevarse a cabo de modo pleno y universal , sin reconocer en toda su amplitud el derecho a la visibilidad de todos, pero en particular de aquellos miembros de la sociedad tachados por la historia, que no forman parte de los libros de texto que nos narran como humanidad, de esas tradiciones que definen la inclusión y los valores plagadas de clichés, de hegemonías culturales, étnicas y hetero patriarcales, y que han anulado sistemáticamente, a la *otredad* reduciéndonos a: las mujeres, a los indígenas, a las personas con discapacidad, a los migrantes, a las comunidades LGTBIQ + , las personas de tercera edad, los niños y a los diversos grupos englobados como categorías sospechosas (quienes además enfrentan una discriminación múltiple al estar inmersos en más de una categoría) a ser una anécdota, ya sea incomoda o colorida, pero en síntesis que reduce al eterno telón de fondo de la historia, somos aquellos que se desenvuelven al lado del camino y a quienes es mejor silenciar y diluir para que no incomodemos con nuestras presencias y peticiones *peculiares*.

De acuerdo con ello y a causa de una constante invisibilización acerca de la existencia de la diversidad, e interseccionalidad, los grupos históricamente marginados, enfrentan una situación de especial vulnerabilidad, basada en un proceso histórico de segregación y de anulación, por poseer ciertas características personales, que les ubican fuera de los estándares generales, construidos bajo estructuras políticas, jurídicas y sociales en las que se les impide, participar de modo efectivo y además les relega a una situación de marginación o exclusión social, pero por sobre todas las cosas de invisibilidad, respecto al resto de los actores sociales, lo que a todas luces , impide la participación efectiva y el poder en la toma de decisiones en torno a sus propias relaciones sociales y, un adecuado sistema de reconocimiento y protección de derechos humanos.

Partiendo de tal premisa se entiende que los derechos humanos son los instrumentos político-jurídicos idóneos, para garantizar los derechos de igualdad y visibilidad y, por lo tanto, protección de derechos de todos grupos y colectivos humanos, encaminados a hacer efectivo un adecuado sistema de reconocimiento y protección de derechos humanos, al respecto en el continente americano coexisten dos subsistemas normativos en materia de protección de los derechos humanos, que contemplan en su marco normativo, de un modo enunciativo más no limitativo, la protección a los derechos humanos, complementándose en un abanico de derechos, ya sea previstos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, etc. También, de modo específico los derechos de los grupos vulnerables se encuentran contemplados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, o bien, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre los Derechos de los Niños, Principios de Yogyakarta, entre otros muchos documentos fundamentales, que han encaminado a los estados, a un constante cambio de paradigmas y de legislación para establecer como una obligación intrínseca de aquellos, el derecho humano a la visibilidad y, por ende, protección de derechos.

Lo cierto es que tales textos fundamentales de derechos humanos, y su marco normativo, revelan que la universalidad sólo puede darse a través de un proceso de ampliación de derechos, vivo y dinámico, reconociendo que es urgente la visibilidad de los derechos de todos, pero fundamentalmente, la de los vinculados con la diversidad y sus interseccionalidades, puesto que el derecho a la visibilidad, implica a su vez reconocer y valorar que la diversidad es una fuerza viva, latente y propositiva, llena de arte, talento e historias y que forma parte *indispensable*, e *insustituible* de la *comunidad global* y cuyo protagonismo y presencia, sin duda debe ser garantizada por todos los estados, bajo el crisol, del muy reciente, pero imprescindible derecho

a la visibilidad, derecho humano, que además actúa en permanente interrelación, con el derecho a la dignidad, a la vida, a la salud, a la educación , a la ciudadanía, a la identidad, esto es el derecho, nuestra legítima prerrogativa de ser parte activa no solo de nuestra propia historia sino de la de todas y todos. Nada sobre nosotros sin nosotros (*Nihil de nobis, sine nobis*)²

II. El enfoque de defensa integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su influencia en la transformación en defensa de derechos humanos en México

Como hemos mencionado previamente, el derecho internacional ha establecido marcos normativos que implican esfuerzos consistentes en relación con el reconocimiento de derechos humanos, en la prosecución de que ninguna persona sea objeto de discriminación, o se le impida el acceso a derechos; de tal forma que el bloque de constitucionalidad, modificó la manera de aplicar los tratados internacionales y dotó de validez a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ha sido una influencia paradigmática, en la protección de derechos humanos de todo el continente y en la implementación del litigio público con perspectiva pericial y multidisciplinaria, los que constituyen uno de los eslabones ideológicos más trascendentes en materia de derechos humanos y a partir del cual se construyen medidas de reparación, más cercanas y efectivas para los sobrevivientes en el trayecto para la recuperación de su proyecto de vida.

La reparación es, sin duda, la gran expectativa y tarea de todo el sistema de justicia para subsanar las graves violaciones a derechos humanos que se viven en estas latitudes. Al respecto, los artículos 5 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen el derecho que toda persona tiene a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Ahora bien, uno de los grandes aportes de la jurisprudencia detallada es el de reconocer que el derecho, como cualquier otra rama del conocimiento, es un ente vivo, dinámico, que se nutre de diversas disciplinas para su fortalecimiento y para tener un acercamiento más certero y profundo a las problemáticas que enfrenta. De ahí que la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha abonado a todo el continente y, en concreto a nuestro país, una gran experiencia en torno a la reparación de los derechos vulnerados, que se nutre claramente de un enfoque integrado, es decir una defensa integral con matiz de acompañamiento multidisciplinario, que le permite servirse de las diversas ramas del conocimiento, no sólo para la resolución de casos, y potencializar la capacidad probatoria, sino para brindar un acompañamiento más profundo; perspectiva que ha logrado influir de manera activa, en los diferentes procesos en la búsqueda de garantizar los derechos humanos dentro del continente.

Lo anterior es así, toda vez que en el litigio de casos sobre tortura y otras graves violaciones de derechos humanos se encuentran involucrados numerosos aspectos, entre los cuales podemos destacar los jurídicos, procesales, periciales y psicológicos. Por esa razón, el ejercicio de la defensa de derechos humanos exige una gran claridad conceptual, como primera providencia, y un abordaje con enfoque integrado. Desde la primera sentencia de la Corte IDH en 1989, el caso Velásquez Rodríguez, el desarrollo del Sistema Interamericano ha evolucionado de manera continua hacia una visión más interdisciplinaria de los derechos humanos rumbo al desarrollo de reparaciones más acordes con las necesidades de las víctimas. Sus dos órganos principales, la Comisión y la Corte, se han servido de las herramientas multidisciplinarias que ofrecen diversas ramas del saber humano, al entender, que la experiencia humana no puede

² Es una expresión utilizada para comunicar la idea de que no puede decidirse una política sin contar con la participación completa y directa de los miembros del grupo afectado por dicha política. La idea incluye naciones, estados, grupos étnicos, y demás grupos considerados marginales en cuanto a oportunidades políticas, sociales y económicas. A raíz de los debates que se dieron en el proceso de la elaboración de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se volvió un lema y una exigencia de las personas con discapacidad.

atraparse de modo definitivo en una sola rama de la ciencia o de las humanidades, ya que la historia nos ha enseñado que la resolución de una problemática siempre será más exhaustiva y precisa y con mayores alcances, si se ejecuta de manera colegiada entre diversos órdenes del saber. La Corte IDH, con su enfoque coordinado y multidisciplinario ha conseguido, incluso, influir en el cambio de sistemas jurídicos regionales completos, y es precisamente la experiencia interamericana la que ha demostrado que un enfoque jurídico es importante, pero no es suficiente, porque tales determinaciones jurídicas no necesariamente representan una mejora, sino son capaces de ofrecer un beneficio para la víctima según su propia perspectiva. El derecho y el enfoque multidisciplinario tienen sus propios lenguajes y construcciones simbólicas, lo que a menudo puede dificultar la cercanía al momento de abordar la defensa, puesto que se apoyan en estructuras distintas al menos en lo formal; sin embargo, su objetivo consiste en la justicia y la reparación integral, y en este sentido son tan cercanos que a menudo parece que se entrelazan. No obstante, para alcanzar dicha posibilidad en favor de las víctimas, el proceso interno y externo ha sido largo, por ejemplo, considerando que en el primer reglamento de la Corte IDH de julio de 1980, era la Comisión Interamericana, quien presentaba la demanda del caso ante la Corte a nombre de las víctimas y las representaba en todas las etapas, es decir, que sólo en ocasiones dentro de la audiencia pública las víctimas eran acreditadas como simples asesores de la Comisión. Sin embargo al llevarse a cabo una reforma del reglamento mencionado, en el año 1996, se instituyó, por fin, el acceso de los sobrevivientes para intervenir en las audiencias y así exponer sus deseos y pretensiones, con lo que de modo brumoso pero consistente, se instaura el verdadero enfoque integral y el acompañamiento multidisciplinario y la perspectiva psicosocial en el acercamiento a las violaciones y, por supuesto, las reparaciones en materia de derechos humanos dentro de los litigios de la Corte IDH, puesto que con esto se abre el dique cerrado, para permitir que a los afectados se les empiece a escuchar sin intermediarios, para así conocer sus necesidades y sus mecanismos de afrontamiento y derecho a la verdad. En los años 2000 y 2009 se llevan a cabo dos reformas importantes que engrosan el derecho de audiencia y la autonomía de las víctimas, al regularse la posibilidad de éstas de participar en todas las etapas de modo autónomo e independiente, esto es, excepciones preliminares, fondo, reparaciones, audiencia, argumentos pruebas, alegatos finales etc. A su vez, se modifica el papel de la Comisión IDH para otorgar un papel mucho más trascendental dentro de la litis tanto a víctimas como a los Estados y para ello se crean: un fondo de asistencia legal y la figura del Defensor Público Interamericano. A partir de este momento los sobrevivientes recuperan su papel protagónico en el proceso para el acceso a la verdad la justicia, el derecho a la memoria histórica y el diseño de los apoyos que le serán útiles para la recuperación de su proyecto de vida y la reparación de los derechos vulnerados. En tal sentido es del todo claro que la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege adecuadamente en sus artículos: 1 (Obligación de respetar los derechos.) , artículo 25 (Protección Judicial), artículo 4 (Derecho a la vida), artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) , artículo 7 (Derecho a la libertad personal), artículo 8 (Garantías Judiciales) pero lo cierto es que dichos presupuestos normativos sin rostro, sin voz, sin enfoque pericial sin acompañamiento multidisciplinario que permitan establecer la litis y acercarse al daño moral que enfrentan las víctimas, pueden ser poco restauradores y ajenos a las necesidades de las personas, de ahí la enorme trascendencia litigiosa de la defensa integral y acompañamiento multidisciplinario de las sentencias de la corte el cual se materializa con la participación de las víctimas, quienes comparten sus testimonios personales y a partir de la realización de peritajes, para evaluar los daños psicológicos y/o psicosociales, la tortura, entre otros sufridos por los sobrevivientes, con el fin de usar esta prueba en la determinación de la reparación, del derecho humano a la integridad en términos generales y la integridad psicológica en términos concretos. De esta forma la defensa integral con acompañamiento multidisciplinario

coadyuva a la defensa jurídica, para la determinación del daño material pero fundamentalmente el inmaterial y llevar a cabo las ponderaciones para establecer los mecanismos de reparación. imperiosas de las personas con fundamento en su realidad y en su contexto.

III. El papel fundamental del Instituto de Federal de Defensoría Pública en la protección de derechos humanos de los más vulnerables a la luz de las reformas de 2011

El 10 de junio de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de fortalecer la justiciabilidad y eficacia de los derechos humanos, y reconocer su protección y garantía como la piedra angular, de todo el ordenamiento jurídico nacional. Dicha reforma fue un hito histórico en la búsqueda de garantizar los derechos humanos de modo integral, al reconocer el bloque de constitucionalidad, abriendo así una puerta trascendente al litigio con interés público y, por tanto, a un efectivo activismo judicial y un enfoque multidisciplinario. *La existencia de un bloque de constitucionalidad implica identificar todas las normas (principios y reglas) y valores que, pese a no estar expresamente establecidas en la Constitución escrita, son materialmente constitucionales. Dentro de tales normas y valores integrados a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (por remisión expresa o tácita de ésta), principalmente encontramos los estándares internacionales sobre derechos humanos.*³

En atención a ello es prudente señalar que la relatada reforma constitucional en materia de derechos humanos, colocó en el centro de la actuación del Estado mexicano, a la protección y garantía de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por éste, impactando de manera sustantiva en la labor de todas las autoridades del país, toda vez que éstas debían hacer efectiva la aplicación de la totalidad de las obligaciones reconocidas constitucionalmente, es decir que como nunca antes, conforme al ámbito de sus facultades y competencias en los términos del artículo 1º de nuestra carta magna, todas las autoridades, ya sean federales o locales se encuentran directamente obligadas a actuar dentro de un bloque de constitucionalidad y los criterios obligatorios para los jueces del Estado mexicano a ejercer de manera oficiosa el control de convencionalidad en materia de derechos humanos, en términos del artículo 1º de la Constitución, y establece la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para el Estado mexicano. Dicho bloque de constitucionalidad y progresión de derechos fundamentales, le otorgaron, tanto a los defensores de derechos humanos, como a las autoridades jurisdiccionales, un marco de acción generoso y progresista en virtud de llevar a cabo un indispensable activismo judicial en un marco de un litigio de interés público multidisciplinario.

En el contexto de esta reforma podemos entender el litigio de interés público así como la defensa integral y el acompañamiento multidisciplinario como un cambio en el curso de los litigios en nuestro país, que recogiendo la experiencia internacional, y en concreto el de la Corte Interamericana, lleva a cabo una modificación en la forma tradicional de justicia, en donde dos partes acceden a aquella con el interés de que sean resueltas sus diferencias mediante fallos, con efecto de cosa juzgada *inter partes*, puesto que este nuevo litigio pretende reformar y fomentar un diálogo *inter orgánico*, entre las ramas del poder público, para con ello asegurar que las actuaciones que ejerza y ejecute la administración pública, sean acorde con los límites de la Constitución y su bloque de constitucionalidad, lo que implica la incorporación de estándares internacionales de derechos humanos, en la decisión judicial, especialmente de aquellos tratados internacionales ratificados por el Estado y que otorga un marco de acción y exigencia, para los defensores de derechos humanos, quienes desde los propios medios ordinarios previstos en el

³ Rodríguez Manzo, G y Arjona Estévez, JC y Fajardo Morales Z., "Bloque de"; cit., p. 17

cuerpo normativo nacional, pueden exigir el cumplimiento de los estándares internacionales en cuanto a protección de los derechos humanos, cuyo alcance incide de manera directa e indirecta en la progresividad en el acceso a derechos fundamentales de grupos vulnerables de modo colectivo.

Conforme a lo expuesto, la reforma constitucional de 2011 sentó las bases para una defensa mucho más efectiva de derechos humanos, pero la enorme desigualdad que se vive de modo generalizado en nuestra región latinoamericana, y de modo específico nuestro país, así como la dificultad para el acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional y la persistencia de una visión dogmática y poco garantista por parte de los juzgadores; requerían un abordaje más específico y agresivo.

Atento a dicha problemática el H. Ministro presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en sus Líneas Generales de Trabajo 2019-2022 destacó la necesidad de impulsar un cambio de visión por parte de los juzgadores, así como una indispensable capacitación enfocada en derechos humanos y perspectiva de género, y prioritariamente, para los efectos del presente análisis, destacó el papel trascendental de los asesores jurídicos federales en particular en relación con los grupos vulnerables del siguiente modo:

El Instituto Federal de Defensoría Pública debe convertirse en un actor que a través del ejercicio de sus funciones contribuya al desarrollo de criterios en materia de i) derechos humanos, ii) amparo y, iii) justicia penal. En este sentido, el Instituto también debe consolidar el perfil profesional que requieren los defensores públicos y asesores jurídicos para operar en el marco del nuevo paradigma del sistema penal acusatorio y de protección de los derechos humanos. El Instituto debe brindar protección efectiva a quienes enfrentan situaciones de vulnerabilidad que difícilmente podrían garantizarle el acceso a un juicio justo, de no contar con una institución de dicha naturaleza

En respuesta inmediata a tan importante encomienda, el Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública, Maestro Netzai Sandoval Ballesteros, en un impulso directo y contundente al acceso a la justicia de los más vulnerables, mediante acuerdo de la Junta Directiva del Instituto de fecha 23 de junio de 2019, creó la asesoría especializada en atención a personas con discapacidad, dotando de 27 asesores especializados y capacitados directamente en la atención a personas con discapacidad, duplicó el número de asesores especializados en atención a personas en movilidad y sujetas a protección internacional y llevó a cabo la creación de un área forense para fortalecer la defensa integral con un acompañamiento multidisciplinario que, por vez primera, otorga la inclusión de la perspectiva pericial en la construcción de estrategias de defensa, aportando elementos técnicos y científicos para alcanzar la igualdad procesal y también para alcanzar la reparación integral.

IV La asesoría jurídica especializada y su prestación del servicio mediante la defensa integral, el acompañamiento multidisciplinario y el litigio de interés público.

La naturaleza de la prestación de servicio de asesoría jurídica especializada adquiere, ante ese impulso descrito en párrafos previos, una trascendencia de avanzada a nivel nacional en protección de derechos humanos, con un profundo anclaje de visibilización de interseccionalidades, toda vez que incorpora las acciones de acompañamiento experto y defensa jurídica integral, mediante el uso apropiado y pulcro del aparato institucional, la asesoría técnica y científica del área forense y la experiencia internacional disponible para tales efectos y, al mismo tiempo, la creatividad que constituye un requisito básico para superar la resistencia dogmática no solo de las autoridades a niveles local y federal, sino de los propios juzgadores y la sociedad en términos generales. El Instituto Federal de Defensoría Pública ha tenido en los últimos veinte años un papel sumamente digno en la representación de aquellos a quienes se les ha vulnerado o restrin-

gido prestaciones o derechos, no obstante ello, no existía la visión especializada en relación con los grupos vulnerables, ni tampoco la noción especializada en torno a categorías sospechosas y sus respectivas interseccionalidades, o un aparato de apoyo técnico científico para robustecer la defensa. En tal sentido, la renovada visión de priorizar el acceso a una justicia pronta y expedita a todas las personas, pero principalmente a aquellas que por cualquier causa encuentren dificultad para acceder, en condiciones de igualdad y no discriminación, al sistema de justicia, es decir, a los que han sido invisibilizados derivado de una serie de estereotipos creados desde todos los ámbitos, *generó la creación de las asesorías especializadas y área forense*. No sólo desde la perspectiva de simplemente cubrir asignaciones, sino que se llevó a cabo por medio de una exhaustiva especialización previa y que sólo constituyó el punto de partida de una serie de capacitaciones y oportunidades de formación constante, cuyo efecto es responder a la defensa y protección de derechos humanos conforme a la perspectiva de la reforma de derechos humanos de 2011, así como el de brindar un servicio de acompañamiento y defensa legal, cada vez más especializado y generoso, que contribuya a eliminar los desequilibrios ancestrales, al derecho a la igualdad y no discriminación. En la búsqueda de convertirse en una herramienta crucial para la defensa de los derechos humanos reconocidos tanto en los tratados internacionales, como en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y generar un activismo judicial inédito, que constituye pieza clave en la defensa del derecho a la visibilidad de todos aquellos que han sido persistentemente borrados del mapa de la justicia en nuestro país.

a) *La defensa integral de a partir del acompañamiento multidisciplinario*

*Acompañar a otro es un acto intencional, que surge antes que otra cosa desde el reconocimiento del otro como semejante de la identificación de su dolor, de su alegría, de su culpa, de su compasión, de su enojo, de su miedo, de su carisma, el reconocer al conocerme, construyendo el sólido cimiento de la humanidad común.*⁴ En las décadas de los años 60 y 70 del siglo pasado, se avanzó de la perspectiva de una victimología con un enfoque devaluador, a un enfoque con perspectiva teórica de apoyo y asistencia, resultado de los movimientos sociales que contribuyeron a la creación de una perspectiva de ayuda y soporte a las víctimas encabezados por el movimiento feminista. Partiendo de ahí, al reconocer el catálogo amplio de derechos humanos, reconocidos por los marcos normativos internacionales, que México ha adoptado gradualmente gracias a la trascendental reforma de derechos humanos llevada a cabo en el año de 2011, se hizo tangible la importante necesidad del *acompañamiento, y asistencia a aquellos grupos inmersos en procesos de discriminación y negativa de acceso a la justicia*.

El acompañamiento jurídico de carácter multidisciplinario es la herramienta trascendental de la defensa integral, puesto que una sentencia favorable no es más que un cúmulo de artículos y normas inconexas y estériles, sino mejoran de modo concreto, la vida de la gente. Ahora bien, a lo largo del presente texto hemos advertido la necesidad de un enfoque múltiple para la construcción de la litis y la elaboración de las medidas de reparación en la ruta de un enfoque coordinado, que sin duda requieren el acompañamiento multidisciplinario; lo cierto es que con base en ello, la defensa integral se plantea retos muy amplios de protección derechos humanos y, en este tenor, el acompañamiento jurídico y el acceso a el área forense son una vía generosa que busca fortalecer la defensa y, a la vez, ser contención de apoyo desde el inicio del proceso para andar juntos, los largos tiempos de frustración y espera que vive cada sobreviviente hasta obtener justicia y sentencias reparadoras. El acompañamiento jurídico y la multiplicidad de disciplinas para fortalecer la defensa son indispensables para sortear las extenuantes diligencias que inmiscuyen un proceso jurisdiccional, tanto nacional como internacional que, sin duda, pueden ser altamente revictimizadoras al revivir de modo sistemático el dolor de las violaciones de derechos humanos, la pérdida de la esperanza, los largos tiempos de espera y, en este

sentido, el acompañamiento cumple un papel de primeros auxilios emocionales indispensables, para un acercamiento pleno y efectivo y una real reparación legal que *evite su revictimización, se favorezca su empoderamiento, se consiga contener y canalizar sus emociones y sufrimiento, para estar en aptitud plena de hacer valer sus derechos mediante los recursos jurídicos idóneos, y periciales adecuadas que fortalezcan el alcance probatorio de modo idóneo y todo ello con respeto a su dignidad y a su voluntad.*

El acompañamiento jurídico y la defensa integral con perspectiva pericial son una suerte de defensa reforzada y primeros auxilios emocionales, capaces de proveer un mecanismo de contención y confianza que permite acometer a la problemática que los afectados plantean y que formará parte de todo el proceso; que no sólo constituyen un ejemplo de buenas prácticas para todos los defensores de derechos humanos, sino que contribuyen a , evitar la disonancia entre el acto reclamado con los estándares internacionales y y así facilitar no sólo la obtención de una sentencia favorable, sino que ésta constituya la reparación directa de la afectación.

Esta reforma y la nueva perspectiva de la defensa que se brinda a nivel institucional, también nos ha permitido dejar atrás la visión aprendida de que el litigio tiene una estructura desmontable, en la que los protagonistas son los contrarios y nuestra defensa legal, puesto que la defensa integral que las áreas especializadas con el apoyo del área forense prestan, busca acabar con esos mitos al entender que el sobreviviente, el afectado, el quejoso, tienen poder de decisión y una postura fundamental en su propia defensa, toda vez que en las violaciones de derechos humanos que aquellos denuncian, se encuentran inmersos su proyecto de vida, su salud física y mental. En atención a ello, es que los defensores de derechos humanos a la luz de la reforma multicitada, debemos entender que el acompañamiento jurídico que las asesoras y asesores brindamos no es intervención, puesto que el acompañamiento empodera, esto descoloca al acompañante del lugar de poder-saber del especialista, asesor jurídico, que implicaba en el pasado situar a los otros representados como un objeto pasivo sobre el que recae la acción, puesto que en esta nueva dinámica reforzada con perspectiva de derechos humanos, el objetivo del litigio no es la anulación, sino el empoderamiento; el acompañamiento no es adoctrinamiento, lo que implicaría intentar convencer o imponer la ideología del (a) acompañante o asesor, a las personas con quienes trabaja, por el contrario, el acompañamiento entiende que cada víctima reconoce y abraza sus creencias y sus rituales personales que contribuyen a su identidad y el acompañamiento abraza desde el derecho a la identidad, al poder de decisión a los usos y costumbres y a su identidad evitando en todo momento convertir el ejercicio libertario de persecución de derechos, en un acto de poder. El acompañamiento dentro del litigio de defensa de derechos humanos no es psicoterapia. No lo es, el acompañamiento se desenvuelve en diversos niveles igual de trascendentes, es decir: resolviendo sus dudas en relación con las diferentes instancias implicadas y garantizando así a la víctima a la que se le brinda la defensa integral el reconocimiento pleno de todos sus derechos.

Escuchar las expectativas del representado las cuales se tomarán en cuenta desde antes de comenzar la relación de acompañamiento y formarán parte de la propia estrategia de defensa, haciendo de su conocimiento los alcances claros de la defensa que se presta y las posibilidades válidas de reparación, para evitar crear expectativas falsas, que impliquen desconfianza o revictimización. No es psicoterapia, es visión coordinada. Finalmente, el acompañamiento promueve la integralidad la defensa, así como también debe promover, en todo momento, un enfoque integrado dentro del litigio de violaciones a derechos humanos, en la búsqueda del acceso a la justicia y la reparación efectiva y una defensa integral que es un proyecto que articula distintos saberes, miradas y quehaceres. Ello requiere considerar niveles diferenciados de análisis de la realidad, un permanente ejercicio dialéctico teórico-práctico, así como el diálogo multidisciplinario que el área forense provee a la defensa. El acompañamiento en el servicio de

prestación de asesoría jurídica especializada en grupos vulnerables, se vuelve una herramienta indispensable, que potencializa la efectividad del servicio, puesto que cumple un papel de primeros auxilios emocionales indispensables, para un acercamiento pleno y efectivo y una real reparación legal y cuyo sentido es que al momento de atender a quienes se acercan a solicitar el servicio de asesoría jurídica, se evite su revictimización, se favorezca su empoderamiento, se consiga contener y canalizar sus emociones y sufrimiento, para estar en aptitud plena de hacer valer sus derechos mediante los recursos jurídicos idóneos, todo ello con respeto a su dignidad y a su voluntad.

Esta perspectiva innovadora dentro del servicio de asesoría jurídica especializado, implica un auténtico acompañamiento de nuestros representados durante todo su trayecto, en tanto que nos permite garantizar que se cumplan los protocolos previstos en las leyes locales e internacionales adecuadamente, además de ejercer nuestra función facilitándole la comprensión de los mismos y del proceso que se sigue a su favor, también resolviendo sus dudas en relación a las diferentes instancias implicadas y garantizando así a nuestro asesorado. La orientación y reconocimiento pleno de todos sus derechos, siempre y en todo momento, procurándole la confidencialidad que le proporcionará un ámbito de confianza imprescindible.

Las expectativas del representado serán tomadas en cuenta desde antes de comenzar la relación de acompañamiento y formarán parte de la propia estrategia de defensa, haciendo de su conocimiento los alcances claros de la defensa que se presta y las posibilidades válidas de reparación, para evitar crear expectativas falsas, que impliquen desconfianza o revictimización. Lo cierto es que, si bien el abordaje de los medios de defensa pueden cambiar durante el trayecto, esto se analiza y se consulta paso a paso con nuestros representados por medio de las herramientas previstas en las bases de organización y funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública. Finalmente, es muy importante resaltar que dicho acompañamiento es una tarea ardua e importantísima que permite también que la persona que solicita nuestros servicios y que ha sido de continuo vejada por autoridades diversas, advierta que el servicio que se presta por parte del Instituto Federal de Defensoría Pública, pondera de modo prioritario el respecto a su dignidad, la empatía con la problemática que vive y la convicción inmensa de reparar, por conducto de su actuación jurídica, las trasgresiones que la solicitante y el solicitante del servicio han sufrido.

b) *El litigio de interés público (activismo judicial)*

Tal y como se planteó previamente el litigio de interés público, que ha adquirido un impulso inmenso a partir de las reformas de derechos humanos implica un cambio en el curso de los litigios, una modificación en la forma tradicional de justicia que busca asegurar que las actuaciones que ejerza, y ejecute la administración pública, sean acorde con los límites de la Constitución y su bloque de constitucionalidad, que implica la incorporación de estándares internacionales de derechos humanos en la decisión judicial y garantizar la defensa de derechos humanos. En atención a ello la prestación de los servicios de asesoría jurídica especializada en grupos vulnerables obtiene una vía trascendental y altamente efectiva para la visibilización de derechos y la reparación de éstos. Es decir, las líneas de trabajo del ministro presidente y el impulso de nuestro Director General, ante el emprendimiento de litigios arriesgados y novedosos, para garantizar los derechos humanos de nuestros representados, han dado pie a una renovada libertad creativa de emprender recursos vanguardistas, los que derivados de la resistencia dogmática, pudieran lo mismo ser exitosos de inmediato, que no ser procedentes de inicio, pero que con toda certeza, sentarán un precedente para la toma de conciencia y la modificación de paradigmas, en el dictado de sentencias y con un claro enfoque de interés público, además, con la particularidad de que derivado del tipo de defensa especializado y enfocado en la diversidad y sus intersecciones que

se presta, las sentencias derivadas de los recursos que emprenden los asesores especializados a favor de una representado en particular , tienen una incidencia real y tangible, en relación con los derechos humanos de otras personas que, vinculadas a la misma categoría sospechosa, quienes podrán verse beneficiadas con dicha reparación. En este sentido el amparo contra leyes o en relación con las omisiones legislativas cumple un papel fundamental, al otorgar la posibilidad de armonizar las leyes, ordenamientos, reglamentos de carácter general con los derechos humanos previstos, tanto en nuestra carta magna, como en los tratados ratificados por nuestro país, siendo un instrumento muy relevante para establecer un litigio de avanzada y diseñador de precedentes y criterios orientadores, que constituyan un auténtico cambio de paradigmas y visibilización de derechos humanos. A su vez, el juicio de amparo indirecto, que a menudo ha sido considerado una herramienta, poco extensiva en relación con la reparación de derechos de carácter colectivo, derivado de la relatividad de la sentencias, con base al agravio personal y directo, a la luz de las reformas constitucionales, largamente referenciadas, hoy sí representa un mecanismo efectivo, en relación con los fines colectivos del litigio de interés público, puesto que a pesar del bloque de constitucionalidad y la obligación de las autoridades locales y federales, de cumplir con la protección y garantía de los derechos humanos, reconocidos en la Constitución, los tratados internacionales, ratificados por nuestro país, el control de convencionalidad en materia de derechos humanos y la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; dichas autoridades menudo son omisas en modificar o actualizar sus planes, programas, acuerdos y ordenamientos y regular sus actuaciones, dentro del ámbito de sus facultades, para que cumplan con los principios básicos de accesibilidad, igualdad, inclusión y derecho a la no discriminación; previstos en el marco normativo internacional; trasgresión jurídica que ofrece la posibilidad para los asesores jurídicos especializados y, en general para los defensores de derechos humanos para la reparación de derechos de modo general, toda vez que al alegar la inconstitucionalidad o inconvencialidad de dicha omisión, al obtener una sentencia favorable, que ordene a la autoridad subsanar dicha omisión, se estará de modo automático beneficiando a todos aquellos que se hayan visto o se hubieren visto afectados por aquella. De acuerdo con lo anterior, dicho medio defensa y casos análogos que, de manera constante, son promovidos por los asesores especializados en la atención a grupos vulnerables, cumplen plenamente con los objetivos de un litigio de interés público y visibilización de casos sospechosos y su interseccionalidad, *siendo claro que el éxito de un litigio de interés público y de todo índole en relación a personas inmersas en categorías sospechosas a menudo múltiples, inmiscuye la reparación en sí, pero también la toma de conciencia y los ajustes de los procedimientos en los que se encuentren inmersos los grupos vulnerables que representamos.*

V. Retos

La defensa y protección de derechos humanos a diez años de las reformas constitucionales, aún tiene un largo trayecto por andar, en muchos derroteros, como naturalizar el juzgar con perspectiva de discapacidad, con perspectiva de género y de derechos humanos. No obstante la defensoría pública ha atendido su papel en esta transformación, con el fortalecimiento de la institución con la atención especializada a grupos vulnerables y la perspectiva pericial que presta el Instituto Federal de Defensoría Pública, tal y como lo anticipó el Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia, está llamada a representar un papel clave en materia de garantizar el acceso pleno a derechos humanos, ante situaciones que bien pueden convertirse en verdaderas crisis humanitarias y el momento ha llegado la presente crisis sanitaria que vive el mundo entero, implica un reto inmenso, en cuanto a posibilitar el acceso a derechos humanos fundamentales, a favor de los grupos más vulnerables, como lo es el derecho a la vida, la salud, la educación, etc., así como nuevos retos en materia de bioética y accesibilidad, puesto que el efecto del virus que

nos aqueja como humanidad, amenaza con dejar a su paso grupos en extrema pobreza y una nueva situación de diversidad funcional y vulnerabilidad. No obstante, la encomienda encuentra a un Instituto renovado, con profesionales especializados y sujetos a una constante capacitación y ascendente toma de conciencia, preparados para el enfoque integrado y acompañamiento multidisciplinario en el litigio de violaciones a derechos humanos, que ofrece la posibilidad de evitar que las sentencias se desvinculen de las víctimas y las reparaciones sean a la medida. Sin embargo, el camino aún es largo a la resistencia de las autoridades para cumplir de manera efectiva con las sentencias, los contextos de impunidad y el largo tiempo que trascurre para tener acceso a la justicia son el gran reto de toda la sociedad en su conjunto. Sin embargo, la defensoría está lista para enfrentar el desafío, de asegurar el derecho a la visibilidad la tutela jurisdiccional y la reparación de derechos trasgredidos, de aquellos que históricamente borrados, diluidos y así nosotros, todas, todos, vamos juntos en este camino de acompañamiento, pero hoy mucho más visibles y listos para garantizar nuestros derechos en colectivo.

