

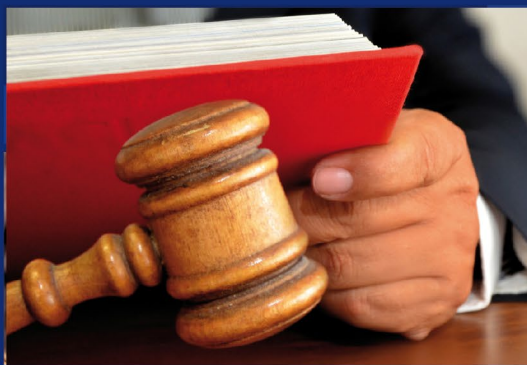
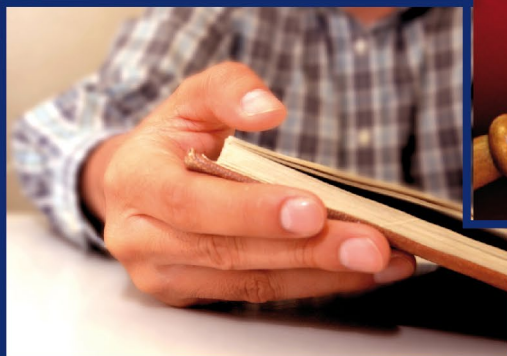


Instituto Federal
de Defensoría Pública

Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL/Nº. 22/DICIEMBRE 2016

ISSN 1870-7610



Prácticas judiciales



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Director

Mario Alberto Torres López

Coordinadores

Mario Alberto Torres López
Esperanza del Consuelo Vera Díaz
Miriam Falcón Ugalde

Captura: Miriam Falcón Ugalde
Diseño y formación: Armando Maya Ruiz

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública
Número 22, diciembre de 2016
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, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06040, México, D.F., tel: 55-18-53-91 y 55-18-53-90, fax 55-18-55-62.

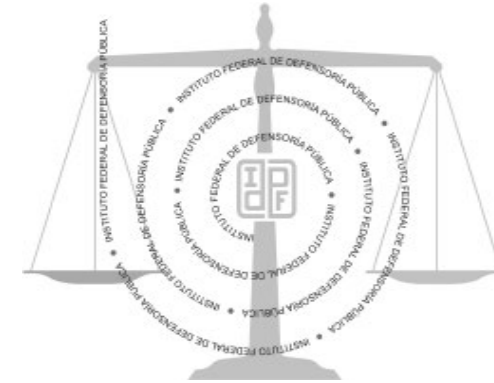
Editor responsable: Mario Alberto Torres López

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

Tiraje 1,200 ejemplares
Distribución gratuita.



Índice

	Página
Presentación	7
Presencia de la Corte, la Judicatura y el Tribunal Electoral	9
<i>Consejera Martha María del Carmen Hernández Álvarez</i> Desafíos de la gobernabilidad judicial en México	11
Entrevista al Maestro Gonzalo Moctezuma Barragán, Secretario Ejecutivo del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, sobre el <i>Programa de Prácticas Judiciales</i>	51
<i>Magistrada María del Carmen Alanís Figueroa</i> La tutela de los derechos políticos indígenas y la necesidad de crear una defensoría indígena en el ámbito electoral	57
<i>Magistrado Manuel González Oropeza</i> <i>Licenciado Marcos del Rosario Rodríguez</i> Los límites a la crítica aceptable respecto de las personas públicas en la jurisprudencia interamericana	81

<i>Magistrado Miguel Ángel Aguilar López</i> Auto de vinculación a proceso	103
<i>Licenciado José Guadalupe de la O Soto</i> El principio de progresividad de los derechos humanos en México: reseña de una sentencia judicial	111
<i>Licenciada Margarita Izchel Mora Gutiérrez</i> Perspectiva teórica de la transformación del contenido material del derecho a la intimidad a la luz de las nuevas tecnologías de la información	179
Presencia de la Defensoría	215
<i>Doctor Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot</i> Sobre el “derecho a la educación” y el “derecho a la salud” (A propósito de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos)	217
<i>Licenciado Víctor César Cano Hernández</i> Investigación de la defensa	249
<i>Maestro Óscar Enrique Castillo Flores</i> <i>Doctor Raúl Rodríguez Vidal</i> <i>Maestro Víctor Pedro Rodríguez Vidal</i> Ombudsman fiscal y los acuerdos conclusivos	265
<i>Licenciado Jorge Alberto Cerón Cardeña</i> La Ley Nacional de Ejecución Penal ¿es discriminatoria?	311
<i>Licenciada Esperanza Soto Alonso</i> La importancia del primer respondiente en el nuevo sistema de justicia penal mexicano	329

Presencia de la Comunidad Jurídica	359
<i>Dr. Guillermo Benjamín Díaz Martínez</i> <i>Dra. Sofía Martínez Huerta</i> El juicio oral mercantil y el derecho a un recurso sencillo y eficaz	361
<i>Licenciado Luis Edgardo Serralde Moreno</i> Ejercicio del derecho humano de acceso al agua en México y la experiencia de Colombia en la materia	389
Actividades de capacitación	423

Presentación

El interés que semestralmente ha despertado en la comunidad jurídica la publicación de la *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, se debe, sin duda alguna, a la rigurosidad con la cual los autores abordan sus respectivos temas de investigación, amén, por supuesto, de la actualidad en la agenda pública de los mismos. Agréguese a ello, naturalmente, su incuestionable prestigio y reconocimiento tanto en el ámbito académico como en su actuar en los diversos espacios de nuestro sistema de administración de justicia.

Este número 22 correrá la misma suerte, pues, como lo podrá constatar el lector, cada una de las contribuciones en él contenidas, conlleva un análisis profundo del tema abordado, situación que agradecemos y apreciamos, toda vez que nos permite reflexionar y entender, de una mejor manera, los aspectos jurídicos que actualmente vivimos.

Es un honor para este Instituto que los autores hayan permitido compartir y dar a conocer parte de sus investigaciones por medio de esta su *Revista*. La reflexión que propicien temas tan interesantes como el de gobernabilidad judicial, derechos políticos indígenas, límites a la crítica aceptable respecto de las personas públicas, auto de vinculación a proceso y el que relaciona el derecho a la educación y el derecho a la salud, seguramente se verán reflejadas en las diversas instancias de impartición de justicia.

Sucedará lo mismo con los temas sobre derecho a la intimidad, acceso al agua, y con los que plantean cuestiones referentes al juicio oral mercantil, Ombudsman fiscal, Ley

Nacional de Ejecución Penal, y primer respondiente en el nuevo sistema da justicia penal mexicano.

Sin más, dejo al alcance de la comunidad jurídica, asesores y defensores públicos, y foro en general, el presente volumen. Estoy convencido de que lo expuesto en él será todo un referente jurídico.

Mario Alberto Torres López

Director General

Diciembre de 2016

PRESENCIA DE LA
CORTE, LA JUDICATURA Y
EL TRIBUNAL ELECTORAL

Desafíos de la gobernabilidad judicial en México

*Martha María del Carmen Hernández Álvarez**

SUMARIO: I. GOBERNABILIDAD JUDICIAL. § 1. Aproximaciones al concepto de gobernabilidad judicial; § 2. Causas de la crisis de gobernabilidad en el ámbito judicial. II. GOBERNABILIDAD Y COMPLEJIDAD DE LOS SISTEMAS JUDICIALES. § 1. La idea de “sistema judicial”; § 2. Autorreferencialidad del sistema judicial; § 3. Autorreproducción de los sistemas judiciales; § 4. Los sistemas complejos no tienen “respuestas únicas”. III. REFORMAS PARA LA GOBERNABILIDAD JUDICIAL. § 1. Tratamiento de los problemas de gobernabilidad judicial; § 2. Oralidad procesal; § 3. Medios alternativos de resolución de controversias; § 4. Juicios en línea; § 5. Conocimiento de los nuevos sistemas. Bibliografía.

I. Gobernabilidad judicial

§ 1. Aproximaciones al concepto de gobernabilidad judicial

Con el término gobernabilidad, los especialistas definen un aspecto fundamental del gobierno de las instituciones: su capacidad para responder a los desafíos sociales. Lo contrario, la ingobernabilidad, se produce cuando se rompe ese alineamiento o equilibrio entre la capacidad de respuesta y los requerimientos sociales.

* Consejera de la Judicatura Federal.

Ello puede deberse a dos causas fundamentales, una externa, que es el crecimiento desbordado de los niveles de complejidad social; la otra interna, se refiere a la incapacidad de la propia institución para responder, sea por obsolescencia o inflexibilidad para adaptarse a los cambios.

Por tanto, hay gobernabilidad ahí donde se produce de manera constante un alineamiento entre capacidades institucionales y necesidades sociales. Subrayamos que el alineamiento debe ser constante, porque cualquier receso en el proceso de alineamiento puede producir una disfuncionalidad en el sistema o simplemente su quiebra, a la cual se denomina *crisis de gobernabilidad* o de manera más simple, *ingobernabilidad institucional*. Por ello es necesario que las instituciones refuercen constantemente su capacidad de respuesta, de manera que sean capaces de responder en el aquí y el ahora.

Joan Oriol Prats señala a este respecto que, para mantener la capacidad de respuesta de las instituciones a las necesidades sociales del aquí y el ahora, se requiere un constante refuerzo para adaptarse de manera flexible, para lo cual es necesario que el gobierno de las instituciones mantenga un flujo de información que genere nuevas respuestas a nuevos problemas. De ahí que se diga que el grado de gobernabilidad dependerá de la armonía entre dos principios básicos de la dinámica institucional: estabilidad y flexibilidad. Lo primero porque si bien es cierto que las instituciones deben ser adaptables, ello no significa que hayan de moverse en un terreno de impredecibilidad tal que ponga en riesgo la seguridad jurídica de la propia institución o del sistema en el cual se inserta; por lo que se refiere a la flexibilidad, es necesario que cuenten con la capacidad de adaptarse a los cambios desde su

propia institucionalidad, es decir, sin dejar de ser lo que son o, dicho en términos de la sociología jurídica, sin abandonar su identidad institucional.¹ El problema se produce cuando las instituciones entran al juego de la ambivalencia, por lo que siguen denominándose de un modo que no corresponde con las tareas que realiza en ese momento. Así, por ejemplo, si un partido se convierte en un movimiento, no puede pretender mantenerse a flote conservando la gobernabilidad institucional, si no cuenta con una identidad clara que le permita asumir un rol dentro de la dinámica institucional.

Si atendemos de manera particular al problema de gobernabilidad dentro del sistema judicial federal, podemos afirmar que esta se consigue en la medida en que logremos mantener la armonía entre los principios de la gobernabilidad antes señalados: por una parte, la estabilidad del gobierno institucional que requiere de un marco normativo claro que permita realizar los ajustes necesarios para el gobierno de las instituciones. Marco que ha de ser reforzado y puesto al día a partir de la información sobre las vicisitudes del entorno social y sobre las demandas específicas de mayor justicia. También debe conservar la flexibilidad necesaria para atender a esos cambios en un marco de legalidad que sea dúctil y adecuado para el gobierno de las instituciones.

Se trata de una dinámica que podríamos considerar *ordinaria* del gobierno institucional; sin embargo, hay ocasiones en que los desafíos del mundo exterior (sociales, económicos, estructurales, etcétera) son tan fuertes que pueden llegar a volverse ingobernables, pero no por sí mismos, sino porque las instituciones se

¹ Oriol Prats, J.: *El concepto...* cit.

hacen incapaces de dar la respuesta oportuna, ya sea ante una demanda de justicia en condiciones nunca antes vistas o por la aparición de actores sociales que dan pie a relaciones jurídicas no contempladas del todo en la legislación vigente. Todo lo cual genera una crisis de gobernabilidad.

La crisis generalmente se atribuye a la carencia del personal cualificado y profesionalmente apto para gobernar el cambio, así como a la falta de las condiciones materiales adecuadas para ello (espacios, oficinas, número de empleados o recursos presupuestales). En otras palabras, la crisis de gobernabilidad y la ingobernabilidad se producen ahí donde se rompe el equilibrio entre la estabilidad institucional y la flexibilidad para hacer frente al cambio. Sin embargo, ese diagnóstico, tan amplio y general, puede resultar insuficiente a quien gobierna las instituciones al no permitirle detectar con mayor precisión –dicho en términos de patología médica– la *etiología* de la crisis en una institución concreta.

Ante una crisis de gobernabilidad, lo primero que ha de hacerse es un análisis adecuado de las causas que están afectando a las capacidades de respuesta, o que quizá estén produciendo el anquilosamiento de la institución sin que las personas que tienen a cargo la función de gobierno puedan remediarlo.

Para continuar con la analogía del lenguaje médico, en esa disciplina se dice que, si la etiología de una enfermedad está bien identificada en el diagnóstico, entonces es posible poner un remedio adecuado. El cual generalmente consistirá en un rediseño institucional, para lo que es necesario dar el primer paso sometiendo la institución a un balance que nos permita prescribir las dosis exactas de corrección y ajustes gubernamentales.

§ 2. Causas de la crisis de gobernabilidad en el ámbito judicial

Entre las muy variadas causas que producen la ruptura entre las capacidades institucionales y las necesidades sociales y, consecuentemente, la crisis de gobernabilidad dentro del Poder Judicial de la Federación, nos detendremos en una que, de alguna manera, engloba a todas las demás, al menos como elemento indicial de la crisis: el aumento de los niveles de complejidad social en México y el consecuente cambio en la demanda de justicia.

Según los coordinadores del Seminario de Problemas Filosóficos y Científicos de la UNAM, la complejidad es el resultado del mundo actual, que se presenta ante nosotros como: *un sistema altamente entrelazado, en continuo cambio, que se modifica a pasos acelerados. Los tiempos de respuesta ante estímulos son cortos, los procesos adaptativos intrincados. Los escenarios sociales y los desenlaces económicos se suscitan en forma intempestiva. Las transformaciones culturales superan nuestras previsiones. La tecnología sobrepasa nuestra capacidad de asimilación, la ciencia nos deslumbra.* Según los autores, todos estos factores se encuentran en la realidad interconectados. *Por ello –añaden– el reto de comprender, asimilar, aprovechar y disfrutar nuestro mundo exige una nueva forma de abordar al mundo complejo.*²

Entre las principales causas del aumento de complejidad en México, podemos señalar las siguientes:

1. El aumento de la movilidad social en el país y en el mundo entero (no solo nos referimos al fenómeno migratorio, sino también al movimiento de ascenso social y de transformación de las estructuras de los grupos tradicionales de la sociedad).

² Flores Valdés, J. y Martínez Mekler, G.: *Encuentros...* cit.

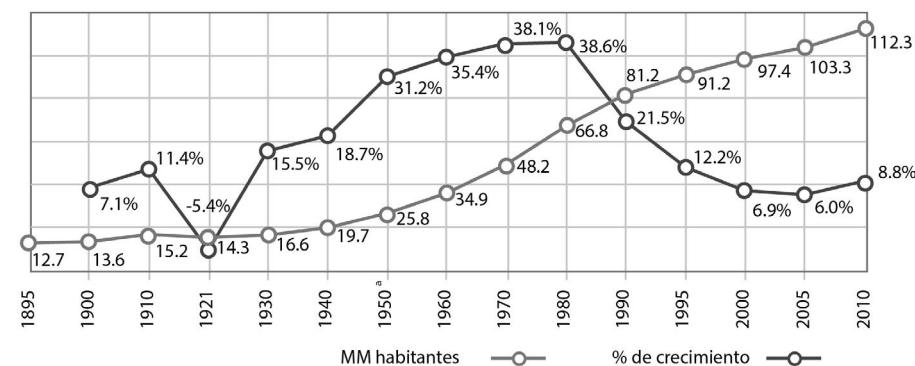
2. La intensa transformación de la economía y de los sistemas financieros internacionales y nacionales, así como el aumento de la población que directamente se involucra en un mayor número de relaciones jurídicas.
3. La creciente sistematización de los procesos de intercambio humano en todos los terrenos (económico, cultural, político, organizacional y, desde luego, jurídico y regulatorio) como consecuencia del aumento vertiginoso de la tecnología digital.
4. La expansión de lenguajes cada vez más tecnificados, que producen un alejamiento entre una élite que conoce la gramática especializada y la inmensa mayoría de personas que dependen de los profesionales de la lexicografía técnica (por ejemplo, la relación entre abogados y clientes o entre jueces y sociedad).
5. La *tiranía de las leyes físicas* en las disciplinas que se orientan al estudio y organización de las conductas humanas (siempre variables y cambiantes), debido fundamentalmente a la elevación del pensamiento matemático al nivel de paradigma científico único.

Al hacer un recuento de la historia moderna de México, quizá a partir de la década de los sesenta, es perceptible un aumento constante de los niveles de complejidad social en todos los ámbitos de la cultura. Ello, debido, entre otras cosas, a la creciente concentración urbana que se produce en los sexenios de López Mateos y Díaz Ordaz (para 1960, México cuenta con una población urbana de 17, 705, 118 que equivale al 51% del total de la población) con motivo del empobrecimiento del campo y el desarrollo de la industria en torno a las grandes ciudades. Fenómeno que en nuestros días se ha vuelto

crítico y ha producido serias crisis de gobernabilidad en los diversos niveles de gobierno.

Hemos visto en las últimas décadas un crecimiento urbano horizontal y vertical, en ocasiones carente de una debida planeación, lo cual no es sino la punta de un *iceberg*, que esconde tras de sí un nudo de relaciones interpersonales cada vez más complejas y, en ocasiones, verdaderamente caóticas. Siendo ello causa de un aumento de los índices de litigiosidad y de las demandas sociales de justicia, sin que el Estado cuente siempre con los recursos materiales y humanos para atenderlas en tiempo. Tal como lo señala Mario Luis Fuentes en una editorial reciente, México ha experimentado profundos cambios territoriales y demográficos en las últimas décadas: todavía en la década de los 50 del siglo XX la población nacional se distribuía proporcionalmente entre los ámbitos rural y urbano, pero esa estructura comenzó a modificarse de manera relevante en las siguientes décadas, para asumir un muy acelerado ritmo de urbanización a partir de la década de los 80 del siglo pasado.³

Crecimiento de la población mexicana, 1895-2010



^a El total incluye 11763 habitantes, dato registrado bajo el concepto de Complementarios, el cual no se presentó por entidad federativa.

Fuente: INEGI. Censos de población y vivienda de 1895 al 2010. Tabulados Básicos.

³ Fuentes, M. L.: "Creciente... cit.

Fenómeno que no se ha detenido al día de hoy y que constituye uno de los rubros más importantes de la agenda de política poblacional, pues de acuerdo con los resultados definitivos del último censo general de población realizado en el año 2010, poco más de 72% de la población nacional (81.3 millones de personas) vive en 384 localidades urbanas que tienen más de 15 mil habitantes cada una, mismas que, como ha señalado Mario L. Fuentes, forman la columna vertebral del sistema urbano nacional. De acuerdo con algunos estudios realizados por entidades públicas y privadas –dice este autor– se espera que para el año 2030 haya al menos 20 ciudades con más de un millón de habitantes cada una, lo que incrementará el grado de complejidad, tanto en el ámbito político-administrativo, como en los temas relacionados con la distribución de la riqueza.⁴

Si a esa realidad crecientemente dinámica, añadimos otros datos que se han ido incorporando en lo que va del presente siglo, se percibe el mismo fenómeno de acrecentamiento de la complejidad en nuestro país. Es suficiente con mencionar, por ejemplo, el aumento de la pobreza extrema, la constante aparición de fenómenos de inflación vinculados a procesos económicos internos y externos, así como el desarrollo de la tecnología y el aumento de los niveles de educación en un amplio sector de las sociedades urbanas en detrimento de otros sectores menos favorecidos.

Así pues, estos fenómenos han aumentado el número de casos que son sometidos a la intervención resolutoria de los tribunales, lo cual no necesariamente corre parejo con la capacidad institucional de estos ni con los niveles de profesionalización del personal con que se cuenta.

⁴ *Ídem.*

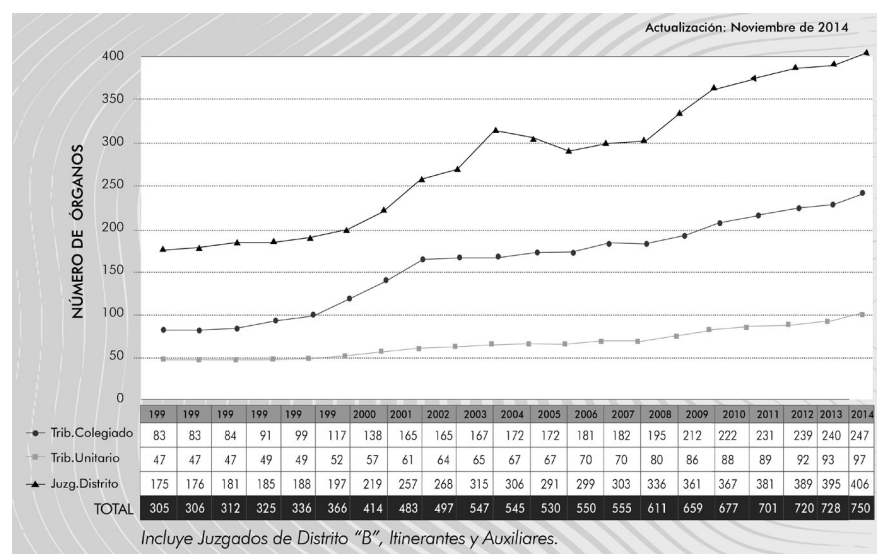
Tal es el caso de nuestro país donde, tras un gran número de foros de análisis y discusión realizados en lo que va del presente siglo, se ha demostrado (basándose en investigaciones empíricas, como muestreo de encuestas, índices, gráficas de cuantificación, porcentajes, clasificaciones, etcétera) la insuficiencia de los medios estatales y la necesidad de articular una impartición de justicia con criterios más flexibles y funcionales.

Para dar respuesta a esas nuevas realidades, el Poder Judicial de la Federación se ha visto forzado a mantener un proceso constante de reestructuración y crecimiento. Fenómeno observable desde la década de los sesenta y hasta la de los noventa, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación aún era el centro administrativo del Poder Judicial de la Federación. A lo largo de ese periodo creó nuevos tribunales y juzgados, y reestructuró la distribución territorial distrital. Más tarde, con la creación del Consejo de la Judicatura Federal, esa labor se multiplicó, pues como se ha dicho, la sociedad mexicana ha cambiado y, con ella, sus niveles de relación jurídica y de consecuente actividad en los tribunales.

Si observamos cada uno de los periodos de nuestra historia contemporánea, el fenómeno se repite: a mayor concentración urbana y a mayor demanda de justicia ciudadana, el Estado mexicano y de manera particular, el Poder Judicial de la Federación, ha respondido con un criterio esencialmente cuantitativo, es decir, aumentando el número de instancias judiciales para que atiendan a más personas en un periodo de tiempo más breve, evitando así el rezago, que es un mal que de antaño ha afectado a la justicia mexicana.

Tal como se señala en la introducción del *Atlas Jurisdiccional 2014*, publicado por el Consejo de la Judicatura Federal, basta señalar que cuando [el Consejo]

inició funciones [...] sólo existían 23 Circuitos Judiciales Federales en el país, con un total de 305 órganos jurisdiccionales federales en funciones, divididos en la siguiente forma: 175 Juzgados de Distrito, 47 Tribunales Unitarios de Circuito, y 83 Tribunales Colegiados de Circuito, cifra que contrasta con los 750 órganos jurisdiccionales que existen en la actualidad, radicados en 71 localidades y distribuidos en 32 circuitos. Lo anterior representa un aumento de más de 141% en el número de juzgados y tribunales en funciones.⁵



http://www.cjf.gob.mx/atlasCJF/docs/Atlas_CJF.pdf p. 17

Ese crecimiento cuantitativo que ha orientado las políticas de desarrollo institucional del Poder Judicial de la Federación, ha logrado disminuir el rezago en cierta forma, sin que se produzca un cambio de fondo que ponga las bases para la gobernabilidad judicial en el largo plazo, pues mientras tienen lugar los fenómenos de

⁵ *Atlas jurisdiccional...* cit., pp. 16-17.

reestructuración institucional, la sociedad mexicana sigue creciendo en número y en niveles de complejidad a un ritmo que supera las expectativas y las posibilidades de planeación de cualquier administración pública estatal, por moderna que sea. Es suficiente con señalar que, según datos que arroja el último censo realizado por el Consejo de la Judicatura Federal, al cierre del año 2014 ingresaron un total de 1,056,624 asuntos, por 1,014,085 asuntos resueltos en los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC), los Tribunales Unitarios de Circuito (TUC) y los Juzgados de Distrito (JD). Resulta lógico, por tanto, que se haya vuelto urgente el aumento del número de órganos.

Además, el aumento cuantitativo de instancias y tribunales en nuestro país ha producido algunos efectos secundarios. El principal de ellos es aquel que podríamos denominar *masificación de la justicia*.

En efecto, la urbanización creciente va de la mano normalmente con un fenómeno social al que se denomina de manera genérica *masificación*. Concepto que ha dado lugar al desarrollo de un sinnúmero de teorías (Gabriel Tarde, Ortega y Gasset, Elías Canetti, etcétera) que colocan sus causas y consecuencias en diversos ámbitos interpretativos. Pero para efectos de este trabajo, entendemos por tal, el hecho de que la justicia se *administre* de acuerdo con ciertos modelos de producción lineal en la industria, en donde el criterio fundamental es producir al menor costo la mayor cantidad posible. Basta con pensar en la presencia de nuevos edificios, espacios y número de personas que se han incorporado al Poder Judicial en los últimos 30 años, para corroborar esa suerte de masificación judicial.⁶

⁶ Tal como leemos en el informe del censo del PJF, en lo que respecta a la cantidad de personal con el que contaba el Poder Judicial de la Federación al cierre del año 2014, se identifica un total de 42,451 servidores

La masificación produce un cierto nivel de anonimato en las relaciones que se suscitan entre el juzgador y el ciudadano, de manera similar –si se me permite la comparación– a lo que ocurre con una máquina automática que, si bien ahorra insumos y disminuye gastos de contratación de personal, produce en el consumidor (en este caso el ciudadano) una sensación de lejanía que le lleva a sentirse ajeno a los procesos, al lenguaje cada vez más técnico y, sobre todo, a padecer la despersonalización de los servicios. Todo lo cual, en los términos de la teoría de la gobernabilidad que aquí estamos esbozando, abre una peligrosa brecha entre el ciudadano y las instancias a las que debe acudir para solucionar sus conflictos de manera pacífica y ordenada.

Para comprender a fondo la manera en que afecta la complejidad de los sistemas sociales, tecnológicos, culturales y económicos a la labor jurisdiccional, es necesario esclarecer el panorama interpretativo precisando las nociones fundamentales en torno a lo que actualmente se entiende por *sistema judicial*.

públicos, de los cuales se registró que 3,286 (7.7%) se encontraban adscritos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), 1,491 (3.5%) adscritos al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), y 37 mil 674 (88.7%) al Consejo de la Judicatura Federal (CJF) dentro del cual se contabiliza también todo el personal de los TCC, los TUC y los JD, así como personal del Instituto Federal de Defensoría Pública. En el presente año se lleva a cabo el proyecto estadístico en el que se ofrece información relevante de la estructura, organización, recursos y ejercicio de la función de los órganos que conforman el Poder Judicial de la Federación, realizado en coordinación con el INEGI, desarrollado en el marco de los trabajos que tiene encomendados el Comité Técnico Especializado de Información de Impartición de Justicia del Subsistema Nacional de Información de Gobierno, Seguridad Pública e Impartición de Justicia (SNIGSPIJ). La finalidad del censo es producir la información oportuna para el quehacer gubernamental dentro de los procesos de diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas públicas de alcance nacional en materia de impartición de justicia. Información obtenida del Boletín de Prensa número 112 / 16 del CJF.

II. Gobernabilidad y complejidad de los sistemas judiciales

§1. La idea de “sistema judicial”

Un sistema es un conjunto de interrelaciones de dependencia que, a diferencia de lo que suele creerse, está en permanente cambio. Cambio que en ocasiones puede no percibirse con claridad, pues se produce en el nivel de relaciones más profundo, de un modo parecido –si se me permite el símil– a lo que ocurre con un ser vivo, animal o vegetal, que aun cuando pueda estar en proceso de fermentación, mutación o descomposición, puede pasar desapercibido hasta el momento en que eclosiona.

Pero, ¿qué lleva a entrar en crisis a un sistema? Quizá la respuesta sea simple: el mismo sistema, que encierra germinalmente su debilitamiento e, incluso, su destrucción si no se hacen los ajustes pertinentes.

A finales del siglo XX, dos filósofos del derecho, el alemán Niklas Luhmann y el italiano Raffaele de Georgi, estudiaron los fenómenos de crecimiento de la complejidad de los sistemas sociales a partir de los estudios que sobre los sistemas biológicos habían elaborado los chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela (1972).⁷ Parte de las conclusiones a las que llegaron Luhmann y De Georgi es que todos los sistemas, incluido el jurídico y el judicial en sentido estricto, funcionan siempre que reúnan tres características fundamentales: autorreferencialidad, autoproducción y apertura. Mismos que explicaremos en los siguientes rubros.

§2. Autorreferencialidad del sistema judicial

La autorreferencialidad de los sistemas, tanto naturales como sociales, alude al modo en que estos se desarrollan de acuerdo con su propia lógica funcional, escapándose,

⁷ Luhmann, N. y de Georgi, R.: *Teoría...* cit.

en ocasiones, de la posibilidad de intervención del hombre. Incluso, como señalan Luhmann y De Georgi, los sistemas se independizan de su creador y llegan a convertirse en productores de *subsistemas*, es decir, se autorreproducen, casi, podría decirse, al margen de todo control jerárquico formal. ¿Qué significa esto y cómo se explicaría si aplicamos el modelo al Poder Judicial?

La autorreferencialidad del sistema judicial tal como se ha desarrollado hasta hace poco tiempo en nuestro país, proviene de su propia naturaleza, pues se trata de una forma de organización artificial de uno de los Poderes del Estado parecida a la estructura de una máquina que cuenta con una lógica de funcionamiento basada en esquemas físicos, en los que la lógica de causa-efecto se impone sobre cualquier otro enfoque, como el humanitario o el de la ética. Con ello no se quiere decir que el sistema judicial sea solo una máquina o una fría e inhumana estructura artificial, sino tan solo queremos partir de la constatación de un hecho, a saber: la forma en la que se ha concebido y tratado la organización de la justicia en México y en el mundo moderno.

No obstante los beneficios que ha traído consigo la aplicación de criterios de racionalidad organizacional para administrar y acrecentar la capacidad de respuesta del Poder Judicial, lo cierto es que la autorreferencialidad que, como se ha dicho, conlleva todo sistema, tiene un costo que puede llegar a ser muy alto, pues produce formas de organización social tan tecnificadas que terminan por volverse contra el hombre, para el cual fueron creadas. Incluso, como se ha visto en los fenómenos de burocratización a gran escala del siglo XX, los sistemas gubernamentales y, especialmente, el judicial, pueden llegar a convertirse en una suerte de Leviatán que devora a la persona.

Por ello, cuando los consejos de la judicatura o, en su caso, los poderes legislativos intervienen para corregir o mejorar el funcionamiento de los sistemas judiciales, se ven necesariamente limitados por la autorreferencialidad, pues un sistema creado de manera técnica no es susceptible de ser modificado si no se sigue su lógica. Por ejemplo, en los actuales sistemas judiciales la modificación de lo que podríamos llamar *subsistemas* como el de adscripciones de los funcionarios, atendiendo a la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo o la calidad de vida (razones humanitarias o consideraciones éticas) podría llegar a producir cierta disfuncionalidad, pues el sistema no está diseñado para *funcionar* bajo esos criterios, sino a partir de criterios cuantitativos o de técnica distributiva. Lo cual dificulta enormemente la gobernabilidad judicial, pues aun cuando quien gobierna el sistema deseara contribuir al bienestar de los funcionarios, se topa con una realidad implacable que es necesario, evidentemente, modificar.

La autorreferencialidad de los sistemas en general y del sistema judicial en particular, produce un efecto parecido al que tiene el reloj sobre el relojero, o cualquier máquina sobre el artífice que la creó, esto es, una vez que se crea de acuerdo con la lógica de composición numérica y habiendo respetado las leyes básicas de la física (especialmente la del movimiento), el relojero pierde el control total sobre su reloj, de tal manera que si desea modificarlo es necesario que asuma la autorreferencialidad del sistema del reloj que él mismo creó, es decir, la lógica del movimiento mecánico y las leyes de la causalidad física.

Pues, bien, *mutatis mutandi*, algo parecido sucede en el gobierno del Poder Judicial, pues las instituciones de la judicatura, como los relojes, tienen una lógica funcional que debe respetarse. De tal manera que toda modificación

o ajuste requiere que el que gobierna comprenda el contexto de funcionamiento, pues como se ha dicho, el sistema funciona como un todo, por lo que sus partes deben estar subordinadas y ocupando el lugar que les corresponde en el todo.

El conocimiento de ese aspecto de la complejidad sistémica de la judicatura (la autorreferencialidad) nos permitirá como gobernantes del Poder Judicial tomar decisiones acertadas. Permítaseme hacer aquí otra comparación: el médico no puede curar a una persona aliviando uno solo de sus síntomas. Es necesario que comprenda las relaciones de dependencia del sistema orgánico para que diagnostique con mayor precisión y, sobre todo, para que establezca la terapia adecuada. Algo parecido sucede en nuestro sistema judicial si quienes tienen o tenemos a nuestro cargo su gobierno, perdiéramos la visión de conjunto, es decir, la comprensión del sistema y de su funcionamiento.

Todo lo cual –insistimos en ello– nos sitúa en una línea de tensión entre el sistema y el sentido humano que debe tener quien lo gobierna, pues ha de moverse en la difícil y compleja relación entre el aspecto organizacional o sistémico del poder y las realidades humanas particulares que se ha de resolver día con día.

Pero cuando nos referimos al gobierno del Poder Judicial, no podemos reducir el terreno al ámbito del gobierno político o gubernamental propiamente dicho (el que ejerce directamente el Consejo de la Judicatura). Los juzgadores, al aplicar leyes de acuerdo con unos principios y unas exigencias derivadas del sistema judicial, también gobiernan a la sociedad. Y con ello no nos referimos a la así llamada judicialización de la sociedad o *gobierno de los jueces*. Simplemente estamos haciendo referencia a un hecho que en ocasiones se pasa por alto, esto es,

que el gobierno de las sociedades no se limita a acciones políticas, sino también administrativas, culturales y, por supuesto, judiciales. Por ello, es importante que lo hagan con un sentido humano, si bien, como se ha señalado, el modelo que se ha seguido en las últimas décadas, al poner un énfasis exagerado en el aspecto funcional y técnico del sistema judicial, se los ha impedido, volviéndolos prácticamente invisibles ante una sociedad que reclama justicia con rostro humano. Invisibilidad o lejanía, que ha sido consecuencia –insistimos en ello– de la sistematización creciente con la que pretendió modernizarse la impartición de justicia.

En suma, recapitulando lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que la creciente concentración urbana y el aumento de los niveles de complejidad que inició a mediados del siglo XX y continúa hasta el día de hoy, ha propiciado la adopción de modelos de organización judicial cada vez más tecnificados, a fin de cubrir masivamente las demandas de una sociedad cada vez más masificada. Sistema, cabe señalar, que ha contribuido hasta cierto punto a mejorar la gobernabilidad judicial de acuerdo con esquemas propios de las décadas de los sesenta y hasta la de los ochenta, pero que hoy en día resulta insuficiente, sobre todo porque las sociedades que antes constituían un todo homogéneo (urbano) ahora son altamente complejas en su composición y funcionamiento.

No resulta excesivo sostener que el sistema que algún día funcionó ahora presenta síntomas de quebranto, prueba de ello es la modificación sustancial que se ha realizado a partir de las más recientes reformas en materia procesal penal, mercantil y civil. Parece pertinente en esta etapa de adaptación asomarnos por la escotilla de la legalidad para realizar un análisis sobre la naturaleza de esas reformas. La primera pregunta que nos sale al

encuentro de esta labor de criba es: ¿hasta qué punto las reformas adoptadas obedecen a la realidad que vivimos como sociedad compleja? Y, quizá de la mano de esta primera cuestión viene de inmediato otra: ¿qué criterios es necesario tener en cuenta para comprender el fondo de dichas reformas y para realizar cualquier ajuste en su aplicación? Las respuestas en este caso no son sencillas.

Para comprender el gobierno de los sistemas judiciales en transición, es necesario considerar otra característica de la complejidad de los sistemas de la que también hablan Luhmann y De Georgi.

§3. Autorreproducción de los sistemas judiciales

Según estos autores, la segunda nota característica de los sistemas sociales e institucionales es aquella que se refiere la capacidad de los sistemas de autorreproducirse, capacidad a la que denominan (siguiendo a Aristóteles) con la palabra griega *autopoiesis*, que literalmente significa autorreproducción o reproducción sostenida de manera autónoma.

Esto quiere decir que la vida de las sociedades y las instituciones produce sus propios códigos de comunicación o claves de comportamiento, así que quien hace las normas que han de regir ese sistema o quien determina criterios de gobierno para su aplicación (los Consejos de la Judicatura) deben tomarlos en cuenta si no quieren que sus decisiones resulten inviables en la práctica.

Dicho en otros términos, es el propio funcionamiento del sistema en el día a día, lo que produce ciertas costumbres que se traducen en *subsistemas*. Con ello no pretendo justificar modos extralegales de interpretación de las normas que rigen el sistema judicial, sino formas de comportamiento del propio sistema, que resultan

perfectamente comprensibles. Pongamos un ejemplo, en nuestro país la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un tribunal de legalidad y, a la vez, decide sobre problemas de carácter político-constitucional. Eso no ocurre en la mayor parte de los sistemas estatales, que cuentan, o bien con una sala especializada que funciona como tribunal constitucional o con un tribunal de esa naturaleza, cuya creación, formación y funcionamiento son independientes del Poder Judicial, ¿Podemos por ello decir que la Suprema Corte mexicana tiene una disfuncionalidad institucional? De ninguna manera. Se trata de una autoproducción de nuestro sistema, es decir, de un modo de operar que es perfectamente válido y funcional.

A eso se refieren Luhmann y de Georgi, al señalar que los sistemas se autorreproducen, es decir, generan cierto *modus operandi* a través de instituciones e instancias intermedias o derivadas, que han de tomarse en cuenta en el momento de realizar ajustes al sistema judicial. Ello, en el ejemplo que he mencionado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, significa que en el caso de hacer una reforma legal o constitucional que le afecte, no ha de partirse del supuesto de que, por no adecuarse al sistema generalmente adoptado en los demás países, sea una institución asistémica o disfuncional, pues si adoptáramos ese criterio, correríamos el riesgo de rediseñar institucionalmente la Judicatura Federal, sin considerar que nuestro sistema ha producido, a lo largo de la historia, sus propios subsistemas o modos particulares de funcionar.

Incluso, cuando se habla de un *cambio de paradigma en el sistema judicial*, es decir de una modificación sustancial en el modo de funcionamiento y en el lenguaje con el que se le interpreta, es necesario respetar ciertos modos de ser de las instituciones, lo cual nos obliga a

adoptar los cambios de manera paulatina, permitiendo que quienes los han de aplicar, por ejemplo, los jueces en materia de juicios orales, los asimilen o, dicho en lenguaje de sicología organizacional, *los internalicen*.

Con ello tampoco queremos decir que los subsistemas producidos por el sistema judicial sean intocables o inmodificables, solo queremos resaltar la necesidad de comprender esa forma de funcionamiento sistémico que ha de tenerse en cuenta en el gobierno del Poder Judicial o en su rediseño institucional, a fin de no hacer *tábula rasa* de una forma peculiar de funcionamiento.

§4. Los sistemas complejos no tienen “respuestas únicas”

Siguiendo a Luhmann y De Georgi, otra de las notas de los sistemas jurídicos y judiciales mundiales es que ya no son cerrados como hace veinte o treinta años; baste con pensar, por ejemplo, en la creación supranacional de ciertas reglas de derecho de carácter heterogéneo, como las normas de nivel supraestatal que provienen de los estándares internacionales acordados en las instancias reguladoras del mercado o de una necesidad política interna, como la protección a grupos marginados o a algunas áreas que exigen especial atención en orden a su conservación.

La composición heterogénea del derecho tiene un impacto directo en la forma de organizar el trabajo en el campo de la judicatura, pues es punto menos que imposible que los juzgadores tengan el conocimiento polivalente y multidisciplinario que exige tal realidad. Dicho de otra manera, el Poder Judicial (el mexicano y el del mundo entero) se ha visto rebasado por la complejidad social, cultural y jurídica y ha de renunciar al antiguo modelo monolítico y cerrado, para dejar paso a formas más abiertas, participativas e incluyentes de impartir la justicia.

No se trata de crear nuevas estructuras *ex nihilo*, sino de incluir los subsistemas ya existentes, pero en muchas ocasiones no reconocidos o legitimados por el Estado, como por ejemplo, las formas de autocomposición o la justicia oral.

III. Reformas para la gobernabilidad judicial

§1. Tratamiento de los problemas de gobernabilidad judicial

Consecuencia de la ruptura del esquema de *respuesta única* que señalan los autores de la teoría de sistemas, es la necesaria adopción de *un nuevo modelo de resiliencia en el diseño institucional*.

La resiliencia es un concepto empleado originalmente para referirse a la adaptación o *capacidad de recuperación* de los sistemas ecológicos. Según leemos en un documento publicado por la Universidad de Estocolmo, se entiende como *vuelta al equilibrio o reorganización después de una perturbación*.⁸ El concepto se ha trasladado en la última década al terreno de las ciencias sociales en el mismo sentido, si bien cabría hacer algunos matices, pues mientras que en los sistemas ecológicos la resistencia al cambio es más fuerte y rígida, en los sistemas sociales puede ser más flexible e incluir más fácilmente a los subsistemas, como los que se han señalado anteriormente o abrirse a soluciones diversas, evitando así la *respuesta única*.

El punto de partida del nuevo modelo ha de ser la aplicación de la llamada *ley de la variedad requerida* (*Law of Requisite Variety*) tal como la enunciara, hace tiempo, uno de los pioneros de la cibernética moderna, Ross Ashby, para quien *la complejidad ha de gobernarse*

⁸ Duit, A., et. al.: *Governance*,... cit.

con la complejidad (*variety can destroy variety*), es decir, abriendo el sistema a otras posibles respuestas.⁹ De lo contrario, es prácticamente imposible que se produzca una verdadera resiliencia del Poder Judicial.

En los últimos años se ha realizado en nuestro país un buen número de estudios de campo y análisis de resultados en materia de justicia, que no hacen sino poner de manifiesto esa necesidad de abrirnos para buscar soluciones en diversas direcciones y tomando en cuenta los subsistemas que ha producido desde hace años el sistema judicial mexicano. En este sentido, destacan algunos estudios realizados en instituciones prestigiosas como el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), las Cumbres Judiciales Iberoamericanas (CJI), el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), entre otras.¹⁰

Los resultados de tales estudios han llevado a académicos, políticos y legisladores de diversas orientaciones ideológicas a concluir que México necesita cambios de fondo en la organización institucional, para lo cual, evidentemente, era necesario plantear una reforma estructural del sistema de impartición de justicia federal dentro de márgenes más amplios y teniendo en cuenta, de manera especial, la necesidad de dar la adecuada respuesta a ciertas demandas urgentes de justicia, especialmente en materia penal.

⁹ *Ídem.*

¹⁰ VV. AA. *Informe de resultados de los Foros de Justicia Cotidiana*. CIDE, 2015. Además, Magaloni, A. L.: *El impacto...* cit. De modo especial; Ansolabehere, K.: *La política...* cit.

Los criterios generales que han orientado las propuestas de reforma y las reformas mismas recientemente aprobadas por el Congreso de la Unión, pueden resumirse en los siguientes rubros:

1. Modernización de los sistemas de impartición de justicia, mediante una revisión del *iter* procesal, a fin de detectar posibles atolladeros que impidan la agilidad que debe caracterizar a la labor jurisdiccional.¹¹
2. Reducción de procedimientos que alargan los procesos, a través de la implementación de la oralidad en algunas materias, pues se demostró, empíricamente, que la *duración media* de los juicios (entre la presentación de la demanda y la sentencia) rebasaba todo límite.
3. Renovación de *espacios de la justicia* para implementar la oralidad, y optimizar recursos humanos y materiales del Poder Judicial de la Federación.
4. Trazar líneas de adopción paulatina de la oralidad, teniendo en cuenta que, desde un punto de vista epistémico, implica un cambio de paradigma, es decir, de cánones de interpretación y comunicación del derecho.
5. Aumentar los márgenes de accesibilidad a las diversas instancias de la justicia federal, mediante adaptaciones de espacios (acceso material), así como de reestructuraciones de las funciones operativas del sistema (acceso operativo). Lo cual resulta especialmente importante, si se tiene en cuenta que la dificultad de acceder a la vía judicial ha llevado a muchas personas a acudir a instancias *cuasi-judiciales*, como la CNDH o la PROFECO y otras.

¹¹ López Ayllón, Fix Fierro: *La modernización...* cit.

En pocas palabras, desde hace más de una década se hizo evidente la necesidad de repensar el modelo judicial que seguíamos desde hace más de ochenta años y replantear sus fundamentos. A ello obedecen la mayor parte de las reformas legales que se han venido haciendo en los últimos años.

Los cambios de fondo dentro del sistema judicial mexicano se han venido verificando de manera paulatina a través de una serie de reformas de larga data, que en muchas ocasiones, no han logrado pasar del papel a la práctica jurisdiccional, sea por carencia de medios, por insuficiencia en la formación de los funcionarios que deben realizar las tareas propias del Poder Judicial e, incluso, (en no pocas ocasiones), por falta de recursos económicos o insuficiencia de ellos.

Quizá podríamos señalar el año 1994 como el inicio de tales cambios, el primero de los cuales, como es sabido, fue la creación del Consejo de la Judicatura Federal como órgano independiente, autónomo, responsable del gobierno y administración de los tribunales federales, así como de la operación de la carrera judicial.

Posteriormente, en los años 2004, 2008 y 2011, se han realizado transformaciones que afectan de manera directa al propio sistema judicial. Sin embargo, una serie de cambios, tanto internos como supranacionales han obligado a juristas, funcionarios y demás interesados en estos temas, a observar con detenimiento el sistema y proponer algunos ajustes regulatorios que hagan más operativo el trabajo jurisdiccional.

Así, el Poder Legislativo ha venido regulando para poner al día los sistemas mexicanos de impartición de justicia, tanto en el ámbito organizacional como en el de formación y profesionalización del personal que tiene a su cargo tan noble, como compleja tarea en el Poder Judicial de la Federación.

Parte de esta actividad regulatoria en orden al fortalecimiento de la gobernabilidad judicial, es la serie de reformas que se han venido haciendo en los últimos años, con la finalidad prioritaria de agilizar la resolución de conflictos.

Para ello, las reformas ofrecen, entre otras medidas, el *criterio de oportunidad*, que abre la posibilidad de que el ministerio público no acuse al imputado ante la instancia judicial si se tiene la garantía de que se pueda pagar el daño, la justicia alternativa, como método para lograr acuerdos entre las partes para reparar el daño (salvo que exista un interés público importante), la suspensión condicional del proceso en aquellos casos en que, antes del juicio, la persona que comete un delito, por primera vez, reconozca su culpa y se comprometa a pagar por el daño causado, el proceso abreviado, por el que, una vez iniciado el juicio, se otorga al acusado la posibilidad de aceptar su responsabilidad evitándose realizar un juicio más largo que afecte a la víctima.

En todos estos casos, el *espíritu de la ley* no es otro que la abreviación, simplificación y mayor racionalización del proceso, de tal manera que se inhiba el desbordamiento ante el que se encuentra actualmente el sistema.

Pero, como sabemos, esas reformas a la ley, además de requerir ciertos ajustes administrativos para lograr su funcionamiento óptimo, han de afrontar algunos obstáculos en el camino hacia su implementación plena, tales como las inercias operativas que favorecen la consolidación de ciertos hábitos laborales que se tornan de alguna manera inflexibles, así como algunas barreras de organización, distribución y seguimiento de funciones e, incluso, algunos obstáculos de carácter presupuestal.

Podríamos afirmar, como lo hiciera hace algunos años Héctor Fix-Fierro a raíz de un estudio que se elaboró en el propio Instituto de la Judicatura Federal, es necesario contar con las resistencias que ofrecen los funcionarios del Poder Judicial de la Federación, quienes han manifestado, por años, una tendencia conservadora o refractaria a los cambios estructurales.¹² Todo lo cual nos sitúa ante la necesidad perentoria de implementar una intensa actividad paralela de formación, capacitación, actualización y profesionalización de las personas que tienen a su cargo la labor jurisdiccional y que son quienes deberán hacer que las reformas cumplan su fin de simplificación y abreviación.

§2. Oralidad procesal

La tendencia de los sistemas judiciales en el mundo actual es hacia la adopción, o en muchos casos la rehabilitación de la oralidad. El principio histórico del cual parte el modelo procesal es el de la *sumariedad*, palabra que en la actualidad se presta a abusos pero que originalmente se refería a aquellos asuntos en los que, por su cuantía o por su naturaleza, no se exigía una demanda escrita (*Necessario libello non exigat*, según reza el antiguo aforismo latino).

En último término, las instituciones judiciales en las sociedades actuales requieren llevar al máximo los principios de economía procesal, con la finalidad de hacer realidad el Estado de Derecho. Entre los procesalistas españoles, como lo señala el magistrado valenciano J. Montero Aroca, *cuando nos referimos a la oralidad*

¹² Fix-Fierro, H.: *La reforma judicial...* cit. pp. 249-287. Se refiere al estudio publicado por el Instituto de la Judicatura Federal elaborado por González Placencia, Luis: "La judicatura federal mexicana frente al Estado constitucional de derecho", *Juez, Cuadernos de Investigación*, IJF, México, volumen I, No. 1, 2002.

*incluimos dentro del principio aquellos otros que se derivan de él, es decir, inmediación, concentración y publicidad, y lo mismo con los principios contrarios derivados de la escritura.*¹³

No se trata de una opción viable o de asumir una moda en la cultura jurisdiccional, sino de una necesidad derivada de la *complejidad social*, tanto en nuestro país como en el área cultural en la que nos movemos. Se trata de una cuestión de sobrevivencia, pues el desbordamiento del Estado no se puede resolver, como piensan algunos, aumentando el número de personal, edificios y juzgados para abatir el rezago. Esa es una solución cuantitativa que puede llegar a ser útil en el corto plazo, pero lo que se requiere es una reestructuración cualitativa. Es decir, un replanteamiento de fondo que nos permita, como se ha dicho, reducir el número de recurrentes a las instancias judiciales o el alargamiento redundante y perjudicial de los asuntos que se desahogan en un juzgado.

Uno de los retos que representa la oralidad en nuestro país, es el de las inercias laborales dentro de la Judicatura Federal. En efecto un diagnóstico del estado actual de la cultura procesal en México nos lleva a detectar el arraigo profundo que tiene, entre los litigantes y entre los miembros de la judicatura, la escritura como regla formal casi exclusiva. Al parecer el brocardo latino, según el cual *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no está en el expediente no existe en el mundo), ha cobrado en nuestro medio una significación especial dando a nuestro derecho una estructura esencialmente escrita, generándose así, como dijera un historiador del mundo hispánico, un verdadero *imperio del papel*, lo cual se manifiesta incluso hoy día en que, tanto los abogados como los funcionarios,

¹³ Montero Aroca, J.: *Los principios...* cit., pp.18-20.

han sabido acomodar su actuación oral a las reglas conductuales propias del modelo escrito, dándose casos, y no pocos, en los que las partes o los operadores, *leen* un texto escrito, en vez de argumentar y entrar a la discusión de los asuntos, desahogando pruebas y señalando causas de manera concreta, concisa y simple.¹⁴

Sabemos que el sistema procesal escrito se caracteriza por su tendencia a la disgregación y desconcentración, pues el juez, con fundamento legal, puede delegar funciones en el personal que le asiste, dando pie a un conocimiento indirecto de los asuntos que le llegan de manera desfasada y habiendo sido vistos e interpretados por diversas personas. Fenómeno este que se ha designado como la *desaparición del juez* durante el curso del proceso. Un juez desaparecido que pondera y valora alegatos, pruebas e incidencias, *leyendo* y que decide *escribiendo*, con todo lo que esas dos actividades humanas implican para aumentar la excesiva duración.

Sin afirmar, como se ha hecho en algunos casos, que la forma oral debe primar de manera absoluta y exclusiva,¹⁵ sí se ha de reconocer que la forma escrita no es en muchos casos la forma ideal de expresar un alegato de defensa o un determinado razonamiento de acusación, y ni aun, de motivación de una sentencia, lo cual resulta especialmente evidente tratándose de la actividad de la prueba, pues como se sabe, esta exige un contacto directo y frontal con el juez, con las partes y sus distintos medios de prueba.

¹⁴ Capelletti, M.: *La oralidad...* cit., pp. 35 y ss. Recuerda este autor cómo la escritura –sacralizada en el aforismo *quod nos est in actis non est in mundo*–, conllevaba la falta de intermediación y la ausencia de publicidad.

¹⁵ Véase *Ibidem*, pp. 10-11, especialmente donde afirma el autor que los sistemas procesales más perfeccionados tratan de coordinar y de combinar elementos orales y elementos escritos, tomando en consideración las ventajas y desventajas de uno y otro; de este modo, se exige la escritura para aquellos actos en los que prevalecen exigencias de precisión y conservación, y la forma oral, en cambio, para aquellos en los que se consideran predominantes los valores de espontaneidad, de intermediación y de simplicidad.

En un sistema escrito que tiende a la desconcentración y desfase temporal de los actos procesales y también de las actuaciones probatorias, como se ha dicho, el juez tiende a desaparecer, difuminándose en ocasiones en las firmas y autos contenidos en sus expedientes. *Todo transcurre lentamente* –señala Diego Palomo– *en los tiempos que requiere el proceso escrito de forma tal que cuando la causa llega al estado de dictar sentencia, el juzgador que, prescindiendo de intermediarios, sí se ha dado el trabajo y tomado el tiempo de presenciar la práctica de las pruebas habrá debido fallar entretanto ya varios casos de variada complejidad, razón por la cual la mayoría de las veces habrá olvidado lo que ha escuchado y presenciado directamente en persona, quedando constreñido a la constancia escrita que figura en las actas.*¹⁶

Pero la invisibilidad del juez que se produce en el derecho escrito no solo afecta a la duración de los procesos, sino también a un debilitamiento de su legitimidad social, o, dicho desde una perspectiva sociológica, a un alejamiento entre este (que representa la justicia) y el justiciable, lo cual redundo, generalmente, en un desprestigio de la judicatura, que aparece a los ojos de las personas como una máquina generadora de sentencias a la que nada parece mover cuando se alegan cuestiones circunstanciales del caso particular y concreto. Así pues, la extensión de la intermediación que produce la cultura procesal escrita, se revierte contra sí misma, pues al generar un tipo de funcionario judicial que difícilmente tiene un trato directo con las partes, no logra el supuesto fin de la objetividad (apoyada en el texto escrito), sino un alejamiento que diluye su papel en la impartición de justicia y que, por consecuencia, produce

¹⁶ Palomo Vélez, D.: “Proceso... cit., pp. 171-197.

una mala imagen del Poder Judicial y de sus instancias, ya que aparece como una realidad lejana y distante e, incluso, ajena a la realidad en la que ha de desempeñar su función.

La oralidad como sistema implica, por tanto, redoblar esfuerzos en la formación de quienes han de realizar la labor jurisdiccional bajo ese esquema, hasta cierto punto, inédito o desconocido en nuestra tradición judicial. Ello, no solo porque requiere modificar ciertos hábitos laborales de los funcionarios del Poder Judicial (hábitos derivados de la intermediación que produce el modelo escrito), sino también porque, al reestructurar la labor jurisdiccional, de modo tal que cada asunto sea atendido con la debida diligencia y apartándose de los trámites dilatados de la escritura, debe aprender a utilizar los recursos de la oralidad y aplicarlos adecuadamente, para que esta no se convierta, como ha sucedido en el corto tiempo que tiene de funcionamiento en nuestro país, en una especie de *oralidad leída* o de *lectura verbal de expedientes*.

Es de esperar que, con el aumento de prácticas propias del sistema oral en el derecho, aumentará correlativamente la *visibilidad del juez*, sin embargo, al hacerse cargo de manera directa del proceso por vía oral (sistema procesal concentrado), es necesario que sea más flexible, dejando un margen más amplio a la espontaneidad en el procedimiento probatorio, que por principio ha de resolverse en una sola audiencia. Cuestiones estas que nos llevarían demasiado lejos si nos detenemos en su análisis causal, por lo que nos conformamos aquí con señalarlas y subrayar la urgente necesidad de dedicar el mayor esfuerzo posible a la formación de los juzgadores en las escuelas judiciales.

Así, se puede decir que el juez desaparecido en el sistema escrito produce un vacío y un alejamiento del

Poder Judicial respecto a las personas, que más allá de individuos aislados con derechos y obligaciones, son sujetos con historia y con conciencia, cuyas vidas están imbricadas con otras vidas y con su entorno, por lo que sus demandas de justicia han de ser atendidas considerando esa compleja realidad existencial.

Mencionamos este aspecto, no solo como una reflexión complementaria de las anteriores consideraciones sobre el sistema escrito, sino porque hemos visto repetidamente que la invisibilidad y el consecuente alejamiento del juzgador es una de las causas que debilitan y afectan gravemente el acceso a la justicia y, por ende, la gobernabilidad judicial, pues las personas prefieren buscar otros medios de resolución antes que verse absorbidas por una maquinaria procesal y judicial anónima y fría. El problema es que esos *otros medios*, no necesariamente son legales, incluso pueden llegar a generar espacios de autocomposición o ajusticiamiento particular que podría dar lugar a fenómenos propios de un *Estado fallido*.

En ese contexto, podemos identificar en el mundo actual una tendencia que de momento podríamos definir como *justicia con rostro humano*, entendiendo por tal una transformación del sistema judicial, en el que el juez se hace cargo de resolver de manera directa los asuntos que se someten a su consideración, gracias a que cuenta con un esquema de concentración procesal mediante la adopción del sistema oral.

A la vez que se logra humanizar el rostro de la justicia federal, se consigue otro resultado (colateral) que es la simplificación de procesos y duraciones que, si bien absorben tiempo y energía al sistema judicial, también producen sufrimiento por estrés a las personas y dan una mala imagen de la justicia federal, lo cual no es una mera

cuestión de *imagen corporativa* que genere aceptación, sino que un Poder Judicial con una imagen pública débil, genera desconfianza y esta se traduce en una debilidad del vínculo entre instituciones y gobierno, lo cual como es bien sabido, produce atmósferas de corrupción, pues ahí donde la autoridad (en este caso el juez) está ausente o es invisible, las personas se sienten en un mundo despersonalizado y dividido, disperso, desconcentrado, en el que es más fácil prorratar sobornos, pedir favores o hacer valer clientelismos.

Es por ello que la oralidad se ha convertido en una tendencia mundial perfectamente acorde con las políticas de *humanización* de la judicatura, contenidas en un sinfín de documentos internacionales, como los que se han suscrito en las Cumbres Judiciales Iberoamericanas o en las reuniones de las redes de escuelas judiciales en el mundo, pues ofrece resultados positivos en el terreno de la economía procesal, de la gobernabilidad o capacidad institucional de responder a los requerimientos sociales, a la legitimación y aumento de confianza social en las instancias creadas por el Estado para resolver conflictos y al efectivo cumplimiento del deber que tiene el Estado de garantizar el acceso a la justicia de manera expedita y oportuna.

§3. Medios alternativos de resolución de controversias

Otra de las consecuencias del creciente nivel de complejidad en las relaciones jurídicas, es la adopción de un *esquema disipativo* de la impartición de justicia. Ello significa que la solución a la crisis de gobernabilidad que, como se ha dicho, es un hecho contundente en nuestro sistema judicial, ha de plantearse dentro de un esquema de mayor colaboración y participación entre el Estado y la sociedad.

Sería válido, incluso, hablar de la recuperación de un antiguo principio de la Teoría del Estado, conocido como *Principio de subsidiaridad*, que puede enunciarse de la siguiente manera: *tanta sociedad como sea posible, tanto Estado como sea necesario*. Es decir, fortalecer un esquema que permita que aquellos problemas jurídicos que se suscitan en la sociedad y puedan resolverse de manera pre-judicial, no deben ser resueltos por las instancias judiciales del Estado. Lo cual, en nuestra opinión, no implica una suerte de privatización de la justicia, sino una comprensión más amplia de esta.

Por ese motivo, en la mayor parte de los países en que se sigue el modelo legal de origen francés (el llamado positivismo legal), ha sido necesario replantear los sistemas judiciales, a fin de que la sociedad resuelva el mayor número de conflictos por vías alternas a las de los tribunales, descongestionando de esa manera la labor jurisdiccional, lo cual permitirá, a su vez, aumentar los niveles de gobernabilidad judicial y de acceso a la justicia.

La idea de liberar al Estado de cargas tan pesadas, no obedece, por tanto, a un simple repliegue de lo público frente a lo privado, sino a la necesidad urgente de desahogar la labor de los tribunales dando legitimidad a medios de resolución que antes eran monopolio exclusivo del Estado.

Se trata de un proceso de modernización o racionalización de las estructuras del Poder Judicial, que incluso, como lo ha señalado Vargas Vivancos, hacen menos onerosa la justicia, pues *incluso en casos que entrañan conflictos, puede resultar más barato y más adecuado otro tipo de mecanismos de resolución, como la mediación o el arbitraje*.¹⁷ Con esa finalidad, las últimas

¹⁷ Vargas Vivancos, J. E.: "Eficiencia... cit.

reformas que se han hecho a la legislación mexicana y que constituyen una tendencia global en materia de impartición de justicia, reconocen los medios alternativos de solución de controversias (MASC) en materia penal (DOF 29-12-2014). Tendencia que sin duda aumentará en los próximos años dentro de otras materias.

§4. Juicios en línea

Otra de las tendencias dominantes orientada a la mejora de la gobernabilidad judicial, es la implementación del llamado *sistema de juicio en línea (e-justicia)*, derivado de los avances que día con día presenta la tecnología en todos los campos del saber humano.

Un juicio en línea a efectos de conseguir una mejora en la gobernabilidad en la Judicatura Federal, significa esencialmente *ahorro*. Ahorro de recursos para el Erario y para la sociedad que tiene que pagar los costos de los sistemas lentos y con rezago, y también ahorro de tiempo de los jueces y magistrados, pues en algunos casos de alto nivel técnico (por ejemplo, la materia fiscal) no se requiere su presencia en un *espacio judicial*.

Además, la sociedad misma ahorrará por esta vía recursos y medios con los que a veces no cuenta y, por supuesto, con ello se consigue una expansión de los márgenes de acceso a la justicia.

No obstante que el uso de tecnologías de la información se ha ido implementando por medio de reformas legales y, como se ha dicho, es una tendencia global, lo cierto es que se trata de un camino en el que todavía nos queda largo trecho por recorrer.

En efecto, si bien en la Ley de Amparo (reformada en 2013) se otorga validez a las promociones judiciales que se realicen por esta vía, como el correo electrónico o la firma electrónica, se trata de una implementación parcial,

que no reúne las condiciones para poder considerarse un *sistema judicial* ni tampoco un *subsistema*, pues como se ha mencionado, los sistemas y los subsistemas implican una totalidad, una simbiosis o interdependencia de cada una de las partes.

Para hablar de *sistema de juicios en línea*, no es suficiente con que algunas partes del juicio o del procedimiento se realicen por esa vía, sino que se requiere una adaptación sustantiva, que ahora mismo está en discusión y estudio, sobre todo en los ámbitos académicos.

§5. Conocimiento de los nuevos sistemas

Tal como lo han sostenido algunos autores contemporáneos, es un error analizar las reformas del Poder Judicial, así como del proceso penal aprobadas en 2008 e implementadas de manera general en el presente año, de manera aislada, como si se tratara de una reforma que se incrusta en un modelo antiguo.

Se trata de un *sistema* que afecta a todas y cada una de sus partes, sin que una de estas pueda funcionar de manera aislada. Por ello, al señalar que la oralidad es el eje de la tendencia actual de la impartición de justicia, nos referimos a la oralidad como modelo, como canon epistemológico de la actividad judicial, como clave del sistema que se quiere implantar, no solo en el área penal o en la mercantil, sino en todas las áreas del Derecho. Por ese motivo, resulta de primordial importancia que todo esfuerzo por implementar los *nuevos sistemas*, sea, precisamente, de manera sistemática, es decir, tratando de identificar las nervaduras del edificio institucional para descubrir y fortalecer su armonía y funcionalidad orgánica.

Cabe señalar que lo que aquí estamos planteando es un problema que en México afecta de manera directa y, en

ocasiones grave, a la gobernabilidad del país, es decir, a la capacidad institucional de responder a los requerimientos sociales, en este caso, de justicia. Ello, porque si en un país no se adopta un sistema o un modelo de impartición de justicia, sino que se acumulan partes de diversos sistemas normativos, se produce un caos y fácilmente puede llegar a colapsar el edificio institucional. No se trata, por tanto, de ir zanjando problemas mediante reformas aisladas y asistemáticas tomadas de diversas fuentes y tradiciones jurídicas, sino de ofrecer una solución que sea sistemática y, por ende, funcional.

Aunado a esta necesidad, viene otra que, como en cualquier sistema es indispensable: la capacitación de quienes han de operar el sistema. Tema en el que nos hemos de limitar por ahora a señalar la necesidad de que los programas de formación no pierdan de vista la totalidad y la complejidad, pues sabemos que cuando en el actual derecho se habla de *sistemas*, ya sea jurídicos, procesales o judiciales, no se hace referencia a una norma ni a una colección de estas, sino a un conjunto de relaciones que se producen como consecuencia de la pluralidad de ordenamientos dentro de un área.

Si nos referimos de manera particular a la comprensión del sistema judicial, tendríamos que identificar dos ámbitos de relaciones: uno, el de la norma, esto es, que ninguna norma se puede entender al margen de otra y, por ello, cualquier antinomia genera *asistematicidad*, es decir, incapacidad de servir como instrumento para el recto gobierno de la sociedad, pues no contaría con el mínimo requerido para garantizar la seguridad jurídica, que es la congruencia lógica y *sistémica*. Por otra parte, es necesario que ese sistema dotado de coherencia interna, también tenga una relación coherente y lógica con el entorno, pues de poco serviría un sistema normativo

perfectamente coherente desde el punto de vista racional, pero desconectado de la realidad sobre la que pretende operar. Así que cuando hablamos del conocimiento de los *sistemas judiciales* o *sistemas procesales*, es necesario que los programas de formación que se imparten en las escuelas judiciales, se aborden, tanto desde el punto de vista interno como externo, pues un juzgador que se especializara en la lógica interna del sistema judicial siendo capaz de memorizar las reglas lógicas de la ley y descuidara su conexión con el exterior, especialmente en las sociedades complejas como la nuestra, tal como lo muestra la historia del siglo XX, podría contribuir, aun sin desearlo, a un vacío de gobernabilidad judicial.

IV. Bibliografía

- Ansolabehere, Karina: *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. FLACSO, 2006.
- *Atlas jurisdiccional (conformación de circuitos y distritos judiciales federales)* 2014, Consejo de la Judicatura Federal, Comisión de Creación de Nuevos Órganos, Secretaría Ejecutiva de Carrera Judicial, Adscripción y Creación de Nuevos Órganos. Versión actualizada al 24 de noviembre de 2014, <http://www.inegi.org.mx/RDE/rde>
- Capelletti, Mauro: *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972.
- CJF, Boletín de Prensa número 112 / 16.
- Duit, Andreas; Ebbesson, Jonas y Galaz, Víctor: *Governance, complexity, and resilience*. Global Environmental Change XXX (2010), 10.1016/j.gloenvcha.2010.04.006.