VI. Bibliografía

- Cantú Martínez Silvano, Gutiérrez Contreras Juan Carlos, Rincón Covelli Tatiana *Litigio Estratégico en Derechos Humanos, Modelo para armar*. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (CMDPDH) Enero, 2011
- MORA CASTILLO, S. M.“El Litigio de la Reforma Estructural de los Tribunales Constitucionales como Actores Políticos. Modificación de condiciones estructurales que desconocen derechos consagrados constitucionalmente”. Tesis para optar el título de Maestría en Ciencia Política. Universidad de Salamanca. (2012). Recuperado de: http://campus.usal.es/~acpa/sites/default/files/TFM_sandra_mora_castillo.pdf.
- Rodríguez Manzo, Graciela y Arjona Estévez, Juan Carlos y Fajardo Morales, Zamir. *Bloque constitucionalidad en México*. Edita Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF),, 2^a. ed., México 2013
- Zaldívar Lelo de Larrea Arturo, *Líneas Generales de Trabajo 2019-2022*. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), 2018



Instituto Federal de
Defensoría Pública

ACÉRCATE A LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

- Matrimonio igualitario
- Adopción homoparental
- Reconocimiento de identidad de género
- Beneficiarios de seguridad social

**DEFENSA TEL
800 2242426**

La defensa y protección de los derechos humanos en materia de ejecución de penas

José Demetrio Rosas Vargas*

RESUMEN: En este artículo se contempla un análisis del derecho a la libertad junto a los derechos a la vida, la integridad y la identidad, forman parte del núcleo esencial de los derechos fundamentales conocidos también como derechos fundantes, por cuanto constituyen la base o sustento de todos los demás derechos; pero estos derechos, a su vez, tienen una razón primera en la dignidad del ser humano, de tal manera que cualquier agresión a dichos derechos, también constituye un ataque a la propia dignidad del ser humano. Dado la naturaleza esencial de la libertad, el Estado a través de sus diversas expresiones, entre ellas el Derecho, está en la obligación no sólo de respetarla, sino también, de protegerla. Por tal motivo el juez ejecutor, le concierne la reinserción de los sentenciados a la sociedad, pues si éste se encarga de garantizar el estricto cumplimiento de las normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad, garantiza el respeto de los derechos de toda persona mientras se mantenga privada de la libertad, esto es por medio del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, es necesario partir de lo que la Constitución señalaba con la reinserción social del delincuente, como el fin de las bases sobre las que se organizaría el sistema penitenciario, que encontró su sustento epistemológico en la escuela del positivismo, con fines utilitarios. Asimismo, debe tomarse en cuenta que quienes intervienen sobre la permanencia de los internos en prisión es el personal técnico de los centros penitenciarios, que cuenta con amplias facultades para integrar el estudio técnico interdisciplinario. La concesión de beneficios preliberacionales, es un instrumento de política criminal eficaz y necesario en una sociedad avanzada, como fórmula alternativa que evite la ejecución de penas de prisión de corta duración, dado que su ejecución podría resultar contraria a la función preventiva asignada a la pena, tanto desde la perspectiva preventivo especial, como, incluso, desde la perspectiva preventivo general, lo anterior con base en la aplicación de los derechos humanos. El derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente y a que se respete y garantice su dignidad, su vida, su integridad física, psicológica y moral. Por ello la labor del defensor es realizar una defensa técnica, material y garantizar que ésta sea integral con un enfoque de derechos humanos.

SUMARIO: I. Análisis general en los centros penitenciarios. II. Asuntos relevantes en ejecución de penas ponderando los derechos humanos. III. Derechos de las personas privadas de la libertad. IV. Consideraciones personales. V. Bibliografía.

I. Análisis general en los centros penitenciarios

A. Área Jurídica del Centro de Observación y Clasificación

Comento sobre la importancia del estudio de la personalidad de los internos, para determinar su grado de peligrosidad y el tratamiento de reinserción, destacando también la participación del personal técnico interdisciplinario. Me refiero a las actividades y formas de participación que

* Oficial Administrativo.



tienen las áreas técnicas del establecimiento penitenciario. En ese mismo orden de ideas, es posible implementar y hacer funcionar un verdadero sistema de reinserción social, mientras exista una integración de criterios y procedimientos técnicos sobre los que debe apoyarse el trabajo técnico.

Consecuentemente a lo anterior, se apreciará en la elaboración de estudios técnicos, la utilización y determinación de métodos y técnicas de tratamiento, la emisión de diagnósticos, así como el establecimiento de un sistema de clasificación e integración del expediente de la persona privada de la libertad, con el propósito de implementar acciones coordinadas y con fundamentos técnicos, jurídicos y criminológicos, que conllevan a la necesidad de establecer los objetivos específicos de cada una de las secciones que conforman el área técnica que intervienen en el proceso de reinserción social, correspondiendo al Centro de Observación y Clasificación la integración de los departamentos en: trabajo social, pedagogía, psicología, médica, criminología y psiquiatría en su caso.

Al efecto, basta recordar que el Centro de Observación y Clasificación es un importante pabellón donde realizan su trabajo los psicólogos, los trabajadores sociales, médicos, que confeccionan la ficha criminológica y señalan el posterior tratamiento del interno.¹

Sin embargo, es a veces difícil conseguir personal técnico adecuado, en virtud de que el medio penitenciario es poco atractivo como fuente de trabajo, el riesgo del mismo es permanente y los salarios son bajos; además, actividades como en el caso de los trabajadores sociales, en una gran mayoría son técnicos profesionales, porque a nivel licenciatura poca es la oferta educativa en ese nivel, correspondiendo a la Universidad Nacional Autónoma de México el ser pionera en este campo a través de la Escuela Nacional de Trabajo Social. En consecuencia, su formación es semi empírica y, por tanto, su desempeño no es lo eficaz y eficiente deseable. Reflexiono que ello, es indispensable para que el gobierno en su ámbito local y federal, tome conciencia de este problema y otorgue mayor presupuesto para lograr una verdadera capacitación a nivel técnico y profesional médicos, pedagogos, psicólogos, trabajadores sociales y criminólogos, que a decir verdad son ellos los que por medio de un estudio individualizado del delincuente le aportarán al juez ejecutor de sentencias, un panorama amplio para la toma de decisiones sobre el otorgamiento o negación de los beneficios de ley a los internos.

Cabe señalar que el área jurídica es la indicada para brindar la asesoría legal a los internos y familiares, constatar la comunicación y visita periódica de los defensores públicos federales, gestionar los beneficios preliberacionales y participar en las sesiones del Consejo Técnico Interdisciplinario. Los objetivos generales del área jurídica son: integrar la información jurídica de los internos de nuevo ingreso y canalizarla a las diferentes áreas, con el objeto de mantener actualizada la situación procesal de los mismos. Participar en la elaboración del diagnóstico de personalidad aportando los datos de carácter jurídico y remitir, en tiempo, el estudio integral al juez ejecutor de sentencias. Coordinar y programar las sesiones del Consejo Técnico Interdisciplinario y realizar el estudio jurídico que aporte elementos a éste. Atender y coordinar la presentación de los internos a sus audiencias, previa solicitud de las autoridades correspondientes. Atender las solicitudes de información de las autoridades correspondientes en relación a amparos directos e indirectos, informes previos y justificados. Tener enlace permanente con la finalidad de intercambiar los datos de cada interno, con la Secretaría de Seguridad Pública Federal y Estatal. Atender las solicitudes de las Comisiones de Derechos Humanos respectivas que formulen al titular del establecimiento penal. Finalmente, y por lo que a este respecto toca mencionar, resulta que, según el tipo de administración dentro de cada institución penitenciaria, a esta área se le denomina Subdirección Jurídica o Secretaría General.

¹ Marco Del Pont, L.: *Derecho Penitenciario...*cit., p. 246.

B. Área de trabajo social

Es una actividad profesional que mediante métodos y técnicas propias tiene por objeto de estudio analizar el entorno de una persona sujeta a proceso penal, en primera instancia y en su calidad de sentenciado, según sea el caso, por lo que se refiere a su vida familiar, social y laboral o educativa, al momento de la comisión del delito imputado. Esta labor tiene especial trascendencia para el Órgano Jurisdiccional, en virtud de que los trabajadores sociales hacen una verdadera investigación de campo por lo que respecta a sus áreas de estudio, y conocen por sus propios sentidos, cuál es el medio con el que interactúan los inculpados en una causa penal, situación de especial relevancia para el diagnóstico clínico-criminológico que toma en cuenta el Juez de la causa para individualizar la pena.

Ahora bien, los trabajadores sociales deben ser instruidos en el manejo de grupos y en las distintas formas de realizar entrevistas, ya sea a los internos, familiares o empleadores. Los objetivos del área de trabajo social son: investigar y analizar el desarrollo familiar y social del interno, a fin de determinar los factores que inciden en la conducta antisocial y proponer alternativas de clasificación y tratamiento. Reforzar la relación interno familia y propiciar la participación de ese núcleo en un proceso de reinserción. Proponer, ejecutar y supervisar los mecanismos técnicos administrativos y medidas tendientes al fortalecimiento de las relaciones intrafamiliares a través de la visita familiar e íntima. Brindar asistencia social a la población cautiva, a fin de lograr un adecuado desarrollo intra institucional. Participar interdisciplinariamente en programas tendientes a prevenir y tratar conductas antisociales. Establecer coordinación intra institucional con organismos no gubernamentales y gubernamentales de atención y asistencia médico social. Analizar y valorar los elementos y condiciones familiares, socioeconómicas y victimológicas del medio externo que pudieran favorecer la reinserción social. Con los internos de primer ingreso, prepararlos para su posterior estancia dentro del centro de reclusión, coordinándose en este sentido con el departamento de Psicología.

Finalmente, *son de trascendental importancia los datos obtenidos de los familiares próximos, sobre la bibliografía en general del interno, historial médico, sus antecedentes sociales; cómo utilizaba su tiempo libre y cuál era su rendimiento en el trabajo, pues lo importante del trabajo en la prisión, no es combatir el ocio, o sea mantener ocupado al interno, sino crear un hábito ocupacional que logre que el interno, al obtener su libertad, procure buscarse una actividad productiva.*²

C. Área de psicología.

La palabra psicología: es parte de la filosofía que trata del alma, sus facultades y operaciones. Todo aquello que atañe al espíritu. Ciencia que estudia los procesos mentales en personas y en animales. Asimismo, la Psicología es la rama de las ciencias sociales cuya aplicación forense se ocupa de conocer las causas y formas de manifestación de las conductas antisociales, así como el sujeto que las comete.

El objetivo de la psicología es: *determinar la personalidad de los individuos a través de estudios que permitan conocer su conducta, convivencia con el medio social, motivaciones internas y la causa de sus acciones a efecto de establecer su participación en el presunto hecho delictivo.*³

Resultado de lo anterior, el psicólogo con base en un análisis documental, determinará los rasgos psicológicos de un individuo en los diferentes tipos de ilícitos, como: homicidios, suicidios, secuestros, narcotráfico, a través del examen de declaraciones, recados póstumos, anónimos, entre otros. Las actividades que realiza el personal adscrito a la oficina de psicología, pueden es-

² López Vergara, J. y De Tavira, J.P.: *Diez temas criminológicos...*cit., p. 31.

³ Colección Criminalística.: *Guías Metodológicas de las Especialidades Periciales...*cit., pp. 137, 138.

quematizarse de la siguiente manera. Fichas de ingreso: en ella se plasman los datos generales del interno, así como la primera impresión de sus funciones mentales, su apariencia física y los rasgos de personalidad que sobresalen durante la entrevista. Estudio psicológico: comprende la aplicación de una batería de pruebas psicológicas y entrevistas. Las pruebas se determinan en función a la escolaridad del interno. El estudio permite conocer las principales características, de la personalidad, obteniendo un diagnóstico de la misma, un pronóstico de comportamiento intra y extramuros y sugerir el plan de tratamiento. Clasificación: el estudio psicológico, así como el estudio de las distintas áreas técnicas brinda los elementos para determinar, de acuerdo a parámetros ya establecidos, el dormitorio donde permanecerá el interno. Consejo Técnico: el psicólogo aporta su opinión profesional con respecto al caso del interno que se trate, así mismo es portavoz hacia el interno de las resoluciones que emita el Consejo. Dinámica de grupo: a través de esta técnica el psicólogo busca una mayor participación de los internos en su acontecer cotidiano, así como propiciar que se comprometan en la solución de los conflictos que surgen en la relación con otros internos. Su participación es la de moderador y guía.

Recorrido a dormitorios: la labor del psicólogo es propiciar un mayor y mejor acercamiento entre los internos y el personal técnico. Seguimiento: esta actividad permite conocer los avances del interno en el tratamiento de reinserción social, y se realiza a través de dinámicas de grupo, recorridos a dormitorios, entrevistas subsecuentes, ya descritas en líneas anteriores. Terapia: el tipo de tratamiento que se establezca será de acuerdo a las particularidades del caso, este abarca desde la terapia breve y de emergencia hasta la terapia de apoyo, manejada de acuerdo con la formación de cada psicólogo. La terapia reconstructiva psicoanálisis no puede ser aplicada en una institución penitenciaria, ya que no se cuenta con las condiciones idóneas para llevarla a cabo.

Finalmente, el estudio psicológico es *el estudio de la personalidad del interno, de sus múltiples y complejos aspectos que lo han llevado al delito. En el diagnóstico individual se utilizan generalmente las siguientes técnicas: historia clínica, test de inteligencia, proyectivos, de personalidad, entrevistas focalizadas y abiertas. Las técnicas deben seleccionarse teniendo en consideración la edad, nivel educacional, nivel socio-cultural, la problemática que presenta.*⁴ El estudio de todos los aspectos que configuran la personalidad que permiten llegar a un diagnóstico.

D. Área de pedagogía

La palabra pedagogía significa ciencia que se ocupa de la educación y la enseñanza. En general, lo que enseña y educa por doctrina o ejemplos. Ahora bien, teniendo en cuenta que el fin de la pedagogía es el estudio sistemático del fenómeno educativo; en el ámbito penitenciario tiene un campo más del quehacer pedagógico, ya que su objetivo primordial es determinar el estado educativo del individuo en reclusión. Sus principales funciones son las siguientes.

Entrevista inicial para realizar un estudio pedagógico consistente en la obtención de datos escolares, tanto del núcleo familiar primario y secundario como personal, dinámica escolar cultural y educativo en general. Con esta información se realiza la integración del estudio pedagógico elaborando un diagnóstico, un pronóstico y un tratamiento, enviando el estudio al Centro de Observación y Clasificación para el expediente técnico.

A partir de referida información, se envía un reporte que contendrá la síntesis del estudio, a la oficina de trabajo penitenciario para su mejor aprovechamiento laboral e inicio del tratamiento, asimismo se envía la información al Centro Escolar de la Institución, proponiendo específicamente escolaridad y/o actividad extraescolar en su caso. Por otra parte, se llevan a cabo estudios pedagógicos a solicitud de los diferentes juzgados en materia penal, dicha información al igual que

⁴ Marchiori, H.: *El Estudio Del Delincuente...*cit., p. 13.

las demás áreas que componen el equipo técnico interdisciplinario será conjuntada por la oficina de criminología; aportando mayores elementos al estudio clínico criminológico, datos adicionales al juez ejecutor de sentencias para el otorgamiento o negación de los beneficios de Ley. Se realizan también estudios pedagógicos para las sesiones del Consejo Técnico Interdisciplinario, los cuales tienen diferentes modalidades dependiendo del caso: puede tratarse de seguimiento, revaloración o tratamiento específico.

Por consiguiente, al igual que las demás áreas que componen el equipo técnico interdisciplinario la oficina de pedagogía participa en los recorridos a los diferentes dormitorios, captando así las diferentes problemáticas y proponiendo soluciones alternas, su participación se refleja también en las clasificaciones y reclasificaciones. Con base en la información reportada por el interno en las entrevistas iniciales con los trabajadores sociales, aplicará diversas pruebas de habilidades y conocimientos acordes a la escolaridad que manifestó el interno tener, es decir, desde educación básica hasta preparación profesional. Finalmente, algunos de los objetivos de la pedagogía son: *el motivar la participación de la población interna en las actividades educativas, culturales, recreativas y deportivas, integrar, aumentar el acervo bibliográfico y motivar el interés de la población en el hábito de la lectura.*⁵

E. Área médica

La palabra medicina es la ciencia y arte de evitar y curar las enfermedades del cuerpo humano. En el ámbito legal, hace referencia a la aplicación de la medicina al asesoramiento pericial de los tribunales. *El servicio médico se encarga de cuidar, vigilar la salud física y mental de los internos, así como la higiene dentro de la institución penitenciaria, una de sus funciones es elaborar la historia clínica para el expediente del interno y de realizar en formas minuciosa una revisión clínica y de laboratorio para detectar oportunamente enfermedades infecto-contagiosas.*⁶

No pasa desapercibido que, en todos los dentros penitenciarios se debe brindar a los internos atención de primer nivel referente a la consulta externa y médica preventiva principalmente. Las actividades desarrolladas en el servicio médico son las siguientes: realizar la ficha médica de ingreso con el fin de determinar el estado de salud física y mental que presenta el interno al momento de su ingreso a la institución carcelaria. Coadyuvar a la adecuada higiene y sanidad general de las instalaciones de la institución a través de la implementación de medidas profilácticas, es decir, se refiere a la medicina que tiene por objeto la conservación de la salud y la preservación de la enfermedad. Incidir en el tratamiento integral del interno a través del diagnóstico médico y la aplicación de medidas preventivas curativas y de rehabilitación. Integrar el estudio médico o historia clínica, cumpliendo con los criterios necesarios de contenido, diagnóstico y pronóstico, con el fin de determinar la clasificación del interno, así como las medidas de tratamiento conducentes.

Elaborar las valoraciones médicas para sesiones de Consejo Técnico Interdisciplinario y para el otorgamiento de la visita íntima. Proporcionar atención médica a todos los internos y vigilar la asistencia de atención médica especializada que así se requiera. Resulta indudable que la criminología clínica, considera que *el delito es una conducta patológica, anormal que daña y destruye, es la conducta de un individuo enfermo social, que a través de la pena debe de ser curado y rehabilitado socialmente.*⁷

De esta manera, en términos generales, casi todos los establecimientos penitenciarios muestran un detrimento y carencias importantes en lo que se refiere al acondicionamiento de sus

⁵ Villanueva, R., López Martínez, A. y Pérez Medina, M.L.: *Méjico y su sistema penitenciario...*cit., p. 65.

⁶ García Andrade, I.: *El Actual Sistema Penitenciario...*cit., p. 114.

⁷ Marchiori, H.: *Criminología, La Víctima del Delito...*cit., p. 9

espacios, al estado de las instalaciones y el mobiliario, así como en la disponibilidad y el acceso universal por parte de los internos a bienes y servicios básicos. Estas deficiencias tienen, sin embargo, un indudable impacto negativo sobre la calidad de vida de los internos y, sobre el tipo de relaciones e intercambios que se generan entre ellos y con el personal. En política criminal se reconoce a la delincuencia como un problema social y no individual, y asume que quien comete un acto delictivo se aparta de la sociedad al no estar integrado a ella, por ende, su reinserción prevé un conjunto de actividades y programas para que las personas condenadas a pena privativa de la libertad estén preparadas para regresar a la sociedad.

II. Aspectos relevantes en ejecución de penas ponderando los derechos humanos

Considero oportuno mencionar que, en México la situación de sobre población se complica, debido a que existe corrupción entre el personal de vigilancia y los presos, que en parte se explica por las amenazas de estos últimos y los bajos salarios que percibe el personal, además, los vigilantes suelen pertenecer al mismo estado que los presos. Los grupos de poder, drogas y armas son consecuencia del hacinamiento, la corrupción y la falta de eficiencia medida por el elevado número de presos que esperan juicio de las cárceles mexicanas. Resulta oportuno recordar que la justicia distributiva se sustenta en dar a cada quien lo que le pertenece. Así lo señaló Aristóteles en su ética Niegmaquea: El Juez procura igualar esta desigualdad de que resulta la injusticia. Cuando una persona es herida y otra hiere o cuando uno mata y otro muere, la pasión y la acción están divididas en partes desiguales, y el Juez trata entonces de igualarlos con el castigo, retirando lo que corresponda del provecho al agresor.⁸

Es importante destacar que el artículo 137, párrafo segundo, de la Ley Nacional de Ejecución Penal vulnera el principio de reinserción social al establecer como requerimiento para obtener la libertad condicionada que se cubra el costo de un dispositivo de monitoreo electrónico. El precepto genera un trato diferenciado entre los beneficiarios de la libertad condicional, pues no prevé la medida por virtud del cual se califique quién puede o no costear el dispositivo, haciendo discrecional el otorgamiento de la libertad condicional. En ese sentido, el trabajo del defensor público federal es impugnar la norma ya que toma como punto de partida la situación económica de una persona para acceder al beneficio legal, distinción que está prohibida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos al constituir una categoría incierta. Queda claro que los familiares asumen con asiduidad y de diferentes maneras una parte importante de los costos de reclusión del interno, dado que lo proveen de bienes y servicios básicos que la institución no les proporciona o lo hace de manera insuficiente. Esto significa que la institución impone o admite de facto que se impongan penas que incluyen a la familia y que trascienden al interno. Además de que esta situación es jurídicamente inadmisible, coloca en una situación de desventaja a aquellos internos que carecen de familia o cuyas familias no están dispuestas o no tienen la posibilidad de asumir dichos costos.

En ese orden de ideas, el artículo 141, fracción VII de la Ley Nacional de Ejecución Penal viola el derecho a la reinserción social previsto en el artículo 18 de la Constitución General al realizar una distinción injustificada y desproporcionada entre delitos dolosos y culposos para el otorgamiento del beneficio de la libertad anticipada. El artículo 141 dispone de los requisitos que deben cumplirse para conceder la libertad anticipada de la persona sentenciada. Entre los requisitos, la fracción VII establece el cumplimiento del 70% de la pena impuesta en los delitos dolosos o el 50% de la pena, tratándose de delitos culposos. La anterior distinción resulta inconstitucional dado que el que un delito haya sido doloso o culposo ya fue tomado en cuenta por el juzgador de origen. Así, no puede tomarse en cuenta de nuevo en la ejecución de la pena. En

⁸ Aristóteles.: *Ética Niegmaquea...*cit., p.110.

actividad del defensor tiene que argumentar ante el órgano jurisdiccional el razonamiento que implica a una invasión competencial por parte del juez especializado en ejecución de sentencias sobre la materia juzgada por el juez de proceso penal. Esto genera inseguridad jurídica al permitir una doble valoración judicial del aspecto de la intencionalidad del delito. De tal forma, la fracción VII del artículo 141 se opone al contenido del artículo 18 constitucional, que prevé el derecho a la reinserción social, dado que trata con mayor rigor a las personas sentenciadas por un delito doloso en un doble momento: primero, cuando se le impone la pena en la sentencia; y, segundo, cuando considera la intencionalidad el delito como requisito para alcanzar la libertad condicional.

En la práctica, se han llevado asuntos aunque el sentenciado realizó la petición del beneficio penitenciario de libertad preparatoria o el diverso de remisión parcial de la pena. Por ejemplo, en fecha veintinueve de septiembre de dos mil veinte, éste se encuentra privado de la libertad por un hecho acontecido desde el ocho de octubre de dos mil quince, cuando aún se encontraba vigente el Código Penal Federal, que preveía el beneficio preliberacional que solicitó; por ende, se considera que es jurídicamente factible analizar si reúne los requisitos para su concesión, pues en tal supuesto, evidentemente éstos le redundarían en mayor beneficio, dado que contemplan diversos requisitos y algunos de ellos de menor rigidez. Se determina así, en respecto al derecho humano de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva a que se refieren los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en ese tenor, ante lo esencialmente se deberá admitir a trámite la solicitud de concesión de los beneficios de libertad preparatoria y remisión parcial de la pena y tramitar el incidente correspondiente para analizar los requisitos a que se refieren los artículos 84 y 85 del Código Penal Federal y 16 de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, para aclarar si es procedente conceder alguno de los beneficios de mérito.

En una retrospectiva del derecho penal todo lo punitivo se puede caracterizar esencialmente por dos categorías o modelos: la retribución y la prevención, que sintetizan todo lo que implica el derecho penal con los fines de la pena. Los manuales de derecho penal caracterizan a las categorías en referencia vinculándolas a las escuelas penales: la escuela clásica y la escuela positiva, a la primera se vincula la retribución y a la segunda la prevención, posteriormente se instauraron otras que compartieron una u otra posición e inclusive posiciones eclécticas. El primer modelo se construyó sobre la base de una concepción filosófica de justicia absoluta, que justifica la retribución; y, el segundo, desde una concepción utilitarista, donde se justificó la prevención, sintetizándolo de la manera que propone el penalista Dr. Serafín Ortiz Ortiz.⁹

Una de las maneras de hacer efectivo el principio de reinserción social es mediante el diseño de un sistema de beneficios preliberaciones, contenido en el Título Quinto de la Ley Nacional de Ejecución Penal. A través de estos beneficios se pretende, como ya se mencionó, que la persona privada de su libertad no se vea extrañado de la sociedad a grado tal que pierda conexión con ésta.

Diversos instrumentos internacionales sirven de sustento en los argumentos que realice el defensor público federal ante el juez de ejecución de penas, por ejemplo: Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, disponen que, al aplicarse medidas alternativas o sustitutivas de la libertad, los Estados deberán proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia. De igual forma, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) disponen que las reglas se apliquen sin discriminación en razón del patrimonio de los sentenciados. En consonancia con lo anterior, los Principios Básicos para el Tratamiento de

⁹ Ortiz Ortiz, S.: *Función Policial y Seguridad Pública...* cit., pp.69-71.

Reclusos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, proscriben la discriminación de los sentenciados en razón de su posición económica.

Por esa razón, el Estado mexicano, en la actualidad, presenta un grave problema en torno a las políticas del sistema penitenciario que se aplican, tendentes a lograr la reinserción del reo o la persona que se libera después de haber infringido la norma jurídico-penal, considerando desde luego los factores negativos del internamiento, la sobre población, el hacinamiento, la extorsión, la corrupción, la ingobernabilidad del centro carcelario por parte de las autoridades competentes y, en general, las deficientes condiciones de vida de los y las reclusas intramuros, factores que fomentan la criminalización y agravan la carencia de valores, razón por la cual al ser liberados, no logran reintegrarse al núcleo familiar o social como corresponde, ocasionando con ello un nuevo problema social, la reincidencia.¹⁰

En entrevista con Andrew Coyle, consejero de prisiones de Naciones Unidas, le preguntan qué cárceles le parecen menos peores, él comenta: *recuerdo a un hombre... que visitó las cárceles de EE.UU. ¡Le parecieron espantosas! Los reclusos comían bien, pero estaban en cajas de hormigón y sólo podían hablar con el personal por teléfono*, en cambio comenta él: *visité una cárcel en Gambia, donde los presos se hacinaban, dormían en el suelo y comían bazofia. Pero se organizó un concierto y el director general del servicio penitenciario bailó con ellos. Las mejores cárceles son aquellas en las que hay sentido de la humanidad.*¹¹

III. Derechos de las personas privadas de la libertad

Es importante destacar que el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, regula el sistema penitenciario, éste establece de manera sobresaliente que su organización deberá efectuarse sobre la base del respeto a los derechos humanos, y como fin de la pena de prisión, establece la reinserción social de las personas privadas de su libertad, es claro que éstos son los ejes bajo los cuales los centros de reclusión del país deben funcionar. En este sentido, para una adecuada organización del sistema penitenciario, es igualmente importante atender lo previsto en el artículo 1º de la Carta Magna, respecto a que todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, lo cual incluye a las personas procesadas o sentenciadas que se encuentran en prisión.

Como ya se ha visto, el sistema penitenciario referente a la política criminal del Estado, donde se evidencia la necesidad de establecerla coherente y eficazmente, acorde con las demandas sociales de justicia, pero garante de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad. Los fines de prevención general y prevención especial de los delitos. Habiendo superado a la retribución como el único fin de la imposición de la pena, la prevención se ubica en un lugar diferente. De esta manera encontramos que la prevención general puede darse en dos sentidos: uno orientado a generar un efecto intimidatorio –prevención general negativa– y, el otro, con la intención de crear un resultado integrador –prevención general positiva–. En el primero de los casos, la pena se aplica con la intención de intimidar a la sociedad para que no se cometan delitos; en el segundo, la pena se entiende como una forma de limitar el efecto puramente intimidatorio y se enfoca a la auto confirmación de la norma, es decir, cuando afirma valores y expresa el reproche para determinadas conductas. Como lo ha señalado Rodríguez Manzanera, *la prisión como punición refuerza la prevención general; en su sentido de ejemplaridad, al demostrar que la punibilidad, es decir la amenaza, no es vana y reafirma la autoridad de la norma jurídica y, descalifica pública y solemnemente, el hecho delictuoso.*¹²

¹⁰ Requena y Villasana.: *Reincidir, volver a caer...* cit., p. 145.

¹¹ Coyle, A.: *A España le gusta enviar a la gente a la cárcel...* <http://firgoa.usc.es/drupal/node/27933> (Consultado el 28 de mayo de 2021).

¹² Rodríguez Manzanera, L.: *La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión...* cit., p. 15.

En términos constitucionales, el sistema penitenciario atiende a las finalidades concretas de lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir. De esta manera, el párrafo segundo del artículo 18 constitucional, al establecer las bases para alcanzar los citados objetivos, reconoce además que éstos podrán alcanzarse a partir de la observación de los beneficios que provea la ley, no obstante hay normas que contradicen al precepto, es el caso de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su artículo 19 priva de cualquier posibilidad de acceder a una libertad anticipada y, al no existir reforzamientos positivos de la conducta esperada encaminada a la reinserción social del interno, surgen entornos perjudiciales tanto para el sentenciado, como para terceros. Así, las penas excesivas de prisión y la falta de un derecho premial contravienen el fin de la pena previsto en el artículo 18 constitucional.

Sin duda, el Instituto Federal de Defensoría Pública con el propósito de fortalecer el respeto de los derechos humanos de las personas en reclusión, tiene como estrategia de trabajo, la presencia de los defensores públicos federales en los centros federales, con el fin de recibir *in situ* peticiones que, por su naturaleza permitan una solución inmediata, así como dar seguimiento de las medidas adoptadas por las autoridades, brindar asesoría y realizar gestiones encaminadas a salvaguardar los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

El defensor debe de promover ante el juez de ejecución penal los principios y las disposiciones contenidos en los siguientes instrumentos internacionales: Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y su Protocolo Opcional; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y sus Protocolos Adicionales de 1977; Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder; Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión; Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio); y en otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en las Américas.

Asimismo, el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad en los centros de reclusión, a una alimentación adecuada, al agua, a un espacio digno para vivir, a la educación,

al trabajo y derechos humanos laborales, al acceso a la información, a tener contacto con el exterior, a la integridad personal, a un debido proceso. Las personas privadas de libertad en los centros de reclusión deben gozar de todos los derechos humanos reconocidos en las normas nacionales e internacionales de derechos humanos, sin perjuicio de las restricciones a ciertos derechos que son inevitables durante su reclusión. Es por eso que el Estado debe garantizar el respeto a su dignidad en las mismas condiciones que las personas no recluidas.¹³

IV. Consideraciones personales

Primera. La reforma de 2011 al artículo 1o. de la Constitución Política, en la que se hace la distinción entre los derechos humanos y las garantías para su protección; se señala que los derechos humanos tienen un doble origen: la propia Constitución y los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, y se establecen como principios para la interpretación de las normas sobre derechos humanos, los de pro persona, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Es de hacer notar que el Instituto Federal de Defensoría Pública, en específico la Secretaría Técnica de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos, de Vinculación con la Sociedad, de Cooperación Interinstitucional, de Consulta Normativa y Gestión Intrainstitucional, la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos, la Dirección de Vinculación y Derechos Humanos, a través de sus titulares, directores técnicos y demás servidores públicos, todos ellos encabezados por nuestro Director el maestro Netzaí Sandoval Ballesteros, su liderazgo ha permitido involucrar, además de personal vinculado con la defensa penal y asesoría jurídica, al de litigio estratégico en derechos humanos, al de combate a la tortura y al de atención integral a grupos en situación de vulnerabilidad, dando como resultado una verdadera representación salvaguardando los derechos humanos en favor de los representados.

Segunda. Los organismos internacionales han propuesto una serie de medidas para prevenir y controlar la infección del COVID-19 en los centros penitenciarios, que pueden ser retomadas por las autoridades penitenciarias en México, la coordinación y colaboración entre los sectores de justicia y salud es primordial para proteger la salud de las personas privadas de la libertad, tomando como eje un enfoque con perspectiva de género.

Tercera. Se propone la creación de un organismo, institución o programa de vigilancia, seguimiento y apoyo para el sentenciado que ha sido liberado, dependiente del ejecutivo, quien conjuntamente con sectores públicos y privados brinden oportunidades de empleo, creando una bolsa de trabajo diversificada en diferentes áreas, que mediante una variedad de oportunidades permitan al incidentista liberado reintegrarse socialmente a través del desempeño laboral.

Cuarta. Para una efectiva protección de los derechos humanos a las personas privadas de la libertad, mismas que reconocen la necesidad de implementar programas pacificadores; como la justicia restaurativa, cuya finalidad es obtener resultados restaurativos, que a su vez traen consigo a la reinserción, lo que permite que el incidentista se rectifique y se quite la etiqueta de delincuente; con el beneficio de promover y obtener una cultura de paz, ya que el régimen de ejecución de penas ha logrado mayor desarrollo prácticamente originó el surgimiento de la ciencia penitenciaria y luego del derecho penitenciario o de ejecución penal, debido al tiempo que demanda de su ejecución, una alternativa urgente es realizar una revisión integral de la legislación penal y optar por una graduación de las penas más realista, que evite tener una población cada vez creciente que se queda en las cárceles demasiado número de años. Esta política considero que debe basarse en un estudio de la realidad criminal, analizando los datos acerca de las diversas formas de criminalidad, su incidencia real y no dejarse sobresaltar en algunos casos por el impacto de los medios noticiarios.

¹³ Solórzano Betancourt, M.A. *El Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal...*cit., p.3.

VII. Bibliografía

- Aristóteles: *Ética Nicomaquea*. Ediciones Universales, Bogotá, 1987.
- Colección Criminalística: *Guías Metodológicas de las Especialidades Periciales*. Publicado por el INACIPE, México, 2003. 1^a reimpresión.
- Coyle, A: *A España le gusta enviar a la gente a la cárcel*. 2006.
- García Andrade, Irma: *El Actual Sistema Penitenciario*. Editorial SISTA, México, 2006. 1^a Edición.
- López Vergara, Jorge y De Tavira, Juan Pablo: *Diez Temas Criminológicos*. Publicado por el INACIPE. México, 2002.
- Marchiori, Hilda: *El Estudio del Delincuente*. Tratamiento Penitenciario. Editorial Porrúa, S.A. México, 2004. 5^a Edición.
- Marchiori, Hilda: *Criminología, la Víctima Del Delito*. Editorial Porrúa, S.A. México, 2006. 5^a Edición.
- Marco Del Pont, Luís: *Derecho Penitenciario*. Cárdenas Velasco Editores S.A. de C.V. México, 2005. Quinta reimpresión.
- Ortiz Serafín: *Función Policial y Seguridad Pública*, Serie Jurídica. McGraw-Hill. Interamericana Editores, Universidad de Tlaxcala, 5 de noviembre de 1998.
- Requena y Villasana: *Reincidir Volver a Caer, Derecho Penal*. editorial Oxford. 4ta, edición. 2005.
- Rodríguez Manzanera, Luis: *La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión*. Porrúa, México, 1998.
- Solórzano Betancourt, Mario Alberto: *El Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal en materia de derechos de las personas privadas de la libertad en centros de reclusión*. Elaboración Documenta A.C. Solar, Servicios Editoriales, S.A. de C.V. México, D.F., diciembre de 2010.
- Villanueva, Ruth; López Martínez, Alfredo; Pérez Medina, Ma. De Lourdes: *México y su Sistema Penitenciario*. Editado por el INACIPE, México, 2006. 1^a Edición.

Fuentes electrónicas

- <http://www.cfcj.fcjc.org/full>
- <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lnmascmp.htm>
- <http://www.fulbright.org.nz/voices/axford/schmid.html>
- <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
- <http://firgoa.usc.es/drupal/node/27933>.

El estudio antropológico de los pueblos y comunidades indígenas como aporte técnico-científico de la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela

Rómulo José Andazol Espinoza*

Dilcia Leonor Uribe Ariza**

*La Antropología no te enseña a estudiar el ser humano de forma integral,
te enseña a ser integral para poder estudiarlo.*

Rómulo Andazol.

RESUMEN: El objetivo general de esta investigación es definir la importancia del estudio antropológico de los pueblos y comunidades, como un aporte técnico-científico de la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela, realizado por expertos adscritos a la Dirección Nacional de Apoyo Técnico Pericial de la referida institución, entre el lapso comprendido entre el 2013 y el 2020. Este estudio se enmarcó en la línea de investigación de ciencias forenses, específicamente en el área de Antropología, con una visión compartida que integra los conocimientos de las ciencias, disciplinas y especialidades que intervienen en el amplio campo de la investigación forense aplicada a la materia indígena. La metodología utilizada para el análisis de los datos se orientó a partir de un enfoque cuantitativo, respaldado por el registro digital y el banco de datos de asesorías y peritajes, denominado Sistema de Apoyo Técnico Pericial (SISAP, 2021), en el cual se ordena sistematizadamente cada caso incorporado. La visión teórica sobre el estudio antropológico se realizó partiendo de cuatro (4) productos: asesorías, informes, peritajes y consultorías técnicas, como herramientas básicas en apoyo a las defensoras y defensores públicos en materia indígena, que requieren de este estudio para determinar la filiación biológica o ascendencia étnica de una persona y establecer, con un criterio técnico, científico, jurídico y humanístico, por cuál jurisdicción debe ser atendida, procesada y sentenciada, bien sea por vía ordinaria o especial indígena. La investigación arrojó como resultado que el estudio antropológico de los pueblos y comunidades indígenas es un medio de prueba pericial con carácter científico, eficaz y confiable para determinar si una persona es de ascendencia indígena, sustentado en la ciencia antropológica general, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (2005).

SUMARIO: Introducción. II. Materiales y métodos. III. Indicadores considerados en los casos indígenas estudiados. IV. Fundamentación teórica y metodológica a considerar en casos indígenas. V. Asesorías y peritajes socio-antropológicos realizados en la Defensa Pública durante los años 2013-2020. VI. Situaciones problema encontradas en el análisis estadístico de las asesorías y peritajes socio-antropológicos solicitados durante el período 2013- 2020. VII. Discusión. VIII. Conclusiones. IX. Agradecimientos. X. Referencias bibliográficas.

* Antropólogo, PhD. Jefe de la División de Fortalecimiento Cognoscitivo de la Dirección Nacional de Apoyo Técnico Pericial de la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela.

** Antropóloga. Analista III de la División de Análisis y Peritaciones en Ciencias Forenses de la Dirección Nacional de Apoyo Técnico Pericial de la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela.



I. Introducción

La presente investigación se refiere a la importancia del estudio antropológico de los pueblos y comunidades indígenas, como un aporte técnico-científico de la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela, en la determinación de filiación biológica, etnicidad o ascendencia étnica indígena de una persona. El estudio se enmarcó en cuatro productos: asesorías, informes, peritajes y consultorías técnicas; los cuales se pueden constituir en medios de prueba documental, aplicados en procesos judiciales, bien sea en materia penal, civil o agraria, dependiendo de la solicitud realizada, según la materia o el motivo de la investigación.

Los casos en materia indígena se abordan con una fundamentación científica, jurídica, teórica y metodológica desde el punto de vista de la Antropología general y la normativa legal vigente, a través de un enfoque integral y multidisciplinario, ya que combina realidades culturales con perspectivas diferentes que tratan de armonizar la legislación ordinaria con la especial indígena.

En este sentido, el estudio antropológico constituye una prueba pericial que representa un medio para afianzar la garantía del debido proceso y los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, aspecto que la Defensa Pública venezolana internaliza, coadyuvando de este modo a la administración de justicia. Por esta razón, se tiene el compromiso de mejorar cada día los aspectos técnicos, científicos, jurídicos y humanísticos en esta materia, a fin de alcanzar los resultados que espera el sistema judicial venezolano en el reconocimiento del derecho indígena, según lo contemplado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (2005) y en la normativa interna de la Defensa Pública N.º DDPG-2013-034, de fecha 21 de junio de 2013, que establece las normas para la tramitación de las solicitudes de experticia de determinación biológica de etnicidad e informes socio-antropológicos en materia especial indígena.

II. Materiales y Métodos

El carácter de esta investigación es descriptivo. Al respecto Hernández, Fernández y Baptista (2010) señalan: *los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades, las características y los perfiles importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis* (p.117). En definitiva, permiten medir la información recolectada para luego describir, analizar e interpretar sistemáticamente las características del fenómeno estudiado con base en la realidad del escenario planteado.

Así mismo, la metodología utilizada para el análisis de los datos se realizó con un enfoque cuantitativo, respaldado por el registro digital y el banco de datos de asesorías y peritajes, denominado Sistema de Apoyo Técnico Pericial (SISAP, 2021), llevado por la Dirección Nacional de Apoyo Técnico Pericial, que sistematiza en formato digital cada caso registrado, lo que nos permite hacer un análisis cuantitativo, donde los datos se obtienen por observación, medición y documentación de mediciones (Hernández, Fernández y Baptista, *Op. cit.* p.11).

En cuanto a los datos que se utilizaron para desarrollar esta investigación, se valoraron cuatrocientos quince (415) asesorías que generaron, a su vez, cuatrocientos quince (415) peritajes, abarcando diez (10) pueblos indígenas en las competencias de protección de niñas, niños y adolescentes; responsabilidad penal del adolescente; penal ordinario y agraria; realizados entre los años 2013 y 2020, en la Dirección Nacional de Apoyo Técnico Pericial de la Defensa Pública (ver cuadro Nro.1).

III. Indicadores considerados en los casos indígenas estudiados

Los indicadores considerados se asocian directamente con el área que demanda el requerimiento, la razón de la solicitud y el producto generado por el experto.

A continuación, se especifican:

1. competencia o materia
2. motivo o estudio de la solicitud
3. tipo de documento y actividad jurídica

1. Competencia y 2. motivo:

Judicial: comprende las materias penal ordinario y responsabilidad penal del adolescente.

Motivo: determinar ascendencia étnica indígena; asociado a delitos como: hurto, robo, homicidio, abuso sexual, secuestros, tráfico de drogas, raptos y antropofagia; para realizar una consultoría técnica (opinión del experto en relación con peritajes realizados por otros expertos para detectar fallas técnicas, científicas y metodológicas, y formular preguntas en juicio o para brindar acompañamiento al defensor en juicio).

Civil: administrativo. Motivo: determinar la edad biológica o cronológica a niñas, niños, adolescentes y adultos; asociado a casos de registro de identidad (no poseen documentos de identificación como acta de nacimiento o cédula de identidad o se desconoce la edad de la persona) para realizar una consultoría técnica.

Agrario: administrativo. Motivo: determinar ascendencia étnica indígena; asociado a casos de tenencia y usurpación de tierras; para realizar una consultoría técnica.

3. Tipo de documento y actividad jurídica:

Asesoría: constituye el análisis técnico y científico del caso, para determinar si se requiere el estudio antropológico. Se resaltan la importancia y el aporte del estudio para la investigación y se describen las recomendaciones técnicas, científicas y antropológicas.

Informe: es el resultado del estudio técnico, científico y antropológico del caso. Se describe la fundamentación científica, jurídica, teórica y metodológica a considerar en casos indígenas. No se realiza estudio antropométrico, tampoco la entrevista a las autoridades indígenas; y se resalta la importancia y el aporte del estudio para la investigación.

Peritaje: se trata del estudio, la praxis y el análisis técnico, científico y antropológico del caso. Se describe la fundamentación científica, jurídica, teórica y metodológica a considerar en casos indígenas. Se realizan estudios antropométricos, entrevistas tanto a las autoridades indígenas como a las personas investigadas y se aplican métodos propios de la Antropología Física, como la somatología y somatometría, los cuales son sometidos a análisis matemáticos y estadísticos.

Consultoría técnica: se realiza el análisis técnico, científico y antropológico del caso. Se evalúan peritajes realizados por otros expertos para detectar fallas técnicas, científicas y metodológicas. Se elabora un set de preguntas para ser utilizadas en juicio y al defensor público se le brinda acompañamiento en dicha etapa del proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 del Código Orgánico Procesal Penal Venezolano, a fin de auxiliarlo en algún aspecto de la ciencia, arte u oficio.

IV. Fundamentación teórica y metodológica a considerar en casos indígenas

1.Criterio Científico. Desde el punto de vista científico, el estudio antropológico en los casos indígenas se sustenta en la ciencia antropológica general, a partir de conocimientos aportados por la Antropología Social, Antropología Física, Antropología Forense, Etnografía y Etnología. Este criterio se fundamenta en el carácter científico, racional, sistemático, especializado, exacto, verificable y falible, del estudio antropológico, el cual es guiado por el método científico (Bunge, 2003).

2. Criterio Jurídico: La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999), como carta magna, demarca el estudio antropológico de los pueblos y comunidades indígenas, al establecer de manera clara el reconocimiento legítimo y ancestral de estos pueblos originarios, cuando expresa en su artículo 119:

El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida.

Dicho artículo se fortalece con lo expresado en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI, 2005), donde se lee:

Artículo 1: El Estado venezolano reconoce y protege la existencia de los pueblos y comunidades indígenas como pueblos originarios, garantizándole los derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenios internacionales y otras normas de aceptación universal, así como las demás leyes de la República, para asegurar su participación activa en la vida de la Nación venezolana, la preservación de sus culturas, el ejercicio de la libre determinación de sus asuntos internos y las condiciones que los hacen posibles.

De igual manera, la Constitución integra los aspectos anteriores en su artículo 260, que expresa:

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Por otra parte, el artículo 140 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI, 2005) establece textualmente:

En los procesos judiciales en que se dan parte los pueblos y comunidades indígenas o sus miembros, el órgano judicial respectivo deberá contar con un informe socio antropológico y un informe de la autoridad indígena o de la organización indígena representativa, que ilustre sobre la cultura y el derecho indígena. El informe socio antropológico estará a cargo del ente ejecutor de la política indígena del país o profesional idóneo.

Asimismo, el artículo 42 de la citada Ley, en relación con la Demarcación de Pueblos y Comunidades Indígenas, establece que se deben considerar los siguientes aspectos:

1. Situación cultural de los pueblos y comunidades indígenas. 2. Situación física de los pueblos y comunidades indígenas involucrados. 3. Situación jurídica del hábitat y tierras. 4. Situación de terceros no indígenas. 5. Posibles conflictos que pudieren surgir como consecuencia de la demarcación.

Como complemento a lo anterior, el Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2012), en sus artículos 223, 224 y 225, De la Experticia, Peritos y Dictamen Pericial, encuadra los aspectos metodológicos exigidos para fundamentar la condición del experto y el peritaje antropológico, a saber:

Artículo 223. El Ministerio Público realizará u ordenará la práctica de experticias cuando para el examen de una persona u objeto, o para descubrir o valorar un elemento de convicción, se requieran conocimiento o habilidades especiales en alguna ciencia, arte u oficio.

Artículo 224: Los o las peritos deberán poseer título en la materia relativa al asunto sobre el cual dictaminarán, siempre que la ciencia, el arte u oficio estén reglamentados. En caso contrario, deberán designarse a personas de reconocida experiencia en la materia.

Artículo 225: El dictamen pericial deberá contener; de manera clara y precisa, el motivo por el cual se practica, la descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle, la relación detallada de los exámenes practicados,

los resultados obtenidos y las conclusiones que se formulen respecto del peritaje realizado, conforme a los principios o reglas de su ciencia o arte. El dictamen se presentará por escrito, firmado y sellado, sin perjuicio del informe oral en la audiencia.

3. Criterios socio-antropológicos: los criterios socio-antropológicos se refieren a los elementos etnohistóricos, etnológicos, antropolingüísticos y antropofísicos que permiten observar el autorreconocimiento indígena, el patrón ancestral socio-cultural, la afinidad biológica, la idiosincrasia, la cosmovisión y la cosmogonía del pueblo indígena originario al cual pertenece el sujeto objeto de estudio.

4.Criterio sobre el derecho indígena: se describen las costumbres, normas y procedimientos jurídicos propios que permiten la resolución de conflictos: derecho consuetudinario indígena, llamado también derecho tradicional y costumbre jurídica; la igualdad en el proceso judicial; la garantía del debido proceso, y la garantía de los derechos humanos indígenas.

5.Criterios sobre la organización social, cultural y política indígena: se plantea la organización social, cultural, política y el hábitat de la comunidad originaria, relacionada con el sujeto de estudio. Si existen autoridades legítimas ancestrales que, de acuerdo con sus usos tradiciones y costumbres, apliquen métodos que histórica y culturalmente funcionan como sistemas para la resolución de conflictos y el control social y jurídico.

6.Criterios sobre la variabilidad biológica: estos criterios definen los patrones de etnicidad y ancestralidad de los grupos indígenas: rasgos físicos heredo-biológicos; características somatológicas, antropométricas, cefalométricas y somatométricas, y evaluación de la composición corporal, fenotipología biológica y grupo de ascendencia étnica indígena.

7. Método de recolección de datos: para aplicar este método, se utilizan técnicas etnológicas con tres enfoques básicos: la observación participante, la entrevista semiestructurada y el uso del informante clave. Herramientas: acta de consentimiento informado; formatos (entrevistas y medidas antropométricas, entre otros); fotografías y videos, y trabajo de campo: el antropólogo, en compañía del defensor público, se dirigen al lugar donde se encuentre la persona objeto de estudio (recinto penitenciario, reten de menores o hábitat indígena) para realizar la evaluación antropológica.

8. Método antropológico forense: está fundamentado en el estudio de variabilidad biológica poblacional, lo cual corresponde a investigaciones propias de la Antropología Física y Forense. Este método permite obtener la caracterización de un individuo a través de su morfología y/o tipo físico, por medio de una evaluación comparativa somatológica y somatometría, analizada a través de métodos matemáticos y estadísticos.

9. Método antropométrico: La Antropometría estudia las medidas del cuerpo humano para evaluar el tamaño, las proporciones y la composición corporal, con el fin de establecer diferencias entre individuos, sexo, edad, afinidad racial, crecimiento y desarrollo y nivel socioeconómico, entre otros. Con este método, se describen las medidas antropométricas que serán utilizadas para el estudio, con base en los planos y regiones anatómicas del individuo evaluado. Entre las variables utilizadas se tienen: biométricas, cefalométricas, somatométricas, diámetros, distancias, alturas, anchuras, índices e interpretación estadística de los datos en relación con cada variable.

10. Método antropológico comparativo: el objetivo de este método es determinar la filiación ancestral biológica cotejando los resultados somatológicos, somatométricos, antropométricos y cefalométricos, con los patrones de referencias de la población indígena venezolana (comparatividad intrapoblacional). Se toman en consideración los estudios de la antropóloga Adelaida de Díaz Hungría y Cols (1966), que catalogan, a manera de referencia, el tipo físico de los indígenas guajiros, waraos, guahibos y yaruros, de Venezuela. Las investigaciones de Andazol y Hernández (1999) *Investigación Criminal y Antropología Forense*; Andazol y Garaicoechea (1993) *Antropología Forense*; Pérez y Ledezma (2010) *Pruebas estadísticas*; el manual de la Sociedad

Internacional para el avance de la Kinantropometría (ISAK, 2011), donde se describe el procedimiento para la medición del cuerpo humano; *Tablas de valoración antropométrica y manual de evaluación del adulto venezolano*, publicado por Valera-Hernández (1998); *Tablas de medida antropométrica* de R. Frisancho (1990); *Teoría de Kinantropometría* de Manuel Sillero (2005); Proporcionalidad/Tablas antropométricas en ergonomía de Alexandra Carranza B. (2005) y criterios matemáticos y de estadística descriptiva comparativa (media muestral, desviación estándar, coeficiente de correlación de Pearson, grado de similitud y error inter observador, entre otros).

V. Asesorías y peritajes socio-antropológicos realizados en la Defensa Pública durante los años 2013-2020

En cuanto a los casos antropológicos trabajados por la División de Análisis y Peritaciones en Ciencias Forenses (DAPCF), tomando como referencia los datos registrados en el Sistema de Apoyo Técnico Pericial (SISAP, 2021), se tiene que, durante los años 2013 y 2020, se realizaron un total de 415 casos o asesorías, que generaron, a su vez, 415 peritajes, abarcando 10 pueblos indígenas en las competencias de protección de niñas, niños y adolescentes; responsabilidad penal del adolescente, penal ordinario y agraria. Esto implica la naturaleza jurídica y científica de los casos realizados, como aporte de la labor operativa de la Defensa Pública en materia indígena a la administración de justicia (ver cuadro Nro.1).

Cuadro Nro.1: Asesorías y peritajes socio-antropológicos realizados en la Defensa Pública durante los años 2013-2020

Pueblo indígena	Competencia				
	Protección del niño, niña y adolescente	Responsabilidad Penal del adolescente	Penal ordinario	Agrario	Sub total
Cumanagoto	0	7	24	22	53
Chaima	0	0	23	16	39
Arawak	0	0	0	0	0
Bari	6	0	0	1	1
Guahibo (Jivi)	0	6	12	0	24
Kariña	0	38	55	14	107
Pemón	0	2	8	0	10
Warao	17	38	66	13	134
Wayuu	3	18	17	4	42
Yanomami	3	0	0	0	3
Otros	0	0	0	2	2
Total	29	109	205	72	415

Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos del Sistema de Apoyo Técnico Pericial (SISAP, 2021).

En el cuadro Nro. 1, se observa que la competencia con mayor porcentaje de solicitudes fue penal ordinario, con 205 solicitudes, equivalente al 49,39 % del total; seguido por responsabilidad penal del adolescente, con 109 casos, para un 26,26 %; agraria, con 72 casos, para un 17,34 % y 29 casos de protección de niñas, niños y adolescentes, que corresponde al 6,89 %, del total de casos estudiados.

Los valores anteriores se traducen en el por qué se solicita el estudio antropológico, resaltando que las investigaciones en materia penal ordinario y responsabilidad penal del adolescente están asociadas a delitos de hurto, robo, homicidio, abuso sexual, secuestro, tráfico de drogas, rapto y antropofagia; situación que demandó la postura jurisdiccional de cada caso, para su intervención y caracterización del delito y la pena, lo que generó la necesidad de articular la ley ordinaria del sistema judicial nacional y la ley especial indígena, para llegar a un consenso en la resolución de conflictos, mediante una equilibrada administración de justicia, como muy bien lo establece el artículo 260 de Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), descrito anteriormente, donde se estipula que, en el estudio, las autoridades legítimas de los pueblos y comunidades indígenas tienen la potestad de resolver los conflictos entre sus integrantes, en sus espacios territoriales (hábitat), de acuerdo con sus tradiciones ancestrales, normas consuetudinarias, autoridades legítimas y procedimientos, siempre acompañadas de un defensor público garante de ese pluralismo jurídico, como una categoría sociológica y antropológica que permite la coexistencia de dos o más sistemas normativos dentro de un mismo espacio sociocultural (Rojas, 2011) sin que éstos sean contrarios a la Constitución, a la ley ni al orden público.

En otro escenario, se muestran los conflictos agrarios, representados por 72 casos que equivalen a un 17,34 % del total (entre los que figuran las disputas sobre tenencias y usurpación de tierras). Los conflictos agrarios son vistos como delitos menores que, en su mayoría han sido resueltos por las autoridades indígenas dentro de sus propios hábitat o espacios territoriales, con participación de todos los involucrados y la mediación de los defensores públicos. También se brindó acompañamiento en los 29 casos de protección de niñas, niños y adolescentes, que corresponden al 6,89 %, en los que predomina el registro de identidad por ciudadanos indígenas que no poseían documentos de identificación (acta de nacimiento o cédula de identidad). Tanto los casos relacionados con la materia agraria, como los de protección de niños, niñas y adolescentes fueron atendidos por las defensorías y entidades públicas regionales.

En resumen, con base en los criterios estadísticos señalados, se considera fundamental el abordaje de los casos indígenas con una metodología integral y multidisciplinaria, ya que, en un solo caso pueden interactuar varias áreas del conocimiento antropológico; y la resolución de los conflictos pueden ir más allá de lo técnico-científico, razón por la cual los profesionales tienen el deber de realizar la construcción conceptual del problema durante el peritaje, confrontando nuevos conocimientos durante la labor metodológica, aspecto que la Dirección Nacional de Apoyo Técnico Pericial ha venido realizando con la implementación de sus líneas de investigación (Líneas de Investigación DNATP, 2019) y la mejora continua del abordaje epistemológico en esta materia.

VI. Situaciones problema encontradas en el análisis estadístico de las asesorías y peritajes socio-antropológicos solicitados durante el período 2013- 2020

En un caso antropológico, es posible encontrar situaciones problema durante el desarrollo del estudio, las cuales puede medirse y observarse, además adquieren valor cuando se relacionan con alguna variable que pueda incidir en el desarrollo del peritaje o en la investigación, por estas razones se debe indagar, mediar y buscar posibles soluciones. Entre las situaciones problema se tienen:

1. El no reconocimiento del defendido por las autoridades indígenas. Este evento ocurre cuando las autoridades indígenas no reconocen al defendido como indígena (ver cuadro Nro.2).
2. El no reconocimiento del defendido por las autoridades indígenas en su hábitat. En este aparte, las autoridades indígenas no reconocen al defendido como miembro del pueblo o de la comunidad indígena (ver cuadro Nro.3).

3. La no admisión del consentimiento informado para realizar el estudio antropológico. En este punto, la autoridad indígena no autoriza realizarle la evaluación antropológica al defendido (ver cuadro Nro.4).

Estas situaciones inciden directamente en la no realización del peritaje, ya que deben existir, primero el reconocimiento y luego el consentimiento, para poder hacer la evaluación antropológica (entrevista, descripción de caracteres físico-morfológicos, toma de medidas antropométricas, toma de fotos y video) a la persona investigada. No obstante, el defensor público y el antropólogo, conjuntamente, tratarán de mediar entre las partes y explicar los beneficios del referido estudio; y de no proceder el peritaje se aconseja realizar un informe. De no concretarse un acuerdo, el defensor público levanta un acta, para dejar constancia de la situación de que ordenó realizar el peritaje y dar respuesta a la representación judicial competente. En el acta, se explican los pormenores del caso, se dan las recomendaciones y, luego, se espera la repuesta del tribunal.

4. Otros peritajes (trabajo social, psicológico, criminalístico, psiquiátrico, lofoscópico, agrario o ambiental) recomendados en el estudio antropológico en apoyo a la investigación: durante el estudio, el antropólogo puede sugerirle al defensor público, que efectúe otros peritajes que complementen y fortalezcan tanto el estudio antropológico como la investigación. Estudios tales como: la evaluación psicosocial, psiquiátrica, inspección técnica, avalúo y reconocimiento técnico, entre otros.

Cuadro Nro.2: Peritajes socio-antropológicos en materia de penal ordinario y responsabilidad penal del adolescente, con el reconocimiento mutuo de autoridades legítimas ancestrales entre 2013 y 2020

Pueblo indígena	Competencia			
	Penal ordinario	Responsabilidad penal del adolescente	Agrario	Subtotal
Cumanagoto	19	7	19	45
Chaima	23	0	16	36
Guahibo (Jivi)	12	6	0	18
Kariña	55	38	14	107
Pemón	8	2	0	10
Warao	62	37	0	69
Wayuu	15	18	4	37
Otros	0	0	2	2
Total	194	108	56	235

Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos del Sistema de Apoyo Técnico Pericial (SISAP, 2021).

En relación con los reconocimientos mutuos entre autoridades legítimas ancestrales e individuos con procesos legales, el hallazgo fue de 235 casos, en las diferentes comunidades, encontrándose pocas situaciones en las que no se dio el reconocimiento, prevaleciendo, mayoritariamente, el conflicto en materia agraria. En este sentido, se reflejan 7 ciudadanos del pueblo cumanagoto, quienes afirmaron no tener conocimiento de la existencia de las referidas autoridades.

Cuadro Nro.3: Peritajes socio-antropológicos realizados con el No Reconocimiento mutuo en relación con el hábitat indígena durante los años 2013-2020

Pueblo indígena	Competencia				
	Protección de niños, niñas y adolescentes	Responsabilidad penal del adolescente	Penal ordinario	Agrario	Subtotal
Cumanagoto	0	0	1	2	3
Chaima	0	0	1	0	1
Guahibo (Jivi)	2	0	0	0	2
Kariña	0	4	5	0	9
Pemón	0	0	1	1	1
Warao	0	4	1	0	5
Wayuu	0	1	1	2	4
Yanomami	0	0	0	0	0
Otros	0	0	0	7	7
Total	2	9	10	12	32

Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos del Sistema de Apoyo Técnico Pericial (SISAP, 2021).

En el cuadro 3, se observa la condición de no reconocimiento entre las partes, ya sea por las autoridades legítimas ancestrales, por los defendidos o por sus familiares. El total arroja 32 de no reconocimientos mutuos. En relación con este punto, se observaron 10 casos en penal ordinario, 09 en responsabilidad penal del adolescente y 12 en agrario; en los cuales, las autoridades indígenas solicitaron un abordaje por parte del sistema ordinario, argumentando no realizarlo por la jurisdicción especial indígena, debido a la naturaleza de los conflictos o delitos cometidos.

Cabe resaltar, un caso en materia agraria, en el cual se solicitó determinar la posible ascendencia étnica indígena a través del análisis de ADN. El requerimiento no pudo realizarse por no contar con un estudio actualizado en materia de Genética de las Poblaciones Humanas, específicamente, de la población indígena objeto de estudio (quiriquires y cohaerries) necesario para poder efectuar la genotipificación del ADN de las personas involucradas.

Cuadro Nro.4: Admisión del consentimiento informado, previa a la realización del peritaje socio-antropológico durante los años 2013-2020

Origen de Pueblo indígena	Protección del niño, niña y adolescente	Responsabilidad penal del adolescente	Penal ordinario	Agrario	Subtotal
Cumanagoto	0	7	24	22	53
Chaima	0	0	23	16	39
Guahibo (Jivi)	6	5	12	0	23
Kariña	0	38	55	14	107
Pemón	0	0	8	0	8
Warao	17	38	65	13	133
Wayuu	3	18	16	4	41
Yanomami	3	0	0	0	3
Otros	0	0	0	2	2
Total	29	106	203	71	409

En el cuadro 4, se presenta la admisión del consentimiento informado (autorización acordada por las partes) previa a la realización de la experticia antropológica. En este caso, se trata del pleno conocimiento de la recolección de la información necesaria para la elaboración del peritaje antropológico, que se utilizará como medio de prueba pericial. Según las cifras, de 415 casos del total de solicitudes, 409 fueron aprobadas para su realización, es decir, el 98,55 % de los peritajes se realizaron con la referida autorización de los beneficiarios.

VII. Discusión

Cabe reflexionar sobre la importancia del estudio antropológico de los pueblos y comunidades indígenas, a partir de los criterios metodológicos descritos en esta investigación, para entender el papel de los peritos, del defensor público, del fiscal y del juez, en atención a los criterios jurídicos que deben enmarcarse en la visión intercultural antropológica, donde el perito, con su aporte técnico-científico; el Defensor y el Fiscal, como garantes de la investigación y de un proceso judicial equilibrado, y el juez, en su decisión sustentada en el pluralismo jurídico tácito (Colmenares, 1995) son los llamados a resaltar los principios consagrados en un Estado democrático pluricultural y pluriétnico; el respeto a la diversidad biológica, cultural y multiétnica; la igualdad en el proceso judicial; la garantía del debido proceso y de los derechos humanos; la dignidad humana en los pueblos y comunidades indígenas, y la consideración de que el estudio antropológico no sea visto de manera individual. Este último principio se refiere a que, en nuestro caso, el estudio antropológico representa la etnia, el grupo o la comunidad, no al individuo por sí solo, de allí el respeto a la cosmovisión y a la cosmogonía del pueblo indígena originario del sujeto objeto de estudio.

VIII. Conclusiones

La investigación arrojó como resultado que, de las 415 solicitudes de estudios antropológicos, 409 fueron aprobadas para su realización, es decir, que el 98,55 % fueron peritadas a favor de los beneficiarios, lo que demuestra que el peritaje antropológico de los pueblos y comunidades indígenas, a través de la asesoría, el informe y la consultoría técnica, constituye un medio de prueba pericial eficaz y confiable para determinar si una persona es de ascendencia indígena, ya que tales documentos y actividades jurídicas poseen un carácter netamente científico, racional, sistemático, especializado, exacto, verificable y fiable, guiado por el método científico (Bunge, 2003).

Finalmente, esta investigación se considera un aporte de la Defensa Pública a los estudios en materia indígena y a la población científica venezolana que aborda este tema, lo que exhorta a su implementación en pro del sistema de justicia y de la sociedad en general, resaltando el pluralismo jurídico, como un enfoque sociológico y antropológico, que permite que coexistan dos o más sistemas normativos dentro de un mismo contexto sociocultural sin que estos sean contrarios a la Constitución, a la ley y al orden público.

IX. Agradecimientos

Un agradecimiento especial a la Directora Nacional de Apoyo Técnico Pericial de la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela, Abg. Ingrid Sánchez, a la Antropóloga Marialejandra Barrientos, Abg. María Fernanda Guzmán, Licda. Olga Pérez y al Abg. Jesús Campos por sus aportes y revisión del documento.