- Fix Fierro, Héctor: *La reforma judicial en México: ¿de dónde viene? ¿hacia dónde va? Reforma judicial*, México No. 2, julio-diciembre de 2003, pp. 249-287.
- Flores Valdés, Jorge y Martínez Mekler, Gustavo: *Encuentros con la complejidad*. México, Siglo XXI y UNAM, 2011.
- Fuentes, Mario Luis: “México social: creciente complejidad de las ciudades”, en *Excélsior*, 19 de septiembre de 2016.
- González Placencia, Luis: “La judicatura federal mexicana frente al Estado constitucional de derecho”, *Juez, Cuadernos de Investigación*, IJF, México, volumen I, No. 1, 2002.
- López Ayllón, Fix Fierro: *La modernización del sistema jurídico (1970-2000, fixfierro-y-lopezayllon-modernizacion-juridica.pdf)*.
- Luhmann Niklas y de Georgi, Raffaele: *Teoría de la sociedad* (Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos y Javier Torres Nafarrete), UIA / ITESO, Guadalajara, 1993.
- Magaloni, Ana Laura: *El impacto en el debate sobre la reforma judicial: los estudios empíricos del sistema de justicia*. División de Estudios Jurídicos CIDE, Documento de Trabajo No. 10.
- Montero Aroca, Juan: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia, Tirant-Lo Blanch, 2001, pp.18-20.
- Oriol Prats, Joan: *El concepto y el análisis de la gobernabilidad*, ensayo consultado en http://www.ses.unam.mx/docencia/2007II/Lecturas/Mod3_Oriol.pdf.

- Palomo Vélez, Diego: “Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere?”, en *Revista de Derecho*, vol. XVIII, No. 1, Santiago de Chile, julio, 2005, pp. 171-197.
- Vargas Vivancos, Juan Enrique: “Eficiencia en la Justicia”, en *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, <http://w1.cejamericas>.
- VV. AA. *Informe de resultados de los Foros de Justicia Cotidiana*. CIDE, 2015.

**Entrevista al Maestro Gonzalo Moctezuma Barragán,
Secretario Ejecutivo del Pleno del Consejo de la
Judicatura Federal, sobre el Programa de Prácticas
Judiciales**

***Reconoce OEA al Consejo de la Judicatura Federal y
recomienda a poderes judiciales replicar Programa
de Prácticas Judiciales puesto en marcha en México***

- *Relanza CJF Programa de Prácticas Judiciales*
- *Constituye una oportunidad única para estudiantes de Derecho*
- *Se transparenta el quehacer jurisdiccional, al tiempo que impulsa el desarrollo de habilidades y competencias en los futuros abogados*

Por Elsa Liliana González Salazar

Por fomentar en los jóvenes estudiantes de derecho los principios institucionales de pertenencia y ética judicial, la Organización de Estados Americanos (OEA), reconoció al Consejo de la Judicatura Federal (CJF) por el diseño e implementación del *Programa de Prácticas Judiciales* y recomendó a los poderes judiciales del continente su imitación.

Este reconocimiento, explicó el maestro Gonzalo Moctezuma Barragán, Secretario Ejecutivo del Pleno de este cuerpo colegiado, se dio en el marco de la participación de servidores públicos del CJF en el Comité de Expertos de Mecanismos de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA, encabezados por el Magistrado Francisco Javier Cárdenas Ramírez.

En el Informe Hemisférico, en el apartado de buenas prácticas se incluyó como una actividad a imitar por los Poderes Judiciales de otras latitudes de nuestro continente el Programa de Prácticas Judiciales de México porque fomenta en los jóvenes estudiantes de derecho los principios institucionales de pertenencia y ética judicial, puntualizó.

Detalló que a iniciativa del Presidente del Consejo de la Judicatura Federal, Ministro Luis María Aguilar Morales, se relanzó el Programa de Prácticas Judiciales en órganos jurisdiccionales para estudiantes de la carrera de derecho, con el objetivo de capacitar a los estudiantes en el quehacer jurisdiccional y contar con su energía y entusiasmo en el trabajo que se lleva a cabo en juzgados y tribunales federales.

Subrayó que el fin último de este programa institucional es acercar a las nuevas generaciones de abogados el conocimiento, profesionalismo y mística de servicio que conlleva la función jurisdiccional federal.

Adicionalmente, dijo, se prepara y capacita a los futuros cuadros de profesionistas del derecho que se incorporarán a la carrera judicial, ya que quien aspire a formar parte del Poder Judicial de la Federación (PJF) debe acreditar los exámenes que aplica el Instituto de la Judicatura Federal (IJF) bajo rigurosos parámetros de competencia, conocimientos y desarrollo de habilidades.

Indicó que el *Programa de Prácticas Judiciales* constituye una oportunidad inmejorable para que los estudiantes de la carrera de derecho de todo el país se puedan incorporar al PJF, en virtud de que no hay barreras que les impidan participar ya que desde el primer semestre de la licenciatura pueden inscribirse y la única limitante es que no hayan transcurrido más de seis meses desde la conclusión de sus estudios.

Con este programa podemos afirmar que el Consejo de la Judicatura Federal está abierto a recibir jóvenes estudiantes de universidades públicas y privadas de todo el país, resaltó Moctezuma Barragán.

Para formar parte del programa hay que realizar un procedimiento muy sencillo consistente en que los estudiantes interesados se acerquen al IJF para presentar su solicitud o ante cualquier juzgado de distrito o tribunal de circuito y manifiesten su interés de participar.

Desde su relanzamiento, el Programa de Prácticas Judiciales *cuenta actualmente con 676 practicantes en todo el país y con orgullo comento que el 60 por ciento son mujeres, y para el próximo año, el Consejo de la Judicatura espera ocupar hasta tres mil practicantes aproximadamente*, agregó el Secretario Ejecutivo del Pleno.

Subrayó que otra de las ventajas que ofrece el referido programa es la capacitación que se da a las y los futuros abogados que operaran el nuevo sistema de justicia penal, que hoy por hoy es el nuevo paradigma y parteaguas del derecho procesal penal de nuestro país.

En este contexto informó que se emitirá una convocatoria especial para que más de 100 estudiantes de todo el país realicen sus prácticas judiciales en los Centros de Justicia Penal Federal (CJPF).

El Programa de Prácticas Judiciales contempla que durante 24 meses, estudiantes de la carrera de derecho conozcan y participen del trabajo que se realiza en los juzgados de distrito y en tribunales de circuito, es decir que durante ese lapso auxilien y aprendan desde el trabajo administrativo de oficina hasta el proceso de la impartición de justicia. Todo bajo la dirección, supervisión y evaluación de los titulares de los órganos jurisdiccionales.

Actualmente se han firmado convenios con nueve universidades, la mayoría públicas en todo el país, para que sus estudiantes de derecho participen y se busca ampliar el número de escuelas y facultades.

Las habilidades y competencias que adquieren los practicantes sobre el quehacer jurisdiccional, sin duda, los convierte en mejores profesionistas, ya que no solo les complementa los conocimientos académicos que ya poseen, sino que les desarrolla la sensibilidad sobre la trascendencia que tiene la impartición de justicia en la sociedad, indicó.

En algunos casos, las y los practicantes deciden no seguir la carrera judicial, sin embargo, para Gonzalo Moctezuma Barragán la sociedad gana mucho porque los jóvenes se llevan el aprendizaje y capacitación a otras áreas de desarrollo como el litigio, la academia y la investigación, por lo que serán juristas más preparados.

Las y los impartidores de justicia que han tenido o tienen en sus oficinas practicantes judiciales consideran que es un modelo exitoso de capacitación, donde todos los involucrados se enriquecen con la experiencia.

Gonzalo Moctezuma Barragán señaló que en este momento con los inscritos se aprovecha el 35 por ciento de las posibles prácticas judiciales a desarrollar, por lo que hay un área de oportunidad del 65 por ciento, invitando a los estudiantes a inscribirse, ya que la experiencia que adquieren los practicantes antes de concluir la carrera los coloca en una ventaja profesional.

Indicó que actualmente de cada cuatro practicantes, uno se incorpora al Poder Judicial de la Federal y la meta es lograr en el mediano plazo que el 50 por ciento forme parte de la judicatura federal.

Bases de operación del programa

De acuerdo con las bases elaboradas por el CJF para la operación del *Programa de Prácticas Judiciales y de Servicio Social*, en tribunales colegiados o unitarios podrá haber máximo dos practicantes.

En tanto que para los juzgados de distrito y en los centros de justicia penal federal se contará con la presencia de hasta cuatro estudiantes.

Las y los practicantes recibirán y darán un trato digno y respetuoso; observarán buena conducta fuera y dentro del órgano jurisdiccional; cumplirán con las actividades que les sean asignadas.

Tendrán un horario de cuatro horas que no interfiera con sus actividades académicas; además de que observarán y aplicarán las normas éticas y buenas prácticas que demanda el Poder Judicial Federal.

Durante el tiempo que duren las prácticas judiciales, las y los practicantes recibirán una ayuda económica mensual de 2 mil 200 pesos.

La selección de los practicantes judiciales está a cargo del Instituto de la Judicatura Federal.

Para más información, llamar al teléfono (55) 51338900 extensiones 6619 y 6716, así como a través del correo electrónico practicas.judiciales@correo.cjf.gob.mx.

La tutela de los derechos políticos indígenas y la necesidad de crear una defensoría indígena en el ámbito electoral

*María del Carmen Alanís Figueroa**

RESUMEN: El reconocimiento del derecho a la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas por el bloque de constitucionalidad, tiene como efecto la aplicación del derecho indígena en los ámbitos que tocan la vida de dichos pueblos y comunidades. Representa todo un reto para cualquier juzgador, tomar en cuenta las especificidades culturales de estos pueblos en litigios sometidos a su consideración. En este artículo pretendo resumir 10 años de experiencia jurisdiccional en la resolución de asuntos electorales, relacionados con elecciones celebradas de acuerdo con sistemas normativos indígenas, al hacer un recuento del camino que he seguido para comprender este tipo de asuntos, desde su cosmovisión e instituciones de derecho propias fincadas en ella, hasta la normatividad nacional e internacional que justifica la autonomía. Todo ello para poner en evidencia la necesidad de una defensoría pública para garantizar a las y los indígenas el acceso efectivo a la jurisdicción.

* Magistrada de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2006-2016).

SUMARIO: Introducción. I. El reconocimiento de la autonomía indígena. Su impacto en el sistema jurídico mexicano. II. El acceso efectivo a la jurisdicción especializada como derecho humano de los pueblos y comunidades indígenas. III. Casos paradigmáticos en materia electoral indígena. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Introducción

Las modificaciones al artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos realizadas en 2001 en materia de derecho indígena, trajeron consigo un cambio de paradigma en el sistema jurídico mexicano, que incidió especialmente en la materia electoral.

Al respecto, la fracción III, del apartado A, del artículo 2º constitucional reconoce expresamente el derecho para elegir a las autoridades y representantes indígenas, de acuerdo con sus sistemas normativos internos.

En este sentido, la elección de dichas autoridades y representantes tiene particularidades propias determinadas por la cosmovisión de los pueblos y comunidades indígenas, que si bien, difieren de una comunidad a otra, es posible advertir ciertas características comunes, que siempre son muy distintas a las elecciones celebradas por el sistema de partidos políticos.

Así, la resolución de las impugnaciones relacionadas con elecciones por sistemas normativos internos, requieren de un conocimiento especializado, esto es, tener una perspectiva intercultural que permita la comprensión de las reglas particulares del derecho indígena.

En efecto, los pueblos y comunidades indígenas tienen una cosmovisión propia que determina la forma en la cual se relacionan con su entorno, que igualmente define a las instituciones jurídicas que regulan sus relaciones sociales.

Por tanto, el derecho electoral indígena tiene particularidades propias, distintas a las del derecho en general, mismas que forman parte del sistema jurídico mexicano, por virtud del reconocimiento constitucional y convencional de autonomía indígena, razón por la cual deben ser tomados en cuenta, al resolver litigios relacionados con personas indígenas.

Ahora bien, un elemento fundamental de todo litigio es el diálogo que se establece entre el promovente o impugnante y el tribunal que resuelve la controversia, para lo cual es fundamental contar con una asesoría especializada en la materia del derecho de que se trate.

La condición de discriminación estructural en la cual se encuentran los pueblos y comunidades indígenas, los coloca en una situación que les impide acceder a asesoría jurídica especializada, sobre todo por la falta de recursos. Además, la relación de las personas indígenas con sus autoridades tiene características propias, como ser eminentemente oral, atendiendo a sus especificidades culturales, cuando la relación con la jurisdicción electoral es fundamentalmente por escrito.

Asimismo, la fracción VIII, del apartado A, del artículo 2º mencionado, establece como derecho humano a favor de los indígenas el acceso pleno a la jurisdicción del Estado, para lo cual se deberán tomar sus costumbres y especificidades culturales, garantizándose siempre la asistencia de intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Para cumplir con la obligación constitucional de garantizar plenamente el acceso a la jurisdicción estatal y prestar asistencia eficaz y especializada en la materia, así como abatir la situación estructural de discriminación, es que se crea la Defensoría Pública Electoral de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

I. El reconocimiento de la autonomía indígena. Su impacto en el sistema jurídico mexicano

Durante el siglo pasado las comunidades indígenas fueron concebidas como organizaciones sociales en situación de retraso, producto de su forma de vida distinta al occidental,¹ por lo que a fin de crear la unidad nacional, se instauró en nuestro país el integracionismo.

Esta política pública buscaba de todas las culturas del país a una sola cultura mestiza, donde todas las personas hablaran español, para así forjar una nueva patria y posibilitar la llegada de la modernidad y el progreso para las masas, hasta el momento marginadas y pobres, situación de la cual saldrían una vez que lograran integrarse a la sociedad.

El integracionismo fue rechazado por diversos grupos indigenistas, tanto de académicos como de representantes de los pueblos originarios. Así, en la declaración de San José de 1981² se consideró como etnocida, al ser un proceso a través del cual *a un grupo étnico, colectiva o individualmente, se le niega su derecho de disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua*, y como una forma extrema de violación masiva de los derechos humanos.

Esta visión no fue exclusiva de México, pues imperó en el ámbito internacional, tal como se verá en el siguiente apartado.

1. Derecho internacional de los derechos humanos

La tendencia antes descrita puede advertirse a nivel internacional, pues el Convenio 107 sobre poblaciones

¹ Gamio, M.: *Forjando ...* cit., p. 10.

² Formulada en el marco del Congreso organizado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) en San José, Costa Rica, en diciembre de 1981.

indígenas, tribales y semitribales formulado por la Organización Internacional del Trabajo partía de las siguientes premisas:

1. Supone que los pueblos indígenas y tribales eran sociedades temporales destinadas a desaparecer con la modernización.
2. Considera que se trata de grupos poblacionales cuyas condiciones sociales y económicas corresponden a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores.
3. Como grupos poblacionales atrasados impone la obligación a los Estados parte de protegerlos y fomentar su integración progresiva a la vida en sociedad.

Durante la década de 1970, la ONU comenzó a reexaminar la situación de los pueblos indígenas y tribales, por lo que la orientación del Convenio 107 fue objeto de cuestionamientos.

Al respecto, la Comisión de Expertos convocada por la OIT en 1986, concluyó que el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno. Así, el Convenio 107 fue objeto de revisión, para dar lugar al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,³ formulado con un enfoque intercultural.

Dicho tratado considera a los indígenas propiamente como pueblos, esto es, como sociedades con características culturales y étnicas permanentes, que coexisten al interior de un país y que merecen respeto a sus formas ancestrales de organización social.

³ En adelante Convenio 169 de la OIT.

Asimismo, establece los términos de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas y tribales, con el fin de lograr una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

De esta forma, a nivel internacional se transitó de una propuesta de integración al etnodesarrollo, al considerar a los pueblos indígenas y sus comunidades capaces de generar transformaciones endógenas y gestionadas de forma autónoma.⁴

En esta misma tendencia y después de más de veinte años de discusiones, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, el 13 de septiembre de 2007, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En el ámbito interamericano, como resultado también de largas discusiones que se prolongaron por más de 17 años, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprobó, el 15 de junio de 2016, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁵

Ambas declaraciones precisan y amplían los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas ya reconocidos por el Convenio 169 de la OIT, por lo que se refuerzan entre sí y constituyen el marco internacional (*soft law*) para la protección de los derechos humanos indígenas.

⁴ Ordoñez Cifuentes, J.: *Antecedentes ...*, cit., p. 10.

⁵ Para su aprobación fueron determinantes los buenos oficios del entonces Embajador de México ante la Organización de Estados Americanos, Emilio Rabasa Gamboa y del Presidente del Grupo de Trabajo, el Embajador de Bolivia ante dicho organismo Diego Pary Rodríguez.

2. La recepción del derecho internacional en el ámbito nacional

El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes fue aprobado por el Senado de la República el 11 de julio de 1990 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de agosto de 1990. Entró en vigor el 5 de septiembre de 1991.

Con la ratificación de este Convenio, México dejó atrás la visión integracionista, para integrarse a una visión pluricultural, que reconoce la existencia de diferentes culturas al interior del país y tuvo por efecto que en 1992 se reformara el artículo 4º constitucional, para quedar en los siguientes términos:

Artículo 4o. La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

Si bien esta reforma representó un gran avance, sobre todo en la concepción del Estado sobre los pueblos y comunidades indígenas, no les reconoce expresamente un ámbito de autonomía, ni garantiza el derecho a la libre determinación.

Por el contrario, se limita a establecer una reserva legal a favor del legislador secundario, quien se encargará de reconocer y promover el desarrollo de sus especificidades culturales, reformas secundarias que nunca se dieron.⁶

⁶ Ordoñez Cifuentes, J.: "Las demandas... cit., pp. 102-103.

Se puede considerar que dicho precepto constitucional en realidad era letra muerta, pues se reconocía un hecho real, la composición pluricultural de la nación, sin decir nada de las autonomías, del autogobierno, de la tierra o territorios, que constituyen la base fundamental de la cosmovisión indígena.⁷

Esta situación cambió con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001, al artículo 2º constitucional. Entre las dos reformas se dio el levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional y se firmaron los Acuerdos de San Andrés Larráinzar y, aunque datan de 1996, la reforma constitucional pudo concretarse hasta 2001.

Los mayores aciertos de la reforma fue el reconocimiento del derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación, así como al autogobierno, la autoadscripción, y el derecho a la consulta libre, previa e informada.

El punto de partida fue el reconocimiento de que la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas.

El reconocimiento constitucional a la libre determinación concede a los pueblos y comunidades indígenas un conjunto de derechos, que se traducen en manifestaciones concretas de la autonomía de decisión en el ámbito político, económico, social y jurídico, mediante la aplicación de su propia normatividad.

Y para la materia electoral resulta relevante el reconocimiento al autogobierno, que es el derecho a la elección de las autoridades indígenas de acuerdo con sus prácticas tradicionales.

⁷ González Galván, J.: "La validez... cit., p. 39.

3. La ubicación del derecho indígena en el sistema jurídico mexicano

El reconocimiento de un conjunto de normas aplicables a los pueblos y comunidades indígenas, que forman parte del derecho nacional, implica el abandono definitivo del monismo jurídico, pues el legislador deja de ser el único legitimado para producir derecho, para dar paso a los métodos de producción propios del derecho indígena.

A diferencia del derecho legislado, el derecho indígena es esencialmente oral; circunstancia que ha generado que en su conceptualización se le haya calificado como costumbre jurídica o usos y costumbres, encuadrándolo como una fuente subordinada al derecho nacional.⁸

Sin embargo, se trata de sistemas que corren paralelamente, como dos columnas sobre las que está la Constitución y los tratados internacionales. Entre ambos existen canales de comunicación intersistémica, esto es, procedimientos para que los actos jurídicos celebrados en cada uno de ellos tengan efectos jurídicos en el otro.

La comprensión del derecho indígena requiere, por tanto, la deconstrucción del paradigma del monismo jurídico y del derecho positivo escrito, para comprender la inclusión del derecho indígena en el sistema jurídico mexicano.

Por otra parte, es necesario el reconocimiento a la otredad, a la existencia de cosmovisiones distintas a las propias, lo cual implica dejar de lado teorías integracionistas sobre los pueblos y comunidades indígenas, mismas que, como ya se dijo, han sido abandonadas tanto a nivel internacional como nacional.

El reto ahora es modificar la cultura jurídica fuertemente arraigada, que por muchos años reconoció

⁸ Gómez, M.: *Derecho...* cit.

a las normas creadas por un proceso legislativo formal como fuente primordial del derecho, para dar paso a otras fuentes como el derecho internacional y el derecho indígena.

Se trata pues de concebir al derecho como dúctil, tal como lo entiende Zagrebelsky,⁹ como un sistema de derechos conformado por normas y principios, que tienen su origen en distintas fuentes, y que deben ser interpretados de forma armónica por el operador jurídico para su aplicación eficaz.

II. El acceso efectivo a la jurisdicción especializada como derecho humano de los pueblos y comunidades indígenas

El reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas ha ido adquiriendo presencia en el derecho internacional de los derechos humanos, hasta llegar a generar planteamientos novedosos, tales como el reconocimiento a los derechos humanos colectivos.¹⁰

Stavenhagen sostiene que *existen derechos humanos individuales, que sólo se pueden disfrutar en comunión con otros, lo que significa que, para efectos de derechos humanos el grupo involucrado se convierte en sujeto de los mismos por derecho propio*¹¹

La titularidad colectiva de los derechos indígenas tiene sustento en la relación que guardan los pueblos con sus territorios. No se trata de una relación individual de propiedad, sino un vínculo colectivo entre la tierra y el colectivo.

Esta concepción irradia a toda la cosmovisión indígena: la titularidad de los derechos corresponde,

en principio, a la comunidad, al colectivo pues, y no al individuo, como sucede tradicionalmente en el derecho. Por tanto, el acceso efectivo a la jurisdicción debe garantizarse tanto al colectivo indígena, como a los individuos que pertenecen a sus pueblos y comunidades.

El acceso efectivo a la jurisdicción de los pueblos y comunidades indígenas se encuentra reconocido en el artículo 2o, Apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En su primera parte, establece como derecho el acceso pleno a la jurisdicción del Estado. Como medios para garantizar ese derecho regula dos disposiciones específicas:

- *En todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución.*
- *Derecho a ser asistidos en todo tiempo por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.*

Estas especificidades del acceso efectivo a la jurisdicción se reiteran en los tratados internacionales. El Convenio 169 de la OIT, establece que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario (artículo 8.1). Por su parte, el artículo 12 establece que:

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse

⁹ Cfr. Zagrebelsky, G.: *El derecho...* cit.

¹⁰ García Hierro, P. y Surrallés A.: *Antropología...* cit., p. 18.

¹¹ Stavenhagen, R.: "Los derechos..." cit., p. 56.

comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 40) y la Declaración Americana (Artículo XXII) contienen disposiciones similares, encaminadas a garantizar el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado.

Por tanto, existe un marco jurídico, tanto nacional como internacional, que establece el derecho de tutela judicial efectiva especializada a favor de los indígenas, que debe ser interpretado de forma progresiva, por tratarse de un derecho humano y, sobre todo, porque el sistema jurídico mexicano se hace cargo de la discriminación histórica y estructural de la cual padecen y han padecido estos grupos, razón por la cual, además de reconocer su autonomía, establece medidas especiales para la protección de sus derechos.

En el siguiente apartado quisiera ocuparme de algunos casos resueltos por el tribunal electoral que denotan la especialidad de la materia electoral indígena.

III. Casos paradigmáticos en materia electoral indígena

En el desarrollo de su actividad jurisdiccional, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha emitido diversos criterios encaminados a la protección de los derechos indígenas, como el criterio de autoadscripción, como elemento fundamental para determinar la calidad de indígena; así como los supuestos y requisitos de las consultas en la materia, entre otros, mismos que se desarrollan a continuación.

1. Autoadscripción indígena

Ordinariamente, cuando en juicio alguna de las partes comparece con determinada calidad, tiene la carga de

probarlo, conforme a lo establecido en el artículo 15, párrafo segundo, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Sin embargo, cuando se trata de la calidad de indígena, la constitución releva de demostrarla a quien sostenga que pertenece a un pueblo indígena, conforme al criterio de autoadscripción, que consiste en que sea la voluntad del sujeto para determinar quién es indígena.

El derecho a la autoadscripción se reconoce en el artículo 2º, segundo párrafo, de la Constitución, así como en el 1, párrafo segundo, del Convenio 169 de la OIT. En ambos se dispone que el criterio fundamental para determinar la calidad de indígena debe ser la conciencia de tal identidad.

El primer caso resuelto por la Sala Superior fue el relacionado con la solicitud de la comunidad indígena de Cherán, Michoacán, para celebrar la elección de sus autoridades municipales de acuerdo con sus sistemas normativos internos.

Precisamente, el primer punto de la controversia fue la de determinar si los comparecientes tenían o no la calidad de indígenas purépechas con la cual se ostentaban, misma que se tuvo por acreditada con la simple afirmación hecha en la demanda de contar con tal calidad.

El tribunal definió el derecho fundamental a la autoadscripción como la declaración de voluntad de personas (individual) o comunidades (colectiva) que, teniendo un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de un pueblo indígena y que se identifican como tales.

Este criterio dio lugar a la jurisprudencia 12/2013, de rubro *COMUNIDADES INDÍGENAS. EL CRITERIO DE AUTOADSCRIPCIÓN ES SUFICIENTE PARA RECONOCER A SUS INTEGRANTES*.

2. Derecho a la libre determinación y autogobierno

El derecho a la libre determinación o autodeterminación es el sustento del resto de los derechos de los pueblos indígenas. En el ámbito político implica la autonomía, entendida como la facultad de elegir a sus autoridades al interior de la comunidad. También implica definir una posición propia frente a la nación.

La libre determinación y autonomía incluye, entre otros, los siguientes derechos:

1. El derecho a vivir bajo sus propias formas de organización.
2. El derecho a nombrar a sus autoridades según sus propias normas y procedimientos electorales.
3. Resolución de conflictos de acuerdo con su propia normatividad.

A pesar de la falta de una regulación secundaria a nivel estatal, en la cual se establece el cauce para la realización de las elecciones por sistemas normativos internos, se han resuelto casos para proteger el derecho al autogobierno.

La Sala Superior ha resuelto tres casos paradigmáticos sobre el derecho al autogobierno y la falta de regulación local: el relacionado con las comunidades purépecha de Cherán, ya referidos, y San Francisco Pichátaro, en Michoacán; y, el relativo al municipio de San Luis Acatlán, Guerrero.

En los casos de Cherán¹² y San Luis Acatlán,¹³ la Sala Superior determinó que, a pesar de la falta de regulación legislativa, la autoridad electoral local debía respetar el derecho al autogobierno de las comunidades, y atender la petición de cambio de régimen electivo. En tales

¹² Juicio para la protección de los derechos político-electorales SUP-JDC-9167/2011, resuelto el 2 de noviembre de 2011.

¹³ Juicio para la protección de los derechos político-electorales SUP-JDC-1740/2012, resuelto el 13 de marzo de 2013.

resoluciones, se ordenó la realización de procedimientos de consulta a fin de que la ciudadanía decidiera sobre el cambio de régimen.

En el caso de Cherán, el resultado de la consulta fue por el cambio de régimen, y el 22 de enero de 2012, la comunidad purépecha de Cherán eligió a los 12 K'eris que integran el Concejo Mayor de Gobierno. En cambio, en San Luis Acatlán, el resultado de la consulta fue en el sentido de permanecer en el sistema de partidos políticos.

El caso de San Francisco Pichátaro, Michoacán, se relaciona con una comunidad purépecha que se encuentra en el municipio de Tingambato.

La comunidad indígena de San Francisco Pichátaro solicitó al Ayuntamiento de Tingambato la entrega directa de la parte proporcional del presupuesto federal asignado al Municipio, en términos del artículo 2º, apartado B, fracción I, de la Constitución, en donde se establece que las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos. Esta solicitud fue negada por el Cabildo Municipal.

La Sala Superior resolvió que los derechos colectivos a la autodeterminación, autonomía y autogobierno, vinculados con sus derechos de participación política efectiva, garantizan a las comunidades indígenas el derecho a determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural, mediante el establecimiento de ciertas garantías mínimas que materialicen dichos derechos y, por lo tanto, decidir sobre la administración directa de los recursos económicos que le corresponden, conforme al artículo constitucional citado.¹⁴

¹⁴ Juicio para la protección de los derechos político-electorales SUP-JDC-1865/2015, resuelto el 18 de mayo de 2016.

3. Derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado

El derecho a la consulta consiste en que, antes de adoptar cualquier ley o medida que pueda afectar a los pueblos indígenas, ya sea de forma directa o indirectamente, deben ser consultados para que expresen su consentimiento libre, previo e informado.

Se trata de un derecho humano colectivo que se establece en el artículo 2º constitucional para la elaboración del Plan Nacional y los Estatales de Desarrollo.

La obligación de realizar consultas para leyes o actos se encuentra en los tratados internacionales, específicamente en los artículos 6, 7 y 15 del Convenio de la OIT, 9 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas y XXIII.2 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

De acuerdo con los criterios sustentados por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la consulta debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Endógeno: el resultado de dichas consultas debe surgir de los propios pueblos y comunidades indígenas para hacer frente a necesidades de la colectividad.
2. Libre: el desarrollo de la consulta debe realizarse con el consentimiento libre e informado de los pueblos y comunidades indígenas, que deben participar en todas las fases del desarrollo.
3. Pacífico: deberá privilegiar las medidas conducentes y adecuadas para que se establezcan todas las condiciones de diálogo y consenso que sean necesarias para evitar la generación de violencia o la comisión de cualquier tipo de desórdenes sociales al seno de la comunidad.

4. Informado: se debe proporcionar a los pueblos y comunidades indígenas todos los datos y la información necesaria respecto de la realización, contenidos y resultados de la consulta a efecto de que puedan adoptar la mejor decisión. A su vez, dichos pueblos y comunidades deben proporcionar a la autoridad la información relativa a los usos, costumbres y prácticas tradicionales, para que en un ejercicio constante de retroalimentación se lleve a cabo la consulta correspondiente.
5. Democrático: en la consulta se deben establecer los mecanismos correspondientes a efecto de que puedan participar el mayor número de integrantes de la comunidad; que la adopción de las resoluciones se aplique el criterio de mayoría y se respeten en todo momento los derechos humanos.
6. Equitativo: debe beneficiar por igual a todos los miembros, sin discriminación, y contribuir a reducir desigualdades, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones;
7. Socialmente responsable: debe responder a las necesidades identificadas por los propios pueblos y comunidades indígenas, y reforzar sus propias iniciativas de desarrollo; debe promover el empoderamiento de los pueblos y especialmente de las mujeres indígenas.
8. Autogestionado: las medidas que se adopten a partir de la consulta deben ser manejadas por los propios interesados a través de formas propias de organización y participación.

También la Sala Superior ha sostenido que el cambio de régimen electivo de sistema de partidos políticos a

sistemas normativos indígenas debe de hacerse mediante una consulta a la comunidad, a través de sus instituciones comunitarias, criterio que se ha sostenido en los casos Cherán y San Luis Acatlán, ya mencionados.

Asimismo, al resolver la impugnación relacionada con la determinación de los distritos electorales uninominales locales del Estado de Oaxaca, la Sala Superior determinó que antes de determinar la demarcación territorial de cada uno de ellos, la autoridad electoral debe realizar un proceso de consulta a los pueblos indígenas asentados en la entidad, con el fin de concentrar en un mismo distrito y, en la medida de lo posible, a las comunidades afines.¹⁵

Este criterio ya fue adoptado por el Instituto Nacional Electoral, al determinar la demarcación territorial de los distritos electorales uninominales en el Estado de México.¹⁶

Como antecedente de lo anterior, el artículo 3° transitorio de la reforma constitucional que modificó el artículo 2° constitucional, estableció que en la determinación de los 300 distritos electorales uninominales, el entonces Instituto Federal Electoral, tomara en cuenta la ubicación de los pueblos y comunidades indígenas para propiciar su participación.

Tal mandato se materializó en la determinación de la demarcación territorial de los distritos uninominales federales realizado en 2004-2005, donde se detectaron 28 distritos con población mayoritariamente indígena (40% de la población) en 11 Estados de la República.

La finalidad de esta norma es contar con distritos en los que exista una alta concentración de población indígena, que eventualmente pudieran elegir un diputado perteneciente a algún pueblo originario.

¹⁵ Recurso de apelación SUP-RAP-677/2015 y sus acumulados, resuelto el 23 de octubre de 2015.

¹⁶ Acuerdo INE/CG608/2016, aprobado por el Consejo General del Instituto Nacional Electoral el 26 de agosto de 2016.

Sin embargo, a la fecha, no existe normatividad que establezca algún tipo de acción afirmativa, en el sentido de que la postulación de candidaturas en esos distritos sea a favor de una persona perteneciente a un pueblo indígena; mucho menos que su elección sea a través de sus sistemas normativos internos.

El único caso que sobre diputaciones federales ha resuelto la Sala Superior es el de Filemón Navarro Aguilar, que fue incluido en la lista de diputados por el principio de representación proporcional de su partido, en virtud de la cuota indígena prevista en los Estatutos del Partido de la Revolución Democrática, misma que ya fue eliminada.¹⁷

4. Juzgar con perspectiva intercultural

El reconocimiento constitucional de la cosmovisión indígena y las identidades culturales que resultan de ella, imponen al juez la obligación de respetar el derecho indígena, acudir a herramientas adecuadas para conocerlo, como peritajes antropológicos, bibliografía especializada y la aceptación de *amicus curiae* y resolver el problema jurídico de acuerdo con sus propias instituciones.

Juzgar con perspectiva intercultural implica que el derecho electoral indígena es un sistema jurídico diverso, con instituciones que le son propias, para lo cual es necesario dejar de lado puntos de vista previamente concebidos, con el fin de evitar la imposición de instituciones ajenas al derecho indígena.

Se sustenta el reconocimiento constitucional y convencional del derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, pues implica una obligación para cualquier juzgador de tener en cuenta los sistemas normativos indígenas propios de la comunidad

¹⁷ SUP-JDC-488/2009 resuelto el 10 de junio de 2009.

involucrada, así como reconocer sus especificidades culturales, las instituciones que son propias y tomar tales aspectos al momento de adoptar la decisión.

El primer asunto en el que se hizo mención expresa al juzgamiento con perspectiva intercultural, fue el relacionado con la destitución de los concejales municipales realizada por la asamblea general comunitaria de Tlalixtac de Cabrera, Oaxaca.¹⁸

En este caso, dicha asamblea se declaró nula por incumplir un conjunto de formalismos y requisitos a la destitución, mismos que, de acuerdo con el criterio de la Sala Superior no correspondían a las instituciones y normas vigentes del sistema normativo indígena de la comunidad, lo cual se tradujo en una violación del derecho a la libre determinación y al autogobierno, al imponer normas ajenas al derecho indígena, que además resultaban innecesarias para el respeto de la garantía de audiencia de las autoridades comunales destituidas.

Asimismo, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha establecido una línea jurisprudencial que busca garantizar el acceso a la jurisdicción electoral de los pueblos y comunidades indígenas.

El punto de partida de estos criterios ha sido garantizar la facilidad de acceso a los tribunales, con el fin de superar las desventajas procesales en las cuales se encuentran debido a la discriminación estructural de la cual son objeto, como la suplencia total de la queja¹⁹ y la interpretación flexible de las reglas procesales.²⁰

¹⁸ Recurso de reconsideración SUP-REC-6/2016, resuelto el 7 de febrero de 2016.

¹⁹ Jurisprudencia 13/2008: COMUNIDADES INDÍGENAS. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN LOS JUICIOS ELECTORALES PROMOVIDOS POR SUS INTEGRANTES.

²⁰ Jurisprudencia 28/2011: COMUNIDADES INDÍGENAS. LAS NORMAS PROCESALES DEBEN INTERPRETARSE DE LA FORMA QUE LES RESULTE MÁS FAVORABLE.

IV. Conclusiones

Como ya se puso en evidencia, el derecho electoral indígena tiene particularidades propias que, me atrevería a decir, no se encuentran en ninguna otra rama del derecho, pues sus cimientos conceptuales son distintos. Si a esto sumamos la discriminación estructural en la cual se encuentran los pueblos y comunidades indígenas, se evidencia la dificultad que tiene una adecuada defensa de sus derechos colectivos e individuales, sobre todo en materia electoral.

Para establecer directrices claras para los operadores jurídicos en casos electorales relacionados con derechos de los pueblos y comunidades indígenas, en 2014 el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación emitió la *Guía de actuación para juzgadores en materia de derecho electoral indígena*.²¹

En dicha guía se destaca la falta de defensores de oficio en materia electoral especializados en materia indígena como indispensables para garantizar el acceso pleno a la justicia, y que la complejidad del derecho electoral indígena, así como la falta de orientación jurídica adecuada, pueden generar situaciones de desigualdad dentro del proceso.²²

Para cumplir con tal función, se creó la Defensoría Pública Electoral para Pueblos y Comunidades Indígenas, como un medio para garantizar el acceso efectivo a la jurisdicción, que cuenta con defensores que se sometieron a un riguroso proceso de selección, para demostrar que cuentan con los conocimientos necesarios para asesorar a los pueblos y comunidades indígenas.

²¹ La Guía de actuación para juzgadores en materia de derecho electoral indígena puede consultarse en la siguiente liga: <http://bit.ly/2cMbPXA> (14.09.2016).

²² *Ibidem*, p. 65.

Asimismo, en su selección se prefirió a las personas que pertenecieran a un pueblo indígena y que tuvieran el dominio de alguna de sus lenguas, para contar con defensores especializados que, por un lado, entendieran la cosmovisión indígena y, por otro, tuvieran la preparación académica adecuada para ser un acompañamiento eficaz ante los tribunales electorales.

De esta forma, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación da un paso importante en la tutela de los derechos políticos de los pueblos y comunidades indígenas, al garantizar una protección especializada que se haga cargo de sus particularidades, a fin de garantizar el derecho a la representación política en condiciones de igualdad.

V. Bibliografía

- Gamio, Manuel: *Forjando patria*. Editorial Porrúa, México, 1992, 210 pp.
- García Hierro, Pedro y Surrallés, Alexandre: *Antropología de un Derecho. Libre determinación territorial de los pueblos indígenas como derecho humano*. Consultable en: <http://bit.ly/2cuOqZt> (05.09.16), 221 pp.
- Gómez, Magdalena: *Derecho indígena y constitucionalidad*. Consultable en: <http://bit.ly/2cU93CQ> (13.09.2016), sin paginación.
- González Galván, Jorge Alberto: “La validez del derecho indígena en el derecho nacional”, en Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.): *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, 149 pp.
- Ordoñez Cifuentes, José Emilio Rolando: *Antecedentes doctrinarios del derecho internacional*

público moderno: integracionismo e indigenismo de participación. Consultable en: <http://bit.ly/2cVufnQ> (13.09.2016), 32 pp.

- _____: “Las demandas constitucionales en Guatemala y México”, en González Galván, Jorge Alberto (coord.): *Constitución y derechos indígenas*. UNAM-IIJ, México, 2002, 287 pp.
- Stavenhagen, Rodolfo: “Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas”, en Bastos, Santiago (Compilador): *Multiculturalismo y futuro en Guatemala*. FLACSO/OXAM, Guatemala, 2008, 280 pp.
- Zagrebelsky, Gustavo: *El derecho dúctil. Ley derechos y justicia*. Trotta, Madrid, 2011, 156 pp.

**Los límites a la crítica aceptable respecto de las
personas públicas en la jurisprudencia
interamericana**

*Manuel González Oropeza**
*Marcos del Rosario Rodríguez***

RESUMEN: Una de las vertientes que en la actualidad conllevan un objeto de estudio en cuanto al adecuado ejercicio de la libertad de expresión, es la crítica aceptable de las personas públicas y el ámbito reducido en el que puede ejercer su derecho a la privacidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido algunas directrices que permiten advertir los alcances de estos derechos, tratándose de personas con estas características, por lo que es muy importante el contenido de tales líneas y su relación con la naturaleza y contenido de los derechos humanos que colisionan en estos casos.

ABSTRACT: One aspect that currently carries an object of study as to the proper exercise of freedom of expression is acceptable criticism of public figures and the limited scope in which you can exercise your right to privacy. The Inter-American Court of Human Rights has established

* Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación e Investigador Nivel III del Sistema Nacional de Investigadores.

** Secretario de Tesis de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación e Investigador Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores.

some guidelines warn that allow the scope of these rights in the case of people with these characteristics, so it is very important the content of such lines and its relation to the nature and content of human rights collide in these cases.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares. II. El contexto jurídico de las personas jurídicas. III. Límites y alcances de la libertad de expresión de las personas públicas en la jurisprudencia interamericana. IV. La esfera jurídica de las personas públicas: alcance y tutela. V. Consideraciones finales. VI. Bibliografía.

I. Consideraciones preliminares

La libertad de expresión es un derecho humano determinante para la consolidación democrática de cualquier país. Su adecuado ejercicio y tutela son esenciales para garantizar la convergencia de todas las posiciones y opiniones en el espacio público, vitales para propiciar el debate y consenso social en torno a las decisiones que deben tomarse en aras de solventar las necesidades y problemáticas que puedan imperar en una sociedad determinada.¹

En los últimos años, la libertad de expresión se ha considerado como un derecho transversal, ya que su salvaguarda es esencial para mantener la vigencia de otros derechos. Un ejemplo de ello, es en el ámbito político-electoral, cuyos derechos deben ser tutelados de tal manera, que cualquier posicionamiento, opinión o preferencia por parte de los ciudadanos debe ser estimada como válida, por lo que resulta indispensable que se diseñen modelos en los cuales se dé causa de forma amplia a esta libertad.

¹ Cfr. Habermas, J.: "El espacio... cit.

Hoy en día, el Estado Constitucional de Derecho pretende preservar los rasgos característicos de las sociedades contemporáneas, como el de la pluralidad política,² sin la cual, no se podría hablar de una democracia verdadera. Por tanto, las legislaciones y las resoluciones jurisdiccionales deben tender a garantizar dicha pluralidad, protegiendo las expresiones políticas de las personas, así como de los diversos grupos y sectores políticos y sociales,³ sin perjuicio del respeto a las decisiones mayoritarias, principio fundamental para el funcionamiento de los sistemas políticos y democráticos.

De ahí que se vuelva determinante que en cualquier sistema político, la libertad de expresión sea plenamente tutelada, pues de lo contrario la democracia y los derechos políticos de los ciudadanos se podrían ver mermados o afectados, ante posibles restricciones en sus expresiones u opiniones.

II. El contexto jurídico de las personas jurídicas

En democracias emergentes, es importante establecer límites claros y racionales, mediante los cuales se puede ejercer la libertad de expresión sin que exista algún tipo de afectación; sobre todo en el ámbito político, pues cualquier acotación indebida puede llevar a la censura, pero también la existencia de un modelo ilimitado puede generar afectaciones a intereses de terceros.

Entre las colisiones que suelen suscitarse al momento de ejercer derechos humanos, es la relativa a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, en donde cualquier ejercicio desproporcionado puede afectar la esfera jurídica de una o varias personas.⁴

² Cfr. García Jurado, R.: *Formas...* cit.

³ Ortega Valdés, P.: *Sociedades...* cit., pp. 57-59.

⁴ Cfr. Pérez González, D. E.: *Problemática...* cit., pp. 498- 503.

Cuando no existen parámetros legislativos o jurisprudenciales que permitan advertir los alcances de la libertad de expresión en el contexto político, pueden aparecer categorías sospechosas que aparenten un ejercicio legítimo,⁵ pero en el fondo, son expresiones o formas de difamación, pudiendo vulnerarse con ello la reputación o buena fama de una persona.

En el plano político, el Estado debe implementar un sistema de tutela solvente y eficaz para que los ciudadanos puedan emitir su opinión, sin que implique la vulneración de la honra de una o varias personas.⁶

Ahora bien, el contexto determina el tipo de dimensión que puede existir en cuanto al ejercicio de la libertad de expresión de una persona, ya que por su condición puede estar sujeta a ciertas restricciones o delimitaciones.

Es el caso de las personas públicas, por la posición que guardan en el espectro social están expuestas a un escrutinio permanente por parte de la opinión pública, ya que su actuar trasciende e incide en distintos grados a la sociedad. En ese sentido se puede decir que no solo las personas que ejercen una función pública o que se encuentren en el escenario político se consideran públicas, sino también aquellas que desempeñando otras actividades son notoriamente conocidas, tal como lo definió la Suprema Corte en la Tesis XLI/2010:⁷

DERECHOS A LA PRIVACIDAD, A LA INTIMIDAD Y AL HONOR. SU PROTECCIÓN ES MENOS EXTENSA EN LAS PERSONAS PÚBLICAS QUE TRATÁNDOSE DE PERSONAS PRIVADAS O DE PARTICULARES.

Las personas públicas o notoriamente conocidas son aquellas que, por circunstancias sociales, familiares,

artísticas, deportivas, o bien, porque han difundido hechos y acontecimientos de su vida privada, o cualquier otra situación análoga, tienen proyección o notoriedad en una comunidad y, por ende, se someten voluntariamente al riesgo de que sus actividades o su vida privada sean objeto de mayor difusión, así como a la opinión y crítica de terceros, incluso aquella que pueda ser molesta, incómoda o hiriente. En estas condiciones, las personas públicas deben resistir mayor nivel de injerencia en su intimidad que las personas privadas o particulares, al existir un interés legítimo por parte de la sociedad de recibir y de los medios de comunicación de difundir información sobre ese personaje público, en aras del libre debate público. De ahí que la protección a la privacidad o intimidad, e incluso al honor o reputación, es menos extensa en personas públicas que tratándose de personas privadas o particulares, porque aquéllas han aceptado voluntariamente, por el hecho de situarse en la posición que ocupan, exponerse al escrutinio público y recibir, bajo estándares más estrictos, afectación a su reputación o intimidad.

Como se puede advertir en esta tesis jurisprudencial, las personas públicas o que son notoriamente conocidas, se someten voluntariamente a esa exposición ante la opinión pública y social, lo que implica la configuración y existencia de una esfera jurídica distinta a la que posee el resto de las personas, cuyo rasgo principal es la reducción en su ámbito de privacidad o intimidad, lo cual no implica que no se encuentren sujetos a una tutela adecuada.

Se puede advertir la existencia de dos regímenes del derecho a la intimidad o derecho a la honra; por una parte el que rige a las personas que son públicas, y las que no están dentro de esta categoría.

⁵ Cfr. Treacy, G. F.: "Categorías... cit., pp. 181- 215.

⁶ Herreros López, J. M.: "Reflexiones... cit., pp. 375-387.

⁷ Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Marzo de 2010, p. 923.

III. Límites y alcances de la libertad de expresión de las personas públicas en la jurisprudencia interamericana

Tanto en el sistema europeo como en el sistema interamericano de derechos humanos, existen criterios definidos sobre este tema, los cuales permiten tener referencias claras y precisas sobre los límites a la libertad de expresión y la reducción de la intimidad de las personas públicas.

En nuestro país, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha trazado una línea jurisprudencial en este tema, lo cual ha permitido resolver de forma proporcional, racional y equitativa las colisiones que se han presentado. De ahí la importancia de contar con un diálogo permanente entre los criterios jurisprudenciales europeos, interamericanos y constitucionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica* de 2 de julio de 2004, en el párrafo 125 estableció que:

125. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido de manera consistente que, con respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, hay que distinguir entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando es una persona pública como, por ejemplo, un político. Esa Corte ha manifestado que:

Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el artículo 10, inciso 2 (art.10-2)

permite la protección de la reputación de los demás –es decir, de todas las personas– y esta protección comprende también a los políticos, aun cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos.

Como se puede apreciar, la Corte distingue claramente las dos dimensiones en cuanto a la restricción de la libertad de expresión. Por una parte, existe la que se refiere a los particulares, y por otra parte, la relativa a las personas públicas.

Se puede advertir que derivado del referido criterio, los políticos están expuestos por sus actuaciones al escrutinio de los periodistas y de la opinión pública, situación que es inevitable por su condición voluntaria de figuras públicas, lo cual les exige desarrollar una tolerancia mucho más aguda y amplia que la del resto de las personas.

En el caso señalado, la Corte Interamericana hace alusión a un criterio jurisprudencial emitido por el Tribunal Europeo, en los casos *Dichand and others v. Austria*,⁸ y *Lingens vs. Austria*,⁹ en los que se ha sostenido que tratándose de cuestiones políticas, la libertad de prensa posee un espectro de ejercicio mucho más amplio, ya que resulta esencial que la ciudadanía posea la información necesaria para poder valorar y juzgar el desempeño de los políticos.¹⁰ La Corte expresa que no se entiende la concepción de sociedad democrática sin estos espacios y

⁸ *European Court of Human Rights, Former Third Section, Case of Dichand and others v. Austria, 26 February 2002.*

⁹ *European Court of Human Rights, Plenary, Case of Lingens v. Austria, 8 July 1986.*

¹⁰ *Camps, V.: Sociedad... cit.*

libertades, ya que la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática.

En su razonamiento, la Corte Interamericana estima que este juicio valorativo de la ciudadanía¹¹ hacia los políticos no tiene que ser eminentemente positivo, sino también deben contemplarse los comentarios o expresiones de índole negativo hacia estos, lo cual resulta lógico en esta dimensión de tolerancia ampliada que poseen las personas públicas o notoriamente famosas, a diferencia de aquellas que no lo son. Esto se advierte en la citada resolución, en el párrafo 126 y 128, en los cuales la Corte Interamericana, haciendo referencia al precedente expuesto en el *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*, advirtió lo siguiente:

126. En otra Sentencia, esa Corte sostuvo que [...] la libertad de expresión e información [...] debe extenderse no solo a la información e ideas favorables, consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, resulten chocantes o perturben. [...] Los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al Estado que en relación a un ciudadano privado e inclusive a un político. En un sistema democrático, las acciones u omisiones del Estado deben estar sujetas a un escrutinio riguroso, no sólo por parte de las autoridades legislativas y judiciales, sino también por parte de la prensa y de la opinión pública.

128. En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos

o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.

Esta apertura de tolerancia no implica –como lo expresa la sentencia– que los derechos de la persona pública no se encuentren tutelados, ya que cualquier acto en perjuicio de su honor o de su intimidad serán invalidados, igual que ocurre en otros casos. Lo que sí es un hecho, es que derivado de la condición propia que guardan los políticos o personas públicas, así como del entorno plural –propio y característico de todo régimen democrático– en el que se encuentran inmersos, conlleva a una adecuación proporcional en la tutela de los derechos de estas personas.

Al respecto la Corte Interamericana en el *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* de 31 de agosto de 2004, reitera que la tolerancia que deben ejercer las personas públicas, no conlleva una falta de protección a sus derechos humanos.

En dicho caso, se puede advertir de forma expresa la existencia de un diálogo jurisprudencial, ya que la Corte Interamericana fundamenta su razonamiento en algunas consideraciones esgrimidas por la Corte Europea:

102. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido de manera consistente que, con respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, se debe distinguir entre las restricciones

¹¹ Cfr. Zapata- Barrero, R.: *Ciudadanía...* cit., pp. 57- 80.

que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando haga referencia a una persona pública como, por ejemplo, un político. Al respecto, la Corte Europea ha manifestado que:

Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el artículo 10, inciso 2 (art. 10-2) permite la protección de la reputación de los demás –es decir, de todas las personas– y esta protección comprende también a los políticos, aun cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos.

En el párrafo 129 del *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* anteriormente citado, señala lo siguiente:

129. Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.

Este párrafo es muy ilustrativo sobre el razonamiento hilvanado por parte de la Corte Interamericana respecto

de los alcances de la libertad de expresión y derecho a la intimidad de las personas públicas y, por ende, la forma en que opera su protección, derivado de esta esfera jurídica tan singular que poseen. La Corte considera que esta diferenciación se asienta, no en la calidad del sujeto en sí, sino en la trascendencia pública de sus actuaciones. Para lo cual, se hace énfasis en dos aspectos que son determinantes para conocer los alcances referidos. Por una parte, el factor de la voluntariedad de esas personas de exponerse ante el escrutinio público y, el riesgo de sufrir diversos tipos de crítica, generado por esa exposición pública.

La Corte concluye de forma categórica con un criterio que puede ser muy útil para entender la dimensión en el ejercicio y restricción de la libertad de expresión de las personas públicas, consistente en que sus actividades escapan de la esfera privada, situándose por su trascendencia en el debate público, lo cual impide sustraerse del escrutinio de la opinión pública.¹²

Retomando el tema de cómo debe operar el tratamiento de las personas públicas, en cuanto a los alcances de sus derechos, particularmente la libertad de expresión y las restricciones que existan para su ejercicio, al momento de ser aplicadas, en el *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela* de 20 de noviembre de 2009, en el párrafo 83 se advierte lo siguiente:

83. Al respecto, en el examen de proporcionalidad se debe tener en cuenta que las expresiones concernientes al ejercicio de funciones de las instituciones del Estado gozan de una mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático en la sociedad.⁶⁵ Ello es así porque se asume que en una sociedad

¹² Cfr. Miralles, A. M.: *Periodismo...* cit., pp. 27- 36.

democrática las instituciones o entidades del Estado⁶⁶ como tales están expuestas al escrutinio y la crítica del público, y sus actividades se insertan en la esfera del debate público.⁶⁷ Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.⁶⁸ De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático.⁶⁹ Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática,⁷⁰ que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.⁷¹

En las consideraciones expuestas por la Corte Interamericana en el caso referido, se hace evidente la importancia que conlleva el debate público para las sociedades democráticas, cuya conformación se cimenta en la pluralidad ideológica y política, lo que implica que las opiniones que se viertan en cuestiones de interés público deben ser protegidas a plenitud, y así evitar restricciones indebidas o injustificadas que afecten la libertad de expresión de la ciudadanía.

Por ello, en cuanto hace a las opiniones y críticas que se viertan hacia las personas públicas por parte de la ciudadanía, resulta inviable establecer limitaciones o distinciones en aras de acotar tales expresiones sociales, ya que se debe privilegiar al momento de realizar la ponderación, el debate público y la pluralidad democrática. Sin que esto, como se ha señalado, implique la no protección de los derechos humanos, en concreto de la libertad de expresión y derecho a la intimidad de las personas públicas.

Ahora bien, en la definición de los límites y alcances de la esfera jurídica de las personas públicas, es importante establecer que tratándose de opiniones públicas insertas

en el debate público, la Corte ha señalado que no pueden valorarse como verdaderas o como falsas, ya que lo que se pretende tutelar es el ejercicio de libertad de expresión de la sociedad, el cual prevalecerá más allá de que los hechos referidos en una opinión resulten ciertos o no. En el párrafo 86 de la sentencia relativa al Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, la Corte señaló:

86. Al respecto, la Corte observa que, por un lado, el tribunal nacional consideró que el señor Usón Ramírez había emitido una opinión, no sólo una afirmación, y por otro lado, que dicha opinión a su vez afirmaba un hecho que no era cierto (supra párrs. 40 y 42). La Corte ha señalado anteriormente que las opiniones no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción,⁷³ más aún cuando dicha opinión esté condicionada a que se comprueben los hechos sobre los que se basa. En el presente caso, al condicionar su opinión, se evidencia que el señor Usón Ramírez no estaba declarando que se había cometido un delito premeditado, sino que en su opinión se habría cometido tal delito en el caso que resultara cierta la hipótesis sobre el uso de un lanzallamas. Una opinión condicionada de tal manera no puede ser sometida a requisitos de veracidad.⁷⁴ Además, lo anterior tiende a comprobar que el señor Usón Ramírez carecía del dolo específico de injuriar, ofender o menospreciar, ya que, de haber tenido la voluntad de hacerlo, no hubiera condicionado su opinión de tal manera. Un razonamiento contrario, es decir, establecer sanciones desproporcionadas por realizar opiniones sobre un supuesto hecho ilícito de interés público que involucraba a instituciones militares y sus miembros, contemplando así una protección mayor y automática al honor o reputación de éstos, sin

*consideración acerca de la mayor protección debida al ejercicio de la libertad de expresión en una sociedad democrática, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana.*⁷⁵

IV. La esfera jurídica de las personas públicas: alcance y tutela

Para tener una definición mucho más amplia e integral de la esfera jurídica de las personas públicas en cuanto a los alcances en el ejercicio de su libertad de expresión, se hace necesario acudir a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para distinguir con una mayor precisión cuándo una persona pública puede verse afectada en su esfera jurídica, más allá de que tenga que desarrollar una tolerancia ampliada en cuanto a las opiniones públicas vertidas hacia ellas.

En el caso *Karako vs. Hungría* de 28 de abril de 2009, resuelto por el Tribunal Europeo, se estableció algunos criterios que pueden servir como parámetros orientadores sobre los alcances de la libertad de expresión tratándose de personas públicas.

En la sentencia del Tribunal Europeo se argumentó que los artículos 8° y 10° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los cuales regulan la protección de la reputación de una persona pública, no se advierte algún tipo de conflicto, pues se considera que era un simple error de apariencia.

El tribunal estima que el concepto de *reputación* se ubica fuera de la definición prevista en el artículo 8 del convenio referido, pues es notoriamente distinta al de *integridad personal*. Dicho artículo señala que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Los derechos de integridad personal que se contemplan dentro del ámbito del artículo 8° no se encuentran relacionados con la evaluación externa del individuo; ya que si bien, en ciertos supuestos las personas públicas como consecuencias de sus actuaciones pueden perder la estima social, la integridad intrínseca de la persona siempre deberá y permanecerá tutelada e inalienable. En la legislación de varios Estados miembros de la Unión Europea, la reputación tradicionalmente ha sido protegida por ordenamientos diseñados en contra de la difamación, como un asunto relacionado principalmente a los intereses financieros o el estatus social.

En algunas ocasiones, la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha considerado a la reputación como un derecho independiente, solo cuando las manifestaciones se convierten en injerencias graves a la vida privada, a tal grado de socavar la integridad personal, ya que su difusión o publicación tiene un efecto directo en la vida privada del demandante.

En el presente caso, el Tribunal Europeo señaló que el acto impugnado era una declaración que debía de ser catalogada como un juicio de valor y, como tal, debía de garantizarse su protección, acorde con la legislación húngara. Para llegar a dicha conclusión, se tomaron en consideración los siguientes elementos:

- El demandante se trataba de un político y, por ende, se encontraba con una participación activa en la vida pública.
- Que la declaración impugnada fue hecha durante una campaña electoral en la que el demandante se desempeñaba como candidato.
- Que las declaraciones constituyeron una opinión negativa solo sobre las actividades públicas del demandante.

Por estas razones el Tribunal Europeo concluyó que dichas declaraciones se encontraban protegidas constitucionalmente aunque fuesen negativas, y que la demanda en donde establece el promovente que su reputación como político había sido afectada, no era una pretensión que pudiera relacionarse con la protección de su derecho al respeto de la integridad personal, conforme al artículo 8° de la Convención.

El Tribunal Europeo advirtió en su resolución, que limitar la libertad de expresión de la ciudadanía por el bien de la reputación¹³ de una persona pública (en este caso el promovente) habría sido desproporcionada, en virtud de lo establecido por el artículo 10° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual señala que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

¹³ Cfr. Vidal Marín, T.: “Derecho... cit.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

En nuestro país –como se señaló– a partir de la reforma constitucional del año 2007 en materia electoral, se delineó un tratamiento jurídico diverso en el ejercicio de la libertad de expresión tratándose de personas públicas, lo cual ha traído la emisión de criterios por parte de la Suprema Corte como se expresó en su momento, y de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Dichos criterios han permitido advertir los alcances de la libertad de expresión de las personas públicas o de las personas notoriamente conocidas, cuando se encuentran inmersas en un contexto político-electoral, siguiendo las coordenadas marcadas por la jurisprudencia interamericana y europea en cuanto hace a la participación de estas personas en el debate público, lo que conlleva que en el ejercicio de sus derechos a la libertad de expresión y a la privacidad, se ensanche el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones vertidas en esas confrontaciones. Esto sin duda evidencia un dialogo real entre los distintos sistemas.

Al respecto en la jurisprudencia 11/2008 emitida por la citada Sala Superior, se establece que:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO.- El artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce con el carácter de derecho fundamental a la libertad de expresión e información, así como el deber del Estado de garantizarla, derecho que a la vez se consagra en los numerales 19, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y 13, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disposiciones integradas al orden jurídico nacional en términos de lo dispuesto por el artículo 133 del propio ordenamiento constitucional. Conforme a los citados preceptos, el ejercicio de dicha libertad no es absoluto, encuentra límites en cuestiones de carácter objetivo, relacionadas con determinados aspectos de seguridad nacional, orden público o salud pública, al igual que otros de carácter subjetivo o intrínseco de la persona, vinculados principalmente con la dignidad o la reputación. En lo atinente al debate político, el ejercicio de tales prerrogativas ensancha el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones vertidas en esas confrontaciones, cuando se actualice en el entorno de temas de interés público en una sociedad democrática. Bajo esa premisa, no se considera transgresión a la normativa electoral la manifestación de ideas, expresiones u opiniones que apreciadas en su contexto, aporten elementos que permitan la formación de una opinión pública libre, la consolidación del sistema de partidos y el fomento de una auténtica cultura democrática, cuando tenga lugar, entre los afiliados, militantes partidistas, candidatos o dirigentes y la ciudadanía

en general, sin rebasar el derecho a la honra y dignidad reconocidos como derechos fundamentales por los ordenamientos antes invocados.

Si bien, las personas públicas al encontrarse insertas en el debate público deben desarrollar un mayor margen de tolerancia respecto a las opiniones públicas que se viertan respecto a sus actuaciones de índole público, también en sintonía con lo dicho por la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo, la protección a la honra y la reputación debe ser permanente y efectiva, lo cual plantea una diferencia notoria respecto a lo señalado por la doctrina jurisprudencial dictada en los sistemas interamericano y europeo.

Como es sabido, la reforma constitucional de 2007 en materia política y electoral, planteó un nuevo modelo de comunicación política,¹⁴ en el cual se buscó salvaguardar la equidad de la contienda, por lo que cualquier manifestación de degradación que incidiera en la reputación y honra de las personas, incluyendo a las personas públicas, se tutela de forma plena, sin que desconozca este grado de libertad mucho más acotado por parte las personas públicas, lo cual fue previsto por el propio Poder Revisor de la Constitución al momento de efectuar la reforma constitucional mencionada.

Al respecto, podemos advertir lo señalado por la Sala Superior en la jurisprudencia 14/2007, en la que se asienta lo siguiente:

HONRA Y REPUTACIÓN. SU TUTELA DURANTE EL DESARROLLO DE UNA CONTIENDA ELECTORAL SE JUSTIFICA POR TRATARSE DE DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE RECONOCEN EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.- De

¹⁴ Cfr. Calleja Gutiérrez, A., et. al.: "Perspectivas... cit., pp. 225- 249.

lo dispuesto por el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como los numerales 19, párrafo 3, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y 13, párrafo 1, inciso a), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estos últimos integrados al orden jurídico nacional en términos de lo previsto por el artículo 133 del propio ordenamiento constitucional, el respeto a los derechos de tercero o a la reputación de los demás se reconocen dentro del ejercicio de la libertad de expresión, correspondiendo al Estado su protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en los ámbitos de vida privada, familia, domicilio o correspondencia. La honra y dignidad, son valores universales construidos con base en la opinión, percepción o buena fama que se tiene de los individuos, de ahí que, a partir del menoscabo o degradación de los atributos de la personalidad es factible ilustrar sobre la vulneración de los derechos fundamentales precitados. En ese orden, en el marco del debate político, las expresiones o manifestaciones de cualquier tipo que hagan quienes intervienen en la contienda electoral, con el fin primordial de denigrar o degradar el nombre, estado civil, nacionalidad o la capacidad de sus oponentes, implica vulneración de derechos de tercero o reputación de los demás, por apartarse de los principios rectores que ha reconocido el Constituyente y los Pactos Internacionales signados por el Estado Mexicano.

V. Consideraciones finales

Se puede concluir que una condición necesaria para el desarrollo y subsistencia de las democracias contemporáneas, es el respeto a la pluralidad de opiniones

que se da en el debate público. Por ello, se hace necesario que en aras de preservar ese derecho de ejercicio integral y fortalecido de libertad de expresión por parte de la sociedad, aquellos actores que poseen un lugar público por el tipo de roles que desempeñan en el ámbito político, propicien dicho ejercicio, desarrollando una tolerancia lo suficientemente ampliada, más allá de que los comentarios vertidos, sean positivos y verdaderos.

Derivado del análisis de los distintos criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana, así como por el Tribunal Europeo y por nuestra jurisdicción constitucional, se erige una tutela de prevalencia a la libertad de expresión ejercida por los distintos sectores de la sociedad, sin que esto implique la inexistencia del reconocimiento y protección de los derechos de libertad de expresión, honra e intimidad de las personas públicas o notoriamente conocidas, ya que el trato que estas reciben se encuentra inmerso en parámetros de equidad y proporcionalidad, tomando en cuenta la naturaleza de su esfera jurídica.

VI. Bibliografía

- Calleja Gutiérrez, Aleida; Solís Leere, Beatriz; Vega Montiel, Aimé; Domínguez Cortina, Rebeca; Bravo Torres Coto, Jorge Enrique; Ramírez Ramírez, Agustín; Pineda Ventura, José Agustín: "Perspectivas y evaluación del modelo de comunicación político electoral en México", en *Revista mexicana de derecho electoral*. IIJ- UNAM, 2013.
- Camps, Victoria: *Sociedad de la información y ciudadanía*. Perú, Consejo Consultivo de Radio y Televisión. Versión electrónica en <http://www.concortv.gob.pe/file/especiales/RA/lecturas/vc-sic.pdf>

- García Jurado, Roberto: *Formas del pluralismo*. ITAM. Versión electrónica en <http://biblioteca.itam.mx/estudios/60-89/64-65/RobertoGarciaJuradoLasformasde.pdf>
- Habermas, Jürgén: “El espacio público”, en *Nexos*. Agosto 1996, No. 224, traducido por José María Pérez Gay. Versión electrónica en www.nexos.com.mx.
- Herreros López, Juan Manuel: “Reflexiones sobre la formación de la opinión pública en el Estado democrático”, en *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 14, 2º semestre, 2004. España, UNED.
- Miralles, Ana María: *Periodismo, opinión pública y agenda ciudadana*. Norma, Enciclopedia Latinoamericana de Sociocultural y Comunicación, Colombia, 2001.
- Ortega Valdés, Patricia: *Sociedades modernas y posmodernas*. Instituto de Investigaciones Sociales-UNAM, México.
- Pérez González, David Enrique: *Problemática de la colisión entre los derechos de la personalidad y la libertad de expresión e información. Solución doctrinal y jurisprudencial*. Universidad de la Rioja, España, 2001.
- Treacy, Guillermo F.: “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en *Lecciones y Ensayos*, Núm. 89, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2011.
- Vidal Marín, Tomás: “Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional”, en *Revista para el análisis del derecho*. Universidad Castilla- La Mancha, España, 2007.
- Zapata- Barrero, Ricard: *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*. Ed. Anthropos, España, 2001.

Auto de vinculación a proceso*

Miguel Ángel Aguilar López**

SUMARIO: I. Justificación. II. Marco jurídico y requisitos para el dictado del auto de vinculación a proceso. III. Estándar probatorio para su emisión. IV. ¿Qué debe entenderse por hecho que la ley señala como delito y qué implica su análisis? V. ¿Es necesario analizar los elementos objetivos, normativos y subjetivos de la descripción típica del delito correspondiente? VI. Conclusiones.

I. Justificación

Al implementarse el sistema acusatorio, existen criterios jurisprudenciales contradictorios en cuanto a si es necesario o no, analizar los elementos del tipo penal (objetivos, normativos y subjetivos) en el auto de vinculación a proceso. El Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, en sus tesis con registros 160330 y 2004857, visibles en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro V, Febrero de 2012, Tomo 3, Tesis XVII.1o.P.A J/25 (9a), página 1942; y, libro XXVI, Noviembre de 2013. Tomo 1, Tesis XVII.1o.P.A. J/2 (10a), página 757, respectivamente, con los rubros: *AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO*

* Ponencia (corregida) presentada en el Congreso Nacional “Nuevo Sistema de Justicia Penal desde la óptica del juicio de amparo”, celebrado en la Ciudad de México del 15 al 17 de junio de 2016.

** Magistrado de Circuito, adscrito al Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INculpADO, SINO QUE SÓLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO Y A LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA) y AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO LA ACREDITACIÓN DEL REQUISITO “HECHO ILÍCITO” DEBE LIMITARSE AL ESTUDIO CONCEPTUAL (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA). Estima, como se advierte, no es necesaria su constatación.

Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, en su Tesis Aislada con registro 2011026, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro XXVII, Febrero de 2016, Tomo III, Tesis XXVII.3o.20 P (10a), página 2025, de rubro: *AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA QUE EL JUEZ DE CONTROL PUEDA DETERMINAR SI EL HECHO IMPUTADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO AL ACUSADO ES O NO CONSTITUTIVO DE DELITO, DEBE ANALIZAR LOS ELEMENTOS DE LA DESCRIPCIÓN TÍPICA DEL ILÍCITO CORRESPONDIENTE, ESTO ES, SUS ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS.* Considera que sí deben de acreditarse los mismos a través de su análisis, a fin de calificar si los hechos imputados son o no constitutivos del delito, con ello, afirma, se contribuye al respeto al derecho de defensa y crea seguridad jurídica.

II. Marco jurídico y requisitos para el dictado del auto de vinculación a proceso

De la interpretación sistemática y analítica de los artículos 19 y 136, de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos y Código Nacional de Procedimientos Penales, respectivamente, se observa que prevén armónicamente, que para dictar el *auto de vinculación* a proceso se requieren:

1. Que se desprenda de la investigación *datos de prueba*;
2. De los mismos, se establezca se ha cometido un *hecho que la ley señala como delito*; y,
3. Se entiende que obran datos cuando existan *indicios razonables* que así permiten suponer.

III. Estándar probatorio para su emisión

El problema real, más allá de si se debe analizar o no los elementos del tipo penal, es el grado del estándar probatorio que se requiere para analizar la tipicidad en la vinculación procesal, que opino debe de construirse en distintos grados, a partir del más alto, que se contiene en la sentencia condenatoria, en el cual se debe llegar a la íntima convicción del juzgador de la culpabilidad del imputado, más allá de toda duda razonable (artículo 359 del Código Nacional de Procedimientos Penales).

En efecto, es en la sentencia condenatoria, en la que se debe tener íntima convicción e, incluso, en plena constatación de que la conducta del imputado es injusta (típica y antijurídica) y, por ende, se le debe formular el reproche penal (culpabilidad) conforme al artículo 15, a *contrario sensu*, del Código Penal Federal y del 406 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Luego, a partir del estándar probatorio más alto, se deben de construir grados más bajos del mismo en los diversos actos procesales: a) citatorio al imputado, orden de comparecencia y orden de aprehensión (artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales); b) auto de vinculación a proceso (artículo 316 del Código Nacional de

Procedimientos Penales); y, c) acción penal del ministerio público al formular la acusación (artículo 335 del Código Nacional de Procedimientos Penales).

Esto es, el estándar incide en el tema del derecho probatorio, en el que se debe de contar, a través de la información que arroja la misma, con diversos grados de convencimiento o credibilidad razonable, conforme a la etapa procesal en que se actúe, donde no en todos ellos se requiere de prueba plena. De esta forma, la información razonable del dato de prueba para la vinculación procesal, debe ser analizada de manera libre y lógica, a fin de constatar que constituyen indicios que permiten suponer la abstracción del hecho delictuoso.

Lo contrario, es caer en el error en el que hemos incurrido en el antiguo sistema mixto inquisitivo, de exigir acreditar o comprobar plenamente el cuerpo del delito o los elementos del tipo penal, en la resolución de plazo constitucional. Con lo cual se realiza el prejuzgamiento del caso concreto o se adelanta la sentencia.

Máxime que del estudio de investigación inicial, no se habla de prueba, sino de dato de prueba (fuente de prueba), que constituye la información que proporciona el ministerio público y que el juez de control, no puede valorar al no desahogarse ante su potestad.

Por ende, del análisis temático de los artículos 261, 265 y 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales, es inconcuso que el dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, aportado por las partes, el cual se advierte probable para establecer razonablemente la existencia o no de un hecho delictivo. En ese contexto, afirmar que obran datos que establecen se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, resulta cuando existen indicios razonables que así permiten

hacerlo probable, a través de la abstracción intelectual y razonable del contenido del delito y el hecho precisado.

IV. ¿Qué debe entenderse por hecho que la ley señala como delito y qué implica su análisis?

El concepto de hecho delictuoso debe formularse del conocimiento del enunciado constitutivo del delito y la práctica jurisdiccional, cuya validez puede ser verificada concretamente en la experiencia de cualquier persona.

En su conformación legal descriptiva por el legislador, no en cuanto a su análisis dogmático. Sin soslayar que la teoría del delito, en su carácter de postulado científico del contenido normativo, resulta herramienta eficiente para sustentar el conocimiento requerido.

Luego, su concepto implica las siguientes operaciones:

1. La abstracción del enunciado delito con el hecho fáctico tema de la litis;
2. Ello al formular racionalmente entre el enunciado y ese hecho fáctico, la abstracción justificada intelectualmente, con los datos de prueba que permitan vincular cada uno de ellos;
3. La afirmación o no, por medio de la abstracción, si el enunciado delito, racionalmente a través del conocimiento obtenido a través del dato de prueba nos permite suponer que el hecho es delictivo; e, incluso,
4. Si existe o no causa de exclusión del delito.

Por lo que resulta claro que el hecho delictivo no debe ser comprobado plenamente, con cada uno de sus elementos típicos, sino solo que existan indicios razonables, que representan un estadio de convencimiento de probabilidad, a través de un hecho indicador (dato probatorio) de cada uno de sus elementos y no convencimiento fuera de toda duda razonable.

V. ¿Es necesario analizar los elementos objetivos, normativos y subjetivos de la descripción típica del delito correspondiente?

En la evolución histórica del artículo 19 constitucional, hasta el año 1993, para dictar un auto de formal prisión, se exigía acreditar el cuerpo del delito, que conforme al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, requería la acreditación de elementos objetivos o materiales. A partir de septiembre de ese mismo año, el numeral en comento exige acreditar los elementos del tipo penal (objetivos, subjetivos genéricos y específicos y normativos).¹ En 1999, se regresó al concepto de cuerpo del delito. En la norma secundaria, se exige acreditar los elementos objetivos y normativos. A partir de 2008, se exige justificar un hecho que la ley señala como delito.

Luego, si la teleología del legislador fuere que se acreditaran los elementos del tipo penal o el cuerpo del delito, expresamente así lo debió señalar en la reforma de 2008, al artículo 19 constitucional.

Esto es, en un argumento histórico progresivo, actualmente no se requiere acreditar en la vinculación procesal, ni cuerpo del delito ni los elementos del tipo penal, sino la constatación de un hecho que la ley prevé como delito.

En los artículos 19 y 136 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y Código Nacional de

¹ Los elementos del tipo penal, de conformidad con el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, derogado son: *objetivos* (acción, omisión; lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado; la forma de participación del sujeto activo; las calidades cualitativas y cuantitativas del sujeto activo y pasivo; el objeto material; la atribuibilidad de la acción y la omisión en los delitos de resultado material; medios comisivos; circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión); *subjetivos* (genéricos: dolo y culpa; específicos: ánimos, deseos, propósitos e intenciones, etcétera); *normativos*: culturales, jurídicos; doctrinarios y jurisprudenciales.

Procedimientos Penales, respectivamente, en relación con los artículos 405 y 406 del último ordenamiento en comento, es incuestionable establecer que acreditar los elementos del tipo penal, corresponde a requisitos de una sentencia condenatoria, en la absolutoria, se podrá sustentar con las causas de exclusión del delito (atipicidad, causas de justificación o de inculpabilidad). Esto es, la constatación de la tipicidad, conforme artículo 406, párrafo séptimo, del Código Nacional de Procedimientos Penales, es en la sentencia condenatoria, donde expresamente se señala: *...hará referencia a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente...*, así como a la antijuridicidad y el reproche penal (culpabilidad).

Ahora bien, si la culpabilidad debe acreditarse conforme al tipo penal y se afirma con el dictado de la sentencia, es en esta cuando se deben acreditar los elementos del tipo penal conforme a la descripción específica se requiera.

Ello es así porque el estándar probatorio que se requiere en la sentencia, corresponde al grado más alto, más allá de toda duda razonable e íntima convicción de culpabilidad.

VI. Conclusiones

Para la vinculación procesal, basta establecer que la información aportada por el ministerio público, a través de datos de prueba (que no son medio de prueba, ni pruebas), de manera lógica y razonable, constituyan indicios (conocimiento) que conforme a una abstracción intelectual sustentada en la experiencia, son probables, a fin de establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito. Por lo que no se deben acreditar los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal, los cuales corresponden a las sentencias, absolutoria o

condenatoria (artículos 406 y 407 del Código Nacional de Procedimientos Penales, donde se valorará las pruebas desahogadas en la audiencia de juicio, a fin de constatar el delito y sus elementos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) o su exclusión.

En lo que se vence la presunción de inocencia del imputado y el órgano de acusación, ministerio público, demuestre la culpabilidad del imputado conforme al tipo penal (artículo 20, inciso B), fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). La potestad del amparo (directo o indirecto), no debe exigir que el juez de control, en la resolución de vinculación procesal, exija acreditar los elementos del tipo penal, ya que desnaturalizaría el sistema acusatorio, al requerir valer el dato de prueba en el grado más alto del estándar probatorio, más allá de duda razonable o íntima convicción, que es propio de la sentencia.

El principio de progresividad de los derechos humanos en México: reseña de una sentencia judicial

*José Guadalupe de la O Soto**

SUMARIO: I. Preámbulo. II. Significado del principio de progresividad a partir de la doctrina. III. Reseña de una sentencia judicial. IV. Algunos criterios relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. Preámbulo

Uno de los propósitos de este ensayo es identificar la manera de cómo se conciben en la práctica jurídica los derechos humanos a la luz del principio de progresividad de los mismos, particularmente, por los tribunales y juzgados federales quienes cada día que pasa abandonan la exclusiva del control de convencionalidad,¹ sin que esta última aseveración sea irrestricta, obedeciendo más bien al deber ser o cómo debe ser su concepción legal y aplicación en el mundo fáctico, a partir de que

* Secretario del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Vigésimo Segundo Circuito. Profesor del Instituto de la Judicatura Federal en las materias de Derechos Humanos, Derecho Administrativo y Redacción Judicial.

¹ Cabe señalar que Juan José Rosales Sánchez, coincide con Karlos Castilla, al decir que el control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales y de toda autoridad vinculada a la administración, no es más que la obligación de observar y aplicar el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en general el *corpus iuris* interamericano con el fin de promover, respetar, garantizar y proteger derechos y libertades reconocidas a las personas.

en México, el 10 de junio de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma más importante a la Constitución Federal de la República en la materia desde su promulgación en 1917.

Todos sabemos la trascendencia que tal modificación imprime a la forma de entender los derechos humanos en el Estado mexicano, al imponer la obligación a todas las autoridades de tomar una actitud proactiva por el fomento y protección de los derechos humanos, cada una en el campo de acción en que sean competentes, lo cual traduce plenamente el propósito que tuvo el poder reformador para llevar a cabo dicha modificación, que es consolidar a México como un Estado democrático, respetuoso de los derechos inherentes a la dignidad del hombre, siendo este el fundamento último de la sociedad.²

Mucho se ha dicho en la doctrina, que esta reforma trascendental buscó fortalecer el sistema de reconocimiento y protección de los derechos humanos en México, implicando la modificación de los artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105 del pacto federal.

Los principales cambios que se produjeron se reflejan de la siguiente manera:

En el artículo 1º:

- a) Se transforma la denominación del Capítulo I, Título Primero para pasar de *De las garantías individuales* a *De los derechos humanos y sus garantías*;
- b) Se reconoce, constitucionalmente, a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, al mismo nivel que los consagrados en la norma fundamental;
- c) Se dispone que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con

los tratados internacionales *favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*. Así, además de establecer la obligación de realizar la interpretación conforme a tratados, también se prevé la aplicación del principio *pro persona*, por el que todas las autoridades que aplican la ley quedan obligadas a preferir aquella norma o aquella interpretación que mejor proteja al ser humano;

- d) Se dispone que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Se trata de un mandato integral, no solamente porque está dirigido a todas las autoridades, sino porque la obligación abarca los diversos ámbitos de la actuación pública. Es un mandato para transformar el desempeño diario de las autoridades;
- e) Se consagran los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos como fundamento de la actuación pública;
- f) Se obliga al Estado a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos; y,
- g) Se precisa la prohibición de discriminación por motivo de preferencias sexuales.

Lo cual conlleva a que las autoridades actúen atendiendo a todas las personas por igual, con una visión interdependiente, ya que el ejercicio de un derecho humano implica, necesariamente, que se respeten y protejan múltiples derechos vinculados, los cuales no podrán dividirse y todo habrá de ser de manera progresiva, prohibiendo cualquier retroceso en los

² Gil Rendón, R. "El control difuso... cit.

medios establecidos para el ejercicio, tutela, reparación y efectividad de aquellos.

Luego, el artículo 3º dispone que la educación que imparta el Estado fomentará el respeto a los derechos humanos.

Enseguida el numeral 11 reconoce el derecho al asilo en caso de persecución por motivos de orden político y el de refugio que se recibirá por causas de carácter humanitario.

Incluso, en el artículo 15, se prohíbe la celebración de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

A continuación, el artículo 18 dispone que el sistema penitenciario debe organizarse sobre la base del respeto a los derechos humanos.

En el precepto 29 se regula un nuevo régimen de suspensión y restricción de derechos y garantías, además se constituye un núcleo duro de derechos que no pueden suspenderse nunca, ni aun en estados de excepción.

Por otra parte, se otorga derecho de audiencia a las personas extranjeras sujetas al proceso de expulsión previsto en el artículo 33.

Se prevé en el artículo 89, fracción X, que el Poder Ejecutivo, en la conducción de la política exterior, observará como principio el respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos.

Con la reforma al artículo 97 se suprime la facultad de investigación de violaciones graves de derechos humanos que se encontraba en la esfera competencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La facultad de investigación se incorporó al artículo 102, Apartado B, como una *nueva* atribución de la

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Incluso, pretendió dotar al ombudsman de mayor autonomía, debiéndose verificar una consulta pública en su proceso de elección, brindar mayor fuerza a sus recomendaciones a través de un control político a cargo del Poder Legislativo (Cámara de Senadores), que podrá llamar a los servidores públicos que no acepten o no cumplan las recomendaciones y, finalmente, amplía la competencia del ombudsman a la materia laboral.

En el artículo 105, fracción II, inciso g), se prevé que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos puede interponer acciones de inconstitucionalidad contra leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, ahora de la Ciudad de México, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

Ahora, en interpretación del renovado artículo 1º constitucional, se han producido dos decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una en el año 2011 y otra en el 2013.

La primera fue en el expediente Varios 912/2010, resuelto en julio de 2011, producido a raíz de la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2009, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Radilla Pacheco*, a través de la cual se generó en Iberoamérica y, particularmente en México, un debate acerca del control de convencionalidad, en el que los puntos que se pretendían dilucidar eran el origen y surgimiento de ese concepto, su desarrollo e implicaciones, incluso qué fue entendido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al determinar la procedencia y modalidades de

las acciones que tenía que llevar a cabo el Poder Judicial de la Federación para cumplir esa sentencia.³

Y como lo señaló el Magistrado Rosales Sánchez, ese debate se mantiene en la actualidad, principalmente porque el establecimiento de la obligatoriedad del control de convencionalidad de manera oficiosa, lo que implica que todos los jueces y magistrados del sistema interamericano, están obligados a interpretar y aplicar los tratados internacionales en materia de derechos humanos, derivado de lo establecido en el párrafo 339 de dicha sentencia⁴ y su fundamento se encuentra en los artículos primero y segundo de la Convención Americana; no ha sido totalmente delimitado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la doctrina, ni en los criterios interpretativos del Poder Judicial de la Federación en nuestro país;⁵ o al menos, no ha quedado lo suficientemente claro.

En esa resolución dictada por nuestro país en cumplimiento a la diversa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se determinó que las sentencias

³ Rosales Sánchez, J. J.: “¿Los jueces... cit., pp. 123-124.

⁴ 339. *En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico*³²⁰. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

⁵ Id.

emitidas por ella en contra de México, serían vinculantes para los jueces mexicanos y las pronunciadas en contra de otros países se constituirían como un referente orientador. También se decidió que todos los jueces mexicanos debían ejercer el control de convencionalidad, por lo que se estableció un nuevo sistema de control constitucional-convencional, pasando del modelo concentrado a uno difuso o híbrido. Finalmente, se sostuvo que todas las violaciones a los derechos humanos debían ser conocidas por la jurisdicción ordinaria o civil, nunca por la militar.

Posteriormente, en sesiones de agosto y septiembre de 2013, la Suprema Corte resolvió la contradicción de tesis 293/2011, en la cual se sostuvo que en México existe un bloque de constitucionalidad como parámetro de control de regularidad constitucional, que se integra por el conjunto de derechos humanos, tanto de fuente nacional (constitucional propiamente) como internacional (tratados internacionales). Esto sin duda tiene una clara ventaja, ya que amplía en su número y alcance los derechos que se establecen literalmente en la Constitución, con aquellos que están recogidos en los tratados e instrumentos internacionales. La aplicación de estos derechos se realiza mediante el principio *pro persona*.

No obstante, el Pleno de la Suprema Corte mexicana también determinó que, en caso de contradicción entre el texto constitucional y los tratados internacionales, prevalecerá el primero, lo que se puede interpretar como un matiz, excepción o restricción a la aplicación del principio *pro persona*. Reflexiones que dieron vida a la tesis de jurisprudencia 20/2014 (10a.), de epígrafe: *DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN*

*HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.*⁶

Por último, dentro de la misma contradicción de tesis 293/2011, se decidió que todas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para los jueces mexicanos, sin importar si fue México el país condenado. Esto representa un avance y un reto en relación con la decisión de la misma Suprema Corte en el expediente Varios 912/2010, ya que de esta contradicción se derivaron criterios jurisprudenciales, es decir, obligatorios para todos los jueces mexicanos.

Sin dejar de mencionar una última interpretación sobre el tema, pero de la Primera Sala del Máximo tribunal de la República, que se contiene en la tesis de jurisprudencia por reiteración de criterios número 29/2015 (10a.), aprobada en sesión privada de 15 de abril de 2015, del rubro: *DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA.*⁷, referente a que acorde

⁶ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 202.

⁷ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 17, abril de 2015, Tomo I, p. 240, cuyo texto dice: *Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudir a ambas fuentes para determinar su contenido*

con lo sostenido por el propio tribunal en pleno, las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional.

Por tanto, agregó ese alto tribunal, cuando un derecho humano esté reconocido, tanto en la Constitución Federal como en los tratados internacionales, debe acudir a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; reiterando que, cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

En aspecto diverso, cabe decir que la reforma de derechos humanos de 2011, está interrelacionada y se complementa con la reforma de amparo, publicada el 6 de junio de ese mismo año. A través de ella, el amparo se convirtió en una garantía jurisdiccional de los derechos humanos, ya que, entre otras cosas, se estableció su procedencia contra actos, leyes u omisiones de autoridad que violen derechos humanos reconocidos, tanto en la Constitución como en tratados internacionales.

A más de cinco años de la entrada en vigor de la reforma de 2011, aún se está trabajando para que su implementación sea una realidad, pues sin duda, a raíz de ella se está gestando en México un nuevo derecho constitucional que se proyecta en todos los ámbitos, transversalizando a los derechos humanos en la actividad pública.

y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

Paralelamente, se fortalece el papel de los jueces en la interpretación del derecho, quienes a través del conocimiento de diversos asuntos les corresponde decidir sobre la protección efectiva de los derechos constitucionales en los casos particulares y concretos y el control de la actuación de las demás autoridades públicas. Ese nuevo rol dinámico de la función judicial ha representado, en los últimos años, múltiples conflictos con las diferentes autoridades del Estado, por cuanto se considera que algunas de las decisiones adoptadas por los jueces y tribunales invaden su ámbito de competencia, desbordando el poder conferido en la Constitución y comprometiendo la estabilidad y la viabilidad del mismo Estado.⁸

También debe decirse que los derechos están en constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración de los Derechos Humanos en 1948. Desde ese momento los preceptos que se refieren a cada derecho han ido evolucionando a través de los diversos tratados y convenciones que se han referido a ellos, ampliando el ámbito del derecho y sus garantías.

En efecto, aterrizando todas las cuestiones mencionadas al tema de interés, hay una tendencia manifiesta hacia la más amplia protección de los derechos humanos; en el ámbito internacional se ha desarrollado el principio de *integralidad maximizada del sistema*, tal como se le ha denominado por distintos doctrinarios, de manera que el derecho internacional de los derechos humanos está incorporado al derecho interno como fuente, cuando contiene algunos *plus* respecto de este último y el derecho interno se incorpora como fuente de derecho internacional en la medida de ser más favorable al sistema de derechos.

⁸ Calvo Chaves, N. J.: "Aplicación...p. 63.

En este sentido, diversos pactos internacionales de derechos humanos tienen normas que explicitan el principio de progresividad o integridad maximizadora de los derechos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 29, inciso b), señala que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

Más cuando el numeral 26 de la citada Convención prevé que 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.

Principio relacionado con la convención de la protección de los derechos humanos, en instrumentos y por instituciones internacionales, también conocido como principio de *integridad maximizadora de los derechos*. Implica el desarrollo y amplitud de protección de los derechos humanos y, en ningún momento, pueden ser irrestrictos o ser aplicados con una menor protección de la que ya se ha aplicado con anterioridad.⁹

Este principio implica, por su contenido, una obligación particular del Estado de no ir en contra de los derechos ya reconocidos. De esta manera, García Ramírez

⁹ Bustillo Marín, R.: "El control... cit., p. 22.

y Morales Sánchez, señalaron que la progresividad de los derechos humanos establece la obligación del Estado de procurar todos los medios posibles para su satisfacción en cada momento histórico y la prohibición de cualquier retroceso o involución en esta tarea.¹⁰

Aunado a que está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en su artículo 5.2, entre otros, por cuanto señala que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Lo que envuelve aplicar siempre la disposición más favorable a los elementos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno, la que lleva a una interpretación *pro-cives* o *favor libertatis*, o sea, a la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos.

II. Significado del principio de progresividad a partir de la doctrina

Esta progresividad de los derechos y su autoejecutividad, implica que el juez debe conocer y aplicar las normas del derecho internacional de derechos humanos que se ha incorporado al derecho interno, cuando el derecho nacional no garantiza tal derecho. Los derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza, para su aplicación

e interpretación, deben ser desarrollados progresivamente a fin de extender su ámbito de protección. El Estado debe generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Parafraseando a Calvo Chaves,¹¹ el principio de progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales, económicos y culturales, que no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos y que implica la presunción de inconstitucionalidad de las decisiones de las autoridades encargadas de regular el tema de los derechos sociales de retroceder frente a determinado nivel de protección alcanzada; decisiones que ajustadas a la Constitución Política, cuando las autoridades demuestran que existen imperiosas razones que hacen necesario un paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.

Afirma el autor Christian Courtis, que de la obligación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, pueden extraerse algunas obligaciones concretas. La obligación misma asumida por el Estado al respecto es la obligación de no regresividad, es decir, la prohibición de los derechos económicos, sociales y culturales de los que ha gozado la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien, en cada mejora *progresiva*. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o, en su caso, de derogar los derechos existentes.¹²

¹⁰ García Ramírez, S. y Morales Sánchez J.: *La reforma...* cit.

¹¹ Calvo Chaves N. J.: *Op. cit.*, p. 63.

¹² Courtis, C.: *Ni un paso...* cit., pp. 9 y 10.

De ahí precisamente que se discute si el contenido de los derechos debe ser desarrollado o perfeccionado doctrinaria, normativa y jurisprudencialmente, incluso a través de políticas públicas, o si cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos será declarada inconstitucional.

Por ende, el Estado es el llamado a reconocer y llevar a cumplimiento los derechos y garantías de las personas, los pueblos y la naturaleza, pero estos derechos al no ser estáticos, evolucionan, para alcanzar mayores y amplias garantías para su cumplimiento, de esta manera el desarrollo de los derechos es alimentado por varias vertientes, entre ellas la doctrina, que a través de la experiencia y observación positiva de los tratadistas, permite ampliar progresivamente tanto a los derechos y sus garantías.

Otra fuente que influye en esta alimentación a los derechos son las propias decisiones judiciales, es aquí que la experiencia social será la que aporte a este crecimiento, todos los actos que vulneren este carácter progresivo y que afecte, disminuyan, contradigan o anulen el ejercicio de estos derechos serán calificados de inconstitucionales en cada caso concreto.

Por ejemplo, en la ejecutoria de 21 de junio de 2012, dictada en el amparo directo 4/2012, por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, se describió que la valoración de los derechos fundamentales queda vinculada a la premisa de que deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias (universalidad); además, tales derechos han de apreciarse como relacionados de forma que no sería

posible distinguirlos en orden de importancia o como prerrogativas independientes, prescindibles o excluyentes unas ante otras, sino que todos deben cumplirse en la mejor medida posible.

Agregando que así sea en diferente grado por la presencia de otro derecho fundamental, que también deba respetarse y que resulte eventualmente preferible, por asegurar un beneficio mayor al individuo, sin que el derecho fundamental que ceda se entienda excluido definitivamente (indivisibilidad e interdependencia). Asimismo, con el entendimiento de que cada uno de esos derechos, o todos en su conjunto, obedecen a un contexto de necesidades pasadas y actuales, más no niegan la posibilidad de verse expandidos, por adecuación a nuevas condiciones sociales que determinen la necesidad y vigencia de otras prerrogativas que deban reconocerse a favor del individuo (progresividad).

Máxime que, explicó, dichos postulados orientan la interpretación de los restantes preceptos constitucionales en materia de derechos fundamentales, conduciendo a su realización y observancia más plena e inmejorable posibles, vinculando el proceder de toda autoridad en el cumplimiento del mandato de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de la materia, por lo que se constituyen como auténticos principios de optimización e interpretación constitucional que el legislador decidió objetivar en la norma suprema y que, por ende, resultan de ineludible observancia para todas las autoridades y más aún para las jurisdiccionales.

Sin embargo, un tanto más sistemático el pretendido entendimiento sobre el principio de interés, debe apuntarse que los derechos humanos deben obedecer a una línea de desarrollo, evolución y progresión, es decir,

cualquier modificación de los elementos reguladores que los contengan debe serlo para hacerlos más avanzados, nunca para restarles efectividad, reprimirlos o menoscabarlos,¹³ citando a Álvarez, aseveró que la tendencia de los derechos humanos es una proyección de avanzada extensión en lo que a su desarrollo concierne; asimismo, ese progreso no debe agotarse en una simple disposición regulatoria, sino en la propia protección que se debe garantizar a los individuos.¹⁴

Aquí cabe preguntarse repetidamente ¿en qué consiste el principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos humanos?

Esto implica que los derechos humanos que ya han sido reconocidos en un texto normativo no pueden eliminarse, restringirse, ni disminuirse. Es decir, en esa materia el Estado tiene la obligación de ir siempre hacia adelante. Asimismo, exige que a pesar de haber alcanzado los estándares mínimos exigibles, siempre se debe buscar una mayor protección y garantía de los mismos.

Dicho de otra manera, este principio persigue, esencialmente, la aplicación preferente de aquel ordenamiento que dé un mayor beneficio al gobernado respecto de sus derechos humanos, por ello las autoridades deben estar atentas a la evolución de estos, especialmente en los tratados internacionales, pues puede suceder que exista contraposición entre un derecho humano que consagra la Constitución de algún país y el previsto en el tratado, lo que en los últimos años ha dado mucho de qué hablar.

Según Mancilla Castro, el principio de progresividad en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra contenido en dos partes:

¹³ Nava G., G.: "Doctrina... cit., p. 14.

¹⁴ Álvarez Álvarez, A.: *Jurisprudencia...* cit.

en la primera se habla de que tanto los derechos como su ejercicio no pueden restringirse ni suspenderse salvo en los casos previstos por la Constitución; y, en la segunda parte, se hace mención expresa de la misma.

Podría parecer redundante que se mencione la sustancia y después se nombre el mismo principio, pero el texto podría interpretarse de la siguiente forma para evitarlo: la primera parte se puede tener como el contenido mínimo del principio de progresividad, mientras que la mención del mismo principio da lugar a que al determinar su alcance, mediante la aplicación constitucional, se pueda ampliar más allá del contenido mínimo.¹⁵

El aludido principio es una de las bases primordiales del ordenamiento constitucional mexicano, puesto que da una pauta para las interacciones constitucionales, poniendo como límite competencial a toda autoridad que aplique la Constitución el hecho de que los derechos pueden aumentar, pero no disminuir; explicando Mancilla Castro, el aludido principio resulta aplicable tanto a derechos consagrados en la Constitución, como en las normas secundarias, y los derechos establecidos en esta normativa infraconstitucional pueden presentar una expansión a aquellas que atañen a la Carta Magna o pueden tener una existencia autónoma. Cuando se aplica el principio de progresividad a una norma secundaria que expande la norma suprema se da un cambio en su naturaleza, puesto que si resulta imposible su disminución o remoción –salvo que se pondere otro principio constitucional con mayor prioridad en un caso específico– se tiene entonces que posee un grado de supremacía similar en el fondo, aunque no en la forma, al dispositivo constitucional que complementa.¹⁶

¹⁵ Mancilla Castro, R. G.: "El principio... cit., p. 87.

¹⁶ *Ibidem*, p. 101.

Por otro lado, los académicos Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano,¹⁷ refieren que la progresividad implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, si no que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo. El progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes.

A lo que agregaron, tradicionalmente se ha relacionado al principio de progresividad con el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, dando a entender que los derechos civiles y políticos deben realizarse de una sola vez. Si bien existen normas que son de exigibilidad progresiva, es importante no cometer dos errores: confundir la exigibilidad con la autoejecutabilidad de la norma, y dar por hecho que las obligaciones inherentes a los derechos civiles y políticos son siempre de exigibilidad inmediata, y las de los derechos económicos, sociales y culturales son siempre de exigibilidad progresiva.

Vázquez y Serrano, también establecen que habrá casos en que ciertas obligaciones de los primeros serán progresivas, y algunas de las segundas podrán ser de cumplimiento inmediato, por ejemplo, la emisión de una ley que garantice el acceso al derecho a la educación y a la salud, respetando el derecho a la igualdad y la no discriminación, cuyo elemento a resaltar es que en materia de implementación el principio de progresividad aplica por igual a derechos civiles y políticos y a derechos

económicos, sociales y culturales porque siempre habrá una base mínima que deba atenderse pero sobre ella los Estados deberán avanzar en su fortalecimiento.

Con respecto a la prohibición de regresividad, explicaron que una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no podrá salvo en ciertas circunstancias disminuir el nivel alcanzado. Este principio debe observarse en las leyes, políticas públicas, decisiones judiciales y, en general, en toda conducta estatal que afecte derecho. Se trata de un análisis sustitutivo sobre las decisiones estatales; es decir, que los contenidos asignados a su actividad no decrezcan lo ya logrado en cuanto al contenido y alcance del derecho. Se trata de evaluar a quién beneficia la medida, a quién perjudica, en qué medida cumple el derecho y, en su caso, cómo lo amplía. De disminuir su alcance en alguna forma estaremos frente a una regresión prohibida.

Igualmente, disertaron los autores que la no regresividad y el principio de progresividad están directamente relacionados con el estándar de máximo uso de recursos disponibles, por lo que si bien el texto constitucional no lo menciona explícitamente debe entenderse comprendido como parte de derecho internacional de los derechos humanos. La progresividad pasa también por una revisión de que efectivamente se haga uso del máximo de los recursos disponibles. Este uso máximo deberá atender también a las necesidades concretas del lugar y de la población, y comprende no solo a los recursos económicos, sino también a los recursos tecnológicos, institucionales y humanos.

Concluyendo Vázquez y Serrano que el principio de progresividad debe ponerse siempre acompañado de, al menos, tres principios más de aplicación de los derechos humanos: la identificación de los elementos mínimos

¹⁷ Vázquez, L. D. y Serrano, S.: "Los principios... cit., pp. 159-163.

de cada derecho, ya sea a través del mecanismo de los mínimos esenciales o, por medio de los límites razonables del derecho, la prohibición de aplicaciones regresivas y el máximo uso de recursos disponibles. Sin estos tres principios la progresividad es simplemente inconcebible, más aún, se requiere también el desarrollo de un amplio set de indicadores que, por medio de la construcción de índices por derecho permitan observar si efectivamente se cumplen los elementos mínimos de cada derecho, y si con el paso del tiempo nos encontramos frente a un mayor y mejor ejercicio de los derechos, comenzando por los grupos estructuralmente peor situados.

De ahí que al margen de si es una disertación teórica profunda la de los académicos de FLACSO, ciertamente de poco sirve el discurso de derechos humanos si no cuenta con aplicaciones prácticas que permitan construir realidades, realidades *desde abajo*, como el principal y único sentido que pueden tener los derechos humanos, en la construcción de un referente utópico alcanzable, de ahí que, los derechos humanos siempre serán los derechos por venir, privilegiando en todo momento la aplicación de normas mucho más adecuadas y perfeccionadas para la protección de la esfera jurídica del hombre e intentar jamás retroceder en los derechos que este ha conquistado.

III. Reseña de una sentencia judicial

Esta recae sobre la dictada el 20 de octubre de 2011, por los magistrados integrantes un Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, con la colaboración de quien suscribe con el carácter de Secretario de Tribunal, al resolver un amparo en revisión administrativa, *nótese a tan sólo cuatro meses después de la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*; recurso interpuesto contra la sentencia dictada

en un juicio de amparo indirecto por un juez de distrito del referido circuito judicial, en donde se planteó, como cuestión principal, si los actos reclamados eran violatorios de derechos humanos, de conformidad con el principio de progresividad y, por tanto, contrario al artículo 1º constitucional, así como de diversos instrumentos internacionales.

La demanda de amparo se presentó el 8 de julio de 2009, en la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito en el Estado de Querétaro, así como su ampliación de fecha 24 de igual mes, se solicitó la protección de la justicia federal, en contra de las autoridades y por los actos siguientes:

- a) El acuerdo emitido por el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Querétaro en sesión ordinaria de 27 de mayo de 2009, en su punto quinto.
- b) La implementación y ejecución del acuerdo emitido por el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Querétaro en sesión ordinaria de 27 de mayo de 2009, en su punto quinto.
- c) La suspensión del servicio de expediente electrónico ejecutada a partir del día 22 de junio de 2009, respecto del usuario ahí señalado, cuyos datos de identidad y asignación correspondían al quejoso, y se supeditaba su acceso a través del portal de internet del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro, al pago de una tarifa económica.

El juez de distrito en el Estado, a quien por turno correspondió conocer del asunto, admitió a trámite la demanda de amparo, así como su ampliación; resultando ciertos los actos reclamados a las autoridades

responsables: Presidente del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Querétaro, y al Director de Informática del propio Poder Judicial estatal, ya que así lo manifestaron al rendir su informe justificado, consistente en la implementación y ejecución del acuerdo emitido por el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Querétaro, en sesión ordinaria del 27 de mayo de 2009, así como la suspensión del servicio de expedientes electrónicos ejecutada a partir del día 22 de junio de ese año, respecto del usuario cuyos datos de identidad y asignación corresponden al quejoso, y se supeditó su acceso a través del portal de internet del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro, al pago de una tarifa económica.

Luego de agotar el procedimiento, el juez federal con fecha 27 de agosto de 2009, celebró la audiencia constitucional, dictando la sentencia respectiva el 31 de agosto de 2009, en la que negó el amparo y protección de la justicia federal.

Inconforme el quejoso con ese fallo, por escrito presentado en fecha 3 de noviembre de 2009, interpuso recurso de revisión, del cual correspondió conocer a un Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, mismo que lo admitió a trámite por auto de presidencia de 4 de noviembre de 2009, formando el tomo respectivo.

Lo que concluyó primeramente con la revocación del fallo de amparo y la reposición del procedimiento constitucional, celebrando a la postre la audiencia constitucional el 9 de junio de 2010, dictando una nueva sentencia 20 días después, en la que resolvió sobreseer en el juicio de derechos fundamentales.

Resolución en contra de la cual, por escrito presentado ante el juez del conocimiento el 27 de julio de 2010, el quejoso interpuso recurso de revisión, mismo

que fue admitido a trámite por auto de presidencia del entonces Tribunal Colegiado de conocimiento previo el 30 de agosto siguiente.

Los magistrados al resolver el asunto, por unanimidad de votos, concedieron el amparo y protección de la justicia federal, para el efecto de que la autoridad responsable no aplique, en perjuicio del quejoso el acto reclamado, consistente en el acuerdo de 27 de mayo de 2009, mediante el cual se estableció el cobro de derechos por el acceso al programa institucional denominado *Expediente electrónico* y, en su lugar, se le permitiera acceder gratuitamente a dicho sistema.

Para ello, los magistrados estimaron fundados los agravios en relación con los actos reclamados consistentes en el acuerdo de 27 de mayo de 2009, emitido por el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Querétaro, así como la suspensión del servicio de consulta electrónica de expedientes *Praxis*, como consecuencia inmediata, pues como lo alegó el quejoso, no podía afirmarse que tales actos reclamados estuvieran consumados de forma irreparable, partiendo de la circunstancia de que, obsequiado el amparo, la violación aludida se podría subsanar permitiendo el acceso gratuito a dicho sistema de consulta, cuyos efectos serían tangibles en la esfera jurídica del gobernado, conforme a lo previsto en el artículo 80 de la Ley de Amparo anterior.

Dicho de otra manera, explicaron, los actos reclamados constituyen un acuerdo y su consecuencia traducida en la restricción del acceso electrónico a un sitio de internet, como acciones positivas formal y ejecutiva, respectivamente, siendo la primera sustentante y la segunda dependiente de aquella; de modo que los reclamados no han quedado consumados de forma irremediable, pues como lo arguyó el inconforme, el acuerdo impugnado se encontraba en vigor y la restricción del acceso al pago de una tarifa, ciertamente

ocurrió en el mundo fáctico, es decir se consumó, pero no de manera irreparable, pues bastaba que las autoridades encargadas de su control reconfiguraran el sistema correspondiente para que se habilitara el nombre de usuario y contraseña asignados al peticionario para que continúe gozando del acceso gratuito para consultar expedientes.

Concluyendo que las violaciones argüidas sí podían ser reparadas en el particular, ante la ineludible posibilidad de restituir al quejoso en el goce del derecho fundamental violado, por lo que se revocó el veredicto impugnado y, por tanto, el Tribunal Colegiado procedió a abordar el estudio de los conceptos de violación vinculados con tales actos, en términos de lo dispuesto en el artículo 91, fracción I, de la Ley de Amparo anterior, los cuales resultaron parcialmente fundados.

En efecto, los magistrados estimaron que el quejoso se dolió de que gozaba del servicio de expediente electrónico para la consulta a través del portal de internet del Poder Judicial del Estado de Querétaro, de todos aquellos expedientes en los que tenía personalidad jurídica reconocida, el que con posterioridad le fue vedado por acuerdo del Consejo de la Judicatura estatal, pese a que satisfizo todas las condiciones técnicas que fueron requeridas por la Dirección de Informática, condicionando su reincorporación al pago de una cuota, tarifa o derecho, con lo que no solo se le restringió el derecho a la información que ya tenía reconocido, sino también, circunstancialmente se dio marcha atrás con los objetivos de seguridad, comodidad, rapidez, ecología y ahorro que el propio Poder Judicial del Estado implementó para hacer más asequible la tutela judicial efectiva.

Como se ve, enfatizaron, quien se queja viene a defender su postura desde la óptica de los derechos fundamentales que posee toda persona y, en específico, del derecho, entre otros, a la información que gratuitamente

le daba vía internet el Poder Judicial del Estado, empero, que dice, injustificadamente le fue restringido, con lo que a la vez le limita la tutela judicial que ya se venía dando.

Luego, refirieron, para resolver tal problemática se torna necesario recordar que el artículo 1º constitucional reformado, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en vigor a partir del día siguiente,¹⁸ refleja que el objeto de la reforma es dotar a la Constitución de los elementos y mecanismos necesarios para garantizar la máxima protección de los derechos humanos, entre otras cosas, obligando a todas las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Ponderando, principalmente, que el principio de progresividad previsto en el artículo 1º del pacto federal, tiene por objeto proteger los derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna, interrelacionados, interdependientes, indivisibles y universales que están contemplados en la *lex legum* y garantizados por ella, así como los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional, frente a la obligación del Estado mexicano y de todos los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

Derechos universales e inalienables que, señalaron, constituyen además la piedra angular del derecho

¹⁸ En la inteligencia de que, dijeron, no obstaba la circunstancia de que el acto reclamado sea anterior a las reformas constitucionales que se mencionan, pues se inspiran además, en los instrumentos internacionales a que se contrae este estudio.

internacional de los derechos humanos, principio que como se destacara inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha reiterado en diversos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos, verbigracia, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, se dispuso que todos los Estados tenían el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Asimismo, precisaron, los derechos humanos son inalienables, pues no deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y según las debidas garantías procesales, por ejemplo, se puede restringir el derecho a la libertad si un tribunal de justicia dictamina que una persona es culpable de haber cometido un delito; inclusive, los derechos humanos sean civiles y políticos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y la libertad de expresión; los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación; o los derechos colectivos, como los derechos al desarrollo, la libre determinación y el derecho a la información, todos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes, es decir, el avance de uno facilita el avance de los demás, de igual modo, la privación de uno afecta negativamente a los demás.

Respecto de lo cual, añadieron, los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos, cuya obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos; la de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos; y la de realizarlos

significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos; asimismo, en el plano individual, así como debemos hacer respetar nuestros derechos humanos, también debemos respetar los de los demás.¹⁹

Como se ha visto, apuntaron, el quejoso rebatió el acto reclamado aduciendo conjuntamente que para la consulta del expediente electrónico en asuntos en los que tiene personalidad jurídica, a través del portal www.tribunalqro.gob.mx, sin inconveniente alguno tuvo acceso a las actuaciones de cada expediente, dando de alta conforme a los lineamientos de la Dirección de Informática, aquellos de nueva radicación o ulterior aceptación del patrocinio; registro que según el personal de la oficina referida estaría vigente hasta el mes de octubre de 2009, empero, sin mediar comunicación por escrito le fue suspendido dicho servicio el 22 de junio del citado año, negándole el acceso en razón de haber cambiado las condiciones del mismo, amén de que para tener de nueva cuenta acceso al servicio debe cubrir una cuota económica, según acuerdo de fecha 27 de mayo de 2009.

Ahora bien, destacaron, vinculados con aquel principio es menester hacer previamente un análisis en torno a la *irreversibilidad de los derechos* que es una característica fundamental de los derechos humanos, consistente en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana una vez que el Estado los ha reconocido a través de un tratado internacional, pues son inherentes a la persona, asegurados y garantizados por el texto constitucional, siendo que el carácter de derecho inherente a la persona no es reversible en cuanto al derecho en sí, quedando implícitamente incluido de

¹⁹ Véase el portal <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>.

manera permanente como derecho constitucional, ya que ni el tratado ni la Constitución los crea.

En este sentido, aseveraron, en el dictamen de 7 de abril de 2010, de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, *en donde se contiene el proyecto de reforma constitucional*, define los principios que rigen los derechos humanos, y en torno de la progresividad dijo que se traducía en la obligación del Estado de procurar todos los medios posibles para su satisfacción en cada momento histórico y la prohibición de cualquier retroceso o involución en esta tarea.

También citaron el artículo 29, inciso b, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. El mismo principio está reconocido en el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor a partir del 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49, ratificado por México en 1981.

Paralelamente, refirieron, los derechos están en constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración de los Derechos Humanos en 1948, desde ese momento los preceptos que se refieren a cada derecho han ido evolucionando a través de los diversos tratados y convenciones que se han referido a ellos, ampliando el ámbito del derecho y sus garantías; *en efecto hay una tendencia manifiesta hacia la más amplia protección de*

los derechos humanos. Así, en el ámbito internacional de los derechos humanos se ha desarrollado el principio de *integralidad maximizada del sistema*, de manera que el derecho internacional de los derechos humanos está incorporado al derecho interno como fuente, cuando contiene algunos plus respecto de este último y el derecho interno se incorpora como fuente de derecho internacional en la medida de ser más favorable al sistema de derechos.

Respecto de lo cual, matizaron, diversos pactos internacionales de derechos humanos tienen normas *que explicitan el principio de progresividad o integridad maximizadora de los derechos*, que se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se establece como deber fundamental de los pueblos y naciones, promover *...mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades (establecidos en dicha Declaración), y asegurar... por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros...*, así como en el artículo 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En efecto, invocaron el artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto a que cada uno de los Estados Partes en el propio pacto *se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*.

Igualmente aludieron al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prevé el compromiso de los Estados partes 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.*

De estos preceptos internacionales surge, en materia de derechos humanos, afirmaron, *el principio universal de derecho de progresividad*, que implica el deber para los Estados de tomar toda clase de medidas, particularmente legislativas, que garanticen una mayor extensión y protección de los derechos humanos, sociales, económicos y políticos reconocidos en los pactos internacionales; incluso, como se apuntó, *este principio se expresa en la irreversibilidad de los derechos reconocidos y en la prohibición de reducir la protección legal ya establecida*, que da lugar a otro principio general del derecho: *el de conservación de los derechos o la no derogación del régimen más favorable*; máxime que, inherente al principio de progresividad, está el principio de supremacía de la disposición más favorable a la persona humana o cláusula de individuo más favorecido *pro homine*.²⁰

²⁰ En el estudio de Henderson, H.: “Los tratados ... cit., se desprende que de diversos instrumentos internacionales que el objetivo primordial es reconocer derechos al ser humano, por lo que la interpretación debe hacerse a favor del individuo, o en otras palabras, debe hacerse aquella que mejor proteja al individuo o a la víctima de una violación a sus derechos humanos. Este principio de interpretación *pro homine* debe ser inspirador del derecho internacional de los derechos humanos y representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica en el momento de la aplicación de los

Así, señalaron, *el principio de progresividad* lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los elementos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno, que lleva a una interpretación *pro cives* o favor *libertatis* o sea, a la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos, de manera que esta progresividad de los derechos y su autoejecutividad implica que el juez debe conocer y aplicar las normas del derecho internacional de derechos humanos que se ha incorporado al derecho interno, cuando el derecho nacional no garantiza tal derecho.

En este mismo sentido, aseveraron, los derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza, para su aplicación e interpretación, deben ser desarrollados progresivamente a fin de extender su ámbito de protección, es decir, se deben generar y garantizar las condiciones necesarias para su

tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos. Este principio se basa en que los derechos inherentes a la persona humana reconocidos por conciencia jurídica universal, deben ser protegidos frente al accionar ilegítimo del Estado, así como frente a la institucionalidad estatal, a sus agentes, empleados, funcionarios o servidores públicos, las cadenas de mando, los grupos clandestinos e irregulares a su servicio, así como las relaciones institucionales que favorecen, permiten o amparan las violaciones de derechos en un escenario de impunidad. Si en otras ramas de derecho existen reglas de hermenéutica similares a la que se expone aquí, tales como la civilista del *favor debitoris*, la penalista del *in dubio pro reo*, la laboral del *in dubio pro operario*, mucho más sentido tiene el principio de interpretación *pro homine*, cuando de lo que se trata no es estar en desventaja frente a otro particular o frente a un empresario, sino de la desigualdad existente entre un individuo y el propio Estado, para hacer valer nada más y nada menos, que sus derechos humanos fundamentales como soporte indispensable y excluyente de todos los otros derechos del ser humano. Véase en el portal de internet del citado Instituto.

pleno reconocimiento y ejercicio, así que el contenido de los derechos debe ser desarrollado doctrinaria, normativa, jurisprudencialmente y a través de políticas públicas, *cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos será declarada inconstitucional; pues la progresividad no es solo ampliación, hacer más, sino que también implica una posición frente a la regresividad como obstáculo para acceder a las prestaciones que existen actualmente.*²¹

Por tanto, adujeron, es el Estado el llamado a reconocer y llevar a cumplimiento los derechos y garantías de las personas, los pueblos y la naturaleza, *pero estos derechos al no ser estáticos, evolucionan para alcanzar mayores y amplias garantías para su cumplimiento*, de modo que el desarrollo de los derechos es alimentado por varias vertientes, entre ellas la doctrina, que a través de la experiencia y observación positiva de los tratadistas permite ampliar progresivamente tanto a los derechos y garantías; otra fuente que influye en esta alimentación a los derechos es la jurisprudencia que como experiencia social será la que aporte a este crecimiento, que todos los actos que vulneren este carácter progresivo y que afecte, disminuyan, contradigan o anulen el ejercicio de estos derechos serán calificados de inconstitucionales.

Señalando además, que la justificación de ello se encuentra en el cambio cuantitativo y cualitativo que dio la Constitución Federal con la reforma de junio pasado, pues México se reconoce como un Estado social de derecho en el que debe existir mayor preocupación por la justicia material y el logro de soluciones específicas a los problemas sociales; es por esta razón que los derechos

sociales, económicos y culturales, si bien es cierto tienen un carácter programático, no puede desconocerse que son una condición indispensable para el goce de los derechos humanos.

En este punto, consideraron pertinente reproducir lo determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 1 de julio de 2009, del caso *Acevedo Buendía y Otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*, párrafos 99 a 103, en lo concerniente al artículo 26 de esa Convención.

Consideraciones de la Corte Interamericana que, *dogmatizaron los magistrados de circuito*, son orientadoras para corroborar la conclusión expresada en párrafos anteriores, relativa a que el precepto 26 de la Convención Americana contempla *el principio universal de derecho de progresividad*, que implica el deber para los Estados de tomar toda clase de medidas, particularmente legislativas, que garanticen una mayor extensión y protección de los derechos humanos, sociales, económicos y políticos reconocidos en los pactos internacionales; esto es, *se desprende un deber, si bien condicionado de no regresividad*, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho.

También destacaron que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *ha señalado que las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga*; respecto de lo cual, la Comisión Interamericana ha considerado que

²¹ Muñoz Segura, A. M.: "El principio... cit., pp. 93-109.

para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se determinará si se encuentra justificada por razones de suficiente peso; de modo que la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

A lo que agregaron los magistrados, como lo arguyó el impetrante, explicando el por qué de su pretensión, incluyendo los fundamentos o razones y los hechos de la demanda relativa, el derecho para consulta electrónica de expedientes que previamente le reconoció y otorgó de forma gratuita el Poder Judicial del Estado de Querétaro, debe ser progresivo, o debe desarrollarse constantemente en beneficio de los gobernados, permitiendo a los usuarios consultar a través de internet los documentos que se han publicado en los juicios en los que tiene personalidad jurídica reconocida y que cada usuario puede observar en pantalla el último acuerdo de los expedientes en los que tiene interés.

Prerrogativa que le fue vedada, estimaron, sin mediar comunicación por escrito, pues le fue suspendido el servicio de expediente electrónico el 22 de junio de 2009, en razón de haber cambiado las condiciones del servicio, aunado a que en sesión ordinaria de fecha 27 de mayo de ese año, el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado, determinó incrementar el costo de los derechos del servicio de expediente electrónico, para continuar proporcionando a partes y abogados el servicio de consulta de expedientes a través de internet, según, porque el presupuesto asignado por la Legislatura es insuficiente para cubrir el costo del servicio relativo.

Lo que en su concepto implicó la transgresión en su perjuicio de los derechos fundamentales de acceso a la información pública y tutela judicial efectiva que protegen los artículos 6º y 17 de la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos, porque al margen de haberse pactado condiciones restrictivas en torno al servicio de trato, las que involucrando derechos fundamentales no pueden ser objeto de renuncia alguna, debe resolverse a la luz del artículo 1º constitucional, según el cual, ha de atenderse prioritariamente a los derechos humanos inmersos en el propio pacto federal y en los tratados internacionales, lo que conlleva el deber de ponderar el mayor beneficio que se prevea en cualquiera de esas leyes o tratados.

Resaltando que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé el derecho de acceso a la información pública, a partir de su incorporación en el numeral 6º, que ha tenido una evolución constante, alcanzando a través de la interpretación jurisprudencial del Poder Judicial Federal, efectividad como derecho fundamental social e individual, incluso de la génesis de la reforma constitucional que incorporó el derecho a la información, se desprende que este fue considerado una prerrogativa electoral de los partidos políticos, como se advierte del criterio 2a. I/92, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del rubro: *INFORMACIÓN. DERECHO A LA, ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 6o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL*.²²

Si bien sostuvieron que el derecho a la información era una garantía social limitada a asegurar la expresión de los partidos políticos, posteriormente –y en virtud de la realidad nacional de los debates legislativos que lo originó y de la ubicación del propio precepto–, fue necesario, –sobre todo para la Suprema Corte de Justicia– ampliar la connotación del derecho a la

²² Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo X, agosto de 1992, p. 44.

información, haciéndolo asequible a individuos y grupos distintos de los partidos políticos, y atribuyéndole el carácter de *nueva garantía*. Se superó entonces el criterio relativo a que el derecho a la información es de carácter estrictamente político, surgieron dos corrientes respecto de la naturaleza de este derecho: a) la que lo consideró como una garantía social; y, b) la que lo equiparó a una garantía individual.

También señalaron que en 1992, la Segunda Sala de la Suprema Corte emitió un criterio en el que consideraba al derecho a la información como una garantía social correlativa a la garantía individual de libertad de expresión, en virtud de la cual el Estado permite que, a través de los diversos medios de comunicación, se manifieste de manera regular la diversidad de opciones;²³ ulteriormente, en 1996,²⁴ la propia Corte sostuvo en la tesis P. LXXXIX/96, que todos los gobernados debían de gozar del derecho referido, y se advirtió la posibilidad de hacerlo valer como garantía individual frente a los actos de autoridad que lo vulneraran.²⁵

Dicho criterio es de epígrafe: *GARANTÍAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACIÓN). VIOLACIÓN GRAVE PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL. LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE ACTUAN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACIÓN Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTÍCULO 6o. TAMBIÉN CONSTITUCIONAL.*²⁶, con

²³ Véase nota anterior.

²⁴ *Cfr.*, La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Los casos León y Aguas Blancas*, 3a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

²⁵ “El derecho a la Información” *Op. cit.*, p. 14.

²⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo III, junio de 1996, p. 513.

el cual se ve al derecho de referencia como un derecho fundamental, vinculado con el derecho a conocer la verdad y con la prohibición a la autoridad de dar a los gobernados información falsa o manipulada, so riesgo de incurrir en violación grave de garantías individuales; de ahí que si se estima *social* al derecho a la información, entonces la sociedad tiene el derecho a estar bien informada y a recibir los datos necesarios para tener una adecuada participación en la vida democrática del país.

Por otro lado, agregaron, en cuanto a su concepción como garantía individual, se observa que reviste tal naturaleza por encontrarse dirigido a todos los habitantes de la República, no a una clase o sector determinado, asimismo, refrenda su carácter de tal el hecho de que se encuentre plasmado en el artículo 6º de la Constitución federal, esto es, en la parte relativa a las garantías individuales,²⁷ además de que no existe acción procesal alguna para hacerlo valer como garantía social sino que la acción prevista para su defensa es el juicio de amparo.

En ese tenor, recordaron que el alto tribunal en Pleno, al resolver el amparo en revisión 3008/98, sostuvo un largo debate respecto de la naturaleza del derecho analizado, concentrando expresiones a favor tanto de la teoría que lo equipara con una garantía individual como de aquella que lo considera una garantía social, imperando la primera de las concepciones porque el beneficiario de tal derecho puede ser un sujeto indiferenciado y, por tanto, la sociedad en general, sin embargo, no existe un método claro que permita a la sociedad el ejercicio del referido derecho, lo que sí ocurre en el caso de los individuos quienes pueden ejercer y hacer valer su derecho a la información mediante el amparo.²⁸ También se arguyó

²⁷ *Ibidem*, pp. 10-15.

²⁸ *Ibidem*, p. 53.

que no se trata de un derecho otorgado a determinados individuos en función de su pertenencia a un grupo determinado, como son los obreros o los campesinos.

Por tanto, recalcaron, se ha reconocido que, si bien el derecho objeto de estudio nació como una garantía social por haberse establecido como una garantía de determinados grupos –los partidos políticos– con el paso del tiempo, y después de largos debates, se le ha considerado un derecho de todos los habitantes del país, alcanzando así la categoría de garantía individual.²⁹

Acentuando que conforme al artículo 6º constitucional, el derecho a la información será garantizado por el Estado; siendo así, este tiene la obligación constitucional de velar por el respeto y cumplimiento de la garantía individual consagrada en dicho precepto. Son muchos los países – Estados Unidos, Suecia, Finlandia, Noruega, Alemania, Francia, Holanda y Canadá, entre otros– que actualmente cuentan con disposiciones que regulan expresamente el libre acceso de los ciudadanos a los documentos oficiales.³⁰ Así también, la realidad del Estado como sujeto informativo se manifiesta de distintas maneras y una de ellas es, precisamente, el respeto al derecho de petición establecido en el artículo 8º constitucional, garantía que por años representó la única opción con que contaba el ciudadano para obtener información y comunicarse con la autoridad. A este respecto citaron la tesis I.4o.A. J/95, del rubro: *DERECHO DE PETICIÓN. SU RELACIÓN DE SINERGIA CON EL DERECHO A LA INFORMACIÓN*.³¹

Máxime que, subrayaron, al desempeñar sus funciones el Estado genera copiosa información pública

de interés para la sociedad, por lo que se obliga a hacerla del dominio de esta, siempre que no se presenten limitaciones relativas al interés nacional, al social o a la protección de la persona humana; por tanto, el Estado debe instrumentar todos los mecanismos necesarios para difundir la información oficial, sea a través de instancias creadas específicamente para ello o por conducto de sus funcionarios –en el ámbito de su competencia–, de manera que debe poner a disposición del público toda información, salvo aquella que expresamente y por mandato de la ley sea considerada reservada.³²

Desde esta perspectiva, disertaron que el Estado es sujeto obligado a proporcionar la información al pueblo, el cual tiene derecho a recibirla apegada a la verdad, en virtud de tal obligación, todos aquellos sujetos que cuentan con información pública están impedidos a difundirla, siempre que no se ubique en una hipótesis de excepción;³³ aunque el Estado no figura en todos los casos como sujeto pasivo de la obligación, sino que en ocasiones se constriñe a garantizarla, dada la facultad doble que entraña el derecho a la información, en el sentido de que el Estado no solo se obliga a informar, sino también a asegurar que todo individuo sea informado.³⁴

En el caso concreto, ponderaron los Magistrados, se parte de los derechos mínimos a la información y administración de justicia que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque con ellos se vinculó en forma expresa el Poder Judicial del Estado de Querétaro, al habilitar el portal de internet www.tribunalqro.gob.mx, cuyo objetivo general, dice, es permitir a los usuarios el acceso a la información y documentos

²⁹ *Ibidem*, p. 107.

³⁰ López Ayllón, S.: *El derecho* cit., p 142-145.

³¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, febrero de 2011, p. 2027.

³² “El derecho a la información”: *Op. cit.*, p. XIII.

³³ *Ibidem*, p. 25.

³⁴ *Ibidem*, p. 28.

que les sean de utilidad, desde cualquier computadora, de manera que no sea necesario solicitar personalmente esa información ni trasladarse hasta los recintos del tribunal para obtenerla.

Advirtiendo, además, que para cumplir con esa encomienda cuenta, entre otros servicios, con los siguientes:

1. Expediente electrónico y boletín personal: El Expediente Electrónico permite a los usuarios consultar por internet los documentos que han publicado en los juicios en los que tiene personalidad jurídica. Con el Boletín Personal Praxis cada usuario puede ver en una sola pantalla el último acuerdo de todos los expedientes en los que tiene interés, o filtrar por juzgado o que tan reciente es el acuerdo.
2. Acceso a la información: En cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley Estatal de Acceso a la Información Gubernamental del Estado de Querétaro, se pone a disposición del público en general la información referente a las áreas jurisdiccionales y administrativas del Poder Judicial del Estado.

Siendo lo anterior así, obviaron que dicho órgano judicial local cumple con la obligación de poner a disposición de los justiciables la información respecto de sus resoluciones, o que debe ser gratuito, empero, atendiendo al mayor beneficio, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como otros pactos internacionales refieren que los Estados tienen la obligación de implementar todos los recursos económicos disponibles a efecto de que, bajo el principio de progresividad, haga factible en toda su extensión el derecho fundamental de que se trata.

Puesto que la obligación de *progresividad* se satisface de distintas maneras, de acuerdo con el derecho de que se trate, en principio, un Estado tiene la obligación positiva –de hacer– cuando promueve o brinda las prestaciones necesarias para hacer efectivo un derecho, toda vez que las obligaciones positivas son el fundamento principal de los derechos de prestación estatal, pero los derechos económicos y sociales también deben ser garantizados por el Estado de manera negativa, absteniéndose de menoscabar tal servicio y evitar las conductas de terceros que permitan la realización de esa afectación.³⁵

Luego, razonaron que si el Poder Judicial del Estado de Querétaro, no se quedó en respetar los derechos mínimos sino que fue más allá, poniendo a disposición de los justiciables la información vía electrónica, *es claro que se ajusta al principio de progresividad, y ello es loable, empero, tal cosa se traduce en que en respeto a este, le está vedada la regresividad*, a menos, claro está, que se base en cuestiones excepcionales, *las cuales deben estar plenamente justificadas*, lo que no acaeció en el caso, dado que las razones presupuestarias que se dieron, no son de suficiente peso.

Dicho de otra manera, el proveído impugnado y su ejecución, son contrarios al principio de progresividad de los derechos humanos, cuenta habida que dicha determinación restringe y menoscaba los derechos que gratuita y previamente se le habían otorgado al quejoso para consultar expedientes a través del portal de internet del Poder Judicial del Estado de Querétaro,

³⁵ Así lo sostuvo el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 315/2010, ejecutoria publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, julio de 2011, p. 1028, cuyo tema principal versó sobre el derecho a la salud, que impone al Estado las obligaciones de garantizar que sea ejercido sin discriminación alguna y de adoptar medidas para su plena realización.

lo que implica que ese órgano estatal no puede adoptar medidas normativas o fácticas que los perjudiquen o que obstaculicen su efectiva aplicación, *a menos de existir un impedimento considerablemente importante*, ya que dicho principio no riñe con la existencia de restricciones legales en el ámbito de los derechos humanos.

Por ende, acrisolaron que el acuerdo impugnado supera los anteriores requisitos, pues como lo señala el impetrante, con antelación tuvo acceso a cada expediente electrónico, sin inconveniente alguno dando de alta su clave en los asuntos que tiene personalidad jurídica, conforme a los lineamientos de la Dirección de Informática del Poder Judicial del Estado, a través de su portal de internet; entonces proteger ese derecho se trata de un objetivo no solo constitucionalmente admisible, sino muy importante y relevante; máxime cuando, a diferencia de cualquier otro medio, la internet permite a las personas buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole de forma instantánea y económica, *lo que implica que es un facilitador de otros derechos humanos; es decir, la Internet se ha convertido en una herramienta indispensable para la realización de una serie de derechos humanos*; según declaración emitida por Frank La Rue, Relator Especial sobre la Promoción y la Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, de la Organización de las Naciones Unidas.³⁶

Luego dijeron que como con acierto lo destacó el quejoso, al restringirse el acceso a la información de que ya disfrutaba, tal circunstancia impactó a la vez en los propios objetivos que el Poder Judicial del Estado trazó para facilitar el acceso a la justicia inmerso en el artículo 17 del pacto federal.

³⁶ Consúltase informe de fecha 16 de mayo de 2011, en el portal de internet de la Organización de las Naciones Unidas, www.un.org/es.

Cierto, el derecho a la tutela judicial o de acceso a la justicia se encuentra constitucionalmente establecido en el segundo párrafo del artículo 17 de nuestra Carta Magna,³⁷ vigente al 27 de mayo de 2009, fecha en que se dictó el acto reclamado, de donde se desprenden cinco garantías, a saber:

- 1) La prohibición de la autotutela o *hacerse justicia por propia mano*;
- 2) El derecho a la tutela jurisdiccional o acceso a la justicia;
- 3) La abolición de costas judiciales;
- 4) La independencia judicial; y,
- 5) La prohibición de la prisión por deudas del orden civil.

Como derechos fundamentales que constituyen limitaciones al poder público, en cualquiera de sus tres manifestaciones tradicionales: ejecutivo, legislativo y judicial.

Así lo desprendieron de la tesis L/2002, de la Segunda Sala del máximo tribunal del país, de rubro: *ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN AQUEL DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES*,³⁸ en la que sostuvo que la garantía individual o el derecho

³⁷ Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales...

³⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, mayo de 2002, p. 299.

público subjetivo de acceso a la impartición de justicia, consagra a favor de los gobernados los principios de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita.

Ahora bien, coligieron que si dicho derecho está encaminado a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla, lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, con independencia de que se trate de órganos judiciales o solo materialmente jurisdiccionales.

Agregaron en cuanto al segundo de los derechos referidos, es decir, el derecho a la tutela jurisdiccional o acceso a la justicia, bien puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijan las leyes, para acceder de manera expedita –esto es, sin obstáculos– a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión.

En virtud de lo anterior, ultimaron que la prevención de que los órganos jurisdiccionales deben estar expeditos –adjetivo con que se designa lo desembarazado, lo que está libre de todo estorbo– para impartir justicia en los plazos y términos que fijan las leyes, significa que el poder público –se insiste: poder público en cualquiera de sus manifestaciones, ejecutivo, legislativo o judicial– no puede, en principio, supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues esta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales.

Dicho en otras palabras, robustecieron, la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de un amplio contenido, empero, en resumen significa que cuando una persona enfrente una controversia ante un juez o tribunal se le haga justicia en todos los aspectos relacionados con ese juicio. En un estado de derecho, donde se garantiza el derecho a la justicia pronta y expedita, la interpretación de leyes y actos generales que pretendan darle satisfacción, como en el caso, debe ser amplia.

Sin embargo, destacaron que cabría subrayar que ello no quiere decir que el legislador bajo ninguna circunstancia pueda establecer límites u obstaculizadores al derecho a la tutela judicial, pues ello nos llevaría al absurdo de limitar el propio derecho a la tutela jurisdiccional junto con otras garantías constitucionales.

Así como también que el alto tribunal ya había determinado que el derecho a la tutela judicial, puede verse conculcado por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, *si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad, respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador.*

Así entonces, discurrieron, el máximo tribunal también ha establecido que no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden ser tachados de inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de este derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos.

Orden en que afirmaron que la prevención del artículo 17 constitucional habría de interpretarse en el sentido de que se otorga al legislador la facultad para establecer límites racionales para el ejercicio de los derechos de acción y defensa.

Señalando además que en esa regulación encomendada al legislador, evidentemente, no pueden imponerse condiciones tales que impliquen, en verdad, la negación del derecho a la tutela jurisdiccional, por constituir estorbos entre los justiciables y la acción de los tribunales, por ejemplo, al establecer plazos notoriamente breves que hagan impracticable el ejercicio de las acciones o al establecer plazos indeterminados o requisitos excesivos, sujetos a la discreción de la autoridad judicial, que dificulten el ejercicio de las acciones.

Inclusivamente que del propio artículo 17 constitucional se desprende la facultad que el Constituyente otorgó al legislador para establecer en las leyes los términos y los plazos en los que la función jurisdiccional se debe realizar. Así, el propio Constituyente estableció un límite claramente marcado al utilizar la frase *en los plazos y términos que fijen las leyes*, misma que no solo implica las temporalidades en que se debe hacer la solicitud de jurisdicción, sino que incluye, además, todas las formalidades, requisitos y mecanismos que el legislador prevea para cada clase de procedimiento.

Lo anterior significa, señalaron, que al expedirse las disposiciones reglamentarias de las funciones jurisdiccionales, pueden fijarse las normas que regulan la actividad de las partes en el proceso y la de los jueces cuya intervención se pide, para que decidan las cuestiones surgidas entre los particulares.

Por lo que enunciaron que esa facultad del legislador tampoco es absoluta, pues los límites que imponga deben encontrar justificación constitucional, de tal forma que solo pueden imponerse cuando mediante ellos se tienda al logro de un objetivo que el legislador considere de mayor jerarquía constitucional. Lo que encuentra sustento en la tesis número 2a./J. 192/2007, del propio alto tribunal, de epígrafe: *ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES*.³⁹

Luego, argumentaron, es inconcuso que el Poder Judicial del Estado de Querétaro, instrumentó consustancialmente la ampliación de dos derechos fundamentales, de suerte que al restringir uno, hace lo propio respecto del otro; lo que ya no le estaba permitido.