X. Referencias bibliográficas

- Andazol, R. y Garaicoechea, M. (1993). Antropología Forense: Identificación humana. Cuadernos de la Sociedad Venezolana de Medicina Forense. Caracas. Venezuela.
- Andazol, R. y Hernández H. (1999). Nociones de Investigación Criminal: Una orientación para la búsqueda de la verdad. Grupo Rey Editores. Caracas-Venezuela.
- Bunge, M. (2003). La ciencia, su método y su filosofía. Fundación Promotora Colombiana de Cultura. Bogotá-Colombia.
- Colmenares, R. (1995). Los Derechos Humanos y el Pluralismo Jurídico en Venezuela: una aproximación a los derechos de los pueblos indígenas. Revista Fronesis: Vol. 2, No. 2. Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela, 1995: 35 -50 ISSN 1315-6268.
- Cristian, R. (2011). Pluralismo Jurídico en la Legislación Venezolana. Revista Filosofía N.º 22. Universidad de Los Andes. Mérida-Venezuela, 2011 / ISSN: 1315-3463.
- Díaz de Ungría, A. (1966). Estudio Comparativo de las Características Serológicas y Morfológicas correspondientes a las poblaciones Guajiro, Guahibo, Guarao Warao y Yaruro. Laboratorio de Antropología. UCV.
- Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela. (2015). Sistema Digital de Apoyo Técnico Pericia (SISAP). Manual de Organización de la Dirección Nacional de Apoyo Técnico Pericial. N.ºCPDODP-023-2015. Caracas-Venezuela.
- Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela. (2019). Líneas de Investigación. Dirección Nacional de Apoyo Técnico Pericial. División de Fortalecimiento Cognoscitivo (trabajo realizado por Marialejandra B. y Rómulo A.).
- Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela (2013). Normas para la tramitación de las solicitudes de experticia de determinación biológica de etnicidad e informes socio-antropológicos en materia especial indígena. Circular N° DDPG-2013-034 de fecha 21 de junio de 2013.
- Hernández, R. Fernández, C. y Batista, P. (2010) Metodología de la Investigación. 5^a ed. México: McGraw-Hill Interamericana.
- República Bolivariana de Venezuela. (1999). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial No. 5.908 (Extraordinario) del 19 de febrero de 1999. Caracas. Venezuela.
- República Bolivariana de Venezuela. (2005). Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. Gaceta Oficial N° 38.344 del 27 de diciembre de 2005. Caracas. Venezuela.
- República Bolivariana de Venezuela. (2012). Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial N°6078 (Extraordinario) del 15 de junio de 2012. Caracas. Venezuela.



ASESORÍA LABORAL

El Instituto Federal de Defensoría Pública
se encarga de asuntos relacionados con:

- Despidos y demandas de pago de prestaciones que cuenten con constancia de no conciliación.
- Discriminación en el empleo por razones de sexo, raza, religión, origen étnico, condición social, embarazo, orientación sexual, o por cualquier otro motivo.
- Acoso y hostigamiento sexual.
- Huelgas y otros conflictos sindicales.

**Atendemos a trabajadoras/es y sus beneficiarias/os,
microempresarias/os y sindicatos.**

DEFENSATEL
800 2242426

Carencia de razón de negocios y el reto de la defensa

Óscar Enrique Castillo Flores*

Raúl Rodríguez Vidal**

Víctor Pedro Rodríguez Vidal***

RESUMEN: Se presenta explicación sobre qué es la razón de negocios y la presunción de su falta. Se describe qué es una presunción, su carácter como prueba, sobre todo, las de índole *iuris tantum*, así como las formas en que tal presunción puede ser desvirtuada. También se aborda el tema de la carga de la prueba en contención administrativa.

SUMARIO: I. Introducción II. Los artículos 5° y 5°-A. III. Presunción de legalidad. IV. Análisis de la presunción como prueba. V. El reto de la defensa de derechos humanos del contribuyente. VI. Conclusiones. VII. Fuentes de consulta.

I. Introducción

Las nuevas tendencias para el control fiscal pretenden reducir el margen de elusión y evasión, se pone especial atención a la de evitar y sancionar la simulación de actos en perjuicio del fisco federal.

La aparición de la presunción de inexistencia de la razón de negocios por reforma publicada en el Diario Oficial el 9 de diciembre de 2019, acentuó el desequilibrio entre las partes de la relación tributaria, dada su complejidad por su carácter de ser presunción.

Esa dificultad amerita analizar tal figura jurídica y proporcionar datos para impugnar su uso por parte de las entidades fiscalizadoras.

II. Los artículos 5° y 5°-A

El quinto numeral del Código Fiscal de la Federación ordena: las disposiciones que establezcan cargas a los particulares, sus excepciones, las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Con tal instrucción entendemos que, en los casos de infracciones y sanciones, al ser manifestaciones del derecho punitivo estatal, no aceptan interpretación analógica ni por mayoría de razón en cumplimiento al principio de seguridad jurídica y al tercer párrafo del artículo 14 constitucional. Las cargas y excepciones se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa, también comparten lo estricto en su uso.

¿La aplicación estricta es un método de interpretación? De la lectura del primer párrafo del numeral en comento obtenemos una respuesta afirmativa, porque se regla cómo deben invocarse las normas con los supuestos identificados, pues la aplicación se deriva del ejercicio interpretativo realizado por el precepto fiscal, aunado a que las otras disposiciones se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica, con lo cual se engloba a aquella como uno de los métodos a usar, así que la norma nos limita a ese método de interpretación en los supuestos enlistados; sirve de complemento:

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DEL CÓDIGO FISCAL DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA. Dicho precepto legal, al establecer que son de aplicación estricta las normas de derecho tributario que establezcan cargas a los particulares, las que señalen

* Profesor de asignatura de la Universidad Autónoma de Chihuahua.

** Investigador de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Coahuila, Unidad Torreón.

*** Profesor de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Coahuila, Unidad Torreón.



excepciones a las mismas, así como las que fijan infracciones y sanciones, y, por otro lado, prever que las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica, evidencia que el legislador ha equiparado la aplicación estricta con un método de interpretación jurídica, siendo que aquélla es, más bien, el resultado de la actividad interpretativa. En esa virtud, dicha disposición debe entenderse en el sentido de prohibir la aplicación analógica de las referidas normas, sin impedir que el Juez utilice los distintos métodos de interpretación jurídica al momento en que deba definir su alcance.¹

El precepto 5°-A del Código en comento, establece en su segundo párrafo que, en el ejercicio de sus facultades de comprobación, la autoridad fiscal podrá presumir que los actos jurídicos carecen de una razón de negocios con base en los hechos y circunstancias del contribuyente conocidos al amparo de dichas facultades, así como de la valoración de los elementos, la información y documentación obtenidos durante las mismas. Podemos ver una presunción en contra de la buena fe de los actos de comercio celebrados por los contribuyentes.

Para entender el término *razón de negocios* acudimos a Isauro López: *relación de magnitud que existe entre una cantidad respecto de otra²*; para negocio da el siguiente concepto: *operación mercantil lucrativa³*. Entonces, debe existir objeto de lucro, es decir, la renta obtenida de forma legal, por medio de la materialización de actos de comercio, de aquí, su enlace con el Derecho Fiscal que grava los ingresos obtenidos por los contribuyentes. Veamos un criterio:

RAZÓN DE NEGOCIOS. LA AUTORIDAD PUEDE CONSIDERAR SU AUSENCIA COMO UNO DE LOS ELEMENTOS QUE LA LLEVEN A DETERMINAR LA FALTA DE MATERIALIDAD DE UNA OPERACIÓN, CASO EN EL CUAL, LA CARGA PROBATORIA PARA DEMOSTRAR LA EXISTENCIA Y REGULARIDAD DE LA OPERACIÓN, CORRE A CARGO DEL CONTRIBUYENTE.- Legalmente no existe una definición de la expresión “razón de negocios”, sin embargo, en la jerga financiera se entiende como el motivo para realizar un acto, al cual se tiene derecho, relacionado con una ocupación lucrativa y encaminado a obtener una utilidad; es decir, se trata de la razón de existir de cualquier compañía lucrativa que implica buscar ganancias extraordinarias que beneficien al accionista y propicien generación de valor, creación y desarrollo de relaciones de largo plazo con clientes y proveedores. Ahora bien, del contenido de la tesis 1a. XLVII/2009 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puede válidamente concluirse que las razones de negocio sí son un elemento que puede tomar en cuenta la autoridad fiscal para determinar si una operación es artificiosa y que en cada caso, dependerá de la valoración de la totalidad de elementos que la autoridad considere para soportar sus conclusiones sobre reconocer o no los efectos fiscales de un determinado acto. Por ello, la ausencia de razón de negocios sí puede ser aducida por la autoridad para determinar la inexistencia de una operación, siempre y cuando no sea el único elemento considerado para arribar a tal conclusión; por lo que una vez que se sustentan las razones por las que no se reconocen los efectos fiscales de las operaciones, corre a cargo del contribuyente demostrar la existencia y regularidad de la operación.⁴

¹ Registro digital: 175568, Instancia: Segunda Sala, Novena Época, Materias(s): Administrativa, Tesis: 2a./J. 27/2006, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIII, Marzo de 2006, página 270, Tipo: Jurisprudencia.

² López López, J. I. *Diccionario Contable, Administrativo y Fiscal*. Ed. Cengage Learning, s/n de edición, México, 2008, p.243.

³ *Ibidem*, p. 194.

⁴ R.T.F.J.A. Octava Época. Año IV. No. 40. Noviembre 2019. p. 196.

III. Presunción de legalidad

Pérez Becerril⁵ expone que las presunciones existen en el sistema fiscal mexicano, como construcciones jurídicas y utilizadas por el legislador con el propósito de frustrar los mecanismos de fraude a las leyes tributarias, ya sea en la evasión o en la elusión. El nombrado autor se basó en la tesis:

PRESUNCIONES Y FICCIONES LEGALES. LA FUNCION Y APLICACION DE ESTAS TECNICAS EN MATERIA TRIBUTARIA. En el sistema mexicano es frecuente la presencia de construcciones jurídicas que entendidas ya como presunciones legales de pleno derecho (*iuris et de iure*) ya como ficciones, sirven al legislador en su tarea de frustrar los mecanismos de fraude a la Ley Tributaria, tanto en su dinámica de evasión como en la de elusión. Las presunciones absolutas suponen el enlace establecido por su autor entre un hecho conocido y otro que, aunque se desconoce debe reputarse existente para efectos de la ley, por ser realmente posible o probable su realización cuando así lo demuestren las máximas de la experiencia y el conocimiento del mundo fáctico sobre el que se pretende actuar. Desde un ángulo sustantivo más que probatorio, se advierte una ficción jurídica cuando su autor recoge datos de la realidad y los califica jurídicamente de un modo tal que, violentando conscientemente su naturaleza, crea un concepto de verdad legal (artificial) distante de coincidir con la realidad. En ambos casos, la aplicación de las normas reguladoras de estas figuras representa para los contribuyentes un efecto irrefutable dispensado de toda prueba adicional, justificado por la necesidad de resolver la incongruencia entre la realidad jurídica y la realidad económica a cuya coincidencia aspira la justicia tributaria.⁶

Podemos entender que las presunciones son importantes dentro del control fiscal, porque auxilan a las autoridades a evitar probar en contra del contribuyente, en especial cuando este último pretende desacatar la norma impositiva en perjuicio de la colectividad, o bien, cuando alguno obra de buena fe y su contraparte opta por una opacidad que oculte sus actividades ilícitas. Es verdad los contribuyentes no son en su totalidad infractores o delincuentes, empero, la autoridad, tampoco debe abusar de la presunción para estimar como antijurídicos los actos materializados por quienes deben cumplir con la obligación tributaria.

De cuestionarnos, al igual que Pérez Becerril,⁷ sobre el sustento constitucional de las presunciones tributarias, nuestra respuesta varía a la del nombrado jurista, quien expone que las presunciones legales tributarias relativas, es decir, las *iuris tantum*, respetan el derecho humano de audiencia, pues se permite al contribuyente utilizar medios de defensa, pero no lo son, cuando limitan la prerrogativa a utilizar cierta clase de pruebas; las presunciones legales tributarias transgreden el principio de legalidad de las contribuciones, porque sus elementos no están señalados en una ley formal, también contrarían los principios de equidad y proporcionalidad porque pone en un mismo nivel a sujetos con diversa capacidad económica; las presunciones legales absolutas, *iuris et de iure*, impiden al contribuyente probar, por ello transgreden el derecho humano de audiencia.⁸

Nuestra respuesta es en el sentido que el fundamento constitucional se encuentra en una interpretación extensiva del párrafo segundo del artículo 14 de la Carta Magna mexicana, porque de ahí derivamos el derecho humano del debido proceso, y una de sus divisiones es el derecho a ofrecer pruebas, entonces, de poder impugnar un acto sustentado en presunción se permite probar en contra. Coincidimos con el citado jurista en el punto de que una presunción legal absoluta impide probar al contribuyente y no se da cumplimiento al debido proceso.

⁵ Pérez Becerril, A., *Presunciones Tributarias en el Derecho Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 2001, p.148.

⁶ Registro digital: 228874, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Materias(s): Administrativa, Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo III, Segunda Parte-2, Enero-Junio de 1989, página 570, Tipo: Aislada.

⁷ Pérez Becerril, A., *op. cit.*, 152.

⁸ *Ibidem*, pp. 293 y 294.

El segundo párrafo del numeral 5º-A que se analiza, señala la existencia de una presunción para la autoridad fiscal, consistente en:

- a) Los actos jurídicos
- b) Carecen de una razón de negocios
- c) Con base en los hechos y circunstancias del contribuyente
- d) Conocidos al amparo de dichas facultades
- e) Así como de la valoración de los elementos, la información y documentación
- f) Obtenidos durante las mismas.

Debemos aclarar que la presunción es para la autoridad fiscal, no para los actos en sí, pues aquella podrá, hacer uso de la presunción cuando exista información que la sustente.

El Código Fiscal Federal, contiene una presunción que complementa, robustece y sustenta a la del precepto 5º-A:

Artículo 68.- Los actos y resoluciones de las autoridades fiscales se presumirán legales. Sin embargo, dichas autoridades deberán probar los hechos que motiven los actos o resoluciones cuando el afectado los niegue lisa y llanamente, a menos que la negativa implique la afirmación de otro hecho.

La presunción de legalidad consiste en tener por cierto, válido y legal las actuaciones de la autoridad, sin necesidad de pruebas. Ese presumir, el numeral 68 los limita a actos y resoluciones. Los actos son las manifestaciones unilaterales de voluntad por parte de las autoridades fiscales, que producen modificaciones en la esfera jurídica del sujeto pasivo de la relación tributaria, *en ejercicio de su competencia administrativa, cuyos efectos jurídicos son directos e inmediatos*.⁹ Las resoluciones *deciden el negocio principal*.¹⁰

Los hechos en los cuales se sustenten los actos y resoluciones sí deben ser probados por la autoridad emisora, cuando el accionante de nulidad o anulabilidad exprese de forma lisa y llana no conocerlos, como es el caso previsto en el numeral 17, fracción II, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, el cual permite ampliar la demanda, dentro de los diez días siguientes a aquél en que surta efectos la notificación del acuerdo que admite su contestación, cuando el acto principal del que derive la resolución impugnada en la demanda, así como su notificación, cuando se den a conocer en la contestación, ya que en la demanda el actor manifestó desconocerlos.

Otro ejemplo consiste en que la autoridad atribuya un ingreso al contribuyente, éste lo niega, por lo tanto, aquella debe demostrar su existencia y el beneficio de la persona a quien se lo atribuye. Para Mariscal Ureta¹¹ *los actos deberán ser probados fehacientemente y hacer constar ello, para efectos de que tengan validez ante el contribuyente*.

En la tesis con número de registro digital: 220731 se establece que es posible destruir la presunción de legalidad, pues la misma sólo subsiste si ante la negativa lisa y llana del afectado, la autoridad demuestra sin lugar a duda, los hechos, causas particulares, motivos y circunstancias especiales del caso, tomados en cuenta para evidenciar la legalidad de la notificación del adeudo, salvo que dicha negativa conlleve a la afirmación de otro hecho.¹²

Hasta aquí, vemos que es posible demostrar en contrario y dejar sin efectos la presunción de legalidad, en los casos en los cuales se niegue conocer la notificación del acto administrativo principal. Dicha presunción no tiene el carácter de absoluto ni inamovible.

⁹ Pérez Dayán, A., *Teoría General del acto administrativo*, Ed. Porrúa, 4a ed., México, 2014, p. 53.

¹⁰ Pallares, E., *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Ed. Porrúa, México, 1952, p. 458.

¹¹ *Código Fiscal de la Federación, texto vigente comentado*, Viesca de la Garza, Eduardo J., coord., Ed. Limusa, México, 2017.

¹² Registro digital: 220731, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Materias(s): Administrativa, Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo IX, Enero de 1992, página 135, Tipo: Aislada.

En palabras de Ernesto Silva Juárez¹³ en el Tribunal Federal de Justicia Administrativa existen miles de juicios que a diario demuestran que muchos de los actos de la autoridad y especialmente sus resoluciones son emitidas en plena ilegalidad.

El supuesto de que la negativa de conocer los actos impugnados implica la afirmación de otro hecho se relaciona con la llamada carga de la prueba, es decir, la obligación de acreditar pretensiones y manifestaciones a través de la exhibición, preparación y desahogo de medios de convicción recae sobre quien afirme la materialización de otro suceso.

Sobre este punto, cabe recordar que el primer numeral de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo prevé como norma supletoria al Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual, en su artículo 218, establece: *las presunciones legales que no admitan prueba en contrario, tendrán pleno valor probatorio. Las demás presunciones legales tendrán el mismo valor, mientras no sean destruidas*. Como hemos visto, la presunción de legalidad contenida en el precepto 68 del Código Tributario admite prueba en contrario, por lo tanto, carecen de valor probatorio pleno, su valor permanece hasta en tanto no sea destruido por el interesado.

Marco Antonio Díaz de León¹⁴ opina que el numeral 218 reitera el principio del sistema probatorio denominado sana crítica, en el cual, el juzgador debe fundar y motivar su decisión, dada su facultad de otorgar valor conforme a su arbitrio como lo señala la parte final del segundo párrafo del precepto en comento.

Lo anterior, lleva al sujeto pasivo de la relación tributaria, a ser la parte débil de dicho enlace, pues, ante una equivocada apreciación de la autoridad sobre los hechos, tiene la carga de acreditar la legalidad y la razón de negocios de sus actos mercantiles. Esta carga de la prueba se origina por el actuar de las autoridades fiscales, siempre y cuando, se sustente en la normatividad aplicable, tal y como lo explica la tesis I. 4o. A. 744 A:

PRESUNCION DE LEGALIDAD. ARTICULO 68 DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION, NO HACE PRESUMIR LA COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD EMISORA. No procede la presunción de legalidad de los actos y resoluciones fiscales prevista por el artículo 68 del Código Fiscal de la Federación, en los casos en que se controvierte la competencia de una autoridad; por tanto, no es factible presumir dicha competencia, sino que es necesario que la ley faculte a la autoridad para emitir un acto autoritario.¹⁵

Del contenido advertimos que la presunción de legalidad no abarca la competencia de la autoridad emisora, en los casos en los cuales se controvierte su competencia como emisora del acto impugnado; por tanto, no se debe presumir dicha competencia, es imperativo que la ley faculte a la autoridad para emitir un acto autoritario, como lo ordenan los artículos 16 constitucional y 38, fracción IV del Código Fiscal de la Federación.

Jesús Martínez Garnelo¹⁶ explica la naturaleza de la presunción: es un juicio lógico del legislador o del juez, a través del cual, se considera como cierto o probable un hecho, se le clasifica en judicial y humana. Con fundamento en las máximas generales de la experiencia, se indica cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos. Las presunciones humanas son principios lógicos basados en reglas de la experiencia y permiten una correcta valoración de las pruebas; entonces, no son en realidad presunciones, sino reglas para el criterio del juzgador. Cuando la presunción es creada por el legislador, sea *iuris tantum* o *iuris et de iure*, se considera cierto el hecho o provisionalmente mientras no se suministre prueba en contrario; cuando es simple presunción judicial o humana, por lo general se considera ese hecho como probable

¹³ Silva Juárez, E., *Código Fiscal de la Federación, comentado*, Ed. PAC, México, 2008, p. 461.

¹⁴ Díaz de León, M. A., *Código Federal de Procedimientos Civiles con comentarios*, Ed. Indepac, 2^a ed., México, 2012, p. 437.

¹⁵ Registro digital: 210596, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Materias(s): Administrativa, Tesis: I. 4o. A. 744 A, Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo XIV, Septiembre de 1994, página 397, Tipo: Aislada.

¹⁶ Martínez Garnelo, J. *La Prueba Indiciaria, Presuncional o Circunstancia*, Ed. Porrua, 2a ed., México, 2012, pp. 498 y 499.

a menos que se base en una ley física inmodificable o por tratarse de varias deducidas de un conjunto de indicios graves, precisos y concordantes.

Continúa Martínez Garnelo,¹⁷ las presunciones legales tienen una función sustancial y extraprocesal, además de la probatoria: darles seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial. Reconocen ciertos derechos sustanciales, permiten su ejercicio extrajudicial y judicial.

Respecto al término *máximas de experiencia*, Ernesto Galindo Sifuentes,¹⁸ nos dice que son *generalizaciones que proceden de la experiencia de los jueces pero que sean compartidas y aceptadas por la comunidad jurídica para ser utilizadas en casos posteriores al momento de valorar las pruebas*.

La presunción es estudio se clasifica como *iuris tantum*, está prevista en la ley y admite prueba en contrario.

Establecido lo anterior, la presunción legal implica un juicio lógico, por lo tanto, es una actividad mental con resultado, el cual debe estar sustentado en premisas correctas, pues si alguna de ellas es errónea, la conclusión será errónea, aquí es donde reside el trabajo fino de la autoridad y, a la vez, la defensa del contribuyente.

Hemos visto como la presunción se desarrolla como probanza y la máxima de experiencia se relaciona con la forma de estudiar y valorar pruebas y, por otro lado, el artículo 5°-A, dispone que la presunción se basa en los hechos y circunstancias del contribuyente conocidos al amparo de las facultades de comprobación, no se hace referencia directa a su calidad de pruebas, debemos deducir que los hechos y circunstancias advertidas durante el ejercicio de facultades de comprobación se deben advertir de documentos que son pruebas instrumentales, además de las electrónicas.

Al valorar los datos obtenidos, intervienen las máximas de la experiencia de la autoridad fiscal para demostrar a través de la debida motivación, los elementos de la presunción de inexistencia de la razón de negocios, la cual, es contra el contribuyente.

IV. Análisis de la presunción como prueba

De nueva cuenta acudimos a Díaz de León,¹⁹ quien opina que la presunción es un acto espiritual; el resultado lógico de una apreciación de datos cuestionados que llevan a la convicción de su verdad o falsedad. Es producto del trabajo mental de los jueces en el proceso de análisis, síntesis y valoración de las pruebas. En rigor, no es autorizable hablar de que la presunción constituya una prueba, es una derivación de otras pruebas y, en general, de los hechos e indicios integradores del debate procesal. No es susceptible de ofrecerse ni de rendirse como prueba; la presunción se produce en el fuero interno del juez, no precisa del ofrecimiento, la prueba se incorpora, recaba e introduce en el proceso para producir convencimiento. La presunción no es un medio de probar, los medios de prueba en el proceso tienen la intención de provocar en el juez su persuasión sobre los hechos. La presunción es juicio, uso de razón del juez sobre los hechos y medios de probar para propiciar su convencimiento.

En el fondo, la presunción es un resultado proveniente del procesamiento de datos efectuado por el juzgador, empero, no abarca todo el trabajo intelectual necesario para emitir un fallo. Estimamos que, sí es una prueba porque las operaciones mentales se realizan con base en los datos contenidos en los expedientes, datos aportados por las partes, mediante la argumentación se pretende guiar hacia determinadas conclusiones según la fuerza de los argumentos.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Galindo Sifuentes, E. *La valoración de la Prueba en los Juicios Orales*, Ed. Flores, México, 2010, pp. 40 y 41.

¹⁹ Díaz de León, M. A., *Tratado Sobre las Pruebas Penales*, Ed. Porrúa, 2^a ed., México, 1988, pp. 297 y 298.

El Código Federal de Procedimientos Civiles, supletorio para la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y el Código Fiscal de la Federación, en la fracción VIII del su artículo 93 establece que la ley reconoce como medio de prueba a las presunciones, luego las regula de los numerales 190 al 196 y en el precepto 218 regula su valoración. Dado lo anterior, las presunciones son pruebas.

Por su parte, la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo menciona a las presunciones en su artículo 46, el cual regula la valoración de las pruebas, en la fracción I dispone que las presunciones legales que no admitan prueba en contrario hacen prueba plena así como los hechos legalmente afirmados por autoridad en documentos públicos, incluyendo los digitales; en la fracción III establece que, por exclusión, las presunciones *iuris tantum* quedarán a la prudente apreciación de la Sala; en su último párrafo dispone:

Cuando por el enlace de las pruebas rendidas y de las presunciones formadas, la Sala adquiera convicción distinta acerca de los hechos materia del litigio, podrá valorar las pruebas sin sujetarse a lo dispuesto en las fracciones anteriores, debiendo fundar razonadamente esta parte de su sentencia.

Adriana Campuzano Gallegos²⁰ opina que la valoración de los indicios es una tarea compleja, se apoya en Michele Taruffo para aclarar que indicio es sinónimo de presunción, empero, la nombrada autora no explica cómo realizar la valoración de dicho medio de convicción.

Por nuestra parte, valorar la presunción significa evaluar la fuerza del juicio obtenido del razonamiento aplicado a los argumentos y su encadenamiento con los hechos acreditados con otras pruebas, de esa vinculación se derivan las consecuencias de un hecho para otro, ese enlace, es la presunción.

Del artículo 130, derivamos en relación con las pruebas en el recurso de revocación, que se admiten toda clase de ellas, excepto la testimonial y la de confesión de las autoridades mediante absolución de posiciones, harán prueba plena las presunciones legales que no admitan prueba en contrario, así como los hechos legalmente afirmados por autoridad en documentos públicos, incluyendo los digitales, las demás quedarán a la prudente apreciación de la autoridad, las presunciones *iuris tantum* quedan abarcadas en estas últimas.²¹ En el par de párrafos finales leemos:

Si por el enlace de las pruebas rendidas y de las presunciones formadas, las autoridades adquieran convicción distinta acerca de los hechos materia del recurso, podrán valorar las pruebas sin sujetarse a lo dispuesto en este artículo, debiendo en ese caso fundar razonadamente esta parte de su resolución.

Para el trámite, desahogo y valoración de las pruebas ofrecidas y admitidas, serán aplicables las disposiciones legales que rijan para el juicio contencioso administrativo federal, a través del cual se puedan impugnar las resoluciones que pongan fin al recurso de revocación, en tanto no se opongan a lo dispuesto en este Capítulo.

En cuanto al último párrafo no tenemos problemas, pues las redacciones de los citados preceptos 46 y 130 son iguales en cuanto a valorar las presunciones *iuris tantum*. El último párrafo del 130 es de similar texto al 46, por lo que hace a las presunciones formadas y a motivar la resolución.

La expresión: *así como los hechos legalmente afirmados por autoridad en documentos públicos, incluyendo los digitales*, nos lleva a comentar que, la presunción absoluta está condicionada, pues su efectividad demanda de que los hechos afirmados por la autoridad lo

²⁰ Campuzano Gallegos, A. *Ley Federal de procedimiento Contencioso Administrativo comentada, análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Thomson Reuters, México, 2018, p. 405.

²¹ Mesta Guerra, J. G., Paz López, Alejandro. *El Recurso de revocación en Materia Fiscal*, Ed. ISEF, México, 2001.

estén de forma legal, entonces, de no cumplir con los artículos 38 del código tributario federal y 16 de la Carta Magna Mexicana no tendrán valor probatorio pleno.

Sobre la valoración de las pruebas, consideremos de interés el siguiente criterio porque explica a detalle su concepto, objeto, sistemas de valoración, entre ellos, el de carácter libre contenido en los preceptos citados, además, resalta su conclusión sobre que las pruebas no siempre van a llevar a la verdad absoluto sino a la probabilidad más razonable, es decir, aquella con mayor sustento en elementos fácticos y argumentativos:

PRUEBAS. EL OBJETIVO DEL SISTEMA DE VALORACIÓN LIBRE ES EL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS SIN NECESARIAMENTE BUSCAR LA VERDAD ABSOLUTA, SINO LA PROBABILIDAD MÁS RAZONABLE. La valoración de la prueba es el ejercicio mediante el que se determina el valor probatorio de cada medio de prueba en relación con un hecho específico y tiene por objeto establecer cuándo y en qué grado puede ser considerado como verdadero, sobre la base de las pruebas relevantes, cuyo desahogo cumplió con los requisitos formales correspondientes. La problemática surge cuando se plantea si un hecho está lo suficientemente probado como para justificar la decisión judicial fundada en él, o cuál es el criterio que el juzgador utilizó para valorar la solidez de la inferencia probatoria. Por tal razón, se han creado sistemas teóricos de valoración, distinguiendo la prueba legal o tasada, así como los de prueba libre y mixtos, que permiten determinar la existencia de un hecho que ha resultado probado o la existencia de falta de prueba. En el sistema de valoración de prueba tasada, el objetivo o finalidad es llegar a una conclusión y declaración de verdad de los hechos. En cambio, en el sistema de valoración de prueba libre, sólo se llega a conclusiones de peso o preferencias de las probabilidades que arroje una hipótesis o enunciado sobre otro y puede ser razonada o no esa conclusión. Siempre se tienen cuando menos dos o más probabilidades y a una por su coherencia o razonabilidad se le prefiere sobre otra. En efecto, en el último sistema de valoración mencionado, no se trata de hechos absolutos, sino de probabilidades, tal como se deduce de los medios probatorios estadísticos, reconocidos en el artículo 600 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Así, la evolución del sistema probatorio en el orden jurídico mexicano ha transitado de una mera asignación de valor tasado a los medios de prueba atribuidos por la legislación hasta uno en el cual, si bien, subsisten algunas pruebas tasadas, conviven con otros elementos probatorios cuyo mérito debe ser asignado por el Juez, pero valorándolos de manera holística, en una narrativa libre y lógica. Tan es así que, en la rama del derecho penal, en la cual, históricamente el estándar probatorio ha sido el más estricto, por los bienes jurídicos implicados y las consecuencias recaídas a determinadas conductas, ha sido reformulado por el Poder Reformador para adoptar uno cuyo propósito sigue siendo el esclarecimiento de los hechos pero sin necesariamente buscar la verdad absoluta, sino la probabilidad más razonable.²²

V. El reto de la defensa de derechos humanos del contribuyente

Para completar la tríada de presunciones, anexamos, a la contenida en el artículo 5°-A y a la del precepto 68, ambos del Código Fiscal de la Federación, la de presunción de inocencia, la cual, tiene mayor jerarquía normativa por estar contenida en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por su parte la presunción de no ser razón de negocios, se contiene en el Código Fiscal de la Federación, es decir, una norma secundaria.

²² Registro digital: 2021913, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materias(s): Administrativa, Común, Tesis: I.40.A.44 K (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 77, Agosto de 2020, Tomo VI, página 6214, Tipo: Aislada.

Lo asentado en el párrafo precedente nos muestra la primera línea de defensa, es decir, anteponer la presunción de nivel constitucional a la de la norma secundaria. Entonces, la autoridad revisora de carácter fiscal debe derrotar ese presumir inocente al contribuyente para hacer valer su presunción de inexistencia de la razón de negocios en los actos privados auditados. Y esa obligación, no se limita a cumplir la fundamentación, sobre todo la motivación ordenada por el precepto 16 constitucional, también es una orden directa a las autoridades fiscales contenida en el párrafo tercero del primer artículo de la Constitución Federal:

- a) Primero se la impone a todas las autoridades, no hay distingos ni excepciones.
- b) Después aclara que será en el ámbito de sus competencias, en este caso, en el ejercicio de sus facultades de comprobación enlistadas en el numeral 42 del código tributario.
- c) Tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, en nuestro caso, el segundo deber el trascendente, respetar, despues atenderán al de garantizar.

La obligación de respetar puede caracterizarse como el deber de la autoridad que le impide interferir con el ejercicio de los derechos o ponerlos en peligro, ya sea por acción u omisión; es decir, la autoridad, en todos sus niveles (federal, estatal o municipal) y en cualquiera de sus funciones (ejecutiva, legislativa o judicial), debe mantener el goce del derecho y, por ende, su cumplimiento es inmediatamente exigible. Esta obligación alcanza la manera en que las autoridades entienden las restricciones a los derechos, tanto en su formación (a cargo del Poder Legislativo) como en su aplicación (Poder Ejecutivo) e interpretación (Poder Judicial).²³

La finalidad de la obligación de garantizar es realizar el derecho fundamental, requiere la eliminación de restricciones, así como la provisión de recursos o la facilitación de actividades tendentes a lograr que todos se encuentren en aptitud de ejercer sus derechos fundamentales. La índole de las acciones dependerá del contexto de cada caso en particular; así, la contextualización del caso particular requiere que el órgano del Estado encargado de garantizar la realización del derecho tenga conocimiento de las necesidades de las personas o grupos involucrados, lo que significa que debe atender a la situación previa de tales grupos o personas y a las demandas de reivindicación de sus derechos.²⁴

d) Las obligaciones se cumplirán de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El deber es por partida doble, a cualquiera de los señalados se les agrega el cuarteto mencionado. Las prerrogativas son para todos sin excepción, contribuyentes o no; los derechos se relación unos con otros, en nuestro caso el derecho a probar con el de legalidad; las autoridades fiscales no tienen facultades para reducir los derechos y tampoco deben anular o restringir aquellos de los cuales los contribuyentes son titulares.

e) En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Otro cuarteto de obligaciones para el Estado, que complementan al anterior.

En nuestro actual estudio, debemos reiterar que el reconocimiento de la razón de negocios a un acto de comercio puede implicar ajustes en las cantidades a tributar, ya sea a pagar lo indebido o pagar menos. De haber otras consecuencias, por ejemplo, que el cliente pierda confianza en el contribuyente, va a detener sus operaciones comerciales, lo cual significa una merma patrimonial para el proveedor del bien o servicio, circunstancia que podría ser el génesis de una demanda

²³ Registro digital: 2008517, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materias(s): Constitucional, Tesis: XXVII.3o. J/23 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 15, Febrero de 2015, Tomo III, página 2257, Tipo: Jurisprudencia.