Así lo estimaron, porque en las democracias constitucionales actuales, en cualquier caso, la resolución jurídica de los conflictos que involucran derechos fundamentales no parte cada vez de cero, sino que el sistema jurídico contiene un abanico más o menos consensuado de reglas o criterios que expresan lo que puede o no considerarse un equilibrio adecuado entre ellos en distintos contextos o escenarios aplicativos. Algunas de estas reglas están consagradas expresamente en los tratados de derechos humanos o en las constituciones, mientras otros se van explicitando a medida que la justicia constitucional va resolviendo casos, incluidos, claro está, aquellos en los que se

³⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, octubre de 2007, p. 209.

juzga la constitucionalidad de los límites a los derechos incluidos en las leyes.

Por exactamente las mismas razones, refirieron, puede afirmarse que las normas dejen, por su indeterminación, espacio que dé pie a arbitrariedad de las autoridades, puesto que la denunciada determinación excesiva sí existe, y por tanto de la misma deriva un espacio decisorio que traspasa lo exigido desde la perspectiva del derecho fundamental examinado; de ahí lo parcialmente fundado de los conceptos de violación.

Conforme a lo anterior, lo procedente fue revocar la sentencia constitucional recurrida, y en su lugar conceder el amparo y protección de la justicia federal, para el efecto de que la autoridad responsable no aplicara en perjuicio del quejoso el acto reclamado consistente en el acuerdo de 27 de mayo de 2009, mediante el cual se establece el cobro de derechos por el acceso al programa institucional denominado *Expediente electrónico*, y en su lugar, se le permita tener acceso gratuitamente a dicho sistema.

Por lo expuesto y fundado, los magistrados resolvieron modificar la sentencia de amparo recurrida de fecha 9 de junio de 2010, sobreseer en el juicio de amparo respecto del acto reclamado consistente en la suspensión del permiso para consulta electrónica de expedientes *Praxis*, con vencimiento al mes de octubre de 2009; y conceder el amparo y protección de la justicia de la unión, contra el acto reclamado consistente en el acuerdo de 27 de mayo de 2009, emitido por el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Querétaro, así como la suspensión del servicio de consulta electrónica de expedientes denominado *Praxis*; para los efectos precisados en la parte final del último considerando de la ejecutoria de mérito.

IV. Algunos criterios relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El principio de progresividad contemplado en el párrafo tercero del artículo 1o. de la Carta Magna, implica que los Estados deben dedicar sus esfuerzos a una mejora continuada, con la mayor rapidez y eficacia posible, de las condiciones de existencia de las personas y que, en su modalidad de no regresión, genera una prohibición para el país, a fin de que no se dé marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos que les asisten.

En ese sentido, para determinar si una norma general conlleva una disminución al grado de tutela, y respeta el aludido principio en su vertiente de no regresividad, es necesario verificar si tiene como fin incrementar el grado de protección de un derecho humano.

Para ejemplificar lo anterior, cabe traer a cuento las determinaciones más relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, principalmente, en las cuales se analizó el principio de progresividad de los derechos humanos, aunque pareciera bajo diversos tópicos que justifican la no trasgresión o respeto al referido principio.

En el primero de ellos la Segunda Sala,⁴⁰ sostuvo que el artículo 174 de la Ley de Amparo vigente, al establecer que el quejoso debe precisar la forma en que las violaciones procesales que hizo valer trascendieron en su perjuicio al resultado del fallo, para que el Tribunal Colegiado de Circuito cumpla con su obligación de examinarlas, salvo las que advierta en suplencia de la queja, como lo sostuvo en la tesis 2a./J. 126/2015, lo que supera lo dispuesto en el artículo 158 de la Ley de Amparo abrogada; no transgrede el principio de progresividad de los derechos

⁴⁰ Amparo directo en revisión 559/2015, resuelto con fecha 17 de febrero de 2016.

humanos, dado que busca cumplir con el principio de concentración procesal del juicio de amparo, con lo que se le dota de mayor rapidez y celeridad en su tramitación para analizar todas las posibles violaciones existentes en un proceso, a fin de resolver en definitiva sobre ellas y evitar dilaciones innecesarias, lo que permite que la tutela jurisdiccional en el juicio de amparo directo sea pronta y completa, como lo mandata el artículo 17 constitucional; así, la obligación procesal a cargo del quejoso, si bien podría considerarse una disminución en el grado de tutela, lo cierto es que permite incrementarlo.

Por otro lado, el propio alto tribunal al resolver la contradicción de tesis 291/2015, con fecha 20 de enero de 2016, sentenció que la reforma al artículo 48, párrafo segundo, de la Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012, al limitar a doce meses máximo el pago de salarios vencidos en casos de despido injustificado en un juicio laboral, no transgrede el principio de progresividad que tutela el citado artículo 1o. constitucional, ni es violatorio de derechos humanos, porque no desconoce un derecho anteriormente establecido, ni suprime la sanción constitucional que impone a los patrones la obligación de indemnizar a los trabajadores separados injustificadamente de la fuente de empleo, sino que solo regula en forma distinta cómo habrá de calcularse dicha indemnización, con los objetivos siguientes: a) Evitar que los juicios laborales se prolonguen artificialmente con el fin de obtener una mayor condena por concepto de salarios caídos y b) Impedir la eventual quiebra de las fuentes de trabajo, con perjuicio incluso para otros trabajadores, lo que generaría un gran desempleo, y por ello, indirectamente incide en otros problemas para la economía nacional.

En otra decisión, el Pleno de la Suprema Corte mexicana determinó a propósito de la reforma al artículo 3o. constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 2013, que implementó un nuevo sistema de evaluación obligatoria para el ingreso, promoción y permanencia en el servicio del personal docente, con la finalidad de crear un nuevo modelo educativo que asegure la calidad en el servicio y, con ello, tutelar también el interés superior del menor; si el principio de progresividad en su aspecto negativo de no regresividad establece que el grado de tutela para el ejercicio de un derecho no debe disminuirse y el derecho humano a la estabilidad en el empleo no es absoluto, ya que puede limitarse cuando lo permita la ley y por causa justificada, como lo es garantizar el interés superior del menor a obtener una educación de calidad, se concluye que el grado de tutela para el ejercicio del primero de los derechos mencionados no se disminuye cuando se limita su ejercicio por una causa justificada; de ahí que los artículos 52, 53, octavo y noveno transitorios de la Ley General del Servicio Profesional Docente, al señalar la posibilidad de que los docentes sean removidos de sus cargos o readscritos a otras áreas, no vulneran el principio de progresividad en su aspecto negativo de no regresividad, en relación con el derecho humano a la estabilidad en el empleo.⁴¹

Paralelamente, la Segunda Sala del Alto tribunal,⁴² precisó que el hecho de que el artículo 107, fracción V, de la Ley de Amparo señale que el amparo indirecto procede contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible

⁴¹ Interpretación que constituye jurisprudencia por reiteración de criterios publicada el 25 de septiembre de 2015, en el Semanario Judicial de la Federación.

⁴² Al resolver el amparo en revisión 804/2014, con fecha 22 de abril de 2015.

reparación, entendiéndose por ellos los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, no implica una violación al principio de progresividad, en su vertiente de no regresividad, por estimar que limita y restringe el nivel de protección alcanzado en la jurisprudencia, si el legislador federal, en uso de la facultad de libertad de configuración legislativa, estableció un concepto de *actos de imposible reparación* para efectos de la procedencia del juicio de amparo indirecto que por disposición legal no existía, sino que por la función interpretativa de la jurisprudencia se fue adaptando de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso, no es posible declarar su inconstitucionalidad bajo dichos parámetros, máxime si se toma en consideración que la jurisprudencia aludida no otorgó algún derecho subjetivo que no estuviera tutelado en la Ley de Amparo abrogada, concretamente, por lo que respecta a la posibilidad de impugnar tanto actos de imposible reparación, como violaciones procesales.

En la misma providencia se argumentó que no es de imposible reparación el artículo 107, fracción V, de la Ley de Amparo vigente, por lo que se refiere al derecho al recurso judicial efectivo, ya que la porción referida no eliminó un derecho ni restringió el nivel de protección alcanzado en la regulación de la Ley de Amparo abrogada, debido a que en esta no se reconocía expresamente la posibilidad de que dentro de los *actos de imposible reparación* se entendiera a los procesales que afectan en grado predominante o superior, ya que ni siquiera existía disposición alguna que definiera ese concepto para los efectos de la procedencia del juicio de amparo indirecto, antes bien constituía un aspecto indeterminado. Y aun cuando dicho numeral define lo que debe entenderse por

tal enunciado, ello responde a un rediseño del juicio de amparo que permite al gobernado controvertir, a través de la vía indirecta, únicamente los actos cuya afectación a derechos sustantivos sea inminente, dejando para la directa los actos que impliquen alguna violación procesal, con el fin de consolidar la efectividad de la institución del juicio de amparo y evitar el abuso de su promoción con el consecuente retraso u obstaculización del dictado de la resolución de fondo del asunto de origen.

Por otra parte, la Primera Sala del máximo tribunal de la República, ha reiterado el criterio de que el principio de progresividad ha encontrado en el procedimiento judicial un contexto propicio para desarrollar un efecto útil. De manera que para lograr que el proceso cumpla con sus fines, el principio de progresividad ha tenido un desarrollo histórico evolutivo que generó un efecto expansivo en la incorporación normativa y jurisprudencial de nuevos derechos sustantivos para las partes en los procedimientos, atendiendo a la naturaleza de estos. Un ejemplo claro del desenvolvimiento evolutivo y garantista del debido proceso es, sin duda, el proceso penal que, con motivo de los fallos de esa Suprema Corte, progresivamente ha incorporado nuevos derechos sustantivos tanto para los imputados como para las presuntas víctimas. En el caso de los primeros, los derechos a contar con una defensa adecuada y la exclusión de la prueba ilícita, los cuales son parte de este importante desarrollo con fines protectores de la dignidad humana. Ahora bien, el desarrollo evolutivo de los derechos referidos ha sido posible porque tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como los instrumentos internacionales en los que se contienen normas en materia de derechos humanos, son instrumentos vivos que han sido interpretados y aplicados a la luz de las circunstancias y necesidades actuales de

protección de los derechos humanos. Esta perspectiva ha sido empleada por esta Suprema Corte con la finalidad de que las disposiciones normativas constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos sean efectivas y cumplan cabalmente con su objeto y propósito: la protección de la dignidad humana.⁴³

Tocante a la regulación del plazo para acudir al amparo en contra de sentencias condenatorias que impongan pena de prisión, dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo, se rige por el principio de progresividad dado que para el ejercicio del derecho humano de acceso efectivo a la justicia reconocido en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos resulta determinante contar con un plazo que de manera razonable permita ejercer la principal garantía para la protección de los derechos humanos; el Tribunal en Pleno refirió que cuando se presenta una relación de interdependencia entre el derecho de acceso efectivo a la justicia del sentenciado y los derechos a la reparación del daño, a la verdad y a la justicia de la o las víctimas de la conducta delictiva materia del respectivo juzgamiento penal, ante una limitación de aquella prerrogativa que provoca una disminución de su grado de tutela, para determinar si la regulación respectiva respeta el principio de progresividad, es necesario analizar si esta genera un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos, pues de lo contrario se tratará de una legislación regresiva. Por tanto, tomando en cuenta que el establecimiento del plazo materia de análisis busca equilibrar los derechos humanos del sentenciado

⁴³ Razonamientos que se encuentran contenidos en la tesis número 1a. CXXXVI/2015 (10a.), publicada el 24 de abril de 2015, en el Semanario Judicial de la Federación.

y los de las víctimas, sin generar al afectado por una sentencia condenatoria un obstáculo desproporcionado que le impida ejercer su derecho de acceso efectivo a la justicia para tutelar el diverso a la libertad deambulatoria, la previsión del plazo de ocho años, computado a partir del 3 de abril de 2013, para impugnar en amparo directo una sentencia condenatoria que impone pena de prisión no implica una medida legislativa de carácter regresivo y, por ende, es acorde al principio de progresividad.⁴⁴

De acuerdo con la jurisprudencia 53/2014, de la Segunda Sala del máximo tribunal del país,⁴⁵ acerca de la capacitación y adiestramiento⁴⁶ prevista en los artículos 153-A, 153-D, 153-E, 153-I, 153-U y 153-V, párrafo primero, de la Ley Federal del Trabajo, que prevén diversas medidas que buscan garantizar la sujeción a los programas de esa materia, los cuales se elaboran con la participación de los trabajadores y están dirigidos hacia objetivos relacionados con el mejoramiento de las competencias laborales, habilidades y nivel de vida; consecuentemente, dicha ley contiene disposiciones suficientes que hacen posible que los trabajadores participen en el diseño, ejecución, modificación y control de los programas de capacitación y adiestramiento; limita el contenido de estos, y otorga facultades a la Secretaría

⁴⁴ Tesis P./J. 42/2014 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, p. 43.

⁴⁵ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, p. 528.

⁴⁶ La capacitación y el adiestramiento, como obligaciones de los trabajadores, no constituyen una lesión a su esfera jurídica, dado que no son una carga injustificada. En efecto, el referido artículo constitucional establece la obligación a cargo de los patrones de proporcionar capacitación y adiestramiento, así como el derecho correlativo de los trabajadores a exigirlo, mas esa facultad no implica la potestad de oponerse a recibirla sin justificación, ni limita la del legislador para imponer la obligación en ese aspecto.

del Trabajo y Previsión Social para controlar su ejecución, es acorde con el artículo 123, apartado A, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Asimismo, al incorporarse tal obligación en la esfera jurídica de los trabajadores, con las condiciones y limitaciones precisadas, tampoco puede considerarse una transgresión al principio de progresividad reconocido en el artículo 1o. de la propia norma fundamental.

En las mismas sentencias que le dieron origen al criterio anterior, la referida Segunda Sala al interpretar la legislación vigente a partir del uno de diciembre de 2012, señaló que el artículo 159 de la Ley Federal del Trabajo, que establece los requisitos y criterios para determinarlo, no vulnera los derechos de los trabajadores ni el principio de progresividad previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que el precepto citado al exigir tomar en consideración los criterios de productividad y de antigüedad, junto con el grado de capacitación y de aptitud para determinar el ascenso de los trabajadores, de forma que por mandato legal esta decisión no puede basarse en uno solo, aunado a que en la evaluación de los criterios precisados deben respetarse los derechos humanos de los trabajadores y eliminarse las prácticas que propicien situaciones de discriminación prohibidas por la ley.⁴⁷

Igualmente en las tesis 2a./J. 47/2014 (10a.) y 2a./J. 48/2014 (10a.), la Suprema Corte estableció que el hecho de que el artículo 154 de la Ley Federal del Trabajo, además de señalar para efectos de la preferencia de derechos los criterios de nacionalidad, haber servido satisfactoriamente por mayor tiempo, a

⁴⁷ Ver tesis 2a./J. 46/2014 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, p. 530.

quienes no teniendo ninguna otra fuente de ingreso económico tengan a su cargo una familia y la calidad de sindicalizados, incorpore otros como el nivel educativo, el grado de aptitud y la capacitación de los aspirantes, no implica una transgresión al principio de progresividad previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues debe tomarse en consideración, por un lado, que tales criterios no son los únicos parámetros, porque en cada caso el patrón deberá atender a los elementos que ordena la ley, así como a lo acordado en los contratos colectivos y por otro, porque para la interpretación y aplicación de este numeral, debe tomarse en cuenta el respeto a los derechos humanos de los aspirantes y evitar situaciones de discriminación contrarias al mandato de trabajo digno contenido en el artículo 2o. de la Ley Federal del Trabajo.⁴⁸

Y que los artículos 153-C, 153-E y 153-I, de La Ley Federal del Trabajo, que la regulan o reconocen a la productividad como un elemento esencial del régimen de capacitación y adiestramiento; no puede considerarse lesivo del principio de progresividad previsto en el artículo 1o. constitucional, toda vez que regulan precisamente el diseño, la aprobación y la ejecución de programas y acuerdos de productividad; y se modifican la denominación y las atribuciones de las Comisiones Mixtas de Capacitación, Adiestramiento y Productividad, pues esas normas buscan garantizar que la productividad se refleje en una mejor distribución de los ingresos y, sobre todo, que se concrete en la remuneración de los trabajadores. Además, debe considerarse que la productividad es un fin legítimo reconocido por el artículo

⁴⁸ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, p. 531.

25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya concreción no debe estar alejada ni resultar contraria a los derechos de los trabajadores. Por el contrario, es un supuesto necesario para mejorar las condiciones de empleo, y las medidas que se adopten para conseguir las no pueden aplicarse en perjuicio de los derechos laborales y deben redundar en beneficios para los trabajadores.⁴⁹

Finalmente, en relación con el procedimiento contencioso administrativo federal, la propia Segunda Sala ha venido sosteniendo que el artículo 58-2, párrafo último, de la ley federal relativa, al prever la disminución del plazo de 45 a 15 días para presentar la demanda en el juicio contencioso administrativo en la vía sumaria, respeta el principio de progresividad de los derechos humanos contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en razón de que dicha medida no afecta el derecho humano de acceso a la justicia reconocido en el artículo 17 constitucional, pues aun cuando se partiera de la hipótesis de que la reducción del plazo pudiera ser regresiva, no sería violatoria de ese derecho, ya que debe ponderarse que con ella se logra el fin constitucional de obtener una justicia pronta, además de ser una medida necesaria y proporcional para el fin lícito relativo a que asuntos de menor entidad e importancia se tramiten en menor tiempo; razones constitucionalmente suficientes para validar la reducción del plazo para la presentación de la demanda en el juicio en la vía sumaria.⁵⁰

⁴⁹ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, p. 532.

⁵⁰ Ver tesis 2a. XXVI/2013 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro XVIII, marzo de 2013, Tomo 2, p. 2.

V. Conclusiones

Las reflexiones anteriores, incluyendo la sentencia de amparo reseñada en primer lugar, así como las sintetizadas restantes, reflejan la trascendencia que adquiere para la labor o quehacer público en nuestro país, pues la reforma constitucional y sus consecuencias se deriva en todos los ámbitos y a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, aunque patentemente, para los órganos que desarrollan funciones materialmente jurisdiccionales, la obligación anterior se traduce en que al emitir sus resoluciones deben ser respetuosos de los derechos fundamentales previstos en la Carta Magna o en los tratados internacionales que haya signado nuestro país en esa materia.

Y por lo mucho que se ha dicho de que estamos transitando a un Estado *garantista*, que tutele de manera efectiva los derechos humanos, debemos plantarnos bien en el nuevo Estado constitucional de derecho, en donde se atenúa el reto de hacer cumplir efectivamente nuestra Constitución, teniendo como base y fundamento la supremacía constitucional y la primacía del control de convencionalidad, de ahí la importancia de que todos los operadores jurídicos, sin excepción alguna, asumamos el compromiso de entender y concebir la aplicación de los derechos a través de los principios que son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados que dependen de las posibilidades fácticas y jurídicas, pese a que las reglas son normas que pueden ser cumplidas o incumplidas.

Máxime que los principios constituyen una pauta de interpretación jurídica válida e importante en la aplicación de casi todos los derechos, incluyendo los sociales, económicos y culturales, particularmente, el de progresividad que como los demás tiene sustento

en el derecho internacional de los derechos humanos, pero que contempla la obligación de los Estados de lograr el desarrollo progresivo de los mismos y que como característica de los derechos humanos es concebida como la obligación del Estado de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr la plena efectividad de la faceta prestacional de los derechos constitucionales. Así también es un elemento definitorio y estructural del modelo de Estado adoptado y, por tanto, dicho principio se constituye en referente para las autoridades públicas, en ejercicio de sus funciones, para el cometido de materialización del Estado constitucional democrático del derecho consagrado en la Constitución Política de México, a partir de la reforma de 2011.

Empero, al margen de la importancia que pudiera representar la afirmación de las doctrinas de cómo debe entenderse y aplicarse en cada caso en particular el principio de progresividad de los derechos humanos, ello puede entenderse como un aspecto meramente técnico y estructural de la aplicación de dicho postulado, *que dicho sea de paso la sentencia de amparo reseñada cubrió cabalmente todos esos aspectos, pese a que se dictó a pocos días de haber entrado en vigor la aludida reforma constitucional de derechos humanos*; pues bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya se pronunció,⁵¹ al interpretar el artículo 1º constitucional, en el sentido de que la limitación en el ejercicio de un derecho humano no necesariamente es un sinónimo de vulneración al referido principio, pues para determinar si una medida lo respeta, es necesario analizar:

⁵¹ Amparo directo en revisión 2425/2015. 12 de agosto de 2015, cuya tesis número 2a. CXXVI/2015 (10a.), fue publicada el viernes 6 de noviembre de 2015, a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

I. Si dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano; y,

II. Genera un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos.

Enfatizando el alto tribunal que para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano viola el principio de progresividad, el operador jurídico debe realizar un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho en relación con las implicaciones colectivas de la medida, a efecto de establecer si se encuentra justificada.

Incluso si bien esa interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no proscribe doctrinalmente hablando, la posibilidad de variantes a esas reglas; lo cierto es que amplía y ratifica la utilización del determinado principio de progresividad para apoyar la descalificación por arbitrariedad de la actuación de las autoridades a través del quehacer jurisdiccional, vedando también la posibilidad de que se adopten injustificadamente medidas regresivas, lo que a la par emerge de nuestro propio texto constitucional en la materia.

Particularmente, porque se entiende que la utilización del adverbio condicionante *injustificadamente* que se ha destacado posee una intención de mantener abierta la convalidación de una norma que *justificadamente* la modificara en sentido regresivo, como se ha venido considerando aunque con distinto carácter o importancia por los Tribunales Federales, incluido el máximo interprete constitucional y convencional del país, al dar diversas razones de justificación legal de porqué una norma no trasgrede el principio de progresividad o del porqué no es regresiva, según se hizo referencia a casos similares en párrafos precedentes.

Me refiero a las sentencias en las que de manera explícita la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tuvo oportunidad de pronunciarse en el sentido de que las cuestiones abordadas no trasgredían el principio en comento al desestimar un planteamiento de inconstitucionalidad llevado contra una norma legal, considérese la Ley de Amparo vigente, que dejaba sin efectos beneficios, algunos de índole procesal, otorgados por la ley de la materia abrogada.

De cualquier manera, estimado lector, todas estas opiniones quedan a su consideración a guisa de inquietudes resultantes de la práctica profesional y del quehacer jurisdiccional de quien suscribe, mismas que son de su exclusiva responsabilidad y no representa el punto de vista de los magistrados que integraron el tribunal colegiado en mención, aunque sí refleja o representa un reconocimiento público o su labor como parte de la judicatura, haciendo un comentario final de que no se puede adjudicar un carácter absoluto al principio de progresividad constitucional, porque tal como lo muestran los antecedentes, siempre será indispensable para que opere la ley, una valoración que trate de descubrir si en la modificación que opera la ley media una razón, una justificación que la respalde o sustente, pues como se dijo, una valoración que en cada caso debe evidenciarse, con apoyo suficiente de orden constitucional o convencional, y no meramente por la opinión más o menos progresiva del juzgador.

Finalmente, con agradecimiento debo mi fascinación por el estudio del derecho internacional de los derechos humanos, a mi maestro en el quehacer jurisdiccional, al señor magistrado y doctor en derecho Carlos Hinostroza Rojas. Si, como consecuencia de la lectura de este artículo, alguien acaba compartiendo mi gusto por tales temas un poco arcanos, deberá de considerarse en deuda con el mencionado.

VI. Referencias

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, España, en López-Murcia, Julián Daniel y García-Daza, Lina María: “La obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales: el caso de los servicios en Colombia”, en *International law: revista colombiana de derecho internacional*, núm. 12, enero-junio de 2008, Colombia.
- Álvarez Álvarez, A.: *Jurisprudencia Sala Constitucional*. Ediciones Homero, tomo II, 2005, Caracas, Venezuela.
- Bustillo Marín, Roselia: “El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral”, en *Líneas jurisprudenciales* del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.
- Calderón García Jéssica: “El principio de progresividad y su aplicación en los programas de salud”, en *Derecho en Acción*, 16 de mayo de 2016 (<http://derecho.enaccion.cide.edu/autos/jessica.calderon.garcia>)
- Calvo Chaves, Néstor Javier: “Aplicación del principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana”, en *Memorando de derecho de la Universidad Libre Seccional Pereira*, Colombia.
- Courtis, Christian: *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. CEDAL-Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006, Argentina.
- García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez Julieta: *La reforma constitucional sobre derechos*

- humanos*, Editorial Porrúa-UNAM, 2009-2011, México, p. 99. En Bustillo Marín, Roselia: “El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral”, en *Líneas Jurisprudenciales* del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.
- Gil Rendón, Raymundo: “El control difuso de convencionalidad, obligación de todos los jueces y magistrados latinoamericanos, como consecuencia de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Rosendo Radilla”, en la ponencia presentada en el *Congreso Internacional de Control de Constitucionalidad ante los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Callao*, Perú, el 23 de noviembre de 2011.
 - Mancilla Castro, Roberto Gustavo: “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Número 33, julio-diciembre de 2015, México.
 - Muñoz Segura, Ana María, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 11, julio-diciembre de 2010, pp. 93-109. En el estudio titulado “El principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana”. Véase en el portal de Internet <http://www.revistas.unam.mx>.
 - Nava G., Gregorio: “Doctrina y filosofía de los derechos humanos: definición, principios, características y clasificaciones”, en *Razón y palabra, Revista electrónica en América Latina especializada en comunicación*, Número 81, noviembre de 2013-Enero de 2013, México.

- Rosales Sánchez, Juan José: “¿Los jueces nacionales son jueces interamericanos?”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Número 38 de 2014, México.
- Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra: “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en *Biblioteca Jurídica Virtual* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

Referencias de la sentencia judicial reseñada

- ECHR, *Case of Airey v. Ireland*, Judgment of 9 October 1979, Serie A, No. 32.
- Henderson, Humberto: “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno” en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, volumen 39, 2004, San José de Costa Rica.
- López Ayllón, Sergio: *El derecho a la información*. Editorial Porrúa, 1984, México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación: *La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Los casos León y Aguas Blancas*, 3a. ed., 2005, México.

Fuentes de consulta de la sentencia rememorada

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- *Convención Americana de Derechos Humanos*.
- *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos* (San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969). Actas y Documentos. Observaciones del gobierno de Chile al Proyecto

de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Intervención del Delegado del gobierno de Chile en el debate sobre el Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en la Decimocuarta Sesión de la Comisión “I”.
- *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*. Observaciones del gobierno del Uruguay al Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.
- *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*. Observaciones y Enmiendas del gobierno de Brasil al Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.
- *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*. Intervención del Delegado del gobierno de Guatemala en el debate sobre el Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en la Decimocuarta Sesión de la Comisión «I».
- *Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú*, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 27 de marzo de 2009.
- *Ley de Acceso a la Información Gubernamental del Estado de Querétaro*.
- Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3.
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas*.
- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

Portales de internet consultados

- www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx.
- www.corteidh.or.cr/. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- www.un.org/es: Organización de las Naciones Unidas.

**Perspectiva teórica de la transformación del
contenido material del derecho a la intimidad
a la luz de las nuevas tecnologías
de la información**

*Margarita Izchel Mora Gutiérrez**

RESUMEN: El derecho a la intimidad se encuentra presente –aunque no definido– desde la antigua Grecia, donde existían para el hombre dos esferas, el espacio privado que era el territorio de su familia; y, el público, siendo este la esfera más importante, ya que les permitía la convivencia social. En el contexto del siglo XIX, donde la vida privada no era aún objeto de protección jurídica pero las amenazas a la misma eran escasas, al no haber medios de comunicación masiva, emerge una tutela indirecta del derecho a la intimidad, al reconocerse la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, encontrándonos frente al uso cotidiano de redes sociales, algunos doctrinistas han dejado entrever una nueva teoría sobre lo que constituye el objeto de tutela del derecho a la intimidad, alertando del grave peligro que la descontextualización de la información podría acarrear; incorporándose así, la necesidad de transformar el contenido material del derecho a la intimidad para una tutela efectiva de los usuarios de las nuevas tecnologías, en especial a

* Oficial Administrativo del Juzgado Sexto de Amparo en Materia Penal del Primer Circuito.

los de redes sociales, quienes en el ejercicio de su libertad, pueden consciente o inconscientemente ceder su intimidad y menoscabar la de terceros. SUMARIO: Introducción. I. Teorías para la delimitación y conceptualización del bien jurídico. II. Derecho a ser dejado en paz (*the right to be let alone*). III. Derecho a la autodeterminación informativa (*Recht auf informationelle selbstbestimmung*). IV. Derecho a la integridad contextual. V. Derecho a la privacidad en público. VI. La intimidad como círculos concéntricos o teoría de las esferas. VII. La intimidad en la era digital. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

Introducción

Este trabajo representa una revisión teórica de la evolución que ha sufrido el concepto del derecho a la privacidad o a la intimidad –desde su perspectiva latinoamericana– de los individuos. Así, en los primeros dos apartados, se desarrolla una delimitación teórica y conceptual de este derecho, el cual ha existido desde la antigua Grecia, y fue adoptado y desarrollado oficialmente por los estadounidenses para evolucionar a las necesidades e idiosincrasias específicas de los europeos y latinoamericanos; además, desde su primigenio origen dio lugar al desarrollo de nuevos derechos personales, como el derecho a ser dejado en paz, a la imagen y el honor.

Posteriormente, se desarrolla lo que se conoce como el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la protección de datos y el derecho a la integridad contextual, constituyen diferentes posturas teóricas en relación con el contenido material del derecho a la intimidad, y que surgieron ante la latente necesidad de

proteger este derecho humano que se ve constantemente amenazado por el almacenamiento masivo de información que se dio tras el despunte de las nuevas tecnologías.

Por último, se aborda la importancia de proteger a las personas a través del derecho a la privacidad en el ámbito público, la intimidad vista desde la teoría de las esferas –la cual plantea una distinción terminológica con la privacidad, por considerarla como un derecho (exclusivo) a la personalidad–; para concluir la necesidad de incorporar medidas específicas que tiendan a proteger la intimidad ante los nuevos peligros surgidos en la era digital, esto es, se enfatiza el desafío que la era digital demanda: dotar a este derecho de un mayor contenido y alcance, a fin de lograr positivizarlo dentro de lo que se conoce como *hogar virtual*.

I. Teorías para la delimitación y conceptualización del bien jurídico

El derecho a la intimidad se remonta a la época de los griegos, donde concebían la posibilidad de que un ciudadano gozara de un ámbito privado y uno público, siendo el primero el presupuesto del segundo. Sin embargo, la concepción de la intimidad como derecho, y la conceptualización del mismo es relativamente reciente, ya que, sus orígenes se remontan al año 1890, cuando Samuel Warren y Louis Brandeis publicaron su artículo titulado *The right of privacy*.

Si bien se puede aseverar que su conceptualización venía acuñándose desde tiempo atrás y que, incluso, existía un reconocimiento implícito y tutela a través de otras figuras jurídicas, es por medio de esta publicación en *Harvard Law Review*, que se puede aseverar, emerge el concepto de *privacy*, o derecho a la vida privada o intimidad en su traducción latina. Mismo que años después tendría eco en diversas resoluciones de la Corte Estadounidense,

sentando así una larga lista de precedentes que vendrían a conformar el contenido del derecho a la intimidad y a delinear los límites del mismo.

Por su parte, América Latina y Europa, habrían de adoptar el concepto modificándolo a su propia idiosincrasia; por lo que surgen diversas teorías para explicar el contenido, alcance, propósito y límites de un mismo derecho.

Mientras que el individualismo acérrimo de los estadounidenses los llevó a crear el derecho a ser dejado en paz, y lo derivaron a derechos tan diversos como la imagen, el aborto y la muerte digna, con los avances tecnológicos que impactaron en Europa, hicieron surgir del tribunal alemán una concepción un poco distinta, tal es el caso de la autodeterminación informativa, que al dotarse de contenido comprende el derecho a la vida privada como una libertad positiva.

Ahora, encontrándonos frente al uso cotidiano de redes sociales, algunos doctrinistas han dejado entrever una nueva teoría sobre lo que constituye el objeto de tutela del derecho a la intimidad, alertando del grave peligro que la descontextualización de la información podría acarrear.

Si bien, cada una de estas teorías tratan de tutelar el derecho a la intimidad, cierto es que, el contenido del mismo parece extenderse o recortarse dependiendo el sistema o teoría jurídica desde el que sea observado. De ahí que quizá sea pertinente cuestionarse si existe una concepción del derecho a la intimidad que lo haga objeto de tutela ante los avances tecnológicos del siglo XXI, especialmente si de redes sociales hablamos.

II. Derecho a ser dejado en paz (*the right to be let alone*)

En la antigua Grecia, existían para el hombre dos esferas, el espacio privado que era el territorio de su familia; y,

el público, siendo este la esfera más importante, ya que les permitía la convivencia social. *La esfera privada era entendida en el sentido original de 'privación', de 'estar privado': estar privado de las cosas que constituyen una verdadera vida humana, estar privado de la realidad que se obtiene al ser visto y oído por otros.*¹

Se asevera entonces, que esa diferencia entre el ámbito íntimo y público es una cualidad natural del ser humano, que proviene de su misma conformación como individuo con vocación social.² Es decir, el fenómeno de la intimidad es consubstancial al ser humano, el cual, aun en circunstancias en las que la intimidad resulta obstaculizada descubre nuevas posibilidades de protegerla.³

En el contexto del siglo XIX, donde la vida privada no era aún objeto de protección jurídica pero las amenazas a la misma eran escasas, al no haber medios de comunicación masiva emerge una tutela indirecta del derecho a la intimidad, al reconocerse la inviolabilidad del domicilio. Se partía de la premisa que una defensa a la propiedad privada era la mejor forma de garantizar ese espacio privado o de reserva, que desde siglos atrás se le reconocía al hombre como parte de su naturaleza.

Las invasiones a la intimidad eran fácilmente repelidas por los afectados, ya que la forma de atacarla era por una violación al domicilio de residencia, por lo tanto, no es de extrañarse que la tutela de la vida privada surja como un reconocimiento jurídico de la inviolabilidad de un ámbito físico o territorial sobre el cual se ejerce propiedad. *Es la invasión de la morada por parte de terceros no autorizados por el propietario la que puede ser reprochada y repelida por diversos mecanismos procesales*

¹ Thompson, J. B.: "Los límites... cit., p. 26.

² Corral Talciani, H.: "Configuración... cit., p.51.

³ Ruiz Miguel, C.: *La configuración...* cit., p., 52.

y sustantivos.⁴ Siguiendo a John Locke, la propiedad se constituye como el origen de todos los derechos;⁵ y, en este caso, vendrá a tutelar de manera enfática el derecho a la intimidad.

Ello porque no se puede negar que existe una estrecha vinculación de la vida privada con el derecho a la propiedad, entendido este como un *ius excludendi alios*, que se orienta a una protección del domicilio. Sin embargo, en 1890, ante las amenazas de la difusión indiscriminada de información privada por los nuevos avances tecnológicos que se vivían, los abogados Warren y Brandeis crearon el derecho denominado *privacy*, donde adquiere una tutela más amplia, *trasladando, primero, la atención del ‘tener’ al ‘ser’, tomando en cuenta el ‘patrimonio moral’ inalienable y propio de cada persona.*⁶ *Naciendo dicho concepto con la conciencia de que el otro –sea éste el prójimo o el gobierno– es un enemigo en potencia. La esfera privada se dibuja como un bastión de no interferencia.*⁷

Este derecho, tenía una noción negativa marcada con un matiz individualista, convirtiéndolo genéricamente como el derecho a estar solo o a ser dejado en paz, *el derecho de vedar a terceros el conocimiento de la vida personal y la posibilidad de controlar qué, cuándo y cómo esas dimensiones de la vida personal pueden ser legítimamente comunicadas o conocidas por otras personas.*⁸ Caracterizándose por *el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada, sobre todo de los medios de comunicación, haciendo prevalecer las ideas*

*de aislamiento y autonomía, especialmente en aspectos como la vida doméstica y las relaciones sexuales.*⁹

El principal argumento en el que se centra la construcción de este derecho es la *exigencia espiritual o psicológica de toda persona de controlar su propia información personal.*¹⁰ Siendo su sustento *el libre desenvolvimiento de la personalidad y consecuentemente respeto por la dignidad de la persona;*¹¹ en virtud de que *el principio que fundamenta la protección [a la vida privada] es el de su personalidad inviolable*¹² y defensa de su dignidad.

Sin embargo, pareciera ser que el contenido de ese derecho había sido ya trazado en años previos. John Stuart Mill,¹³ en su obra *On Liberty*, había planteado una nueva visión sobre los límites del poder en un régimen democrático, advirtiendo que la amenaza para el individuo ya no lo constituía el gobierno sino las masas; acorde a su pensamiento, la comunidad debía respetar y garantizar la libertad de opinión y de conducta, para que el individuo lograra ser soberano de sí mismo, permitiéndose así un desarrollo de su personalidad y conciencia.

Paralelo a ello, a finales del siglo XVII, con el concepto moderno de libertad de Benjamín Constant en su texto *La libertad de los modernos*, se presenta a la intimidad y la vida privada como un derecho a la libertad, entendiendo esto como *...tomar decisiones en la esfera privada sin la intervención estatal... la libertad de actuar libremente en el interior de su domicilio, la libertad de revelar las conductas íntimas y la libertad de identidad.*¹⁴

⁴ Corral Talciani, H.: *Op. cit.*, p.52.

⁵ Cfr. Locke, J.: *Segundo tratado...* cit., p. 55.

⁶ Rolla, G.: “El difícil...” cit., p. 150.

⁷ Zúñiga, F.: “El derecho...” cit., p. 287.

⁸ Saldaña, M.N.: “La protección...” cit., p. 87.

⁹ Eguiguren Praeli, F.: “La libertad...” cit., p.138.

¹⁰ Saldaña, M. N.: *Op. cit.*, p. 91.

¹¹ Morales Godo, J.: *Fundamentos...* cit., p. 120.

¹² Saldaña, M. N.: *Op. cit.*, p. 91.

¹³ Cfr. Corral Talciani, H.: *Op. cit.*, pp.53-55.

¹⁴ Constant, B.: “Da liberdade...” cit., p. 136.

Es decir, el planteamiento teórico-jurídico que Warren y Brandeis hicieron para justificar el derecho a la intimidad, encuentra su sustento filosófico en el concepto de libertad individual de Mill y Constant, y su justificación jurídica en el reconocimiento absolutista de la propiedad bajo el aforismo *mi domicilio es mi castillo*.¹⁵ Es así que se decantan y convergen estas dos figuras para dar paso al concepto de *privacy*, entendiéndolo como un derecho a adoptar una vida divergente a la social dentro de su propiedad, ya que, el derecho a la vida privada, desde una perspectiva netamente individualista, es precisamente el derecho a ser dejado en paz.¹⁶

La evolución que tendría este derecho posteriormente sería augurada en el propio artículo, al afirmar que el derecho a ser dejado solo es *el más amplio de los derechos y el más valioso para el hombre civilizado*.¹⁷

Retomando las ideas acerca de la libertad, se afirma que *la privacidad (en cuanto libertad negativa) envuelve la idea de que cualquiera es libre para comportarse como quiera... en tanto, tal dimensión de la libertad a la privacidad, en cuanto concepto negativo no ofrece ninguna medida o patrón positivo que nos permita saber hasta dónde podemos actuar*.¹⁸ De ahí que, cuando fue reconocido por los tribunales estadounidenses como un verdadero derecho, se dieron a la tarea de delinear los límites y los alcances de su tutela mediante los precedentes judiciales.

Actualmente, se encuentra consolidado como *un ámbito subjetivo de libertad*,¹⁹ alcanzando a tutelar aspectos que en el sistema latinoamericano y europeo son considerados derechos independientes.

Siguiendo a William Prosser, existen cuatro valores o aspectos que ha de tutelar el derecho a la intimidad, de acuerdo con los precedentes de los tribunales estadounidenses, a saber:

a) Actos de intromisión que perturban el retiro o soledad (fisgoneo, persecución); b) divulgación pública de hechos privados o embarazosos sobre el individuo; c) publicidad que coloca al individuo bajo una luz falsa ante el público (atribución falsa de una opinión o utilización de la imagen o fotografía para vincular falsamente a una persona con un hecho; y, d) apropiación de la imagen o identidad de una persona para obtener un beneficio.²⁰

Es decir, se atenta a la intimidad de la persona, desde un aspecto material al incluir intromisiones en su residencia o pertenencias; por medio de divulgación de información que desea mantener en secrecía; se vulnera el derecho al honor mediante diseminación de información falsa o circunstancias deformadas; y, mediante ello, se menoscaba, además, el derecho a la imagen y al buen nombre.

Así también, el mismo autor nos señala que existen tres razones para fundamentar una pérdida o disminución de la intimidad, sin que por ello se incurra en un atentado al derecho a la vida privada; a saber cuando: *a) se trata de personas que han buscado la publicidad y la han admitido; b) su actividad se ha convertido en pública y no pueden exigir que en lo sucesivo sean tratados como asuntos privados; y, c) la prensa dispone del derecho a informar al público de los temas que tienen interés general*.²¹ Bajo estas excepciones, podemos observar que el derecho a la

¹⁵ Nogueira A., H.: "El derecho... cit., p. 82.

¹⁶ Warren, S. D. y Brandeis, L. D.: "The right... cit.

¹⁷ Saldaña, M.N.: *Op. cit.*, p. 94.

¹⁸ Porto Macedo, R.: "Privacidad... cit., p. 145.

¹⁹ Saldaña, M.N.: *Op. cit.*, p. 87.

²⁰ Eguiguren Praeli, F.: *Op. cit.*, pp. 139 y 140.

²¹ Farrell, H.: *Privacy... cit.*

privacidad se encuentra disminuido si es una persona pública o famosa o si el tema a tratar goza de relevancia social, es decir, el derecho a la vida privada encuentra sus limitaciones cuando tácitamente se ha cedido parte de esa intimidad o cuando, por medio de la ponderación, se privilegia al interés de la sociedad por conocer ciertos temas.

Las formas de tutelar el derecho a la vida privada, bajo el concepto de *privacy*, incluye de manera indiferenciada, además de la vida familiar y personal, el derecho a la imagen, identidad de la persona, al honor, al aborto y a morir dignamente; ya que se ha sostenido que *el derecho a lograr la felicidad está garantizado por la ley fundamental... éste por su propia naturaleza, incluye el derecho a vivir libre de ataques de otros en el disfrute de nuestra libertad, propiedad y reputación...*²² Lo cual, lo constituye actualmente como un amplio derecho de personalidad,²³ donde el *individualismo posesivo*²⁴ quedó obsoleto.

En resumen, el derecho a la intimidad en su matriz liberal *aparece asociado al derecho de propiedad (liberalismo individualista posesivo) primero y al derecho a la soledad después (Warren y Brandeis), pero siempre concebido como una libertad negativa.*²⁵ Pretendiendo asegurar una parcela de la persona que se reserva de la indiscreción ajena para satisfacer exigencias de aislamiento moral del sujeto²⁶ desde la más amplia interpretación al mismo, que permite inferir que los límites deben de contar con una justificación de interés social.

²² Morales Godo, J.: "Origen... cit., p. 56.

²³ Herrán Ortiz, A. I.: *La evolución...* cit.

²⁴ Zúñiga, F.: *Op. cit.*, p. 288.

²⁵ *Ibidem*, p. 311.

²⁶ Frota Araújo, R.: "Libertad... cit., p. 279.

III. Derecho a la autodeterminación informativa (*Recht auf informationelle selbstbestimmung*)

Los avances tecnológicos abrieron la puerta a la sistematización y almacenamiento masivo de información, lo cual evidenció un nuevo peligro para la intimidad de las personas; ya que, datos aparentemente inmunes que se encontraban en los archivos de gobierno o empresas privadas, conectados entre sí daban un perfil detallado del individuo.

El derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática surge con la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la cual se afirmó que *el derecho general de la personalidad comporta la atribución al individuo de la capacidad de decidir, en el ejercicio de su autodeterminación, qué extremos desea revelar de su propia vida,*²⁷ derivando la necesidad de proteger los datos personales en el uso indiscriminado de la informática.

Como consecuencia de lo argumentado por el Tribunal alemán se tuvo el reconocimiento jurisprudencial de un derecho fundamental, que encontró su justificación en el derecho a la personalidad de manera general y, especialmente en el derecho a la intimidad. Así, se llegó a aseverar que el área que tutela del derecho a la vida privada es, en el sentido más amplio, *el derecho a la identidad y al desarrollo personal, así como el derecho para cada individuo de tomar y desarrollar relaciones con sus similares y con el mundo externo.*²⁸ Es decir, se adopta ya una concepción de doble libertad: la negativa, tradicional del derecho anglosajón, y la positiva, que constituye precisamente el derecho denominado libertad informática.

²⁷ Martínez Martínez, R.: "El derecho... cit., p. 48.

²⁸ Ávila Hernández, F. M., et. al.: "Los derechos... cit., p. 328.

Este último, también nombrado como autodeterminación informativa, ofrece protección *frente a la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos de carácter personal y garantiza la facultad del individuo de decidir básicamente por sí mismo sobre la difusión y la utilización de sus datos personales*.²⁹ Es decir, su objetivo primordial es proveer de instrumentos jurídicos a los individuos para que controlen el uso de sus datos personales por terceros. Implicando tanto el derecho a negar la información como el de *pretender* la que les concierne; es decir, es un derecho de control de la identidad del usuario en la sociedad de la información.³⁰

Es por ello que se puede afirmar que, en el ejercicio de la libertad se tiene ahora la potestad de controlar el flujo de los datos personales que se encuentran en bases de datos, tanto del gobierno como de empresas. Este control tiene dos elementos principales: *el consentimiento y la habilitación legal*.³¹ Entendiendo por consentimiento, el que otorga el titular de los datos a recolectar y sistematizar, cuando se encuentra debidamente informado y, por ende, capacitado para otorgarlo; y por habilitación legal, cuando no puede otorgar el consentimiento el afectado, y en sustitución la ley lo prevé expresamente.

Por tanto, puede afirmarse que *la libertad informática se nos perfila como un derecho a disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, consentir, controlar y en su caso, rectificar los datos informativos concernientes a la propia personalidad*.³²

En consecuencia, el derecho a la protección de datos le reconoce al individuo *un poder de control sobre la información personal que le concierne, sobre su utilización y destino, para evitar utilizaciones ilícitas, por lo que su protección no se limita a datos íntimos, sino a cualquier información personal, sea o no íntima, siempre que su tratamiento pueda afectar derechos y libertades de la persona*.³³ Deviene de ello la posibilidad de ejercer control no solo sobre datos sensibles, o que importen los más íntimos sentimientos, sino que, contempla la potestad de ejercer dicha facultad sobre aquellos datos aparentemente irrelevantes, pero que en conexión con otros, arrojan un nuevo conocimiento sobre el individuo y, en su conjunto, hacen un perfil de sus gustos, emociones, sentimientos e ideas.

Esta posibilidad de interconexión de información, de cruce de base de datos, la dan las nuevas tecnologías, originando así la denominada teoría del mosaico, ya que *al igual que ocurre con las pequeñas piedras que formen los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado*.³⁴ Al cruzar datos inocuos podemos reconstruir la silueta virtual que refleja el yo más íntimo del usuario, perfecta representación de sus tendencias naturales, instintivas e intuitivas.³⁵

Bajo esta concepción, el derecho a la intimidad presenta dos aspectos: *uno es de significación negativa y se traduce en el derecho a no hacer del dominio público ciertas informaciones de carácter personal, privado o reservado; el otro positivo que implica el ejercicio de un derecho al control de los datos concernientes a la propia persona que ha rebasado la esfera de la privacidad*.³⁶

²⁹ Martínez Martínez, R.: *Op. cit.*, p. 48.

³⁰ Cfr. Miranda Alcántara, M. I.: *Informática...* cit., p. 2.

³¹ Murillo de la Cueva, P. L.: "Perspectivas..." cit., p. 20.

³² Fernández Sogado, F.: *La dogmática...* cit., p. 181.

³³ Herrán Ortiz, A. I.: "El derecho..." cit., p. 771.

³⁴ Nogueira A., H.: *Op. cit.*, p. 73.

³⁵ Cfr. Núñez Ponce, J.: *Desarrollo...* cit., pp. 13-15.

³⁶ Puente de la Mora, X.: "El derecho..." cit., p. 200.

Y con ello, el derecho a la vida privada se proyecta sobre registros informáticos *que permiten socializar esa información develando ámbitos de la privacidad de las personas... adoptando un contenido positivo*.³⁷

Quizá la problemática más grande de esta conceptualización del derecho a la intimidad es que, importa para el sujeto tutelado una serie de obligaciones para conocer en qué ficheros se encuentran sus datos, la finalidad con que son empleados, y las personas autorizadas para ello; así también, la obligación de supervisar que dichos fines se cumplan y que los datos no sean compartidos con terceros, para estar en posibilidad real de ejercer las acciones previstas que tutelen el uso ilegítimo de su información. Esta autonomía sobre qué, cómo y cuándo se conoce determinada información que se encuentra vertida en grandes bases de datos, arroja, consecuentemente, una carga, a veces infranqueable, para el sujeto de derechos.

IV. Derecho a la integridad contextual

Lo privado es altamente contextual,³⁸ esto quiere decir que, lo privado depende de la esfera o relación en la que el individuo debe parte de su ser. Por lo que, se entiende, que todo ser humano tiene diferentes contextos en su vida cotidiana, los cuales se rigen por determinadas normas o convencionalismos sociales.

Baste recordar que en determinadas circunstancias las reglas sociales nos marcan qué tipo de información es adecuado revelar; de ahí que la información que se comparte con padres, amigos o colegas suele distar en su contenido, lo cual se justifica con el hecho de que el ser humano es capaz de tener muchas relaciones con diversos

grados de cercanía o confianza. Es decir, lo que dejamos ver de nosotros mismos depende del contexto en que se hace dicha declaración.

Por ello, se puede aseverar que solemos compartir información de manera rutinaria, sin mayor complicación, cuando lo consideramos adecuado. Bajo esta premisa el contexto es un valor conexo e integral del derecho a la intimidad; ya que, datos inocuos en una conversación informal, fuera de las circunstancias en que fueron vertidos, podrían convertir a su emisor en víctima de un menoscabo a sus derechos derivados de la dignidad de la persona, tales como la imagen y el honor, además de comprometer el derecho a la vida privada.

El contexto es, pues, las circunstancias que enmarcan al hecho o dato que originaron su emisión; por lo que, si dicha información es compartida, deberá ir irremediabilmente ligada a este, ya que es la única forma de preservar su significado y alcance con el que fue declarado inicialmente.

En este orden de ideas, el derecho a la integridad contextual puede ser violado, incluso, cuando no se trata de información de carácter sensible o íntima, pero que al ser un dato que hace identificable a su emisor y, que no hubiese sido manifestado en otras circunstancias, lo convierte en una agresión a su derecho a la privacidad, máxime que la información ha sido aislada de las circunstancias que la originaron, lo cual puede conllevar una serie de interpretaciones erróneas y perjudiciales.

Helen Nissenbaum propone una explicación de la vida privada en términos de la '*integridad contextual*'. Su argumento es que:

La privacidad siempre debe ser analizada en relación con las diferentes esferas o contextos en los cuales los individuos desarrollan sus vidas. En cada uno de

³⁷ Nogueira A. H.: *Op. cit.*, p. 73.

³⁸ Thompson, J. B.: *Op. cit.*, p. 30.

*estos existen normas específicas que señalan lo que es apropiado... distingue aquí dos tipos de normas: por un lado, lo que llama normas sobre lo que se considera correcto, y por el otro lo que llama normas de distribución o flujo de información...la violación de privacidad ocurrirá cuando alguna de ellas sea infringida.*³⁹

Las normas sobre lo que se considera correcto hacen referencia al tipo o contenido de información que en determinadas circunstancias se espera, desea o se demanda sea compartida o reservada; mientras que las normas de flujo indicarán entre quiénes se tiene la expectativa de que la información compartida quede bajo la estricta secrecía, o se determina en qué contexto, el flujo de información será bidireccional o, por el contrario, cuando se espera una comunicación unidireccional.⁴⁰

Es decir, la integridad contextual es una característica de la información considerada parte integrante de la vida privada, ya que, lo que se comparte en el ámbito familiar, es adecuado a ese contexto, y se espera cierto nivel de confidencialidad, por lo que, cuando es sacado de dicha esfera, se menoscaba la intimidad, en razón de que dicha información, sensible o no, puede no ser adecuada al contexto en la que es ingresada.

Por tanto, es posible afirmar que la razón por la que la contextualización de la información cobra especial relevancia, cuando se habla de usuarios de redes sociales, es porque ya se ha advertido el grave riesgo que estas plataformas implican respecto a la integridad contextual, ya que, lo que se considera correcto declarar en los muros o *tweets*, se convierte en información fácilmente

divulgable por otros medios que no reproducen el contexto en el que se ha emitido y, en consecuencia, se agrede el derecho a la vida privada del usuario.

V. Derecho a la privacidad en público

Las teorías filosóficas y legales de privacidad no ofrecen un marco de justificación explícita para hacer frente al problema de la intimidad en público; parece que sufrimos un *ciego teórico*,⁴¹ ya que se ha logrado avanzar en la comprensión de la vida privada desde el punto tradicionalmente concebido, hasta comprender que esta esfera tutela también el abuso a la información, y no únicamente protege a la vida privada contra la intrusión del gobierno o la invasión a la residencia.

Quizá las razones por las que poco se ha dicho al respecto, es precisamente por el origen conceptual del mismo, ya que desde los griegos, se han delineado las diferencias entre el espacio público y el privado, entendiendo que solo podría protegerse como intimidad, aquello que se realizaba en ausencia de terceros, es decir, aquellos actos llevados a cabo en los lugares privados y que el ser humano resguardaba para sí o compartía con algunos pocos.

Esta distinción temprana, supuso que el desarrollo jurídico vertiera al derecho a la intimidad como un derecho ejercido en espacios privados, defendiendo así al ser humano de las intromisiones estatales, procurando mantener ese equilibrio altamente valorado entre el poder estatal y la libertad individual. Por lo que se ha argumentado que, si voluntariamente se realizan actos en lugares públicos, ello significa que están poniendo a disposición de terceros dicha información. Sin embargo,

³⁹ Nissenbaum, H.: "Privacy... cit., p. 31.

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 120-125.

⁴¹ Cfr. Kobrin, S. J.: "With technology... cit.

tales juicios podrían llevar a la precipitada conclusión de que la intimidad se encuentra supeditada al espacio físico donde se realice, la cual, desde nuestra perspectiva, constituye una aseveración falaz que conlleva el riesgo de eliminar el derecho a la vida privada en espacios públicos.

Es menester mencionar que, si bien, por regla general los actos vinculados a la intimidad o de aquellos que se catalogan así por la cultura en que se vive, suelen realizarse (y se espera que se realicen) en lugares donde los terceros extraños no tienen acceso, no por ello debe admitirse que los consumados en lugares públicos pierden esa intimidad y pueden ser divulgados.

Para dilucidar si un acto realizado ante la presencia de terceros o en lugares de acceso público conserva la protección que le brinda la intimidad, algunos han ofrecido una serie de requisitos, entre los cuales deberá considerarse *si la conducta de la persona en el lugar público se orienta a mantener la privacidad de los actos o si –en cambio– supone un consentimiento a su comunicación; incluso tendrá que apreciarse si tal consentimiento resulta necesario atendiendo a la naturaleza del acto, así como a su incidencia o vinculación con la función o actividad propias de la persona notoria o popular*,⁴² asumiendo que, estas tienen limitado su derecho a la intimidad en consideración al interés general de la sociedad.

En este orden de ideas, la Corte Europea de los Derechos Humanos ha afirmado que *existe, entonces, un área de interacción entre el individuo y los terceros que, también en un contexto público, puede terminar con el reentrar en la esfera de la ‘vida privada.’*⁴³

*Ciertamente cuando el titular del derecho a la intimidad o privacidad divulga o pone al descubierto hechos que forman parte de ésta, confiere una forma de consentimiento que autoriza la difusión de tales informaciones sin infringir tal derecho.*⁴⁴ Es por ello que la intimidad, como uno de los derechos de personalidad garantes de la preservación de la información dentro del velo de la reserva, no puede verse nulificado cuando se realice en lugares públicos, porque la cesión de la intimidad es cuando existe una verdadera voluntad del sujeto de derechos a revelar dicha información, mediando así el consentimiento y si se llevan a cabo medidas tendientes a asegurar que el hecho se mantenga en la vida privada, se puede concluir, que existe el derecho a la intimidad en lugares públicos.

Es de recordarse que el propósito del derecho a la intimidad es *proteger a las personas y no simplemente a los lugares*,⁴⁵ ya que, considerar lo contrario sería retomar el vínculo propiedad-derecho a la vida privada; lo cual, como se ha argumentado en líneas precedentes, ha quedado obsoleto.

Es por ello, que para tildar a un hecho como privado o público se debe de considerar, además del lugar en que es ejecutado, el concepto mismo de vida privada o intimidad, *debe tenerse en vista si los intervinientes han adoptado las debidas seguridades para mantener su reserva*,⁴⁶ para concluir que, de ser así, seguiría prevaleciendo el derecho a la intimidad.

Así también, no debe dejar de observarse que, el realizar actos que se desean conservar en la esfera de lo íntimo en lugares públicos, conlleva un riesgo respecto a esa pretensión, por lo que podrían convertirse en intentos

⁴² Eguiguren Praeli, F.: *Op. cit.*, p. 156.

⁴³ Ávila Hernández, F.M., et. al.: *Op. cit.*, p. 329.

⁴⁴ Eguiguren Praeli, F.: *Op. cit.*, p. 157.

⁴⁵ Saldaña, M.N.: *Op. cit.*, p. 96.

⁴⁶ Meins Olivares, E.: “Derecho... cit.”, p. 311.

fallidos de mantener la vida privada, y cuyo fracaso solo podría ser atribuido a la aceptación consciente del actor de los factores evidentes de riesgo, y así se estaría ante información de carácter íntima en el dominio público, sin que ello pueda ser considerado como una violación.⁴⁷

Finalmente, debe destacarse que el cuestionamiento que en el ámbito académico se realiza en relación a si existen razones para proteger la intimidad en público, tiene una respuesta relativamente sencilla, ya que esas razones son las mismas que justifican su tutela desde el punto de vista tradicional: proteger el libre desarrollo de la personalidad del individuo, a la par de proporcionarle control sobre la información que le concierne.

Trasladando este debate a las nuevas tecnologías de información, cabría retomar la reflexión que nos propone Thompson:

*Cuando hoy un individuo se sienta en el espacio de su casa o en su dormitorio y se conecta a Internet para revelar información sobre sí a miles o millones de otros, ¿en qué sentido está situado en una esfera privada? Puede que esté en el espacio privado de su casa, pero al mismo tiempo está participando en el escenario público de difusión de información.*⁴⁸

Así pues, entendiendo por espacio público las redes sociales o foros en los que existe una participación de manera activa, se hace necesario retomar este debate, para procurar develar los lineamientos que tutelen la vida privada en esta nueva forma de socialización. Porque si bien, no es ampliamente extendida la idea de que se tiene derecho a la vida privada en espacios públicos, creemos, que si el interesado procura preservarla estamos, pues,

ante la obligación de no difundirla, lo cual, evidentemente podría aplicarse por analogía a estos espacios públicos virtuales que la red mundial nos ofrece.

VI. La intimidad como círculos concéntricos o teoría de las esferas

La teoría de las esferas, conceptualiza al derecho a la intimidad y al anglicismo *privacidad* como ámbitos de protección distintos, siendo el más estrecho el primero de los mencionados. Parte de la premisa de que el adjetivo íntimo viene del latín *íntimus*, que significa recóndito, situado pues, en lo más interno. Mientras que, lo privado se conceptualiza como particular, personal o ejecutado a la vista de pocos. De ahí que, se afirme que privacidad e intimidad no son sinónimos.⁴⁹

Entendiendo a la intimidad como círculos concéntricos, se afirma que, *el núcleo, lo más interior lo constituye lo íntimo, en una parte más externa encontramos lo familiar, en otra lo secreto o confidencial, siendo la última esfera lo público. Estas esferas no son uniformes, sino que cada individuo las configura atendiendo a sus pretensiones y de forma completamente libre.*⁵⁰

La intimidad se erige como un derecho de la personalidad, integrándose únicamente por el *núcleo fundamental*⁵¹ de la persona, y tiene su equivalencia en el derecho anglosajón con el concepto *privacy*,⁵² siendo entendido como la esfera que contiene ese *ámbito reservado del individuo que no desea ser develado al conocimiento y acción de los demás*⁵³ y que ha de incluir

⁴⁷ Cfr. Kobrin, S. J.: *Op. cit.*

⁴⁸ Thompson, J. B.: *Op. cit.*, pp. 32 y 33.

⁴⁹ Cfr. Díaz Rojo, J. A.: *Privacidad...* cit.

⁵⁰ Rebolledo Delgado, L. y Serrano Pérez, M. M.: *Introducción...* cit., p. 28.

⁵¹ Herrán Ortiz, A. I.: *Op. cit.*

⁵² Cfr. Salgado Seguin, V.: "Intimidad..." cit.

⁵³ Nogueira A., H.: *Op. cit.*, p.68.

*datos relativos al ámbito vital interno de las personas, sexo, vida sexual, desnudez, enfermedades, muerte,*⁵⁴ es ese *mínimo protegible*⁵⁵ y necesario para el desarrollo de la personalidad.

Respecto al ámbito de protección de lo familiar o vida doméstica, es entendido como *el conjunto de hechos o situaciones que se producen dentro del hogar,*⁵⁶ teniendo relación con *el matrimonio, la filiación e, indirectamente, con la vida sentimental y amorosa.*⁵⁷ Por su parte, la esfera de lo confidencial hace referencia a *los datos e informaciones reservados o secretos*⁵⁸ vinculándose principalmente con las garantías que ofrecen las empresas a los sujetos respecto de datos que poseen en sus archivos. Por último, en la esfera pública, se encuentran *los datos no asimilables a las otras esferas.*⁵⁹

La intimidad así entendida hace suponer que la protección se limita únicamente a las ideas, los pensamientos y la esencia del ser humano. Algunos autores, expanden este ámbito de protección al incluir en lo íntimo lo que antes señalábamos como vida familiar, vida privada o confidencial. Dejando pues, únicamente tres esferas: la intimidad, la privacidad y lo público.

Bajo esta concepción la intimidad y la *privacy* del derecho anglosajón serían sinónimos, puesto que la primera protege jurídicamente:

Un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, las situaciones económicas, las creencias religiosas, la salud mental y física, y en suma, las

⁵⁴ S. A.: *Derecho...* cit.

⁵⁵ Moreno Flores: *Derecho...* cit., p. 3.

⁵⁶ Meins Olivares, E.: *Op. cit.*, p. 306.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 307.

⁵⁸ Díaz Rojo, J. A.: *Op. cit.*

⁵⁹ S.A.: *Derecho...* cit.

*acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad.*⁶⁰

Por otro lado, la privacidad, sería una esfera mucho más amplia que la intimidad, *contendría ni más ni menos que todos los datos vinculados al individuo, sean éstos sensibles o no, los cuales deben ser controlados y protegidos en su tenencia y tratamiento por parte de terceros.*⁶¹ Por lo que, vendría a ser un equivalente de lo denominado autodeterminación informativa.

Se concluye pues, que el derecho a la intimidad o a la vida privada *se trata de un derecho personalísimo de amplio contenido y de manifestaciones sumamente variadas, es innato, vitalicio, necesario, esencial, inherente, extrapatrimonial...*⁶² pero que resulta insostenible a la luz de las nuevas tecnologías, ya que, en una de sus acepciones más generalizadas, se entiende esta esfera como un *espacio físico*,⁶³ olvidándose que la forma de diseminación de la información se da a través de los avances tecnológicos.

Dicho derecho se encuentra incluido en lo que solemos denominar como privacidad, que es un campo de tutela más amplio y flexible ante los avances tecnológicos; ya que permite considerar a lo privado como *un territorio desespacializado de información y contenido simbólico sobre el cual cada individuo piensa que puede ejercer control, sin que sea relevante dónde estén el individuo o esta información se sitúe...*⁶⁴

⁶⁰ Haro, R.: "Derecho..." cit., p. 91.

⁶¹ Salgado Seguin, V.: *Op. cit.*

⁶² Haro, R.: *Op. cit.*, p. 89.

⁶³ Thompson, J. B.: *Op. cit.*, p. 32.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 33.

VII. La intimidad en la era digital

Brandeis habría de sentenciar en su opinión disidente en *Olmstead vs United States* la perpetua dependencia de la protección de la privacidad de los emergentes avances tecnológicos.⁶⁵ Así, situados ante el vertiginoso avance de las tecnologías de la información y comunicación, especialmente las redes sociales, la intimidad en la era digital se nos presenta como un nuevo reto, ya que, exige que el derecho refleje los cambios que se han suscitado en el mismo. Su conceptualización se torna más compleja, desvinculada ya del derecho de propiedad que le dio tutela inicial, con una configuración contemporánea, entendida como *una libertad negativa y positiva, que permite el derecho a la soledad y el derecho a la autodeterminación informativa...*⁶⁶ La constante evolución de la tecnología, exige al jurista encontrar la forma más conveniente de adecuar el derecho a la realidad.⁶⁷

Actualmente, la intromisión a la vida privada se ha convertido en una opción accesible a personas que disponen de tiempo y conocimientos,⁶⁸ donde la información es un bien muy apreciado, adquiriendo un alto valor económico, de ahí que, los atentados a la intimidad sean cotidianos.

Siguiendo a Yves Poullet,⁶⁹ podemos enunciar los nuevos principios que han de delinear una tutela de la intimidad en el nuevo entorno tecnológico: 1) encriptación y anonimato reversible; 2) beneficios recíprocos; 3) fomento de aproximaciones tecnológicas compatibles con la situación de personas protegidas legalmente o su mejora; 4) usuario con el pleno control sobre el equipamiento terminal; 5) usuarios de determinados

⁶⁵ Saldaña, M. N.: *Op. cit.*, p. 95.

⁶⁶ Zúñiga, F.: *Op. cit.*, p. 287.

⁶⁷ Núñez Ponce, J.: *Desarrollo...* cit., p. 16.

⁶⁸ Poullet, Y.: "Hacia nuevos..." cit., p. 35.

⁶⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 36-43.

sistemas de información deberían beneficiarse de la legislación de protección al consumidor.

Los cuales, trazan esta nueva concepción de la intimidad, ya que, como sostiene el autor en su primer principio, a veces no se busca el anonimato absoluto, sino la no identificación del autor de la información, por lo que, lo que se debería buscar proporcionar a los ciudadanos de la sociedad de la información son técnicas que permitan su no identificación mediante la encriptación de la información.

En cuanto al segundo principio, comenta, que si la tecnología ha logrado beneficiar al hombre con la posibilidad de un almacenamiento, sistematización y tratamiento masivo de información, se hace necesario imponer el establecimiento de beneficios para los usuarios, es decir, que se garanticen sus intereses. Ya que el resguardo de esos datos suele darse sin propósitos definidos, por lo que se plantea la necesidad, amparado bajo este principio, de que los afectados puedan acceder a la información concerniente a su persona para estar en posibilidad de rectificarla, reclamarla o suprimirla, es decir, privilegiar el acceso del sujeto tutelado a las bases de datos para que ejerzan sus derechos de reclamación si fuere pertinente.

En el tercer principio se engloba el denominado principio de precaución, mismo que podría ser utilizado para requerir a los proveedores de sistemas y administradores de plataformas que establecieran como parámetros protectores a los derechos de los usuarios, mediante las políticas de privacidad más restrictivas, evitando que por defecto se encuentre en riesgo la intimidad del interesado.

Así también, con este principio se obligaría a los proveedores a tomar las medidas técnicas y organizativas para contrarrestar los riesgos de vulnerar el derecho a

la intimidad. Garantizando así un sitio seguro, donde el intercambio de la información permanecería confidencial. En general, sería el incentivar el desarrollo de tecnologías que procuren el respeto a la vida privada, al establecer medidas de seguridad adecuadas para su tutela.

En referencia al cuarto principio, el autor comenta que se hace necesario que el usuario cuente con pleno conocimiento de los accesos remotos que las terminales mediante las denominadas *cookies* puedan proporcionarse a terceros, por lo que, dice que el objetivo de este es el garantizar que la configuración le permita al usuario conocer, en todo momento, la información que se envía y recibe desde su equipo, para que, en caso de pretenderlo, esté en facultades de tomar acciones apropiadas para impedirlo. Justificándolo en que se tiene el derecho de requerir a los terceros previa autorización para la obtención de información que tengan en su *hogar virtual*.