²⁴ Registro digital: 2008515, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materias(s): Constitucional, Tesis: XXVII.3o. J/24 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 15, Febrero de 2015, Tomo III, página 2254, Tipo: Jurisprudencia.

por responsabilidad patrimonial del Estado, de acreditarse que la autoridad fiscal no realizó de forma legal la aplicación de la presunción contenida en el referido numeral 5°-A.

Del contenido de los párrafos segundo y tercero del precepto en estudio encontramos el respeto al derecho humano de audiencia, porque se le permite al contribuyente manifestar conforme a su interés particular, además, tiene la posibilidad de argumentar y ofrecer pruebas documentales para desvirtuar la referida presunción. Estamos ante el primer momento de defensa.

Conforme al debido proceso, en su subdivisión de emitir resolución y conforme a no poder ser privado de prerrogativas sin actuaciones previas, la autoridad fiscal no puede retirar efectos fiscales los actos jurídicos a los cuales les haya aplicado la presunción, sin antes, notificar tal circunstancia situación, también deben transcurrir los plazos mencionados en los artículos del Código Fiscal de la Federación enseguida enlistados:

- a) Última acta parcial, fracción IV, del artículo 46.
- b) Oficio de observaciones, fracción IV del artículo 48.
- c) Resolución provisional, fracción II el artículo 53-B.

Vemos la posibilidad de defensa, empero, no se establece en que momento se le hace del conocimiento del sujeto pasivo la presunción. En nuestra opinión, la notificación debe hacerse al menos tres días hábiles antes de emitir cualquiera de los tres actos citados en los incisos precedentes, debe ser en forma personal para salvaguardar este derecho de defensa que trasciende a la determinación sobre la situación fiscal del visitado.

Antes de emitir la última acta parcial, el oficio de observaciones o la resolución provisional, la autoridad fiscal debe someter el caso a un órgano colegiado integrado por funcionarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Servicio de Administración Tributaria, y obtener una opinión favorable para la aplicación del artículo 5°-A. Hay una condición, el ente colegiado es quien decide, previo estudio efectuado por la unidad administrativa la cual propone utilizar la presunción, existen dos instancias de estudio, primero, lo realiza la autoridad ejecutora de las facultades de comprobación, por ser un análisis de primera mano, después, se ejerce facultad de control y revisión interna por la entidad colegiada en cuyas manos recae el poder de agregar o quitar y decidir sobre la procedencia de la suposición de inexistencia de la razón de negocios. De no recibir la opinión del colegiado dentro del plazo de dos meses contados a partir de la presentación del caso, se entenderá en sentido negativo. Las disposiciones relativas al referido órgano colegiado se darán a conocer mediante reglas de carácter general que a su efecto expida el Servicio de Administración Tributaria.

Lo reseñado en el párrafo anterior nos permite ver la falta de certeza jurídica en cuanto al origen de las reglas por parte del Poder Legislativo Federal, esas regulaciones las decidirán las autoridades fiscales, es decir, son de origen administrativo, no obstante que no son producto legislativo genuino, han sido validadas por la jurisprudencia al dotarlas del carácter de materialmente legislativos, pues son emitidas con fundamento en alguna norma:

REGLAS DE CARÁCTER GENERAL EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR EMITIDAS POR EL JEFE DEL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. SU FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. Las reglas referidas son disposiciones de observancia general y, por tanto, actos materialmente legislativos que tienen su fundamento en una cláusula habilitante prevista en una ley o en un reglamento al tenor del cual se faculta a la autoridad administrativa para emitirlas. Así, para que dichas reglas cumplan con los requisitos de fundamentación y motivación exigidos por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es suficiente con que el Jefe del Servicio de Administración Tributaria cite alguno de los supuestos legales que lo facultan para expedirlas, esto es, por ejemplo, los artículos 14, fracción III, de la Ley del Servicio de Administración Tributaria y

33, fracción I, inciso g), del Código Fiscal de la Federación, que lo autorizan para expedir las disposiciones administrativas necesarias para aplicar eficientemente la legislación fiscal y aduanera, sin que sea necesario que adicionalmente exponga las causas o razones por las cuales ejerce sus atribuciones en la materia, ya que como acontece con las leyes en sentido formal, basta la existencia de situaciones sociales que reclamen ser legalmente reguladas para que se comple el requisito de motivación que, por mandato constitucional, deben observar todos los actos de autoridad.²⁵

La parte negativa de la facultad explicada en el criterio transrito en líneas anteriores, en el caso del contribuyente, consiste en que la autoridad no requiere de otro poder estadual para decidir las modificaciones y adecuaciones de esas reglas, su capacidad de adaptación es más rápida.

Para desvirtuar la presunción de inexistencia de la razón de negocios, cuya única virtud es ser conjectura legal de carácter relativo, requerimos conocer las reglas del siguiente dúo de artículos del Código Federal de Procedimientos Civiles:

Artículo 81.- El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus excepciones.

Artículo 82.- El que niega sólo está obligado a probar:

I.- Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho;

II.- Cuando se desconozca la presunción legal que tenga a su favor el colitigante, y

III.- Cuando se desconozca la capacidad.

El numeral 81 nos indica que, en el juicio contencioso administrativo, la mayoría de las veces, el contribuyente tendrá el carácter de actor, entonces, debe probar los hechos de su acción, aquí tenemos un problema ¿se acreditan los hechos o los elementos de la acción?

En materia civil es común que las prestaciones demandadas se sustenten en los hechos narrados y en un mínimo enlace con la normatividad aplicable, en cambio, en la contención administrativa, las demandas se sustentan en los conceptos de impugnación, en los cuales, se desarrollan los argumentos. En búsqueda de respuesta a la pregunta planteada, encontramos que la ley ordena al actor *probar los hechos constitutivos de su acción, y es indudable que cuando no los prueba, su acción no puede prosperar, independientemente de que la parte demandada haya o no demostrado los hechos constitutivos de sus excepciones y defensas*²⁶. Tal criterio demuestra que las pruebas se ligan a los hechos, entonces, ese binomio sería el importante, sin embargo, la experiencia nos ha demostrado la existencia y necesidad de probar los elementos de la acción, es decir, el camino elegido para dar a conocer las pretensiones ante los juzgadores.

Consideramos que, en el litigio administrativo, se trata de una doble obligación para el accionante, acreditar los elementos de la acción y los hechos de que constituyen a aquella.

Por parte de la autoridad demandada, también se le obliga a probar los hechos constitutivos de sus excepciones; aquí, es donde cobra interés la doble instancia de las entidades fiscales para decidir aplicar la presunción de la inexistencia de la razón de negocios, al haber una segunda instancia para su revisión y aprobación, se tiene mayor certeza sobre su materialidad y procedibilidad en contra del contribuyente.

Al leer el diverso numeral 82 nos encontramos con otra regla, en caso de negar, la carga probatoria es para quien niegue cuando: esa negación implique en sí misma afirmar de forma expresa un hecho, se ignore la presunción legal que a su favor el colitigante y se desconozca la capacidad. En el ámbito contencioso administrativo, las fracciones II y III, porque no desconocemos la presunción legal de nuestro colitigante, pues esa parte ha aplicado en contra del contribuyente

²⁵ Registro digital: 2004306, Instancia: Segunda Sala, Décima Época, Materias(s): Administrativa, Tesis: 2a./J. 85/2013 (10a.), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 2, página 1051, Tipo: Jurisprudencia.

²⁶ Registro digital: 241096, Instancia: Tercera Sala, Séptima Época, Materias(s): Común, Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Volumen 103-108, Cuarta Parte, página 148, Tipo: Aislada.

la de inexistencia de la razón de negocios, tampoco se desconoce la capacidad, porque ya hubo un procedimiento administrativo previo de donde se obtuvieron los datos en los cuales se sustenta la referida conjetura. Como consecuencia, nos queda la fracción I, si la autoridad expone que la presunción es aplicable, el accionante pagador de contribuciones expone que la conjetura no se materializa, la niega y a la vez se dice que, si existe la razón de negocios, esa es la afirmación expresa de un hecho, ante la negativa de la contraparte.

Vemos el siguiente criterio:

PRUEBA. CARGA DE LA. Es indiscutible que quienes configuran una afirmación que ameritaba probarse, son las demandadas, si a quien planteo una negativa que de conformidad con el artículo 82 del Código Federal de Procedimientos Civiles no había por qué probar, fue el actor. Sería contrario a la técnica jurídica e incluso a la lógica, que el gobernante estuviera en aptitud de atribuir, tal vez caprichosamente, una obligación fiscal al gobernado, al considerarlo incluido en una hipótesis legal, y que la carga de la prueba para la demostración de que no se encuentra comprendido en tal hipótesis, correspondiera al mencionado gobernado.²⁷

El texto de la tesis radica en que le atribuye a la demandada probar su afirmación, lo cual coincide con nuestra postura sobre la carga de la prueba, sin embargo, al ser un criterio aislado no tiene la obligatoriedad mencionada en el artículo 217 de la Ley de Amparo, entonces, el actor debe acatar los numerales 81 y 82 ya mencionados.

Alonso Pérez Becerril²⁸ nos guía en la forma en como debilitar a las presunciones *iuris tantum*:

a) Destruir la falsedad del hecho presumido mediante la prueba en contrario.

b) Eliminar la aplicación de la presunción mediante la aportación de prueba tendente a destruir la verdad del hecho sobre el cual se funda.

Para el inciso a) podemos utilizar cualquier medio de prueba permitido, en cuanto al inciso b) la contraprueba ha de servir para impedir tener por probados los hechos fundatorios de la presunción.

En el primer caso, el medio de convicción tiene el objetivo de demostrar que es ficticia la inexistencia de la razón de negocios, es decir, el acto jurídico sí tiene esa finalidad, si hubo lucro.

En el segundo caso, las probanzas tienden a acreditar que los hechos considerados por la autoridad como constituyentes de la presunción, no se materializaron o fueron apreciados de manera incorrecta, incluso ilegal.

Para probar la pretensión del contribuyente afectado, debemos demostrar que la razón de negocios existe:

a) La adquisición del bien del proveedor previo.

b) Costo de producción del bien.

c) Costo del servicio.

d) Documentos origen de la operación mercantil.

e) Documentos preparatorios de la operación mercantil.

f) Contratos relacionados con el acuerdo principal de voluntades.

g) Estados de cuenta de quien paga y de quien cobra.

h) Contabilidad de egresos y egresos de las partes intervenientes en la operación.

i) Inventarios de las partes intervenientes en la operación.

j) Testimonial de quienes hayan presenciado de forma personal la operación.

²⁷ Registro digital: 267674, Instancia: Segunda Sala, Sexta Época, Materias(s): Común, Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Volumen XLIII, Tercera Parte, página 83, Tipo: Aislada.

²⁸ Pérez Becerril, A., *op. cit.*, 62.

- k) Mensajes enviados previo a la operación comercial.
- l) Datos almacenados en formato digital o electrónico.
- m) Documentos que describan la operación realizada.

Hemos visto que la carga de la prueba, en cuanto a su origen legal, le corresponde al contribuyente actor, así, le correspondería, bajo esta opción, la carga de la prueba en contra de la presunción legal:

ACTOS, PRESUNCION DE VALIDEZ DE LOS, EN EL JUICIO DE NULIDAD. Si la actora no controvierte el hecho en que apoya la autoridad demandada su resolución, consistente en la fecha en que fueron notificados los créditos en cuestión, debe prevalecer la presunción legal de validez contemplada, en favor de ese acto, en el artículo 68 del Código Fiscal de la Federación, en los términos a que se contrae el artículo 218 del Código Federal de Procedimientos Civiles, puesto que la obligación que pudiera haber correspondido a la autoridad demandada de acreditar las fechas que invoca de notificación, de las cédulas de liquidación, existiría sólo en el caso de que hubiera controversia respecto de tales acontecimientos.²⁹

De optar por la teoría del *contratante débil*, la carga de la prueba se invierte, y será la autoridad, quien ya tiene toda la información obtenida al ejecutar sus facultades de comprobación, de demostrar sin dejar duda, que no existe la razón de negocios. Para explicar el tema del *contratante débil*, parafrasearemos la tesis con número de registro digital 2021467³⁰ y rubro CONTRATOS DE ADHESIÓN. PRINCIPIOS PARA SU INTERPRETACIÓN:

En el contrato social, contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo que podrías llamar, la cláusula 31, fracción IV, se impone la obligación de contribuir, lo cual, lo equiparamos a los contratos carentes de negociación libre, no existe discusión sobre los términos, el contrato de adhesión somete la libertad contractual de un contratante al querer del otro, que está en condiciones de imponer al primero las estipulaciones del contrato, el cual, está preredactado para una generalidad de sujetos, y sin posibilidad de discutirlas en forma particularizada.

Lo anterior, evidencia desequilibrio entre las partes, pues el contratante débil no tiene la posibilidad de negociar los términos en que debe quedar redactado el contrato, e nuestro caso, el contribuyente, le queda la opción de contribuir o no hacerlo. Es por esta evidente desigualdad, que la doctrina y la interpretación dotan a estos contratos de un conjunto de principios jurídicos de protección al adherente, para nuestro tema, esos principios son los derechos humanos.

Entre estos principios, destaca la interpretación en contra del estipulante y por ende, a favor del contribuyente, conforme a la cual en caso de duda o ambivalencia, las cláusulas cuestionadas deben interpretarse en contra de los intereses de quien las redactó, en nuestro caso el Estado como ente fiscal, porque a éste le es imputable no haberse expresado mejor, toda vez que, quien redacta las cláusulas generales dispone de todo el tiempo que considere necesario y puede acudir al asesoramiento de expertos y por tanto, cuenta la oportunidad y el deber de escribir las claramente y estar en mejor posición de hacerlo.

La reforma de derechos humanos de 2011 tiene la finalidad de buscar el equilibrio en tales relaciones desiguales, a través de la ley, para evitar que la parte más fuerte cometa abusos en contra de la parte más débil, mediante actos que induzcan a confusiones a los adherentes, respecto del texto y alcance de la normatividad, recurriendo, por ejemplo, a redacciones no comunes.

²⁹ Registro digital: 229700, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Materias(s): Administrativa, Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo II, Segunda Parte-1, Julio-Diciembre de 1988, página 53, Tipo: Aislada.

³⁰ Registro digital: 2012467, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materias(s): Civil, Tesis: I.4o.C.39 C (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo IV, página 2647, Tipo: Aislada.

Recordemos la fracción VI del artículo 2º de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, existe el derecho general a no aportar los documentos que ya se encuentran en poder de la autoridad fiscal actuante; en el caso a estudio, esos documentos ya los tiene la autoridad fiscalizadora, pues de ellos, ha originado la presunción de inexistencia de la razón de negocios. Tal prerrogativa la complementamos con la fracción X del mismo precepto, de cuyo texto vemos que se pueden presentar y ofrecer como pruebas documentos conforme a las disposiciones fiscales aplicables, incluso el expediente administrativo del cual emane el acto impugnado, que serán tenidos en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente resolución administrativa.

Además, a nuestra triada de presunciones, la convertiremos en cuarteto, con el numeral 21 de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente:

Artículo 21.- En todo caso la actuación de los contribuyentes se presume realizada de buena fe, correspondiendo a la autoridad fiscal acreditar que concurren las circunstancias agravantes que señala el Código Fiscal de la Federación en la comisión de infracciones tributarias.

Aquí se contiene la presunción de buena fe en favor del contribuyente, entonces, la autoridad debe derrotar esta presunción para hacer procedente la propia, pues la aplicación del precepto antes transrito, no debe ser limitada al derecho fiscal sancionador, debe abarcar a todos los actos en contra de las operaciones comerciales y actos jurídicos que son fiscalizados por la autoridad revisora, para así cumplir las obligaciones contenidas en el primer artículo de la Constitución Federal.

VI. Conclusiones

Primera.– Para interpretar el artículo 5º-A del Código Fiscal de la Federación, es procedente cualquier método, según el párrafo segundo del precepto 5º del mismo cuerpo normativo.

Segunda.– La presunción de inexistencia de razón de negocios es de carácter legal relativo, de las conocidas como *iuris tantum*, las cuales son susceptibles de ser derrotadas a través de pruebas y argumentos.

Tercera.– Las presunciones son medios de convicción, cuya existencia puede ser desvirtuada a través de otras pruebas. Incluso, tenemos en el caso a estudio, colisión de presunciones: la de inexistencia de razón de negocios, la de legalidad del acto administrativo, la de inocencia, la de buena fe en favor del contribuyente. La de inocencia es la de mayor jerarquía por estar contemplada en la Constitución Federal, por lo tanto, es la que debe primar sobre el resto.

Cuarta.– Es posible desvirtuar la presunción de inexistencia de la razón de negocios, ya sea acreditar que existe el lucro o que los hechos fueron apreciados y evaluados de forma incorrecta. Lo anterior se puede lograr, de forma principal, con pruebas documentales.

Quinta.– Adaptar la teoría del *contratante débil* es una opción para equilibrar el poderío de cada una de las partes de la relación jurídico-tributaria, además, la normatividad reguladora de las prerrogativas del contribuyente lo permite, a este último le corresponde resaltar los hechos y argumentar para así demostrar más allá de esas dudas que en el lucro existe.

VII. Fuentes de consulta.

Bibliografía

- Campuzano Gallegos, Adriana: *Ley Federal de procedimiento Contencioso Administrativo comentada, análisis doctrinario y jurisprudencial*. Thomson Reuters, México, 2018.
- Díaz de León, Marco Antonio: *Código Federal de Procedimientos Civiles con comentarios*. Indepac, 2ª ed., México, 2012.

- Díaz de León, Marco Antonio: *Tratado Sobre las Pruebas Penales*. Porrúa, 2^a ed., México, 1988.
- Galindo Sifuentes, Ernesto: *La valoración de la Prueba en los Juicios Orales*. Flores, México, 2010.
- López López, José Isauro: *Diccionario Contable, Administrativo y Fiscal*. Cenage Learning. México, 2008.
- Martínez Garnelo, Jesús: *La Prueba Indiciaria, Presuncional o Circunstancia*. Porrúa, 2^a ed., México, 2012.
- Mesta Guerra, José Guadalupe, Paz López, Alejandro: *El Recurso de revocación en Materia Fiscal*. ISEF, México, 2001.
- Pallares, Eduardo: *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Porrúa, México, 1952.
- Pérez Becerril, Alonso: *Presunciones Tributarias en el Derecho Mexicano*. Porrúa, México, 2001.
- Pérez Dayán, Alberto: *Teoría General del acto administrativo*. Porrúa, 4^a ed., México, 2014.
- Reyes Altamirano, Rigoberto: *Código Fiscal de la Federación*. Tax, México, 2015.
- Silva Juárez, Ernesto, *Código Fiscal de la Federación, comentado*. PAC, México, 2008.
- Viesca de la Garza, Eduardo J.: *Código Fiscal de la Federación, texto vigente comentado*. Limusa, México, 2017.

Informáticas

- <http://sjf.scjn.gob.mx>
- <http://www.diputados.gob.mx>
- <http://www.ordenjuridico.gob.mx>

Legislación aplicable

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley Federal de los Derechos del Contribuyente
- Código de Comercio
- Código Fiscal de la Federación
- Reglamento del Código Fiscal de la Federación



Instituto Federal de
Defensoría Pública



Si vives con VIH

Tienes derecho a estudios de carga viral y recuento de linfocitos CD4 para la toma de decisiones respecto a tu tratamiento



La negación o limitación de la prestación de servicios médicos constituye una violación a tus Derechos Humanos.



La Defensoría del pueblo TE APOYA

DEFENSATEL
800 2242426

Normas discriminatorias a 10 años de la reforma en materia de derechos humanos: ¿dos tipologías de paternidad y maternidad a la luz de la legislación civil del Estado de México?

*María Guadalupe Alvarado Watla**
*Miguel Ángel Medrano Larios***

RESUMEN: A lo largo de este trabajo se expondrá un grave problema constitucional que contiene la legislación del Estado de México. En nuestra óptica se quebranta el principio de igualdad y no discriminación. Para mimetizar lo anterior, abordaremos diversas herramientas metodológicas que nos proporcionan la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, pasando por la doctrina desarrollada por Tribunales Regionales de Derechos Humanos y, por último, el estándar que ha brindado nuestra Suprema Corte en normas discriminatorias. La conclusión será en sentido positivo: el artículo 4.136 de la legislación de esa entidad federativa segregó a la población y fabrica dos clases de padre o de madre.

SUMARIO: I. Introducción. II. Exposición del problema. III. Contexto norteamericano. IV. Contexto interamericano. V. Contexto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. VI. Los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

La historia nos ha demostrado que el derecho no siempre ha sido justo, tenemos diferentes ejemplos de normas que segregaban a un cierto grupo de personas. Aunque estas normas eran legales, cierto es que vulneraban los derechos fundamentales como los concebimos actualmente. En algún momento de la historia el racismo fue legal, los nazis crearon normas atendiendo a la supuesta supremacía racial, e incluso, actualmente en el medio oriente existen normas que atentan contra la dignidad de la mujer, o bien, se carece de oportunidades igualitarias para las personas de escasos recursos.

La premisa no es extraña a nuestro contexto, pues a 10 años de la reforma constitucional en materia de derechos, intuimos que aún contamos con normas que resultan discriminatorias para grupos o sectores poblacionales. En efecto, el legislador estatal sigue edificando normas que vulneran la premisa fundamental de igualdad jurídica y no discriminación. Así, veremos a continuación que no es necesario remontarnos a otras latitudes o al siglo XIX, sino que basta dar una mirada a la región metropolitana del país para encontrarnos con un legislador que consagró dos clases o especies de *padres y madres* que, a su vez, otorgan alimentos bajo dos regímenes distintos: proporcional y tasado.

II. Exposición del problema

El derecho mexicano ha resuelto múltiples casos de discriminación normativa que vulneran la cláusula de igualdad del artículo 1º constitucional, o bien, que minan las modulaciones de este derecho fundamental en grupos o casos específicos. La Suprema Corte ha tratado de construir una doctrina firme en el tema de segregación jurídica, empero el control de las legislaturas estatales ha sido una labor complicada. Los problemas que en muchas ocasiones impiden al tribunal

* Servidora Pública del Consejo de la Judicatura Federal. Maestra en Derecho por California Western School of Law, de San Diego.

** Ha sido profesor asociado del Centro de Investigación y Docencia Económicas A.C. (CIDE). Maestro en Derecho por California Western School of Law, de San Diego.



constitucional la resolución o emisión de criterios sobre estos pasajes discriminatorios se hallan en: (i) la construcción del sistema judicial mexicano; (ii) en la vía que los particulares tenemos para someter una pregunta constitucional a debate, o bien, (iii) de la interpretación que hacen tribunales inferiores, dejando a veces subsistentes problemas de legalidad que la Corte no puede conocer.

No se debe minorizar la titánica labor de nuestra Corte por desarrollar el contenido de la reforma de 2011, en particular sobre la igualdad y no discriminación. Así las cosas, la preocupación objeto de este trabajo recae sobre un problema de federalismo, pues el legislador estatal ha sido imposible de contener aún bajo los mandatos y obligaciones que en materia de derechos humanos le irradió la reforma. En efecto, el artículo 1º constitucional constituye un cimiento del ejercicio de los derechos constitucionales y convencionales, pero, a su vez, evolucionó en un modulador o barrera de contención a la cláusula de federalismo, ya que la libertad del legislador estatal se acotó¹ en su forma de regular el estado civil de las personas.

Aún queda legislación de pie, vigente y aplicable día a día en nuestros tribunales ordinarios, que desborda el contenido del Constituyente. En particular, se desentrañará cómo es que el artículo 4.136 del Código Civil del Estado de México vulnera la cláusula de igualdad y no discriminación. El precepto establece lo siguiente:

Artículo 4.136.- El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando al acreedor alimentario una pensión, la cual no será inferior al cuarenta por ciento del sueldo...

En el caso de que la guarda y la custodia de las y los hijos estén al cuidado del cónyuge o concubino, la o el Juez determinará la pensión en proporción a los haberes y posibilidades de ambos

El lector, *ex ante*, podrá apreciar los vicios de constitucionalidad que contiene este precepto. Las partes en que podemos descomponer nuestro diagnóstico son: (a) por regla general la pensión alimenticia no podrá ser menor al 40%; y, (b) la excepción a esto es que la pensión sí se podrá fijar de forma proporcional, siempre y cuando los hijos estén al cuidado del cónyuge o concubino. En nuestra óptica, lo anterior dinamita de forma rampante el contenido de los artículos 1º y 4º constitucionales, así como el canon jurisprudencial esgrimido por nuestra Suprema Corte. Para llegar a esa determinación, fragmentaremos nuestro estudio a través de las herramientas analíticas que nos brindan tres contextos valorativos: (i) la jurisprudencia norteamericana; (ii) los criterios de tribunales regionales en materia de derechos humanos; y, (iii) el *stare decisis* de nuestro máximo tribunal. Veamos:

III. Contexto norteamericano

A. *Dred Scott v. Stanford*

En el año 1857 tuvo lugar el precedente *Dred Scott v. Stanford*.² Los hechos: una persona afroamericana con la calidad legal de esclava en determinado Estado decidió litigar por su libertad en una diversa entidad federativa donde la misma calidad se encontraba prohibida. Su propietario, el señor Stanford, logró anular su libertad. La Corte declaró que aún era esclava en atención a la Constitución, pues esta reconocía que la esclavitud era legal y los derechos y libertades protegidos por su país sólo aplicaban a los ciudadanos. En particular, el artículo III, ya que tal porción establecía que las personas negras y sus descendientes no podían ser ciudada-

¹ Registro digital: 2009405 Instancia: Primera Sala Décima Época Materias(s): Constitucional, Civil Tesis: 1a./J. 45/2015 (10a.) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, página 533 Tipo: Jurisprudencia LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR. ESTÁ LIMITADA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN QUE OPERAN DE MANERA TRANSVERSAL.

² <https://lecturasconstitucionalesuela.juridicas.unam.mx/sentencias-tseu/dred-scott-vs-sanford-1857/> (consultado el 7 de junio de 2021)

nos³ y debido a esto el acceso a la justicia estaba restringida únicamente para los ciudadanos norteamericanos, excluyendo a los esclavos. El razonamiento deviene de un país históricamente racista, y la premisa se dilucidó de la propia norma constitucional en pleno siglo XIX, sirve de constructo de cómo ahora viene a razonar el legislador del Estado de México, obligando a los jueces a aplicar premisas decimonónicas.

B. *Plessy v. Ferguson*

En este caso se construyó la doctrina *separados, pero iguales*.⁴ El discurso de la esclavitud se había dejado atrás, y –aparentemente– ahora todas las personas sin distinción gozaban de las mismas libertades. Sin embargo, en el ejercicio de la vida diaria las personas de color debían mantener su distancia social respecto de las personas blancas. Las personas de color tenían diferentes escuelas, no podían contraer matrimonio con personas blancas e, incluso ni siquiera podían viajar en el mismo transporte; también se llegaba al absurdo de establecer puertas y caminos que segmentaban el paso esta población. Jurídicamente, la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica ya no consagraba la esclavitud, pero no prohibía ni regaba la segregación, cuestión que daba paso a que los Estados promulgaran leyes con normas que segregaban a estos grupos de la sociedad. A manera de ejemplo, en Louisiana se encontraba vigente la Ley de Automóviles Separados que establecía que blancos y negros debían viajar en ferrocarriles separados.⁵ En este contexto surge el precedente antes referido: Plessy aborda un tren que era exclusivo de las personas blancas, lo anterior con el fin de crear conciencia social e impugnar la ley de Louisiana; sin embargo, le pidieron que bajara del tren y al no hacerlo fue arrestado. Plessy alegó que esta ley afectaba las enmiendas 13 y 14.⁶ La pregunta para resolver por la Corte consistía en desentrañar si la ley del Estado de Louisiana violaba la Decimocuarta Enmienda referente a la protección igualitaria. La Corte resolvió que, aunque la esclavitud se había abolido, se había determinado que ninguna raza estaba por encima de la otra y, además, que la Decimocuarta Enmienda protegía la igualdad absoluta entre razas, no estaba prohibida la segregación de éstas.

También se sostuvo que la Constitución era justa al brindarles los mismos derechos, pero no prohibía su separación. En palabras del juez Henry Billings Brown se dijo que: *no había una diferencia significativa en la calidad entre los vagones de ferrocarril blancos y negros*.⁷ En resumen, se determinó que la separación por vagones no podía entenderse como discriminación. De aquí se extrajo el concepto de *ciudadano de segunda clase* que nuestra Corte nacional ha incluido a la hora de desarrollar la prohibición de discriminación.⁸

Un primer bosquejo de una protección igualitaria fue la opinión del juez John Marshall Harlan, pues no compartía la opinión de la mayoría en condenar a Plessy. Él pensaba que Estados Unidos ya no tenía un sistema de castas y, por tanto, todos los ciudadanos sin distinción debían tener la misma⁹ oportunidad de acceder a sus derechos sociales.

C. *Brown v. Board of Education*

Para que pudiera existir un cambio de paradigma en cuanto a las personas de origen afroamericano, debieron pasar más de 50 años. Es hasta este momento que se establece un precedente

³ Dred Scott v. Sandford. Disponible en: <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/60us393> (consultado el 7 de junio de 2021).

⁴ <https://lecturasconstitucionaleseua.juridicas.unam.mx/sentencias-tseu/plessy-vs-ferguson-1896/> (consultado el 7 de junio de 2021).

⁵ Plessy v. Ferguson. Disponible en: <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/163us537> consultado el 7 de junio de 2021).

⁶ *Idem*.

⁷ *Idem*.

⁸ Por ejemplo, en los amparos de matrimonio en Oaxaca, Colima o Sonora analizados en este trabajo

⁹ *Idem*.

que no divide entre clases de personas, por lo menos formalmente. En 1954, la doctrina separados pero iguales llegaría su fin de la mano del juez Earl Warren, aunque por otro lado también sería el comienzo de una sociedad más justa e igualitaria, acercándonos no solo a la igualdad jurídica, sino material.

El estadio factual es el siguiente: en Kansas, Carolina del Sur, Virginia, Delaware y Washington surgieron una serie de casos donde alumnos afroamericanos habían sido rechazados para ingresar a escuelas públicas que se consideraban únicamente de acceso para blancos.¹⁰ Los jóvenes demandaron su derecho a acceder a estas escuelas bajo la protección de la Decimocuarta Enmienda, la cual establece una protección igualitaria para todos los ciudadanos.

Los tribunales locales aplicaron la doctrina de *Plessy v. Ferguson*, y, en consecuencia, decidieron que segregar a las personas por su raza en instituciones públicas no vulneraba la Constitución.¹¹ El caso llegó hasta la Suprema Corte y en el *dictum* se revirtieron las consideraciones de Plessy. Se decidió que no debería existir una separación racial en las escuelas. Esta decisión fue impulsada por el juez *Earl Warren*, quien sostuvo que *un sistema con escuelas separadas es intrínsecamente desigualitario*,¹² concluyendo así que existía una violación a la Decimocuarta Enmienda.

El fallo no es menor, pues este precedente ha sido el eslabón de la jurisprudencia norteamericana en el tema. El resto de los fallos que componen la doctrina norteamericana en igualdad normativa se alimentan de este precedente, tales como *Reed v Reed*, 404 US.71 (1971) sobre discriminación en género; *United States vs. Virginia*, 518 US. 515 (1996), también sobre género; o *Romer vs. Evans*, 517 US. 620 (1996), donde la discriminación ocurrió por motivos de orientación sexual.

Debemos recordar que este precedente se estableció después de la Segunda Guerra Mundial, la cual tuvo su origen en otra segregación racial hasta llegar al exterminio. En ese momento, el mundo atravesaba por una serie de cambios paradigmáticos en respuesta a una de las peores atrocidades de la humanidad. Pues incluso, el derecho penal alemán se modificó para que pudiera ser consistente con el pensamiento dominante en su país, a pesar de que fuera normatividad totalmente contraria a la dignidad humana, era normatividad vigente, mas no justa. Durante este momento histórico el creador de la teoría finalista del derecho penal, Hans Welzel, sostuvo que el derecho penal debía cumplir con una función formadora de moralidad la cual tenía que ser determinada por la lealtad al pueblo alemán, lealtad a Hitler y al Estado.¹³ Edmund Mezger, penalista que fue partidario del régimen nacionalsocialista, siendo incluso Canciller de Adolf Hitler,¹⁴ sostuvo que la pena debía funcionar como exterminio de los elementos dañinos del pueblo y la raza.¹⁵ De allí, la panacea que representó el fallo de Warren.

D. Aplicación al caso concreto

Ahora bien, respecto la doctrina que se ha desarrollado en Estados Unidos, de la cual hemos revisado los precedentes más relevantes en el tema, aplicando tal a la situación en concreto se tiene que: si el legislador prevé un beneficio sólo para cierto grupo de personas y no considera a los que quedan fuera de ella, está optando por aplicar un estándar normativo similar a *separados*,

¹⁰ Brown v. Board of Education of Topeka. Disponible en: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>. (consultado el 9 de junio de 2021)

¹¹ Ídem.

¹² Disponible en: <https://lecturasconstitucionaleseua.juridicas.unam.mx/sentencias-tseu/brown-vs-board-of-education-of-topeka-1954/> (consultado el 7 de junio de 2021).

¹³ Zepeda Quintino, R.: Los Príncipes...cit, p. 226.

¹⁴ *Ibidem*, p. 203.

¹⁵ *Ibidem*, p. 204.

pero iguales. Al igual que las enmiendas de la Constitución de Estados Unidos, nuestro país protege en su artículo primero cualquier tipo de discriminación o trato desigual.