En el último principio, el autor parte de la premisa de que la convergencia de los intereses económicos y el ejercicio de las libertades del individuo, hace necesario el cuestionamiento de si es válido o no la recogida de datos indiscriminada que hacen algunas plataformas (caso de las redes sociales) para permitir el uso del servicio que proporcionan, ya que, a simple vista, pareciera que media el consentimiento, pero un análisis más minucioso nos llevaría a considerar que quizá estamos ante las prácticas injustas en la obtención del consentimiento.

Estos principios, son pues las directrices que habrán de seguir la tutela de la intimidad desde la perspectiva usuario-proveedor, donde se conciba el respeto a la vida privada desde las propias políticas implementadas en las plataformas y sistemas. Ya que, si bien las personas con mayor conciencia y comprensión de lo que el mundo digital implica pueden ser capaces de proteger su

intimidad de manera asertiva, aplicando los principios de cautela, autoconciencia, e incluso la sospecha; evidente es que, el usuario promedio carece de conocimientos e, incluso, algunas veces de interés, de procurar una mejor protección a su vida privada, no porque lo vean como un valor desdeñable, sino por implicar un cúmulo de acciones engorrosas para procurar un mínimo de protección, de ahí que la mejor forma de preservar la intimidad en el ámbito privado sea proveyendo al ciudadano de la red de un hogar virtual proteccionista.

Aunado a ello, la intimidad también cobra relevancia en la relación usuario-usuario, ya que, mediante ellos es que fluye y se origina la información, convirtiéndolos pues, no solo en sujeto de derecho a la intimidad, sino también en obligados a tutelarla.

En este orden de ideas, podemos sustentar que si bien, *una persona es libre de difundir los aspectos comprendidos en su propia intimidad, el hecho de que se trata de experiencias vividas por ella misma no le confiere el derecho a revelar la identidad de las otras personas involucradas, a menos que se cuente con el consentimiento de éstas, pues –de lo contrario– estaría incurriendo en una violación de la intimidad de dichas personas y también –de ser el caso– del honor y reputación de éstas.*⁷⁰

El porqué de la importancia de imponer obligaciones de respeto y tutela a los usuarios de las nuevas tecnologías, en especial a los de redes sociales, se hace plausible si se considera que mediante comentarios, videos o imágenes pueden, en el ejercicio de su libertad, ceder su intimidad y menoscabar la de terceros.

Ahora bien, no debemos perder de vista que el derecho a la intimidad, conceptualmente hablando, debe

⁷⁰ Eguiguren Praeli, F.: *Op. cit.*, p. 158.

analizarse al amparo de la cultura que la define y tutela, de ahí la importancia de observar qué tipo de protección jurídica encuentra dicho derecho en nuestro sistema. Sin obviar que, quizá nos encontremos ante un déficit jurídico, pues ha quedado señalado que este derecho ha ido adquiriendo matices diversos, y con las redes sociales en pleno auge, nos situamos ante un nuevo factor que hace necesaria la mutación del concepto para lograr alcanzar una tutela en el mundo social virtual; sin enfocarnos únicamente en regular las relaciones que puedan existir entre los usuarios, la información recopilada y los proveedores que la recolectan, ya que, como hemos puntualizado, la mayoría de las veces la intromisión a la vida privada se da, precisamente, por otros usuarios de las mismas tecnologías.

Por tanto, aunque nuestro marco normativo aún no termina por recoger con acierto el contenido preciso del derecho a la intimidad a la luz de las nuevas tecnologías de la información, cierto es que, conviene delinear, al menos teóricamente, que su contenido material ha mutado y demanda incorporar aristas menos rígidas que permitan proteger la dignidad humana de los usuarios que, directa o indirectamente, se ven involucrados en los medios de comunicación masiva con información sensible que puede proporcionar, a terceros no deseados, un perfil preciso de su naturaleza humana.

VIII. Conclusiones

Tras la revisión bibliográfica realizada, se observa una clara evolución del derecho a la privacidad, pues aunque surgió como un derecho personal casi territorial, del que los individuos aseguran que pueden tener el control, en la actualidad, la vida privada, desde esa perspectiva tradicional, se ha vuelto fácilmente quebrantable,

debido al acceso continuo y poco percibido que se tiene a la información detallada de usuarios de las nuevas tecnologías, propiciado principalmente por la escasa regulación de estas, y el desinterés de sus usuarios.

Así, el uso incorrecto que se da a la información encontrada en las redes sociales, y el valor económico o moral que ha adquirido dicha información, representa actualmente un riesgo latente contra el derecho a la intimidad y, además, ante su limitado alcance, es también un sesgo en la tutela efectiva de los derechos humanos.

Es decir, el derecho a la intimidad, en la era digital, debe mutar en su contenido, desvinculándose del concepto de propiedad y domicilio, para alcanzar incluso al hogar virtual en el que día a día se revelan detalles íntimos que como seres humanos nos caracterizan. Esta necesidad de transformar su contenido y alcance se hace palpable en la deficiencia jurídica e, incluso, académica cuando de tutelar la intimidad durante el uso de las nuevas tecnologías se trata.

Por este motivo, es pertinente replantearse la concepción actual que se tiene acerca del derecho a la intimidad, analizar las corrientes doctrinales que se han expuesto y delinear las aristas necesarias y determinantes que habrán de caracterizarlo, para lograr que su contenido alcance a los usuarios de la tecnología, es decir, se requiere una perspectiva flexibilizada que conlleve la inclusión de la realidad, a fin de objetivizarla en la norma.

IX. Bibliografía

- Ávila Hernández, Flor María; Castaldo, Katia y Urdaneta Meza, Anthony: “Los derechos a la intimidad y a la privacidad en Venezuela y en el derecho comparado”, en *Revista telemática de filosofía del derecho*, 11, 2008, pp. 313-333.

- [En línea]. Disponible en: <http://www.rtf.es/numero11/18-11.pdf>.
- Constant, Benjamín: “Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos”, en *Revista filosofía política*, 2, 1985, pp. 1-7. [En línea]. Disponible en: <http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>
 - Corral Talciani, Hernán: “Configuración jurídica del derecho a la privacidad I: origen, desarrollo y fundamentos”, en *Revista chilena de derecho*, 27, 2000, pp. 51-79. [En línea]. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2650211&orden=0.
 - Díaz Rojo, José Antonio: *Privacidad: ¿Neologismo o barbarismo?* Consejo superior de investigaciones científicas de Valencia, s.f. [En línea]. Disponible en: <http://www.ucm.es/info/especulo/numero21/privaci.html>.
 - Eguiguren Praeli, Francisco: “La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: el caso peruano”, en *Ius et praxis*, 6, 2000, pp. 135-175. [En línea]. Disponible en: http://www.google.com.mx/url?sa=t&source=web&cd=3&ved=0CCoQFjAC&url=http%3A%2F%2Freddalyc.uaemex.mx%2Fsrc%2Finicio%2FIndArtRev.jsp%3FiCveNumRev%3D763%26iCveEntRev%3D197&rct=j&q=La%20libertad%20de%20informaci%C3%B3n%20y%20su%20relaci%C3%B3n%20con%20los%20derechos%20a%20la%20intimidad%20y%20al%20honor%3A%20el%20caso%20peruano&ei=KqOLTojtB8zgsQLJrKTHBA&usq=AFQjCNG_gdVA-Di3jA0i1-CJf-YSfypV9w.

- Farrell, Henry: *Privacy in digital age: states, private actors and hybrid arrangements*. [En línea]. Disponible en: <http://www.henryfarrell.net/hybrid.pdf>
- Fernández Sessado, F.: *La dogmática de los derechos humanos*. Ediciones jurídicas, Perú, 1994.
- Frota Araujo, Regis: “Libertad de opinión y de información versus derecho a la privacidad y a la honra, en Brasil, según la normativa, la doctrina y la jurisprudencia”, en *Ius et praxis*, 6, 2000, pp. 273-288. [En línea]. Disponible en: <http://reddalyc.uaemex.mx/pdf/197/19760115.pdf>.
- Haro, Ricardo: “Derecho a la libertad de información y derecho a la privacidad y a la honra en la doctrina, normativa y jurisprudencia de Argentina”, *Ius et praxis*, 6, 2000, pp. 75-98. [En línea]. Disponible en: <http://faviofarinella.weebly.com/uploads/8/7/8/2/878244/2.1- derecho a la informacion y privacidad.pdf>.
- Herrán Ortiz, Ana Isabel: “El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información”. En García González, Aristeo: “La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI, un estudio comparado”. *Boletín mexicano de derecho comparado*, (120), 743-778. [En línea]. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex120/BMD000012003.pdf>
- _____: *La evolución jurídica del concepto de intimidad a la luz del desarrollo tecnológico*. 2003. [En línea]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/190759>.

- Kobrin, Stephen J.: "With technology growing, our privacy is shrinking", en *The Philadelphia Inquirer*. 2001. [En línea]. Disponible en: <http://www-management.wharton.upenn.edu/kobrin/Research/The%20Philadelphia%20Inquirer.pdf>.
- Locke, John: *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. (Trad. C. Mellizo). Alianza, Madrid, 1994.
- Martínez Martínez, Ricard: "El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas", en *Revista de internet, derecho y política*, 5, 2007, pp. 47-61. [En línea]. Universitat Oberta de Catalunya. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/788/78812861005.pdf>
- Meins Olivares, Eduardo: "Derecho a la intimidad y a la honra en Chile", *Ius et praxis*, 6, 2000, pp. 303-319. [En línea]. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/197/19760117.pdf>.
- Miranda Alcántara, Manuel Iván: *Informática, intimidad y protección de bases de datos*. S.f. [En línea]. Disponible en: <http://www.dianita.net/lecturas/art-miranda.pdf>.
- Morales Godo, Juan: *Fundamentos, alcances y perspectivas del derecho a la intimidad en ambos sistemas*. S.f. [En línea]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/fundamentos-alcances-perspectivas-ambos-60304739>.
- _____: "Origen y determinación conceptual del derecho a la intimidad en ambos sistemas", en Morales Godo, Juan: *Derecho a la intimidad* (pp. 45-96). [En línea]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/origen-determinacion-conceptual-ambos-60303282>.
- Moreno Flores: *Derecho a la intimidad su significación y regulación en el derecho español*

- y mexicano*. S.f. [En línea]. Disponible en: http://www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_003.pd.
- Murillo de la Cueva, Pablo Lucas: "Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa", en *Revista de internet, derecho y política*, 5, 2007, pp. 18-32. [En línea]. Universitat Oberta de Catalunya. Disponible en: <http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/lucas.pdf>.
- Nissenbaum, Helen: "Privacy as contextual integrity", en *Washington law review*, 30, 2004, pp. 101-139. [En línea]. Disponible en: <http://crypto.stanford.edu/portia/papers/RevNissenbaumDTP31.pdf>.
- Nogueira A., Humberto: "El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno", en *Ius et praxis*, 2, 1998, pp. 65-106. [En línea]. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/197/19740206.pdf>.
- Núñez Ponce, Julio: *Desarrollo de los medios electrónicos digitales*. Marsol editores, Perú, 1996.
- Porto Macedo, Ronaldo: "Privacidad, mercado e información", en *Cuestiones constitucionales, revista mexicana de derecho constitucional*, 6, 2002, pp. 135-173. [En línea]. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=88500606>.
- Pouillet, Yves: "Hacia nuevos principios de protección de datos en un nuevo entorno TIC", en *Revista de internet, derecho y política*, 5, 2007, pp. 33-46. [En línea]. Universitat Oberta de Catalunya. Disponible en: http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/pouillet_dinant.pdf.
- Puente de la Mora, Ximena: "El derecho a la

intimidad en lo relativo a la protección de datos personales en la sociedad de la información, alcances y perspectivas en el derecho comparado”, en *Iustitia*, 14, 2006, pp. 171-202.

- Rebolledo Delgado, Lucrecio y Serrano Pérez, Ma. Mercedes: *Introducción a la protección de datos*. Dykinson, España, 2006. [En línea]. Disponible en: http://books.google.com.mx/books?id=AFt_f35KCZAkC&pg=PA28&lpg=PA28&dq=teor%C3%ADa+de+las+esferas+derecho+a+la+intimidad&source=bl&ots=XIYXNdKFKl&sig=2wSnpJtOvirCyHozUyi1c5DW8Vo&hl=es&ei=RfONTqr6HcapsALx5sCcAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBsQ6AEwADgK#v=onepage&q=teor%C3%ADa%20de%20las%20esferas%20derecho%20a%20la%20intimidad&f=false.
- Rolla, Giancarlo: “El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y la vida privada. Breves consideraciones a la luz de la experiencia italiana”, en *Cuestiones constitucionales, revista mexicana de derecho constitucional*, 7, 2004, pp. 139-167. [En línea]. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst07/CUC00705.pdf>.
- Ruíz Miguel, Carlos: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos, España, 1995.
- Saldaña, María Nieves: “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: el derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos”, en *Araucaria*, 9, 2007, pp. 85-115. [En línea]. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=28291805>.

- Salgado Seguin, Víctor: “Intimidad, privacidad y honor en internet”, en *Telos Cuadernos de comunicación e innovación*, 85, 2010. [En línea]. Disponible en: <http://sociedadinformacion.fundacion.telefonica.com/seccion=1268&idioma=esES&id=2010110409480001&activo=6.do>.
- Thompson, John B.: “Los límites cambiantes de la vida pública y la privada”, en *Comunicación y sociedad*, 15, 2011, pp. 11-42. [En línea]. Disponible en: http://www.comunicacionysociedad.cucsh.udg.mx/pdf/cys15_10/3thompson.pdf.
- Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis D.: “The right to privacy”, en *Harvard law review*, 4, 1890. [En línea]. Disponible en: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/privacy.pdf.
- Zúñiga, Francisco: “El derecho a la intimidad y sus paradigmas”, en *Ius et praxis*, 1, 1997, pp. 285-314. [En línea]. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/197/19730125.pdf>.
- S.A.: *Derecho a la intimidad*. (s/f). [En línea]. Disponible en: http://web.usal.es/~mariohr/index_archivos/Archivosparahipervincular/Trabajod.intimidad0001.pdf.

PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA

Sobre el “derecho a la educación” y el “derecho a la salud”. (A propósito de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos)*

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor***

RESUMEN: En el presente análisis se destaca la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso González Lluy y Otros Vs. Ecuador*, al representar la primera ocasión en que se declara vulnerado el *derecho a la educación* previsto en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, utilizando el concepto de *interseccionalidad* en un contexto de discriminación teniendo en consideración la condición de persona viviendo con VIH, niña, mujer y en condición de pobreza. Asimismo, se destacan algunos elementos en el debate existente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre la necesidad de la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, particularmente el *derecho a la salud*, a la luz de lo dispuesto en los artículos 26 de la Convención

* El presente texto reproduce esencialmente el voto concurrente que formulé en el *Caso González Lluy y Otros Vs. Ecuador, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2015* (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

** Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Integrante de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Americana y 19.6 del Protocolo de San Salvador. SUMARIO: Introducción. I. Interseccionalidad de la discriminación. II. La posibilidad de haber abordado el "derecho a la salud" de manera directa y autónoma (artículos 26 y 1.1. de la Convención Americana). III. Conclusión: la necesidad de seguir avanzando hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano.

Introducción

1. Este es el primer caso en la historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante *Corte IDH* o *Tribunal Interamericano*) en el que se declara la violación de una norma prevista en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Protocolo de San Salvador*).¹ En efecto, en el caso *Gonzales Lluy y otros* se declara la violación del *derecho a la educación* consagrado en el artículo 13 del mencionado Protocolo, teniendo en cuenta que Talía Gabriela Gonzáles Lluy fue expulsada a los 5 años de edad del jardín infantil en el que se encontraba estudiando por motivos relacionados a su situación de salud y de persona con VIH;² señalando la autoridad que Talía podía

¹ Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, entrando en vigor el 16 de noviembre de 1999. Hasta la fecha este Protocolo está vigente en 16 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay.

² El Tribunal Distrital de lo Contencioso N° 3 declaró inadmisibile el recurso de amparo constitucional, considerando que *exist[ía] un conflicto de intereses, entre los derechos y garantías individuales de [Talía] frente a los intereses*

ejercer su derecho a la educación *mediante una instrucción particularizada y a distancia*.³

2. La Corte IDH concluyó que el riesgo real y significativo de contagio que pusiese en riesgo la salud de las niñas y niños compañeros de Talía era sumamente reducido. En el marco de un juicio de necesidad y estricta proporcionalidad de la medida, el Tribunal Interamericano resaltó que el medio escogido constituía la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de las demás niñas y niños del establecimiento educativo. Asimismo, la autoridad nacional utilizó argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria por lo que la decisión constituyó un trato discriminatorio en contra de Talía. Además –tal como profundizo en un apartado posterior–, la Corte IDH consideró que la víctima sufrió una discriminación derivada de su condición de persona viviendo con VIH, de niña, de mujer y en condición de pobreza, utilizando el Tribunal Interamericano, por primera vez, el concepto de «interseccionalidad» para el análisis de la discriminación.

3. Por otra parte, siguiendo su jurisprudencia previa respecto a la obligación de regulación, supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de salud, el Tribunal Interamericano declaró la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana respecto al derecho a la vida y del derecho a la integridad personal. En el presente caso la declaración de la violación del *derecho a la vida* tuvo la particularidad de involucrar una argumentación que va mucho más allá del concepto de

de un conglomerado estudiantil, colisión que hac[ía] que predomin[ara]n los sociales o colectivos, como lo es, el derecho a la vida, frente al derecho de la educación. Cfr. párr. 141 de la Sentencia.

³ Párr. 143 de la Sentencia.

vida digna y que involucra un análisis de circunstancias extremas como las del presente caso, donde los hechos generadores de responsabilidad internacional están asociados a un riesgo grave para la vida de Talía Gonzales Lluy, riesgo con el que tendrá que vivir durante toda su vida. La declaración de la responsabilidad estatal tuvo en cuenta el contexto particular de vulnerabilidad enfrentado por la familia Lluy y las condiciones particulares de Talía en tanto mujer, niña, pobre y persona con VIH.

4. Concurro plenamente con lo establecido en la Sentencia. Emito el presente Voto porque estimo necesario enfatizar y profundizar algunos elementos del caso, que considero fundamentales para el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: I) El concepto de *interseccionalidad* en la discriminación (párrs. 6-12); II) La posibilidad de haber abordado el *derecho a la salud* de manera directa y eventualmente haber declarado la violación del artículo 26 de la Convención Americana (párrs. 13-17); y, III) La necesidad de seguir avanzando hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano (párrs. 18-23).

I. Interseccionalidad de la discriminación

5. El Tribunal Interamericano consideró que el Estado violó el *derecho a la educación* contenido en el artículo 13 del Pacto de San Salvador,⁴ en relación con los artículos

⁴ *Artículo 13.- Derecho a la Educación:*

1. Toda persona tiene derecho a la educación.

2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr

19 (derechos del niño) y 1.1 (Obligación de respetar los derechos) de la Convención Americana en perjuicio de Talía Gonzales Lluy, debido a la discriminación sufrida teniendo en consideración su condición de persona viviendo con VIH, de niña, de mujer y en condición de pobreza.

6. La Corte IDH por primera vez utiliza el concepto de *interseccionalidad* de la discriminación en los siguientes términos:

292. Como se observa, la Corte nota que en el caso Talía confluieron **en forma interseccional** múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con VIH. La

una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.

5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.

*discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, **sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente.** En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, en tanto niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía Gonzáles Lluy en el acceso a la educación tenían un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados. (Negritas fuera de texto).*

7. El concepto de interseccionalidad permite profundizar la línea jurisprudencial del Tribunal Interamericano sobre los alcances del principio de no discriminación, teniendo en cuenta que en el presente caso se configuró una discriminación múltiple asociado al carácter compuesto en las causas de la discriminación. En efecto, la discriminación contra Talía estuvo asociada

a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socio económico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió. La intersección de estos factores en una discriminación con características específicas constituyó una discriminación múltiple que, a su vez, constituyó una discriminación interseccional. Sin embargo, no toda discriminación múltiple, necesariamente, está asociada a interseccionalidad.

8. En efecto, respecto a la discriminación múltiple o compuesta, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, y que esa discriminación acumulativa afecta a las personas de manera especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla.⁵ Para que sea posible considerar una discriminación como *múltiple* es necesario que existan varios factores que motiven dicha discriminación. En similar sentido la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Asamblea General de la OEA en junio de 2015, define la discriminación múltiple como *cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación*.⁶

9. Ahora bien, lo múltiple alude al carácter compuesto de las causas de discriminación. Un aspecto diferente lo constituye determinar la forma como, en algunos casos, interactúan esas causas entre sí, lo cual implica valorar si se proyectan en forma separada o en forma simultánea.

⁵ Comité DESC, Observación General 20, e/c.12/GC/20 2 de julio de 2009, párrafo 17.

⁶ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 15 de junio de 2015, artículo 2.

10. Por su parte, la interseccionalidad de la discriminación no solo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que solo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación. No toda discriminación múltiple sería discriminación interseccional. La interseccionalidad evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Ello activa-visibiliza una discriminación que sólo se produce cuando se combinan dichos motivos.⁷

11. La discriminación interseccional se refiere entonces a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. La interseccionalidad es asociada a dos características. Primero, las bases o los factores son analíticamente inseparables como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de solo una forma de discriminación.⁸ Este enfoque es importante

⁷ Para un mayor desarrollo doctrinal sobre el tema, Aylward, C.: "Intersectionality... cit.; y, Góngora Mera, M. E.: "Derecho a la... cit., pp. 133-159.

⁸ UN General Assembly. World Conference against racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance. "The idea of "intersectionality" seeks to capture both the structural and dynamic consequences of the interaction between two or more forms of discrimination or systems of subordination". "Whatever the type of intersectional discrimination, the consequence is

porque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos.

12. En suma, la interseccionalidad en el presente caso es fundamental para entender la injusticia específica de lo ocurrido a Talía y a la familia Lluy, la cual solo puede entenderse en el marco de la convergencia de las diversas discriminaciones ocurridas. La interseccionalidad constituye un daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional. En el futuro la Corte IDH podrá ir precisando los alcances de este enfoque, lo cual contribuirá a redimensionar el principio de no discriminación en cierto tipo de casos.

II. La posibilidad de haber abordado el "derecho a la salud" de manera directa y autónoma (artículos 26 y 1.1 de la Convención Americana)

13. En el caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*,⁹ me permití exponer en un *Voto Concurrente* las razones por las cuales estimo que el *derecho a la salud* puede ser interpretado

that different forms of discrimination are more often than not experienced simultaneously by marginalized women». UN Doc. A/CONF.189/PC.3/5 (2001) párrs. 23 y 32. Al respecto, el Comité de la CEDAW ha reconocido que la discriminación contra la mujer basada en el sexo y el género está indisolublemente vinculada a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, la condición jurídica y social, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Dictamen *Comunicación Nro. 17/2008, Alyne da Silva Pimentel Teixeira c. Brasil*, 27 de septiembre de 2011, U.N.Doc. CEDAW-C-49-D-17-2008, párr. 7.7.

⁹ Caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.*

como un derecho susceptible de justiciabilidad directa en el marco de lo dispuesto por el artículo 26 de la Convención Americana.

14. En el presente caso surge con mayor intensidad la pertinencia de un análisis basado en el *derecho a la salud*. La Corte IDH avanza un poco en esta materia al delinear algunos aspectos específicos sobre el alcance de este derecho que no habían sido establecidos previamente en su jurisprudencia. Por ejemplo, el Tribunal Interamericano alude a algunos estándares relacionados con el acceso a medicamentos y, en particular, precisa en qué forma el acceso a los fármacos antirretrovíricos es solo uno de los elementos de una respuesta eficaz para las personas que viven con VIH, dado que las personas que viven con VIH requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo.¹⁰ Por otra parte, la Corte IDH alude a algunos temas sobre acceso a la información en salud;¹¹ derecho a la salud de las niñas y los niños,¹² y el derecho a la salud de las niñas y los niños con VIH/SIDA.¹³ Sin embargo, el análisis de la Corte IDH es realizado a la luz de su tradicional jurisprudencia sobre la conexidad de la salud con los derechos a la vida y a la integridad personal.

15. Al respecto, como lo expuse en el mencionado *Voto Concurrente del Caso Suárez Peralta* (2013), existen al menos estas consideraciones por las cuales conviene abordar de manera directa el derecho a la salud:

5. Partiendo de la premisa de que el Tribunal Interamericano tiene plena competencia para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la

¹⁰ Párrs. 193 a 197 de la Sentencia.

¹¹ Párr. 198 de la Sentencia.

¹² Párr. 174 de la Sentencia.

¹³ Párr. 199 de la Sentencia.

Convención Americana incluyendo los relativos al artículo 26,¹⁴ entre los cuales se encuentra el derecho al Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que comprende el derecho a la salud –como se reconoce en la Sentencia que motiva el presente voto razonado–, considero que en el presente caso se debió analizar directamente este derecho social, debido a la competencia que entiendo tiene esta Corte IDH para pronunciarse sobre una posible violación a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente del derecho a la salud.

6. En efecto, la competencia de la Corte IDH para conocer del derecho a la salud se encuentra directamente en el artículo 26 (Desarrollo Progresivo) del Pacto de San José (a través de distintas vías interpretativas (infra párrs. 33-72), en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), así como del artículo 29 (Normas de Interpretación) de la propia Convención Americana. Además, considerando los artículos 34.i) y 45 h) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (los dos últimos instrumentos de conformidad con lo previsto en el artículo 29.d del Pacto de San José), así como otros instrumentos y fuentes internacionales que le otorgan contenido, definición y

¹⁴ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros* ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría"), *supra*, párr. 16: el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones, y así decide entrar al fondo del asunto al desestimar la excepción preliminar planteada por el Estado, precisamente sobre la supuesta incompetencia de la Corte IDH respecto del artículo 26 de la Convención Americana.

alcances al derecho a la salud –como lo ha hecho la Corte IDH respecto de los derechos civiles y políticos–, como lo son los artículos 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 y 33.2 de la Carta Social de las Américas, 12.1 y 12.2.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos y fuentes internacionales –incluso nacionales vía el artículo 29.b) de la Convención Americana–. Y lo anterior sin que sea obstáculo el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, que refiere sólo a la justiciabilidad de algunos derechos sindicales y de educación, toda vez que es el propio artículo 26 de la Convención Americana el que otorga esta posibilidad, como veremos más adelante.

7. Evidentemente, esta posición demanda un mayor escrutinio en la interpretación normativa interamericana en su conjunto y particularmente del artículo 26 del Pacto de San José, que prevé “la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de “progresividad” y de “recursos disponibles” a que alude este precepto, puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos, sino en todo caso constituyen aspectos sobre su implementación de conformidad con las particularidades de cada Estado. De hecho, tal como se señaló en el caso Acevedo Buendía, pueden surgir casos donde el control judicial se concentre en alegadas medidas regresivas o en indebido manejo de los recursos disponibles (es decir, control judicial respecto al avance progresivo).

8. Además, esta exigencia argumentativa requiere una visión e interpretación evolutiva, acorde con los tiempos actuales, lo que exige considerar los avances del derecho comparado –especialmente de las altas jurisdicciones nacionales de los Estados Partes, incluso de la tendencia en otros países del mundo–, así como una interpretación que analice el corpus juris interamericano en su conjunto, especialmente la relación de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador.

[...]

11. En efecto, sin negar los avances alcanzados en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía indirecta y en conexión con otros derechos civiles y políticos –que ha sido la reconocida práctica de este Tribunal Interamericano–; en mi opinión, este proceder no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de todos los derechos conforme a los evidentes avances que se advierten en los ámbitos nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

[...]

15. La posibilidad de que este Tribunal Interamericano se pronuncie sobre el derecho a la salud deriva, en primer término, de la “interdependencia e indivisibilidad” existente entre los derechos civiles y políticos con respecto de los económicos, sociales y culturales. En efecto, en la Sentencia que motiva el

presente voto razonado, expresamente se reconoce ese carácter, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

[...]

18. Lo importante de esta consideración sobre la interdependencia de los derechos civiles y políticos en relación con los económicos, sociales y culturales, realizada por la Corte IDH en el Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú, radica en que dicho pronunciamiento se efectúa al estudiar los alcances interpretativos del artículo 26 de la Convención Americana, respecto de un derecho (seguridad social) no reconocido expresamente como justiciable en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador. Previo al análisis de fondo, el Tribunal Interamericano expresamente había desestimado la excepción preliminar de falta de competencia *ratione materiae* opuesta por el Estado demandado[...]

19. La Corte IDH, sin hacer mención al Protocolo de San Salvador para determinar si tenía competencia sobre el mismo, al estimar que no era necesario toda vez que no se alegó violación directa a dicho instrumento internacional, desestimó la excepción preliminar del Estado, al considerar, por una parte, que como cualquier otro órgano con funciones jurisdiccionales, el Tribunal Interamericano tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*); y, por otra parte, que "la Corte debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de

la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Además, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones".

20. En este importante precedente, la Corte IDH desestimó la excepción del Estado demandado que expresamente alegaba que carecía de competencia dicho órgano jurisdiccional para pronunciarse sobre un derecho no justiciable en términos del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador. Es decir, el Tribunal Interamericano al desestimar dicha excepción preliminar y estudiar el fondo del asunto, consideró su competencia para conocer y resolver (incluso poder declarar violado) el artículo 26 del Pacto de San José. No obstante, en el caso particular estimó que no resultaba infracción a dicho precepto convencional. Al estudiar el fondo del asunto, la Corte IDH consideró que los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los artículos 3 a 25.

[...]

27. Desde mi perspectiva, estos alcances [de la interdependencia] implican: a) establecer una relación fuerte y de igual importancia entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales; b) obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta –que en algunos ocasiones arrojan contenidos traslapados o superpuestos– y a valorar las implicaciones que tiene el respeto,

protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva; c) otorgar una visión autónoma a los derechos económicos, sociales y culturales, conforme a su esencia y características propias; d) reconocer que pueden ser violados de manera autónoma, lo que podría conducir –como sucede con los derechos civiles y políticos– a declarar violado el deber de garantía de los derechos derivados del artículo 26 del Pacto de San José, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana; e) precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales; f) permitir una interpretación evolutiva del corpus juris interamericano y de manera sistemática, especialmente para advertir los alcances del artículo 26 de la Convención con respecto al Protocolo de San Salvador; y g) proporcionar un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales con el fin de darles contenido.

[...]

34. Al pensar sobre las implicaciones del derecho a la salud, es necesaria una revaluación interpretativa del Artículo 26 de la Convención Americana, única norma de dicho Pacto que se refiere “a 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”, partiendo de que el Tribunal Interamericano ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones, entre los cuales se encuentra dicha disposición convencional.

35. Además, el artículo 26 está dentro de la Parte I (Deberes de los Estados y Derechos Protegidos) de la Convención Americana y, por lo tanto, le es aplicable las obligaciones generales de los Estados previstas en los artículos 1.1 y 2 del mismo Pacto, como fue reconocido por el propio Tribunal Interamericano en el Caso Acevedo Buendía Vs. Perú. Existe, sin embargo, una aparente tensión interpretativa con los alcances que deben darse al artículo 26 del Pacto de San José en relación con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que limita la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a sólo a ciertos derechos.

[...]

36. Desde mi perspectiva, se requiere un desarrollo interpretativo del Artículo 26 del Pacto de San José en la jurisprudencia de la Corte IDH que podría representar nuevos derroteros para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto en sus dimensiones individual y colectiva. Y podría configurarse un nuevo contenido en el futuro a través de interpretaciones evolutivas que refuercen el carácter interdependiente e indivisible de los derechos humanos.

37. En ese sentido, considero oportuno el llamado que la muy distinguida jueza Margarette May Macaulay –de la anterior integración de la Corte IDH– realizara en su voto concurrente hace unos meses, en el Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, dirigido a actualizar el sentido normativo de dicho precepto convencional. La ex jueza señaló que el Protocolo de San Salvador “no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana”. [...] La jueza Macaulay precisó que correspondía a la Corte

IDH actualizar el sentido normativo del Artículo 26 [...]. 39. Además de lo expresado, pueden considerarse algunos argumentos adicionales a esta interpretación de la relación entre la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, relativo a la competencia de la Corte para conocer de violaciones directas a derechos económicos, sociales y culturales a la luz del Artículo 26 del Pacto de San José.

40. En primer lugar, resulta indispensable partir de la importancia de tener en cuenta la interpretación literal del Artículo 26 respecto a la competencia establecida para proteger todos los derechos establecidos en el Pacto de San José, lo que incluyen los derechos previstos en los artículos 3 a 26 (Capítulos II: "Derechos Civiles y Políticos, y Capítulo III: «Derechos Económicos, Sociales y Culturales»). Como ya lo referí, la Corte IDH así lo ha reconocido de manera expresa en la sentencia en el caso *Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* [...].

42. Ahora bien, en ningún precepto del Protocolo de San Salvador se realiza referencia alguna sobre los alcances de las obligaciones generales a que se refieren los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Si el Pacto de San José no está siendo modificado expresamente, la interpretación que corresponde debe ser la menos restringida respecto a sus alcances. En este aspecto, es importante resaltar que la misma Convención Americana dispone un procedimiento específico para su modificación. Si el Protocolo de San Salvador pretendía derogar o modificar el alcance del artículo 26, ello debió haberse establecido en forma expresa e inequívoca. La clara redacción del artículo 19.6 del Protocolo no permite inferir conclusión alguna respecto a la literalidad de la relación del artículo 26

con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, tal y como ha reconocido la Corte IDH.

43. Sobre la interpretación del artículo 26 y su relación con el Protocolo de San Salvador se han generado diversas posiciones. En mi opinión, lo que corresponde es aplicar el principio de interpretación más favorable no sólo en relación con aspectos sustantivos de la Convención sino también en aspectos procesales relacionados con la atribución de competencia, siempre y cuando exista un conflicto interpretativo concreto y genuino. Si el Protocolo de San Salvador expresamente hubiera señalado que debía entenderse que el artículo 26 ya no tenía vigencia, no podría el intérprete llegar a una conclusión en contrario. Sin embargo, ninguna norma del Protocolo se refiere a disminuir o limitar el alcance de la Convención Americana.

44. Por el contrario, una de las normas del Protocolo señala que este instrumento no debe ser interpretado para desconocer otros derechos vigentes en los Estados Parte, lo cual incluye los derechos que se derivan del artículo 26 en el marco de la Convención Americana. Asimismo, en términos del artículo 29.b) de la Convención Americana, no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos.

45. Corresponde entonces resolver este –aparente– problema a partir de una interpretación sistemática, teleológica, evolutiva y que tenga en cuenta la interpretación más favorable para impulsar la mejor protección del ser humano y el objeto y fin del artículo 26 de la Convención Americana respecto a la necesidad de garantizar efectivamente los derechos económicos, sociales y culturales. En un conflicto interpretativo corresponde otorgar prevalencia a una interpretación sistemática de las normas relevantes.

46. En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, también ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

47. Es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación del derecho a la salud en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo. Sin embargo, es posible entender entonces al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del corpus juris de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía respecto a este derecho. Es decir, el Protocolo de San Salvador orienta sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José.

[...]

57. Hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del corpus juris sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el

alcance del derecho a la vida o a la integridad personal, utilizando el concepto de vida digna u otro tipo de análisis basados en la conexidad de la salud con estos derechos civiles (...). Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta técnica argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud, como sucedió en la Sentencia que motiva el presente voto razonado. Asimismo, existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos. Como se ha puesto de relieve, "podría perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades)".

58. Atendiendo a que la Corte IDH en su jurisprudencia evolutiva ya ha aceptado explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 [...], en mi opinión, ahora el Tribunal Interamericano tendría que resolver varios aspectos de este precepto convencional que plantea la difícil tarea de definir en el futuro tres cuestiones distintas, referidas a i) qué derechos protege, ii) qué tipo de obligaciones derivan de tales derechos, y iii) qué implicaciones tiene el principio de progresividad. [...]

16. Asimismo, respecto a argumentos según los cuales la Convención Americana no consagraría derechos sociales porque si estos derechos ya se encontraban en dicho tratado los Estados Parte hubieran preferido efectuar una enmienda del mismo para complementar o expandir el alcance de esos derechos –y no un protocolo–;

en nuestro *Voto Conjunto Concurrente* a la Sentencia en el reciente caso *Canales Huapaya y otros Vs. Perú*, el Juez Roberto F. Caldas y el que escribe, precisamos que era posible una interpretación distinta sobre la relación entre *tratados* y sus *protocolos* en el derecho internacional de los derechos humanos, tal como se puede observar en varios protocolos adicionales a tratados que establecen regulación complementaria a la materia desarrollada en el tratado respectivo, es decir, que los protocolos no están restringidos a la consagración de derechos nuevos.¹⁵ Y lo anterior lo consideramos válido a la luz de una interpretación sistemática de los artículos 26, 31 y 77 del Pacto de San José.

17. En el caso particular, el análisis del derecho a la salud como derecho autónomo hubiera permitido evaluar con mayor profundidad temáticas asociadas a la disponibilidad de antirretrovirales en determinadas épocas, los problemas de accesibilidad geográfica por la necesidad de trasladarse de una ciudad a otra para lograr una mejor atención, entre otros aspectos. En relación con este tipo de temas, su análisis a la luz del derecho a la vida y el derecho a la integridad personal puede resultar limitada, dado que estos derechos no incorporan directamente cierto tipo de obligaciones asociadas específicamente al derecho a la salud. Por el entendimiento de la relación entre el derecho a la salud y los sistemas de salud es importante para aplicar adecuadamente un enfoque de derechos respecto a estas temáticas de especial relevancia y sensibilidad para la región.

¹⁵ Voto Conjunto Concurrente de los Jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 24 de junio de 2015, especialmente párrs. 26 a 29. En dicho voto aludimos a ejemplos relacionados con Protocolos Adicionales al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

III. Conclusión: la necesidad de seguir avanzando hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano

18. Desde el primer caso de fondo que tuve que conocer como Juez titular de la Corte IDH me pronuncié a favor de la justiciabilidad directa del derecho a la salud, a la luz de una interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2, conjuntamente con el artículo 29 de dicho tratado; y a la luz de una interpretación conjunta con los artículos 4 y 19.6 del Protocolo de San Salvador.¹⁶

19. En el presente caso me permito reiterar la necesidad de defender una interpretación que intenta otorgar primacía al valor normativo del artículo 26 de la Convención Americana. No se trata de ignorar el Protocolo de San Salvador ni menoscabar el artículo 26 del Pacto de San José. Debe asumirse la interpretación a la luz de ambos instrumentos. Bajo ese entendido el Protocolo Adicional no puede restar valor normativo a la Convención Americana si expresamente no se planteó tal objetivo en aquel instrumento respecto de las obligaciones *erga omnes* que prevén los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, obligaciones generales que aplican para todos los derechos, incluso para los derechos económicos, sociales y culturales, como expresamente lo ha reconocido el Tribunal Interamericano.¹⁷

20. La interpretación evolutiva¹⁸ a la que se ha hecho referencia busca otorgar eficacia real a la protección

¹⁶ Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.

¹⁷ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros* («Cesantes y Jubilados de la Contraloría»), *supra*, párr. 100.

¹⁸ La interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana también tiene fundamento a la luz de la normativa constitucional y de las

interamericana en la materia, que luego de veinticinco años de adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a casi tres lustros de su entrada en vigor, resulta mínima su efectividad; requiriendo una interpretación más dirigida a establecer el mayor efecto útil posible a las normas interamericanas en su conjunto, como lo ha venido realizando el Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles y políticos.

21. Resulta de la esencia del derecho a la salud su interdependencia con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal; ello no justifica, sin embargo, negar la autonomía sobre el alcance de aquel derecho social, a partir del artículo 26 de la Convención Americana en relación con las obligaciones de respeto y garantía contenidos en el artículo 1.1 del propio Pacto, que exige interpretar el Pacto de San José a la luz del *corpus iuris* en materia de derecho a la salud –como en efecto se hace en el *Caso Gonzales Lluy y otros* que motiva el presente voto razonado, aunque se le denomina integridad personal, limitando significativamente por la vía de la conexidad los alcances reales del derecho a la salud–.¹⁹ Tal como señalé en mi *Voto Concurrente* en el caso *Suárez Peralta*:

prácticas de las altas jurisdiccionales nacionales, especialmente para la justiciabilidad del *derecho a la salud*; como tratamos de evidenciar en los párrs. 73 a 87, de nuestro *Voto Concurrente* en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador* (2013). Sobre las prácticas judiciales para la protección del derecho a la salud en distintos países del mundo, véase Yamin, A. E. y Gloppen, S. (coords.): *La lucha...* cit.

¹⁹ En los párrs. 172 y 173 de la Sentencia que motiva el presente Voto, se remarca la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Asimismo, se recurre a una amplia normatividad relacionada con el derecho a la salud: la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho "a

102. Lo que involucra esta visión de justiciabilidad directa es que la metodología para imputar responsabilidad internacional se circunscribe a las obligaciones respecto al derecho a la salud. Ello implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública. Dado lo delicado de una valoración en tal sentido, las decisiones de la Corte IDH adquieren más transparencia y fortaleza si el análisis se hace directamente desde esta vía respecto a obligaciones en torno al derecho a la salud en lugar de respecto al ámbito más relacionado con las consecuencias de ciertas afectaciones respecto a la integridad personal, esto es, por la vía indirecta o por conexidad con los derechos civiles. En este mismo sentido, las reparaciones que tradicionalmente otorga la Corte, y que en muchos casos impactan en

que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a [...] la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". Por su parte, el Artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros "dedi[quen] sus máximos esfuerzos [...] para el] [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social". En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ecuador el 25 de marzo de 1993, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. Adicionalmente, en julio de 2012, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos enfatizó la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo cual requiere la presencia de personal médico capacitado, así como de condiciones sanitarias adecuadas (OEA, Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2011, párrs. 66 y 67). Incluso, en la Sentencia se consideran los elementos esenciales del derecho a la salud, relativos a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, a que se refiere el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (*Observación General N. 14*), de conformidad con el párr. 173 de la Sentencia que motiva el presente Voto.

prestaciones relacionadas con el derecho a la salud, como las medidas de rehabilitación o satisfacción, pueden adquirir un verdadero nexo de causalidad entre el derecho violado y la medida dispuesta con todos sus alcances. A su vez, hablar de justiciabilidad directa implica transformar la metodología a partir de la cual se valora el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía (artículo 1.1 del Pacto de San José), que ciertamente es distinto respecto al derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, que respecto al derecho a la salud y otros derechos sociales, económicos y culturales.

103. La ciudadanía social ha avanzado significativamente en el mundo entero y, por supuesto, en los países del continente americano. La justiciabilidad "directa" de los derechos económicos, sociales y culturales constituye no sólo una opción interpretativa y argumentativa viable a la luz del actual corpus juris interamericano; representa también una obligación de la Corte IDH, como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, avanzar hacia esa dirección sobre la justicia social, al tener competencia sobre todas las disposiciones del Pacto de San José. La garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales es una alternativa que abriría nuevos derroteros en aras de la transparencia y realización plena de los derechos, sin artilugios y de manera frontal, y así reconocer lo que desde hace tiempo viene realizando la Corte IDH de manera indirecta o en conexión con los derechos civiles y políticos.

104. En definitiva, se trata de reconocer lo que de facto realiza el Tribunal Interamericano y las altas jurisdicciones nacionales de los países de la región,

teniendo en cuenta el corpus juris en derechos sociales nacional, interamericano y universal, lo que además constituiría una mayor y efectiva protección de los derechos sociales fundamentales, con obligaciones más claras hacia los Estados parte. Todo ello va en sintonía con los signos actuales de eficacia plena de los derechos humanos (en los ámbitos nacional e internacional), sin distingo o categorización entre ellos, particularmente importante en la región latinoamericana donde lamentablemente persisten altos índices de desigualdad, permanecen porcentajes significativos de la población en la pobreza e incluso en la indigencia, y existen múltiples formas de discriminación hacia los más vulnerables.

105. El Tribunal Interamericano no puede quedar al margen del debate contemporáneo sobre los derechos sociales fundamentales²⁰ –que tienen un largo camino andado en la historia de los derechos humanos–, y que son motivo de continua transformación para su plena realización y efectividad en las democracias constitucionales de nuestros días.

106. Ante este escenario de dinamismo en la materia en el ámbito nacional y el Sistema Universal, es previsible que la Comisión Interamericana o las presuntas víctimas o sus representantes, invoquen en el futuro con mayor intensidad eventuales vulneraciones a las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 del propio Pacto de San José. Especialmente, las presuntas víctimas pueden invocar dichas vulneraciones por sus nuevas

²⁰ Al respecto, véase Von Bogdandy, A., Fix-Fierro, H., Morales Antoniazzi, M. y Ferrer Mac-Gregor, E. (coords.): *Construcción...* cit.

facultades en el acceso directo que ahora tienen ante la Corte IDH, a partir del nuevo Reglamento de este órgano jurisdiccional, vigente desde 2010.

107. Como nuevo integrante del Tribunal Interamericano no es mi deseo introducir debates estériles en el seno del Sistema Interamericano y, particularmente, en su órgano de protección de naturaleza jurisdiccional; simplemente pretendo llamar a la reflexión –por ser mi profunda convicción– sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José efectividad directa a los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente en el caso concreto sobre el derecho a la salud. La posibilidad está latente para avanzar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte IDH ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana en 2009.²¹

108. En conclusión, a más de veinticinco años de continua evolución de la jurisprudencia interamericana resulta legítimo –y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional– otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el corpus juris interamericano en su integralidad. Este sendero permitiría interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo, que podrían conducir hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos,

²¹ Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría"), *supra*, párrs. 99-103.

sociales y culturales, sin jerarquía y categorizaciones que menoscaben su realización, como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana, cuyo espíritu e ideal permea al Sistema Interamericano en su conjunto.

22. Pasados 36 años desde la suscripción de la Convención Americana y 27 años desde la adopción del Protocolo de San Salvador, es necesario dar pasos con mayor claridad hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales teniendo en cuenta los avances del derecho internacional de los derechos humanos²² y atendiendo a los claros avances de los Estados Parte en la Convención Americana. Sobre esto último destaco en particular la Carta Social de las Américas (2012) y muy en particular la reciente Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada el 15 de junio de 2015. En efecto, el artículo 36²³ de

²² Protocolo Adicional al PIDESC, suscrito por Ecuador.

²³ Artículo 36. Sistema de peticiones individuales. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de alguno de los artículos de la presente Convención por un Estado Parte. / Para el desarrollo de lo previsto en el presente artículo se tendrá en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales objeto de protección por la presente Convención. / Asimismo, todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la presente Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la presente Convención. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. / [...] Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la presente Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como

esta Convención dispone la posibilidad de que opere el sistema de peticiones individuales en relación con los derechos previstos en dicha Convención, los cuales incluyen, entre otros, el derecho a la seguridad social (artículo 17), derecho al trabajo (artículo 18), derecho a la salud (artículo 19), y derecho a la vivienda (artículo 24). Como puede observarse, este paso adoptado por varios Estados Parte en la OEA evidencia una tendencia cada vez mayoritaria hacia la plena justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

23. Por todos los argumentos expuestos en este Voto, esta interpretación hermeneútica no menoscaba la legitimidad de la Corte. Esa legitimidad tampoco se ha menguado al adoptarse criterios jurisprudenciales que tenían menos base normativa, como ha ocurrido al declararse la existencia de ciertos derechos innominados no previstos convencionalmente²⁴. Por el contrario, la

obligatoria y de pleno derecho y sin acuerdo especial la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la presente Convención. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁴ Así por ejemplo, en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* la Corte IDH interpretó el *derecho a la consulta previa, libre e informada* de las comunidades y pueblos indígenas y tribales en el reconocimiento de los derechos a la cultura propia o identidad cultural, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. En el *Caso Chitay Nech Vs. Guatemala*, la Corte IDH estableció la obligación especial de garantizar el *derecho a la vida cultural* de los niños indígenas. Además, en el *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, para analizar la responsabilidad del Estado respecto de los derechos al nombre (artículo 18), a la familia (artículo 17) y del niño (artículo 19, de la CADH), la Corte IDH consideró que el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente, del derecho a la protección a la familia y del niño. En similar sentido, en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, la Corte IDH desarrolló el denominado *derecho a la identidad* (el cual no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana) sobre la base de lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a

interpretación sistemática, integral y evolutiva, cimentada en la base normativa prevista en el artículo 26 de la Convención Americana y en sus relaciones con los artículos 1.1 y 2 de la misma, bajo la idea de que este artículo debe tener efecto útil porque no ha sido derogado, otorgan plena legitimación a este Tribunal Interamericano a dar pasos más decididos hacia la justiciabilidad directa

la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. En el *Caso Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*, el Tribunal Interamericano declaró violado el *derecho a conocer la verdad* (derecho no previsto de manera autónoma en la Convención Americana). Por otra parte, en el *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, la Corte complementó su jurisprudencia en relación con el *derecho a la propiedad privada* contemplado en el artículo 21 de la Convención al referirse a los artículos 13 y 14 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 8 de junio de 1977. Posteriormente, en el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, el Tribunal Interamericano interpretó los alcances del mismo artículo 21 utilizando tratados distintos a la Convención Americana. De esta forma, se refirió a la Norma 7 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, relativa a la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares y el artículo 4.2.g del Protocolo II, respecto del acto de pillaje, para llenar de contenido el derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 21 de la Convención Americana.

Como se puede apreciar de estos ejemplos de la jurisprudencia interamericana, ha sido una práctica reiterada de la Corte IDH utilizar distintos instrumentos y fuentes internacionales más allá del Pacto de San José para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana y precisar las obligaciones de los Estados, en tanto dichos instrumentos y fuentes internacionales forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional en la materia, utilizando, también el Protocolo de San Salvador. La posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para darle contenido y alcances a los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la misma es viable conforme lo ha venido realizando el Tribunal Interamericana para dotar de contenido a muchos derechos convencionales utilizando distintos tratados y fuentes distintos del Pacto de San José. De ahí que también podría utilizarse el Protocolo de San Salvador, junto con otros instrumentos internacionales, para establecer el contenido y alcances del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana.

de los derechos económicos, sociales y culturales, más aún si se tiene en cuenta la tragedia diaria asociada a la negación sistemática de estos derechos en los países de las Américas.

IV. Bibliografía

- Aylward, Carol: "Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide", *Journal of Critical Race Inquiry*, Vol 1, No 1.
- Góngora Mera, Manuel Eduardo: "Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (eds.): *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- Von Bogdandy, Armin; Fix-Fierro, Héctor; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. México, UNAM-IIJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011.
- Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (coords.): *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

Investigación de la defensa

Víctor César Cano Hernández*

RESUMEN: Usualmente, cuando escuchamos investigación de un delito o, en su caso, de un hecho que la ley señala como delito, nos imaginamos al sujeto mal encarado de mirada penetrante que le sobresale la cacha de un arma de fuego en la cintura (ya sea fajada o enfundada), y que particularmente trae a la vista una charola dorada o plateada fijada sobre el cinturón en la parte frontal, para que se vea y que a nadie le quede duda de quién se trata.

Previo a la reforma constitucional en materia penal del año 2008, los cuerpos policiacos que investigaban la comisión de los delitos era la policía judicial, federal y estatal, que después cambiaron el nombre a policía ministerial y, en algunas entidades, a policías investigadoras; el cambio de nombre a dichas corporaciones se debió a la necesidad de modificar la forma en que se conducían las mismas, no precisamente por la buena voluntad de sus integrantes, sino por la inevitable evolución de los derechos humanos en nuestro país, por lo que el Estado mexicano ya no puede realizar actos paliativos, sino de fondo para garantizar el irrestricto respeto a dichos derechos; por

* Defensor Público Federal.

ello, ahora existen exámenes de control de confianza, registro policial, mayor escolaridad para ingreso y de perfiles profesionales para los mencionados investigadores.

No obstante, los abogados defensores, hasta antes de la reforma constitucional indicada no estaban impedidos para investigar por su cuenta o por interpósita persona, lo relativo a la comisión de un delito y la responsabilidad de una persona en el mismo; por parte de la defensa pública, debido a la enorme carga de trabajo, es casi imposible pedirle que realizara actos de investigación de campo, por lo que solo se limitaba a investigación de gabinete; por otro lado la defensa particular, en algunos casos, realizaba lo propio.

Al crearse por el constituyente el sistema acusatorio, pone a la defensa en un plano igualitario para participar en la investigación de un hecho con relevancia penal, al menos desde que se inicia la investigación complementaria, repito, no es que antes estuviera imposibilitado para hacerlo, pero ahora ya está plasmado en la norma y, opino, le impone al defensor la obligación de realizarla.

En este artículo, haré una breve reseña de lo que es la investigación de un hecho de acuerdo a nuestra Carta Magna y a las normas secundarias, asimismo, se integrarán el auxilio judicial a la defensa; concluyendo de qué forma se podría llevar a cabo la investigación por parte de la defensa y cómo beneficiaría a los defendidos, a efecto de que la defensa no se vea en desventaja ante la parte acusadora,

ya que existen campos de oportunidad para que no sea así y se logre el equilibrio que exige el nuevo sistema de justicia penal.

SUMARIO: I. Investigación de un hecho. II. Capacitación para la investigación de un hecho. III. Auxilio judicial para la investigación de la defensa. IV. Investigación de un hecho por la defensa. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Investigación de un hecho

Este aspecto lo abordaría con una interrogante: ¿existe alguna norma suprema o secundaria que indique de manera clara cómo ha de llevarse a cabo la investigación de un hecho con apariencia delictiva?

En lo que hace a la representación social de la federación, el artículo 21 constitucional, en relación con los numerales 4, fracción I, 22 y 24 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; 131 y 132 del Código Nacional de Procedimientos Penales, disponen que la investigación de los delitos corresponde al ministerio público, y a las policías, quienes actuarán bajo la conducción y mando de aquel.

Por otro lado, el Código Nacional de Procedimientos Penales prevé en el capítulo II, título V, cuáles son los *actos de investigación* que implica inspeccionar personas, lugares, objetos o productos del delito, dónde la policía se podrá hacer acompañar por peritos para llevar cabo, en su caso, la fijación, recolección, embalaje y traslados de cuerpos humanos y evidencias. Los policías –ya sean preventivos o investigadores– y los peritos, tras cumplir con los requisitos de ingreso, reciben una capacitación inicial y constantes actualizaciones respecto a sus actuaciones durante la investigación. Por lo que están capacitados para presentarse en el lugar donde haya

ocurrido un hecho presumiblemente delictivo y realizar los primeros actos de investigación.

Se podría concluir, que los actos de investigación del órgano técnico de la federación, son el proceso mediante el cual se descubre al autor de un delito con la reunión de datos de prueba, la cual debe ser de manera reactiva, es decir, aplicada a delitos que ya se cometieron.¹

Con las características y garantías inherentes al nuevo sistema de justicia penal, el ministerio público y sus auxiliares deben ser cuidadosos al recabar datos de prueba ya que están obligados a conducirse con objetividad, y sus actos pueden ser sometidos al tamiz de la defensa mediante el contradictorio, que puede ejercerse desde la investigación inicial.

II. Capacitación para la investigación de un hecho

1. Ministerio público

En este rubro haré referencia a los agentes del ministerio público de la federación, que son nuestra contraparte en los procesos penales federales. Estos servidores públicos pertenecen a la Procuraduría General de la República y se dividen en tres categorías básicas: fiscal ejecutivo asistente; fiscal adjunto; y, fiscal titular. Aunque la Ley Orgánica de la Procuraduría en cita, no establece las atribuciones que corresponde a cada uno, solo refiere al ministerio público.

Para ser agente del ministerio público federal, además de cumplir con los requisitos de ingreso (examen de conocimientos, médico, psicológico y de control de confianza), deben cursar por al menos seis meses una especialidad en función ministerial, donde se les instruye de manera teórica y práctica respecto a la función a desempeñar.

¹ *Manual de instrucciones...* cit., p. 1.

2. Perito

Igualmente haré referencia a los peritos auxiliares directos del órgano técnico de la federación, quienes igualmente pertenecen a la Procuraduría General de la República y se dividen en dos categorías: peritos técnicos y profesionales. Aunque la Ley Orgánica de la Procuraduría no establece las atribuciones que corresponde a cada uno, se puede apreciar que los peritos profesionales son los que requieren de una profesión específica respecto a la pericia correspondiente, por ejemplo: médico, para médico legista; químico, para perito en química forense; contador público, para peritaje contable, etc. Por otro lado los peritos técnicos no tienen un perfil profesional que encuadre con la pericia requerida, porque no existe como tal, por ejemplo: perito en balística, en fotografía forense, en valuación de bienes, etc.

De igual forma, los peritos oficiales reciben un curso de, al menos, seis meses respecto a la función que habrán de realizar en la investigación de hechos con apariencia delictiva.

3. Policía

Como una muestra referencial citaré a los agentes de la policía federal ministerial y los de la policía federal.

- a) Policía federal ministerial (PGR). Pertenece a la Procuraduría General de la República, como requisito principal de ingreso es que haya concluido una carrera a nivel licenciatura y aprobado los exámenes de ingreso, realiza un curso de formación inicial de, al menos, seis meses, que le permitirá adquirir los conocimientos básicos de la función que habrá de desempeñar como policía investigador delitos.²

² Convocatoria de selección e ingreso al servicio profesional ministerial, policial y pericial como agente de la policía federal ministerial, con nivel de suboficial, generación 2017-I.

- b) Policía federal división de investigación (CNS). Estos agentes forman parte de la Comisión Nacional de Seguridad, de la Secretaría de Gobernación, quienes de igual forma, entre otros, tienen que cumplir con el requisito de haber concluido una licenciatura y, una vez aceptado, cumplir con un curso de formación inicial de un año, en el cual son capacitados para realizar su función de investigación delitos.³

Por lo que se puede concluir, que al menos la federación ha realizado su tarea en los procesos de selección, ingreso y capacitación de los agentes de policía que habrán de realizar funciones de investigación delictiva y algunos casos fungir como primeros respondientes.

III. Auxilio judicial para la investigación de la defensa

Por otro lado, mientras la defensa pública no cuente con un cuerpo de investigadores y de peritos, el órgano jurisdiccional debe brindar el auxilio para que, en aras de mantener la equidad e igualdad de armas de las partes, proporcione a la defensa, de investigadores y peritos que habrán de ceñirse bajo la dirección del abogado defensor. Conforme a lo previsto por el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual a la letra obliga y establece:

Artículo. 17.

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

³ Convocatoria de concurso de reclutamiento, selección e ingreso para incorporarse como policía federal con perfil investigador.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones...

Por su parte, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica 1969), relativo a la protección judicial, señala que:

Artículo 25.

...Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido. ... que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención...

De lo anterior, se traduce justamente el compromiso de los Estados parte a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona, a desarrollar las posibilidades de recurso judicial y, a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente, en el presente caso, la designación de un investigador o un perito, según sea necesario.

Entonces se advierte que de la armónica interpretación de los impositivos proceso penal y, en aras de la impartición de justicia, resulta de mayor relevancia que con ese objetivo no se estén conculcando las garantías constitucionales consagradas a favor de un imputado, en lo particular, el de tener acceso a la justicia, ya que al no contar con un investigador y/o perito se le está negando la posibilidad de un juicio justo.

Ahora bien, resulta necesario evidenciar que lo anterior se plantea para el caso de que existan razones legales para la imposibilidad, por parte de la defensa (por falta de recursos humanos y/o materiales), de designar investigadores y/o peritos y que por mandato

constitucional y convencional, serán los órganos jurisdiccionales los que cuenten con apoyos técnicos y profesionales para garantizar que la impartición de justicia aludida sea pronta, completa, imparcial y gratuita arropando con ello el respeto a las garantías que, como imputado, tiene derecho cualquier justiciable.

Tómese nota del siguiente criterio emitido por el más alto tribunal de la nación para consulta:

Registro No. 162163

DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SE RESPETA EN LA MEDIDA EN QUE SE ATIENDEN LOS ASPECTOS FORMAL Y MATERIAL EN QUE SE MANIFIESTA. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 1a./J. 42/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, página 124, de rubro: "GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.", definió la garantía a la tutela como "... el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión ...". Por otra parte, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica 1969), relativo a la protección judicial, señala que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido.

... que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención.", asimismo, establece el compromiso de los Estados Partes a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso; a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. De lo anterior se advierte que el Estado Mexicano ha reconocido el acceso a la justicia como un derecho fundamental; sin embargo, para que éste realmente se concrete en la esfera jurídica de los gobernados, es necesario precisar que se manifiesta en dos aspectos complementarios: uno formal y otro material. El aspecto formal del acceso a la justicia se refiere a la obligación de las autoridades de dar respuesta de manera pronta, completa, imparcial y gratuita a las solicitudes de los particulares (partes en un procedimiento) respetando las formalidades del procedimiento; desde luego que ello no significa que necesariamente se resolverá en forma favorable a los intereses del justiciable, sino sólo en los casos que en derecho proceda. Por su parte, el aspecto material del derecho de acceso a la justicia, complementa al primero, pues se refiere a la obligación de la autoridad de hacer cumplir sus resoluciones y, especialmente, cuando se trata de una sentencia definitiva o laudo que ha sido favorable a los intereses de alguna de las partes. Por tanto, no es posible sostener que se respeta el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional, aunque se dé respuesta al justiciable en los términos de ley, si no se atiende

al aspecto material o subgarantía de “ejecución de resoluciones” o de “justicia cumplida”, que otorga a los gobernados el derecho a que los fallos dictados por las autoridades jurisdiccionales se notifiquen y cumplan cabalmente, ya que, de otra manera, la prerrogativa constitucional y convencional primeramente indicada, tendría sólo carácter adjetivo o procesal.

El Acuerdo General número 16/2011 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de junio de 2011, regula la integración de la lista de personas que pueden fungir como peritos ante los órganos del Poder Judicial de la Federación; quienes además, son auxiliares de los órganos jurisdiccionales y deberán ser expertos en el arte, ciencia o técnica que dicen conocer, además de honorables e imparciales, a efecto de que apoyen con sus conocimientos al juzgador; situación de hecho y de derecho que no es posible recargar económicamente en el imputado o en el abogado defensor por no ser autoridad con medios, como órgano de gobierno, para conminar a la solución de las determinaciones inherentes al proceso penal federal en el sistema penal mexicano, por tener únicamente reconocida la calidad como parte en el proceso.

También, el Acuerdo General citado manifiesta, en los numerales 25, 27 y 28 lo que sigue:

Artículo 25.- El procedimiento de estimación de honorarios y los parámetros de pago serán aprobados por la Comisión de Administración, a propuesta de la Dirección General...

Artículo 27.- La remuneración de los peritos será cubierta por el Consejo, en los casos a que se refiere el artículo 25, y en atención a los términos del acuerdo de voluntades a que se llegue, siempre que se disponga de suficiencia presupuestal.

Artículo 28.- En aquellos asuntos que por su naturaleza sean de difícil cuantificación o representen una erogación extraordinaria, la Dirección General realizará consulta ante las personas e instituciones públicas o privadas vinculadas con la materia o área del conocimiento...

Artículo 32.- Los órganos enviarán a la Administración Regional o a la Secretaría Ejecutiva de Finanzas, según corresponda, la solicitud de pago en la que se informa que los servicios encomendados a los peritos han sido realizados, acompañando el recibo o factura y copia de la autorización respectiva.

Con lo anterior, es inconcuso que las directrices para la integración, designación y forma de expedición de honorarios para los peritos señalados, se encuentren corroborados en el Acuerdo 16/2011 de referencia sin lugar a equívocos, constatando con ello, la imposibilidad de la defensa para sufragar los gastos que se originarían por el desahogo de investigadores y peritos; de considerarse lo contrario, se presume que por no contar con recursos económicos, al imputado se le tendría que negar el acceso a la justicia por su condición económica, hecho que resulta inimaginable.

IV. Investigación de un hecho por la defensa

La defensa pública históricamente no contaba con peritos ni investigadores, el Instituto Federal de Defensoría Pública y sus similares en las entidades federativas, se encuentran en proceso de llegar a contar con estos auxiliares de la defensa para estar en igualdad de armas con el ministerio público; pero mientras eso ocurre, el defensor tiene que ingeniárselas para realizar actos de investigación necesarios para proporcionar una defensa adecuada y garantizar el debido proceso de los imputados y acusados.

Considero que el defensor, hasta en tanto no cuente con investigadores y peritos, como el artículo 117, fracción VI, del Código Nacional de Procedimientos Penales, le impone la obligación de recabar medios de prueba necesarios para la defensa, antes de iniciar una investigación se deben plantear las siete preguntas de oro de la criminalística:

1. ¿Qué?

Qué sucedió en el lugar de los hechos.

2. ¿Quién?

Identidad de todos los sujetos (activos y pasivos) involucrados en los hechos.

3. ¿Cómo?

Se describen las situaciones y la forma en que se realizó o se presentó el hecho.

4. ¿Cuándo?

Relación del tiempo en forma cronológica de los acontecimientos presentados, los momentos de los hechos.

5. ¿Dónde?

Lugar de los hechos de donde se obtienen los elementos técnicos y de información que serán sometidos a estudio.

6. ¿Con qué?

Instrumentos y objetos con los que se generó el hecho.

7. ¿Por qué?

Motivos que generan, alteran o retardan los elementos de carácter material que sirvieron de componente del comportamiento.

Lo anterior cobra relevancia, ya que buscando respuesta a las interrogantes citadas se puede encausar la investigación de la defensa, para poder hacer frente a la investigación de nuestra contraparte; entonces el defensor

guiando a los investigadores y/o peritos que le designen, deberá hacer lo conducente para, objetivamente, recabar datos de prueba e indicios que permitan refutar los medios de convicción obtenidos por el ministerio público.

Lo que implica que la investigación de la defensa no debe limitarse al trabajo de gabinete, sino que cuando el asunto lo requiera, realizar una amplia investigación de campo, iniciando en el lugar de los hechos, entrevistando a posibles testigos, aun cuando no los mencione el ministerio público en la carpeta de investigación, toma de video y fotografías que permitan tener el aspecto gráfico del lugar para relacionarlo con la narrativa del investigado y los testigos.

Desde que se hace la lectura de derechos al investigado, el defensor debe iniciar de inmediato su investigación, por ser el momento más cercano a cuando ocurrió el hecho que investiga el ministerio público y el acceso al lugar y a los posibles testigos guarden mejor concordancia con la verdad histórica, ya que si se espera hasta que se vincule a proceso y se determine el plazo para la investigación complementaria, puede ser tarde para el hallazgo y recolección de indicios que ayuden a la causa del imputado y los posibles testigos, al no tener fresco el evento investigado, pueden olvidar detalles que resulten relevantes para la defensa.

Para el caso de que la investigación de la defensa se lleve a cabo dentro de la investigación complementaria, hay que tener muy en cuenta el plazo fijado para la misma y, cuando se debata dentro de la audiencia inicial respecto al plazo para concluir la investigación, sin duda, la defensa optará por el plazo que mejor acomode a sus pretensiones según la teoría del caso que haya adoptado para el asunto en particular, tomando en cuenta el tiempo que le puede llevar que lo doten del investigador

y/o peritos que requiera, en concordancia con el artículo 321, del Código Nacional de Procedimientos Penales, sin considerar las posibles prórrogas.

V. Conclusiones

Primera.- Es crucial que la defensa cuente con un cuerpo de investigadores y peritos, ya que recurrir a los del órgano técnico, es arriesgado pues los peritos y policías, por razones históricas e institucionales, aunque sean designados para actuar a petición de la defensa, seguirán actuando con una mentalidad acusadora.

Por lo que, una vez que el presupuesto asignado a las instituciones de defensa pública federal y las correspondientes a las entidades federativas lo permita, se debe crear un cuerpo de investigadores de la defensa y un cuerpo de peritos, a efecto de garantizar una defensa adecuada a los defendidos y el debido proceso a que tienen derecho como derecho fundamental y convencional.

Segunda.- Para el caso de que no sea posible que la defensa pública cuente con sus investigadores y peritos, se puede acudir al auxilio judicial y que mediante el órgano jurisdiccional se le designen, pero a efecto de no incurrir en lo indicado en el punto que antecede, el defensor debe ser muy cuidadoso en indicar con claridad lo que quiere y espera del investigador y/o peritos para obtener la información e indicios que, objetiva y racionalmente, puedan servir a la teoría del caso defensiva.

Se debe pedir al juez de control, que el investigador y/o peritos que se designen no sean los mismos que intervienen en la carpeta de investigación para tratar⁴ de lograr que su actuaciones se apeguen a la objetividad que se requiere.

⁴ Paredes Calderón, R.: *La investigación...* cit., p. 114.

El juez de control como garante de la defensa adecuada y el debido proceso a que tiene derecho todo investigado, está obligado a auxiliar a la defensa cuando requiera de un investigador y/o peritos, en los términos indicados en el apartado citado con antelación. Ello considerando que en la fase de investigación complementaria surge el contradictorio donde el ministerio público presentará pruebas para la posible acusación y el imputado las propias a la defensa, aunque como ya indiqué puede ocurrir desde la lectura de derechos.

El magistrado Ricardo Paredes Calderón, establece acertadamente ... *que el principio de contradicción tiene por objeto garantizar que las partes procesales tengan igualdad de oportunidades...*, que es lo que planteo en este artículo, igualdad del imputado durante la investigación ante el poder del Estado ejercido a través de la representación social.

VI. Bibliografía

- Bungen, Mario: *La investigación científica*. Ed. Ariel. Barcelona. 3.^a. Ed. 1973.
- Peña Torre, A: *Técnicas de la inspección ocular en el lugar del delito*. 2.^a. Ed. Gráficas Valencia, Madrid. 1970.
- Antón Barberá, Francisco y De Luis y Turégano, Juan Vicente: *Policía científica*, Volumen II, 3.^a. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 1998.
- Paredes Calderón Ricardo: *La investigación complementaria en el proceso penal acusatorio*. Ed. Wolters Kluwer, S.A.. México. 1.^a. Ed. 2014.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- Ley Federal de Defensoría Pública.
- Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.
- Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal, «policía, investigación delitos», de la oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Internet

- [file:///D:/Users/vccanoh/Downloads/Convocatoria%20APFM%20Gen%202017%20-%20I%20Proyecto%20APFM%20SESION%20CP%2030-08-2016%20FINAL%20publicar%20ok%20\(2\).pdf](file:///D:/Users/vccanoh/Downloads/Convocatoria%20APFM%20Gen%202017%20-%20I%20Proyecto%20APFM%20SESION%20CP%2030-08-2016%20FINAL%20publicar%20ok%20(2).pdf). Consultada el 12 de septiembre de 2016.
- <http://www.cns.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/1399879/archivo>. Consultada el 12 de septiembre de 2016.
- http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212857&fecha=05/10/2011. Consultada el 12 de septiembre de 2016.

Ombudsman fiscal y los acuerdos conclusivos

*Óscar Enrique Castillo Flores**

*Raúl Rodríguez Vidal***

*Víctor Pedro Rodríguez Vidal***

RESUMEN: Analizaremos cómo los medios alternativos de solución de controversias, específicamente los acuerdos conclusivos, que han estado abarcando a la materia penal y al final, se están adentrando al mundo del derecho fiscal. Veremos cómo la figura del ombudsman fiscal realiza sus funciones en países del continente americano y, cómo ha sido que la legislación mexicana ha adoptado los acuerdos conclusivos para regularlos dentro del Código Fiscal de la Federación.

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. El ombudsman como intermediario en el derecho comparado latinoamericano. IV. Normatividad aplicable en nuestro país. V. El procedimiento a seguir en materia de acuerdo conclusivo. VI. Ventajas de esta figura jurídico-fiscal. VII. Conclusiones. VIII. Fuentes de consulta.

I. Introducción

En la actualidad en los diferentes ámbitos del derecho y, como consecuencia, de la creciente globalización y

* Asesor Jurídico Federal.

** Abogado postulante en materia administrativa de 1994 a la fecha.

*** Profesor de tiempo completo, Facultad de Administración Fiscal y Financiera Universidad Autónoma de Coahuila.

la democracia que han dado voz y acceso a los medios masivos de comunicación, estimamos que es menester en nuestro país la urgencia de contar con profesionistas del derecho con adecuada preparación, y con la calidad académica suficiente para crear y desarrollar nuevos paradigmas de litigio y solución de problemas, con mayor apertura al conocimiento y con una sólida ética profesional.

Es impostergable pasar del modelo de abogados acostumbrados a litigar casos civiles, penales, administrativos, etc., que saturan y colapsan los diversos juzgados y tribunales ante la falta de una cultura de avenencia extrajudicial de problemas, a un modelo de operador jurídico que sepa acompañar los procesos globales de grandes corporativos, que sea hábil para encontrar puntos de coincidencia y no siempre pretextos para litigar, que aliente procesos de solución de controversias y no que los obstaculice.

Para tal efecto, los medios alternativos de solución de conflictos y en particular la mediación, resultan métodos útiles ya que proporcionan las herramientas necesarias para aprender a comunicarnos y a buscar soluciones creativas a nuestros conflictos.

Los citados medios alternativos promueven el diálogo entre las partes en disputa, de manera que ellas mismas lleguen a sus propias soluciones. La construcción de acuerdos legítimos, efectivos y estables requieren el desarrollo de habilidades de negociación, diálogo y manejo de conflictos.¹

A la fecha, tanto a nivel federal como local, la mediación ha sido útil en diferentes áreas jurídicas, tales como la mercantil, civil, ambiental, internacional, etc.

¹ Azar Manzur, C.: *Mediación...* cit., p.123.

Y en el ámbito tributario a partir de 2005 con la entrada en vigor de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente y en 2011 con la aprobación de la estructura de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, se fueron consolidando esfuerzos para implementar algunos medios alternativos de solución de diferendos en auditorías, denominados legalmente: *Procedimiento para la adopción de acuerdos conclusivos ante la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente*, conocidos simplemente como *acuerdos conclusivos*, que entró en vigor el 1° de enero de 2014.

Es importante mencionar que, haciendo un estudio de derecho comparado entre la legislación norteamericana e italiana, desde hace varias décadas existe la mediación fiscal, *concepto que proviene de la tradición anglosajona... por este medio, un tercero dirige las discusiones entre los participantes en conflicto para que lleguen a una solución. De llegar ésta, al igual que en la conciliación, los participantes firman un acuerdo, el cual tiene la naturaleza de un contrato.*²

II. Antecedentes

En nuestro país, la relación jurídico-tributaria siempre ha sido de supraordinación, es decir, de acuerdo con su naturaleza de derecho público, contribuyente-fisco, y ejemplificando el caso de una visita domiciliaria, no había opción para el causante si no estaba de acuerdo con alguna determinación u observación hecha en ese acto de fiscalización, ya que la autoridad hacendaria siempre argumentaba *deja termino la auditoría y luego analizamos casos concretos...*, es decir, en el desarrollo de la visita no había opción de acercamiento, negociación o conciliación entre ambas partes.

² Fierro Ferráez, A. E.: *Manejo...* cit., p. 20.

Así fue como el 9 de diciembre de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación,³ mediante el cual se adiciona el Capítulo II, del Título III del referido Código Fiscal, y se crea la novedosa figura jurídica tributaria de: los *acuerdos conclusivos*, vigente a partir de este año.

Los acuerdos conclusivos, de conformidad con la exposición de motivos del dispositivo que los crea, buscan *ofrecer todas las facilidades a los contribuyentes para regularizar su situación fiscal*,⁴ proponiéndose como un medio alternativo para la solución anticipada de actos de fiscalización, con la participación de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente.

Los acuerdos permiten a los contribuyentes tener un acercamiento, en presencia de una tercera parte, con la autoridad revisora desde el primer momento en que son objeto de las facultades de comprobación y hasta antes de que se les notifique la resolución que determine, en su caso, el monto de las contribuciones omitidas.

Se debe considerar que la finalidad de dicha figura es buscar un consenso flexible y eficiente entre los contribuyentes y las autoridades fiscales, cuando aquellos consideren que algún hecho u omisión observado por estas se apreció de manera incorrecta.

Estos acuerdos son el primer medio alternativo para la solución anticipada de actos de fiscalización, los cuales otorgan certeza jurídica a los contribuyentes para ejercer el derecho de regularizar su situación fiscal con motivo de las facultades de comprobación que lleven a cabo las autoridades fiscales.

³ <http://dof.gob.mx/index.php?year=2013&month=12&day=27>.

⁴ <http://www.ordenjuridico.gob.mx/federal/combo/l-93.pdf>.

Es importante mencionar que el procedimiento de queja que actualmente se sigue ante la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente y que regulado el Capítulo IV de su respectiva la Ley Orgánica, es el antecedente directo de los referidos acuerdos conclusivos.

A diferencia de lo que sucede en el procedimiento de queja, las conclusiones alcanzadas en los acuerdos conclusivos no serán solo recomendaciones, sino que, por el contrario, tendrán el carácter de vinculantes en atención a la buena fe de las partes que intervinieron en el procedimiento.

III. El ombudsman como intermediario en el derecho comparado latinoamericano

En Latinoamérica, la influencia de la implantación del *ombudsman* trajo como resultado la aparición de figuras semejantes e, incluso, que se basaron en el modelo ibérico. No debemos dejar de lado los golpes de estado y dictaduras establecidas en las naciones hispanoparlantes, que hacían de la defensa de los derechos humanos una exigencia constante y que, desgraciadamente, era aplazada en ocasiones y, en otras, se convertían en actuaciones sin consecuencias.

A continuación realizaremos un análisis histórico, jurídico y sociológico en torno a la adopción e institucionalización del *ombudsman* en algunos países latinoamericanos.

1. Argentina

En la actualidad se le denomina *defensor del pueblo de la nación*, que actúa con plena independencia y autonomía funcional, cuya misión es la defensa y protección de los derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución Nacional y las leyes, ante hechos, actos u

omisiones de la administración y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. Se instituye en el ámbito del Congreso de la Nación y su competencia surge de los artículos 86 y 43 de la Constitución Nacional y de la Ley N° 24.284, modificada por la Ley N° 24.379.⁵

Podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación en todos aquellos casos originados por cualquier repartición de la Administración Pública Nacional y las empresas prestadoras de servicios públicos, aun las privatizadas. No puede intervenir en conflictos entre particulares, cuando respecto a la cuestión planteada se encuentre pendiente resolución administrativa o judicial y/o cuando hubiera transcurrido más de un año calendario contado a partir del momento en que ocurriere el hecho, acto u omisión motivo de la queja. Está facultado para realizar investigaciones, inspecciones, verificaciones, solicitar expedientes, informes, documentos, antecedentes, determinar la producción de toda otra medida probatoria o elemento que estime útil a los fines de la investigación; además, puede requerir la intervención de la justicia para obtener la remisión de toda la documentación que le hubiere sido negada. También está facultado para proponer al Poder Legislativo y a la administración pública la modificación de aquellas normas cuyo cumplimiento riguroso pueda provocar situaciones injustas o perjudiciales.⁶

Para concluir, se citan textualmente los artículos 43 y 86 de la Constitución argentina:⁷

Art. 43 - Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u

omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus será interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Art. 86 - El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional,

⁵ <http://www.dpn.gob.ar/main.php?cnt=21>

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*

sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

La legislación aplicable le concede al defensor del pueblo de la nación facultades para iniciar y proseguir, de oficio o a petición del interesado, cualquier investigación en todos aquellos casos en los que intervenga la administración pública nacional y las empresas prestadoras de servicios públicos, aun las privatizadas, en relación con los siguientes temas:⁸

- Mal funcionamiento
- Ilegitimidad.
- Falta de respuesta a reclamos efectuados.
- Mala prestación, atención o trato.
- Insuficiencia de información.
- Violaciones a los derechos humanos, del usuario y del consumidor.
- Cuestiones atinentes a la preservación del medio ambiente.
- Incumplimiento de sentencias judiciales por parte del Estado.

⁸ Ídem.

2. Colombia

La Defensoría del Contribuyente y del Usuario Aduanero⁹ es un Órgano Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, cuyo propósito es garantizar que la referida dirección cumpla con lo establecido en las leyes tributarias, aduaneras y cambiarias; velando por la no imposición de cargas que no establece la ley y procurando que los ciudadanos reciban un tratamiento justo, equitativo, amable y respetuoso. Fue creada en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 79 de la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998, y sus funciones se estructuraron en el artículo 31 del Decreto 1071 de junio 26 de 1999, así:

- a) Formular recomendaciones al Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para asegurar una adecuada, justa y oportuna prestación del servicio fiscal.
- b) Realizar seguimiento, a solicitud de los contribuyentes y usuarios aduaneros, a los procesos de fiscalización, a fin de asegurar el cumplimiento del debido proceso.
- c) Participar, si lo considera conveniente, como observador en las reuniones donde se promuevan correcciones de declaraciones por parte de los contribuyentes y usuarios, y velar porque una vez producida la respectiva corrección, las mismas sean respetadas por los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.
- d) Velar porque las actuaciones de las diferentes dependencias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se cumplan dentro del marco de los principios constitucionales de

⁹ <http://www.dian.gov.co/defensoria/funciones.html>

equidad y transparencia que rigen el ejercicio de la función pública.

- e) Participar en las reuniones de la Comisión Mixta de Gestión Tributaria y Aduanera, y presentar a la misma un informe trimestral sobre el desarrollo de sus actividades.
- f) Canalizar las inquietudes que tengan los contribuyentes y usuarios sobre deficiencias de la adecuada prestación del servicio por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, realizar las verificaciones que sean del caso, formular las recomendaciones para superarlas y poner en conocimiento de las autoridades y dependencias pertinentes sus conclusiones, con el fin de que se apliquen los correctivos y/o sanciones que resulten procedentes.

3. Costa Rica

En un inicio, la Procuraduría de Derechos Humanos, creada como órgano de la Procuraduría General de la República en septiembre de 1982, cumplió funciones de defensa de derechos humanos. En la misma ley en que se creó la Procuraduría se estableció la figura del Procurador del Consumidor. Posteriormente, se crearon el Defensor de Derechos Humanos para el Sistema Penitenciario, el Defensor de los Usuarios del Registro Nacional y el Defensor de los Derechos de los Refugiados. Más adelante, en el seno del Ministerio de Justicia, se crearon las instancias específicas para velar por la tutela de los derechos de la mujer y de la infancia, a raíz de la aprobación de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer (Ley No. 7124) de la cual derivó la Defensoría General de los Derechos Humanos, que era un órgano adscrito al Ministerio de Justicia, se dividió en seis órganos específicos: Defensoría

General, Defensoría de la Mujer, Defensoría de la Infancia, Defensoría del Consumidor, Defensoría de los Internos del Sistema Penitenciario y Defensoría del Usuario del Registro Nacional. La organización y competencias de estas Defensorías fueron determinadas por reglamento ejecutivo, pero su vinculación jerárquica y presupuestaria con el Poder Ejecutivo significó una limitación para su trabajo. Con posterioridad se trabajó en la elaboración de un proyecto de *Ley del Defensor de los Habitantes de la República*, que fue presentado a la Asamblea Legislativa el 7 de noviembre de 1985. En el mes de noviembre de 1992 la Ley No. 7319 del Defensor de los Habitantes de la República fue aprobada por la Asamblea Legislativa y publicada en la Gaceta #287 de 10 de diciembre de 1992, con vigencia a partir del 10 de marzo de 1993. Reformada mediante la Ley No. 7423 del 18 de julio de 1994, se sustituyó la palabra *defensor* por *defensoría*; finalmente, la Defensoría de los Habitantes abrió sus puertas el 1 de octubre de 1993.¹⁰

En la Ley Orgánica de la Procuraduría, además de las funciones típicas de representante legal del Estado y asesor jurídico de sus instituciones, se instauraba el nuevo *ombudsman* de los derechos de los habitantes de la República, denominado defensor de los derechos humanos, término que se recoge desde la Constitución de noviembre de 1979, en su artículo 48. Este constituye el primer nombre conocido en Latinoamérica.

Respecto de su competencia y responsabilidades¹¹ la Defensoría de los Habitantes de la República es un órgano adscrito al Poder Legislativo, con plena independencia funcional, administrativa y de criterio, es

¹⁰ <http://www.dhr.go.cr/acerca-historia.html>.

¹¹ <http://www.dhr.go.cr/acerca-respon.html>.

auxiliar mediante el control de la legalidad, la moralidad y la justicia de las acciones u omisiones de la actividad administrativa del sector público, en tanto puedan afectar derechos e intereses de las personas. La Defensoría actúa de oficio o a solicitud de parte, no existe costo alguno para el quejoso ni se le exige ninguna formalidad especial. Si en el ejercicio de sus funciones, la Defensoría llega a tener conocimiento de la ilegalidad o arbitrariedad de una acción, debe recomendar y prevenir al órgano respectivo la rectificación correspondiente bajo los apercibimientos de ley; pero si se considera que el hecho puede constituir delito, debe denunciarlo ante el ministerio público. La institución carece de competencia para intervenir en asuntos entre sujetos privados, en asuntos que estén en conocimiento de los tribunales de justicia. En principio, no puede actuar en casos que tengan más de un año de haber ocurrido. La Defensoría no puede sustituir los actos, actuaciones materiales ni las omisiones de la actividad administrativa, ni puede ordenar que se ejecute o se deje de ejecutar un acto, ni mucho menos puede realizarlo. La Defensoría, en coordinación con la Asamblea Legislativa y a través de una Oficina de Enlace, ha dispuesto un mecanismo que permite darle seguimiento a los proyectos de ley y debates parlamentarios, con el objetivo de incidir en el proceso legislativo, contribuyendo a mejorar la emisión de leyes, lo que brinda la posibilidad de actuar preventivamente en la defensa de derechos humanos.

Quizá por esta razón, la doctrina no señala a esta nación como la primera en contar con *ombudsman* en Latinoamérica ni le otorga la primacía en su implementación, por su estrecha vinculación y dependencia con el Poder Ejecutivo, puesto que no es sino hasta la constitucionalización de la figura en Guatemala, cuando se reconoce su aparición formal y constitucional en América Latina.

Así pues, la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica tiene como misión fundamental la salvaguarda de los derechos e intereses de los ciudadanos e, incluso la de velar porque el funcionamiento del sector público no solo respete la Constitución, las leyes, los tratados y pactos suscritos por el gobierno, sino también los principios generales de derecho, amoldando su actuación *a la moral y a la justicia*, lo que sin duda parece una encomienda difícil de instrumentar desde un punto de vista operativo (artículo 1°).¹² *No tiene posibilidad legal para imponer su criterio, o sea, no es vinculante a otras dependencias públicas y menos al Poder Judicial, y menos sustituir la actividad de los órganos jurisdiccionales.*¹³

4. Estados Unidos de América

No obstante que la *primer democracia* en el continente americano estaba a la vanguardia en cuanto a su independencia y declaraciones de derechos, es fecha que no tiene un *ombudsman* federal, ya ha tendido a crear defensores especializados como el *Citizenship and Immigration Services Ombudsman*.

En esta nación existe el *Taxpayer Advocate* (abogado del contribuyente), el cual se considera como una organización independiente dentro de la estructura del *Internal Revenue Service* (Servicio Interno de Hacienda Pública), cuyos empleados asisten a los contribuyentes que sufren de perjuicio económico y que buscan ayuda para resolver sus problemas con los impuestos, que no hayan podido ser solucionados mediante los canales normales, o bien, aquellos quienes

¹² *Ibidem.*

¹³ Rojas Franco, E.: en *Ombudsman Local*, Cisneros Frías, Germán, Fernández Ruiz, Jorge, López Olvera, Miguel Alejandro, UNAM México, 2007, p. 235.

estiman que el sistema o los procedimientos del *Internal Revenue Service* no funcionan adecuadamente.

Cada estado tiene, al menos, un abogado del contribuyente local, quien es independiente de la oficina local del mencionado servicio interno. Los objetivos de este funcionario son proteger los derechos de las personas morales y físicas y reducir la carga contributiva.¹⁴

El abogado del contribuyente, de manera independiente, representa los intereses y preocupaciones del sujeto pasivo de la relación fiscal dentro y ante el *Internal Revenue Service* de dos maneras:¹⁵

- I.- Garantizar que los problemas del contribuyente, que no sean resueltos por la vía normal, sean manejados en forma rápida y justa.
- II.- Identificar asuntos que incrementen la carga tributaria o que creen problemas a los contribuyentes, haciéndolo del conocimiento del *Internal Revenue Service*, y elaborar propuestas legislativas cuando sea necesario.

El interesado puede solicitar los servicios del abogado del contribuyente en los siguientes supuestos:¹⁶

- a) Experimentar problemas económicos o costo significativo, incluyendo honorarios por representación personal.
- b) Exista un retraso de treinta días en la resolución de un asunto de contribuciones.
- c) No haber recibido respuesta o resolución al problema planteado, en la fecha que haya establecido el *Internal Revenue Service*.

El papel de este defensor va desde la asesoría tributaria hasta la propuesta de reformas, y también

presta sus servicios dentro de la autoridad encargada de la recaudación de los tributos.

5. Guatemala

A Guatemala le corresponde el honor de ser el primer país de América Latina que constitucionalizó al *ombudsman*, incorporándolo al sistema como procurador de los derechos humanos, a través del artículo 273:¹⁷

Artículo 273. Comisión de Derechos Humanos y Procurador de la Comisión. El Congreso de la República designará una Comisión de Derechos Humanos formada por un diputado por cada partido político representado en el correspondiente período. Esta Comisión propondrá al Congreso tres candidatos para la elección de un Procurador, que deberá reunir las calidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y gozará de las mismas inmunidades y prerrogativas de los diputados al Congreso. La ley regulará las atribuciones de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos a que se refiere este artículo.

La figura del Procurador de los Derechos Humanos surge con la Constitución Política de la República emitida el 31 de mayo de 1985. El Procurador de los Derechos Humanos es conocido también como Ombudsman, Defensor del Pueblo o Magistrado de Conciencia. La institución del Defensor del Pueblo comenzó a funcionar oficialmente el 19 de agosto de 1987. En esta época, cuando la gobernabilidad en países como el nuestro todavía atraviesa momentos de incertidumbre, sobre todo por actos de corrupción y la impunidad, el Procurador

¹⁴ <http://www.irs.gov/advocate/article/0,,id=97392,00.html>.

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ <http://www.irs.gov/advocate/article/0,,id=97395,00.html>.

¹⁷ http://www.c.c.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=219&Itemid=67.

se erige como un indiscutible signo de identidad que posibilita distinguir los Estados democráticos de los totalitarios y autocráticos.¹⁸

Son atribuciones esenciales:¹⁹

- Promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental en materia de derechos humanos;
- Investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos;
- Investigar toda clase de denuncias sobre violaciones a los derechos humanos;
- Recomendar, privada o públicamente a los funcionarios, la modificación de un comportamiento administrativo objetado;
- Emitir censura pública por actos o comportamientos contra los derechos institucionales;
- Promover acciones o recursos judiciales o administrativos, en los casos en que sea procedente;

Otras tareas asignadas al Procurador, también conocido como Ombudsman, Magistrado de Conciencia o Defensor del Pueblo son:

- Promover y coordinar con las dependencias responsables para que en los programas de estudio de la educación oficial y privada, se incluya la materia específica de los derechos humanos.
- Desarrollar un programa permanente de actividades para que examinen aspectos fundamentales de los derechos humanos y se realicen informes, compilaciones, estudios, investigaciones jurídico-doctrinales, publicaciones, campañas divulgativas, con el propósito de hacer conciencia;

¹⁸ <http://www.pdh.org.gt/procurador/antecedentes.html>.

¹⁹ <http://www.pdh.org.gt/procurador/atribuciones.html>.

- Establecer y mantener comunicación con las diferentes organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, nacionales o extranjeras, encargadas de la defensa y promoción de los derechos humanos;
- Divulgar por los medios de comunicación, en el mes de enero de cada año, el informe anual y los informes extraordinarios;
- Participar en eventos internacionales en materia de derechos humanos;
- Recibir, analizar e investigar toda denuncia de violación de los derechos humanos, que presenten en forma oral o escrita cualquier grupo, persona individual o jurídica;
- Iniciar de oficio las investigaciones que considere necesarias en los casos que tenga conocimiento sobre violaciones a los derechos humanos;
- Investigar en cualquier local o instalación, sobre indicios racionales que constituyan violación sobre cualesquiera de los derechos humanos, previa orden de juez competente. La inspección no requiere la notificación previa a los funcionarios encargados de quien, directa o indirectamente, dependen los locales e instalaciones;
- Exigir de particulares, funcionarios y empleados públicos de cualquier jerarquía al presentarse a los locales o instalaciones referidos en la literal anterior, la exhibición inmediata de toda clase de libros, documentos, expedientes, archivos, incluso los almacenados en computadora, para lo cual se acompañará de los técnicos necesarios; queda a salvo, lo preceptuado por los artículos 24 y 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala;

- Emitir resolución de censura pública contra los responsables materiales y/o intelectuales de la violación de los derechos humanos, cuando el resultado de la investigación arribe a esa conclusión;
- Organizar la Procuraduría de los Derechos Humanos y nombrar, amonestar y remover al personal de la misma, de conformidad con el reglamento respectivo; y,
- Elaborar el proyecto de presupuesto anual de la Procuraduría y remitirlo a la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República, para que sea incluido en el presupuesto general de ingresos y egresos del Estado.

Otras tareas no menos importantes que tiene asignadas el Procurador son la presentación de informes (artículo 15 de Ley de la Comisión) un informe circunstanciado de sus actividades y de la situación de los derechos humanos durante el año anterior ante el Congreso de la República, lo cual tiene que hacer en la segunda quincena del mes de enero de cada año, por conducto de la Comisión de Derechos Humanos.

La Procuraduría de los Derechos Humanos guatemalteca,²⁰ cuenta con unidades llamadas defensorías, las cuales se desempeñan dentro del campo de la promoción de los derechos humanos de grupos específicos de población, que por circunstancias de carácter social, económico, político e históricas se encuentran en situación de riesgo o vulnerabilidad y, por lo tanto, necesitan de una atención especial. Actualmente existen nueve defensorías:

²⁰ http://www.pdh.org.gt/index.php?option=com_content&task=section&id=8&Itemid=55.

- de la Juventud;
- de la Mujer;
- de la Niñez;
- de la Población Migrante;
- de la Salud;
- de las Personas con Discapacidad;
- de los Usuarios de Transporte Público;
- de los Pueblos Indígenas;
- del Adulto Mayor;
- del Consumidor;
- del Debido Proceso y el Recluso;
- del Medio Ambiente;
- del Trabajador; y,
- Unidad para la Prevención de la Trata de Personas.

6. Honduras

El *ombudsman* aparece regulado en el artículo 59 de la Constitución de la República de Honduras, que textualmente dice:

Artículo 59. La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable. Para garantizar los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución, créase la institución del Comisionado de los Derechos Humanos. La organización, prerrogativas y atribuciones del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, será objeto de una ley especial.²¹

A partir de 1990 se implementaron iniciativas para evitar las prácticas abusivas de violación a los derechos humanos, y se comenzaron a adoptar medidas concretas para garantizar su defensa y protección. Dentro de

²¹ http://www.tsc.gob.hn/leyes/Constitucion_de_la_republica.pdf.

esas iniciativas surgió la creación del Despacho del Comisionado Nacional para la Protección de los Derechos Humanos, mediante Decreto Ejecutivo No. 26-92 de 8 de junio de 1992, posteriormente reformado por el Decreto Ejecutivo No. 51-92 de 8 de septiembre del mismo año, iniciando sus labores el 17 de diciembre de 1992. El 15 de diciembre de 1994, mediante Decreto Ejecutivo No. 191-94, ratificado por el Decreto Legislativo No. 2-95 de 7 de febrero de 1995, se incorpora a la Constitución de la República la figura del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos. El 24 de octubre de 1995, se aprueba la Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras, mediante Decreto del Congreso Nacional No. 153-95, publicado en el Diario Oficial *La Gaceta* y entra en vigencia el 22 de noviembre del mismo año.²²

Del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos se destacan las siguientes atribuciones:²³

- a) Velar por el cumplimiento de los derechos y garantías establecidas en la Constitución de la República y en la Ley Orgánica, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás Tratados y Convenios ratificados por Honduras;
- b) Prestar atención inmediata y dar seguimiento a cualquier denuncia sobre violación a los derechos humanos;
- c) Solicitar a cualquier autoridad, poder, organismo o institución, información concreta acerca de violaciones de los derechos humanos;
- d) Velar porque los actos y resoluciones de la administración pública sean acordes con el

²² http://www.conadeh.hn/historia_ddhh_hn.htm.

²³ <http://www.conadeh.hn/index.php/portal-de-transparencia/estructura-organiza-y-servicios/funciones>.

contenido de los tratados, convenios y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Honduras;

- e) Presentar ante las autoridades nacionales que fuere necesario, las observaciones, recomendaciones y sugerencias que estimen del caso para el cumplimiento del ordenamiento jurídico;
- f) Conocer, a petición de parte, los casos de violencia que perjudiquen la integridad moral, psíquica y física de los cónyuges, descendientes y demás miembros de la familia y evidencien infracción a la norma penal, denunciándolos ante la autoridad competente;
- g) Elaborar y desarrollar programas de prevención y difusión en materia de derechos humanos, en los ámbitos político, jurídico, económico, educativo y cultural; y,
- h) Coordinar cuando sea necesario, con las instancias y organismos nacionales e internacionales, y con la colaboración de organismos no gubernamentales, las medidas relacionadas con la protección de los derechos humanos, en su más amplio concepto, incluyendo la seguridad alimentaria de las clases desposeídas y de los niños desprotegidos, así como el respeto a la dignidad e imagen de la persona humana.

7. Perú

La Defensoría del Pueblo en el Perú²⁴ fue establecida a nivel constitucional en 1993, como un organismo constitucionalmente autónomo, para defender los derechos fundamentales, supervisar el cumplimiento

²⁴ <http://www.defensoria.gob.pe/defensoria.php>.

de los deberes de la administración estatal, así como la eficiente prestación de los servicios públicos. La Defensoría atiende quejas, consultas y pedidos de ciudadanos que, por alguna causa, han experimentado la vulneración de sus derechos. No desempeña funciones de juez o fiscal ni sustituye a autoridad alguna, pues no emite sentencias ni impone sanciones. Elabora informes con recomendaciones o exhortaciones a las autoridades, cuyo cumplimiento encuentra sustento en su poder de persuasión y en la fortaleza de argumentos técnicos, éticos y jurídicos. La Defensoría es colaborador crítico del Estado que actúa con autonomía, respecto de cualquier poder público o privado.

La Constitución de Perú²⁵ establece :

Artículo 161°. La Defensoría del Pueblo es autónoma. Los órganos públicos están obligados a colaborar con la Defensoría del Pueblo cuando ésta lo requiere.

Su estructura, en el ámbito nacional, se establece por ley orgánica.

El Defensor del Pueblo es elegido y removido por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal. Goza de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas de los congresistas.

Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere haber cumplido treinta y cinco años de edad y ser abogado.

El cargo dura cinco años y no está sujeto a mandato imperativo. Tiene las mismas incompatibilidades que los vocales supremos.

Artículo 162°. Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios

públicos a la ciudadanía. El Defensor del Pueblo presenta informe al Congreso una vez al año, y cada vez que éste lo solicita. Tiene iniciativa en la formación de las leyes. Puede proponer las medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones.

El proyecto de presupuesto de la Defensoría del Pueblo es presentado ante el Poder Ejecutivo y sustentado por su titular en esa instancia y en el Congreso.

Consideremos relevante transcribir el artículo 29 de la Ley Orgánica:

Artículo 29°.- Durante los Estados de Excepción el Defensor del Pueblo, en cumplimiento de su función constitucional, podrá sugerir a las autoridades administrativas, judiciales o militares, correspondientes, las medidas que, a su juicio, sean abiertamente contrarias a la Constitución o afecten al núcleo esencial de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, y que por tanto deben ser revocadas o modificadas en forma inmediata.

De acuerdo con su Ley Orgánica, para cumplir cabalmente su función, la Defensoría del Pueblo está investida de ciertas atribuciones, entre las cuales se destacan las siguientes:²⁶

- Investigar: Puede iniciar y proseguir investigaciones, ya sea por iniciativa propia o a solicitud de cualquier persona interesada, con la finalidad de esclarecer los hechos o situaciones que, generados por la administración estatal o sus agentes incluyendo a las personas jurídicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y que presten servicios públicos, pudieran estar afectando sus

²⁵ <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>.

²⁶ *Ídem.*

derechos. Además se investigan, con carácter prioritario, temas de alcance general que afecten a un número significativo de personas.

- Elaborar informes sobre temas de especial trascendencia.
- Intervenir en procesos constitucionales: con el fin de defender los derechos humanos y el principio de supremacía constitucional, se le faculta para intervenir en los procesos constitucionales de amparo, *hábeas corpus*, *hábeas data*, acción de inconstitucionalidad, acción popular y acción de cumplimiento. Su intervención puede efectuarse mediante diversas modalidades. Así, puede iniciar procesos constitucionales, intervenir en procesos en trámite como coadyuvante o presentando escritos como el *amicus curiae* y puede presentar informes u opiniones a solicitud de las partes o del tribunal constitucional.
- Promover procedimientos administrativos: puede iniciar cualquier procedimiento administrativo, o participar en este por iniciativa propia o a pedido de terceros, utilizando el criterio de discrecionalidad, en representación de una o varias personas, para la defensa de los derechos fundamentales y constitucionales.
- Ejercer iniciativa legislativa: puede hacer uso de esta facultad mediante la presentación de proyectos de ley ante el Congreso de la República.
- Promover la firma, ratificación, adhesión y difusión de tratados internacionales sobre derechos humanos: esta facultad tiende a asegurar la aplicación de dichos cuerpos normativos. Además, promueve que la legislación y las prácticas nacionales se adecuen a lo previsto en los tratados suscritos por el Perú.

- Emitir pronunciamientos institucionales: en cumplimiento de su misión de protección y representación de las personas, y en ejercicio de su rol persuasivo y de mediación, podrá emitir pronunciamientos sobre temas de interés general cada vez que lo considere necesario. Estos pronunciamientos están dirigidos fundamentalmente a la opinión pública y a la sociedad en su conjunto para llamar la atención sobre hechos que ponen en riesgo la vigencia de los derechos de las personas y la institucionalidad democrática.
- Dictar reglamentos, normas y políticas de funcionamiento institucional: Esta atribución se le otorga para que se adopten las normas y reglamentos que considere más adecuados para su organización, funcionamiento y, además, para determinar las políticas institucionales que orienten las acciones de sus funcionarios.

En Perú existe la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero,²⁷ la cual fue creada mediante la Duodécima Disposición Final del Decreto Legislativo número 953 y sus funciones se establecieron a través del Decreto Supremo número 050-2004-EF, modificado por los Decretos Supremos números 167-2004-EF y 136-2008-EF. Es una entidad pública adscrita al sector Economía y Finanzas cuya función principal es garantizar los derechos de los contribuyentes en las actuaciones que realicen o en las gestiones que efectúen ante las Administraciones Tributarias y el Tribunal Fiscal. Cuenta con independencia funcional en sus actuaciones, y que

²⁷ http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=194&Itemid=101060&lang=es.

no forma parte de las Administraciones Tributarias, ni del Tribunal Fiscal. No resuelve ni constituye instancia dentro del procedimiento contencioso tributario.²⁸

Son sus funciones y actividades:²⁹

- Atender las quejas y sugerencias relativas a las actuaciones de las Administraciones Tributarias y el Tribunal Fiscal, a efecto que se cumplan, sin excesos, dentro del marco normativo vigente;
- Proponer al Ministro de Economía y Finanzas modificaciones normativas y procesales materia de su competencia;
- Informar al Ministro de Economía y Finanzas sobre los recursos de queja contra el Tribunal Fiscal, formulados al amparo del inciso b) del artículo 155° del Código Tributario;
- Gestionar con las Administraciones Tributarias las quejas presentadas por los contribuyentes (p.e: por demora en la devolución de tributos, en el despacho aduanero, en las verificaciones domiciliarias, entre otros);
- Orientar a los contribuyentes sobre sus derechos y obligaciones ante las Administraciones Tributarias y el Tribunal Fiscal (p.e: procedimientos de queja, de reclamación, de apelación, entre otros); y,
- Opinar mediante informe técnico en las quejas interpuestas contra el Tribunal Fiscal (p.e: quejas por demora en resolver y notificar, mal trato de funcionario, entre otros).

²⁸ http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=481&Itemid=101057&lang=es.

²⁹ http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=479&Itemid=101059&lang=es.

8. Venezuela

La Defensoría del Pueblo³⁰ fue creada a partir de la Constitución de 1999. La figura del Defensor del Pueblo, el Ombudsman o el Procurador de Derechos Humanos, como también se le conoce, fue creada para constituirse en un límite a los abusos cometidos por las autoridades estatales, así como para promover el respeto de los derechos humanos y contribuir a dotar a la sociedad de una cultura interior sobre la vigencia de los mismos. En 1998, el presidente electo Hugo Chávez Frías, convoca al pueblo para que a través de un referendo consultivo manifestara su aprobación o no a un proceso constituyente, a los fines de adecuar el marco constitucional e institucional para transformar el Estado con base en la primacía del pueblo. Con la opinión afirmativa de los venezolanos se convocó a una Asamblea Nacional Constituyente para que se redactara el nuevo texto constitucional en el cual se consagró el carácter progresivo de los derechos fundamentales. El 15 de diciembre de 1999, el pueblo aprobó, mediante referendo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que concibe una estructura de cinco Poderes Públicos, entre ellos el Poder Ciudadano con la Defensoría del Pueblo, como uno de sus tres componentes.

La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.995 de 5 de agosto de 2004, en su artículo 15, establece sus competencias o funciones:³¹

³⁰ <http://www.defensoria.gob.ve/dp/index.php/institucional/defensoria-del-pueblo/origen>.

³¹ <http://www.defensoria.gob.ve/dp/index.php/institucional/defensoria-del-pueblo/competencias>.

- a) Iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado o la interesada, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de asuntos de su competencia;
- b) Interponer, adherirse o de cualquier modo intervenir en las acciones de inconstitucionalidad, interpretación, amparo, hábeas corpus, hábeas data, medidas cautelares y demás acciones o recursos judiciales, y cuando lo estime justificado y procedente, las acciones subsidiarias de resarcimiento, para la indemnización y reparación por daños y perjuicios, así como para hacer efectiva las indemnizaciones por daño material a las víctimas por violación de derechos humanos;
- c) Actuar frente a cualquier jurisdicción, bien sea de oficio, a instancia de parte o por solicitud del órgano jurisdiccional correspondiente;
- d) Mediar, conciliar y servir de facilitador en la resolución de conflictos materia de su competencia, cuando las circunstancias permitan obtener un mayor y más rápido beneficio a los fines tutelados;
- e) Velar por los derechos y garantías de las personas que por cualquier causa hubieren sido privadas de libertad, reclusas, internadas, detenidas o que de alguna manera tengan limitada su libertad;
- f) Visitar e inspeccionar libremente las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, así como cualquiera otra institución o empresa en la que se realicen actividades relacionadas con el ámbito de su competencia, a fin de garantizar la protección de los derechos humanos;
- g) Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección;

- h) Solicitar a las personas e instituciones la información o documentación relacionada con el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna y, formular las recomendaciones y observaciones necesarias para el cumplimiento de sus objetivos;
- i) Denunciar, ante las autoridades correspondientes, al funcionario o funcionaria o particular que incumpliere con su deber de colaboración preferente y urgente, en el suministro de información o documentación requerida;
- j) Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que le sean ocasionados con motivo del mal funcionamiento de los servicios públicos;
- k) Solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y las sanciones a que hubiere lugar por la violación de los derechos del consumidor y el usuario;
- l) Promover la suscripción, ratificación y adhesión de tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, así como promover su difusión y aplicación;
- m) Realizar estudios e investigaciones con el objeto de presentar iniciativas de ley u ordenanzas, o formular recomendaciones;
- n) Promover, divulgar y ejecutar programas educativos y de investigación para la difusión y efectiva protección de los derechos humanos;

- o) Velar por la efectiva conservación y protección del medio ambiente, en resguardo del interés colectivo;
- p) Impulsar la participación ciudadana para vigilar los derechos y garantías constitucionales y demás objetivos de la Defensoría del Pueblo;
- q) Ejercer las acciones a que haya lugar frente a la amenaza o violación de los derechos humanos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes; y,
- r) Las demás que establecen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes.

Consideramos necesario destacar que en la República Bolivariana de Venezuela, la figura del *ombudsman* ha sido elevada al rango de poder constitucional, superando a las designaciones del defensor de los derechos humanos a nivel de organismo constitucional autónomo.

En Venezuela, el *ombudsman* fue promovido por la embajada de Suecia a finales de la década de los ochenta en el siglo pasado. Ricardo Combellas³² relata que desde el año 1989, se pretendía materializar una reforma constitucional, sin embargo esto último no fue posible, debido a la falta de voluntad política, no obstante dicha circunstancia, en las tres propuestas consideradas cristalizó un consenso en torno a la necesidad de crear la institución del Defensor del Pueblo como institución independiente y autónoma respecto al Fiscal General de la República. El constituyente de 1961 estableció, dentro de las atribuciones del ministerio público, bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal General, el velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales. No obstante,

³² http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_426718980/II%20CONGRESO/Ricardo%20Combellas.htm.

las atribuciones específicas del ministerio público han impedido un desarrollo autónomo y concluyente de sus funciones como *ombudsman*. Los puntos de acuerdo, de aquel tiempo, así como los matices diferenciales, fueron los siguientes:

- a) En lo que se refiere a la denominación encontramos dos posiciones: una a favor del Defensor del Pueblo, que recoge la tendencia predominante en América Latina, de acuerdo con el modelo establecido por la Constitución española de 1978 y, la otra, a favor de la denominación Defensores de los Derechos.
- b) En cuanto a su forma de elección, hay acuerdo en que sean las Cámaras del Congreso en sesión conjunta.
- c) El Ombudsman debe ser venezolano, respaldado por una intachable conducta y reconocida honorabilidad.
- d) El Ombudsman debe ser autónomo e independiente en el cumplimiento de sus funciones. Solo podrá ser removido por una mayoría calificada del Congreso por falta grave en el cumplimiento de sus deberes.
- e) En relación con sus atribuciones, existía consenso sobre su tarea fundamental de velar por la defensa de los derechos humanos y de supervisión de la actividad administrativa y del funcionamiento de los servicios públicos, en tanto afecten a los derechos humanos, así como en sus facultades investigativas, inquisitoriales y recomendatorias, en atención a la corrección de los actos de los funcionarios públicos que menoscaban los derechos humanos. Se pretendió ampliar el ámbito de sus competencias a la protección de los derechos

humanos afectados por personas privadas, ordenar la suspensión de actos de la administración pública y solicitar la suspensión de sus cargos a los funcionarios públicos, cuando ello fuere necesario para el cumplimiento de sus funciones.

f) Por último, la reforma constitucional consideraba la creación de defensorías estatales y municipales que, en todo caso, deben coordinar sus labores en el ombudsman nacional.

La Ley Suprema Venezolana,³³ dispone en sus numerales 280 y 281:

Artículo 280. La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos, de los ciudadanos y ciudadanas.

La Defensoría del Pueblo actuará bajo la dirección y responsabilidad del Defensor o Defensora del Pueblo, quien será designado o designada por un único período de siete años.

Para ser Defensor o Defensora del Pueblo se requiere ser venezolano o venezolana por nacimiento y sin otra nacionalidad, mayor de treinta años, con manifiesta y demostrada competencia en materia de derechos humanos y cumplir con las exigencias de honorabilidad, ética y moral que establezca la ley. Las faltas absolutas o temporales del Defensor o Defensora del Pueblo serán cubiertas de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

Artículo 281. Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:

1. Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento.

2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos.

3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley.

4. Instar al Fiscal o a la Fiscal General de la República para que intente las acciones o recursos a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos o funcionarias públicas, responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos.

5. Solicitar al Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar respecto de los funcionarios públicos o funcionarias públicas responsables por la violación o menoscabo de los derechos humanos.

6. Solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y las sanciones a que hubiere lugar por la violación de los derechos del público consumidor y usuario, de conformidad con la ley.

³³ <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>.

7. *Presentar ante los órganos legislativos municipales, estatales o nacionales, proyectos de ley u otras iniciativas para la protección progresiva de los derechos humanos.*

8. *Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección.*

9. *Visitar e inspeccionar las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, a fin de garantizar la protección de los derechos humanos.*

10. *Formular ante los órganos correspondientes las recomendaciones y observaciones necesarias para la eficaz protección de los derechos humanos, en virtud de lo cual desarrollará mecanismos de comunicación permanente con órganos públicos o privados, nacionales e internacionales, de protección y defensa de los derechos humanos.*

11. *Promover y ejecutar políticas para la difusión y efectiva protección de los derechos humanos.*

12. *Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.*

La dependencia venezolana equivalente al Servicio de Administración Tributaria mexicano es el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, el cual tiene una división denominada: *Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero*, misma que fue creada mediante la Providencia Administrativa Número 2205 publicada en la Gaceta Oficial Número.37.780 de fecha 22 de septiembre de 2003³⁴ con la misión de recibir, analizar y tramitar de todas las quejas, reclamos y sugerencias de los contribuyentes en aquellos casos en donde se vulneren derechos y garantías constitucionales de estos.

³⁴ <http://www.cinivcre.com/Documentos/Boletines/SENIAT-DEFENSORIA%20DEL%20CONTRIBUYENTE.doc>.

La División de Defensoría del Contribuyente no emprende litigios ni interpone recursos, sino que formula propuestas para las prontas y efectivas soluciones de las quejas, sugerencias y reclamos presentadas por los contribuyentes afectados, en las diversas tramitaciones que los contribuyentes gestionan ante el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria.

Las atribuciones de la División de Defensoría del Contribuyente son las siguientes.³⁵

- a) Recibir, analizar y tramitar todas las quejas, reclamos y sugerencias de los contribuyentes relacionados con la actuación del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, en aquellos casos donde se vulneren los derechos y garantías constitucionales de los contribuyentes;
- b) Efectuar recomendaciones en las materias referidas a los derechos y garantías constitucionales del contribuyente a las dependencias del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, en aquellos casos donde sea necesaria la aplicación de correctivos;
- c) Asesorar al Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria en la materia de su competencia; y,
- d) Elaborar, conjuntamente con el Centro de Estudios Fiscales, programas de educación y divulgación relacionados con los derechos y garantías constitucionales del contribuyente y su perspectiva desde el derecho tributario.

El *ombudsman* fiscal venezolano, tampoco está facultado para atender litigios a favor de los contribuyentes,

³⁵ http://www.aduanas.com.ve/boletines/boletin_24/defensoria.htm.

pues conserva una de las características del *ombudsman* nórdico, pues solo se emiten recomendaciones, sin representar los intereses del gobernado ante los tribunales.

Fue creado como una división del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, al igual que en los Estados Unidos Mexicanos el Servicio de Administración Tributaria cuenta con las administraciones ocales de servicios al contribuyente, aunque estas últimas, carecen de facultades para defender los derechos de los contribuyentes.

IV. Normatividad aplicable en nuestro país

El artículo 69-C del Código Fiscal de la Federación establece que, cuando los contribuyentes sean objeto del ejercicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales (visita domiciliaria, revisión de gabinete y revisiones electrónicas) y no estén de acuerdo con los hechos u omisiones asentados en la última acta parcial, en el acta final, en el oficio de observaciones o en la resolución provisional, que puedan entrañar el incumplimiento de las disposiciones fiscales, podrán optar por solicitar la adopción de un acuerdo conclusivo.

El artículo de referencia sigue señalando que este acuerdo podrá versar sobre uno o varios de los hechos u omisiones consignados y será definitivo en cuanto al hecho u omisión sobre el que verse.

Los contribuyentes podrán solicitar la adopción del acuerdo conclusivo en cualquier momento, a partir de que dé inicio el ejercicio de facultades de comprobación y hasta antes de que se les notifique la resolución que determine el monto de las contribuciones omitidas, siempre que la autoridad revisora ya hubiera hecho una calificación de hechos u omisiones.

Resulta necesario que exista una calificación de hechos u omisiones por parte de la autoridad fiscal, para efecto de que los contribuyentes puedan solicitar un acuerdo conclusivo.

La solicitud de un acuerdo conclusivo se realizará a través de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, se inicia a petición de parte, que en este caso es el sujeto pasivo de la relación tributaria, mediante un escrito, en el cual consten los hechos u omisiones que se le atribuyen al solicitante y con los cuales no esté de acuerdo, expresando la calificación que, en su opinión, debe darse a los mismos, pudiendo adjuntar la documentación que considere necesaria.

V. El procedimiento a seguir en materia de acuerdo conclusivo

La solicitud para iniciar el trámite del acuerdo conclusivo deberá contener los requisitos establecidos en el artículo 4° de los *Lineamientos que Regulan el Procedimiento para la Adopción de Acuerdos Conclusivos ante la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente*, a saber:

- Nombre, domicilio y Registro Federal del Contribuyente.
- En caso de que comparezca mediante representante legal (poder general para actos de administración, dominio o bien, poder especial) deberá adjuntarse copia certificada de la escritura en donde conste el poder.
- Designación de autorizados, así como domicilio para recibir notificaciones.
- Que el escrito sea dirigido a la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente.
- La mención e identificación de los hechos u omisiones calificados por la autoridad.

- Calificación que el promovente pretende de los hechos respecto de los que solicita la adopción del acuerdo, expresando argumentos de fondo y razones jurídicas que la sustenten.
- Los términos precisos con los que pretende que la autoridad acepte el acuerdo conclusivo.
- La mención de que, en todo lo manifestado, comparece bajo protesta de decir verdad.

Según se desprende del artículo 69-D del Código Fiscal Federación, en relación con el artículo 7° de los referidos lineamientos, una vez recibido el escrito antes citado, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente requerirá a la autoridad fiscal para que en un plazo de veinte días manifieste si acepta o no los términos en que el solicitante plantea el acuerdo conclusivo; los fundamentos y motivos por los cuales no se acepta, o bien, exprese los términos en que procedería la adopción del acuerdo, debiendo acompañar la información y documentación que considere relevante sobre la calificación de los hechos u omisiones a los que se refiera la solicitud.

Una vez recibida la contestación de la autoridad, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente procederá, en su caso, de conformidad con los artículos 7, 8, 9 y 10 de los lineamientos en comento, de la siguiente manera:

1. Si la autoridad acepta la adopción del acuerdo conclusivo, se elaborará el proyecto del acuerdo en un plazo máximo de siete días para que en un término de tres días hábiles se hagan las observaciones que las partes estimen pertinentes; una vez desahogadas las observaciones se citará a la autoridad y al contribuyente para la suscripción del documento.

Una vez recibida la contestación de la autoridad, la referida Procuraduría procederá, en su caso, de

conformidad con los artículos 7, 8, 9 y 10 de los lineamientos, de la siguiente manera:

2. Si la autoridad opta por expresar términos diversos a los propuestos por el contribuyente en su solicitud, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente emitirá un acuerdo en donde identificará y relacionará los hechos u omisiones consignados en la revisión y la calificación que propone la autoridad, cuidando que no se varíen en perjuicio del contribuyente, los hechos u omisiones calificados en el ejercicio de las facultades de comprobación y verificando que los términos planteados resulten acordes con las disposiciones jurídicas aplicables, esencialmente, en lo que hace a los derechos del contribuyente.

El acuerdo emitido por la Procuraduría mencionada será comunicado a la autoridad y notificado personalmente al contribuyente en un plazo máximo de cinco días hábiles, para que manifieste si acepta o no, en su caso, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente podrá convocar a mesas de trabajo.

De alcanzarse el consenso entre la autoridad y el contribuyente, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente elaborará el proyecto del acuerdo para que se hagan las observaciones correspondientes, y desahogadas estas, se citará a las partes para la suscripción del documento.

Recibida la contestación de la autoridad, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente procederá, acorde con los artículos 7, 8, 9 y 10 de los lineamientos, de la siguiente manera:

3. Si la autoridad no acepta, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente verificará si

los fundamentos y motivos expuestos por la autoridad resultan conforme a las disposiciones jurídicas aplicables y no vulneran los derechos del contribuyente, para lo que contará con un término de diez días hábiles.

Si la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente concluye que los fundamentos y motivos expuestos por la autoridad para no aceptar el acuerdo conclusivo no resultan conforme a las disposiciones jurídicas aplicables, hará constar los razonamientos respectivos en el acuerdo de cierre del procedimiento, el cual se notificará a las partes.

En caso de que la autoridad fiscalizadora no atienda el requerimiento de contestación referido, se hará acreedora a la multa prevista en el artículo 28, fracción I, numeral 1, de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, esto es, entre cinco y diez salarios mínimos vigentes en la Ciudad de México.

El artículo 69-E del Código Fiscal de la Federación establece que una vez que la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente acuse recibo de la respuesta emitida por la autoridad fiscal, contará con un plazo de veinte días para concluir el procedimiento.

Asimismo, en caso de que se concluya el procedimiento con la suscripción del acuerdo, el documento deberá firmarse por el contribuyente, la autoridad fiscalizadora y la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente.

El procedimiento se esquematiza de la siguiente manera:

1. Solicitud ante Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (propuesta del contribuyente).
2. La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente requerirá a la autoridad fiscalizadora para que en un plazo de veinte días manifieste:

- a) Aceptación de la propuesta del contribuyente.
- b) Los fundamentos y motivos por los cuales no acepta.
- c) Los términos en los que aceptaría la propuesta.

3. En su caso, convocar a mesas de trabajo.
4. Conclusión del procedimiento o, en su caso, firma del acuerdo (veinte días).

Se debe considerar que el procedimiento suspende los plazos a que se refieren los artículos 46-A, primer párrafo y 50, primer párrafo, del Código Fiscal de la Federación, a partir de que el contribuyente presenta ante la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente la solicitud de acuerdo conclusivo y hasta que se notifique a la autoridad revisora la conclusión del mismo.

VI. Ventajas de esta figura jurídico-fiscal

El inicio del acuerdo conclusivo y su trámite, suspende el plazo máximo de doce meses que se prevé para concluir la visita domiciliaria o la revisión que establece el artículo 46-A, primer párrafo del Código Fiscal de la Federación, en su caso, el plazo de seis meses para efecto de determinar las contribuciones omitidas por parte de la autoridad fiscalizadora que se contempla en el artículo 50 del mencionado Código.

El artículo 69-G del ordenamiento en comento establece que, por una sola ocasión, cuando así lo acuerden las partes, se podrá alcanzar una condonación de 100% de las multas del contribuyente que haya suscrito un acuerdo conclusivo y, en las posteriores se aplicará la condonación de sanciones en los términos y bajo los supuestos establecidos en el artículo 17 de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente.

Esta condonación no dará derecho a devolución o compensación alguna.

El numeral 69-G del Código tributario señala que las autoridades fiscales deberán tomar en cuenta los alcances del acuerdo conclusivo para, en su caso, emitir la resolución que corresponda. Así, necesariamente, la autoridad fiscalizadora deberá concluir la facultad de comprobación que ejerza, ya sea con la emisión de un acta final, un oficio o una liquidación, en los cuales se deberá de tomar, en su caso, los alcances precisados en los mencionados acuerdos.

El artículo 69-H del multicitado Código garantiza, tanto al contribuyente como a la autoridad, que los alcances tomados en los acuerdos conclusivos no serán modificados. Esto es, el mencionado dispositivo 69-H establece textualmente:

En contra de los acuerdos conclusivos alcanzados y suscritos por el contribuyente y la autoridad no procederá medio de defensa alguno; cuando los hechos u omisiones materia del acuerdo sirvan de fundamento a las resoluciones de la autoridad, los mismos serán incontrovertibles. Los acuerdos de referencia sólo surtirán efectos entre las partes y en ningún caso generarán precedentes.

Las autoridades fiscales no podrán desconocer los hechos u omisiones sobre los que versó el acuerdo conclusivo, ni procederá el juicio a que se refiere el artículo 36, primer párrafo del Código, salvo que se compruebe que se trata de hechos falsos. Es claro que los acuerdos conclusivos alcanzados únicamente podrán ser modificados cuando se compruebe que se trate de hechos falsos, mediante el juicio de lesividad, otorgándose así certeza a los participantes.

En el sitio de internet de la Procuraduría del Contribuyente se publican y precisan como *beneficios de llegar a acuerdos conclusivos*, los siguientes:

- A) Evitar juicios largos y costosos.
- B) Aclaras en breve tiempo, los aspectos de la auditoría o revisión con los que estás inconforme.
- C) Regularizas tu situación fiscal, lo que te permite tener certidumbre y seguridad jurídicas.
- D) Tienes importantes beneficios económicos ya que se te condonará, es decir, no se te impondrá ninguna multa, ni de carácter formal ni de carácter sustantivo.³⁶

VII. Conclusiones

Primera.- Los acuerdos conclusivos son una novedad relevante para la historia de la fiscalidad mexicana, y se conciben como un medio alternativo de solución de diferendos dentro del ejercicio de las facultades de comprobación por parte de la autoridad, trámite que se llevará ante la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, que actuará como una especie de *intermediario oficial*. Aunque manifestamos respetuosamente en este trabajo académico el beneficio de la duda, ya que si bien es cierto, a la fecha la mayoría de las entidades federativas cuentan con una delegación de esta dependencia federal descentralizada y autónoma, independientemente de oficinas centrales en la Ciudad de México, es evidente la carga laboral que presentan actualmente todas ellas, con personal técnico insuficiente para atender sus áreas de asesoría, orientación, quejas y representación legal, y ahora con este nuevo trámite, estimamos será complicada la labor para el ombudsman fiscal.

Segunda.- Los acuerdos conclusivos tienen como antecedente la formulación de quejas llevadas a cabo ante

³⁶ www.prodecon.gob.mx.

la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, trámite con el cual se rompió el paradigma de comunicación entre los contribuyentes y las autoridades fiscales, cuando estas últimas ejercían sus facultades de comprobación. No obstante, en el trámite de las quejas se encontró reticencia por parte de las autoridades fiscalizadoras para aceptar alguna observación por parte del contribuyente o por conducto de la intervención de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente.

Tercera.- Los beneficios que se actualizan para los contribuyentes dentro de los acuerdos conclusivos son que estos se autocorrijan, obteniendo una condonación de 100%, por única ocasión, en relación con las multas impuestas y para los posteriores acuerdos, las condonaciones se regirán por lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente. Por su parte, las autoridades fiscales finalizan anticipadamente las facultades de comprobación logrando, en su caso, recaudar el impuesto omitido por el contribuyente.

Cuarta.- El acuerdo conclusivo resuelve el fondo del asunto, lo cual asegura al contribuyente que no exista una modificación posterior, obteniendo la certeza jurídica de los acuerdos alcanzados, los cuales únicamente podrán ser modificados mediante el juicio de lesividad cuando la autoridad compruebe que existieron hechos falsos. Se espera que en la práctica los acuerdos conclusivos lleguen a concretizarse en beneficio de las partes involucradas, y se conviertan con el tiempo en un auténtico medio de solución alternativa de conflictos entre el fisco federal y los contribuyentes.

Quinta.- Son fines de esta nueva figura jurídico-fiscal, los siguientes: dotar de certeza y seguridad al procedimiento de comprobación fiscal; disminuir a una cuarta parte el tiempo que conlleva realizar una

auditoría, el recurso de revocación o un juicio; y, eliminar la contingencia fiscal y el costo que genera este proceso en sus diferentes etapas, pues la intención no es afectar a los negocios en marcha, sino que paguen impuestos de acuerdo a las disposiciones que permite la ley.

VIII. Fuentes de consulta

Bibliografía

- Azar Manzur, Cecilia: *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*. Ed. Porrúa, México 2003.
- Evia Loya, Romeo Arturo: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Porrúa, México, 2013.
- Fierro Ferráez, Ana Elena: *Manejo de conflictos y mediación*. Oxford University Press, México, 2010.
- Garza, Sergio Francisco de la: *Derecho financiero mexicano*. Porrúa, 24a. ed., México, 2002.
- García López-Guerrero, Luis: *Derechos de los contribuyentes, nuestros derechos*. Cámara de Diputados, LVIII Legislatura-UNAM, 2a ed., México, 2001.
- Johnson Okhuysen, Eduardo Andrés: *Equilibrio entre presión fiscal y justicia fiscal*. Universidad Anáhuac, México, 1984.
- Margáin Manautou, Emilio: *Introducción al estudio del derecho tributario*. 17a ed. actualizada, Porrúa, México, 2004.
- _____: *Nociones de política fiscal*. 4a ed., Porrúa, México, 2010.
- Ortega Maldonado, Juan Manuel: *Lecciones de derecho fiscal*. 2a ed., Porrúa, México, 2012.
- Pérez Becerril, Alonso: *México fiscal*. México, Porrúa, 2004.

- Reyes Altamirano, Rigoberto: *Código Fiscal de la Federación, aplicación práctica de los principios básicos fiscales y de las obligaciones y derechos de los contribuyentes*. Tax Editores Unidos S.A. de C.V., México, 2015.
- Robertson Andrade, Guillermo: *Exégesis de la ley federal de los derechos del contribuyente*. Advisors ediciones, México, 2010.
- Silva Juárez, Ernesto: *Código Fiscal de la Federación comentado*. PAC, México.
- Zambrano Brambila, Hiram: *Interpretación jurídica tributaria*. Porrúa, México, 2009.

Informáticas

- <http://dof.gob.mx>
- <http://www.ordenjuridico.gob.mx>
- <http://www.Procuraduría de la Defensa del Contribuyente.gob.mx>

Legislación aplicable

- *Código Fiscal de la Federación*.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- *Ley Federal de los Derechos del Contribuyente*.
- *Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente*.

La Ley Nacional de Ejecución Penal ¿es discriminatoria?

*Jorge Alberto Cerón Cardena**

RESUMEN: La reinserción social de las personas sentenciadas, es uno de los paradigmas más ambiciosos en el sistema penal mexicano, para lograr que las personas que han quebrantado la norma penal, con base en la educación, salud, deporte y el trabajo sean insertados de nueva cuenta a la sociedad, ya que a través de las autoridades encargadas de impartir justicia, los privaron de la libertad a través de un juicio que cumplió con las formalidades esenciales del procedimiento; sin embargo, la nueva Ley Nacional de Ejecución Penal, no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e, incluso, considero que se debió de incorporar la cultura como otro de los aspectos a considerar para la reinserción social de las personas, máxime que en México obran un sinnúmero de edificios declarados como patrimonio de la humanidad, que deben ser cuidados por todos.

Sin embargo, lo que considero que no se ajusta al texto constitucional, es el acceso condicionado de los sentenciados a los beneficios contemplados en esta ley especial.

* Defensor Público Federal.

Acceder a los nuevos beneficios contemplados como la libertad condicionada y la anticipada en la novedosa ley, se consideran discriminatorias, vulnerando también el numeral 1° de nuestra Constitución.

Se ha escrito mucho y bien, sobre el avance en los conceptos empleados por el legislador al transitar de los términos de readaptación a reinserción, especialistas en el tema han considerado este término (reinserción) como un principio y no una regla.

El propósito de esta aportación, recae en dos beneficios que contempla esta nueva ley.

SUMARIO: I. Introducción. II. Planteamiento del problema. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

I. Introducción

El sistema penitenciario en nuestro país, enfrenta un reto de gran magnitud por las múltiples observaciones que han recibido de las comisiones de derechos humanos, de las organizaciones no gubernamentales e incluso de los organismos internacionales, sobre la forma en que se conducen los mismos, los problemas de los autogobiernos, su saturación, la carencia de infraestructura adecuada, lo que impide que se cuente con los medios idóneos para impartir cursos educativos, la debida atención a los internos de alguna etnia, la movilidad de las personas con alguna discapacidad, la práctica de algún deporte y, por último, realizar algún trabajo.

El aporte de este artículo no está relacionado con los problemas que pueden surgir en la etapa del procedimiento penal, ya sea durante el trámite del juicio o en la ejecución de la sentencia, que tendrían vinculación con el debido proceso, sino específicamente con los

trámites de los beneficios contemplados en los artículos 137 y 141 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

Como se irá desarrollando, esos numerales contemplan una restricción a su disfrute, la cual es contraria al postulado constitucional y a la génesis de la reforma a la Carta Magna y, por ende, al espíritu de esta nueva ley presentada para hacer compañía al nuevo sistema de justicia penal.

Lo anterior, tomando en consideración el compromiso mexicano de respetar los derechos humanos en general, en un plano igual y no discriminación.

II. Planteamiento del problema

Para iniciar la aportación sobre los requisitos para obtener los beneficios de esta nueva ley, debemos partir del concepto de reinserción social, y sería pertinente señalar que la reforma constitucional en su numeral 18 abarca este tema.

La doctrina considera a la persona responsable de la comisión de un hecho que la ley señala como delito, como no insertada en la sociedad, lo que constituye un rompimiento con las categorías morales y psicológicas previas, abriendo la oportunidad de poner al derecho penitenciario en línea con el derecho penal del acto.

Parecería que el fin de la pena fuese que la persona saliera de la sociedad simplemente para que regresara a la misma, si no se entiende que la persona vuelve de alguna forma transformada.

¿Cuál fue el objeto de la reforma a este numeral constitucional y cambiar la terminología de readaptado a reinsertado? Por supuesto que no es solo conceptual, sino estructural acorde con la doctrina del tema, ya que la reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe buscar hacer

menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esa finalidad, sobre qué plan de actividades se consideran las adecuadas para cumplir con los parámetros contemplados en la nueva ley y que su apuesta radica en que se combinen para obtener una relación integral y lograr el objetivo final.

Voy a señalar la parte del numeral 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, atinente al presente tema.

Artículo 18.- Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

(REFORMADO, D.O.F. 10 DE JUNIO DE 2011)

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, 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, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

Como podemos advertir, el trabajo, la educación, el deporte y la salud, son los pilares de la reinserción social de las personas involucradas en el caso; por lo que, evidentemente, a las autoridades les corresponde implementarlas y dotar a los centros de reclusión de las condiciones necesarias para que las personas sujetas a

prisión tengan las herramientas necesarias y cumplan con las obligaciones inherentes a su situación y, en los términos establecidos por el legislador, puedan hacer valer sus derechos de obtener un beneficio de los contemplados en la nueva ley; evidentemente, estas actividades están dirigidas a toda la población penitenciaria.

En este sentido, encontramos lo que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo al resolver la siguiente acción de inconstitucionalidad:

Época: Décima Época

Registro: 2005105

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: P./J. 31/2013 (10a.)

Página: 124

REINSERCIÓN DEL SENTENCIADO A LA SOCIEDAD. SU ALCANCE CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Con la reforma al indicado precepto, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se sustituyó el término «readaptación social» por el de «reinserción del sentenciado a la sociedad» el cual, a diferencia del primero, reconoce a la delincuencia como un problema social y no individual, de forma que el fin de la prisión cambia radicalmente, pues ya no se intentará readaptar sino regresar al sujeto a la vida en sociedad, a través de diversos medios que funcionan como herramienta y motor de transformación, tanto del entorno como del hombre privado de su libertad. Así, en tanto se asume que quien comete un acto delictivo se aparta

de la sociedad porque no se encuentra integrado a ella, para su reinserción se prevé un conjunto de actividades y programas que se diseñan y aplican para permitir a las personas condenadas a pena privativa de la libertad en los establecimientos de reclusión su regreso a la sociedad, cuestión que, como reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 18, no es posible sin una instrucción previa, creadora o revitalizadora de habilidades y hábitos laborales, así como la atención de la salud, la educación y el deporte. Acción de inconstitucionalidad 24/2012. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 14 de mayo de 2013. Unanimidad de once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el siete de noviembre en curso, aprobó, con el número 31/2013 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de noviembre de dos mil trece.

Esta tesis se publicó el viernes 13 de diciembre de 2013 a las 13:20 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del jueves 2 de enero de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Ahora bien, para poder centrar la idea de este artículo, es importante señalar los dos numerales que no se ajustan al parámetro constitucional referente a la oportunidad de obtener sendos beneficios preliberacionales, tomando como base los propósitos de la reinserción social.

Artículo 137. Requisitos para la obtención de la libertad condicionada

Para la obtención de alguna de las medidas de libertad condicionada, el Juez deberá observar que la persona sentenciada cumpla los siguientes requisitos:

I.- Que no se le haya dictado diversa sentencia condenatoria firme;

Artículo 141. Solicitud de la libertad anticipada

El otorgamiento de la libertad anticipada extingue la pena de prisión y otorga libertad al sentenciado. Solamente persistirán, en su caso, las medidas de seguridad o sanciones no privativas de la libertad que se hayan determinado en la sentencia correspondiente. El beneficio de libertad anticipada se tramitará ante el Juez de Ejecución, a petición del sentenciado, su defensor, el Ministerio Público o a propuesta de la Autoridad Penitenciaria, notificando a la víctima u ofendido.