La doctrina *separados pero iguales* no tiene cabida desde el razonamiento realizado en *Brown v. Board of Education*, pues éste fue el punto de partida para atender los problemas que existían al creer que una raza estaba por encima de otra. En el caso en concreto, si bien el artículo 4.136 no conmina a una segmentación por raza, lo cierto es que sí tenemos dos regímenes distintos para ciertos grupos de personas, los que están casados o unidos legalmente en concubinato y aquellos que sólo son *padres o madres*. Para los primeros hay una forma de proporcionar alimentos y, para los segundos, una metodología traducida en desventaja. El legislador está segregando por situación específica respecto al estado civil de las personas, una situación que debe elegir cada persona libremente y la ley no debe hacer diferencias respecto a esta elección. Al final no existe una razón justificada para que el legislador aplique esta discriminación.

IV. Contexto Interamericano

A. Sustento internacional

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos parte de que todas las personas son iguales sin importar raza, sexo, religión y cualquier otro factor que pueda ser motivo de vulnerar los derechos de igualdad y no discriminación.

Por su parte, la Organización de Estados Americanos ha defendido que un sistema democrático debe tener como base el derecho a la no discriminación.¹⁶ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos se crearon bajo el estándar de que *todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos*. De manera general podemos afirmar que en el ámbito internacional no podemos hablar de segregación de personas, de clases de personas y mucho menos de beneficios exclusivo para cierto grupo.

El concepto de discriminación que nos brinda la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹⁷ enuncia una serie de condiciones que podrían dar paso a un trato desigual, pero esta lista no es limitativa al establecer que podrá recaer en cualquier condición social que tenga como fin el anular el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho.

B. Caso de la Corte Interamericana: *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*

De manera específica la Corte estableció en el caso Apitz Barbera que existió un trato desigual sin razón justificada para tres¹⁸ de los cinco magistrados involucrados, pues consideró que el Estado de Venezuela fue discriminatorio al aplicar una medida de sanción sobre la destitución de manera desigual por la comisión de un error judicial inexcusable, toda vez que esta consecuencia no fue aplicada a las magistradas Marrero y Morales,¹⁹ aun cuando ellas también aprobaron por unanimidad la sentencia que dio paso al error, la fundamentación de la autoridad que emitió la sanciones fue que estas magistradas cumplían los requisitos para la jubilación. La Corte resolvió que la jubilación era totalmente ajena al procedimiento disciplinario: *se constata que los cinco jueces tenían un grado idéntico de responsabilidad disciplinaria, y el hecho de que algunos de ellos cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtuó en sentido alguno dicha constatación.*²⁰

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Compendio...cit, p.1. Disponible: en <https://www.incmnsz.mx/2019/Trabajadores/Compendio-Igualdad-No-Discriminacion.pdf>

¹⁷ "...toda distinción exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas..."

¹⁸ Apitz, Rocha y Ruggerri son los Magistrados.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) p. 60.

²⁰ *Ibidem*, p. 70.

En los puntos resolutivos de la Corte, se estableció también que el Estado no otorgó un tribunal imparcial para los tres magistrados que acudieron a la Corte, esto deriva en un trato desigual y en sanciones desiguales. En atención a esto señaló que el Estado debía reintegrar a los tres ex magistrados al Poder Judicial.²¹

C. Aplicación al caso concreto

En el caso que nos ocupa, el legislador fue injusto con las personas que se encuentran fuera de la situación normativa que contiene el beneficio, respecto de fijar la pensión en proporción y no quedarse únicamente con el cuarenta por ciento. Desde la perspectiva internacional, tenemos que todos los ciudadanos que estén dentro del ámbito de competencia del Código Civil del Estado de México son iguales, y deben gozar de los mismos derechos, no debe existir ninguna circunstancia que derive en una forma de discriminación. Así también, si no existe alguna razón para diferenciar regímenes el legislador no debe hacerlo. En este punto, es claro que el legislador del Estado de México está contraviniendo la normativa internacional, ya que está discriminando a todas luces; y está dando un trato desigual a las personas fuera del concubinato y del matrimonio.

V. Contexto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Como hemos mencionado, en Europa se dio el genocidio más grande en la historia de la humanidad, corrompiendo juristas de la talla de Welzel y Mezger quienes compartieron en algún momento los ideales del partido nacionalsocialista. Un ejemplo claro de discriminación y afectación de la dignidad humana. Ahora bien, el Tribunal Europeo ha centrado sus esfuerzos para la correcta aplicación de las normas que protegen los derechos humanos, en especial el derecho a la no discriminación.²² En su jurisprudencia tenemos diferentes casos donde se ha alegado discriminación. En el caso *Burden vs. Reino Unido* de 2008 tenemos un ejemplo de discriminación directa,²³ pues se trató de normas que establecen una segregación expresa. En el caso *D.H. y otros contra República Checa* de 2007 tenemos un ejemplo de discriminación indirecta,²⁴ pues se examinaron normas que lo hicieron de forma tácita.

A. Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido

Este caso es uno de los más ilustrativos para nuestros propósitos. En concreto, en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, la infracción se centra en que el Estado permitía a los hombres inmigrantes –que trabajan legalmente en el país– a traer a sus esposas con ellos y, en contraste, no se los permitía a la mujeres traer a sus esposos de igual forma.²⁵ Aquí podemos apreciar una discriminación normativa, por el sólo hecho pertenecer a un género en particular. La importancia del precedente no es menor, pues se trató de la primera vez que el Tribunal Europeo se pronunció detalladamente sobre discriminación basada en el sexo.²⁶ En específico, fijó un estándar alto para justificar la diferenciación de situaciones basadas únicamente en el género. Estándar que se utilizaría en casos posteriores en cuanto a este mismo tipo de discriminación.

B. Emel Boyraz v. Turquía

Otro ejemplo de protección al principio de no discriminación y trato desigual por parte del Tribunal Europeo, lo constituye el caso Emel Boyraz contra Turquía de 2014, donde una mujer acudió al tribunal

²¹ *Ibidem*, p. 72.

²² European Union Agency for Fundamental Rights: Manual de..., p. 3.

²³ *Ibidem*, p. 288.

²⁴ *Ibidem*, p. 289.

²⁵ Carmona Cuenca, E.: Los Principales...cit., p. 7.

²⁶ *Idem*.

derivado de que una empresa de seguridad pública no quería darle el puesto de agente de seguridad, y bajo el pretexto de que no era hombre y que tampoco había realizado el servicio militar.²⁷ El tribunal concluyó que este trato desigual contravenía el artículo 14, en relación con el 8, del Convenio Europeo de Derecho Humanos y, por tanto, no había una causa justificada para la diferencia de trato.²⁸

C. Vrountou vs. Chipre

En 2015 se resolvió el caso Vrountou contra Chipre, los hechos del caso fueron los siguientes: la normativa chipriota brindó a los hijos de varones refugiados todas las prestaciones sociales reconocidas para las personas con calidad de refugiados, pero no extendió este mismo beneficio a los hijos de mujeres refugiadas.²⁹ El tribunal decidió que la normatividad de Chipre está realizando una discriminación por género, puesto que las tradiciones sociales no son causa suficientes para dar trato diferente a mujeres y hombres.

D. Aplicación al caso en concreto.

Así las cosas, respecto al Tribunal Europeo tenemos diversos ejemplos donde se ha resuelto a favor de los derechos fundamentales de los demandantes. El Tribunal Europeo con base en el Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene claras las líneas que no deben cruzarse en cuanto a igualdad y no discriminación. Analizando el precepto mexicano, tenemos que no hay razón justificada para hacer un régimen diferenciado de personas que se encuentra en distintos estados civiles. Como lo establece el Tribunal Europeo en el caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, el estándar para determinar que existe una causa justificada para dar un trato desigual debe ser muy alto, con el fin de evitar vulnerar derechos fundamentales.

VI. Los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El principio de igualdad se encuentra plasmado en el texto fundamental desde su génesis. No obstante, la interpretación judicial ha modificado los alcances y aplicación concreta de este principio. La reforma en materia de derechos humanos imprimió un avance importante a la labor del máximo tribunal constitucional. La evolución del mandato de no discriminación y principio de igualdad han tenido aplicaciones y modulaciones metodológicas diversas a lo largo del *stare decisis* de nuestra Corte. Al respecto, tratará de exponerse la cadena evolutiva del principio.

A. Una síntesis del concepto

El derecho a la igualdad se bifurca en formal o normativa y en sustantiva. La primera de ellas se entiende como igualdad jurídica, mientras que la parte sustantiva se traduce en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas.³⁰ La igualdad jurídica contiene, a su vez, dos vertientes de aplicación: por un lado, las autoridades deben aplicar las normas jurídicas de forma uniforme a todas las personas que se hallen en una misma situación y, por el otro, que el legislador confeccione y dote de contenido a la norma jurídica evitando diferenciaciones o clasificaciones que no cuenten con justificación constitucional.³¹ Esta premisa ge-

²⁷ *Ibidem*, p. 8.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 9.

³⁰ Registro digital: 2015678 Instancia: Primera Sala Décima Época Materias(s): Constitucional Tesis: 1a./J. 126/2017 (10a.) Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo I, página 119 Tipo: Jurisprudencia DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES.

³¹ Registro digital: 2015679 Instancia: Primera Sala Décima Época Materias(s): Constitucional Tesis: 1a./J. 125/2017 (10a.) Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo I, página 121 Tipo: Jurisprudencia DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. RECONOCIMIENTO DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO.

neral se complementa a través de mandatos específicos del principio de igualdad, como el caso de igualdad entre varón y mujer (art. 4°) o derechos de pueblos indígenas (art. 2°). En lo que nos interesa, se verá que el artículo 4.136 afrenta la vertiente de igualdad para examen en la parte normativa.

B. Metodología de análisis desplegada por la SCJN

a) Precedentes sobre categoría sospechosa previos a la reforma

La Suprema Corte en el momento previo a la reforma había realizado una importante labor interpretativa respecto de las categorías sospechosas,³² es decir, aquellas circunstancias contempladas en el artículo 1° constitucional como conectores a la prohibición de discriminación. A guisa: el legislador y las autoridades no pueden discriminar a nadie por razones de origen étnico, género, edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, etc. En particular, el legislador podía regular clasificaciones normativas, empero el escrutinio con que debía realizarlo debía ser particularmente cuidadoso y a la luz de la garantía de igualdad. El mismo deber en sus funciones irradiaba al juez constitucional.

b. Acción de inconstitucionalidad 2/2010

La Corte abordó si, a la luz de la Constitución General, las normas del Código Civil del Distrito Federal eran consonantes con la misma, al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Es decir, aquí la pregunta que se abordó era si una norma que contenía esta permisión encontraba justificación desde el texto constitucional. La conclusión fue que sí, pues no se vulneraba el concepto de familia del artículo 4° constitucional.

c. Amparo en revisión 416/2010

Este amparo en revisión es fundamental para la metodología de no discriminación que ha desplegado la doctrina constitucional. En efecto, la premisa destacada en este asunto fue que, en aquellos casos donde un régimen jurídico tácitamente excluye de su ámbito de aplicación a un determinado grupo, no debe desestimarse el planteamiento de violación a la garantía de igualdad bajo la consideración de que el tema involucra un problema de omisión legislativa.³³ Nótese que la palabra usada es *garantía*, pues este *dictum acaeció* previo a la reforma de 2011 que aquí se diserta, empero estos precedentes nos ayudan a calibrar la dirección que ha encauzado la interpretación legislativa y jurisdiccional. La herramienta analítica que se desprendió de este precedente consiste en que: la justicia constitucional deberá abordar el estudio bajo la óptica de igualdad cuando un cierto grupo quede excluido del beneficio o regulación de una norma.

³² Registro digital: 169877, Instancia: Primera Sala, Novena Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 37/2008, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, Abril de 2008, página 175 Tipo: Jurisprudencia, IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

También véase Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, agosto de 2011, página 5, tesis P./J. 28/2011, jurisprudencia, materia constitucional, ESCRUTINIO DE IGUALDAD Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL ORIENTADO A DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RELACIÓN.

Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, junio de 2008, página 440, tesis 2a. LXXXIV/2008, tesis aislada, materia constitucional, IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA

Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD.

³³ Este criterio dio lugar a la tesis aislada de rubro: IGUALDAD. DEBE ESTUDIARSE EN EL JUICIO DE AMPARO EL CUMPLIMIENTO A DICHA GARANTÍA SI SE ADVIERTE QUE LA NORMA GENERA UN TRATO DESIGUAL POR EXCLUSIÓN TÁCITA.

d. Amparo en revisión 581/2012

La Corte entró a analizar el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca. La norma contemplaba como matrimonio el acto jurídico celebrado entre hombre y mujer.³⁴ El análisis de la Corte determinó lo siguiente: (a) la norma distinguía implícitamente entre parejas del mismo sexo y aquellas de diverso; (b) una persona homosexual sólo podía acceder al mismo derecho que una heterosexual si negaba o minaba su orientación sexual; (c) la distinción de la norma tenía sustento en una categoría sospechosa, toda vez que la distinción que traza para determinar quiénes podían hacer efectivo el derecho de la norma tiene como sustrato las preferencias sexuales de las personas; (d) la segregación del artículo 143 no se hallaba estrechamente conectada con el mandato constitucional de protección a la familia; (e) la medida era sobreinclusiva, pues además agregaba la finalidad de procreación, cuando en el marco y desarrollo de la familia (como base de la sociedad) se puede conformar por otras vías.

e. Amparo en revisión 1618/2013³⁵

En este amparo se analizó la constitucionalidad del artículo 4.228, fracción II, inciso a) del Código Civil del Estado de México. Esta norma finca que la guarda y custodia de los menores hijos se privilegiará a la madre, pero debe analizarse la situación benéfica o perjuicio de los niños.³⁶ En ese caso, la guarda y custodia se concedió al padre de los menores, debido a que la madre se encontraba en una situación médica complicada y, además, el status económico del padre era superior. Es decir, el precepto privilegia a la madre, pero los tribunales utilizaron categorías sospechosas (situación de salud y estado económico) para entregar al padre la guarda y custodia. Las medidas se consideraron constitucionales, pues la premisa constitucional de análisis lo era el interés superior del menor. Para ello, la Corte se nutrió, principalmente, del análisis del Caso *Atala Riffó* de Corte Interamericana. En suma, al privilegiarse la disminución del riesgo para la infancia, entonces el uso de esas categorías (trato diferenciado y pérdida de guarda y custodia con motivo de circunstancias) no eran discriminatorias.³⁷

f. Amparo en revisión 263/2014

En este amparo se impugnó el artículo 40 y 165 del Código Civil de Sonora, que tienen como efecto excluir a las parejas homosexuales de las relaciones de matrimonio y concubinato. Es decir, que únicamente se construyó a partir de la permisión a parejas heterosexuales. Aquí surge una cuestión interpretativa novedosa: pues para recurrir la norma basta que, en abstracto, y en forma estigmatizadora y discriminatoria la norma haga llegar un mensaje al posible destinatario, es decir, no se requiere acto de aplicación. Los argumentos de fondo giraron en torno a la argumentación ya esgrimida en el caso de Oaxaca.

³⁴ Artículo 143. El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida...

³⁵ Se originó: Registro digital: 2006790Instancia: Primera Sala Décima Época Materias(s): Constitucional, Civil Tesis: 1a./J. 52/2014 (10a.) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, página 215 Tipo: Jurisprudencia GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL.

³⁶ “Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones: I. Los que ejerzan la patria potestad convendrán quién de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor. II. Si no llegan a ningún acuerdo: a) Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor.”

³⁷ Véase la página 10...Si por el contrario se demuestra tal situación de riesgo, entonces deberá privilegiarse al interés superior del niño frente a la diferencia de trato (pérdida de la guarda y custodia con motivo de dichas circunstancias), la cual, en tanto se encontraría justificada, no sería discriminatoria

g. Amparo en revisión 704/2014

A manera de corolario, en este amparo la Corte examinó la Constitución local de Colima, pues el artículo 147 afectaba al quejoso porque definía que el matrimonio se llevaba a cabo entre *un solo hombre y una sola mujer* y lo relegaba a una figura definida como *enlace conyugal* entre personas del mismo sexo. Los derechos y facultades eran dispares. Básicamente la Corte arrastró el análisis que se venía haciendo desde el caso de Oaxaca, empero aquí no llevó a cabo una interpretación conforme, sino que declaró inconstitucional el artículo del texto fundamental local.

h. El caso de la Ley del Seguro Social

La Segunda Sala ha abordado también una de las facetas de la no discriminación, en el caso particular del viudo o concubinario, que realizaba la Ley de Seguro Social. En efecto, el artículo 130 y otros pasajes de la legislación obligaban al varón a demostrar un estándar de dependencia que no se exigía en el caso de las viudas o concubinarias. A seguimiento: la ley utilizaba diferenciadores en base al género y situación económica. La Corte lo declaró inconstitucional.³⁸

i. Metodología en particular

Lo anterior, derivó en que la Corte³⁹ desarrollara un análisis para diseccionar los actos y preceptos normativos que directa o indirectamente (por resultado), o de forma tácita, sean discriminatorios, a saber:

- i. Proporcionar un parámetro de comparación de dos situaciones que pueda contrastarse, o bien, si se revisten divergencias trascendentales; y
- ii. Si estas distinciones de trato son admisibles o legítimas, aplicando escrutinio estricto (justificando la rigurosa necesidad) u ordinario (se justifica la instrumentalidad de fin constitucional).
- iii. Los elementos de análisis para la discriminación indirecta son⁴⁰: 1) una norma, criterio o práctica aparentemente neutral; 2) que afecta negativamente de forma desproporcionada a un grupo social; y 3) en comparación con otros que se ubiquen en una situación análoga o notablemente similar.

C. Aplicación al caso concreto

1. El artículo 4.136 del Código Civil para el Estado de México segregó a dos grupos definidos del estado civil: concubinato y matrimonio, respecto de aquellos padres con calidad de *soltero* o en otro constructo familiar, como los adoptantes o los convivientes. La segregación no es directa, sino tácita, pues requiere de este

2. El razonamiento es: si yo no me casé o no constituyí concubinato, pero tengo un hijo y se me condena a alimentos, entonces se me fijará el 40%, en contraste con el criterio de proporcionalidad que se aplica a los esposos o concubinos.

³⁸ Registro digital: 166338 Instancia: Segunda Sala Novena Época Materias(s): Constitucional, Laboral Tesis: 2a./J. 132/2009 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Septiembre de 2009, página 643 Tipo: Jurisprudencia PENSIÓN POR VIUDEZ. EL ACREDITAMIENTO DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA RESPECTO DE LA TRABAJADORA ASEGUROADA FALLECIDA A QUE CONDICIONA EL ARTÍCULO 130, PÁRRAGO SEGUNDO, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL PARA SU OTORGAMIENTO, SE ESTABLECIÓ TANTO PARA EL VIUDO COMO PARA EL CONCUBINARIO, SIN EMBARGO TAL CONDICIONANTE HA SIDO DECLARADA INCONSTITUCIONAL POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

³⁹ Registro digital: 2017423 Instancia: Primera Sala Décima Época Materias(s): Constitucional Tesis: 1a./J. 44/2018 (10a.) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 56, Julio de 2018, Tomo I, página 171, Tipo: Jurisprudencia DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN. METODOLOGÍA PARA EL ESTUDIO DE CASOS QUE INVOLUCREN LA POSIBLE EXISTENCIA DE UN TRATAMIENTO NORMATIVO DIFERENCIADO.

⁴⁰ Registro digital: 2015597 Instancia: Primera Sala Décima Época Materias(s): Constitucional Tesis: 1a./J. 100/2017 (10a.) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo I, página 225 Tipo: Jurisprudencia DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O POR RESULTADOS. ELEMENTOS QUE LA CONFIGURAN.

3. La norma cae en la categoría sospechosa sobre el estado civil.

4. Los casos de matrimonio de Oaxaca, Sonora y Colima no encontraron asidero constitucional bajo las cardinales de la igualdad y el desarrollo familiar. No hay sustento para discriminar a quien no celebró matrimonio o concubinato e imponerle una carga gravosa sin sentido a quienes tuvieron un hijo fuera de estos cauces. Dicho sea de paso, mina el libre desarrollo de la personalidad, pues procrear un hijo, hoy no equivale a casarse o a unirse en concubinato.

5. En el caso del artículo 4.228 del Estado de México, se consideró que el interés superior del menor era fin constitucionalmente válido para permitir ciertos diferenciadores en la norma. En contraste, no podemos apreciar cómo es que la bifurcación de dos formas de proporcionar alimentos representa un beneficio o protección para el menor. Al contrario, mina la correcta interpretación judicial de los binomios necesidad-proporcionalidad.

6. ¿Qué fin persiguió la norma?, es decir, a la luz del artículo 4° constitucional no hay sustento para sostener dos clases de padres distintos para un menor: los casados y concubinos; y por otro lado, los solteros.

7. La norma tampoco se justifica bajo la óptica de dos sistemas de proporción de alimentos. Esto no es un beneficio o reductor del riesgo de los menores.

8. Como estigmatización, el mensaje de la norma instiga a aquellos solteros que deseen tener hijos, pues obtendré un beneficio si me caso o me concubino, en la forma de proporcionar los alimentos.

9. A guisa comparativa: el Pleno de la Corte ha resuelto⁴¹ en el caso de la sociedad en convivencia, cómo es que al prohibírselas a estas personas entrar al régimen de adopción se vulneraba la cláusula de igualdad y no discriminación, ya que en contraste con otros estados civiles (concubinato y matrimonio) las parejas –y también personas solteras– bajo este régimen no pueden ejercer los derechos inherentes a la familia del 4° constitucional. Por analogía, esto es aplicable al caso de marras, pues la norma priva los padres solteros –y también a los menores– de una resolución justa que sea proporcional a la necesidad alimentaria. Es cierto que el artículo *per se* contiene una medida sobreinclusiva al tasarlos a 40%, pero aquí se esboza por ahora lo relativo a la discriminación jurídica.

VII. Conclusiones

1. Las herramientas judiciales expuestas con antelación nos brindaron luz paso a paso sobre cómo la norma expuesta deviene en una afrenta directa a la igualdad jurídica, y que no existe alguna vía interpretativa que justifique la segregación entre padres esposos y concubinos en relación con aquellos solteros. En suma, la norma fabrica dos tipos de padres y madres, así como dos formas de entregar alimentos.

2. Actualmente, la tasa de matrimonios ha bajado considerablemente, en el año 2019 únicamente se celebraron 504,923, en contraste en el año 2000 se celebraban más de 700,000 matrimonios.⁴² En nuestro país existen diversas parejas que no han decidido casarse o formalizar un concubinato, pero han decidido formar lazos afectivos y procrear hijos. Este sector poblacional es el que, potencialmente, podrá ser afectado por normas de este calado. Sin duda, se trata de una norma que mina el desarrollo de la personalidad de los sujetos directrices.

⁴¹ Registro digital: 2012586 Instancia: Pleno Décima Época Materias(s): Constitucional Tesis: P.J. 14/2016 (10a.) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, página 5 Tipo: Jurisprudencia ADOPCIÓN. EL ARTÍCULO 19 DE LA LEY REGULATORIA DE SOCIEDADES CIVILES DE CONVIVENCIA DEL ESTADO DE CAMPECHE VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Véase Registro digital: 2012588 Instancia: Pleno Décima Época Materias(s): Constitucional Tesis: P.J. 13/2016 (10a.) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, página 7 Tipo: Jurisprudencia ADOPCIÓN. LA PROHIBICIÓN A LOS CONVIVIENTES DE SER CONSIDERADOS COMO ADOPTANTES ES INCONSTITUCIONAL.

⁴² <https://inegi.org.mx/temas/estructura/> (consultado el 13 de junio de 2021)

3. Otro factor sumamente importante para considerar es que: en diversas partes del país el matrimonio igualitario aun es un tabú, pues cambia la concepción de este dependiendo del Estado donde te encuentres, y aunque este tema siempre está sujeto a discusión, lo cierto es que generar normas como el artículo 4.136 del Estado de México envía mensajes a la población que impide modificar una visión progresista de los derechos humanos.

4. La norma tácitamente no sólo discrimina a personas solteras, sino que genera un resquebrajamiento del concepto familia y, en cadena, destruye derechos de la infancia. El régimen afectará a personas heterosexuales que procreen hijos y no se casen o tengan concubinato; personas homosexuales que decidan adoptar y que tampoco contraigan matrimonio o concubinato; a los convivientes, a padres o madres solteros y, en general, cualquier persona que no sea esposo o concubino y tenga una relación paternofilial o de adopción con los hijos. La otra consecuencia normativa es que habrá menores con padres cónyuges o concubinos que reciban alimentos de determinada forma y aquellos con padres solteros con otro porcentaje y condiciones de recepción, sin atender a la necesidad y proporcionalidad.

VIII. Bibliografía

Libros, revistas y compendios

- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, Manual de legislación europea contra la discriminación, edición de 2018.
- Carmona Cuenca, Edmundo. “Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género” *Teoría Y Realidad Constitucional*, núm., año 2019, pp. 311–334.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Compendio sobre la igualdad y no discriminación: estándares interamericanos*, serie L/V/II.171, núm. 31, 12 de febrero de 2019.
- Zepeda Quintino, Rubén: *Los Príncipes del derecho penal*, ArQuinza, México, 2018.

Fuentes electrónicas

- <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/60us393>
- <https://lecturasconstitucionaleseua.juridicas.unam.mx/sentencias-tseu/plessy-vs-ferguson-1896/>
- <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/163us537>
- <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>
- <https://lecturasconstitucionaleseua.juridicas.unam.mx/sentencias-tseu/brown-vs-board-of-education-of-topeka-1954/>
- <https://inegi.org.mx/temas/estructura/>
-

Sentencias de la Corte Interamericana

- Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

Precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

- Acción de Inconstitucionalidad 2/2010
- Amparo en Revisión 416/2010
- Amparo en Revisión 581/2012
- Amparo en Revisión 1618/2013
- Amparo en Revisión 263/2014
- Amparo en Revisión 704/2014
- Tesis: 1a./J. 126/2017 (10a.)
- Tesis: 1a./J. 125/2017 (10a.)
- Tesis: 1a./J. 37/2008
- Tesis P./J. 28/2011
- Tesis 2a. LXXXIV/2008
- Tesis: 2a./J. 132/2009
- Tesis: 1a./J. 44/2018 (10a.)
- Tesis: 1a./J. 100/2017 (10a.)

La suplencia de la queja deficiente en materia laboral. Su interpretación conforme con el principio de igualdad y no discriminación

*Yussef Francisco Flores Ramírez**

RESUMEN: El principio de suplencia de la queja deficiente en materia laboral, implica un trato diferenciado a una de las partes del proceso jurisdiccional, lo cual, genera una tensión con la exigencia de equilibrio e igualdad de trato que debe regir en los procesos; de ahí que, en este trabajo se plantea una interpretación que intenta superar tal condición y lograr un trato igualitario entre las partes sin desconocer la desigualdad económica que puede existir entre la parte obrera y la patronal.

SUMARIO: I. Introducción. II. Suplencia de la queja deficiente. III. Principio de igualdad y no discriminación. IV. Propuesta de interpretación de la suplencia de la queja en materia laboral, conforme con el principio de igualdad y no discriminación. V. Conclusiones. VI. Fuentes de Consulta.

I. Introducción

El presente trabajo tiene como punto de partida la noción del principio de suplencia de la queja deficiente aplicable en el procedimiento laboral, para enseguida examinar las razones que han justificado su implementación y los fines que se le asigna cumplir.

Teniendo en cuenta lo anterior, después se examina el contenido del principio de igualdad y no discriminación –integrado normativamente en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹ (CPEUM) y del de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)²–, a la luz de la interpretación de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Finalmente, mediante un ejercicio interpretativo del principio de igualdad y no discriminación, en relación con el principio de suplencia de la queja deficiente, se mostrarán las interacciones entre ambos principios y, se planteará la manera en que se estima, deben relacionarse y comprenderse uno y otro principio, a efecto de armonizarlos y hacerlos compatibles con el pleno ejercicio de los derechos de ambas partes en el proceso laboral.

II. Suplencia de la queja deficiente

A. Su noción

El principio de suplencia de la queja deficiente encuentra su nacimiento y desarrollo en el ámbito del juicio de amparo.³

Citado por Ruiz Torres, Juventino Castro y Castro, uno de los tratadistas mexicanos que con más ahínco dirigió sus esfuerzos para definir el contenido de la figura procesal de la suplencia de la queja, la conceptualizó del siguiente modo:

* Abogado postulante.

¹ Adoptado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 14 de agosto de 2001, en la Carta Constitucional Mexicana, como concepto genérico que prohíbe toda discriminación por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

² Previsto en el ámbito interamericano en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, ratificada por la Cámara de Senadores el 18 de diciembre de 1980 y publicada en el DOF el 9 de enero de 1981.

³ Al respecto puede consultarse, entre otros: Ruiz Torres, Humberto, “Génesis, desarrollo y ocasión de la suplencia de la queja.”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinadores), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. II. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3066/14.pdf> (Consultado el 27 de noviembre de 2020).



La suplencia de la queja deficiente es una institución procesal constitucional de carácter protecciónista y antiformalista y aplicación discrecional, que integra las omisiones, parciales o totales, de la demanda de amparo presentada a favor del quejoso, siempre a favor y nunca en perjuicio de éste, con las limitaciones y bajo los requisitos señalados por las disposiciones conducentes.⁴

Desde un aspecto gramatical, se desprende que, *[...] la idea de deficiencia tiene dos acepciones: la de falta de algo y la de imperfección.⁵* Por otra parte *el verbo suplir significa completar o integrar lo que falta de una cosa, o remediar la carencia de ella, en este caso, lo que se suple, completa o integra es la propia queja.⁶*

Así pues, al hablar de suplencia de la queja deficiente, se puede desprender una doble noción, por un lado, la que implica satisfacer lo omitido por el promovente en la demanda (ausencia total); y, por otro, perfeccionar lo incompleto de lo planteado en la demanda (integrar parcialmente lo faltante).

En tratándose del procedimiento laboral, la suplencia de la queja deficiente se contempla en el tercer párrafo del artículo 685 de la Ley Federal del Trabajo, como se verá más adelante.

B. Su justificación

Ahora bien, en el caso de la suplencia de la queja deficiente en materia laboral, ha sido admitido por

(...) la Segunda Sala de nuestro Máximo Tribunal (...) que son dos las causas que justifican la aplicación del principio de estricto derecho en los amparos promovidos por el patrón y, en consecuencia, la suplencia de la deficiencia de la queja a favor de la parte trabajadora; a saber, la desigualdad procesal de las partes y la necesidad de proteger ciertos bienes básicos. La desigualdad procesal deriva de tres aspectos:

- a) El artículo 123 constitucional y la Ley Federal del Trabajo regulan las relaciones laborales como un derecho de clases.*
- b) La mayor posibilidad económica del patrón, que le permite tener a su alcance a un mejor abogado, lo cual no ocurre con el trabajador; así, en la práctica en muchas ocasiones el trabajador prefiere llegar a un arreglo con el patrón, que no siempre le es favorable, queirse a juicio; y*
- c) Al tener el patrón el control o la administración de la empresa, tiene mayores posibilidades de allegarse elementos probatorios para el juicio.⁷*

⁴ Castro, Juventino V. citado por Ruiz Torres, Humberto, "Génesis, desarrollo y ocaso de la suplencia de la queja.", *Op. Cit.*, p. 358. En un sentido semejante, pero en la obra *Garantías y amparo* -publicada con anterioridad a la que cita Ruiz Torres-, se pronuncia Castro y Castro sobre el concepto de la suplencia de la queja deficiente: "un acto jurisdiccional dentro del proceso de amparo, de eminente carácter protecciónista y antiformalista, cuyo objeto es integrar dentro de la litis las omisiones cometidas en las demandas de amparo, para ser tomadas en cuenta al momento de sentenciar, siempre a favor del quejoso y nunca en su perjuicio, con las limitaciones y requisitos constitucionales conducentes", citado por Meza Fonseca, Emma, "La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, *El juicio de amparo en el centenario de la constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2017, t. I, p. 432. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/28.pdf> (consultado el 30 de noviembre de 2020).

⁵ Tena Suck, Rafael y Morales, Hugo Ítalo, *Derecho Procesal del Trabajo. Teoría Integral*, 7^a ed. México, Trillas, 2014, p. 24. Cfr. López Ramos, Neófito "Suplencia de la Queja en Materia Civil", en Pérez Daza, Alfonso (coord.) *El principio de estricto derecho*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2017, p. 91: "En su sentido gramatical, 'suplir' es completar, subsanar, añadir, porque suplir tiene su origen en el latín supplere. Añadir, complementarlo, que falta en una cosa, remediar la carencia de ella; mientras que suplencia es el acto por el cual se realiza la acción de completar o añadir; de este modo, suplencia es la acción y efecto de suplir a una persona otra." Disponible en: [https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/EI%20Principio%20de%20Estricto/EI%20principio%20de%20estricto%20derecho%20\(versi%C3%B3n%20descargable\).pdf](https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/EI%20Principio%20de%20Estricto/EI%20principio%20de%20estricto%20derecho%20(versi%C3%B3n%20descargable).pdf) (Consultado el 25 de noviembre de 2020).

⁶ Muñoz Alvarado, Froylán, "La nueva suplencia en el juicio de amparo: de la regla al principio.", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Número 41, México: Instituto de la Judicatura Federal, 2016, p. 34. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/31563> (consultado el 28 de noviembre de 2020).

⁷ Herrera Perea, Noé, "El principio de estricto derecho en materia laboral", en Pérez Daza, Alfonso (coord.) *El principio de estricto derecho*, *Op. Cit.*, pp. 105-106. Disponible en: [https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/EI%20Principio%20de%20Estricto/EI%20principio%20de%20estricto%20derecho%20\(versi%C3%B3n%20descargable\).pdf](https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/EI%20Principio%20de%20Estricto/EI%20principio%20de%20estricto%20derecho%20(versi%C3%B3n%20descargable).pdf) (consultado el 27 de noviembre de 2020).

Sobre los postulados de debilidad económica y social, antes indicados, se ha construido la justificación de la aplicación de la suplencia de la queja deficiente en materia procesal laboral.

III. Principio de igualdad y no discriminación

Al principio procesal de suplencia de la queja subyace el principio de igualdad, puesto que se reconoce una situación de desigualdad entre las partes del proceso laboral y, por medio de determinados mecanismos como la suplencia de la queja deficiente, se aspira a su equiparación en oportunidades,⁸ en aras de lograr entre las partes del proceso la igualdad en su modalidad de *igualdad de hecho*.

A fin de comprender la mencionada modalidad del principio de igualdad, es preciso acudir a la tesis jurisprudencial emitida por la Primera Sala de la SCJN cuyo rubro es, DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES,⁹ que en lo conducente refiere:

(...)pueden distinguirse conceptualmente en dos modalidades: 1) la igualdad formal o de derecho; y, 2) la igualdad sustantiva o de hecho. La primera es una protección contra distinciones o tratos arbitrarios y se compone a su vez de la igualdad ante la ley, como uniformidad en la aplicación de la norma jurídica por parte de todas las autoridades, e igualdad en la norma jurídica, que va dirigida a la autoridad materialmente legislativa y que consiste en el control del contenido de las normas a fin de evitar diferenciaciones legislativas sin justificación constitucional o violatorias del principio de proporcionalidad en sentido amplio. (...) Por su parte, la segunda modalidad (igualdad sustantiva o de hecho) radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, lo que conlleva que en algunos casos sea necesario remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales vulnerables gozar y ejercer tales derechos(...).

Es precisamente, en una de las medidas concebidas para lograr la segunda de las modalidades del principio de igualdad, esto es, la igualdad sustantiva o de hecho, en donde es dable colocar a la suplencia de la queja deficiente que tiene como propósito remover los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impiden, en este caso a los trabajadores, gozar o ejercer de manera real y efectiva sus derechos humanos en condiciones de paridad con otro conjunto de personas o grupo social.

El motivo por el cual se juzga adecuado circunscribir a la suplencia de la queja deficiente en el rubro de las acciones positivas o de igualación positiva, descansa en que, los sujetos de derecho a quienes les asiste la aplicación de esta figura –en la especie, los trabajadores–, si bien pueden encontrarse en una situación de desventaja material, deben, a pesar de ello, contar con la oportunidad real de hacer valer y ejercer sus intereses jurídicamente tutelados y no verse privados del acceso a los tribunales por el mero hecho de carecer de las condiciones económicas, lo cual es congruente también con el principio de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva consagrada en el artículo 17 constitucional.

⁸ En sentido análogo la tesis de la Primera Sala de la SCJN de rubro: "SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 79 DE LA LEY DE AMPARO. PERMITE A LAS PARTES ENCONTRARSE EN UN PLANO DE IGUALDAD Y HACER EFECTIVO LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS." Época: Décima Época, Registro: 2018831, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Común, Tesis: 1a. CCI/2018 (10a.), Página: 413.

⁹ Época: Décima Época, Registro: 2015678, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 126/2017 (10a.), Página: 119.

Con todo lo hasta aquí dicho, es conveniente señalar una serie de premisas que sirven de soporte para, en seguida, señalar la relación y límites de la suplencia de la queja, conforme con el principio de igualdad.

Primero, se reconoce que la sociedad está compuesta por individuos quienes, entre sí, tienen intereses y aspiraciones compartidos, constituyendo grupos sociales (*existencia de grupos sociales*).

Segundo, se parte de la aceptación de que la sociedad y sus miembros no es igualitaria, por el contrario, existen grupos e individuos en una situación de desventaja (económica, social, entre otras) en relación con otros. El reconocimiento de la existencia de desigualdades en una sociedad justifica la existencia de la norma de tratamiento diferenciado: *tratar igual a los iguales y en forma desigual a los desiguales (existencia de desigualdades reales en la sociedad)*.

Tercero, se comparte el punto de vista de que, todo individuo debe estar en condiciones reales y materiales de poder defender sus intereses jurídicamente protegidos mediante el acceso a una tutela judicial efectiva,¹⁰ pues de otra manera, admitir que sólo puedan acceder a la impartición de justicia aquellos que cuenten con los medios económicos para ello, sería aceptar que, aun cuando se proclame en la CPEUM que todas las personas son iguales ante la ley, para los grupos sociales desaventajados y económicamente débiles sería una declaración carente de contenido (*necesidad de una igualdad sustantiva*).

Cuarto, se consideran necesarias medidas de múltiple índole para alcanzar la referida igualdad real de oportunidades para hacer valer los derechos de los grupos sociales e individuos en situación de desigualdad y debilidad económica (*necesidad de acciones positivas o de igualación positiva*).

IV. Propuesta de interpretación de la suplencia de la queja en materia laboral, conforme con el principio de igualdad y no discriminación

A. Aspectos generales

Ahora bien, no obstante el reconocimiento de la existencia de grupos en la sociedad que se encuentran en una situación de desventaja, que requieren ser tratados de manera desigual en sus relaciones con sujetos de derecho que se ubican en un plano jerárquicamente superior al de aquellos, a fin de lograr su paridad y, que una forma de materialización de esa norma de tratamiento diferenciado es la suplencia de la queja deficiente, es en este punto es necesario precisar cuáles se estiman que serían los límites de ésta, compatibles con el principio de igualdad y no discriminación.

Es justamente este ejercicio de compatibilidad el que constituye una propuesta de interpretación conforme, entendida ésta en el sentido de que, cuando una disposición legal admite más de una interpretación, la cual pueda oponerse al contenido del parámetro de regularidad constitucional, debe privilegiarse la que sea compatible con dicho parámetro.¹¹

Así las cosas, si lo que se pretende con las medidas de acción positiva o de igualación positiva es que, un grupo social desaventajado o económicamente débil, sea tratado de manera diferenciada a efecto de colocarlo en un plano de igualdad en relación con otros sujetos de derecho, entonces, la suplencia de la queja deficiente debe poner en un plano de igualdad en el proceso jurisdiccional laboral al trabajador frente al patrón.

¹⁰ Consagrada en el artículo 17 de la CPEUM.

¹¹ SCJN, *Elementos de derecho procesal constitucional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2^a ed., 2008, p. 63 Disponible en: <http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/CST/74341/74341.pdf> (consultado el 23 de noviembre de 2020).

En ese sentido, la existencia de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo,¹² desde antes de la reforma de 1 de mayo de 2019¹³ y a partir de esta fecha, la incorporación de atribuciones al Instituto Federal de Defensoría Pública, para brindar gratuitamente asesoría y representación en juicio a los trabajadores, y cuyos funcionarios encargados de ejercitarse dichas atribuciones son profesionistas que cuentan con el título y cédula de licenciado en derecho, es sin duda una medida que permite de manera real ejercer a los trabajadores el acceso a una tutela judicial en condiciones de adecuada asesoría técnica.

Ello, pues la parte económicamente débil y en situación de desigualdad material, constituida por los trabajadores, cuentan con la asesoría y representación de peritos en derecho que, al igual que todos los licenciados en derecho que ejercen la profesión jurídica en los juicios laborales, acreditaron los requisitos académicos correspondientes¹⁴ para la expedición de ese título y de la cédula correspondiente, entre los cuales, naturalmente, incluyen haber acreditado todos los cursos del plan de estudios de la carrera universitaria en derecho.¹⁵

Así pues, la circunstancia de haberse instaurado una Procuraduría y ampliado las facultades del Instituto Federal de Defensoría Pública que defienden gratuitamente los intereses jurídicamente tutelados de los trabajadores, mediante la asesoría y representación de un licenciado en derecho para la defensa de los derechos del trabajador en un procedimiento jurisdiccional, es una medida que coloca a éstos en un plano de igualdad sustantiva frente a la contraparte patronal que se encuentre asesorada por licenciado en derecho.¹⁶

Esta es pues, una primera manifestación de la suplencia de la queja deficiente, como medida tendiente a la igualdad sustantiva o de hecho de los trabajadores para colocarlos en plano de paridad frente a su contraparte en juicio, medida que se estima compatible con el principio de igualdad contemplado en los artículos 1º de la CPEUM y 24 del Pacto de San José.

En ese contexto, se asume que, una vez realizada la medida fáctica de asignar a un licenciado en derecho para la asesoría y representación de los derechos del trabajador en un juicio laboral, el entendimiento del artículo 685, tercer párrafo¹⁷ de la Ley Federal del Trabajo,

¹² Artículos 530 a 536 de la Ley Federal del Trabajo.

¹³ En esa fecha se publicó en el DOF el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva.

¹⁴ De conformidad con el artículo 8, de la Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en la Ciudad de México que dispone: "ARTICULO 8o.- Para obtener título profesional es indispensable acreditar que se han cumplido los requisitos académicos previstos por las leyes aplicables." De acuerdo con lo previsto en su artículo 7, dicha Ley Reglamentaria rige para los asuntos de carácter federal, como es la materia laboral; y que conforme con la Sección II, del Capítulo III de la referida Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional instituye un sistema unificador a nivel nacional para el registro único de cédulas profesionales en la República, en tanto que el artículo 60 de la Ley General de Educación contempla que los estudios realizados dentro del sistema nacional de educación tendrán validez en toda la República, siendo las instituciones pertenecientes a ese sistema las únicas facultadas para expedir títulos.

¹⁵ "a) haber cursado y aprobado todas las materias que componen el plan de estudios correspondiente; b) haber prestado el servicio social obligatorio, y c) haber satisfecho los requisitos que señalen los reglamentos internos de la institución de que se trate. [Para luego inscribir el título de licenciatura ante la Dirección General de Profesiones a efecto de que ésta expida la cédula con efecto de patente para el ejercicio de la profesión]" Pérez Hurtado, Luis Fernando, *La futura generación de abogados mexicanos*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Estudios Sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho A.C., 2009, p. 32 y ss. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2672-la-futura-generacion-de-abogados-mexicanos-estudio-de-las-escuelas-y-los-estudiantes-de-derecho-en-mexico> (consultado el 29 de noviembre de 2020).

¹⁶ "Quizá el medio más adecuado para evitar o, al menos, atenuar las desigualdades procesales consista en el establecimiento de sistemas eficientes de asistencia jurídica gratuita o de bajo costo para las personas de ingresos menores". Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, 7ª ed., México, Oxford University Press, 2016, p. 202.

¹⁷ "Artículo 685. El proceso del derecho del trabajo se rige bajo los principios de inmediación, inmediatez, continuidad, celeridad, veracidad, concentración, economía y sencillez procesal. Asimismo, será público, gratuito, predominantemente oral y conciliatorio. Los Tribunales deben garantizar el cumplimiento de los principios y condiciones citados. El juez deberá atender al principio de realidad sobre los elementos formales que lo contradigan. Asimismo, se privilegiará la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, sin afectar el debido proceso y los fines del derecho del trabajo.

que prescribe que, conforme a los hechos expuestos por el trabajador, si éste no expresó su pretensión sobre todas las prestaciones que por ley derivan de la acción que intenta, entonces el órgano jurisdiccional laboral subsanará la demanda, admite dos posibilidades interpretativas que salvaguardan el principio de igualdad (en todas sus modalidades, ya expuestas).

B. Primera propuesta interpretativa

Bien puede entenderse como contrario al principio de igualdad que, teniendo ambas partes la asesoría de un licenciado en derecho, que es perito en cuestiones jurídicas y que cuenta con un título y cédula profesional que requirió del cumplimiento de idénticos requisitos para su expedición, sólo al trabajador que incurra en deficiencias en su escrito de demanda le sean subsanadas éstas por parte del órgano jurisdiccional laboral.

Puesto que, teniendo ambas partes la misma posibilidad de defensa, previa la aplicación de la acción positiva o igualación positiva consistente en la asignación de un licenciado en derecho en favor del trabajador, en términos del artículo 685-Bis de la Ley Federal del Trabajo,¹⁸ serían desigualmente tratadas dos partes que ya se encuentran igualadas por contar con la misma posibilidad de ejercer debidamente sus derechos con la asesoría de un perito en derecho, al sólo conceder al trabajador –asesorado por un abogado– la posibilidad de subsanar la demanda.

Ello rompería la proporción que exige el principio de igualdad, e incluso, implicaría una discriminación en perjuicio de la contraparte del trabajador, al otorgarle un trato diferenciado consistente en no subsanarle la deficiencia en que haya ocurrido en su escrito inicial, sobre la base de que se trata del patrón, quien cuenta con una defensa técnica de un abogado, pues, como salta a la vista, también el trabajador cuenta con una defensa técnica de un perito en derecho con idéntica cédula profesional que el de su contraparte, y sin embargo, se le otorga un beneficio adicional que a su contraria.

De admitir que, es correcto subsanar solamente la demanda del trabajador, aunque ésta haya sido preparada por un abogado que le brindó asesoría y lo representa, aduciendo que el trabajador, al representar a la parte económicamente débil por formar parte de un grupo social desventajado, carece de un abogado conocedor y experimentado¹⁹ ello significaría minusvalorar a los abogados de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo y del Instituto Federal de Defensoría Pública que asumen la defensa de los trabajadores, esto es, discriminarlos en el sentido de calificarlos como profesionistas sin conocimientos suficientes, lo que tácitamente implicaría cuestionar la idoneidad para que les haya sido expedido el título y cédula profesional con que cuentan para el ejercicio de la profesión jurídica (lo mismo aplica para los abogados particulares que representan a los trabajadores en lo individual). Empero, como existe una sola cédula profesional,²⁰ resulta que, los profesionales a los que les ha sido expedida cuentan con los conocimientos técnicos suficientes para ejercer al amparo de ella.

Cuando la demanda del trabajador sea incompleta, en cuanto a que no comprenda todas las prestaciones que de acuerdo con esta Ley deriven de la acción intentada o procedente, conforme a los hechos expuestos por el trabajador, el Tribunal, en el momento de admitir la demanda, subsanará ésta. Lo anterior sin perjuicio de que cuando la demanda sea obscura o vaga se proceda en los términos previstos en el artículo 873 de esta Ley.”

¹⁸ “Artículo 685 Bis.- Las partes tendrán derecho a que se garantice su debida defensa y representación; en consecuencia, podrán estar asistidos por un apoderado legal quien deberá ser Licenciado en Derecho o abogado titulado con cédula profesional. Cuando el Tribunal advierta que exista una manifiesta y sistemática incapacidad técnica del apoderado legal, prevendrá a la parte afectada para que designe otro, contando con tres días naturales para hacerlo. Los trabajadores o sus beneficiarios tendrán derecho a que les sea asignado un abogado de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo competente o de la Defensoría Pública que asuma su representación jurídica.”

¹⁹ Cfr. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10^a edición, México, Oxford University Press, 2012, p. 61; Herrera Perea, Noé, “El principio de estricto derecho en materia laboral”, en Pérez Daza, Alfonso (coord.) *El principio de estricto derecho*, Op. Cit., pp. 105-106. Disponible en: [https://www.jjf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/EI%20Principio%20de%20Estricto/EI%20principio%20de%20estricto%20derecho%20\(versión%20descargable\).pdf](https://www.jjf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/EI%20Principio%20de%20Estricto/EI%20principio%20de%20estricto%20derecho%20(versión%20descargable).pdf) (consultado el 27 de noviembre de 2020).

²⁰ Y no categorías de cédula profesional en función de los mayores o menores conocimientos del profesionista.

Incluso, llevado hasta el extremo el alegato de que, los trabajadores son la parte económicamente débil y que, por ese motivo no pueden acceder a los servicios de abogados suficientemente preparados, llevaría a establecer que, únicamente pueden acceder a la asesoría y representación de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo y del Instituto Federal de Defensoría Pública, por ser sus servicios gratuitos, pero cuestionando los conocimientos de los licenciados en derecho que ahí se asignan para la defensa de los trabajadores, lo cual, pondría en tela de duda una cuestión de interés público: si el presupuesto asignado a la Procuraduría de la Defensa del Trabajo²¹ y al Instituto Federal de Defensoría Pública no resulta suficiente para brindar una asesoría técnica adecuada (cuya revisión rebasaría el alcance de este trabajo), entonces se está frente a una omisión estatal estructural, más que ante una deficiencia en conocimientos técnicos de los profesionistas que prestan los servicios de asesoría y representación de los trabajadores.

Por tanto, se estima que, de concederse el derecho de subsanar la demanda exclusivamente al trabajador (y su abogado, que preparó el libelo), se discriminaría también a la contraparte, al no otorgarle la misma oportunidad, a pesar de estar ambas en igualdad de condiciones para ejercer sus derechos mediante peritos en derecho que les brindan una asesoría técnica.²²

C. Segunda propuesta interpretativa

O bien, en apego al principio de igualdad ante la ley, la interpretación de esa dispoción sería en el sentido de otorgar idéntica oportunidad procesal a ambas partes, por estar en paridad de condiciones para el ejercicio y defensa de sus derechos.

Más aún, existen casos en que, es patente que la parte patronal se encuentra también en una situación de debilidad económica, que pudiera llegar a justificar la necesidad de que le sea subsanada la demanda (sobre el alegato de ser una parte socialmente desaventajada incapaz de contratar los servicios de un abogado hábil).

*En efecto en el ámbito patronal podremos encontrar propietarios de microempresas que están en la misma condición económica precaria que el propio trabajador; pareciere que el legislador parte de la base de que todo patrón es necesariamente un poderoso empresario, sea persona moral o física.*²³ Por tanto:

(...)si tomamos en cuenta que tanto la Ley Federal del Trabajo como la ley burocrática contienen normas que imponen obligaciones procesales y formales a las partes, con las consecuencias legales que su incumplimiento les pueden generar, por ejemplo, el reclamo de prestaciones de manera extemporánea, frente a la posible excepción de prescripción(...), basta con que cualquiera de los interesados, patrón o trabajador, las detecten y hagan valer en amparo la violación respectiva, para que el juzgador de garantías [en el caso del amparo, pero en primera instancia también puede hacerlo -vía control difuso- el órgano jurisdiccional laboral] las analice sin exigir palabras sacramentales o formales especiales para que éstas sean atendidas y revisar si la actuación de la autoridad estuvo apegada a derecho cumpliendo con sus obligaciones como rectora del juicio, en lo que sólo a ella compete y que nada le permite eludirlas. De ahí que no se encuentre razón válida alguna

²¹ Equivalente a \$202,811,270.00 de pesos en el ejercicio fiscal 2018. Datos obtenidos del calendario de presupuesto autorizado a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2017. Consultado en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5508414&fecha=20/12/2017.

²² Quizá también se violentarían los derechos del abogado de la contraparte del trabajador, al no permitirse el ejercicio de la profesión en condiciones de equidad respecto de las del abogado del trabajador, aun cuando ambos profesionistas cumplieron con idénticos requisitos para obtener título y cédula profesionales.

²³ Pérez Daza, Alfonso, "El Principio de estricto derecho y la suplencia de la queja (Algunas notas y reflexiones en la Ley de Amparo y Código Nacional de Procedimientos Penales)", en Pérez Daza, Alfonso (coord.) *El principio de estricto derecho*, Op. Cit., p. 147. Disponible en: [https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/El%20Principio%20de%20Estricto/El%20principio%20de%20estricto%20derecho%20\(versi%C3%B3n%20descargable\).pdf](https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/El%20Principio%20de%20Estricto/El%20principio%20de%20estricto%20derecho%20(versi%C3%B3n%20descargable).pdf) (consultado el 27 de noviembre de 2020).

para que en la Ley de Amparo [ni en las leyes laborales], en este aspecto sólo se excluya a los patrones si ya tienen su propia carga en el juicio y que si no la atienden, entonces sí es válido que devengan las sanciones legales consecuencia de su conducta procesal irregular.²⁴

D. Razones que justifican la segunda propuesta interpretativa

Ante estas posibilidades interpretativas, se considera que favorece más la segunda de ellas, puesto que, otorga mayores oportunidades a ambas partes y optimiza el efectivo goce del derecho de acceso a una tutela jurisdiccional efectiva, al tiempo que este derecho se armoniza con el principio de igualdad y no discriminación ya que, brinda una norma de tratamiento diferenciado al económicamente débil, mediante la realización de una acción positiva, consistente en la asignación de un letrado que asesore técnica y gratuitamente al trabajador, pero salvaguardando el equilibrio de las partes –ya equiparadas– en el proceso, brindándoles igualdad de oportunidades procesales para subsanar sus promociones a ambas.

Por lo que hace a los artículos 686, segundo párrafo²⁵ y 873²⁶ de la Ley Federal del Trabajo, en los que se otorgan, respectivamente, al trabajador dos oportunidades de aclarar su demanda²⁷ en tanto que, sólo el primero de los invocados artículos brinda una única oportunidad de aclaración a la contraparte del trabajador. Por las razones que expone al abordar el artículo 685 aludido, adherimos a lo expuesto por Alfonso Pérez Daza, en el sentido de que, al trabajador²⁸ se le otorga una doble oportunidad para aclarar la demanda, lo que merma la paridad en el ejercicio de los derechos para su contraparte, a pesar de que ambas se encuentran en un plano de igualdad (por el tratamiento diferenciado, mediante la asignación al trabajador, de un abogado de una entidad pública instituida para ese efecto –medida de igualación positiva–, que le permite ejercer sus derechos con asesoría técnica adecuada).

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ “Artículo 686.-El proceso del derecho del trabajo y los procedimientos paraprocesales, se sustanciarán y decidirán en los términos señalados en la presente Ley.

Los Tribunales ordenarán que se corrija cualquier irregularidad u omisión que notaren en la sustanciación del proceso, para el efecto de regularizar el procedimiento, sin que ello implique que puedan revocar sus propias resoluciones, según lo dispone el artículo 848 de la presente Ley.”

²⁶ “Artículo 873. Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la demanda, deberá turnarse al Tribunal correspondiente; si la demanda se encuentra ajustada a derecho, éste deberá dictar el acuerdo de admisión respectivo dentro de los tres días siguientes a que le sea turnada o de que se haya subsanado ésta en los términos del tercer párrafo del presente artículo.

Al presentarse la demanda, el Tribunal le asignará al actor un buzón electrónico, proporcionándole el nombre de usuario y la clave de acceso correspondiente, mediante el cual podrá consultar su expediente y revisar los acuerdos que se dicten en éste. Cuando el actor sea el trabajador o sus beneficiarios, de advertir el Tribunal alguna irregularidad en el escrito de demanda o se promuevan acciones contradictorias o no se haya precisado el salario base de la acción, en el acuerdo le señalará los defectos u omisiones en que haya incurrido y lo prevendrá para que los subsane dentro de un término de tres días. Dicho acuerdo deberá notificarse personalmente al actor.

De no subsanar el actor la demanda en el término concedido, el Tribunal subsanará las omisiones o irregularidades basándose en el material probatorio que el actor acompañe a su demanda y conforme a las normas del trabajo, una vez hecho lo anterior, el Tribunal admitirá la demanda.

No se recibirán pruebas adicionales a las ofrecidas en la demanda, salvo las que se refieran a hechos relacionados con la réplica, siempre que se trate de aquéllos que el actor no hubiese tenido conocimiento al presentar su demanda, así como las que se ofrezcan para sustentar las objeciones hechas a las pruebas de las demás partes, o las que se refieran a la objeción de testigos. Lo anterior sin menoscabo de que se puedan ofrecer pruebas sobre hechos supervenientes.

El Tribunal solo podrá admitir la ampliación de demanda en caso de que en la contestación a la misma se hagan valer hechos novedosos, de los cuales el actor no haya tenido conocimiento al presentar su demanda.”

²⁷ Debe entenderse que en cuanto a los hechos, pues la suplencia de éstos no está permitida, como quedó asentado en el apartado anterior de este trabajo.

²⁸ Pérez Daza, Alfonso, “El Principio de estricto derecho y la suplencia de la queja (Algunas notas y reflexiones en la Ley de Amparo y Código Nacional de Procedimientos Penales)”, *Op. Cit.*, p. 147. Disponible en: [https://www.jjf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/EI%20Principio%20de%20Estricto/EI%20principio%20de%20estricto%20derecho%20\(versi%C3%B3n%20descargable\).pdf](https://www.jjf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/EI%20Principio%20de%20Estricto/EI%20principio%20de%20estricto%20derecho%20(versi%C3%B3n%20descargable).pdf) (consultado el 27 de noviembre de 2020).

En estricto sentido, se ha entendido que la suplencia de la deficiencia de la queja es un principio que rige fundamentalmente al momento del dictado de la sentencia,²⁹ al ser el momento en que el juzgador completa la argumentación deficiente de la pretensión hecha valer en la demanda o trae por completo dicha argumentación en los casos de ausencia total de esta, pero en todo caso realiza dicha argumentación siempre en función de los hechos narrados por el accionante, que son (o deben ser) el mínimo exigido al sujeto tutelado por la institución de la suplencia.

No obstante, *tal opinión deja de considerar que si bien la actuación del juez tiene su momento fundamental y más notorio con el dictado de la sentencia, lo cierto es que su debida actuación u omisión durante el curso de todo el proceso, encausándolo y dirigiéndolo, es determinante para el buen fin del mismo y la correcta impartición de justicia.*³⁰

En efecto, como ya se vio, en el caso de los artículos 686 y 873 arriba citados, la suplencia de la queja opera en las fases más tempranas del proceso laboral, ordenando la aclaración o corrección de la demanda aún antes de iniciar el trámite del procedimiento jurisdiccional.

Entonces es posible afirmar que, la suplencia de la queja deficiente, entendida en un sentido más amplio, como parte de la aplicación de una norma de trato diferenciado o acción positiva que tiende a la paridad real entre los sujetos de la relación jurídica procesal, se presenta en diversas manifestaciones a lo largo del proceso, pero con las limitantes que se han expuesto.

Así, otra de las manifestaciones de la figura en estudio se advierte en materia probatoria, por virtud de la cual, se vierte la carga de la prueba a la parte patronal –por un lado³¹ y se otorgan amplias facultades al órgano jurisdiccional para recabar pruebas –por otro³².

Se estima que la primera de dichas medidas es desproporcionada pues, como ya se expuso, hay ocasiones en que la parte patronal se encuentra en la misma situación de desventaja y carencia que la parte obrera, de ahí que, si la razón para exigirle el material probatorio es por la capacidad que se presume tiene (mayor a la del trabajador), no en todos los casos sucede así, por lo que, la aplicación de dicha disposición debe ser modulada en cada caso concreto a fin de que no se impongan mayores cargas a una de las partes que se encuentra en idéntica situación de desventaja que la otra, rompiendo el equilibrio procesal.

La segunda medida se considera que atiende a la pretensión de resolver la controversia planteada de una manera más apegada a la verdad material, lo cual es loable, aunque debe existir un límite a las diligencias que pueda ordenar el órgano jurisdiccional, con el propósito de que, un juicio no se prolongue en exceso y termine por violentar el principio de justicia pronta, establecido en el artículo 17 constitucional.

Y, si lo que se pretende verdaderamente, es buscar una igualdad de hecho que coloque a las partes de un litigio en una situación de igualdad real de oportunidades para hacer valer sus derechos y que, no por carencia de recursos la parte económicamente débil se vea impedida de defender sus derechos, entonces deben establecerse e implementarse medidas que incidan en el ámbito material, de modo que la parte económicamente débil, incapaz de cubrir el costo del desahogo de alguna prueba (por ejemplo pericial) no se vea en desventaja y eventualmente se

²⁹ Cfr. Azuela Güitrón, Mariano y Betanzos Torres, Eber Omar, "El principio de estricto derecho en el juicio de amparo. Alcance y consecuencias del mismo conforme a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.", *Op. Cit.*, p. 22; y González Oropeza, Manuel y González Perales, Jesús, "El principio de estricto derecho en el ámbito electoral", *Op. Cit.*, p. 64. Disponibles en: [https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/EI%20Principio%20de%20Estricto/EI%20principio%20de%20estricto%20derecho%20\(versi%C3%B3n%20descargable\).pdf](https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/EI%20Principio%20de%20Estricto/EI%20principio%20de%20estricto%20derecho%20(versi%C3%B3n%20descargable).pdf) (consultado el 29 de noviembre de 2020).

³⁰ González Oropeza, Manuel y González Perales, Jesús, *Op. Cit.*, p. 64. Disponible en: [https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/EI%20Principio%20de%20Estricto/EI%20principio%20de%20estricto%20derecho%20\(versi%C3%B3n%20descargable\).pdf](https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/EI%20Principio%20de%20Estricto/EI%20principio%20de%20estricto%20derecho%20(versi%C3%B3n%20descargable).pdf) (consultado el 29 de noviembre de 2020).

³¹ Artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo.

³² Artículo 782 de la Ley Federal del Trabajo.

dicte un fallo en su contra; debiendo entonces establecerse, por ejemplo, algún fondo para que se cubra el gasto que implica el desahogo de la prueba.

Este planteamiento no es meramente teórico o especulativo, ya que, en materia agraria –rama jurídica perteneciente (al igual que el derecho laboral) al derecho social, en la que también opera la suplencia de la queja a favor de ejidatarios, comuneros, ejidos y comunidades, fundamental aunque no exclusivamente–, la Segunda Sala de la SCJN ha establecido el criterio vinculante de rubro: PERITOS EN EL JUICIO AGRARIO, que en la parte conducente sostiene:

en el supuesto en que, por algún motivo, el tribunal no tenga un funcionario adscrito o se requiera la participación de alguno con una especialidad diversa a la de aquél, el peritaje podrá encomendarse a un profesionista independiente, ajeno al tribunal, en el entendido de que sus honorarios serán cubiertos con cargo al presupuesto de la estructura de los tribunales agrarios.³³

Por tanto, es una muestra palpable de la factibilidad y operatividad del planteamiento que aquí se hace y, pudiera llegar a aplicarse de manera analógica la *ratio decidendi* de la jurisprudencia citada.

Asimismo, debe evitarse caer en interpretaciones que, so pretexto de suplir la queja deficiente, no se ajustan a parámetros objetivos que puedan ser comprendidos y evaluados, pues son no pocas las sentencias y los criterios en que el órgano jurisdiccional realiza una interpretación que no atiende a los elementos objetivos que expresa la parte considerada económicamente débil en sus planteamientos, sino que, va más allá, a elementos de carácter volitivo o psíquico, buscando *la verdadera intención de lo que quiso plantear el promovente*.

¿Cómo se logra advertir lo que estaba pensando o deseando el accionante realmente? ¿Está objetivamente en las capacidades del juzgador, poder advertir el pensamiento e intención del reclamante?³⁴

Como corolario de todo lo manifestado cabe decir que, ante la nueva configuración de derechos a partir de la reforma de diez de junio de dos mil once, y sobre la base de que uno de los pilares en que se sustenta la suplencia de la queja deficiente es el principio que expresa que corresponde a las partes hacer del conocimiento del juez los hechos, puesto que el derecho es sabido por el juzgador y recae en él la obligación de aplicarlo para resolver el conflicto que se le plantea,³⁵ entonces a fin de acceder de manera plena al derecho (común a trabajadores y patrones, y en general a toda persona que habite el territorio mexicano, por así disponerlo el artículo 1º de la CPEUM) de tutela judicial efectiva, deberán permitírseles las mismas oportunidades procesales para esclarecer la cuestión planteada ante el órgano jurisdiccional y que se emita un fallo lo más apegado a la realidad, y a las pretensiones de las partes, posible.

³³ Época: Décima Época, Registro: 2004273, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 2, Materia(s): Administrativa, Tesis: 2a./J. 108/2013 (10a.), Página: 1008.

³⁴ Acerca de un tipo de “operación interpretativa” que guarda cierta semejanza, Carlos Amunátegui expresa: “En principio, la ley es una declaración de la voluntad soberana, por tanto, su contenido se encuentra en esa voluntad soberana que la ha expresado. De ahí que la interpretación se encuentre centrada en la idea de desentrañar el contenido de dicha voluntad (...). La escuela de la exégesis creó, para estos efectos, la figura interpretativa del legislador, un personaje algo oscuro cuya intención estaría manifestada en sus leyes y que debemos averiguar a fin de dar sentido a sus disposiciones. Así es como el mundo jurídico se lanzó en una extraña operación espiritista a fin de intentar conocer la voluntad del legislador, un personaje incognoscible con quien nadie se ha tomado una taza de café -que yo sepa-. Sin una ouija apropiada, es muy difícil dar con él, sobre todo si se piensa que las leyes son fruto del esfuerzo colectivo de muchas personas, cuyas intenciones son ditintas entre sí.” Amunátegui Perelló, Carlos, *Teoría y Fuentes del Derecho. Boni et Aequi*, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016, p. 63.

³⁵ González Oropeza, Manuel y González Perales, Jesús “El principio de estricto derecho en el ámbito electoral” en Pérez Daza, Alfonso (coord.) *El principio de estricto derecho*, Op. Cit., p. 72. Disponible en: [https://www.jjf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/EI%20Principio%20de%20Estricto/EI%20principio%20de%20estricto%20derecho%20\(versi%C3%B3n%20descargable\).pdf](https://www.jjf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/EI%20Principio%20de%20Estricto/EI%20principio%20de%20estricto%20derecho%20(versi%C3%B3n%20descargable).pdf) (consultado el 29 de noviembre de 2020).