Para conceder la medida de libertad anticipada la persona sentenciada deberá además contar con los siguientes requisitos:

I.- Que no se le haya dictado diversa sentencia condenatoria firme;

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hace una acotación de suma importancia sobre el tema de la reinserción social, y dice *para su reinserción se prevé un conjunto de actividades y programas que se diseñan y aplican para permitir a las personas condenadas a pena privativa de la libertad en los establecimientos de reclusión su regreso a la sociedad.*

Evidentemente, ese conjunto de actividades están relacionadas con la educación, la salud, el deporte y el trabajo; en ese mismo contexto se encuentra la Ley Nacional de Ejecución Penal, y se lee acorde con los parámetros establecidos en la norma fundamental; sin embargo, si bien el legislador tiene la facultad de fijar posturas armónicas entre las leyes, no se encuentra ninguna justificación para la restricción que imponen los artículos 137 y 141 ya citados.

La restricción que aludo la encontramos, en la fracción I, de sendos numerales; es decir, que los beneficios aludidos únicamente se aplicarán a las personas que sean *primodelincuentes*.

Y aquí es donde encontramos la violación al artículo 1° y 18 de la Constitución General de la República, al no prever el legislador que esa restricción es contraria a los derechos humanos impulsados de manera preponderante por todas las autoridades de nuestro país, pero que en esta ley se contrapone.

Analizando el texto del artículo 1° de la Constitución Federal, previo a la reforma de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once. La trascendencia de esta reforma constitucional radica, entre otros aspectos, en el cambio de la visión de protección de derechos, al sustituirse el término de “garantías otorgadas” por la Constitución, por el de “derechos humanos reconocidos” en la misma Carta Magna.

Además, se incorporó como directriz constitucional el principio pro homine, en virtud del cual todas las normas relativas a la protección de derechos humanos deberán interpretarse de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Razón por la cual todas las autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. El objeto y fin del reconocimiento positivo convencional y constitucional de los derechos humanos está dirigido a garantizar la protección de la dignidad humana.¹

¹ Proyecto del Ministro José Ramón Cossío Díaz, en el amparo directo en revisión 6280/2014.

Han sido numerosos los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los órganos jurisdiccionales sobre el tema de los derechos humanos, analizando el contenido del artículo 1°; los foros jurídicos, los planteamientos en torno al respeto irrestricto principalmente a la dignidad de la persona es vasta.

Al resolver el amparo directo en revisión número 909/2014, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de manera breve, enunció lo siguiente:

1. En primer lugar, el Tribunal Pleno estableció en esa resolución que el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de diez de junio de dos mil once– obliga a todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona.

La restricción encontrada en la Ley Nacional de Ejecución Penal, no se encuentra en la Constitución y tampoco se observa en la exposición de motivos de dicha ley nacional, por lo que entonces se le contrapone, pues las leyes secundarias deben ser acordes con ella.

Cito una parte de la exposición de motivos de la ley nacional.

Modificación de la pena

Dado el carácter auxiliar de las autoridades administrativas, para que las y los jueces de ejecución

cumplan cabalmente su tarea constitucional en términos del artículo 21 constitucional requieren contar con facultades para:

a) Garantizar los derechos de las personas privadas de la libertad, resolviendo con poder coactivo los conflictos que en este ámbito se presenten con las autoridades administrativas auxiliares.

b) Conocer y resolver las controversias relativas a la aplicación, modificación y duración de las penas en fase de ejecución, así como a la reparación del daño a favor de la víctima del delito.

Con la judicialización de las penas se introducen métodos propios de la jurisdicción, que debe tomar en cuenta medios de prueba verificables y refutables respecto de hechos jurídicamente relevantes –como el comportamiento intra muros–. Por ello, debe prescindirse de diagnósticos y pronósticos sobre la personalidad de las personas privadas de la libertad. Sería un fraude de etiquetas seguir considerando que estas personas están «en condiciones de ser reinsertadas», puesto que ello equivaldría justamente a calificarlas como «readaptadas» o «no readaptadas» para, a partir de ello, determinar la duración real de la pena. En ese caso, no hubiera tenido sentido la adopción del concepto de reinsertación y la creación de las y los jueces de ejecución.

Y es aquí en donde cobran relevancia, las siguientes preguntas: los jueces de ejecución ante los que se solicite la concesión de los beneficios que he venido citando, al ser jueces de legalidad ¿deberán aplicar al principio *pro persona*? ¿será necesario que sea vía promoción de la demanda de amparo, que se tilden de inconstitucionales los numerales 137 o 141, según sea el caso?

De igual manera se trastoca el derecho de acceso a la justicia, en sus tópicos de pronta y expedita.

Es por eso que se considera como discriminatoria la restricción encontrada en los numerales en cita, porque se vulnera la igualdad de quienes se encuentren compurgando alguna pena de prisión, ya que cualquier condena previa por el delito que fuere, ya sea de delitos *culposos o dolosos*, el sentenciado que haya cubierto la temporalidad y, además, haya cubierto el plan de actividades programado desde su ingreso al centro penitenciario, no tendría acceso a estos beneficios y, por ende, se encuentran ante un trato desigual que riñe con el postulado constitucional en el tópico de la reinsertación social.

Es pertinente señalar que el ámbito de consenso entre los legisladores y la mecánica en que se efectúa una reforma constitucional, no es la misma en una reforma a la norma secundaria. Para reformar la Constitución es necesario observar lo que dice el numeral 135:

Artículo 135.- La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

(ADICIONADO [N. DE E. REFORMADO Y REUBICADO ANTES PARTE FINAL DEL PRIMER PÁRRAFO], D.O.F. 21 DE OCTUBRE DE 1966)

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Es por eso, que al no haber ninguna justificación del legislador creador de la ley especial al condicionar el acceso a los beneficios, únicamente para los primodelincuentes,

se puede tornar como un acto de discriminación, ya que el primer requisito exigido en los numerales 137 y 141 aludidos, trastoca el espíritu del concepto de reinserción social que fue el tema esencial del Constituyente, máxime que el ámbito del legislador no es ilimitado, sino que debe observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, tal como se advierte del criterio que más adelante se transcribe.

Es verdad que la pena es la consecuencia del delito; sin embargo, se ha considerado como la *última ratio* por ser la que afecta directamente al individuo, de ahí la relación tan estrecha entre la norma penal y la Constitución.

Es por eso que considero que el debate realizado por el Permanente al reformar el numeral 18 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se amplió el espectro de las actividades a realizar por los internos de los centros penitenciarios, para alcanzar la reinserción social. Este concepto es de suma importancia, porque no se trata simplemente de realizar esas actividades educativas, deportivas, el trabajo y su capacitación para el mismo, sino de dignificar al individuo, para que con base en ese plan de actividades contemplado en la ley especial, se convenza de que la conducta de reproche imputada debe ser superada, por ello los alicientes de encontrarse otra vez en libertad se plasmaron en los beneficios citados; sin embargo, la restricción a la cual he referido, pudiera echar abajo esa reforma por el trato desigual.

El criterio aludido se encuentra contenido en la jurisprudencia P./J. 130/2007, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Tomo XXVI, diciembre de 2007, página 8, que dice:

GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE

RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.

Es sabido que las personas que han delinquido por primera vez, dependiendo de la conducta antijurídica realizada, pueden llegar a disfrutar de los beneficios sustitutivos y suspensivos de la pena de prisión, según analice el órgano jurisdiccional; pero para los que no pueden acceder a esos privilegios por la magnitud del daño causado, esta nueva ley nacional contempla generosas reducciones a la pena de prisión impuesta, siempre y cuando se cumplan los requisitos señalados, como lo es la primodelincuencia; y es aquí donde de nueva cuenta señalo que hay una distinción, ya que las personas que cuenten con más de una sentencia condenatoria, ya sea, incluso, hasta por un delito culposo, no podrán disfrutar de los mismos.

¿Será que para esas personas no se pensó en reinsertarlos a la sociedad, y únicamente que cumplan la condena impuesta? o ¿la reinserción social solamente

radica en las actividades a desarrollar en prisión, y no los incentivos contemplados en la ley especial?

Cito como ejemplo una interpretación sobre el tema de igualdad.

Época: Décima Época

Registro: 2011879

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 17 de junio de 2016 10:17 h

Materia(s): (Constitucional)

Tesis: 1a. CLXXI/2016 (10a.)

IGUALDAD ANTE LA LEY. ALCANCES DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL CUANDO SE RECLAMA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA DIFERENCIACIÓN EXPRESA.

El derecho fundamental a la igualdad, en su vertiente de igualdad formal o igualdad ante la ley, comporta un mandato dirigido al legislador que ordena el igual tratamiento a todas las personas en la distribución de los derechos y obligaciones. Así, existe discriminación normativa cuando dos supuestos de hecho equivalentes son regulados de forma desigual, sin que exista una justificación razonable para otorgar ese trato diferenciado. En este orden de ideas, cuando se aduce el carácter discriminatorio de una diferenciación expresa, el principio de igualdad sólo da cobertura a la pretensión del quejoso que busca quedar comprendido en régimen jurídico del que es excluido y, en consecuencia, que no se le aplique el régimen jurídico creado expresamente para su situación. De acuerdo con lo anterior, desde la perspectiva del derecho a la igualdad, existe imposibilidad jurídica para reparar la supuesta violación a la igualdad

cuando lo que se reclama es la inconstitucionalidad de la diferenciación expresa, pero lo que se pretende en realidad es que se invalide el régimen jurídico creado para un tercero y, como resultado de esa invalidez, este último tenga que quedar comprendido en el régimen jurídico aplicable al quejoso.

Amparo directo en revisión 3445/2014. Servicios Administrativos AZU, S.A. de C.V. 22 de abril de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente en el que se aparta del criterio contenido en la presente tesis; Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente en el que se aparta del criterio contenido en la presente tesis. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Sin duda alguna, esta restricción desalentaría los programas que se han plasmado en la Ley Nacional de Ejecución Penal, porque contrario a lo argumentado por los legisladores y sus impulsores, esta nueva ley es regresiva y contraria a lo observado en nuestra Constitución, así como al numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dicen:

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

- 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*
- 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*
- 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.*

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Artículo 10.

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2.

a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3.- El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Como podemos advertir, tanto nuestra Constitución como los instrumentos internacionales, son acordes con el tratamiento que se debe implementar en las ejecuciones de las penas que impliquen prisión, tomando

como base la reinserción social de las personas; pero esto no acontece en la ley especial.

III. Conclusiones

Considero que uno de los principios de los derechos humanos recogidos en el artículo 1° de la Constitución General de la República no ha sido del todo cumplido. Me refiero al de progresividad, pues la Ley Nacional de Ejecución Penal, si bien hace una reducción importante del tiempo que debe permanecer una persona en prisión, con la excepción de tres delitos que han generado un alto impacto en nuestra sociedad, el disfrute de esos beneficios los encausa únicamente para las personas que, por primera vez, compuran una pena de prisión.

Esa distinción genera desigualdad en el trato a las personas privadas de la libertad, porque desalienta el cumplir con los programas de actividades planeados para todos los internos, ya que si bien parte del objetivo, es capacitarlos para el trabajo, que reciban una educación, cuiden su salud y practiquen algún deporte, como base de su reinserción social, el no existir un aliciente para ver reducida la condena impuesta por tener una sentencia previa (de delito culposo incluso), restricción que no se encuentra en la Constitución y solamente retarda la impartición de justicia de manera pronta y expedita.

IV. Bibliografía

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- *Ley Nacional de Ejecución Penal.*
- *Proyecto del Ministro José Ramón Cossío Díaz, en el amparo directo en revisión 6280/2014.*
- Sarre, Miguel: “Debido proceso y ejecución penal, reforma constitucional 2008”.

La importancia del primer respondiente en el nuevo sistema de justicia penal mexicano

*Esperanza Soto Alonso**

Los casos no se ganan ni se pierden en los Juzgados; se ganan o se pierden en el lugar de intervención.¹

RESUMEN: El primer respondiente es una figura que se adopta en nuestro país, a partir de la implementación del sistema de juicios orales en materia penal y derivado de la necesidad de homologar la actuación de las autoridades responsables de la seguridad pública y de las encargadas, según el Código Nacional de Procedimientos Penales, de la intervención en primer término, al conocer un hecho con apariencia de delito. Es un tema que debe ser relevante para todo abogado: para el que funge como ministerio público, ya que el primer respondiente es su auxiliar, quien construirá los cimientos de su investigación, la piedra angular de donde parte su teoría del caso; para el que actúa como defensor, porque los errores, falta de capacitación, malas actuaciones del primer respondiente, serán un punto medular

* Oficial Administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública.

¹ *Manual del instructor...* cit., p 49.

“No se debe ignorar que casi el 95% de los casos en un Sistema Acusatorio, no se resuelven con sentencia producto de juicio, sino por el valor probatorio que tiene la actuación policial”.

para desvirtuar la imputación del fiscal. Es por ello que se puede llegar a la afirmación de que el primer respondiente es el corazón del nuevo sistema de justicia penal.

SUMARIO: I. Introducción. II. Relevancia del primer respondiente y alcances de su actuación. III. Marco jurídico. IV. El primer respondiente en las diversas etapas del procedimiento penal acusatorio: inicial, intermedia y de juicio. V. La policía en el Código Nacional de Procedimientos Penales. VI. La importancia de la cadena de custodia en las evidencias obtenidas por el primer respondiente. VII. El primer respondiente y su actuación respecto a víctimas, personas indígenas y adolescentes. VIII. Ejército y Fuerzas Armadas del país en apoyo al primer respondiente. IX. Comentarios. X. Bibliografía.

I. Introducción

El propósito del presente trabajo no es agotar el contenido del Protocolo Nacional de Primer Respondiente, emitido por la Secretaría de Gobernación en coordinación con diferentes organismos, como son: la Comisión Nacional de Seguridad, la Policía Federal, el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública y la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, la Procuraduría General de la República, entre otras; presentado con el fin de homologar las actividades que realizarán las autoridades que conocen las primicias de la noticia criminal para dar inicio a la investigación; ello, conforme a lo establecido en la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales de los que México es parte y el Código Nacional de Procedimientos Penales. Este artículo es únicamente una contribución informativa que busca trascender los límites de las instituciones policiacas, para dar a conocer al abogado litigante, al defensor público y particular y, en general, a todo público, acerca de esta novedosa e importante figura en nuestro país.

Definido por el propio protocolo, el primer respondiente es *la primera autoridad con funciones de seguridad pública en el lugar de la intervención* y a quien *le compete corroborar la denuncia, localizar, descubrir o recibir aportaciones de indicios o elementos materiales probatorios y realizar la detención en caso de flagrancia*.²

En México, se sustenta en los Acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Pública en su Trigésima Octava Sesión Ordinaria, celebrada el 21 de agosto de 2015, y publicados en el Diario Oficial de la Federación el 5 de octubre de ese mismo año; por medio de los cuales, el Consejo Nacional de Seguridad Pública ratificó el acuerdo CNPJ/XXXIII/11/2015 aprobado por la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, mediante el cual se aprobó el Protocolo Nacional de Primer Respondiente con los anexos de Informe Policial Homologado, Cartilla de Derechos y Mapa del Procedimiento; asimismo, aprueba el Protocolo Nacional de Seguridad en Salas, presentado por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, ambos, como instrumentos de actuación en el marco de la implementación del sistema de justicia penal acusatorio.³

² *Primer respondiente...* cit., pp, 11, 13.

³ Diario Oficial de la Federación, 05 de octubre de 2015.

II. Relevancia del primer respondiente y alcances de su actuación

El éxito en el sistema de justicia penal acusatorio, no únicamente se encuentra en la correcta aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales por parte de los operadores del sistema dentro de las instalaciones de los centros de justicia penal, ya que por las características que posee este sistema, lo ocurrido desde el momento en que se comete un delito hasta que el primer respondiente hace entrega del lugar donde fue cometido y las personas que intervinieron en el hecho, cobra suma relevancia. Todo ello derivado de la reforma constitucional de 2008, en donde fundamentalmente se establece que la autoridad que dirigirá la investigación criminal será el agente del ministerio público y bajo su mando se encuentra la policía, quien se encargará de la realización material de la mencionada investigación. Se deben destacar las diferencias entre la policía de investigación y la policía de instituciones de seguridad pública (municipal, estatal y federal); siendo la primera la responsable de llevar a cabo los actos de investigación dentro del procedimiento penal y, por su parte, la policía de instituciones de seguridad pública, limitará su participación enfocándose a la prevención del delito y detenciones en flagrancia *primer respondiente* en el lugar de los hechos o del hallazgo, o a ciertos actos de investigación siempre a solicitud del ministerio público. Lo anterior, tal y como lo disponen los artículos 3, fracción IX, 127, 131 y 212, del Código Nacional de Procedimientos Penales.⁴ A mayor abundamiento y de acuerdo con lo que disponen los numerales 16 y 21 de nuestra Carta Magna, se pueden establecer, al menos, dos momentos críticos en la intervención de las policías

⁴ *Manual del instructor...* cit., p 9.

que no pertenecen a instituciones de procuración de justicia dentro del procedimiento penal acusatorio. El primero relacionado con su participación en detenciones en flagrancia y, el segundo, como *primer respondiente* en una *escena del crimen*.⁵

Por lo que atendiendo a lo previsto por el artículo Décimo Primero Transitorio que dispone que a la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, en aquellos lugares donde se inicie la operación del proceso penal acusatorio, tanto en el ámbito federal como en el estatal, se deberá contar con el equipamiento necesario y con protocolos de investigación y de actuación del personal sustantivo y los manuales de procedimientos para el personal administrativo, pudiendo preverse la homologación de criterios metodológicos, técnicos y procedimentales, para lo cual podrán coordinarse los órganos y demás autoridades involucradas.⁶

Fue así, con la emisión del Protocolo Nacional Primer Respondiente, que conocimos la relevancia de esta figura como un pilar fundamental en la implementación del nuevo sistema de justicia penal y, además, le dimos la importancia a la profesionalización de la policía, ya que esta constituye un punto neurálgico de toda investigación del hecho con apariencia de delito, y no únicamente porque de él dependerá la conservación del lugar donde acontecieron los hechos hasta la llegada a ese lugar de los elementos investigadores que señala el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 127, siendo estos, la policía (investigadora y con capacidades para procesar), el agente del ministerio público y los peritos, sino también cobrará relevancia porque el primer respondiente es la

⁵ Hernández, Vázquez A. R.: "La policía..." cit.

⁶ Artículo Décimo Primero Transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales.

plataforma en la que tiene base la necesidad de justicia de nuestro país, ya que será el primer contacto, no solo con la escena del delito, sino también con la víctima, como lo prevé la fracción XII del artículo 132 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual lo obliga a prestar protección y auxilio inmediato; informarle sobre los derechos que en su favor se establecen; procurar que reciban atención médica y psicológica cuando sea necesaria; y, adoptar las medidas que se consideren necesarias, en el ámbito de su competencia, tendientes a evitar que se ponga en peligro su integridad física y psicológica.

¿Dónde inicia la intervención del primer respondiente? Cuando la autoridad que funge como tal recibe la noticia criminal o, en su caso, al momento de la detención en flagrancia, conforme a lo establecido en el artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que señala que se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia, entendiéndose que hay flagrancia cuando:

I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o

II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que: a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida

en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

¿Dónde culmina la intervención del primer respondiente? Con la entrega del lugar, escenario del crimen y las personas detenidas al agente del ministerio público o, en su caso, a los peritos. En determinado caso que el primer respondiente no sea una autoridad policiaca encargada de la seguridad pública, como señala el Código Nacional de Procedimientos Penales, sino alguna autoridad auxiliar, ya sea elementos de las Fuerzas Armadas, bomberos, elementos de protección civil, etc., culminará su intervención como primer respondiente con la entrega del lugar de los hechos y las personas detenidas a la policía. ¿Qué sucede cuando la detención la realiza un particular? Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo quinto, la detención en caso de flagrancia, puede ser realizada por *cualquier persona*. Para el jurista Hernández Barros, el sujeto particular desempeña transitoriamente una función pública delegada,⁷ lo que implicaría entonces que debe velar y hacer valer los derechos humanos del detenido y tratarlo con dignidad.

En su libro *Actuación del policía en la investigación inicial*, el maestro Jorge Arturo Gutiérrez Ortiz señala que: *La lógica nos dice que es correspondencia del Policía realizar la detención pero la exigencia social ha rebasado la permisibilidad, al grado de que han sido grupos de más de dos personas o grupos de colonos quienes han aprehendido a los agresores delincuenciales para luego ponerlos a disposición de*

⁷ Hernández Barros: *Aprehensión...* cit., p. 1780.

la Policía, situación que es permisible, siempre que no apliquen justicia privada y no se violenten los derechos humanos. Entonces en caso de flagrancia, es obligación de todo servidor público policiaco realizar detenciones y dejar registro de las mismas de conformidad al artículo 147 del Código Nacional de Procedimientos Penales.⁸ Esto es:

PARA EL:	ES UNA:
Ciudadano	Facultad
Policía	Obligación

Ya que el artículo del Código Nacional de Procedimientos Penales en mención, señala que cualquier persona podrá detener a otra en la comisión de un delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al detenido a la autoridad más próxima y esta, con la misma prontitud, al ministerio público. Los cuerpos de seguridad pública estarán obligados a detener a quienes cometan un delito flagrante y realizarán el registro de la detención.

III. Marco jurídico

El Protocolo Nacional de Actuación Primer Respondiente, tiene como sustento jurídico principal los ordenamientos legales siguientes:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.
- Ley General de Víctimas.

Instrumentos Internacionales:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁸ Gutiérrez Ortiz, J. A.: *Actuación...* cit., p. 66.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Leyes locales

- Constitución Estatal o el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.
- Leyes relacionadas con la seguridad pública de los estados e instituciones policiales.
- Ley Orgánica de la Procuraduría o Fiscalía del Estado.

Jurisprudencia

- Tesis número P./J.38/200, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la Novena Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el número de registro 192080, bajo el rubro: *EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SU PARTICIPACIÓN EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 129 DE LA CONSTITUCIÓN)*.
- Tesis número P./J. 37/2000, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la Novena Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el número de registro 192081, bajo el rubro: *EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. PUEDEN ACTUAR ACATANDO ÓRDENES DEL PRESIDENTE, CON ESTRICTO RESPETO A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, CUANDO SIN*

LLEGARSE A SITUACIONES QUE REQUIERAN LA SUSPENSIÓN DE AQUÉLLAS, HAGAN TEMER, FUNDADAMENTE, QUE DE NO ENFRENTARSE DE INMEDIATO SERÍA INMINENTE CAER EN CONDICIONES GRAVES QUE OBLIGARÍAN A DECRETARLA.

IV. El primer respondiente en las diversas etapas del procedimiento penal acusatorio: inicial, intermedia y de juicio

A la luz de los derechos humanos, el primer respondiente está preparado para rendir cuentas en las diversas etapas del procedimiento penal ante el juez correspondiente, en presencia del agente del ministerio público y del defensor del imputado. En este nuevo sistema de justicia penal, el primer respondiente no tendrá la oportunidad de *maquillar* sus actuaciones, ni el ministerio público *arreglar* las actuaciones del policía, sino que cada uno tendrá sus responsabilidades y sus atribuciones y, por separado, responderán con las debidas consecuencias de ley las fallas que cometan, ya que es de suma importancia que actúen con apego a derecho por las consecuencias directas que tienen sus actos en el proceso penal y, que además, tengan la capacitación adecuada para que al momento de declarar lo hagan de manera clara y precisa y expliquen la metodología a la que se ajustaron durante su intervención.⁹

En la etapa de investigación

El policía de instituciones de seguridad pública, es quien dentro del procedimiento penal acusatorio participa como primer respondiente en el lugar de los

hechos/hallazgo, en detenciones en flagrancia o, a solicitud del ministerio público, la realización de actos de investigación.

El ministerio público desempeña el rol de director y asesor jurídico, ya que ejerce la conducción y mando de la investigación en colaboración con la policía, orientando la búsqueda y obtención de indicios y evidencias.

Los servicios periciales es un área conformada por expertos forenses, quienes poseyendo especiales conocimientos teóricos, técnicos y prácticos en la ciencia, arte u oficio, emiten conclusiones técnico-científicas dentro de la investigación.

Al coordinador de la policía con capacidades para procesar, le compete la planeación, coordinación y formación de equipos de trabajo con su personal, asignando actividades específicas. Se entrevista con el primer respondiente y/o policía de investigación, evalúa el lugar de intervención, establece puesto de mando en coordinación con las instituciones intervinientes, realiza recorrido final en el lugar de intervención, recaba actas e indicios procesados para su entrega. El coordinador puede ser policía con capacidades para procesar.¹⁰

En la etapa intermedia

El ministerio público asume el rol de procurador de justicia, al determinar si con base en los datos obtenidos en la investigación formula acusación o no.

El policía de investigación asume el rol de asesor probatorio del ministerio público, el policía adscrito a instituciones de seguridad pública (primer respondiente) en esta etapa básicamente no tiene intervención.

⁹ Rodríguez Almeida, J. R.: "Nuevo... cit., p 13.

¹⁰ Protocolo Nacional de Actuación, *Policía con capacidades...* cit.

En la etapa de juicio

El ministerio público asume el rol de litigante en juicio, es decir, será quien comparezca ante el tribunal de enjuiciamiento a sostener su acusación.

El policía, tanto de investigación como el adscrito a instituciones de seguridad pública (primer respondiente), asumen el rol de testigos.¹¹

V. La policía en el Código Nacional de Procedimientos Penales

Según lo dispuesto por el artículo 132 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la policía actuará bajo la conducción y mando del ministerio público en la investigación de los delitos en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución, y sus obligaciones serán las siguientes:

- I. Recibir las denuncias sobre hechos que puedan ser constitutivos de delito e informar al Ministerio Público por cualquier medio y de forma inmediata de las diligencias practicadas;*
- II. Recibir denuncias anónimas e inmediatamente hacerlo del conocimiento del Ministerio Público a efecto de que éste coordine la investigación;*
- III. Realizar detenciones en los casos que autoriza la Constitución, haciendo saber a la persona detenida los derechos que ésta le otorga;*
- IV. Impedir que se consumen los delitos o que los hechos produzcan consecuencias ulteriores. Especialmente estará obligada a realizar todos los actos necesarios para evitar una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos de los gobernados a quienes tiene la obligación de proteger;*

¹¹ *Manual del Instructor...* cit., p. 10.

V. Actuar bajo el mando del Ministerio Público en el aseguramiento de bienes relacionados con la investigación de los delitos;

VI. Informar sin dilación por cualquier medio al Ministerio Público sobre la detención de cualquier persona, e inscribir inmediatamente las detenciones en el registro que al efecto establezcan las disposiciones aplicables;

VII. Practicar las inspecciones y otros actos de investigación, así como reportar sus resultados al Ministerio Público. En aquellos que se requiera autorización judicial, deberá solicitarla a través del Ministerio Público;

VIII. Preservar el lugar de los hechos o del hallazgo y en general, realizar todos los actos necesarios para garantizar la integridad de los indicios. En su caso deberá dar aviso a la Policía con capacidades para procesar la escena del hecho y al Ministerio Público conforme a las disposiciones previstas en este Código y en la legislación aplicable;

IX. Recolectar y resguardar objetos relacionados con la investigación de los delitos, en los términos de la fracción anterior;

X. Entrevistar a las personas que pudieran aportar algún dato o elemento para la investigación;

XI. Requerir a las autoridades competentes y solicitar a las personas físicas o morales, informes y documentos para fines de la investigación. En caso de negativa, informará al Ministerio Público para que determine lo conducente;

XII. Proporcionar atención a víctimas u ofendidos o testigos del delito, para tal efecto, deberá:

a) Prestar protección y auxilio inmediato, de conformidad con las disposiciones aplicables;

b) Informar a la víctima u ofendido sobre los derechos que en su favor se establecen;

c) Procurar que reciban atención médica y psicológica cuando sea necesaria, y

d) Adoptar las medidas que se consideren necesarias, en el ámbito de su competencia, tendientes a evitar que se ponga en peligro su integridad física y psicológica;

XIII. Dar cumplimiento a los mandamientos ministeriales y jurisdiccionales que les sean instruidos;

XIV. Emitir el informe policial y demás documentos, de conformidad con las disposiciones aplicables. Para tal efecto se podrá apoyar en los conocimientos que resulten necesarios, sin que ello tenga el carácter de informes periciales, y

XV. Las demás que le confieran este Código y otras disposiciones aplicables.

La policía estará bajo el mando y conducción del ministerio público, mediante lo dispuesto en el artículo 131 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la institución encargada de ordenar o supervisar al primer respondiente, policía y peritos, según sea el caso, la aplicación y ejecución de las medidas necesarias para impedir que se pierdan, destruyan o alteren los indicios una vez que tenga noticia del mismo, así como cerciorarse de que se han seguido las reglas y protocolos para su preservación y procesamiento. Dichos protocolos son, entre otros, los siguientes: Guía Nacional de Cadena de Custodia; Protocolo Nacional de Actuación-Primer Respondiente; Protocolo Nacional de Actuación-Policía con Capacidades para procesar el lugar de intervención; Protocolo Nacional de Actuación-Traslado; Protocolo Nacional de Actuación-Seguridad en Salas.

El artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales faculta al policía para realizar la detención material de una persona sin orden judicial en caso de flagrancia, en el entendido de que existe flagrancia cuando: I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito; o; II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que: a) es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente; o; b) cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito; y, cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

Además, es importante señalar que la preparación del primer respondiente debe ir más allá del conocimiento de una correcta detención, con el debido empleo del uso de la fuerza, si fuera necesario, sino que tiene que estar capacitado para las diversas circunstancias que se le pudieran presentar, por ejemplo, en el caso de que el detenido sea extranjero, según lo dispuesto por el artículo 151 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el primer respondiente, deberá hacerle saber, sin demora, su derecho a recibir asistencia consular, por lo que le permitirá comunicarse con las embajadas o consulados de los países respecto de los que sea nacional.

Los derechos que asisten al detenido, como lo señala el artículo 152 del Código Nacional de Procedimientos Penales, y que deberán ser dados a conocer por parte de las autoridades que ejecuten una detención por flagrancia o caso urgente son los siguientes:

I. El derecho a informar a alguien de su detención;

II. El derecho a consultar en privado con su Defensor;

III. El derecho a recibir una notificación escrita que establezca los derechos establecidos en las fracciones anteriores y las medidas que debe tomar para la obtención de asesoría legal;

IV. El derecho a ser colocado en una celda en condiciones dignas y con acceso a aseo personal;

V. El derecho a no estar detenido desnudo o en prendas íntimas;

VI. Cuando, para los fines de la investigación sea necesario que el detenido entregue su ropa, se le proveerán prendas de vestir, y

VII. El derecho a recibir atención clínica si padece una enfermedad física, se lesiona o parece estar sufriendo de un trastorno mental.

VI. La importancia de la cadena de custodia en las evidencias obtenidas por el primer respondiente

Si nos preguntáramos cuál sería el instituto del derecho forense más importante del sistema acusatorio, sin duda alguna responderíamos la cadena de custodia, ya que al ser el medio de conocimiento científico, es la prueba reina del proceso penal pues y ello precisamente porque sin ella no se puede demostrar la autenticidad de la evidencia, perdiendo su valor probatorio y quedando inutilizable tanto como para la defensa como para la acusación, con lo que se pone en evidencia que el *Protocolo de la Cadena de Custodia* tiene una importancia trascendental en cualquier sistema de administración de justicia.

Debe quedar garantizado el respeto a la cadena de custodia y el cumplimiento de las normas reglamentarias y los postulados científicos que la orientan, siempre que en cualquier procedimiento policiaco, investigativo, judicial y pericial, se relacione de alguna manera con indicio

físico o biológico, ya que como señala la Guía Nacional de Cadena de Custodia:

*Si se tiene en cuenta que en el sistema acusatorio la prueba se practica directa y concentradamente dentro del juicio oral, en las diferentes audiencias, se resalta la gran importancia de demostrar la utilización correcta de la Cadena de Custodia y el cumplimiento de sus normas y procedimientos, como una garantía para el derecho de defensa y como una obligación de la parte acusatoria, fundamento esencial en la cláusula de exclusión.*¹²

Para los juristas Herbert Benavente Chorres y José Daniel Hidalgo Murillo, la cadena de custodia tiene relación con la *mismidad de la prueba*. Con ello se refieren a que *es necesario tener la seguridad de lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento*.¹³

En el Código Nacional de Procedimientos Penales podemos encontrar lo relativo a la cadena de custodia en el artículo 227, que señala que es el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión. Con el fin de corroborar los elementos materiales probatorios y la evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado, lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado; igualmente, se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que

¹² *Cadena de Custodia. Guía Nacional*, cit.

¹³ Benavente Chorres, H. e Hidalgo Murillo, J.D.: *Código...* cit.

hayan estado en contacto con esos elementos, siendo responsables de realizarla quienes en cumplimiento de las funciones propias de su encargo o actividad, en los términos de ley, tengan contacto con los indicios, vestigios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo. Cuando durante el procedimiento de cadena de custodia los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito se alteren, no perderán su valor probatorio, a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate. Los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito deberán concatenarse con otros medios probatorios para tal fin. Lo anterior, con independencia de la responsabilidad en que pudieran incurrir los servidores públicos por la inobservancia de este procedimiento.

Estos artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales anteriormente comentados se apoyan también, entre otras, con la tesis con número de registro 2004653, de la Décima Época, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que señala:

Como la intención de recabar indicios en una escena del crimen es que éstos generen el mayor grado de convicción en el juzgador, es necesario respetar la llamada «cadena de custodia», que consiste en el registro de los movimientos de la evidencia, es decir, es el historial de «vida» de un elemento de evidencia, desde que se descubre hasta que ya no se necesita. Así, en definitiva, la cadena de custodia es el conjunto de medidas que deben tomarse para preservar integralmente las evidencias encontradas en una escena del crimen, convirtiéndose en requisitos

esenciales para su posterior validez. Su finalidad es garantizar que todos los indicios recabados sean efectivamente los que se reciban posteriormente en los laboratorios para su análisis, debiendo conocer para tal efecto el itinerario de cómo llegaron hasta tal fase, así como el nombre de las personas que se encargaron de su manejo, pues, de lo contrario, no podrían tener algún alcance probatorio, pues carecerían del elemento fundamental en este tipo de investigaciones consistente en la fiabilidad.¹⁴

VII. El primer respondiente y su actuación respecto a víctimas, personas indígenas y adolescentes

En los últimos años se ha dado un cambio de paradigma en cuanto a los derechos que deben ser cubiertos por el Estado para asistir a la víctima, esto a nivel no solo nacional, ya que el ciudadano al ser víctima de un delito, le asiste el derecho fundamental de recibir un servicio especial que comprenda tanto la acogida, el acompañamiento y la asistencia en todas sus facetas, además del derecho a una compensación por los daños sufridos.¹⁵

¿Cuál es la importancia de que el primer respondiente conozca los derechos de las víctimas? No hay que perder de vista que el policía, y en este caso, el primer respondiente, es quien establecerá el primer contacto por parte del Estado con la víctima, el cual será clave durante el proceso de transición vivido desde el momento en que

¹⁴ CADENA DE CUSTODIA. DEBE RESPETARSE PARA QUE LOS INDICIOS RECABADOS EN LA ESCENA DEL CRIMEN GENEREN CONVICCIÓN EN EL JUZGADOR. Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Registro: 2004653, Primera Sala, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, Tesis: 1a. CCXCV/2013 (10a.), página: 1043.

¹⁵ Peters, T.: *La policía...* cit.

esta sufrió un daño, hasta que el Estado le brinde los canales adecuados para acceder a una justicia pronta y retributiva.¹⁶

Es precisamente por el nombrado *cambio de chip* que trajo aparejado la entrada en vigor del sistema de justicia penal, que se debe de cambiar la mentalidad del primer respondiente, profundizar en su capacitación, ya que será indispensable para él, conocer los derechos que tiene la víctima para que al momento de recibir la denuncia del hecho delictivo o al momento de realizar la detención en flagrancia, pueda proporcionar información adecuada del proceso a realizar, acompañar a las víctimas o realizar su traslado para atención médica y psicológica oportuna.¹⁷

En la legislación nacional, podemos encontrar en la Ley General de Víctimas, en su artículo 127, que está directamente relacionado con los artículos 109 del Código Nacional de Procedimientos Penales y el 20 apartado C de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que es deber de las policías de los distintos órdenes de gobierno:

- I. Informar a la víctima, desde el momento en que se presente o comparezca ante él, los derechos que le otorga la Constitución y los tratados internacionales, el código penal y procesal penal respectivo y las demás disposiciones aplicables, así como el alcance de esos derechos, debiendo dejar constancia escrita de la lectura y explicación realizada;
- II. Permitir la participación de la víctima y su defensor en procedimientos encaminados a la procuración de justicia, así como el ejercicio de su coadyuvancia;
- III. Facilitar el acceso de la víctima a la investigación, con el objeto de respetar su derecho a la verdad;

¹⁶ Rodríguez Almedia, J.: *Op. cit.*, p. 12.

¹⁷ Marchiori, H.: "Delito y... cit.

IV. Colaborar con los tribunales de justicia, el ministerio público, las procuradurías, contralorías y demás autoridades en todas las actuaciones policiales requeridas;

V. Remitir los datos de prueba e informes respectivos, con debida diligencia en concordancia con el artículo 5 de la presente Ley;

VI. Respetar las mejores prácticas y los estándares mínimos de derecho internacional de los derechos humanos, y

VII. Mantener actualizados los registros en cumplimiento de esta Ley y de las leyes conforme su competencia.

En el caso de adolescentes, el primer respondiente tiene también obligaciones singulares, ya que la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, en su artículo 74 señala que, además de las obligaciones que establezcan otros ordenamientos legales aplicables, deberán:

- I. Utilizar un lenguaje sencillo y comprensible cuando se dirija a ésta;
- II. Abstenerse de esposar a las personas adolescentes detenidas, a menos que exista un riesgo real inminente y fundado de que la persona pueda causar un daño para sí o para otros;
- III. Hacer uso razonable de la fuerza únicamente en caso de extrema necesidad y hacerlo de manera legítima, proporcional, gradual y oportuna;
- IV. Permitir que la persona adolescente detenida sea acompañada por quienes ejercen la patria potestad, tutela o por persona de su confianza;
- V. Realizar inmediatamente el Registro de la detención;
- VI. Informar al adolescente la causa de su detención y los derechos que le reconocen los ordenamientos aplicables, y

VII. Poner a la persona adolescente inmediatamente y sin demora, a la disposición del Agente del Ministerio Público Especializado.

Bajo ninguna circunstancia podrá exhibir o exponer públicamente al niño, niña o adolescente y deberá tener especial cuidado en no publicar o divulgar grabación, filmación o imagen o cualquier otra información relacionada con los mismos, según lo previsto en el último párrafo del artículo en comento.

Ahora, tratándose de comunidades indígenas, el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, el primer respondiente debe garantizar, en primer término, el respeto a los derechos humanos y realizar la detención de la persona indígena, apegado a derecho conforme a las garantías que goza todo detenido y, además, deberá observar que dichas personas tienen derecho a recibir garantías especiales y formas de protección¹⁸ por el simple hecho de auto identificarse como indígena y/o de pertenecer a una comunidad indígena, ya que basta su simple dicho para que esto quede acreditado,¹⁹ a pesar de hablar y conocer el idioma español, deberá contar con un intérprete que conozca su lengua y cultura,²⁰ por lo que el agente primer respondiente en ningún momento debe humillar, sobajar, ni insultar o hablar de manera peyorativa a la persona indígena, ni ser objeto de ninguna clase de discriminación, según lo previsto por el artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁸ Artículo 5. Ley General de Víctimas.

¹⁹ *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia...* cit., p. 29.

²⁰ Artículos 45 y 109, fracción XI, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

VIII. Ejército y Fuerzas Armadas del país en apoyo al primer respondiente

Como se mencionó en líneas anteriores, la finalidad del Protocolo Nacional de Primer Respondiente es homologar la actuación para las autoridades civiles que participan en las actividades de seguridad pública, desde el momento en que tengan conocimiento de la noticia criminal, la detención en flagrancia de las personas que participaron en el hecho considerado por la ley como delito, así como la preservación del lugar de los hechos, el registro de sus actuaciones en el informe policial homologado y la puesta a disposición de objetos y personas ante el ministerio público.

Es así que debe hacerse hincapié en que las actividades anteriormente mencionadas estarán a cargo y bajo la responsabilidad de las autoridades civiles encargadas de la seguridad pública y de las o los peritos bajo el mando y conducción del ministerio público.

En ese contexto, y para establecer las bases de actuación del personal militar en apoyo a dichas autoridades, la Secretaría de la Defensa Nacional emitió el *Procedimiento sistemático de operar en la actuación del personal del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en apoyo de autoridades civiles encargadas de la seguridad pública*, cuyo propósito es, principalmente, promover, respetar, proteger y garantizar la libertad, la seguridad y los derechos humanos, reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y Tratados Internacionales y, además, regular la actividad de los hombres y mujeres militares para evitar que incurran en responsabilidad penal o administrativa, dotándolos de lineamientos normativos exigibles por el sistema de justicia penal acusatorio.

El mencionado procedimiento tiene como objetivo establecer los lineamientos que debe observar el personal del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos que desarrolla estas actividades, a fin de establecer una unidad de acción adecuada, conservación y preservación del lugar de los hechos o del hallazgo, que permitan a dichas autoridades civiles cumplir con sus actividades de investigación del delito en el sitio del crimen.

Entre otras situaciones relevantes, señala que durante las actividades de apoyo y ante la ausencia de autoridades civiles responsables de la seguridad pública, la autoridad militar que haya detenido a personas en el momento de la comisión de algún delito o inmediatamente después, están obligadas a presentarlas, sin demora alguna, ante la agencia del ministerio público competente, esto mediante comparecencia, procediendo solo en casos de urgencia o cuando las circunstancias de tiempo, lugar u otra lo ameriten o, en su caso, de manera escrita, precisando la autoridad que funja como agente del ministerio público al que va dirigida la puesta a disposición, los datos de la autoridad militar, en su caso, las circunstancias que demoren la puesta a disposición, de la o las personas detenidas, siendo, entre otras, condiciones climatológicas adversas, grandes distancias, entre el lugar de la detención y el domicilio oficial de la autoridad competente, condiciones accidentadas de las vías de comunicación, etc.; señalar la hora, el día, mes y año, de la detención de personas, indicar coordenadas, calle o referencia de la misma, colonia, municipio, estado, código postal; en caso de caminos o carreteras, especificar el kilómetro o distancia aproximada y, a continuación, una narración detallada de lo acontecido con motivo del aseguramiento, mediante una descripción cronológica de los hechos, la causa de la detención en flagrancia, observando siempre lo

establecido en el *Manual del uso de la fuerza de aplicación común a las tres Fuerzas Armadas*; deberá ser elaborado y firmado por el personal militar que intervino directamente en la detención, sin importar el grado, arma o servicio, además, se asentará el nombre de dos testigos a los que les consten todos los hechos.

Es importante hacer mención que una vez realizada la entrega y recepción del lugar de los hechos y/o hallazgo a la autoridad receptora, el o la responsable, informará sobre el particular a su comandante y únicamente proporcionará seguridad perimetral, sin que tengan ningún tipo de intervención en el procesamiento del lugar de los hechos y/o del hallazgo, a solicitud del agente del ministerio público.

En consecuencia y de la lectura de los párrafos anteriores, arribamos a la conclusión de que el Ejército y las Fuerzas Armadas Mexicanas, por regla general, no son primer respondiente, sino que únicamente en situaciones que por circunstancias especiales y ante la ausencia de la autoridad civil responsable de la seguridad pública, puede fungir como tal, además y preferentemente debe estar acompañado de cuando menos dos servidores públicos (policías investigadores o investigadoras, policías con facultades para procesar el lugar de los hechos o peritos, sean federales o locales y las o los agentes del ministerio público), responsables de realizar la función de seguridad pública e investigación de los delitos, a la mayor brevedad posible y según sea el caso.

IX. Comentarios

A manera de conclusión, se puede arribar al concepto de que el primer respondiente no es la figura de antaño de policía de reacción, sino que en este sistema de justicia penal adversarial, será la autoridad con funciones de

seguridad pública que deberá reunir ciertas exigencias para llevar con éxito cada etapa del procedimiento penal; esto implica, tratándose en específico de la figura del policía, que éste debe ser un elemento calificado, por lo que a manera de propuesta sería interesante que se contara con primeros respondientes con un nivel académico de nivel medio superior y superior, con la debida preparación para enfrentar las responsabilidades que trae aparejadas el procedimiento del nuevo sistema de justicia penal, con sueldos y prestaciones según dichas responsabilidades, con el debido conocimiento en materia de derechos humanos y de atención a la víctima del delito.

Además, como se puede apreciar en lo anteriormente reseñado de manera muy breve, en el nuevo sistema de justicia penal adversarial, donde a partir de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 se instituyeron para el policía facultades muy detalladas, al ser esta autoridad en la mayoría de los casos, la primera en intervenir y conocer del hecho que la ley señala como delito, realizar el aseguramiento del escenario donde se cometió y de los indicios, en el lugar de los hechos del crimen, además de la protección a las víctimas. De aquí deriva la relevancia de señalar que en esta transformación histórica de nuestro sistema de justicia, vamos a poder apreciar cómo la estructura de la justicia pronta y efectiva, se consolida con base en la capacitación de todos y cada uno de los engranes que conforman ese sistema. Es por eso que no solo basta equipo y tecnología para el primer respondiente, se necesita que los modelos de capacitación sean vanguardistas y acordes con la formación requerida para la función policial, además de las competencias requeridas para su actuación para desempeñarse adecuadamente de acuerdo con las funciones y responsabilidades que se desprenden de la entrada en vigor del sistema de justicia penal actual.

En mi opinión, el Estado mexicano enfrenta otro reto, que es el de la desmilitarización de la seguridad pública, ya que la ley es muy clara en cuanto a que estas labores son exclusivas de la policía. Con esta regulación en las funciones militares, además se beneficiaría al militar, que no cuenta con capacitación policial de seguridad pública, ya que sus facultades son únicamente en cuanto a seguridad nacional, para evitarse responsabilidades tanto administrativas como penales. Situación que es por demás conocida en nuestro país, de circunstancias donde se han visto responsables elementos castrenses por imponerles a realizar labores para las cuales no recibieron formación alguna.

X. Bibliografía

- Benavente Chorres, Herbert e Hidalgo Murillo, José Daniel: *Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado*. Flores Editor y Distribuidor, México, D.F., 2014.
- *Cadena de Custodia. Guía Nacional, conferencias nacionales conjuntas de procuración de justicia y de secretarios de seguridad pública*. Secretaría de Gobernación, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal y Procuraduría General de la República, versión 1.0.
- *Código Nacional de Procedimientos Penales*.
- *Diario Oficial de la Federación*, 05 de octubre de 2015.
- Gutiérrez Ortiz, Jorge Arturo: *Actuación del policía en la investigación inicial*. Gutiérrez de Alba editores, México 2016.
- Hernández Barros: *Aprehensión, detención y flagrancia*.

- Hernández Vázquez, Alfonso: “La policía en el nuevo sistema de justicia penal”, en *Nuevo sistema de justicia penal, Revista semestral del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal*, año VI, número X.
- *Ley General de Víctimas*.
- *Manual del instructor. Curso taller primer respondiente y con capacidad para procesar el lugar de los hechos*. Secretaría de Gobernación. Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.
- Marchiori, Hilda: “Delito y seguridad de los habitantes”. *Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea*, 1997.
- Peters, Tony: *La policía y los delitos*. Katholieke Universiteit Leuven.
- *Primer respondiente. Protocolo Nacional de Actuación*. Consejo Nacional de Seguridad Pública del Gobierno de la República
- *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Edición 2014.
- *Protocolo Nacional de Actuación. Policía con capacidades para procesar*. Conferencias Nacionales conjuntas de Procuración de Justicia y de Secretarios de Seguridad Pública, Secretaría de Gobernación, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal y Procuraduría General de la República, versión 1.0.
- Rodríguez Almedia, Jesús: “La policía en el nuevo sistema de justicia penal”, *Protocolos de Actuación*

de la policía en el nuevo sistema de justicia penal. Primer respondiente y seguridad en salas. *Revista semestral del Consejo de Coordinación para la Implantación del Sistema de Justicia Penal*, Año VI, Número X.

- *Semanario Judicial de la Federación, Décima Época*, Registro: 2004653, Primera Sala, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, Tesis: 1a. CCXCV/2013 (10a.), página: 1043, *CADENA DE CUSTODIA. DEBE RESPETARSE PARA QUE LOS INDICIOS RECABADOS EN LA ESCENA DEL CRIMEN GENEREN CONVICCIÓN EN EL JUZGADOR*.

PRESENCIA DE LA COMUNIDAD JURÍDICA

El juicio oral mercantil y el derecho a un recurso sencillo y eficaz

*Guillermo Benjamín Díaz Martínez**
*Sofía Martínez Huerta***

RESUMEN: Un sistema de justicia renovado, con principios como la oralidad, concentración, inmediación, contradicción, publicidad y continuidad, surge en México a partir de iniciadas las reformas constitucionales de 2008, posteriormente, diversas materias han ido adoptando dichos principios; los derechos humanos inciden de manera fundamental en esta transformación del sistema. Una justicia pronta y expedita, es la búsqueda de la sociedad en general y los impartidores de justicia, el acceso a impugnar las resoluciones de primera instancia mediante un recurso sencillo y eficaz, debe ser un punto importante a tratar por parte del Estado. Uno de los objetivos del juicio oral mercantil es tener más celeridad y transparencia, el cual se trastoca después del dictado de la sentencia, pues, al existir disposición expresa en el Código de Comercio relativa a que no procede recurso ordinario contra las resoluciones, solo el juicio de garantías, tal situación contraviene lo previsto

* Secretario de Estudio y Cuenta del Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Poder Judicial del Estado de Veracruz.

** Secretaria de Acuerdos de la Cuarta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz.

en la Carta Magna, así como diversos tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano.

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Qué son los derechos humanos?. III. La reforma al Código de Comercio. IV. Principios del juicio oral mercantil. V. Fases del juicio oral mercantil. VI. Sentencia e impugnación. VII. Conclusiones. VIII. Fuentes consultadas.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, juicio oral mercantil, principios, Código de Comercio, recurso.

I. Introducción

Dentro de la materia mercantil se anexó una vía más para dirimir controversias, pues a las preexistentes ordinaria, ejecutiva y especial, ahora también se suma la oral, insertada a partir de 2011 y con entrada en vigor forzosa para las entidades federativas a partir del 1 de julio de 2013.

La búsqueda de un mejor servicio de justicia al gobernado, inició con la transformación de los sistemas de justicia en estructura y desarrollo; la oralidad se acuñó como principio preponderante en cada procedimiento.

Numerosas reformas en las diversas materias de derecho, como constitucional, penal, civil y recientemente, mercantil; reformas que refrendan la intención de la norma vigente, por dotar procedimientos de mayor agilidad, a través de la sustanciación de procedimientos orales, cuya base, debe observar principios en conjunto, como la publicidad, inmediatez, igualdad, contradicción, continuidad y concentración. El propósito de celeridad para lograr justicia pronta y expedita, es inminente.

Por tanto, el presente trabajo tiene como finalidad otorgar al lector un amplio panorama respecto a la reforma constitucional sobre derechos humanos, explicar brevemente en qué consiste el juicio oral mercantil, sus principios, así como exponer la sentencia y su forma de impugnación.

II. ¿Qué son los derechos humanos?

Garantías esenciales para que podamos vivir como seres humanos, señala la Organización de las Naciones Unidas.

Los derechos humanos son derechos que están o no reconocidos en normas, siendo el conjunto de prerrogativas y atributos inherentes a la persona, inalienables, intransferibles; también se puede decir que son aquellos que el hombre tiene por el solo hecho de ser humano y no porque el Estado los otorgue, ya que se trata de derechos inherentes a la naturaleza humana, no son producto de ninguna modificación o declaración humana, ya que siempre han existido.

Asimismo, se les denomina derechos fundamentales, cuando se plasman en un conjunto de normas constitucionalizadas, siendo las garantías constitucionales el medio de protección de estos derechos creados por el Estado.¹

México ahora forma parte de la doctrina internacional de los derechos humanos, a través de la suscripción de tratados internacionales en la materia y otros que contengan prerrogativas de ese tipo; por lo tanto, se ha visto en la apremiante necesidad de modificar su derecho interno para adecuar paulatinamente su constitución normativa en consonancia de los deberes, que irrogan los pactos internacionales en derechos humanos.

¹ Martínez Flores, I. J.: "Los derechos... cit., p. 52.

Por ello, como bien lo señala Hernández, los derechos humanos en su contenido son irrenunciables, no así su ejercicio, los cuales quedan a la voluntad de los ciudadanos.² La reforma constitucional de 2008, constituyó el punto de referencia para el cúmulo de reformas legales que han surgido en las diversas materias de derecho, principalmente en la materia penal.

Posteriormente, en junio de 2011, se configuró la reforma constitucional en materia de derechos humanos, cuyo principal logro fue el máximo reconocimiento a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y la aceptación expresa de deberes y obligaciones del Estado mexicano en la materia, así como la incorporación del principio *pro persona* e interpretación conforme.

El 6 de junio de 2011 se reformaron los numerales 94, 103, 104 y 107 de la Carta Magna, referentes, principalmente, al juicio de amparo, el cual como bien es sabido, es el medio de control constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales; esto revela la íntima relación con la publicada el 10 del mismo mes y año.

En ese contexto, el 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la llamada reforma en materia de derechos humanos, que modificó en la Constitución los artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B y 105, fracción II.

Con la modificación del artículo 1º constitucional, se mudó del concepto de *garantías individuales* a *derechos humanos y sus garantías*, aniquilando la confusa idea de que se trata del mismo significado para ambas acepciones. Más allá de otorgar derechos, hoy la Constitución reconoce

los mismos, pues los derechos humanos son inherentes a las personas, ya que los posee por su propia naturaleza, dada esa existencia independiente, el Estado solo puede reconocerlos, garantizarlos y protegerlos.

Uno de los puntos centrales de esta reforma fue establecer la obligación a cargo de todas las autoridades para interpretar, aplicar y contextualizar la Carta Magna de acuerdo con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como al principio *pro homine*; también la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.³

La incorporación del principio *pro persona* en el segundo párrafo del cardinal primero constitucional, resulta una herramienta indispensable para la defensa del gobernado ante la tutela de sus derechos humanos, este principio ha sido definido desde diversos ámbitos como:

*El criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.*⁴

La interpretación conforme se dirige a que el juez ha de procurar, siempre que sea posible, huir del vacío que se produce cuando se niega validez a una norma y, en el caso concreto, de ser posibles varias interpretaciones, debe preferirse aquella que salve la aparente contradicción. La interpretación de las

² Hernández Segovia, A.: *El amparo...* cit., p. 45.

³ Rubio Antelis, L. A.: "Las consecuencias..." cit., p. 103.

⁴ Martínez Rodarte, F. de J.: "La reforma..." cit., p. 97.

normas conforme a la Constitución se ha fundamentado tradicionalmente en el principio de conservación de ley, que se asienta, a su vez, en el principio de seguridad jurídica y en la legitimidad democrática del legislador. En el caso de la ley, fruto de la voluntad de los representantes democráticamente elegidos, el principio general de conservación de las normas se ve reforzado por una más intensa presunción de validez. Los tribunales, en el marco de sus competencias, solo pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando no resulte posible una interpretación conforme con la Constitución.

Por otra parte, a nivel interno a través del control de convencionalidad, los jueces están obligados a revisar leyes, actos u omisiones de autoridades, a la luz de los tratados sobre derechos humanos.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hace una distinción entre el control de convencionalidad en sede interna y en sede externa a través de la tesis: *CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE SU EJERCICIO EN SEDE NACIONAL E INTERNACIONAL*.⁵

El control de convencionalidad en sede interna deben ejercerlo los jueces nacionales en el estudio de casos sometidos a su jurisdicción, en relación con los derechos estipulados en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de los que México sea parte, así como las interpretaciones que derivan de las sentencias condenatorias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como *Rosendo Radilla Pacheco*, *Rosendo Cantú y otra*, *Fernández Ortega y otra*, *Cabrera García y Montiel Flores*, entre otras, todas contra el Estado mexicano.

⁵ Semanario Judicial de la Federación. Consultado en www.scjn.com.mx

El párrafo tercero del artículo primero constitucional, enumera una serie de principios bajo los que deben regirse el respeto de los derechos humanos, como son universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Ahora bien, bajo el nuevo bloque constitucional sustentado sobre los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la Constitución, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado mexicano debe actuar, a través de todas sus autoridades. Es decir, todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, deben observar el bloque de constitucionalidad y ceñir su actuación al mismo. Dicho bloque de constitucionalidad surge de la resolución 293/2011, para incorporar este sistema normativo internacional al derecho doméstico, se utiliza el control de convencionalidad.

III. La reforma al Código de Comercio

El 27 de enero de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto de reforma al Código de Comercio, en el cual se adicionaron los artículos 1067 Bis, referente a los medios de apremio, 1339 Bis, tocante a que son apelables los asuntos de cuantía indeterminada y el que más interesa, un apartado denominado *del juicio oral mercantil*, abarcando de los numerales 1390 Bis al 1390 Bis 49.

De acuerdo con el transitorio primero, se puntualizó que los juicios orales mercantiles entrarían en vigor 365 días después de su publicación. Posteriormente, aun cuando no entraba en vigor dicha reforma, el 9 de enero del año 2012 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el cual se reformaron diversas

disposiciones del Código de Comercio, relativas al juicio oral mercantil con la intención de que estuviera más claro al momento de cobrar vigencia.

En el transitorio tercero se estableció que los Poderes Judiciales de las entidades federativas tendrían hasta el 1 de julio de 2013, como plazo máximo para hacer efectiva la entrada en vigor de las disposiciones relativas al juicio oral mercantil. Finalmente, en dicha fecha entró en vigor este juicio en los 21 Distritos Judiciales del Estado de Veracruz, mediante declaratoria publicada en la Gaceta Oficial del Estado hasta el 10 de septiembre de 2013.

En la práctica, al comienzo de su instauración, se presentaron inconvenientes que van desde el desconocimiento del nuevo procedimiento por parte de los operadores jurídicos, abogados postulantes y de los justiciables en general, hasta la disminución del número de juicios instaurados por esta vía, en relación con los radicados anterior a la reforma, es decir, a través de la vía ordinaria mercantil. Asimismo, los problemas derivados de la falta de infraestructura en los diversos Distritos Judiciales del Estado para poder desarrollar las audiencias, ya que se tendrían que instalar salas para llevar este tipo de juicios con las implicaciones que conllevan. Fue así como gradualmente, el juicio oral mercantil fue siendo aceptado, tanto que en la actualidad, en los 21 Distritos Judiciales que conforman la geografía veracruzana, se estén tramitando este tipo de juicios.

Por otra parte, cabe hacer mención que los juicios orales como incorporación procesal no es algo nuevo, de hecho, ni siquiera son estrictamente de carácter oral, son mixtos, al estar constituidos de manera escrita hasta la audiencia preliminar y, de forma predominantemente oral, en las siguientes audiencias.⁶

⁶ Peña Oviedo, V.: *Juicio...* cit., p.2.

Ahora bien, el juicio oral mercantil solo se podrá llevar a cabo cuando las controversias no requieran una tramitación especial y cuya cuantía no rebase más de \$574,690.47 (quinientos setenta y cuatro mil seiscientos noventa pesos pesos 47/100 m.n.) cantidad que sigue aumentando año con año. Dicho juicio se encuentra contemplado en 51 artículos del Código de Comercio, estructurado por una fase expositiva, conformada por los escritos que establecen la *litis*, así como mínimo tres audiencias, la preliminar, la de juicio y la de continuación de juicio (donde se explicará la sentencia), pudiendo haber también audiencias incidentales.

De lo anterior, se puede observar como bien lo apunta Pérez, el legislador federal, buscando un equilibrio entre justicia rápida y eficaz para los justiciables con la garantía de debido proceso, que les permite ser oídos y contar con un plazo razonable para ofrecer sus pruebas, ha incorporado al Código de Comercio el llamado proceso por audiencias, es decir, un juicio híbrido o mixto compuesto de una fase postulatoria escrita (demanda, contestación, reconvención y desahogo de vistas de estos escritos), y un sistema de audiencias orales (preliminar o de preparación de juicio, especial o incidental, de juicio y de explicación de sentencia), en aras de tutelar el derecho humano de acceso a la justicia, misma que deberá ser pronta, expedita, gratuita e imparcial, impartida en un tiempo razonable.⁷

IV. Principios del juicio oral mercantil

Los principios en el juicio oral mercantil, desde la exposición de motivos no se encuentran definidos, sino simplemente se señala que dicho juicio se deberá regir

⁷ Pérez Marín, M. M.: *Guía...* cit., p.48.

por los principios de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, concentración, continuidad y contradicción, pero no se definieron para saber su contexto para dicha materia, por ello se considera que fue una omisión legislativa.

Se trata de conceptos sustantivos, que no representan una norma procesal, sin embargo, siempre se encuentran presentes en el desarrollo del proceso, por ello, la importancia de tratar los principios procesales que deben regir en todas y cada una de las etapas del procedimiento oral mercantil, entendiéndose como principios como lo señala Pimentel, son los que orientan al proceso penal para lograr que se desarrolle adecuadamente y comprende lineamientos esenciales del ejercicio de la acción, orientación a la función jurisdiccional y dirección del procedimiento.⁸

Ahora bien, al no estar definidos en el Código de Comercio, se piensa que fueron bajados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que son similares, con la diferencia de que en materia penal la oralidad no es considerado como principio, sino como modalidad y, en materia mercantil, se adiciona el principio de igualdad. Lo anterior es así puesto que el artículo 20 constitucional, con la reforma de 18 de junio del año 2008, señala que el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Si bien, estos son los principios rectores de este procedimiento, así como del oral mercantil, lo cierto es, que también en tanto en la misma Carta Magna, como en los Tratados Internacionales, encontramos muchos principios procesales que deben respetarse en las diferentes etapas

⁸ Pimentel Murrieta, R.: "El sistema... cit., p. 219.

del procedimiento; motivo por el cual se abordará sobre los principios rectores que están establecidos en el artículo 1390 Bis 2 del Código de Comercio.

En primer lugar por oralidad, tal y como se consagra en el primer párrafo del artículo 20 de la Constitución, se entiende como la información que sustente las decisiones de un órgano jurisdiccional, autos o resoluciones, sea aquella manifestada por las partes de manera verbal, con la finalidad de que el juez tenga una base objetiva de datos, no limitado a lo establecido en papeles, documentos o escritos, que no permiten una relación dinámica entre él y las partes necesaria para un mejor decidir. Es un principio que influye en todas las etapas del procedimiento penal. Por ello en el juicio oral mercantil se considera el más importante y fundamental, porque es un instrumento para lograr mayor transparencia y ganar la confianza de los justiciables.

Sin embargo, como bien lo apunta Rodríguez, la excepción a este principio se encuentra establecida en el mismo Código de Comercio, precisamente en el artículo 1390 Bis 3, en el caso de que por cuestiones naturales alguna de las personas que intervenga en el dicho juicio no pueda hablar, es decir, son mudas, se les formularán sus preguntas o contestación por escrito o por medio de un intérprete.⁹

Si bien este principio no se da en todas las etapas del juicio oral mercantil, puesto que los escritos que fijan la *litis* se hacen de manera escrita, lo cierto es que dicho principio es la columna vertebral del referido sistema, puesto que así los justiciables tendrán una respuesta oportuna a sus reclamaciones, además de ver todo lo que sucede en cada audiencia, donde desde su

⁹ Rodríguez de la Rosa, O. D.: "La conciliación... cit., p. 99.

inicio se da la oralidad cuando el secretario la comienza, posteriormente el juez, al momento de presidirla todo lo realiza de manera oral: asimismo las partes, al formular posiciones o preguntas se dan del mismo modo, los peritos pueden exponer sus conclusiones de manera oral, la sentencia será expuesta de la misma forma, entre otras.

Con lo anterior se busca dar mayor celeridad a los juicios en aras de tutelar el derecho humano de acceso a la justicia prevista en el numeral 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, razón por la cual no es un sistema totalmente oral, sino mixto, predominantemente oral.

El principio de publicidad desde el punto de vista de Peña, se debe identificar bajo la necesidad de caracterizar a las diligencias y diferentes actuaciones a realizar en el proceso, como públicas, con conocimiento de todos los interesados.¹⁰

Se refiere básicamente a que cualquier persona puede presenciar el desarrollo del juicio, independientemente de aquellas personas que estén obligadas a asistir, con lo cual se busca dar certeza y seguridad jurídica a los justiciables, así como en otro supuesto, permite que algún estudiante de derecho, postulantes o bien funcionario público que deseen conocer sobre el desarrollo procesal del juicio oral mercantil, asista como espectador, con fines académicos o para irse familiarizando con este procedimiento.¹¹

Este principio tiene su excepción como bien lo apunta Pérez, al señalar que el tribunal podrá ordenar que las audiencias se lleven a cabo a puerta cerrada, es decir, restringir el acceso cuando afecte a la moral o

seguridad pública; empero, en la materia mercantil, al versar sobre cuestiones pecuniarias será mínima dicha limitación.¹²

Por otra parte, se considera que la publicidad se ve transgredida en el Estado de Veracruz, puesto que no en todos los Distritos Judiciales existen salas o espacios adecuados para llevar a cabo este tipo de juicio para garantizar el principio de publicidad, además de que no existe difusión en el horario de las audiencias para que la ciudadanía interesada en acudir, pueda hacerlo, razón por la cual y a falta de espacios adecuados, sería conveniente que a través del portal de transparencia y respetando el derecho de acceso a la información en la página del Poder Judicial, utilizando las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación, se pudieran transmitir las audiencias públicas por conducto de su canal judicial de esta forma toda la sociedad veracruzana pueda estar informada y se le permita acceder a ver cómo funciona este nuevo procedimiento.

El principio de igualdad de las partes, impone al juzgador el deber de conferirles las mismas oportunidades procesales para exponer sus pretensiones y excepciones para probar los hechos en que basen aquellas y para expresar sus propios alegatos o conclusiones.¹³

Para Rodríguez, la igualdad es fundamental para que el juicio oral mercantil se desarrolle de manera equitativa para los que intervienen en él y, de esta manera, se encuentre el equilibrio del debido proceso.¹⁴

Este principio también lo podemos encuadrar en lo previsto por los arábigos 14 y 16 de la Carta Magna, relativos a la garantía de legalidad, donde el juzgador

¹⁰ Peña Oviedo, V.: *Op. cit.*, nota 6, p. 21.

¹¹ Rodríguez de la Rosa, O. D.: *Op. cit.*, nota 9, p. 101.

¹² Pérez Marín, M. M.: *Op. cit.*, nota 7, p. 25.

¹³ *Ibidem* p. 28.

¹⁴ Rodríguez de la Rosa, O. D.: *Op. cit.*, nota 11, p. 101.

deberá aplicar la ley de manera exacta, dando igualdad de oportunidades a las partes, como por ejemplo para formular preguntas y repreguntas, así como para realizar sus respectivos alegatos; lo anterior, en aras de otorgar certeza jurídica de los gobernados.

La intermediación puede ser garantizada, principalmente como lo refiere Hidalgo Murillo: por medio de un juicio oral, que obliga a todas las partes a estar presentes en el juicio y a proceder a recibir en forma directa, sin delegación y sin solución de continuidad, todos los elementos de prueba aceptados en el juicio.¹⁵

Por ello, impone al juez la obligación de decidir, entre otras cosas, de acuerdo con las impresiones personales que obtenga de quienes intervienen en el desarrollo del procedimiento y de los medios de convicción rendidos en el juicio oral mercantil.¹⁶

En ese contexto, en las audiencias de juicio oral mercantil la intermediación permite el contacto directo entre las partes, ya que estas podrán hacer directamente las preguntas a sus testigos, sin intermediarios, lo que facilitará un verdadero interrogatorio y sus respectivas repreguntas, en el cual tanto actor, como demandado, puedan obtener e ingresar la información que necesitan en cada audiencia para fortalecer, apoyar y probar cada uno sus respectivas acciones y defensas.

Respecto a la contradicción, Pérez Marín refiere que este principio se reduce en el aforismo *auditur et altera pars* o garantía de audiencia. Significa que el juzgador, antes de emitir resolución sobre una petición de alguna de las partes, deberá dar vista a la contraria para que oralmente exprese su acuerdo o desacuerdo con lo pedido.

A través de él, se garantiza a las partes su derecho de defensa al permitirles controvertir la prueba, el hecho o la aseveración de la contraria. Impone al juzgador el deber de resolver sobre las promociones que le formule cualquiera de las partes, oyendo previamente las razones de la contraparte, dándole la oportunidad para que las exprese.¹⁷

En el juicio oral mercantil dicho principio se observa desde que se le da curso a la demanda, puesto que se le concede el derecho de contestarla al demandado, asimismo en caso de actualizarse la hipótesis de la reconvención, también se le otorga término para contestar al actor en lo principal y demandado en reconvención, en las audiencias antes de proveer respecto de las peticiones vertidas por alguna de las partes se le concede el uso de la voz a la contraparte antes de que el juez provea lo conducente, siendo lo más clásico para ejemplificar este principio, las preguntas y repreguntas formuladas a los testigos.

El principio de continuidad en el juicio oral, debe realizarse desde el inicio hasta su terminación con la mayor proximidad entre el momento que se recibe toda la prueba y el dictado de la sentencia. Se pretende reunir toda la actividad procesal o la mayor en la menor cantidad posible de actos y a evitar dispersión. Establece que los hechos objeto de petición o de controversia, deben tramitarse en audiencias continuas y que la sentencia definitiva debe pronunciarse inmediatamente después de concluida la presentación y controversia, de las pruebas y los alegatos.¹⁸

Se considera que este principio se puede ver trastocado al no estar establecido en el diverso 1390

¹⁵ Hidalgo Murillo, J. D.: *Debido...* cit., p. 72.

¹⁶ Peña Oviedo, V.: *Op. cit.*, nota 10, p. 21.

¹⁷ Pérez Marín, M. M.: *Op. cit.*, nota 12, p. 27.

¹⁸ *Ídem.*

bis 25 del Código de Comercio, el plazo máximo para la continuación de las audiencias, porque con el cúmulo de trabajo de los juzgados y la agenda de labores, se puede llegar a tal grado de señalar continuación de audiencias en uno o dos meses posteriores.

Tocante al principio de concentración, Peña refiere que, si bien este principio busca la disminución de los actos procesales a su máxima expresión, refiere que en materia mercantil, al ser dispuesto en dos audiencias con posibilidad de señalarse otra, imposibilita el objetivo sustentado para la aceptación del principio de concentración.¹⁹

Criterio que no se comparte, ya que a pesar de no estar definido dicho principio en el Código de Comercio, se debe entender que el legislador ilustró al juzgador para que deba desarrollar todas las audiencias, es decir, la preliminar y la de juicio, se deban llevar todas sus etapas en el transcurso de la misma, para lograr la mayor celeridad en el procedimiento y poder dar cumplimiento a uno de los objetivos para los que fue creado el juicio oral mercantil.

Motivo por el cual la concentración permitirá que todos los actos necesarios para concluir el juicio se realicen en la misma audiencia o en menor cantidad de audiencias consecutivas y con la mayor proximidad temporal entre ellas; se busca evitar que el transcurso del tiempo borre la impresión que el juzgador pueda formarse en relación con los actos del debate.²⁰

V. Fases del juicio oral mercantil

Todas las audiencias deberán ser presididas por el juzgador, quien cuenta con las más amplias facultades para dirigir el procedimiento, así como también para mantener la disciplina en el recinto judicial, determinando

el inicio y finalización de cada etapa de las audiencias, debiendo precluir los derechos de las partes que no se hicieron valer en la misma.

La primera audiencia es la preliminar, donde se tienen seis etapas de acuerdo con lo previsto por el artículo 1390 Bis 32 del Código de Comercio, siendo estas:

- *la depuración del procedimiento*, donde el juez tiene la obligación de examinar las cuestiones relativas a la legitimación procesal y resuelva las excepciones procesales;
- *la conciliación y/o mediación de las partes por conducto del juez*, en esta etapa procurará la conciliación entre las partes, entendiéndose esta como lo señala Rodríguez en una reunión tripartita, donde se cuenta con un tercero que en el juicio oral mercantil es el juez, quien presenta o sugiere propuestas para dirimir el conflicto, así como las partes involucradas, quienes tienen el poder de decisión de una manera razonada. Esta es la única etapa en donde no se debe precluir el derecho de las partes, puesto que contravendría el derecho de acceso a una justicia previsto en el diverso 17 de la Carta Magna, aunado a que pueden conciliar o mediar en cualquier fase del procedimiento;²¹
- *la fijación de acuerdos sobre hechos no controvertidos*, para que proceda, tiene que ser solicitada por todos los interesados;
- *la fijación de acuerdos probatorios*, el juez propone a las partes sobre las pruebas para determinar cuáles son innecesarias, buscando con ello agilizar el tiempo del procedimiento; punto muy acertado

¹⁹ Peña Oviedo, V.: *Op. cit.*, nota 16, p. 22.

²⁰ Pérez Marín, M. M.: *Op. cit.*, nota 17, p. 25.

²¹ Rodríguez de la Rosa, O. D.: *Op. cit.*, nota 14, p. 107.

por el legislador, ya que es algo novedoso y que en verdad ayudará a la celeridad en los juicios, para que solamente se admitan, desahoguen y reciban pruebas que ayuden a resolver la *litis* de cada caso en concreto, aunado a que es obligación del juez proponerlo a las partes.

- *la calificación sobre la admisibilidad de las pruebas*, el juez admitirá o desechará las pruebas ofrecidas por las partes respetando siempre el equilibrio procesal, contra esta determinación no procede recurso ordinario, solo mediante el juicio de amparo indirecto, lo cual traería como consecuencia dilaciones procesales, por lo que sería conveniente agregar al juicio oral mercantil, como recurso ordinario, la revocación, puesto que todos los juzgadores en alguna ocasión se pueden equivocar, sin tener la necesidad de ocupar la facultad de dirección del procedimiento, ya que no está facultado para revocar sus propias determinaciones; y,
- *la citación para audiencia de juicio*, la cual deberá celebrarse dentro del lapso de 10 a 40 días siguientes.

Posteriormente sigue la audiencia de juicio la cual se desarrollará en tres momentos, el primero es donde se desahogarán las pruebas que se encuentren debidamente preparadas, es decir, se incorporan legalmente al proceso, las que no, se declararán desiertas por falta de interés jurídico en su preparación, seguidamente se le concederá a las partes término para que viertan de manera oral sus alegatos, si bien el Código de la materia no señala el término para alegar, lo cierto es que el juez bajo su facultad de dirección procesal y de manera discrecional, no debe a cada parte permitir que rebase los quince minutos y, por último, se declara visto el procedimiento y citará a las partes para

el dictado de la sentencia, misma que tendrá verificativo dentro de los siguientes diez días, de acuerdo con lo previsto por el numeral 1390 bis 38 párrafo tercero del Código en comento; en ese momento el juez expondrá oralmente, de manera clara y sucinta los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron la misma, leerá únicamente los puntos resolutivos; dejará a disposición de las partes copia de la sentencia, con la salvedad, en caso de que no asista persona alguna, se dispensará su lectura.

La finalidad de que el procedimiento sea ágil y el desahogo de pruebas se realice en una sola audiencia, apela a una concentración y continuidad del juicio; para lograrlo, la carga establecida a las partes en la preparación de las pruebas, con la condición de no desahogar las que carezcan de la preparación adecuada en el momento de la audiencia de juicio, es decir, declararlas desiertas por falta de interés de las partes, sin duda, suma esfuerzos a la agilidad y conlleva a evitar prácticas dilatorias en la resolución del asunto.

Como hemos visto, el juicio oral mercantil tiene muchas ventajas, no solo permite que se resuelvan casos complejos con rapidez y de manera transparente e imparcial, en el que se tiene la confianza de que la resolución del juez es la adecuada y que los hechos y pruebas en que apoya su resolución, fueron las aportadas por las partes en el juicio ante su presencia.

Una vez que ha causado estado o quedado firme la sentencia, es decir, la decisión es definitiva y no admite ningún otro recurso, procede la ejecución de ella. El juez de primera instancia es el encargado de llevar a cabo la ejecución de la resolución. Si al momento de ejecutar no hay bienes embargados, se procede al embargo.

La última etapa del juicio oral mercantil es la de ejecución, la cual faltó adecuar a dicho juicio, puesto que se deberá ejecutar la sentencia de acuerdo con las

disposiciones previstas para los demás juicios, lo cual rompe con todos los fines para los cuales fueron creados los juicios orales mercantiles, porque de qué sirve que resuelvan con mayor celeridad los juicios, que sean más transparentes, si llegada la etapa de ejecución se volverá a caer en dilaciones procesales.

Por ello, se debería adicionar un procedimiento especial de ejecución para los juicios orales mercantiles, donde prevalezcan sus principios rectores, es decir, la oralidad, inmediación, igualdad, publicidad, concentración, continuidad y contradicción.

El problema en las etapas del procedimiento mercantil, ya sea en las pruebas o en la ejecución, independientemente que se trate de un juicio ejecutivo, oral u ordinario, es la supletoriedad que se debe aplicar, lo que a veces ocasiona confusiones y errores, tanto de quienes se encuentran del lado de la impartición de justicia, como de los propios que la solicitan, puesto que hay que atender a la fecha en que fue instaurado el juicio para saber qué ley supletoria aplicar, tomando en cuenta que de 1996 a 2003 se aplican, supletoriamente, las legislaciones procesales en materia civil de cada entidad federativa; los del año 2003 a 2008 se aplica, supletoriamente, el Código Federal de Procedimientos Civiles y, finalmente, de 2008 en adelante, de acuerdo con lo estipulado en los numerales 1054 y 1063 del Código de Comercio, se aplica como bien lo apunta Manzanilla, una supletoriedad escalonada en donde en caso de haber laguna en el Código de Comercio, primero se estará a lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Civiles y, posteriormente, se podrá acudir a lo señalado en las normas de procedimiento civil de cada Estado.²²

²² Manzanilla Pavón, M. G.: *Las pruebas...* cit., p. 6.

VI. Sentencia e impugnación

Las resoluciones judiciales, son los actos procesales por medio de los cuales el órgano jurisdiccional decide sobre las peticiones y los demás actos de las partes y los otros participantes. La resolución judicial más importante en el proceso es la sentencia, en la que el juzgador decide sobre el litigio sometido a proceso. Pero el juez emite resoluciones judiciales no solo cuando dicta la sentencia, sino también cuando provee sobre los diversos actos procesales de las partes y de los demás participantes durante el desarrollo del proceso. A esta segunda clase de resoluciones judiciales se les suele denominar autos.²³

La palabra sentencia procede del vocablo latino *sententia* y gramaticalmente significa declaración del juicio y resolución del juez. Suele llamársele sentencia definitiva, en su acepción forense, a aquella en la que el juzgador, concluido el juicio, resuelve finalmente sobre el asunto principal, declarando, condenando o absolviendo. La sentencia definitiva alude al acto culminante dentro del proceso, cuando el juzgador después de haber conocido los hechos controvertidos de las pruebas aportadas por las partes y de las conclusiones o alegatos que ellas han formulado, se forma un criterio y produce un fallo en el que, en ejercicio de la función jurisdiccional, decide lo que, en su concepto y conforme a derecho, es procedente en congruencia con las pretensiones deducidas de las partes.²⁴

En materia mercantil, el Código de Comercio estipula características expresas de las sentencias inherentes a ella. Se clasifican en: definitivas o interlocutorias. Respecto de la definitiva, señala que obedece a la que decide el negocio

²³ Ovalle Favela, J.: *Teoría...* cit., p. 295.

²⁴ Arellano García, C.: *Práctica...* cit., p. 527.

en lo principal; por su parte, la interlocutoria, decide un incidente, un artículo sobre excepciones dilatorias o una competencia. La sentencia debe fundarse en la ley o, en su caso, en los principios generales del derecho.

En relación con los requisitos sustanciales del fallo estipulados constitucionalmente en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna, se interpretan como principios fundamentales a los denominados: motivación, fundamentación, congruencia y exhaustividad.

Por otra parte, nuestro máximo tribunal ha sostenido que la sentencia es la forma normal en que terminan los procesos. Su pronunciamiento queda a cargo del juzgador que haya conocido del proceso. Un sector de la doctrina ha opinado, no sin acierto, que la sentencia puede ser considerada desde dos puntos de vista: como un acto jurídico procesal y como un documento. Con arreglo a la definición proporcionada, el acto jurídico procesal es la decisión del fondo del asunto litigioso, en tanto que el documento es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida.²⁵

En ese sentido, se considera que toda resolución judicial aspira a constituir el punto final de una determinada situación fáctica o jurídica existente en un proceso. Sin embargo, el órgano jurisdiccional no puede resolver esta situación arbitrariamente, sino que ha de hacerlo con arreglo a determinados requisitos, presupuestos y condiciones que determinen no solo la forma de las mismas, sino su contenido. Su inobservancia permite que la parte afectada impugne el pronunciamiento del órgano jurisdiccional; por ello, las impugnaciones se dirigen a atacar las resoluciones judiciales con las que los litigantes no están conformes.²⁶

²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Manual...* cit., p. 95.

²⁶ Benavente Chorres, H.: *Los recursos...* cit., p. 453.

En esa tesitura, aunque el Código de Comercio en su artículo 1390 Bis, párrafo segundo, señale que no procederá recurso ordinario contra las resoluciones emitidas en el juicio oral mercantil, lo cierto es que no las hace inatacables, puesto que se puede combatir mediante juicio de amparo directo.

Al respecto, es cuestionable si viola derechos humanos o no, ya que existe tesis aislada que refiere que no es violatorio de derechos humanos, criterio que no se comparte, tomando en consideración que el Código de Comercio no puede ir en contra de la Constitución, ya que el numeral 104, fracción II, párrafo segundo, de esta última, establece que las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato, de lo que se colige que el Código de Comercio se debe adecuar a la Carta Magna para que los justiciables puedan tener acceso a un medio de defensa sencillo y eficaz en los juicios orales mercantiles, tal como lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus diversos 1, 8 y 25.

En ese orden de ideas, al estar restringidos los recursos en materia mercantil, puesto que para que sean apelables debe ser la suerte principal una determinada cuantía, por tanto, se considera que el Código de Comercio se contrapone a lo dispuesto por la Carta Magna, en su numeral 104, fracción II, párrafo segundo, establecido en la Constitución y los tratados internacionales, aunado a que también de haber segunda instancia, esta se debería ajustar a los principios rectores del juicio oral mercantil, sin perjuicio que posteriormente puedan acudir al amparo directo.

VII. Conclusiones

El interés de los tres poderes de gobierno, en la procuración e impartición de justicia, pronta, expedita, completa e imparcial, como lo ordena la Carta Magna, se vierte en la renovación de sus aparatos de justicia, sus legislaciones y su infraestructura. Paso a paso, los procedimientos en las diversas materias de derecho, han ido innovando, con el objeto de obtener procedimientos rápidos, sencillos, económicos, con acceso a todo justiciable. El camino es difícil, empero, los resultados a largo plazo se esperan provechosos.

Solo con el transcurso del tiempo y la práctica de los juicios orales mercantiles, se podrá saber si efectivamente cumplen los fines y objetivos para los cuales fue instaurado, verificando si efectivamente la oralidad está dando los resultados que se quieren.

El juicio oral mercantil tiene muchas ventajas, no solo permite que se resuelvan casos complejos con rapidez y de manera transparente e imparcial, en el que se tiene la confianza de que la resolución del juez es la adecuada y que los hechos y pruebas en que apoya su resolución, fueron las aportadas por las partes en el juicio ante su presencia; sino que, incluso, ha sido objeto del nombre principal de un sinnúmero de cursos y otros eventos relacionados con el juicio oral mercantil.

Las instituciones encargadas de operar y vigilar el funcionamiento de los juicios orales mercantiles se deben ocupar de que se disponga de los recursos idóneos para su debida implementación; asimismo, para que funcionen adecuadamente, capacitar a todos los operadores que puedan intervenir en el sistema acusatorio y difundir en toda la sociedad justiciable, a fin de que estén enterados en qué consiste esta modalidad de juicio oral mercantil, en aras de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo

17 constitucional, es decir, el acceso a una justicia pronta y expedita, tal y como lo reclaman los justiciables.

Por otra parte, por disposición expresa del Código de Comercio, no existen recursos ordinarios en el juicio oral mercantil, situación que trastoca el derecho fundamental de los justiciables de acceder a un medio de impugnación sencillo y eficaz, en el caso concreto a la apelación, tal como lo marca la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su cardinal 104, fracción II, segundo párrafo, razón suficiente por la que el Código de Comercio se debe adecuar a lo previsto por la Carta Magna y los tratados internacionales; y, en ese orden de ideas, establecer el procedimiento de la segunda instancia a los principios rectores del juicio oral mercantil.

Se considera que faltó adecuar la etapa de ejecución del juicio oral mercantil, a dicho juicio, puesto que se deberá ejecutar la sentencia de acuerdo con las disposiciones previstas para los demás juicios, lo cual rompe con todos los fines para los que fue creado el juicio oral mercantil, pues ¿de qué sirve que resuelvan con mayor celeridad los juicios, que sean más transparentes, si llegada la etapa de ejecución se volverá a caer en dilaciones procesales? Por ello, se debe incluir la sección de ejecución dentro del juicio oral mercantil, en la cual se observen sus principios rectores, es decir, la oralidad, inmediación, igualdad, publicidad, concentración, continuidad y contradicción.

VIII. Fuentes consultadas

- Arellano García, Carlos: *Práctica forense mercantil*. Porrúa, México, 1997.
- Benavente Chorres, Hesbert: *Los recursos impugnatorios en el proceso penal acusatorio y oral*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2010.

- *Código de Comercio*.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
- Hernández Segovia, Arturo: *El amparo adhesivo*. Porrúa, México, 2014.
- Hidalgo Murillo, José Daniel: *Debido proceso penal en el sistema acusatorio*. Flores Editores, México, 2011.
- Manzanilla Pavón, Miguel Gastón: *Las pruebas en el Código de Comercio reformado*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2013.
- Martínez Rodarte, Felipe de Jesús: “La reforma constitucional en materia de derechos humanos”, en *Reforma constitucional en derechos humanos el impacto en la impartición de justicia local*. Delgado Carbajal Baruch F. coordinador. Flores Editor y Distribuidor, México 2014.
- Martínez Flores, Isela de Jesús: “Los derechos humanos”, en *Reforma constitucional en derechos humanos. El impacto en la impartición de justicia local*. Delgado Carbajal Baruch F. coordinador. Flores Editor y Distribuidor, México, 2014.
- Ovalle Favela, José: *Teoría general del proceso*. Oxford, 6ª Ed. Decimosegunda reimpresión, México, 2012.
- Peña Oviedo, Víctor: *Juicio oral civil y mercantil*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2013.
- Pérez Marín, Magdalena Monserrat: *Guía para el juicio oral mercantil*. Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán de Ocampo, México, 2013. Consultado en <http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/>.

- Pimentel Murrieta, Raúl: “El sistema acusatorio adversarial en Veracruz”, en *Temas selectos de derecho procesal I*. Alejandro de la Fuente Alonso coordinador. Miguel Ángel Porrúa, México, 2013.
- Rodríguez de la Rosa, Óscar Daniel: “La conciliación y mediación judicial: alternativas de solución en el juicio oral mercantil”, en *Temas selectos de derecho procesal II*. Alejandro de la Fuente Alonso coordinador. Miguel Ángel Porrúa, México, 2014.
- Rubio Antelis, Lucio Alfonso: “Las consecuencias de la globalización en las reformas constitucionales de derechos humanos y del sistema de justicia penal”, en *Oralidad, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el Devenir de la Globalización*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2014.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Manual del justiciable elementos de teoría general del proceso*. SCJN, México, 2006.
- Semanario Judicial de la Federación. Consultado en www.scjn.com

**Ejercicio del derecho humano de acceso al agua
en México y la experiencia de Colombia
en la materia**

*Luis Edgardo Serralde Moreno**

*Mi agradecimiento a los profesores del
curso y, especialmente, a la Magistrada
Adriana L. Campuzano Gallegos y al
Maestro Genaro González Licea.*

RESUMEN: Mediante la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 10 de junio de 2011, surge el nuevo paradigma de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, de su defensa y protección a través del juicio de amparo, de tal manera que ahora, las resoluciones del Poder Judicial Federal pueden sustentarse con mayor libertad en instrumentos internacionales reconocidos en los términos del artículo 1º constitucional.¹ El Congreso de la Unión atendiendo al desarrollo internacional de los derechos humanos, aprobó la reforma del artículo 4º constitucional,²

* Estudiante de la Especialidad en Asesoría Jurídica Federal, ciclo 2016.

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

² Artículo 4º. Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre,

reconociendo el derecho de acceso al agua como un derecho público subjetivo de toda persona. A partir de esas reformas podemos hacer realidad el derecho de acceso al agua, sin embargo, considero que por tratarse de un líquido insustituible y por ser un derecho de máxima jerarquía, debemos tomar mucho cuidado de la forma en que vamos a ejercer nuestra función como operadores jurídicos (jueces y litigantes), en la defensa de estos intereses. Podemos encontrar casos de: (i) personas vulnerables que no tienen acceso alguno al agua; (ii) personas que cuentan con toma de agua, pero no pagan los derechos correspondientes; (iii) personas que resienten un acto arbitrario que aún pagando puntualmente, se cancela su toma hídrica y se les impone un crédito injusto; (iv) personas que reciben agua en su domicilio, pero que no es apta para consumo humano; (v) personas que tienen toma de agua pero con suministro insuficiente e irregular; (vi) personas que, como primer acto de aplicación de una ley que impone una contribución excesiva por consumo de agua, son afectadas por el corte del suministro, entre otras. Esta precaución, que considero debemos tomar los operadores jurídicos, es porque no debemos abusar del uso del juicio de amparo y de la suspensión del acto reclamado, la cual, se ha desarrollado positivamente con el principio

aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos, y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación ciudadana para la consecución de dichos fines.

de la apariencia del buen derecho, de tal forma que ahora, el segundo párrafo del artículo 147 de la Ley de Amparo, permite la suspensión del acto para restablecer provisionalmente al quejoso en el goce del derecho violado, mientras se decide el fondo del juicio. Considerando las razones expuestas, he decidido consultar algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, relativas a este tema e indagar si su experiencia puede ser de utilidad en nuestra práctica y, de esta manera, tener más elementos para decidir la forma en la cual representaremos a los quejosos sin afectar el interés social y, finalmente, determinar si el juicio de amparo es una vía recomendable para ese fin.

SUMARIO: I. La Constitución y los derechos humanos. II. El derecho humano de acceso al agua. III. Ejercicio del derecho de acceso al agua en México. IV. Resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. La Constitución y los derechos humanos

Al hablar de la Constitución Política de un Estado, nos referimos a la ley fundamental con rango superior de todo el orden normativo, en el cual se definen los derechos de los ciudadanos (parte dogmática) y se delimitan los poderes de la organización del Estado (parte orgánica). Para el maestro Andrés Serra Rojas, la Constitución es la fuente por excelencia del derecho, en cuanto determina la estructura del Estado, la forma de gobierno, la competencia de los órganos constitucionales y los derechos básicos de una comunidad elevados a la categoría constitucional y, atendiendo al criterio formal,

es la ley suprema.³ Así, encontramos que la Constitución Política de México sigue este principio de supremacía respecto de las demás leyes. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el artículo 133 constitucional⁴ de diferentes maneras, ha referido que las leyes federales y los tratados internacionales han tenido igualdad de jerarquía; que los tratados internacionales han sido de mayor jerarquía a las leyes federales; sin embargo, posterior a la reforma del 10 de junio de 2011, la Suprema Corte fijó una nueva posición respecto de los tratados internacionales que incluyan derechos humanos, indicando que constituyen el parámetro de control constitucional, pero que si en la Constitución existe alguna restricción expresa al ejercicio de esos derechos, entonces se estará a lo señalado en ella,⁵ de tal manera que el principio de supremacía constitucional en nuestro derecho está vigente y, en todo caso, la Constitución será la ley suprema. Mediante la reforma constitucional citada, el Título Primero, Capítulo I de nuestra Constitución Política dejó de denominarse *de las Garantías Individuales*, para ser de los *Derechos Humanos y sus garantías*, de tal

³ Serra Rojas, A.: *Derecho...* cit., p.177.

⁴ Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en la Constitución o leyes de los Estados.

⁵ Véase: Tesis del Tribunal Pleno: P./J.20/2014(10ª) de rubro: *DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL*. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 202.

manera que es conveniente precisar qué entendemos por derechos humanos y qué entendemos por garantías individuales. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en su página principal de internet, define los derechos humanos como *el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona*. Al respecto quiero citar la definición de derechos humanos que nos brinda la maestra Fierro Ferráez, quien dice que son *los derechos inalienables e imprescriptibles que poseen los seres humanos por el sólo hecho de nacer*.⁶ De esta manera podemos entender que son privilegios inherentes a las personas y a su dignidad, que solo a través del respeto que se den a esos privilegios que cada persona tiene por el simple hecho de serlo, estaremos en posibilidad de permitir su libre desarrollo, sin descalificar o demeritar sus gustos o preferencias, respetando lo que le haga sentir mejor en su vida, incluyendo sus preferencias en el modo de vivir, de ser o de la forma en que ocupe sus recursos, pues la dignidad humana permite que las actividades a las que cada quién dedique su tiempo, sean las que mejor le parezcan, incluyendo también, que nadie lo haga sentir mal por su forma de ser o de vivir; sin embargo, esa libertad únicamente debe estar limitada por un correlativo respeto hacia los demás, que también gozan de los mismos derechos humanos. En este punto es importante resaltar la función del orden jurídico para lograr ese equilibrio, considerando que el ejercicio de los derechos humanos corresponde a toda persona, no se debe permitir que una abuse de sus derechos afectando los de otra, aduciendo simplemente que sus conductas deben ser permitidas con

⁶ Fierro Ferráez, A. E. y Abreu Sacramento, J. P.: *Derechos...* cit., p. 3.

motivo del libre desarrollo de su personalidad, es decir hay un límite y ese es el interés social colectivo.

Sobre el tema de las garantías individuales, contamos con la opinión del maestro don Ignacio Burgoa, quien nos explica que para entender el concepto es necesario partir de lo que se entiende por la acepción garantía, y dice que proviene del término anglosajón *warranty* que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar. Posteriormente nos explica que las relaciones de los individuos con el Estado, se establecen mediante un orden jurídico, a través de restricciones o limitaciones a la conducta de las autoridades que forman al Estado y, que en esa relación de convivencia, coexisten tres tipos de relaciones: las de coordinación, las de supraordinación y las de supra a subordinación.⁷

Las de coordinación son vínculos que se entablan entre dos o más sujetos físicos o morales dentro de su condición de gobernados. Las de supraordinación, se establecen entre los diferentes órganos de poder o gobierno de un estado o sociedad, normando la actuación de cada uno de ellos. Los dos tipos de relaciones mencionadas, reconocen siempre una situación igualitaria o de paridad formal entre sus sujetos (gobernados entre sí o autoridades entre sí). Las relaciones de supra a sub-ordinación descansan sobre una dualidad cualitativa subjetiva, o sea que surgen entre dos entidades colocadas de distinto plano o posición, es decir, entre el Estado como persona jurídica política y sus órganos de autoridad, por un lado, y el gobernado por el otro. En dicha relación, la persona moral estatal y sus autoridades desempeñan frente al gobernado la actividad soberana o de gobierno, o sea

⁷ Burgoa, I.: *Las garantías...* cit., pp. 153-179.

actos autoritarios que tienen como atributos esenciales la unilateralidad, la imperatividad, y la coercitividad. Todo acto de autoridad es unilateral porque su existencia no requiere de la voluntad del particular al que va dirigido o frente al que se realiza; que es imperativo, en virtud de que se impone contra y sobre la voluntad en contrario del gobernado, quien tiene la obligación de obedecerlo y sin perjuicio, claro está, de que lo impugne jurídicamente como corresponda; y que es coercitivo, atendiendo a que, si no se acata por rebeldía u oposición de la persona contra quien se pretenda ejecutar, puede realizarse coactivamente, incluso mediante la fuerza pública en detrimento de ella. Ahora bien, cuando las relaciones de supra a subordinación se regulan por el orden jurídico, su normación forma parte dentro de la Constitución, como de las leyes administrativas, principalmente, implicando en el primer caso las llamadas garantías individuales.⁸

A partir de esa reflexión don Ignacio Burgoa nos da un concepto de garantía individual, sosteniendo que es una relación jurídica de supra a subordinación que surge entre los gobernados como sujetos activos y el Estado y sus autoridades, como sujetos pasivos, con la existencia de un derecho público subjetivo como prestación a favor de los gobernados y de su correlativa obligación a cargo del Estado y de sus autoridades, consistente en respetar el derecho que haya sido incluido y reconocido en nuestra Carta Magna, como un requisito previo de regulación misma del derecho exigible a favor de los gobernados.

Una vez explicado lo que entendemos por derechos humanos y las garantías individuales, estamos en aptitud

⁸ *Ibidem*, p.159.

de entender el cambio del Título Primero Capítulo I, de nuestra Constitución Política que dejó de denominarse *de las Garantías Individuales*, para convertirse *de los Derechos Humanos y sus garantías*. Como vimos, los derechos humanos son prerrogativas inherentes al hombre por el simple hecho de serlo; sin embargo, no siempre coinciden con los derechos reconocidos en una Constitución, es decir, que el derecho humano está ahí, en el mundo, pero mientras no sea positivado en una norma constitucional, que le dé el carácter obligatorio como un verdadero derecho público subjetivo, no hay posibilidad de su eficacia jurídica, debido a que no puede ser exigible plenamente por no estar contenido en una norma que lo contemple; sin embargo, ahora con la transformación del artículo primero constitucional, se abre la puerta para reconocer a los derechos humanos, que aunque no estén reconocidos en una garantía individual dentro de nuestra Carta Magna, pueden invocarse y ser exigibles, con la condición de que estén incluidos en un tratado internacional del que México sea parte. Así, arribamos a sostener que la garantía individual es el instrumento constitucional para hacer efectivo el derecho humano elevado a derecho sustantivo que se encuentra contenido en la misma garantía individual.

II. El derecho humano de acceso al agua

En este apartado revisaremos algunas iniciativas de diferentes partidos políticos, por las cuales, el derecho de acceso al agua fue discutido en la Cámara de Diputados, aclarando que no son todas las existentes, ya que esa tarea nos llevaría más tiempo y no es el objetivo de este sencillo artículo, que lo que trata es simplemente, comentar el surgimiento de este derecho humano, que a propósito, se encuentra en la primera etapa de su nacimiento en nuestro país. La fuente que utilizamos es el proceso legislativo del

decreto por el que se declara reformado el párrafo quinto y se adiciona un párrafo sexto al artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El primer antecedente registrado es del día 7 de diciembre de 2006, en el cual, la diputada Gloria Lavara Mejía del Partido Verde Ecologista, presentó una iniciativa de reforma al artículo 4° constitucional, en la cual exponía que en el tercer Foro Mundial del Agua, celebrado en marzo de 2003 en Kioto, se vislumbraba la posibilidad de considerar el derecho al agua como un derecho humano, y también lamentó que en el Foro Mundial del Agua celebrado en la Ciudad de México, en marzo de 2006, no se llegara a otorgarle tal reconocimiento. No obstante esos eventos, en su exposición de motivos, se refirió a la obligación que tenían como legisladores, y a la necesidad de que el derecho de acceso al agua se debía incluir en la Constitución, de tal manera que sostuvo que no era suficiente que se reconociera ese derecho a través de declaraciones de principios internacionales, porque aunque fuera de esa manera, en nuestro país no había la posibilidad de vincularlos de manera obligatoria y por eso solicitaba la reforma en los siguientes términos:

...toda persona tiene derecho a disponer de agua suficiente, salubre, y accesible para la satisfacción de sus necesidades. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de garantizar un acceso al recurso que permita una vida digna y decorosa.⁹

Debemos tener presente que las consideraciones de la diputada Gloria Lavara, no se encontraban alejadas de la realidad de ese momento histórico, al decir que en nuestro país los instrumentos internacionales carecían de

⁹ DECRETO por el que se declara reformado el párrafo quinto y se adiciona un párrafo sexto recorriéndose en su orden los subsecuentes, al artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 8 de febrero de 2012.

fuerza vinculatoria, y que por eso se requería la inclusión del derecho al acceso al agua en la Constitución. A partir de la reforma de 10 de junio de 2011, esa afirmación ya no tiene vigencia, pues la protección constitucional se hace extensiva a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que México sea parte, con la condicionante que nuestra Constitución Política no los limite expresamente. Otra iniciativa de reforma al artículo 4º constitucional, fue presentada el 12 de abril de 2007, por la diputada del Partido de la Revolución Democrática Aleida Alavez Ruiz, quien, en la exposición de motivos, se refirió al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales de 1966 y a la Declaración de Río de 1992, resaltando el principio que todo Estado puede disponer libremente de sus recursos naturales y la adopción del compromiso para aumentar el acceso a requerimientos básicos tales como el agua limpia. También se refirió a la Observación General No. 15 de 2002, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, indicando que las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua, y el derecho a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la contaminación de los recursos hídricos. Con esos argumentos sostuvo su propuesta para reformar el párrafo cuarto del artículo 4º constitucional, en los siguientes términos:

El Estado garantiza a todo individuo, personal o colectivamente, el derecho a gozar de un ambiente adecuado para su bienestar y desarrollo, así como disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible, para uso doméstico, su suministro continuo y suficiente sin interferencias, y para el sector social en el uso de agua agrícola. Las autoridades federales, estatales, municipales, y

del Distrito Federal, en el marco de sus respectivas competencias, garantizarán estos derechos, pudiendo cualquier individuo presentar denuncias por actos, hechos u omisiones de alguna autoridad o persona, con base en lo que disponen los ordenamientos jurídicos aplicables. Las legislaciones de los Estados y del Distrito Federal que regulen los servicios hidráulicos y la política hídrica del ámbito de su competencia, así como las disposiciones reglamentarias municipales, observarán las disposiciones contenidas en este párrafo, dictando las medidas correspondientes para su cumplimiento.

Como podemos apreciar, su propuesta estaba dirigida a garantizar el suministro de agua de forma continua, sin interferencias de ningún tipo, sin señalar la limitante, que citó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación No. 15, es decir, no sufrir cortes arbitrarios del suministro, y de haberse aprobado en los términos propuestos por la legisladora, el derecho público subjetivo reconocido en la garantía aprobada, nos llevaría a solicitar que la justicia federal nos amparara cuando el suministro de agua fuera discontinuo o con interferencias, sin importar la causa. Debemos tener presente que hoy en día es muy difícil suministrar agua de forma continua, y que el suministro por horario y fecha es utilizado, incluso, como forma de concientizar a la población de que es un recurso difícil de conseguir, por lo que fue apropiado proponer otra redacción más afortunada de acuerdo con la escasez del vital líquido. También incluía el suministro de agua ininterrumpido para el sector agrícola, por lo que aplicamos los mismos comentarios. Como mencioné en un inicio, han existido otras iniciativas de reforma, sin embargo, ha llegado el momento de referirme a

la iniciativa presentada por el diputado del Partido Verde Ecologista Guillermo Cueva Sada, quien propuso reformar el artículo 4º constitucional en dos aspectos; el primero, por un derecho a un medio ambiente sano e incluir un nuevo párrafo para reconocer el derecho humano de acceso al agua. En su exposición de motivos no se refirió a ningún tratado internacional, sin embargo, en el dictamen aprobatorio de la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, se refirieron al ámbito internacional y citaron algunos instrumentos, dentro de los cuales destacan, por su similitud de contenido con el artículo 4º constitucional vigente,¹⁰ la Observación No. 15 sobre el Derecho al Agua del Comité de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales de las Naciones Unidas, que aborda el derecho al agua en los términos siguientes:

El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible, para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua, salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.

Como podemos observar, la redacción actual de nuestro artículo 4º constitucional tiene como origen la Observación No. 15 citada.

III. Ejercicio del derecho de acceso al agua en México

En el apartado anterior observamos la gestación y nacimiento del derecho de acceso al agua y su consagración

en nuestra Carta Magna, de tal manera que a partir del 8 de febrero de 2012, los mexicanos contamos con un derecho público subjetivo, que podemos hacer valer con la amplitud permitida en nuestra Constitución Política y los tratados internacionales, como también ya se ha explicado. Ahora bien, considerando que el derecho en cuestión es de reciente reconocimiento y, por lo tanto, con poca experiencia ante los tribunales nacionales, pretendo analizar el ejercicio jurisdiccional de este derecho, a través del primer caso resuelto que ha llegado hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ejecución de sentencia, mediante una inconformidad planteada por la parte quejosa. Y por otro lado, también quiero abordar el presente apartado, atendiendo la legislación de aguas de la Ciudad de México, analizando posibles consecuencias del ejercicio del derecho de acceso al agua.

1. Inconformidad 49/2014

El presente caso, en su orden cronológico, inició a través del ejercicio de un derecho de petición por la parte quejosa ante un juzgado de distrito, expediente 2099/2009, con la finalidad de que le dieran respuesta a su solicitud para suscribir contrato individual para la prestación del servicio de agua potable y saneamiento en su inmueble. Como resultado a ese juicio de amparo, la quejosa obtuvo respuesta negativa a su petición por parte del Director General del Sistema de Agua Potable y Saneamiento, por lo que el 25 de noviembre de 2010, acudió a solicitar la protección de la justicia federal aduciendo violaciones diversas a sus garantías individuales y derechos humanos, de tal manera que el juez, con fecha 24 de junio de 2011, dictó sentencia en la que decidió sobreseer el juicio, al considerar actualizada la causal prevista en la fracción V, del artículo 73, en

¹⁰ *Supra*, nota 2.

virtud de que no demostró tener el carácter de propietaria o poseedora del inmueble. Posteriormente, la quejosa interpuso recurso de revisión con número de expediente 381/2011, mismo que resolvió un tribunal colegiado el 8 de marzo de 2012, revocando el fallo y otorgando la protección constitucional, para el efecto de que la quejosa recibiera efectivamente su derecho de acceso al agua. Sin embargo, la quejosa manifestó no estar satisfecha con el cumplimiento de la sentencia protectora del amparo y acudió, en inconformidad, en términos del artículo 105 de la Ley de Amparo vigente en ese momento. Con estos antecedentes, ahora procedemos a revisar los argumentos que consideró el tribunal colegiado en su resolución de 8 de marzo de 2012 en el expediente 381/2011¹¹ para otorgar el amparo a la parte quejosa. Debemos tomar nota que la reforma al artículo 4° constitucional fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de febrero de 2012, es decir 30 días antes de la emisión de la sentencia de amparo. El Tribunal Colegiado de Circuito, estableció que los conceptos de violación serían estudiados en forma conjunta, pero señaló que previo a su estudio, advertía que existían instrumentos de derecho internacional aplicables al caso, pero también era cierto que la Constitución federal contaba con el reconocimiento del derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. Por lo que consideró que no era necesario aludir a tales instrumentos internacionales. Sin embargo, veremos más adelante que, el tribunal colegiado se refirió al derecho interno, pero también citó los instrumentos internacionales que le dieron vida a nuestro actual artículo 4° constitucional, y sostuvo que

¹¹ Inconformidad 49/2014. www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/.../14000490.016-2289.d. Consultada el 10 de septiembre de 2016.

la característica del derecho al agua es ser una garantía individual y que sus titulares pueden ejercerlo libremente, en virtud de que protege a todo ser humano, indicando que su parte medular es que permite el acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. También se refirió a estos elementos atendiendo los puntos 1 y 2 de la Observación General 15 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, correspondientes a los artículos 11 y 12 de dicho Pacto, en los siguientes términos:

- a) La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Estos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud(OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.*
- b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre y, por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.*
- c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna dentro de la jurisdicción del Estado. La accesibilidad presenta las dimensiones superpuestas siguiente:*

1. Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

2. Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprender ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos del Pacto.

3. No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho a solicitar, recibir, y difundir información sobre las cuestiones del agua.

De esta manera el tribunal colegiado sustentó su resolución atendiendo a los criterios contenidos en el pacto internacional citado, y también se refirió a normas de derecho interno, entre la cuales, solo mencionaré el artículo 2° de la Ley Estatal de Agua Potable del Estado de Morelos debido a que es descriptiva con el comentario que se dará enseguida, dicha norma dispone:

Artículo 2.- Los servicios de conservación, agua potable y saneamiento de agua, estarán a cargo de los Ayuntamientos, con el concurso del Estado y sólo podrán prestarse, en los términos de la presente ley:

- I. Directamente a través de la dependencia correspondiente o por conducto de:*
- II. Organismos operadores municipales;*
- III. Organismos operadores intermunicipales;*
- IV. El Ejecutivo del Estado, a través de la dependencia u organismo encargado del ramo de agua potable y medio ambiente o cualquier otra dependencia que desarrolle las funciones que ésta realiza, de acuerdo con la presente Ley y la Administración Pública, en los casos y con las condiciones que los propios ordenamientos establecen;*
- V. ...*

El tribunal colegiado, al revisar los sustentos normativos estatales, advirtió que la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, correspondía a las autoridades locales a través de sus diferentes órganos administrativos y, en consecuencia, determinó que la realización de esa tarea tenía un componente orgánico, es decir, una obligación de hacer atribuida a los entes de la administración pública, obligación que tiene la finalidad de prestar el servicio de agua potable y que no era propio de los particulares, toda vez que los gobernados son los titulares de la recepción del servicio, por lo que justificó que su resolución se basara en la descripción de los elementos que forman el derecho de acceso al agua, que están contenidos en instrumentos internacionales, además de que son estos los que han desarrollado el contenido esencial del derecho en cuestión, por lo que aplicó lo relativo a la Observación 15 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos,

Sociales y Culturales. Finalmente, debo mencionar cuál fue el efecto protector de la sentencia de amparo, considerando que la parte quejosa argumentó que vivía en una zona en la cual no existía red de distribución de agua y que su domicilio se encontraba rodeada por colonias que sí contaban con esa red, se determinó que la autoridad tomara las medidas necesarias para que el proyecto de construcción de la red hidráulica se concluyera a la brevedad y se proporcionara el servicio a la quejosa, proveyéndole de servicio de agua potable y saneamiento, tal como fue reclamado en su demanda de amparo, pero sin que la quejosa estuviera exenta de las obligaciones que cualquier usuario tiene conforme a las leyes aplicables para disfrutar del servicio reclamado. Además, se determinó que hasta en tanto se cumpliera con los puntos anteriores, la autoridad responsable debería abastecer a la quejosa en su domicilio del vital líquido por medio de pipas, lo cual garantizaba el cumplimiento al derecho de acceso al agua. Posteriormente, la quejosa se inconformó por el cumplimiento que las responsables estaban dando a la ejecutoria y la Suprema Corte resolvió favorable su petición, pero sin cambiar nada de lo que estaba ya resuelto por el tribunal colegiado. Con este brevísimo relato del primer caso que ha llegado hasta la Suprema Corte, tenemos un panorama general de la forma en la cual posiblemente se resuelvan las demandas de amparo por violación al artículo 4º constitucional, derecho de acceso al agua; será cuestión de tiempo, para ver cómo evolucionan los casos específicos que pudieran incluir el acceso al agua no solo doméstico, sino también del sector agropecuario.

2. Ley de Aguas del Distrito Federal y el ejercicio del derecho de acceso al agua

En la parte inicial de este artículo expusimos que en el ejercicio del derecho de acceso al agua podríamos encontrarnos con diferentes casos, y citamos el de personas vulnerables que no tienen acceso alguno al agua. Cabe comentar que la Ciudad de México no se escapa a esta hipótesis, ya que tiene delegaciones políticas con población considerada en estado de vulnerabilidad por diferentes razones, económicas, culturales, educativas, marginación, etc. También hemos manifestado que el primer caso que conoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación inició con un juicio de amparo indirecto, que en su parte medular fue en ejercicio del derecho público subjetivo del párrafo sexto del artículo 4º constitucional. Por lo que en este momento, podemos afirmar que el juicio de amparo es procedente para hacer valer violaciones al derecho de acceso al agua, y esto es cierto en virtud de que el juicio de amparo es considerado un medio de control de la constitucionalidad, convencionalidad y legalidad, de los actos, normas y omisiones que provienen de las autoridades y de los particulares que actúan como autoridades, el cual se sigue en forma de juicio ante los tribunales federales.¹² Cabe comentar que la Ley de Aguas del Distrito Federal, contempla un recurso de inconformidad para impugnar actos y resoluciones administrativas emitidas por autoridades de dicha ciudad y contempla la suspensión del acto reclamado. También reconoce el derecho al agua en el artículo 5º que expresa textualmente:

Artículo 5.- Toda persona en el Distrito Federal, tiene el derecho al acceso suficiente, seguro e higiénico de

¹² Campuzano Gallegos, A. L.: *Op. cit.*, p. 1.

agua disponible para su uso personal y doméstico, así como al suministro libre de interferencias. Las autoridades garantizarán este derecho, pudiendo las personas presentar denuncias cuando el ejercicio del mismo se limite por actos, hechos u omisiones de alguna autoridad o persona, tomando en cuenta las limitaciones y restricciones que establece la presente ley.

Cuando se suspenda el servicio del suministro de agua, en caso de uso doméstico, de acuerdo con lo previsto en esta Ley, las autoridades garantizarán el abasto de agua para consumo humano a quienes se encuentren en este supuesto, mediante la dotación gratuita a través de carros tanques, hidrantes provisionales o públicos distribuidos en las demarcaciones territoriales, del Distrito Federal o garrafones de agua potable, conforme a criterios poblacionales, geográficos, viales, de accesibilidad y de equidad determinados por el Sistema de Aguas.

La suspensión o restricción del suministro de agua ordenada por el Sistema de Aguas, se sustenta en los criterios establecidos en el párrafo anterior, salvaguardando, en todo momento, el derecho al acceso de agua para consumo humano.

Como podemos observar, la legislación local de la Ciudad de México, sigue los principios constitucionales previamente analizados; sin embargo, no refiere argumento relacionado con la asequibilidad, es decir, considerar alcanzable el vital líquido de manera económica; pero por otro lado, aporta una característica en el servicio de suministro libre de interferencias, que también hemos comentado en su oportunidad, que de haberse incluido en la reforma constitucional tendríamos un derecho directo para reclamar esa continuidad en el servicio

mediante el juicio de amparo. Este reconocimiento de continuidad en el servicio, hoy en día no es materialmente posible por diversos motivos, principalmente porque no hay abundancia del líquido. Al referirnos al Sistema de Aguas de la Ciudad de México, debemos entender que es un órgano desconcentrado de la administración pública del Gobierno de la Ciudad de México adscrito a la Secretaría del Medio Ambiente capitalina, que tiene como principal objeto la prestación del servicio público de agua potable, drenaje y alcantarillado, entre otros. Ahora bien, continuando con el caso de personas vulnerables sin acceso al derecho al agua, consideramos que la Ley de Aguas comentada, conculca ese derecho, debido a que sus artículos 50 y 51 contienen elementos que limitan el derecho de acceso al agua, según lo explicaremos más adelante.

Artículo 50.- La prestación de los servicios de agua potable, drenaje, alcantarillado, y en su caso, de tratamiento de aguas residuales y su reuso constituye un servicio público que estará a cargo del Jefe de Gobierno del Distrito Federal a través del Sistema de Aguas de conformidad con lo establecido en la presente Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables.

Los servicios hidráulicos a cargo de las autoridades no podrán prestarse a quienes habiten en asentamientos humanos irregulares en el suelo de conservación.

Artículo 51.- Están obligados a solicitar los servicios de suministro de agua potable, descarga de aguas residuales, alcantarillado y drenaje, los siguientes sujetos:

I. Los propietarios o poseedores por cualquier título de predios edificados

II.

...

Cabe hacer notar que para manifestar nuestra posición respecto de estos dos artículos, nos dimos a la tarea de acudir al Sistema de Aguas de la Ciudad de México y solicitar los requisitos para la contratación de una toma de agua para consumo doméstico, y fuimos informados que se requiere lo siguiente: (i) escrito a libre redacción solicitando el servicio con croquis de ubicación del lugar; (ii) licencia o manifestación de construcción; (iii) alineamiento y número oficial; y (iv) pago de derechos. Con estos elementos podemos explicar nuestro punto de vista por el cual, los artículos 50 y 51 de la Ley de Aguas del Distrito Federal, conculcan el derecho de acceso al agua. Partamos del entendido que el artículo 4º constitucional establece que toda persona tiene derecho de acceso, disposición, y saneamiento al agua para consumo personal y doméstico e imaginemos una hipótesis, en la cual, podamos aplicar estos preceptos. Así proponemos como ejemplo una zona de una delegación política como Xochimilco o Tlalpan, que en otra época las tierras que las constituyen fueron dedicadas a las labores del campo, y que con el paso del tiempo se poblaron, de tal manera que ahora viven cientos de familias con servicios de energía eléctrica y que ese asentamiento surgió con la complicidad de la autoridad que no impidió, ni disuadió la formación del mismo, adicionemos al ejemplo que ya no es materialmente posible desalojar a los pobladores por diversas causas. Además, consideremos que algunos pobladores han recibido casas pre construidas, mediante campañas de fomento a la vivienda digna y que otras tienen casas bien edificadas. Atendiendo el ejemplo propuesto y la redacción del artículo 51, que señala que los servicios hidráulicos a cargo de las autoridades no podrán

prestarse a quienes habiten en asentamientos humanos irregulares en el suelo de conservación, advertimos que el establecimiento de asentamientos ahora considerados irregulares, no es responsabilidad de los pobladores, sino de la autoridad por haber permitido su formación y ahora tiene la obligación de regularizar el uso de suelo, porque materialmente ya no puede retroceder los efectos del asentamiento humano. Por otra parte, el artículo 50 citado, establece como obligación para los propietarios y poseedores por cualquier título de predios edificados, solicitar servicios de agua potable y alcantarillado, sin embargo, interpretando a *contrario sensu* el artículo, la obligación se transforma en un derecho de esas personas; sea como sea, el precepto está limitando el derecho a personas con predios edificados, entendiendo por edificado una construcción que requiere contar con licencia de construcción y número oficial, con lo cual, también se viola el derecho de acceso al agua, en virtud de que no se da oportunidad alguna de regularizar la situación de la casa, que como hemos dicho, puede ser de material prefabricado que no cuenta con licencia de construcción, y la condición de ser edificada, se puede considerar una discriminación a la vivienda digna, al no reconocer que ese tipo de casas móviles tienen la misma función y pueden contar con toma de agua, toda vez que el servicio de agua de uso doméstico es derecho constitucional para las personas y no para las edificaciones. El objetivo de imaginar un ejemplo de aplicación de la legislación de aguas de la Ciudad de México, es con la intención de vislumbrar la procedencia del amparo indirecto para acudir a la protección del derecho de acceso al agua, lo cual ha quedado precisado. Sin embargo, consideramos también que es posible solicitar la suspensión del acto reclamado, aun cuando el acto sea de carácter negativo,

como lo es el ejemplo propuesto, atendiendo al segundo párrafo del artículo 5° de la Ley de Aguas del Distrito Federal, y al desarrollo jurisprudencial de la apariencia del buen derecho en la suspensión del acto reclamado:

La suspensión es una medida cautelar y cualquier medida cautelar está fundada en dos principios: la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. La apariencia del buen derecho se refiere al derecho que se aduce violado y a la naturaleza de la violación; para analizar este elemento, debe hacerse un examen preliminar del asunto y un ejercicio hipotético sobre la constitucionalidad del acto reclamado. El derecho invocado como violado y la naturaleza de la violación deben ser examinados en todos los casos para determinar cuál es el grado de afectación que sufrirá la parte quejosa en caso de ejecutarse o seguirse ejecutando el acto o norma reclamada, y las consecuencias que habría que destruir en caso de que el acto se declarara inconstitucional. Lo anterior implica que la parte quejosa demuestre que es titular de un interés o un derecho que será afectado de ejecutarse el acto reclamado y esa demostración debe realizarse mediante las pruebas que obren en el incidente. El examen preliminar sobre la constitucionalidad del acto significa que basta con que objetivamente se encuentre tutelado el derecho invocado y que no se trate de una pretensión manifiestamente infundada o temeraria, sino que exista una credibilidad objetiva sobre aquél. No puede invocarse la apariencia del buen derecho (la falta) para negar la suspensión, sólo para concederla. La suspensión no tiene efectos constitutivos, es decir, por regla general no puede crear derechos de los que carecía la parte quejosa antes de producirse el acto reclamado o antes de promover

*el juicio, aunque en ciertos supuestos, pueda tener efectos provisionales reparadores.*¹³

Para explicar nuestro punto de vista tengamos presente el segundo párrafo del artículo 5° de la Ley de Aguas del Distrito Federal, que sostiene:

Cuando se suspenda el servicio del suministro de agua, en caso de uso doméstico, de acuerdo con lo previsto en esta Ley, las autoridades garantizarán el abasto de agua para consumo humano a quienes se encuentren en este supuesto, mediante la dotación gratuita a través de carros tanques, hidrantes provisionales o públicos distribuidos en las demarcaciones territoriales, del Distrito Federal o garrafones de agua potable, conforme a criterios poblacionales, geográficos, viales, de accesibilidad y de equidad determinados por el Sistema de Aguas.

Considerando que la apariencia del buen derecho tiene que ver con el derecho que se aduce violado y con la naturaleza de la violación del derecho, debemos enfatizar que a partir del 2 de febrero de 2012, nuestra Constitución Política nos reconoce el derecho público subjetivo de acceso al agua, con lo cual se pone de manifiesto que sí existe el derecho invocado y que en el caso hipotético planteado, estamos ante la presencia de un acto negativo atribuido a una autoridad, denominada Sistema de Aguas de la Ciudad de México, que como hemos mencionado, es un órgano desconcentrado del Gobierno de la Ciudad de México, entendiendo que tal acto consiste en la negativa de suministrar el servicio de agua potable a un residente de la Ciudad de México. El efecto que produce esa abstención de la autoridad, tiene como resultado que el peticionario no sea favorecido con el servicio público de

¹³ Campuzano Gallegos, A. L.: *Op.cit.*, p. 136.

suministro de agua para uso doméstico, ocasionándole lesiones de tipo irreparables mientras dure el juicio de amparo, debido a que el hecho negativo de no recibir el vital líquido, le ocasiona molestias en cada momento de su vida cotidiana, pues la falta de agua no le permitirá tener una vida con los satisfactores necesarios de cualquier ser humano, como son limpieza personal, preparación salubre de alimentos, atención de su salud en caso de perderla, limpieza de su hogar, hervir agua para beber, por mencionar algunas. De esta manera observamos que la necesidad de contar con el vital líquido se interpreta como una medida de naturaleza urgente, en atención a que ese elemento líquido se requiere, simplemente, para vivir y disfrutar de todo los satisfactores que nos da la vida como son trabajo, educación, esparcimiento, desarrollo de la personalidad, etc. También porque no se trata de un beneficio que puede esperar a ser recibido mientras se sigue un proceso jurisdiccional, que aunque es considerado de atención inmediata, lleva su tiempo obtener una sentencia definitiva, por lo que estamos en presencia de otro elemento necesario para proponer la suspensión del acto, que es el peligro en la demora por la tardanza en el dictado de la resolución. Sin embargo, es conocido que el efecto de la suspensión ha sido la conservación de las cosas en el estado que se encuentran y la conservación de la materia del juicio. En nuestro caso, proponemos que el efecto de la suspensión no sea de esa manera, ni tampoco de manera restitutoria (artículo 147 de la Ley de Amparo), debido a que previamente no ha existido el cumplimiento del derecho subjetivo constitucional violado. Por lo que buscamos que el efecto de la suspensión propuesta sea de un carácter superior, que sea de efectos constitutivos especiales y provisionales, como si ya se hubiera hecho efectivo con anterioridad el

derecho de acceso al agua y simplemente se encontrara suspendido por diversas causas. Esta suspensión sólo tendría efectos durante la resolución del juicio de amparo, hasta la sentencia ejecutoria y sería en los términos que la propia legislación de aguas de la Ciudad de México establece, para el caso de que el servicio sea suspendido. Observemos que el Sistema de Aguas de la Ciudad de México, unilateralmente en una relación de supra a subordinación, determina negar el servicio de suministro de agua a un peticionario y que ese evento produce la consecuencias de no contar con el vital líquido para uso doméstico en el domicilio del peticionario, similar consecuencia a la que se prevé en el segundo párrafo del artículo 5° de la Ley de Aguas, es decir, que en ambos casos el resultado final, es no contar con suministro de agua de uso doméstico y, por lo tanto, podríamos obtener una suspensión con los beneficios que ese precepto señala, consistentes en los siguientes:

Cuando se suspenda el servicio del suministro de agua, en caso de uso doméstico, de acuerdo con lo previsto en esta Ley, las autoridades garantizarán el abasto de agua para consumo humano a quienes se encuentren en este supuesto, mediante la dotación gratuita a través de carros tanques, hidrantes provisionales o públicos distribuidos en las demarcaciones territoriales, del Distrito Federal o garrafones de agua potable, conforme a criterios poblacionales, geográficos, viales, de accesibilidad y de equidad determinados por el Sistema de Aguas.

En consecuencia, el efecto de la suspensión no sería constituir un derecho porque no se estaría resolviendo que se proporcionara una toma hídrica en el domicilio del peticionario, ni adelantando un fallo positivo, sino que se generarían actos paliativos para proveer agua mediante

carros tanques, hidrantes móviles o garrafones de agua, solamente durante el tiempo que dure la tramitación del juicio de amparo y se daría cumplimiento a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales. Por otra parte, se estaría dando efectos protectores al peticionario en los términos del artículo 1° constitucional, atendiendo el principio pro persona, protegiendo al peticionario de la manera más amplia posible.

IV. Resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia

Referirnos a las resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia, sin advertir previamente que se requiere hacer al menos un preámbulo como el que hicimos para nuestro derecho, sería un acto imprudente de nuestra parte, por lo que trataremos de atender esa legislación de una manera brevísima con el respeto que nos merecen. Tenemos entendido que el derecho de acceso al agua en Colombia está consagrado en su Constitución Política, en el Capítulo 5, denominado de *la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos*, en el cual señala su artículo 366 lo siguiente:

Artículo 366.- El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

De esta manera el derecho de acceso al agua, está reconocido en el ordenamiento supremo de la República de

Colombia, como un derecho de servicio público a cargo del Estado, el cual, está dirigido a lograr el mejoramiento de la calidad de vida de su población. Vimos que en nuestra legislación la acción que ocupamos para impugnar actos, omisiones o normas que vulneran la Constitución, es la del amparo. En Colombia, la acción empleada es la denominada acción de tutela, encargada de proteger los derechos constitucionales fundamentales, según podemos observar en el Decreto número 2591 que reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la cual sostiene en su artículo 1°:

Artículo 1.- Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quién actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela. La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiere a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción.¹⁴

Con estos elementos básicos, ahora estamos en posibilidad de exponer de manera muy simple un

¹⁴ www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php. Consultado el 15 de septiembre de 2016.

caso resuelto en la Corte Constitucional de Colombia, relacionado con el derecho de acceso al agua, ya que la intención de este artículo no es analizar el derecho de ese país, sino solamente conocer un poco cómo han sido sus experiencias al resolver estos temas, considerando que Colombia tiene tiempo resolviendo asuntos del derecho de acceso al agua y que en México estamos en la primera etapa de aplicación, por su reciente incorporación a nuestra Constitución Política.

Revisaremos brevemente la Sentencia T-641/15,¹⁵ emitida por la Corte Constitucional de Colombia en octubre de 2015, en este caso la parte actora ejerció la acción de tutela reclamando su derecho a la salubridad pública, salud en conexidad con la vida digna y prestación del servicio público de agua potable, argumentando que vivía en la casa de su hijo con su esposo y tres nietos, que la casa la adquirió su hijo hacía más de 5 años, en un barrio de invasión mediante una carta de venta y alega que pese a contar con el servicio de alcantarillado sin legalizar, la compañía Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S. A. E.S.P., se negó a suministrarle el servicio de acueducto, por no contar con el boletín de nomenclatura urbana, licencia de construcción y el certificado de libertad y tradición (similar a nuestro ejemplo hipotético de la Ciudad de México). Entre las pruebas relevantes que aportó se encuentran: su cédula de ciudadanía, actas de nacimiento de los menores y la factura del servicio público de energía. Este asunto fue presentado en primer lugar ante un juzgado penal de control de garantías de Bucaramanga, el cual resolvió amparar, de manera transitoria, los derechos de la

actora, por considerar que se vulneraban los derechos de personas de especial atención, –así se refirió a los menores–, y otorgaba su amparo, aunque la actora no tuviera los documentos solicitados por la empresa. Posteriormente el apoderado de dicha empresa impugnó la resolución ante otro juzgado penal, reiterando sus causas de omisión de documentos para recibir el servicio solicitado, por lo que el juez revocó la sentencia del anterior juzgado. Es a partir de ese momento que la Corte Constitucional de Colombia se avoca a revisar el caso y advierte la procedencia de la acción de tutela, en virtud de que el agua tiene connotación de servicio público, pero también tiene el carácter de derecho fundamental cuando se utiliza para el consumo humano, ya que una falla en su prestación puede traducirse en afectaciones a la vida, a la salud y a la dignidad humana entre otros. Posteriormente para resolver este caso, la Corte Constitucional hace referencia al contenido del derecho al agua, en los términos conceptualizados en la Observación No.15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, es decir, la fundamenta en los conceptos de disponibilidad, calidad, accesibilidad, accesibilidad física, accesibilidad económica, no discriminación y acceso a la información. También se refirió al suministro mínimo de agua potable de 50 litros por día que cada persona necesita para vivir, de acuerdo con el criterio establecido por la Organización Mundial de la Salud. Finalmente, la Corte Suprema resolvió el caso decidiendo, como punto primero, revocar el fallo de la segunda instancia que, a su vez, había revocado la sentencia emitida por la primera. Punto segundo, ordenó al representante legal de la empresa Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S. A. E.S.P. suministrar, por lo menos, 50 litros de agua

¹⁵ www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-641-15.htm. Consultado el 15 de septiembre de 2016.

apta para consumo humano a la actora y a cada uno de los integrantes de su núcleo familiar. En el punto tercero, instó a la actora para que dentro de los tres meses siguientes iniciara los trámites de legalización del predio y, en el punto cuarto, ordenó comunicar al defensor del pueblo para asistir a la actora en el proceso de legalización del predio.

Con esta brevísima reseña del derecho colombiano y su aplicación en el ejercicio del derecho de acceso al agua, podemos advertir que Colombia no lo reconoce constitucionalmente como un derecho público subjetivo, pero que a través de interpretaciones le da la importancia necesaria para considerarlo protegido mediante la acción de tutela. A diferencia de nuestro país, que gracias a la reforma del artículo 4° constitucional, a partir del 8 de febrero de 2012, lo tenemos como un derecho humano amparado por una garantía constitucional, protegida directamente por el juicio de amparo y ya no simplemente a través de recursos ordinarios locales.

V. Conclusiones

Primera. Hoy en día, no obstante el reconocimiento constitucional de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte, permanece el principio de supremacía constitucional para nuestra Carta Magna, en virtud de que si existe un derecho humano reconocido en un tratado internacional que se encuentra limitado en la propia Constitución Política, no podrá invocarse con eficacia y tendrá la limitación establecida en ella.

Segunda.- La reforma al artículo 4° constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de febrero de 2012, en la cual se incluyó un párrafo sexto correspondiente al derecho de acceso al agua,

nos ha privilegiado a los habitantes de México, en virtud de que ahora contamos con un derecho público subjetivo, mediante el cual todos podemos tener acceso, disposición y saneamiento de agua, para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible.

Tercera.- Independientemente de que la Ley de Aguas del Distrito Federal contempla un recurso para inconformarnos de actos de las autoridades del Gobierno de la Ciudad de México, es a partir del reconocimiento del derecho de acceso al agua en el artículo 4° constitucional, que podemos acudir directamente mediante el juicio de amparo a impugnar actos, omisiones o normas de autoridades de la Ciudad de México que restrinjan nuestro derecho de acceso al agua.

Cuarta.- Colombia aún no tiene el derecho de acceso al agua contemplado en su Constitución Política como un derecho humano; sin embargo, han mostrado oficio jurisdiccional de avanzada resolviendo casos de esta naturaleza, mediante lo que denominan procedencia excepcional y que se refiere a que el derecho de acceso al agua, en condiciones de potabilidad, puede ser protegido por vía de tutela cuando el líquido que se reclama esté destinado al consumo humano y, en consecuencia, exista una afectación al derecho fundamental.

Quinta.- Los operadores jurídicos tenemos la responsabilidad de decidir el medio adecuado para hacer efectivo el acceso al agua, pero en todo caso, debemos ejercer el derecho de representar a los usuarios de nuestros servicios responsablemente, de tal manera que no se abuse del juicio de amparo, evitando los daños al interés social, máxime que se trata de un derecho de vital importancia (derecho al agua).

VI. Bibliografía

- Burgoa, Ignacio: *Las garantías individuales*. Porrúa. 7ª ed. México, 1972.
- Campuzano Gallegos, Adriana Leticia: *Manual para entender el juicio de amparo*. Thomson Reuters. 1ª ed. México, 2015.
- Fierro Ferráez, Ana Elena y Abreu Sacramento, José Pablo: *Derechos humanos, derechos fundamentales y garantías individuales*. Oxford 1ª ed. México, 2012.
- Serra Rojas, Andrés: *Derecho administrativo*. Porrúa 19ª ed. México 1998.

De internet

- [www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/](http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/.../14000490.016-2289.d)
[cerrados/.../14000490.016-2289.d](http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/.../14000490.016-2289.d)
- www.cndh.org.mx
- www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional
- www.corteconstitucional.gob.co/relatoria/2011/T-740-11.htm
- www.corteconstitucional.gob.co/relatoria/2015/t-641-15.htm
- www.corteconstitucional.gob.co/lacorte/DECRETO%202591.php

Legislación

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- *Ley de Amparo*.
- *Ley de Aguas del Distrito Federal*.

Actividades de capacitación

Como cada año, concluyeron exitosamente en la sede central las *Especializaciones en Defensa Penal y Asesoría Jurídica*, décimo sexta generación.

La *Jornada de simulación de audiencias del nuevo sistema de justicia penal* constituye un esfuerzo del Instituto de la Judicatura Federal, en estrecha colaboración con el Instituto Federal de Defensoría Pública, para brindar una capacitación de carácter práctico a quienes serán operadores del nuevo sistema. A través de la simulación de audiencias se obtiene un mejor aprovechamiento de la capacitación y se contribuye al desarrollo de las habilidades necesarias para el desempeño de las funciones. Dicha jornada se llevó a cabo en las Ciudades de México y Guadalajara, durante los meses de agosto y septiembre.

El Instituto de la Judicatura Federal, siguiendo con la capacitación en materia de juicios orales que es fundamental para los defensores públicos federales, impartió del 16 de agosto al 08 de septiembre de 2016 el *Curso de inducción para defensores públicos federales especializados en el nuevo sistema de justicia penal*, al cual asistieron 50 defensores. Por otro lado, el 7 de noviembre dieron inicio las clases del mismo *Curso de inducción*, a un segundo grupo con el mismo número de defensores. De esta manera, sigue incrementándose el número de defensores capacitados para este tema tan importante y apremiante.

La introducción de la oralidad en los diversos procesos judiciales en México hace necesaria la capacitación en este tema, por lo cual el Instituto de la Judicatura

Federal, en los meses de octubre y noviembre hizo una atenta invitación a este Instituto para participar en el *Ciclo de talleres de habilidades básicas de expresión oral* en las ciudades de Pachuca, Tijuana, San Luis Potosí, Aguascalientes y Saltillo, en los cuales asistieron defensores públicos federales adscritos a esas ciudades.

Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General
Maestro Mario Alberto Torres López

Junta Directiva

Maestro Rodolfo Félix Cárdenas
Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Doctor Héctor Felipe Fix Fierro
Maestro Miguel Pérez López
Licenciado Javier Quijano Baz

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Jorge Rivero Ortiz
Unidad de Defensa Penal y Evaluación del Servicio

Licenciado Enrique Alfredo Tamayo Díaz
Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio

Licenciada Susana Paczka Carmona
Unidad de Supervisión y Control de Defensa
Penal y Asesoría Jurídica

C.P. Silvia Madrigal Bueno
Unidad de Apoyo Operativo

*El diseño y la formación de este volumen
estuvieron a cargo de la Dirección
General de Comunicación Social del
Consejo de la Judicatura Federal.*