V. Conclusiones

La suplencia de la queja deficiente es un principio surgido en el ámbito del juicio de amparo, pero transversal a diversos campos del derecho procesal, merced al carácter evolutivo del derecho y a su capacidad para satisfacer los fines que persigue el denominado derecho social.

Uno de sus elementos más notorios estriba en la actuación del órgano jurisdiccional, a fin de colmar la incompleta o la ausente aportación de razones (argumentación), que evidencien el derecho consagrado en el orden jurídico que se actualiza en el caso concreto, atendiendo a los hechos expuestos por la parte a quien asiste la suplencia.

La noción que justifica la intervención del juzgador, aportando la argumentación ausente o deficiente de uno de los sujetos de la relación jurídico procesal, es la debilidad económica de dicho sujeto, la cual, lo coloca en la circunstancia desventajosa de competir con una contraparte a la que se supone económicamente fuerte, capaz de sufragar los gastos propios del juicio, entre los que están el desahogo de pruebas, la contratación de abogados hábiles y el desgaste de tiempo propio de una contienda judicial.

No obstante, una vertiente manifiesta, empero exiguamente señalada del principio de suplencia es, la institución de entes estatales que brindan servicios profesionales de abogados de manera gratuita; aspecto de la suplencia de la queja deficiente que coincide con la vertiente del principio de igualdad denominada igualdad sustancial o de hecho, que coloca en igualdad de condiciones y oportunidades materiales para que el trabajador pueda ejercer sus derechos. E incluso en materias como la agraria, la SCJN ha determinado que el costo del desahogo de las pruebas periciales corre a cargo de la autoridad jurisdiccional.

Esta manifestación del principio de suplencia de la queja deficiente y del principio de igualdad de hecho (como acción afirmativa o de igualación sustantiva), una vez que ha colocado paritariamente a las partes en juicio, produce una tensión entre el mencionado principio de suplencia y los diversos de igualdad, imparcialidad y defensa técnica adecuada.

Esa pugna deriva de la circunstancia de que, una vez situadas ambas partes en condiciones iguales para ejercer con idénticas oportunidades sus derechos en el proceso, es decir, siendo iguales en y ante la ley, ésta continúa ordenando un tratamiento diferenciado –que sólo se justifica si se estuviera frente a desiguales que deben ser tratados desigualmente– por parte del órgano jurisdiccional consistente en que, éste complete o realice, parcial o totalmente la argumentación lógica jurídica que evidencie la aplicabilidad de un derecho en el caso concreto con base en los hechos, a pesar de que ambas partes cuentan con la asesoría de un profesional del derecho encargado de la defensa de los intereses de las partes y, cuya función esencial es, precisamente, conocer el derecho aplicable y argumentar su actualización en el caso concreto.

No obstante lo anterior, a la luz del cambio de paradigma jurídico operado con la reforma a la CPEUM de 10 de junio de 2011, se propone la armonización de tales principios, de manera que, no se llegue al extremo de que el órgano jurisdiccional suplante la labor de los profesionales del derecho responsables de la defensa técnica adecuada de las partes y no se les releve en sus deberes, y que, en caso de advertir alguna circunstancia en la que la carente (absoluta) o incompleta (parcial) argumentación torne imperiosa su actuación para completar aquella, intervenga el juzgador en beneficio de ambas partes, por tratarse de sujetos igualmente asesorados técnicamente y porque ello salvaguarda la imparcialidad y equilibrio en el proceso, a más de que permite el efectivo acceso a la jurisdicción de los justiciables.

Por tanto, las reflexiones expuestas en este trabajo, aunque muestran limitaciones, aspiran a fungir cuando menos como señalizaciones que apunten hacia algún derrotero posible por el cual, pueda fluir la reflexión jurídica que tienda a lograr el ideal de justicia e igualdad de todos los justiciables, lo que además se corresponde con los valores de un estado democrático que, como el nuestro, pretende cerrar la brecha de las desigualdades y la discriminación.

VI. Fuentes consultadas

Bibliografía

- Amunátegui Perelló, Carlos, Teoría y Fuentes del Derecho. Boni et Aequi, Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2016.
- Azuela Güitrón, Mariano y Betanzos Torres, Eber Omar, “El principio de estricto derecho en el juicio de amparo. Alcance y consecuencias del mismo conforme a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.”, en Pérez Daza, Alfonso (coord.) *El principio de estricto derecho*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2017
- Gómez Lara, Cipriano, “Teoría General del Proceso”, 10^a edición, Oxford University Press, México, 2012.
- González Oropeza, Manuel y González Perales, Jesús, “El principio de estricto derecho en el ámbito electoral”, en Pérez Daza, Alfonso (coord.) *El principio de estricto derecho*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2017
- Herrera Perea, Noé, “El principio de estricto derecho en materia laboral”, en Pérez Daza, Alfonso (coord.) *El principio de estricto derecho*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2017
- López Ramos, Neófito “Suplencia de la Queja en Materia Civil”, en Pérez Daza, Alfonso (coord.) *El principio de estricto derecho*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2017
- Meza Fonseca, Emma “La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, *El juicio de amparo en el centenario de la constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2017, t. I.
- Muñoz Alvarado, Froylán “La nueva suplencia en el juicio de amparo: de la regla al principio.”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Número 41, México: Instituto de la Judicatura Federal, 2016.
- Ovalle Favela, José, “Teoría General del Proceso”, 7^a ed., Oxford University Press, México, 2016.
- Pérez Daza, Alfonso, “El Principio de estricto derecho y la suplencia de la queja (Algunas notas y reflexiones en la Ley de Amparo y Código Nacional de Procedimientos Penales)”, en Pérez Daza, Alfonso (coord.) *El principio de estricto derecho*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2017.
- Pérez Hurtado, Luis Fernando, “La futura generación de abogados mexicanos” México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Estudios Sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho A.C., 2009.
- Ruiz Torres, Humberto, “Génesis, desarrollo y ocaso de la suplencia de la queja.”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. II.
- SCJN, *Elementos de derecho procesal constitucional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2^a ed., 2008.
- Tena Suck, Rafael y Morales, Hugo Ítalo “Derecho Procesal del Trabajo. Teoría Integral”, 7^a ed., Trillas, México, 2014.

Normatividad

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
- Ley Federal del Trabajo.

- Ley Reglamentaria Del Artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en la Ciudad de México.
- Semanario Judicial de la Federación.

Páginas electrónicas

- <https://www.dof.gob.mx>
- <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/28.pdf>
- <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/31563>
- [https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/El%20Principio%20de%20Estricto/El%20principio%20de%20estricto%20derecho%20\(versi%C3%B3n%20descargable\).pdf](https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2017/Abril/El%20Principio%20de%20Estricto/El%20principio%20de%20estricto%20derecho%20(versi%C3%B3n%20descargable).pdf)
- <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2672-la-futura-generacion-de-abogados-mexicanos-estudio-de-las-escuelas-y-los-estudiantes-de-derecho-en-mexico>
- <http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/CST/74341/74341.pdf>
- <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3066/14.pdf>



BUCARIELI 22

UN PODCAST DEL IFDP

ESCÚCHALO AHORA



El acceso al internet como derecho fundamental

Juan David Rodríguez Salgado*

Oscar Enrique Castillo Flores**

Lilia Alexandra Ruiz Batista***

RESUMEN: El acceso al internet es un derecho fundamental reconocido por el marco internacional y constitucional, cuya eficacia verdadera es indispensable para otros derechos, por ello el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso a su contenido y además que en la tutela de este derecho subjetivo público no se vulnere los interés jurídicos o difusos de terceros.

SUMARIO: I. Introducción, II. Derecho fundamental de acceso a internet, III. Realidad social IV. Relación entre el acceso al internet y otros derechos fundamentales V. Conclusiones, VI. Fuentes de información.

I. Introducción

El once de junio de dos mil trece el artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue modificado. En dicha reforma fueron incorporados una serie de párrafos que consagran y sientan las bases para el ejercicio del derecho fundamental de acceso a las tecnologías de la información, entre ellos al internet.

Ahora bien, en el mundo de la investigación jurídica ha sido un tópico poco abordado y, en realidad, solamente existen esbozos del contenido de este derecho fundamental de cuarta generación, esto debido también a la legislación poco conocida y cargada de tecnicismos que existen en la materia.

Por tal razón, se tratará de explicar en las siguientes líneas de una manera clara y sintética, en qué consiste el derecho fundamental de acceso al internet, sus repercusiones en diferentes ámbitos jurídicos y sociales y sobre todo los retos que debe afrontar el Estado mexicano a diez años de la reforma constitucional que amplió el espectro protector de los derechos humanos.

II. Derecho fundamental de acceso al internet

A. Reconocimiento del derecho humano

En el contexto internacional, se debe precisar que existen un sinnúmero de disposiciones que hablan acerca de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's), sin embargo, para efectos prácticos de este ejercicio científico debe partirse de tres normas convencionales que constituyen los cimientos jurídicos del derecho fundamental de acceso al internet.

En primer lugar, el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que a la letra dispone:

Artículo 27.

1. *Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.*

* Secretario Particular adscrito al Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Chihuahua, con residencia en Ciudad Juárez.

** Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua y otras instituciones de educación superior en el Estado de Chihuahua.

*** Oficial Jurídico Revisora adscrita a la Delegación Chihuahua del Instituto Federal de Defensoría Pública.



2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.¹

De este precepto, se desprenden tres situaciones de vital importancia para el derecho en análisis; por un lado, el derecho de toda persona de participar en la vida cultural de su comunidad y acceder al internet, como producto del devenir científico y tecnológico; asimismo se tutela la protección de la integridad moral y patrimonial de los individuos que aporten al desarrollo cultural y científico de la humanidad.

De igual manera, el artículo 15,² del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es coincidente en regular los tres aspectos mencionados, pero además en sus numerales 2, 3 y 4, impone a los Estados parte, obligaciones relacionadas con el respeto y garantía de estos derechos.

Además, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de forma textual establece:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.³

Aunado a todo lo anterior, este artículo no sólo reconoce el derecho humano de acceder al internet o ser partícipe del desarrollo científico y cultural, sino que también contempla un mandato directo a los Estados Parte de buscar de forma constante y progresiva una verdadera eficacia del derecho en cuestión, por lo que deberá agotar todos los recursos a su alcance en el ámbito interno e internacional.

Desde la perspectiva del constitucionalismo mexicano, como ya se adelantó el acceso al internet como derecho fundamental, se consagra en el artículo 6, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de la forma siguiente:

...El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.⁴

Lo interesante de esta redacción es que no solo habla del derecho de los gobernados para gozar de los beneficios de la cultura, ciencia o tecnología de una forma genérica, sino que se especifica lo relativo a las telecomunicaciones, entre ellas, el internet.

Así pues, con las normas aludidas, se evidencia que el acceso al internet es reconocido como un verdadero derecho humano en el sistema jurídico mexicano, con un suficiente asidero jurídico.

B. Internet

Una vez que se han sentado las bases para señalar que el acceso al internet es un derecho fundamental reconocido por el Estado mexicano, resulta indispensable definir qué es el inter-

¹ Consultable en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> el doce de junio de dos mil veintiuno a las 13:26 horas.

² Consultable en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> el doce de junio de dos mil veintiuno a las 13:38 horas.

³ Artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴ Artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

net, aunque en la actualidad para muchos es una palabra de uso cotidiano, en la mayoría de los casos se desconoce todas las acepciones del vocablo.

En ese sentido, la Real Academia Española define al internet como una *red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación*.⁵ Al respecto, el mismo organismo define a la informática como el *conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de computadoras*.⁶

Es decir, desde un punto de vista gramatical, el internet es un entrelazado organizado de conocimientos e información, de nivel global, establecido bajo un lenguaje especial, que utilizan las computadoras para lograr esa conexión.

También de esta definición y de la explicación de diversos autores como Pablo García Mexía, es dable afirmar que, en el campo de las ciencias sociales, el internet se integra de tres facetas; la primera se refiere al código, que son los protocolos y lenguajes de programación; la segunda faceta se refiere al contenido diversificado que se encuentra plasmado en la red. La tercera faceta tiene relación con la infraestructura o soporte físico, en donde se incluyen los espectros radioeléctricos, cables, módems, computadoras, etc.⁷

En cuanto a su finalidad Elma del Carmen Trejo García⁸ en su estudio sobre la regulación del internet en México, sostiene que la llamada red de redes, tiene como funciones ser el medio de información y documentación más grande del mundo, así como ser un medio comunicación a través de todos los servicios posibles como lo son el correo electrónico, redes sociales, videoconferencias, servicios de mensajería instantánea, etc.

3. Acceso al internet y derechos humanos

Como se ha visto, para que una persona pueda tener un acceso efectivo al internet debe contar con los tres elementos que lo componen: el código, la infraestructura y el contenido, pues de nada serviría que un individuo tuviera el código sin señal radioeléctrica o sin la computadora misma, o a la inversa tuviera acceso a una computadora y a la red sin tener a su alcance los contenidos que se encuentran almacenados.

Ahora bien, debe mencionarse que el acceso al internet como derecho humano, como todos los derechos humanos, es interdependiente de otros derechos, por lo que el respeto o violación a este derecho tendrá repercusiones en mayor o menor intensidad en aspectos importantes para el desarrollo humano como la privacidad, la libertad de expresión, la educación, la tutela judicial efectiva, la libre competencia económica, la libertad de trabajo, sólo por citar algunos.

Esta idea es acorde al pensamiento de Tommaso Edoardo Frosini que define al acceso al internet como derecho fundamental como:

*...una libertad fundamental cuyo ejercicio es instrumental al de otros derechos y libertades constitucionales: no sólo la libertad de manifestación del pensamiento,... sino también el derecho al pleno desarrollo de la persona humana y «a la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País...o bien la libertad de empresa ...no tener acceso a Internet significa verse excluido del ejercicio de una parte de los derechos de ciudadanía».*⁹

⁵ Consultable en <https://dle.rae.es/internet> el doce de junio de dos mil veintiuno a las 14:15 horas.

⁶ Consultable en <https://dle.rae.es/inform%C3%A1tico#LY8zQy3> el doce de junio de dos mil veintiuno a las 14:16 horas.

⁷ García Mexía, P.: *Los Derechos...*cit. pp. 15 y 16.

⁸ Trejo García, E. C.: *Regulación...* cit. pp. 3 y 4.

⁹ Frosini, T.: *Libertad...*cit. p. 53.

En ese tenor, se sostiene que el derecho fundamental de acceder al internet, hoy en día es presupuesto habilitador e indispensable para que los gobernados puedan desarrollar de manera plena su personalidad y ejercitar otros derechos.

Asimismo, la Organización de las Naciones Unidas, en la Carta de derechos humanos y principios para internet,¹⁰ ha dejado en claro que el derecho de acceso a internet incluye: 1. la calidad del servicio, la cual debe ser acorde con los avances tecnológicos que se presenten en la actualidad; 2. la libertad de elección del sistema y software, es decir, todos los individuos son capaces de seleccionar el programa para acceder a los contenidos de internet o bien innovar esta área sin necesidad de someterse a escrutinios o validaciones; 3. garantía de la inclusión digital, la cual se traduce en que cualquier persona tenga un eficaz acceso a los medios digitales, plataformas de procesamiento de la información; 4. neutralidad e igualdad de la red, pues se considera que *internet es un bien común global*,¹¹ en la que no debe haber canonjías, discriminación por ningún motivo o barreras que eviten un intercambio de información equitativo, libre y abierto.

D. Brecha digital

Uno de los conceptos indispensables de abordar en el análisis del derecho fundamental de acceso al internet es el de brecha digital, la cual se define como:

*una manifestación de las diferencias sociales, culturales étnicas y económicas existentes en la sociedad. Incluye las limitaciones físicas o económicas de acceso a las TIC y también los déficits en competencias y habilidades para el aprovechamiento efectivo de tales herramientas, incluyendo barreras de tipo sociocultural.*¹²

Entonces, la brecha digital es un concepto que se utiliza para hacer referencia a las barreras o distancias que impiden a las personas de forma individual o colectiva para acceder de manera eficaz a la tecnología de la información o comunicación, lo cual genera desigualdades severas entre los conglomerados sociales.

Por lo tanto, uno de las principales obligaciones del Estado es, buscar de manera permanente la disminución y erradicación de estos obstáculos que no permiten a ciertos grupos de la sociedad gozar de los avances tecnológicos y por ende, participar y ejercitar con plenitud en la comunidad contemporánea.

III. Realidad social

Según la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares de 2019,¹³ el 70.1 % de la población mayor a seis años de edad en nuestro país, tiene acceso al internet; de igual manera resalta que el 50.4% de los hogares en la República cuenta con una conexión a internet.

Estos datos reflejan que si bien, el acceso al internet ha ido paulatinamente en constante evolución y cada vez son más las personas que tienen a su disposición los medios para poder hacer un uso de las tecnologías de la información y así formar parte de la sociedad moderna, también nos indican que casi un tercio de la sociedad mexicana no puede disfrutar de los beneficios del desarrollo científico y cultural.

¹⁰ Internet Rights & Principles Coalition, Carta de derechos humanos y principios para internet. p. 15., consultable en https://derechosinternet.com/docs/IRPC_Carta_Derechos_Humanos_Internet.pdf, el trece de junio de dos mil veintiuno a las 12:49 horas.

¹¹ Ídem.

¹² Organisation for Economic Co-operation and Development, en Berrio Zapata C., Marín Arraiza P., et. al., *Desafíos...* cit. consultable en <http://www.scielo.edu.uy/pdf/pcs/v7n2/1688-7026-pcs-7-02-00121.pdf>, el trece de junio de dos mil veintiuno a las 14:38 horas.

¹³ Consultable en https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2020/eap_internet20.pdf el diecisésis de junio de dos mil veintiuno a las 12:40 horas.

Ahora bien, este mismo estudio arrojó que en las zonas urbanas del país el 76.6% de la población mayor a seis años de edad es usuaria del internet mientras que en las zonas rurales solamente el 47.7% utiliza la llamada red de redes, lo cual también pone en evidencia la existencia brecha digital que existe en las zonas que se encuentran alejadas de las comunidades urbanas.

Finalmente, otro dato interesante es el consistente en que el teléfono celular es el dispositivo más utilizado para acceder a internet, el cual es utilizado por 88.5 millones de personas, de las cuales 44.7 millones son mujeres y 41.8 son hombres; asimismo de la población usuaria de internet por medio de teléfono celular el 88.1% cuenta con un teléfono inteligente o Smartphone, el 10.9 % usa un teléfono celular común y el 1.0% tiene ambos tipos de dispositivos de telefonía móvil.

Dicho de otro modo, el 88.1% de la población usuaria de internet puede hacerlo de una forma mucho más rápida, inmediata y sin importar el lugar en el que se encuentre físicamente por medio de un teléfono Smartphone. Parecería un dato irrelevante, sin embargo, si en muchas ocasiones la calidad del acceso a internet mediante un teléfono celular se encuentra directamente relacionada con su costo económico. Así pues, la persona que tiene un dispositivo de mayor precio enfrenta menores obstáculos al utilizar las tecnologías de información y comunicación. Además, que se generan situaciones de inequidad en virtud del estatus económico de cada persona.

Por otro lado, la crisis sanitaria que afronta el mundo ha sido un factor impulsor del acceso al internet, pues el acceso a las tecnologías ha sido fundamental y necesario durante la pandemia de Covid-19.

En ese sentido, los Relatores de libertad de expresión de la OEA, de las Naciones Unidas y de la OSCE han mencionado que:

El acceso a Internet es crítico en un momento de crisis. Es esencial que los gobiernos se abstengan de bloquear el acceso a Internet (...) Especialmente en un momento de emergencia, cuando el acceso a la información es de vital importancia, no se puede justificar la imposición de amplias restricciones al acceso a Internet por motivos de orden público o seguridad nacional.¹⁴

En el caso en particular de la pandemia, como lo menciona este organismo internacional, el acceso al internet repercute más allá que en la vulneración al derecho de libertad de expresión o falta de información, es una cuestión de vital importancia que durante la emergencia la sociedad en su plenitud tenga acceso al internet toda vez que se encuentra en juego también su salud, su integridad física y psicológica y por su puesto su vida.

IV. Relación del acceso al internet con otros derechos fundamentales

Como ya se dejó en claro, el acceso al internet es indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales, su importancia se acrecentó con motivo de la contingencia sanitaria Covid-19, por ello es importante enunciar los derechos fundamentales más importantes que se encuentran relacionados, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹⁵ En primer lugar, el derecho a la información, en virtud de que una de las principales funciones del internet es precisamente mantener a la sociedad informada sobre lo que acontece en el mundo y sobre todo aquello que sea de su interés.

La libertad de expresión es otro de los derechos con una estrecha relación con el acceso al internet como derecho fundamental porque la constante interacción global de los individuos en la

¹⁴ OEA y CIDH, ¿Cómo promover el acceso universal a internet durante la pandemia de Covid-19?, REDESCA, p. 3. Consultable en http://www.oas.org/es/cidh/sacroi_covid19/documentos/03_guias_practicas_internet_esp.pdf, a las 13:00 horas del veintiuno de mayo de dos mil veintiuno.

¹⁵ *Ibidem* p. 5.

red se ha vuelto un escenario importante para la manifestación de las ideas y discusiones sobre diversos temas.

El trabajo, sobre todo durante la contingencia sanitaria ha mutado para realizarse en modalidades a distancia, que se vuelven viables por el acceso al internet. La conectividad laboral repercute seriamente en una serie derechos laborales como la duración de la jornada laboral, las cargas de trabajo, periodos vacaciones, entre otros.

En cuanto al derecho a la educación, cada vez es más común encontrar oferta académica a distancia, también este fue uno de los puntos que cobró intensidad raíz de la pandemia de Covid-19, cuando se utilizó como una estrategia para evitar el cierre de los centros educativos de distintos niveles, no obstante, también se puso al descubierto la brecha digital existente, pues no todos los alumnos y docentes contaban con acceso al internet o el equipo de cómputo para el desempeño de actividades académicas.

Aunado a lo anterior, la procuración y administración de justicia se ha esforzado por estar a la vanguardia de la tecnología y aprovecharla para alcanzar una tutela judicial efectiva. En el caso del Poder Judicial de la Federación cuenta con un Portal de Servicios en línea el cual se define como:

Es el sistema tecnológico que permite el acceso en línea a los Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito en toda la República Mexicana, así como a las áreas administrativas del Poder Judicial de la Federación, con el objetivo institucional en dos directrices, la primera dar vida al juicio en línea previsto en la Ley de Amparo, además de las necesidades tecnológicas requeridas en materia de juicios orales mercantiles y penales, y la segunda, total acceso a toda petición que se formule ante el Poder Judicial de la Federación, para beneficio de la sociedad mexicana.¹⁶

Mediante este servicio informático pueden presentarse demandas, solicitudes o escritos iniciales, promociones, consultarse notificaciones electrónicas, expedientes electrónicos, acceder al contenido de acuerdos, constancias y certificaciones judiciales, así como imprimir los acuses correspondientes.

Es menester mencionar que, en razón de la pandemia, tanto el Poder Judicial de la Federación como los Poderes Judiciales de las entidades federativas han hecho grandes esfuerzos en desahogar diligencias de manera virtual por medio del método de videoconferencia a fin de evitar la concentración de personas en las instalaciones físicas de los órganos jurisdiccionales.

Así pues, cuando estamos ante la decisión sobre si el acceso a Internet es o no un derecho humano, podemos acudir la legislación fiscal, donde vemos la figura del Buzón Electrónico, pues, el contribuyente lo requiere para cumplir con sus obligaciones impositiva, por ello, se ha convertido al acceso a Internet a un Derecho Humano, pues se requiere, como complemento de otras prerrogativas, como son:

a) El debido proceso: el buzón se utiliza para recibir notificaciones, entre ellas, las de inicios de procedimientos, por ende, se cumple con el primer subderecho del debido proceso la notificación. Las pruebas ese ofrecen vía electrónica, los alegatos también, y la resolución también es susceptible de serle notificada al interesado a través de internet, ni qué decir de los requerimientos de la autoridad fiscal sobre la interposición del recurso de revocación vía electrónica.

b) Acceso a la justicia: tanto el juicio contencioso administrativo como el juicio de amparo pueden ser tramitados vía electrónica, lo cual le permite a ciertos gobernados utilizarlos para evitar acudir en persona a la sede de las autoridades jurisdiccionales, caso contrario, para quienes no tiene acceso a la red de redes, deberán optar por la tramitación en la forma tradicional.

¹⁶ Consultable en <https://www.serviciosenlinea.pjf.gob.mx/juicioenlinea> del diecinueve de junio de dos mil diecinueve a las 15:44 horas.

c) Petición: el Código Fiscal de la Federación dispone que el medio electrónico es viable para solicitar datos. No dejamos de lado que las dependencias gubernamentales comienzan la apertura a permitir el acceso a ellas por mediante el uso de dispositivos electrónicos, sobre todo en materia de acceso a la información pública.

Con el ejemplo aportado se demuestra cómo el internet, en su faceta de derecho humano tiene individualidad, porque sin acceso a él, no se pueden cumplir obligaciones ni ejercer otras prerrogativas, cuando estas dos categorías deben llevarse a cabo en línea, además se cumple con el principio de progresividad de los derechos humanos, porque se permite a determinadas personas utilizar los avances de la tecnología en su beneficio tal y como se aprecia en la jurisprudencia siguiente:

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS. El principio de progresividad está previsto en el artículo 1o. constitucional y en diversos tratados internacionales ratificados por México. Dicho principio, en términos generales, ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas. Es posible diseccionar este principio en varias exigencias de carácter tanto positivo como negativo, dirigidas a los creadores de las normas jurídicas y a sus aplicadores, con independencia del carácter formal de las autoridades respectivas, ya sean legislativas, administrativas o judiciales. En sentido positivo, del principio de progresividad derivan para el legislador (sea formal o material) la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos; y para el aplicador, el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen, en lo posible jurídicamente, esos aspectos de los derechos. En sentido negativo, impone una prohibición de regresividad: el legislador tiene prohibido, en principio, emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los derechos humanos, y el aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos humanos de manera regresiva, esto es, atribuyéndoles un sentido que implique desconocer la extensión de los derechos humanos y su nivel de tutela admitido previamente. En congruencia con este principio, el alcance y nivel de protección reconocidos a los derechos humanos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales, deben ser concebidos como un mínimo que el Estado Mexicano tiene la obligación inmediata de respetar (no regresividad) y, a la vez, el punto de partida para su desarrollo gradual (deber positivo de progresar).¹⁷

Además, el internet permite acceso a información de diversa índole, podemos equipararlo al derecho humano al libre desarrollo de la personalidad,¹⁸ porque también parte del principio de autonomía personal, se consultan los intereses particulares, se emiten opiniones, se aprende, acorde al plan individual; lo hacemos consistir en la libre capacidad de elegir los datos a consultar, las actividades en que se participa acorde a ese plan propio. También incluye la elección de los datos a compartir, de las relaciones personales, comerciales o jurídicas.

Otro de los temas relacionados con el derecho humano a internet, consiste en la denominada Brecha Digital, sobre el tema, Clara Luz Álvarez¹⁹ nos dice que existen diversas

¹⁷ Época: Décima Época, Registro: 2015305, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 85/2017 (10a.), Página: 189.

¹⁸ Época: Décima Época, Registro: 2021265, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 73, Diciembre de 2019, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CXX/2019 (10a.), Página: 331.

¹⁹ Álvarez, Clara Luz, Internet y Derechos Fundamentales, Ed. Porrúa, México, 2011, p. 61.

definiciones, las cuales dependen del enfoque desde el cual se establezca, aun cuando se reconoce su existencia, hay escépticos, sin embargo, su escepticismo deriva más bien del tamaño de la brecha y de su alcance. Lo anterior, sin perder de vista que existen muchos tipos de brechas y divisiones en la humanidad, la brecha digital es una más.

Por nuestra parte, definimos a la brecha digital como la división de las personas que tienen acceso a internet, lo cual impacta en el uso que puedan ejecutar. Se origina porque hay personas con acceso restringido o nulo a internet. Es cierto, vivimos en la sociedad de la información, pero no todos la viven en plenitud y otros no saben cómo acceder a los datos, a otros no les interesa y hay quienes crean datos falsos.

Tenemos la presencia de factores²⁰ que no les permiten a todos los gobernados usar internet, por ejemplo, la electricidad, la falta de redes de telecomunicaciones, carencia de computadoras, inexistencia de banda ancha.

Los factores económicos, podemos apreciarlos cuando al gobernado no les son suficientes sus ingresos para cubrir el costo del servicio de Internet y requiere de *wifi* gratuita.

Tenemos el factor social, la falta de instrucción en las personas, o apatía por la gente de la tercera edad no suele entender el uso de equipos informáticos y presenta renuencia a aprender.

Tampoco podemos basarnos en que ya muchas personas tienen teléfonos inteligentes, porque hay quienes sólo los usan para llamar, otros para entretenimiento, otros sólo para compartir datos en las redes sociales; por lo tanto, no significa que ejecuten un uso completo de los dispositivos.

V. Conclusiones

La sociedad se encuentra en constante evolución y el derecho no puede ser ajeno o quedar rezagado respecto a los nuevos fenómenos sociales. El surgimiento de nuevas generaciones de derechos humanos exige tener un marco convencional y constitucional acorde al devenir histórico, pero sobre todo deben plantearse políticas públicas que abonen a la verdadera eficacia de estos novedosos derechos subjetivos públicos.

El acceso al internet como derecho fundamental, ha dejado de ser un lujo de los países de primer mundo, es una cuestión necesaria para que los gobernados puedan ejercer otros derechos como la educación, la salud, a una tutela judicial efectiva. En ese contexto, el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso al internet en sus tres vertientes (código, contenido e infraestructura) y buscar disminuir y erradicar la brecha digital que existe entre los miembros de la sociedad a fin de evitar un trato discriminatorio y generar un entorno inequitativo.

De igual manera, el acceso al internet, como cualquier otro derecho fundamental no es absoluto, cuenta con límites y restricciones establecidos con meridiana claridad. Estas fronteras jurídicas se ponen de manifiesto cuando se daña o se corre el riesgo de vulnerar otros derechos fundamentales como son la libertad expresión, la igualdad y no discriminación, el derecho a la privacidad, etcétera; situación a la cual el Estado debe permanecer atento a todos estos derechos humanos para armonizarlos. Finalmente, la progresividad en este tópico es evidente, sin embargo, el Estado tiene todavía sobre sus hombros un reto enorme para llevar el internet aquellos sectores de la sociedad que se encuentran en marginación, sobre todo, grupos de pobreza económica y comunidades rurales, principalmente aquellos sectores más alejados de las manchas urbanas.

²⁰ *Idem* y ss.

VI. Fuentes de información

Tratados Internacionales y legislación

- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Convención Americana de Derechos Humanos Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Fiscal de la Federación.
- Semanario Judicial de la Federación.

Bibliografía

- Álvarez, Clara Luz, Internet y Derechos Fundamentales, Ed. Porrúa, México, 2011.
- Barrio, Andrés Moisés, Ciberderecho. *Bases Estructurales, modelo de regulación e instituciones de gobernanza*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- Frosini Tommaso Edoardo: *Libertad, Igualdad, Internet*, Ed. Tirant Lo Blanch, México, 2019.
- García Mexía, Pablo: *Derechos y libertades, internet y tics*, Tirant lo Blanch, México, 2014.
- Trejo García, Elma del Carmen: *Regulación Jurídica de Internet*, Camara de Diputados, México, 2006.

Informáticas

- Berrio Zapata C., Marín Arraíza P., et. al., Desafíos de la Inclusión Digital: antecedentes, problemáticas y medición de la Brecha Digital de Género, consultable en <http://www.scielo.edu.uy/pdf/pcs/v7n2/1688-7026-pcs-7-02-00121.pdf>, el trece de junio de dos mil veintiuno a las 14:38 horas.
- Carbonell José y Carbonell Miguel, Acceso al Internet como derecho humano, consultable en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37483.pdf>, el trece de junio a las 15:23 horas.
- <https://www.inegi.org.mx/>
- Internet Rights & Principles Coalition, Carta de derechos humanos y principios para internet. p. 15., consultable en https://derechoseninternet.com/docs/IRPC_Carta_Derechos_Humanos_Internet.pdf, el trece de junio de dos mil veintiuno a las 12:49 horas.
- <https://www.serviciosenlinea.pjf.gob.mx/>
- OEA y CIDH, ¿Cómo promover el acceso universal a internet durante la pandemia de Covid-19?, REDESCA, p. 3. Consultable en http://www.oas.org/es/cidh/sacroi_covid19/documentos/03_guias_practicas_internet_esp.pdf, a las 13:00 horas del veintiuno de mayo de dos mil veintiuno.
- Real Academia Española consultable en <https://dle.rae.es/internet>
- Uso de las TIC y actividades por Internet en México <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/estadisticas/usodeinternetenmexico.pdf>

Síguenos en Redes Sociales



Defensoría Pública



@defensoriaifdp



@defensoria.ifdp



Instituto Federal de
Defensoría Pública

Director General

Maestro Netzai Sandoval Ballesteros

Junta Directiva

Doctora Mónica González Contró

Doctora Catalina Pérez Correa

Maestra Estefanía Vela Barba

Doctor José Luis Caballero Ochoa

Maestro Carlos Gustavo Ponce Núñez

Doctor Diego Valadés

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciada Elizabeth Ayesha Borja Domínguez

Unidad de Asesoría Jurídica

Licenciada Diana Talavera Flores

Unidad de Administración y Apoyo Operativo

Licenciado Mauricio Pérez Hernández

Unidad de Supervisión, Evaluación y Servicio Civil
de Carrera

Licenciado Diego Roberto Tovar Sánchez

Unidad de Defensa Penal

Licenciado Rafael Robles Roa

Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos