



COMISIÓN DE
DERECHOS HUMANOS
DEL ESTADO DE MÉXICO



LA TÓPICA EN DERECHOS HUMANOS

Coordinadores
Jorge Olvera García
Gonzalo Levi Obregón Salinas



**LA TÓPICA
EN DERECHOS
HUMANOS**



COMISION DE
DERECHOS HUMANOS
DEL ESTADO DE MÉXICO

LA TÓPICA EN DERECHOS HUMANOS

© Primera edición, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2021

D.R. 2021, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Av. Nicolás San Juan, núm. 113, col. Ex Rancho Cuauhtémoc,

C.P. 50010, Toluca, México

Tel. (722) 2360560

<http://www.codhem.org.mx>

Jorge Olvera García

Gonzalo Levi Obregón Salinas

Coordinadores

Jorge Olvera García

Presentación

Gonzalo Levi Obregón Salinas

Introducción

Editora responsable: Gabriela E. Lara Torres

Diseño editorial y formación: Aldo Emanuel Juárez Herrera y Amira Reyes Izquierdo

Diseño de portada: Aldo Emanuel Juárez Herrera

Corrección de estilo: Dulce Thalía Bustos Reyes

Asistencia editorial y revisión: Enrique Ricardo Garrido Jiménez
y Jessica Mariana Rodríguez Sánchez

ISBN libro digital: 978-607-9129-50-7

ISBN libro físico: 978-607-9129-49-1

Número de autorización del Comité Editorial: CE/BLB/02/2021

Impreso y hecho en México

Queda prohibida la reproducción total o parcial de la publicación sin previa autorización de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.

LA TÓPICA EN DERECHOS HUMANOS

Coordinadores

Jorge Olvera García

Gonzalo Levi Obregón Salinas

Autores

Karla Leticia Fiesco García

Anuar Roberto Azar Figueroa

Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria

Lívia Gaigher Bósio Campello

Mariana Ribeiro Santiago

Sinara Lacerda Andrade

Isanami Paredes Gómez

Jorge Antonio Mirón Reyes

Liliana Pérez de la Rosa

Delio Dante López Medrano

Carlos Ubaldo Osorio Díaz

Guillermo Díaz Maldonado

Juan Manuel de la Torre Salgado

Alberto Salinas Zarrión

Cesiah Eli Muñoz Pérez

Claudia Livia Salinas Zarrión

Daniel J. García López

Luísa Winter Pereira

Emmanuel Arellano Morales

Dígase hombre y ya se han dicho todos los derechos.

JOSÉ MARTÍ

CONTENIDO

Presentación.....	11
Introducción.....	15
La capacitación y promoción de la cultura de los derechos humanos como tarea prioritaria del Estado mexicano.....	21
Jorge Olvera García	
Derechos humanos y ciencia jurídica. La pseudociencia de la ponderación en México	37
Gonzalo Levi Obregón Salinas	
Los derechos humanos laborales en tiempos de COVID-19	63
Karla Leticia Fiesco García	
El Estado democrático como medio de protección a los derechos humanos	77
Anuar Roberto Azar Figueroa	
El relativismo punitivo para el combate a la corrupción	97
Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria	
La valorización de la identidad cultural como desafío a la concreción del derecho al desarrollo.....	113
Livia Gaigher Bósio Campello, Mariana Ribeiro Santiago y Sinara Lacerda Andrade	
¿Los derechos humanos de la mujer son una realidad en nuestro derecho positivo?	129
Isanami Paredes Gómez	
La restricción de derechos humanos: factor fundamental para el combate a la corrupción	151
Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria	
Los derechos humanos de las víctimas de delitos en el sistema procesal penal acusatorio	163
Jorge Antonio Mirón Reyes	
El derecho humano a la salud. Aspectos normativos de la responsabilidad médica	187
Liliana Pérez de la Rosa y Delio Dante López Medrano	
Los derechos humanos y la familia	205
Carlos Ubaldo Osorio Díaz	

La impugnación de la Constitución de la Ciudad de México a la luz de lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como una forma de definir y dotar de congruencia el orden imaginado. Un enfoque en los derechos humanos y sus garantías.....	225
Guillermo Díaz Maldonado	
El artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación como ejemplo de la progresividad de los derechos humanos de los contribuyentes	249
Juan Manuel de la Torre Salgado	
Contratos normativos y los derechos humanos.....	271
Alberto Salinas Zarrión	
La ética pública como garante del derecho humano a una buena administración pública	289
Cesiah Eli Muñoz Pérez	
Derechos humanos, dignidad como reconocimiento a los adultos mayores	313
Claudia Livia Salinas Zarrión	
Somatoderecho: hacia la configuración de los derechos de los cuerpos.....	331
Daniel J. García López y Luísa Winter Pereira	
Derechos humanos, medidas de protección y providencias precautorias en el sistema penal acusatorio: un estudio respecto de las mujeres víctimas de violencia en el Estado de México	349
Emmanuel Arellano Morales	

PRESENTACIÓN

La Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (Codhem), como organismo público autónomo comprometido con la defensa y la restitución de los derechos humanos, cuenta, entre sus propósitos, con la transformación progresiva y constante del actuar de las personas servidoras de las instituciones que conforman el poder público, así como de los integrantes del tejido social. No ajena a la realidad circundante, esta comisión vela por la promoción, la resignificación, la socialización y la divulgación de las prerrogativas fundamentales de todas las personas.

Así, ante la responsabilidad moral y el deber cívico de difundir la cultura del respeto a los derechos humanos, esta casa de la dignidad ha emprendido múltiples tareas para el estudio en materia de derechos humanos, una de ellas es la publicación de *La tónica en derechos humanos*.

La tónica es un conjunto de tópicos o temas para desarrollar argumentos y establecer los contenidos de los discursos. Así, ante la necesidad de enriquecer el discurso de los derechos humanos, es menester el análisis y el diálogo de las ideas. Esta publicación significa

una labor, por parte de investigadores(as), académicos(as) y especialistas, así como de integrantes de esta comisión, de indagar las problemáticas actuales en materia de derechos a través de un enfoque crítico y científicista. De este modo, se presentan diagnósticos e informes, pero sobre todo propuestas y alternativas para afrontar los diferentes retos que implica la protección de los derechos humanos.

Este libro abre con “La capacitación y promoción de la cultura de los derechos humanos como tarea prioritaria del Estado mexicano”, donde se exploran las posibilidades y competencias de los organismos defensores para adquirir protagonismo en la actividad cotidiana a favor del respeto a los derechos esenciales de las personas y en pos de un incremento de actividades de tipo preventivo que auspicien y fortalezcan la cultura en ese campo como una constante en la vida de los habitantes y en el quehacer de toda autoridad.

De igual modo, en “Derechos humanos y ciencia jurídica. La pseudociencia de la ponderación en México” se propone una aplicación directa de la ciencia jurídica como sistema de control

en la emisión de las normas jurídicas, así como que exista una protección a toda la sociedad mexicana en sus derechos. Por su parte, en “Los derechos humanos laborales en tiempos de COVID-19” se enmarcan los principales derechos laborales desde la perspectiva de la empresa y del trabajador o de la trabajadora; y otorgar tanto a las personas como a las empresas un panorama legal de cómo el virus conocido como SARS-CoV-2 ha afectado a las personas físicas y morales en su esfera de derechos y cuáles son los medios de protección más eficaces que tener en cuenta.

Asimismo, en “El Estado democrático como medio de protección a los derechos humanos” se reflexiona sobre la relación que hay entre la democracia y los derechos humanos, así como sobre la repercusión que tiene uno en el otro, ya que se plantea que la primera debe ser un acceso y resguardo de los segundos. Paralelamente, en “El relativismo punitivo para el combate a la corrupción” se abordan los argumentos jurídicos para determinar que en los actos que se realicen por hechos de corrupción la restricción de los derechos humanos es la idónea para combatirla.

Por otro lado, “La valorización de la identidad cultural como desafío a la concreción del derecho al desarrollo” aborda el desarrollo en cuanto derecho humano de solidaridad y su conexión con el aspecto cultural; mientras que en “¿Los derechos humanos de la

mujer son una realidad en nuestro derecho positivo?” se analiza si en el sistema jurídico mexicano se encuentran debidamente positivados los derechos humanos en un parámetro de igualdad, es decir, si a la mujer en la actualidad ya no se le limita el ejercicio y goce de los derechos humanos, o bien, si los derechos humanos de los que goza ya han superado a nuestro sistema legal.

Ahora bien, en “La restricción de derechos humanos: factor fundamental para el combate a la corrupción” se busca problematizar sobre la aplicación del principio pro persona en el ejercicio de los derechos, donde la restricción que sea de menor impacto para la persona desde la perspectiva constitucional o convencional funja como factor fundamental para el combate a la corrupción. Además, en “Los derechos humanos de las víctimas de delitos en el sistema procesal penal acusatorio” se muestra cómo, a partir del nuevo marco normativo que sirvió de base para el reconocimiento de los derechos de las víctimas de los delitos, se dio paso a su legitimación como parte procesal en el procedimiento penal, lo cual vino a fortalecer la idea de que la víctima había dejado de ser la parte olvidada del procedimiento penal.

A su vez, en “El derecho humano a la salud. Aspectos normativos de la responsabilidad médica” se analiza la responsabilidad jurídica en la que puede incurrir el médico o los integrantes

de su equipo con base en la reforma al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Con respecto a “Los derechos humanos y la familia”, se expone qué es la familia y su protección constitucional e internacional a través de los diversos tratados internacionales que la tutelan, acompañado de un estudio a la reforma respecto a la obligación alimentaria, publicada el catorce de marzo de dos mil dieciséis en la “Gaceta del Gobierno” del Estado de México.

Al mismo tiempo, en “La impugnación de la Constitución de la Ciudad de México a la luz de lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como una forma de definir y dotar de congruencia el orden imaginado. Un enfoque en los derechos humanos y sus garantías”, a partir del orden imaginario que resulta de los mitos compartidos y la creencia en ellos, por parte de los miembros de una sociedad, en un lugar y tiempo determinados, así, aunque existen ocasiones en que la concepción de los mitos compartidos es divergente, ello puede solucionarse por medio de las garantías constitucionales, medios institucionales que permiten generar una creencia unívoca en determinados mitos compartidos, la cual establecerá el orden imaginario, con lo que se podrá lograr la cooperación efectiva de los miembros de una sociedad. Simultáneamente, en “El artículo 69-B del Código Fiscal de

la Federación como ejemplo de la progresividad de los derechos humanos de los contribuyentes” se analiza cómo los derechos humanos del contribuyente evolucionan en virtud de los nuevos procedimientos contemplados en la legislación fiscal, a fin de garantizar una protección de los derechos del contribuyente frente a la constante innovación recaudadora de la autoridad fiscal.

En lo que toca a “Contratos normativos y los derechos humanos”, se evalúa si los contratos en los que interviene en la vida cotidiana el gobernado, efectivamente, contienen su voluntad o si estos mismos violentan sus propios derechos humanos; asimismo, sobre la eficaz y eficiente regulación de los órganos de gobierno y sus actos sobre el particularmente humano contribuyente, criticando si actúan en beneficio o perjuicio del gobernado; dejando la reflexión sobre si contratar por el simple hecho de no tener opción para la cobertura de sus necesidades. De igual modo, en “La ética pública como garante del derecho humano a una buena administración pública” se reflexiona sobre la importancia de la profesionalización y el fomento de la ética pública como un mecanismo para garantizar el derecho humano a una buena administración pública y, en consecuencia, hacer frente al problema de la corrupción.

Por lo que se refiere a “Derechos humanos, dignidad como reconocimiento a los adultos mayores”, este

artículo plantea el reconocimiento social a los adultos mayores, quienes son una virtud de vida, ejemplo a seguir, cúmulo de conocimientos, experiencias, recuerdos; de modo que es necesario no perder de vista el apoyo, el reconocimiento, el respeto a su dignidad humana, su derecho a la vida, a la salud, al patrimonio, a la seguridad. A continuación, en “Somatoderecho: hacia la configuración de los derechos de los cuerpos” se aborda la cuestión del cuerpo como aquello que ha sido excluido históricamente del derecho. La visibilidad de las graves violaciones a las personas intersex nos sitúa ante la necesidad de articular un derecho en cuyo centro se ubique la corporalidad, lo que se ha venido a llamar *somatoderecho*.

Finalmente, en “Derechos humanos, medidas de protección y providencias precautorias en el sistema penal acusatorio: un estudio respecto de las mujeres víctimas de violencia en el Estado de México” se analiza la importancia que tienen los derechos humanos de las mujeres víctimas de cualquier tipo de violencia en el Estado de México, así como la forma en que pueden ser tutelados, protegidos y garantizados inicialmente mediante la concesión y adecuada implementación de las medidas de protección y providencias precautorias establecidas en el artículo 137 del Código Nacional de Procedimientos Penales, incluyendo el papel que deben asumir los agentes del

Ministerio Público de la Fiscalía mexicana, como también las instituciones de seguridad pública municipales, estatales y federales, en favor de una mejor procuración de justicia para las mujeres en la entidad.

No me queda más que celebrar la aparición de este nuevo título editado por la Codhem. Las colaboraciones presentadas en *La tónica en derechos humanos* son el resultado de la dedicación de académicos, juristas y especialistas en la materia con un fuerte compromiso por el estudio, análisis, defensa y restitución de la dignidad humana. Sin duda, las propuestas aquí presentadas serán un aliciente para las personas interesadas en el análisis de estos temas, por la pluralidad de los puntos de vista y la profundización de las ideas. Estas aportaciones abonan al debate y, por ende, al discurso de los derechos humanos, ampliando su perspectiva, así como a la protección, defensa y estudio de los mismos. Es nuestro mayor deseo que este libro genere un diálogo de ideas.

Dr. en D. Jorge Olvera García
Presidente de la Codhem

INTRODUCCIÓN

Estimado(a) lector(a):

Es importante comunicarle que ante usted está una obra que no sería posible sin el apoyo, esfuerzo y dedicación de todos los integrantes de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (Codhem), encabezados y representados por su presidente el Dr. Jorge Olvera, que, desde el momento en que escuchó la propuesta de su servidor para la elaboración del presente libro, —con su liderazgo, profesionalismo, pero sobre todo con esa gran pasión por la difusión del conocimiento, divulgación, descubrimiento y protección de los derechos humanos—, le permitió colaborar junto con él para presentar este trabajo conjunto de muchas personas dentro y fuera de la Codhem.

El presente libro tiene como objeto presentar a diferentes autores que desde su perspectiva, línea de investigación, trabajo tanto profesional como académico, exponen tanto el desarrollo de conceptos que se encuentran relacionados con los derechos humanos como su campo de aplicación. Entonces, podríamos cuestionarnos ¿por qué es necesaria la presente obra? Aunque todos los días se hable de derechos

humanos, lamentablemente se escucha más sobre su transgresión que sobre su progresión. Es necesario considerar que nos encontramos en una materia en realidad poco explorada.

Me atrevo a realizar esa aseveración porque, aunque en México ya teníamos normas jurídicas dentro de nuestro sistema normativo nacional que hablaban de los derechos humanos, como los tratados internacionales, en realidad no tenía vigencia ni actualidad el concepto de derechos humanos hasta que se emitió la reforma del artículo primero constitucional en México, con la que hubo un cambio de paradigma en la manera de observar, analizar, aplicar, investigar y estudiar el derecho en México y su tecnología, la norma jurídica, que nos muestra cómo son los cambios profundos de un sistema legal (es preciso mencionar que estos cambios no provienen del trabajo directo del Estado, sino del gran esfuerzo de las personas por luchar por sus ideales, resolver su diferencias, satisfacer sus necesidades y exigir sus derechos).

Es necesario mencionar los antecedentes en cuanto al paradigma debido a que las diferentes formas de

descubrir los derechos humanos, así como de aplicarlos, se encuentran en realidad definiendo el comportamiento, así como las características más esenciales del ser o individuo, tanto en situaciones complejas como en momentos de calma; por ello, cada persona los identifica, así como delimita desde su manera de vivir y de pensar, porque la universalidad de los derechos humanos va relacionada con la identificación de las similitudes, pero también de las diferencias de las personas que conforman una sociedad, así como nación.

El comienzo arduo tanto en el estudio de los derechos humanos como en su protección tiene un antes, así como un después, en México. El caso Rosendo Radilla dio origen no solo a la modificación del artículo primero constitucional, sino a la manera de hacer efectivos los derechos humanos, que, sin duda, es exigiendo y reconociendo la necesidad que podamos tener en ese momento. Es importante mencionarlo debido que, al pensar en derechos humanos, podríamos decir que los Estados deberían respetarlos; pero al ser progresivos, es necesario que cada individuo se comprometa a defenderlos, ya que así las demás personas podrán exigirlos.

La postura científica dentro de la ciencia jurídica en México, por excelencia, así como por conveniencia, ha sido el positivismo jurídico, el cual dio

su expresión más evidente en cuanto a la protección de las personas en la institución: garantías individuales, que, aunque se pensó que eran una aportación para proteger a la sociedad, en realidad le generó a las personas una dependencia con el gobierno de la autoridad en cuanto a la definición de los derechos como símbolos de protección, así como de respeto pero que la única manera de hacerlos efectivos es mediante el desarrollo de las garantías, al estas buscar su aplicación.

Lo anterior propició a que por muchos años los derechos se protegieran e hicieran valer mediante una garantía; esta situación, lejos de dar un avance, dejó un gran rezago en materia de protección de los derechos humanos, debido a que teníamos que esperar que los legisladores consideraran necesaria y evidente la regulación de ciertas garantías para hacer efectivos los derechos de las personas, como si fuéramos individuos incapaces de exigir que se garanticen y reconozcan nuestros derechos dentro del aparato normativo, ya que para poderlos regular, existían intermediarios como el Poder Legislativo y Ejecutivo, de los que dependíamos totalmente para su reconocimiento.

En ese campo de aplicación se volvió necesario que en la antigua estructura de representación y, por ello, regulación existiera un intermediario que reconociera las necesidades más

evidentes, así como próximas de los individuos, quienes —pese a carencias, así como ausencias de su regulación— tenían que esperar a que el legislador propusiera un derecho, así como una garantía para hacerlo efectivo; situación que con la sustitución científica de derechos humanos por garantías individuales excluyó la parte positivista de nuestro sistema normativo, así como comunidad jurídica, para darle paso a que no existiera más ese intermediario. Ahora las personas podrían solicitar tanto derechos como garantías de manera directa.

El cambio de figura jurídica trae consigo la decisión de hacer efectivas las necesidades de cada una de las personas; esta posibilidad existe debido a las características que en esencia componen a cada una de las instituciones, figuras jurídicas, o tecnología denominada garantía o derechos humanos. La manera más actual de poder evidenciar la mejor adaptación o recepción de cada concepto dentro de la sociedad para los fines individuales y colectivos es observar sus características. La garantía individual, como se encontraba anteriormente, daba una posibilidad de efectividad limitada, ya que las personas tenían que esperar dos momentos: el primero era la creación de un derecho por parte del Poder Legislativo, y el segundo era la legislación de una garantía que hiciera efectivo ese derecho,

por lo cual resultaba imposible la efectividad.

La garantía, como se encontraba regulada, tenía dos condicionantes, como se mencionó, la legislación de un derecho y, posteriormente, la legislación de una figura que exigiera la satisfacción de las necesidades de las personas, lo que hacía inoperante el derecho aunque existiera debido a que necesitaba una garantía para su aplicación por lo menos legal (ya es diferente medir su eficacia), que excluía la libertad misma de las personas y sujetaba la democracia a una decisión política para el desarrollo de las personas, así como la satisfacción de sus necesidades. Esta característica nace del positivismo jurídico, que todo justifica al realizarlo una institución, es decir, desde su postura formal.

Eso evidencia la actualidad, así como progresividad de los derechos humanos, ya que el hecho de que se haya podido positivizar su concepto en la Constitución deja claro su valía, así como actualidad, ya que desde una perspectiva científica lo hace una variable independiente para el cumplimiento de la dignidad de las personas. De esta forma, las autoridades tienen como obligación hacerlo efectivo, ya que, en el ámbito de sus competencias, son las que realizan esa protección, debido a que es un resguardo en acto o un mandato que no tiene como finalidad decir qué hacer

a las autoridades. El mayor adelanto de nuestros tiempos es que las autoridades deberán emitir esas garantías.

La gran diferencia consiste en que las personas pueden exigir y acceder de manera efectiva y directa a los derechos humanos, pues las personas pueden solicitar, de manera respetuosa y por escrito, que las autoridades hagan efectivos sus derechos humanos o, visto desde otra perspectiva, que emitan una garantía. Ello hace que se actualice la gama, así como interdependencia de los derechos humanos, lo cual se reconoce como una visión de progresividad, debido a que las personas a diario nos conocemos desde la perspectiva de la consciencia para plantear las necesidades y cumplir nuestra dignidad en los momentos, así como circunstancias que vivimos.

Esa situación lleva a que las decisiones que tomen las autoridades a petición de los gobernados se conviertan en garantías fácticas, que podríamos considerarlas como la construcción de los precedentes en materia de derechos humanos, parte muy importante de su progresividad que permite acceder al derecho humano al recuerdo, sobre todo en su protección; lo que actualiza el gran compromiso de petición de las personas frente la autoridad y lo convierte en precedente de garantía para los derechos humanos.

Lo que fortalece la unidad del

concepto del derecho humano, debido a que se construyen en cada petición, así como defensa, al dar la posibilidad de perpetuar la necesidad mediante un acto de autoridad que se convierte en una regulación que reconoce un derecho, por lo que ahora se entiende desde la indivisibilidad; ya que los derechos humanos no se dividen por la unidad de creación conforme al precedente de la garantía y tienen límites, que son los derechos de alguien más. Pero en realidad, al avanzar en el descubrimiento de la dignidad de una sola persona, tenemos el desarrollo en los derechos humanos de las demás personas.

Por ello, era necesario que las vivencias, investigaciones, descubrimientos, se presentaran desde la perspectiva de los autores (seguramente alguna persona se identificará con su actuar), para poder darle un tratamiento científico al conocimiento, pero sobre todo para humanizarlo y relacionarlo con el día a día de la sociedad, para que se aclare que la verdad. No solo depende de unos cuantos, ya que cada quien puede sentir de diferente manera, lo que permite la existencia de la universalidad en la consideración de los derechos humanos, ya que ello permite que reconozcamos nuestras diferencias y lo único que somos. Pero después de esas diferencias encontramos la similitud de los derechos que cada quien tiene.

Es por ello que decidimos nombrar

la presente obra *La tónica en derechos humanos*, ya que busca tratar desde varias visiones el principio de progresividad, abordar los derechos humanos desde diferentes perspectivas para darle tratamiento al mismo tema, y que todas las ideas versen acerca de los derechos humanos. La tarea ambiciosa de la presente obra radica en tomar en cuenta los temas más actuales, así como la manera que podrían ser planteados, pero desde un lenguaje sencillo, que permita generar consciencia sobre su aplicación y resolver las posibles situaciones que se suscitan dentro de la sociedad.

**Dr. en D. Gonzalo Levi
Obregón Salinas**

La capacitación y promoción de la cultura de los derechos humanos como tarea prioritaria del Estado mexicano

The Training and Promotion of Human Rights Culture as a Priority Task of the Mexican State

Jorge Olvera García*

RESUMEN

Ante un escenario donde la difusión, capacitación y promoción de la cultura de derechos humanos se rige bajo un esquema positivista y una dimensión descriptivo-enunciativa, así como una falta de prescripciones legales, surge la necesidad de plantear el impacto de esta dinámica en la garantía y salvaguarda de los derechos humanos en la sociedad. Tomando como ejemplo lo realizado en la legislación de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (Codhem), este artículo explora las posibilidades y competencias de los organismos defensores para adquirir protagonismo en la actividad cotidiana a favor del respeto a los derechos esenciales de las personas y en pos de un incremento de actividades de tipo preventivo que auspicien y fortalezcan la cultura en ese campo como un lugar común en la vida de los habitantes y en el quehacer de toda autoridad.

Palabras clave: Derechos humanos, Codhem, prevención, difusión, capacitación y promoción.

ABSTRACT

Faced with a scenario where the dissemination, training and promotion of the culture of human rights is governed by a positivist scheme and a descriptive-enunciative dimension, as well as a lack of legal prescriptions, the need arises to consider the impact of this dynamic on the guarantee and safeguarding human rights in society. Taking as an example what has been done in the legislation of the Human Rights Commission of the State of Mexico (Codhem), this article explores the possibilities and competences of defense organizations to acquire a leading role in daily activities in favor of respecting the essential rights of people and in pursuit of an increase in preventive activities that promote and strengthen culture in this field as a common place in the lives of the inhabitants and in the work of all authorities.

Key words: Human Rights, Codhem, Prevention, Dissemination, Training and Promotion.

* Licenciado, Maestro y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México (Uaemex), especialista en derecho procesal por la Uaemex. Profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Uaemex, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (nivel I) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. En su actividad como investigador se ha desarrollado las líneas de Estado constitucional, derecho universitario y derechos humanos. Actualmente es integrante del Cuerpo Académico Estudios Constitucionales y es integrante del Comité Académico de la Maestría y el Doctorado en Ciencia Jurídica de la Facultad de Derecho de la Uaemex, así como presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (Codhem).

INTRODUCCIÓN

La construcción científica de los derechos humanos se enfrenta a un enorme desafío de corte epistemológico debido a las graves limitaciones que se advierten en los afanes que cotidianamente se realizan para su garantía. Esa situación coloca a los derechos humanos en la ruta de lo irrealizable, y, por ello, parece pertinente que, en su concepción más adecuada, los principios y postulados que se esgrimen en el discurso sobre la cuestión deben tener un anclaje situado en la realidad y en la viabilidad de lo defendible, que, sin duda, debe alimentar todo lo que se dice y practica sobre los derechos humanos.

En ese orden de ideas, la construcción hasta ahora lograda de los derechos humanos ha seguido los trazos tradicionales del positivismo, pues las prescripciones de orden legal apenas alcanzan una dimensión descriptivo-enunciativa, que, en leyes y artículos de esos corpus, dicen cuáles son los derechos humanos, pero poco se ocupan de los medios para su aseguramiento en la vida diaria.

En esa tesitura, la falta de prescripciones legales en lo tocante a los mecanismos para asegurar los derechos humanos evidencia una de las fallas más sensibles de la doctrina construida en esa materia; ahora bien, esa limitación, en las posibilidades ciertas para la apropiación de los derechos humanos, se relaciona con otro aspecto fundamental, que visualiza la garantía de los derechos humanos en una dimensión temporal *a posteriori* (una vez que las violaciones se han cometido) y apenas con un limitado efecto reparador.

En ese orden de ideas, las tareas que se han encargado a los organismos protectores de derechos humanos están

orientadas hacia mecanismos de tipo reparador, que se atienden por la vía de las quejas que se presentan ante esas instancias; esa proyección que predomina desde la legislación, la estructura y competencia de los organismos públicos ya referidos limita sensiblemente la atención y garantía plena de los derechos de los habitantes. Cabe señalar que la atención al público en esos organismos es predominantemente reactiva y procura ser remedial, aunque no siempre se logra el objetivo de restablecer los derechos humanos violentados por las autoridades señaladas como responsables.

En virtud del panorama descrito, se considera que es tiempo de reorientar la competencia de esos organismos para que también sus tareas de promoción, capacitación y difusión de la cultura de los derechos humanos tengan un lugar prioritario en la actividad cotidiana a favor del respeto a los derechos esenciales de las personas. Parece que, de ese modo, la garantía de los derechos humanos tendrá mayores posibilidades de éxito a la luz del incremento de actividades de tipo preventivo que auspicien y fortalezcan la cultura en ese campo como un lugar común en la vida de los habitantes y en el quehacer de toda autoridad.

La ruta metodológica de este trabajo inicia en el tratamiento de las cuestiones teóricas esenciales para comprender el discurso sobre los derechos humanos, donde la visión positivista sigue todavía imperando. Luego de la constatación de orden teórico conceptual, nos adentramos en los asuntos de orden normativo, que dotan de vida jurídica a los organismos públicos defensores de derechos humanos y les asignan su competencia para distintas tareas; aquí nos interesa subrayar la importancia central que debe darse a las tareas de orden

preventivo, pues hasta ahora parece que es una zona competencial poco explotada.

A partir de esos planteamientos iniciales, se podrá abordar el análisis de la cuestión desde las prescripciones jurídicas que contemplan actividades de orden formativo y de divulgación sobre los derechos humanos; en este punto se hará referencia directa a la legislación de la Codhem, que se tomará como ejemplo para hacer más explícito el tratamiento de la cuestión.

Luego del referido abordaje, se harán algunas anotaciones sobre la capacidad que los organismos públicos defensores de derechos humanos tienen para incidir en la gestación de una cultura de respeto a los derechos humanos. Es claro el interés en la dimensión preventiva antes que en las proyecciones de orden remedial, que, muchas veces, no son suficientes para atender de manera adecuada y eficaz las quejas de los habitantes en esa materia.

Para finalizar, se realizarán algunas reflexiones con el propósito de invitar a los lectores a la suma de acciones en ese giro que nos parece esencial para garantizar los derechos humanos.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PAPEL

De acuerdo con lo referido en los párrafos precedentes, la doctrina de los derechos humanos no ha logrado sustraerse de la idea de que la norma es el piso firme para volver exigibles los derechos inherentes a los seres humanos. En el mismo tenor, y como lógica consecuencia, las instituciones, los mecanismos, los procedimientos y los instrumentos que actualmente existen para ese encomiable propósito están enmarcados en una proyección positivista que, lamentablemente, no alcanza a brindar una atención puntual y efectiva a los derechos humanos.

Esa situación paradójica muestra claramente cómo la positivización de los derechos humanos ha sido uno de los mayores obstáculos para su garantía y apropiación por parte de los habitantes; desde luego, resulta cuestionable que la ley, siendo el mayor instrumento para la certidumbre de los derechos de los habitantes, sea el mayor reto debido a la concepción que se desprende de la escritura de los derechos humanos en un papel, el cual puede ser una constitución, un tratado o cualquier otro ordenamiento de menor jerarquía normativa. Esa proyección normativa de los derechos humanos, primigenia y necesaria, sirve como plataforma para la certidumbre en la definición legal de los derechos de los habitantes y, a la vez, proporciona elementos objetivos para el acceso y disfrute de todos y cada uno de los derechos, que tienen una envoltura legal. De no existir en las leyes, los derechos de los habitantes difícilmente se podrían configurar como verdaderas expectativas, y seguramente su exigibilidad sería nugatoria.

A partir de esos cuestionamientos, es pertinente formularnos esta pregunta: ¿cómo asegurar los derechos humanos más allá del papel? Ese es el gran desafío de nuestro tiempo, perceptible en la dura realidad, que no sólo plantea la existencia y exigibilidad de los derechos desde la textura y posibilidades de la ley, sino que, además, condiciona y limita la actuación e intervención de los organismos públicos a los que se les encarga, por mandato legal y constitucional, esa tarea. Por ejemplo, como ninguna autoridad puede desbordar el ámbito de sus atribuciones, los organismos públicos defensores de los derechos humanos sólo pueden defender y asegurar los derechos humanos desde el marco normativo que les otorga determinada

competencia. Un planteamiento jurídico de enorme calado debería plantear la posibilidad de que esos organismos hagan una defensa más abierta y menos legalista de los derechos humanos, aunque ese escenario entraña una contradicción y una ruptura del orden jurídico, que es el mismo que dota de atribuciones a los referidos organismos.

A mayor abundamiento, como se apuntó líneas atrás, la mayor carga en el diseño competencial de los organismos públicos defensores de derechos humanos se sitúa en una proyección reactiva-remedial que, lamentablemente, no es eficaz. Para ilustrar mejor esto, se tomará la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México a manera de ejemplo para referir los artículos donde está contenida su competencia legal.

De entrada, vale recordar que la vida constitucional de los organismos públicos defensores de derechos humanos data apenas de 1992. Eso significa que en México la cultura de la defensa de los derechos fundamentales de las personas es de muy reciente aparición. A partir de la reforma que adicionó el apartado B al artículo 102 de la Carta Magna, México comenzó a configurar el llamado “sistema no jurisdiccional de protección a derechos humanos”, que, después de casi tres décadas, aún está en desarrollo.

Esa afirmación permite sostener que la garantía de los derechos humanos fue canalizada desde 1992, a partir de la idea de que la intervención de esos organismos especializados podría permear prontamente en la forma de ejercicio del poder por parte de las diversas autoridades en los distintos ámbitos de gobierno. Una de las ideas centrales fue que la cultura de los derechos humanos tendría un pronto desarrollo, el

cual se extendería a la actuación de todas las autoridades. Lamentablemente, nos hemos podido percatar de que la vía no jurisdiccional de protección de los derechos humanos no ha tenido la eficacia esperada, pues los procedimientos que se pueden incoar ante los organismos que integran el sistema no jurisdiccional están enmarcados, como ya se vio, en reglas y requisitos de orden formal —así sean mínimos— que se deben atender a fin de investigar y, en su caso, acreditar una violación a derechos humanos.

Sobre la competencia de estos organismos, dice el artículo 2 de la Ley de la Codhem:

Artículo 2.- La presente Ley tiene por objeto establecer las bases para la protección, observancia, respeto, garantía, estudio, promoción y divulgación de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano; así como los procedimientos que se sigan ante la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (Legislatura del Estado de México, 2008).

Como se puede ver, el abanico de atribuciones de la Codhem abarca el “estudio, promoción y divulgación” de los derechos humanos, tarea que parece fundamental en lo que aquí se ha venido señalando.

A mayor abundamiento, es oportuno citar el artículo 13 de la ley en comento, de cuyas fracciones se destacan las siguientes:

Artículo 13.- Para el cumplimiento de sus objetivos la Comisión tiene las atribuciones siguientes:

[...]

XV. Elaborar y ejecutar programas para prevenir violaciones a los derechos humanos;

XVI. Desarrollar y ejecutar programas especia-

les de atención a víctimas del delito y abuso del poder, así como de personas o grupos en situación de vulnerabilidad;

[...]

XVIII. Elaborar y ejecutar programas de investigación, estudio, capacitación, enseñanza, promoción y difusión de los derechos humanos;

[...]

XXI. Coordinar acciones con la Secretaría de Educación del Gobierno del Estado de México, con el fin de promover y fomentar la educación y cultura del reconocimiento y respeto de los derechos humanos;

XXII. Celebrar convenios con autoridades e instituciones públicas de los tres niveles de gobierno y organismos de defensa de los derechos humanos; así como con instituciones académicas, asociaciones culturales y sociedad civil organizada;

[...]

XXVIII. Establecer áreas especializadas para la protección efectiva, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

XXIX. Garantizar un enfoque integral, transversal y con perspectiva de derechos humanos en el diseño y la instrumentación de políticas y programas de gobierno.

[...]

XXXI. Promover, en coordinación con el Gobierno Federal, programas y proyectos de atención, educación, capacitación, investigación y cultura de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.

XXXII. Impulsar la participación de las organizaciones privadas dedicadas a la promoción y defensa de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, en la ejecución de los programas estatales... (Legislatura del Estado de México, 2008).

Todas las fracciones citadas se refieren a diversos aspectos que tienen un

enorme potencial en el afianzamiento de la cultura del respeto a los derechos humanos. Intencionalmente se quitaron, de la cita que precede, las fracciones enfocadas en las tareas que, tradicionalmente, han sido más atendidas, es decir, las actividades de investigación de presuntas violaciones a derechos humanos y las que se relacionan con la atención al sistema penitenciario, pues parece que más allá de esta visión, los organismos públicos defensores de derechos humanos tienen enormes posibilidades de contribuir y auspiciar la cultura de respeto a los derechos humanos.

Sólo para concluir esta parte, entre las tareas que identifican a esos organismos resalta la investigación de casos concretos de presuntas violaciones a derechos humanos que pueden ser concluidos con la emisión de la Recomendación respectiva. Dice así la legislación en comento:

Artículo 99.- La Comisión puede dictar las resoluciones siguientes:

[...]

III. Recomendaciones: cuando se comprueben las violaciones a derechos humanos;

[...]

V. Recomendaciones Generales: cuando derivado de los estudios realizados por el Organismo, se determine que diversas autoridades han vulnerado derechos humanos, las cuales no requieren aceptación por parte de las autoridades a quienes vayan dirigidas; sin embargo, la verificación de su cumplimiento se hará mediante la realización de estudios generales, que para tal efecto realice la Comisión... (Legislatura del Estado de México, 2008)

Vale la pena decir que la misma legislación citada dispone que la autoridad señalada como responsable puede aceptar

o no la Recomendación, por lo cual parece que la eficacia de la intervención de esos organismos queda a la mitad del camino. Sobre ese punto, son ilustrativos los numerales siguientes:

Artículo 105. Una vez recibida la Recomendación, el superior jerárquico debe informar dentro de los quince días hábiles siguientes a su notificación, si acepta dicha Recomendación, y en quince días hábiles adicionales entregar, en su caso, las pruebas que demuestren su cumplimiento.

[...]

Artículo 107.- Las Recomendaciones no son vinculatorias; sin embargo, una vez aceptadas, todas las autoridades o servidores públicos están obligados a responder, cumplirlas en sus términos y a dar publicidad a las acciones llevadas a cabo para la protección o restitución de los derechos humanos.

Para tal efecto, como mínimo deberán publicar dichas acciones en la página oficial de internet que corresponda y en el Periódico Oficial "Gaceta del Gobierno" (Legislatura del Estado de México, 2008).

Como se puede ver, la cultura del respeto a los derechos humanos, desde las tareas más visibles de los organismos públicos constitucionalmente reconocidos depende, decididamente, de la voluntad y convicción de las autoridades destinatarias de las recomendaciones.

26

Desde ese contexto, parece que es indispensable superar esa forma de entender la construcción del discurso para defender los derechos humanos, para que la forja de una cultura de los derechos humanos nos ubique como una sociedad garante, *per se*, de los derechos humanos, más allá de la necesidad de acudir ante las instancias competentes a solicitar o exigir

que los derechos humanos se hagan efectivos desde la vía remedial.

Como se puede derivar de lo hasta aquí dicho, los derechos humanos *en el papel* o *los derechos humanos de papel*, que están escritos en las leyes, necesitan ser impulsados desde actividades cotidianas como la capacitación, la formación y la divulgación de la cultura de respeto a los derechos humanos, y esa es una de las tareas que los organismos públicos defensores de derechos humanos tendrán que desarrollar con mayor interés y dedicación en los años siguientes.

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

En seguimiento de lo hasta aquí dicho, se considera que es tiempo de reconfigurar las competencias de los organismos públicos defensores de derechos humanos para potenciar su intervención en las tareas de promoción y difusión de la cultura para el respeto y garantía de los derechos de los habitantes.

Un giro epistemológico en ese sentido plantea una necesaria reconfiguración que, de entrada, es teórico-conceptual, pero que, en la vida cotidiana, se traduce en actividades concretas que deben dar un lugar de primera importancia a las acciones encaminadas a fortalecer la capacitación de todos los operadores de la defensa de los derechos humanos. Creemos que, con la multiplicación de las acciones encaminadas a la formación de promotores y defensores más capacitados, las tareas constitucionalmente asignadas a los organismos públicos defensores de derechos humanos tendrán mejores expectativas de éxito.

En ese orden de ideas, parece fundamental señalar que la cultura del respeto a los derechos humanos es algo más que las tareas cotidianas, tradicionales, de las

instancias competentes de la materia. A partir de esa perspectiva renovada y distinta, es posible afirmar que la Codhem y todos los organismos estatales, y, desde luego, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), tendrán que rescatar la importancia de las tareas de capacitación, divulgación y promoción de la cultura del respeto a los derechos humanos. Lo que aquí se ha dicho debe ser tomado con suma cautela. No se ha querido decir que la recepción de quejas, la investigación de oficio de hechos y actos que presumen violaciones a derechos humanos, no sean relevantes; tampoco se ha dicho que esos organismos no realicen tareas de tipo formativo. Antes bien, con el reconocimiento a la relevante labor de esos organismos en acciones directas y concretas para la investigación de violaciones a derechos humanos, decimos que, con independencia de las recomendaciones que se puedan emitir por violaciones debidamente acreditadas, no debe dejarse de lado la tarea esencial de extender la cultura del respeto a los derechos humanos hasta donde sea posible a fin de construir un enorme capital humano convencido de la importancia de ese quehacer en el seno de la sociedad humana.

Con esa perspectiva es posible afirmar la importancia de otro giro teórico conceptual, que va de la mano con lo hasta aquí dicho: nos referimos a la tarea implícita en el quehacer de los organismos públicos defensores de derechos humanos, que se debe traducir en la garantía, *per se*, de los derechos fundamentales; esto quiere decir que la concepción de las garantías como los mecanismos para asegurar los derechos de los habitantes debe formar parte del acervo de esos organismos públicos defensores de derechos humanos.

Al respecto, vale una breve digresión: el concepto de garantías que mejor condice con lo que hasta aquí se ha dicho es el que afirma la existencia de mecanismos accesibles, viables y eficaces para asegurar los derechos fundamentales; la doctrina señala que esos mecanismos deben ser de naturaleza procesal; así, el juicio de amparo, en el caso mexicano, resulta ser la garantía por antonomasia para asegurar los derechos de las personas. En otros países hay mecanismos diversos que se orientan hacia ese propósito central; v. gr., la acción de tutela, la acción de cumplimiento, el *habeas corpus*, el *habeas data* y otros procesos constitucionales parecidos tienen como fin permitir a los habitantes el acceso a la justicia con claras posibilidades de resguardo por parte del poder público debido al efecto vinculante de las resoluciones.

En ese punto, vale referir que en un sistema político fundado sobre principios de carácter estatalista es difícil que el juez —no importa si ordinario o administrativo— sea completamente libre para tutelar los derechos individuales en el momento en que éstos chocan con las razones de la autoridad (Fioravanti 2000). Como se puede colegir de esto, los derechos humanos no pueden ser asegurados más allá de las competencias legales previamente establecidas para los órganos encargados de impartir justicia, he aquí otro aspecto cuestionable sobre lo que se ha venido tratando; es decir, los tribunales están regidos por la ley y por la medida de la competencia que ésta les asigna, ergo, no pueden otorgar una protección constitucional amplia —como es deseable— justamente porque, en su condición de autoridades, deben cumplir celosamente con el principio de legalidad.

El concepto mismo de garantía debe sufrir un ajuste epistemológico, pues no basta, en el escenario predominante, con decir que para asegurar y defender un derecho humano —cualquiera que este sea— es necesario que el orden jurídico provea de procedimientos de estricto derecho, excesivamente formales, rigurosamente técnicos y de enorme fortaleza pero de corto espectro y sólo para casos concretos, como el amparo y el *habeas data*. En ese sentido, la garantía de los derechos humanos, si bien seguirá siendo de naturaleza constitucional, tendrá que superar la concepción jurisdiccional para instalarse en tareas y acciones poco relacionadas con procesos, jueces y sentencias.

Desde luego, el principio de legalidad, con todo, no es el único límite para la ponderación judicial de derechos y bienes constitucionales, pues la ley puede faltar, dejar márgenes abiertos al arbitrio judicial, ser defectuosa o merecer, en criterio del juez, una “interpretación conforme”. Supuestos “puros” de decisión tan sólo apoyados en la constitución no son imaginables, desde luego; pero en todos los que se acaban de citar sus normas pueden o deben ser llevadas al juicio ponderativo para corregir la legalidad o para suplir su ausencia. Es forzoso, entonces, ensayar la construcción de principios hermenéuticos que guíen y limiten el razonamiento judicial que contrasta y sopesa derechos y bienes constitucionales (Jiménez, 1999). Justamente, de esa actividad de interpretación es posible derivar la creación de cauces nuevos para garantizar, *lato sensu*, los derechos de los habitantes.

Como se puede desprender de eso, la nueva concepción de las garantías es uno de los grandes cambios que requieren los

derechos humanos para su defensa adecuada; ese giro teórico conceptual tiene que alcanzar, obligadamente, a todos los operadores jurídicos relacionados con las tareas jurisdiccionales y no jurisdiccionales de protección a los derechos de los habitantes. Así, el juicio de amparo seguirá siendo nuestro “juicio de garantías”; la acción de tutela, en los países que cuentan con ella, seguirá protegiendo a los habitantes, pero, al mismo tiempo, un concepto más abierto y avanzado permitirá afirmar que las garantías no deben ser solamente los procesos constitucionales, sino las acciones de gobierno encaminadas al aseguramiento de los derechos de los habitantes, sin la condición de que esos derechos deban ser exigibles ante los tribunales y su cumplimiento dependa de una sentencia vinculante.

A mayor abundamiento, ese giro epistemológico se empalma perfectamente con la orientación que aquí se ha venido desarrollando para las referencias futuras a los modos de aseguramiento y disfrute de los derechos de los habitantes. La cultura del respeto a los derechos humanos es mucho más que procesos constitucionales y tribunales.

¿Cómo se debe concebir a las garantías en ese contexto de renovación teórico conceptual? Se puede aseverar que ese es el lugar idóneo para los ejercicios encaminados a la promoción, difusión y acrecentamiento de la cultura del respeto a los derechos humanos.

Sobre ese punto, Uribe y González (2008: 64) han dicho que “...es necesario determinar los alcances del derecho en relación con las diferentes categorías de vulnerabilidad”. La protección constitucional de las personas vulnerables, que aquí se hace extensiva a cualquier persona porque

todos los seres humanos somos vulnerables, tiene que comenzar con la identificación de ciertas situaciones concretas. En el

siguiente cuadro, elaborado por los autores citados, se puede advertir el alcance de esa afirmación.

CUADRO 1.

Clasificación de la vulnerabilidad	Subclase	Naturaleza de los mecanismos jurídicos
Típica	Socio-económica	Correctivos
Atípica	Constitucional-legal	Preventivos y correctivos

Fuente: Uribe y González (2008: 64).

Con base en ese diseño, se puede sostener que la mejor manera de atajar la violación a derechos humanos está en advertir que todos los seres humanos somos vulnerables en potencia; de ese modo, las acciones para garantizar los derechos de los habitantes serán necesariamente de orden preventivo. Esa es, precisamente, la dimensión temporal que deberá ser atendida con mayor dedicación, recursos e interés

para que las violaciones a derechos humanos sean prevenidas con acciones eficaces, antes que cualquier esfuerzo *a posteriori* intente corregir las transgresiones a derechos de los habitantes, ya consumadas y de difícil reparación.

Veamos cómo, en el siguiente cuadro, es posible constatar la importancia de las acciones de orden preventivo.

CUADRO 2.

Tipos de vulnerable	Situación	Tipos de protección legal
Vulnerable “en potencia”	Vulnerable	Acciones de prevención
Vulnerable “en acto” (por acción, omisión, etc.)	Vulnerable “vulnerado”	Acciones de reparación

Fuente: Uribe y González (2008: 61).

En nuestra concepción, ese es el giro que debe tener el concepto de garantía de los derechos humanos. Es tiempo ya de alejarse de la idea “procesalista” de las garantías, y con mayor razón en el campo de los derechos humanos, que debe ser un rubro de especial atención para todas las

autoridades, situado mucho más allá de la idea de que un derecho debe ir acompañado de su herramienta procesal para asegurar su eficacia.

Desde ahora se podrá afirmar, en coincidencia con la doctrina predominante, que las garantías, en sentido estricto,

son procesos constitucionales de naturaleza jurisdiccional; en una proyección que intenta ser más aventajada, se dirá que, en *sentido lato* —que es como debe mirarse este rubro—, las garantías son las acciones cuyo propósito consiste en asegurar que los derechos humanos sean cumplidos y no sean violentados, ergo, tienen una naturaleza preventiva y, por lo tanto, mayores posibilidades de éxito.

Con esa aseveración se pueden otear futuros desarrollos teóricos que deberán enmarcar las garantías o, mejor dicho, “la garantía” de los derechos humanos en las tareas de orden preventivo, verificables desde las políticas públicas y la vocación humanista del Estado.

Ciertamente, la igual tutela de los derechos civiles, políticos y sociales, y con ello de las libertades básicas de las personas, no pretende asegurar una tosca y mecánica igualdad en los resultados obtenidos o en los puntos de llegada. Entendida como capacidad para participar en la vida social y para definir, revisar y mantener los propios planes de vida, la igual libertad con la que tienen que ver los derechos civiles, políticos y sociales sería aquella que garantiza, más bien, iguales oportunidades reales para todos (Pisarello, 2007).

Como se puede colegir de todo eso, la garantía de los derechos humanos seguirá necesitando de los tribunales y del juicio de amparo, pero la mayor parte de esa gesta deberá situarse en las acciones de orden preventivo, que el Estado deberá realizar desde las políticas públicas para que los derechos humanos sean en verdad asequibles, y no sólo jurídicamente exigibles, ante una realidad que en muchos casos hace nugatorio su acceso, disfrute y apropiación.

LA CULTURA DE LOS DERECHOS HUMANOS
Como se puede derivar de lo hasta aquí dicho, la protección constitucional de los derechos humanos, principal propósito del Estado mexicano al haber reformado el artículo 102 de la Carta Magna, no ha sido posible con la sola apelación a mecanismos de estricto derecho ante tribunales *ex profeso* para tal fin.

Una perspectiva sociológica, antropológico-cultural, muestra, de manera contundente, que todas las cuestiones relacionadas con los derechos humanos deben ser aprehendidas con una mirada metanormativa; de lo contrario, como fue anotado líneas atrás, los derechos se ahogan en la proyección legal positivista que puede establecer tribunales y procedimientos para su garantía, aunque las posibilidades de éxito estén condicionadas por la realidad económica, política y, desde luego, cultural del país concreto.

En eso último reside gran parte de la apuesta que se ha venido esbozando en este trabajo. Es urgente que la visión normativo-positivista de los derechos humanos sea reemplazada por una concepción que privilegie el acrecentamiento cultural de la cuestión sobre la idea desvencijada de que los derechos pueden ser asegurados con el solo discurso de la norma o, incluso, con el establecimiento de procedimientos jurisdiccionales y tribunales (procedimientos mal diseñados o inoperantes y tribunales de limitada actuación).

En el desarrollo de esa idea, mucho tienen que ver los organismos públicos defensores de derechos humanos, específicamente en lo que se refiere a sus tareas de orden preventivo y formativo. Las competencias aquí destacadas están enmarcadas

en la legislación de la materia, e incluso en disposiciones de rango constitucional.

Sobre el particular, se refiere nuevamente otra fracción del artículo 13 de la Ley de la Codhem, ya citado: “Artículo 13.- Para el cumplimiento de sus objetivos la Comisión tiene las atribuciones siguientes: [...] XV. Elaborar y ejecutar programas para prevenir violaciones a los derechos humanos;...” (Legislatura del Estado de México, 2008).

Se sitúa ahí una tarea de indiscutible importancia que los organismos públicos defensores de derechos humanos deben potenciar debido a la gran relevancia que tiene la prevención de las violaciones a derechos humanos. Si el Estado y la sociedad fueran capaces de propiciar los escenarios para prevenir cualquier atentado a derechos humanos, las acciones de orden reparador serían innecesarias.

De ese modo, al auspiciar la prevención de violaciones a derechos humanos, es evidente que las tareas de gobierno estarían encaminadas a construir las condiciones para generar y consolidar una cultura de respeto a los derechos. A mayor abundamiento, si la cultura es el conjunto de conocimientos, ideas, tradiciones y costumbres que caracterizan a un pueblo; parece que, desde esa perspectiva, el acrecentamiento del respeto a los derechos humanos, como una forma de ser de nuestro pueblo, contribuiría poderosamente a “garantizar los derechos de los habitantes, sin necesidad de incoar procedimientos ni de estar a la espera de una Recomendación o una sentencia que obligara a una autoridad determinada a respetar derechos concretos.

Otra fracción de sumo interés, contenida en el artículo 13, señala, como atribución de la Codhem, “XVIII. Elaborar y ejecutar programas de investigación, estudio,

capacitación, enseñanza, promoción y difusión de los derechos humanos;...” (Legislatura del Estado de México, 2008).

Ahí es justamente donde se ubica el enorme potencial de los organismos públicos defensores de derechos humanos. La promoción y difusión de los derechos humanos es, sin duda alguna, la mejor vía para la aculturación en derechos humanos o, para decirlo con mayor propiedad, para el acrecentamiento cultural en derechos humanos de los habitantes de nuestro país.

Como tarea prioritaria del Estado mexicano, la promoción y difusión de los derechos humanos es una actividad que debe involucrar a todos, particularmente a quienes se desempeñan en cargos públicos; si bien son los organismos públicos defensores de derechos humanos los que tienen el respaldo y la atribución legal para hacerlo, no debe entenderse como una función exclusiva de éstos.

Asimismo, el derecho, como instrumento jurídico, debe empezar a dejar de ser un mecanismo de control social en aras de institucionalizar y legalizar el poder, transformándose en un verdadero espejo y reflejo de una sociedad plural donde todos estén incluidos como parte del pueblo, el cual, mediante su soberanía, realmente instituya leyes de acuerdo y con estricto apego a los “derechos humanos”, porque, a final de cuentas, la ley, pese a reconocer legalmente las atribuciones de los seres humanos, de igual manera las limita y restringe, muchas ocasiones de ellas sin atender los límites de los derechos fundamentales, sino a los excesos de ejercicio de poder por parte de las autoridades y sus grupos afines (Becerra, 2003).

Esa cuestión, que puede tener una doble interpretación, no debe llevarnos a decir que, por tratarse de una atribución legal

reconocida a la Codhem, las posibilidades de permeabilidad social de la promoción y difusión de los derechos humanos están limitadas a la acción que el propio personal de ese organismo pueda realizar. Por el contrario, creemos que, al enlazar esas acciones con la intervención de autoridades diversas, esa función de la propia Codhem puede expandirse a todo el ámbito estatal.

Las fracciones siguientes del referido artículo 13 de la Ley de la Codhem expresan claramente esa posibilidad.

XXI. Coordinar acciones con la Secretaría de Educación del Gobierno del Estado de México, con el fin de promover y fomentar la educación y cultura del reconocimiento y respeto de los derechos humanos;

XXII. Celebrar convenios con autoridades e instituciones públicas de los tres niveles de gobierno y organismos de defensa de los derechos humanos; así como con instituciones académicas, asociaciones culturales y sociedad civil organizada;

[...]

XXVIII. Establecer áreas especializadas para la protección efectiva, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

XXIX. Garantizar un enfoque integral, transversal y con perspectiva de derechos humanos en el diseño y la instrumentación de políticas y programas de gobierno.

[...]

XXXI. Promover, en coordinación con el Gobierno Federal, programas y proyectos de atención, educación, capacitación, investigación y cultura de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.

XXXII. Impulsar la participación de las organizaciones privadas dedicadas a la promoción y defensa de los derechos humanos de niñas,

niños y adolescentes, en la ejecución de los programas estatales...(Legislatura del Estado de México, 2008).

La fragua de una cultura del respeto a los derechos humanos debe considerar el potencial de la Codhem y la convergencia de esfuerzos en esa ardua y relevante tarea a favor de los más vulnerables en el Estado de México.

Ahora bien, es pertinente decir que la cultura, como elemento sustancial de cualquier sociedad humana, debe ser entendida como “el conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social” (Real Academia Española [RAE], s/a: s/p); en términos más concretos, la cultura se traduce en el conjunto de saberes y quehaceres de una comunidad determinada. Así, una parte fundamental en esto es visible en el comportamiento individual y grupal, que confirma en la cotidianidad la apropiación de valores, entre los que destaca el respeto a los derechos de todas las personas miembros de la comunidad.

Como se puede advertir, la práctica cotidiana y permanente de esa forma de ser de la comunidad es la que materializa y acrecienta la cultura en toda sociedad humana, y es aquí donde los organismos públicos defensores de derechos humanos deben tener una presencia de primer orden en la actividad pública, privada y social para fomentar y fortalecer la cultura a favor de los derechos inmanentes de todo ser humano, sin distingo alguno.

Con esa renovada orientación, las tareas de la Codhem en materia de capacitación, promoción, investigación y difusión de la cultura del respeto a los derechos

humanos podrán ser miradas en un contexto de promisorios alcances, habida cuenta del efecto multiplicador que hará crecer, de manera exponencial, a los promotores y defensores de los referidos derechos de los habitantes.

De esa forma, con independencia de los alcances que puedan tener las defensorías municipales y todos los ámbitos de gobierno involucrados en el respeto y garantía de los derechos humanos, al replicar las prácticas para fomentar la cultura aquí señalada reiteradamente, la sociedad irá construyendo bases firmes para que las violaciones a derechos humanos sean un tema excepcional puesto en conocimiento de la Codhem, pues con el afianzamiento social de esa forma de ser y hacer de la comunidad los derechos humanos tendrán su mejor garantía en el comportamiento cotidiano de gobernantes y gobernados.

En ese orden de ideas, queda claro que las recomendaciones, como desenlace ortodoxo de los trámites realizados en las visitadurías de la Codhem, irán tomando otro sentido; tal vez la mayor fuerza de estas resoluciones en los casos concretos será cómo en un principio fueron diseñadas para que la fuerza moral de la propia Codhem haga evidente el comportamiento irregular de la autoridad y eso ayude a enmendar la conducta de los servidores públicos. También es posible afirmar que las recomendaciones podrán aportar elementos de juicio para que, en los procedimientos de estricto derecho, los juzgadores cuenten con mayores elementos para emitir sus sentencias; de ese modo, la sentencia que dicte el juez penal o el tribunal de justicia administrativa tendrá mayor fuerza al contar con mayores elementos para sancionar a quien haya violentado derechos humanos del quejoso.

En el caso de las recomendaciones generales, la Codhem podrá hacer pronunciamientos de tipo preventivo antes que señalamientos sobre las irregularidades, que, lamentablemente, están por todas partes.

Ante ese renovado panorama sobre el ejercicio de las competencias de los organismos públicos defensores de derechos humanos, los habitantes tendrán que asumir actitudes concretas ante la vida y definir cauces de acción para que la conducta cotidiana de cada cual sea una manifiesta constatación de la cultura de los derechos humanos al seno de la comunidad.

Una actitud de defensa de los derechos humanos necesita 'leer' el mundo del otro intentado salir de la propia visión y ser consciente que cada época ha privilegiado un saber (la religión, la ciencia) y ha llegado el momento de ubicar a los diferentes saberes en un mismo nivel jerárquico (Guerra, 2015: 65).

Como se puede advertir, esas acciones de orden formativo, si bien deben contar con un asiento legal, tienen una dimensión antropológico-cultural que nos exige, más que palabras o textos jurídicos, una reorientación en el significado de los derechos humanos, como ya lo hemos plasmado en una obra anterior a este trabajo.¹

La cultura de los derechos humanos tiene, por tanto, una profunda proyección social que, indiscutiblemente, debe ser enarbolada por los organismos públicos defensores de derechos humanos. Es innegable que en esa dimensión prospectiva hay una relación profunda entre la cultura y la participación de los ciudadanos en su entorno; esa relación inescindible lleva

1 Cfr. Olvera García, J. (coord.), (2019), *La resignificación de los derechos humanos*, Toluca, Codhem.

a sostener que la cultura del respeto a los derechos humanos necesita ser colocada sobre dos conceptos clave: *ciudadanía y democracia*.

De eso mucho se puede decir. Para los efectos de este trabajo, bastará con subrayar el carácter medular de la democracia como forma de vida social y la construcción de ciudadanía como otro de los tremendos desafíos que se enfrentan actualmente. Para ambas tareas, el liderazgo de los organismos públicos defensores de derechos humanos es incuestionable.

CONCLUSIONES

Este tiempo, sin duda, es el tiempo de los derechos humanos.

No exageramos al decir que es la hora cero. No hay opciones para los gobiernos, que deben encaminar sus actividades hacia el bienestar de los habitantes; tampoco hay mucho tiempo para actuar a favor de los seres humanos en esta época de enormes rupturas y daños mundiales en casi todos los aspectos de la vida. El calentamiento global, con todas sus secuelas; el modelo neoliberal, que ha dejado a millones en el desempleo y la hambruna; las migraciones humanas, que no se pueden frenar ni con leyes ni con muros; las guerras, siempre presentes en cualquier latitud; las enfermedades y su expresión letal en pandemias y muertes...; todo lo que sucede en el globo terráqueo nos alcanza a todos, nos afecta a todos.

Al decir que este es el tiempo de los derechos humanos, decimos que es el momento de tomar el asunto en serio; es la hora en que debemos pasar de las prescripciones en leyes a la acción en tareas concretas para afianzar una cultura que auspicie el respeto de todo ser humano.

Con esa afirmación se generan de inmediato dos rupturas: una de orden epistemológico, que, como lo anotamos previamente, implica entender los derechos humanos más allá de su diseño normativo-positivista; otra que privilegiará, desde ahora, las tareas de tipo preventivo antes que las acciones de orden sancionador o remedial. En el centro de todo esto se deben situar las capacidades de actuación de los organismos públicos defensores de derechos humanos, pues a ellos les corresponde, “legalmente”, la promoción y divulgación de esos derechos inalienables.

La primera ruptura aquí señalada debe generar de inmediato una reconstrucción o reconfiguración de los derechos humanos completa, holística. Para los efectos de la construcción de los mejores escenarios para el asiento de la cultura del respeto a los derechos humanos, a partir de ahora todas las referencias a derechos humanos tendrán que ser fortalecidas con proyecciones meta-normativas viables para que los habitantes puedan aprehender esos derechos y disfrutarlos sin necesidad de acudir a demandar o exigir su respeto y garantía. Esa mirada renovada sobre la cuestión plantea, desde ahora, un mayor impulso a las actividades que desde el gobierno se deben realizar para que los habitantes tengan garantizados sus derechos; de ese modo, las actividades de orden formativo, la investigación, extensión y difusión de los derechos humanos, constituyen acciones de inmediata ejecución que deben ser lideradas por los organismos públicos defensores de derechos humanos.

El otro giro que parece fundamental en esa reconfiguración de los derechos humanos deberá promover las acciones de orden preventivo para generar escenarios y condiciones óptimos para que los

habitantes acudan, como última instancia, a iniciar una queja o demandar el amparo de la justicia para garantizar sus derechos esenciales.

Es evidente que todo lo que concierne a la protección eficaz de los derechos de las personas incluye a todas las autoridades de cualquier ámbito competencial. Desde la afirmación “todos los derechos para todos”, se puede hilvanar la afirmación de que esos derechos deben ser garantizados por todas las autoridades; así, podremos decir: “todos los derechos por todos”. En ese punto, corresponde al legislador dotar a los derechos humanos de los mejores escenarios para su adecuado disfrute y garantía. Erigir el contenido de los derechos fundamentales constitucionalmente declarado en barrera infranqueable para la actuación de los poderes públicos, en particular del legislador, no significa sin embargo negar la existencia de una importante competencia legislativa en este ámbito (Martínez-Pujalte, 1997). En ese orden de ideas, el Poder Legislativo debe propiciar las condiciones óptimas para que las tareas de promoción, difusión y acrecentamiento de la cultura de los derechos humanos sienten bases firmes para la permeabilidad del respeto a los derechos y a la condición humana de todas las personas, sin distinción de ningún tipo.

Al sentar las bases jurídicas para dotar de mayor competencia a los organismos públicos defensores de los derechos humanos, se estarán poniendo bases firmes para que la totalidad de acciones visibles desde la proyección preventiva tengan la capacidad transformadora que nuestra época reclama.

Creemos plenamente en la eficacia de las tareas preventivas, que, desde ahora, serán el signo distintivo de la Codhem

para liderar acciones encaminadas a gestar los procesos de penetración cultural del respeto a los derechos de todos los habitantes, desde la apropiación y disfrute cotidiana de cada derecho por cada persona. Así, será posible cumplir con la enérgica sentencia de Martí: “Dígase hombre y ya se han dicho todos los derechos”.

Fuentes consultadas

- Becerra Saucedo, I. (2003), “Derechos fundamentales de la humanidad. Un breve análisis crítico”, en Carlos Durand Alcántara (coord.), *Reflexiones en torno a los derechos humanos. Los retos del nuevo siglo*, México, Universidad Autónoma Metropolitana (UAM) y Miguel Ángel Porrúa.
- Fioravanti, M. (2000), *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta.
- Guerra González, R. (2015), *Filosofía y derechos humanos: hacia la justicia*, Toluca, Fontamara.
- Jiménez Campo, J. (1999), *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta.
- Legislatura del Estado de México (2008), Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, publicada en el Periódico Oficial “Gaceta del Gobierno” del Estado de México el 14 de agosto de 2008.
- Martínez-Pujalte, A. (1997), *La garantía del contenido esencial de los derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Olvera García, J. (coord.), (2019), *La resignificación de los derechos humanos*, Toluca, Codhem.
- Pisarello, G. (2007), *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid, Trotta.
- RAE (Real Academia Española) (s/a), “Cultura”, <https://dle.rae.es/?w=cultura>.
- Uribe Arzate, E. y M. González Chávez, (2008), *La protección constitucional de los grupos vulnerables en México*, Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México (Uaemex).

Derechos humanos y ciencia jurídica. La pseudociencia de la ponderación en México

Human Rights and Legal Science. The Pseudoscience of Consideration in Mexico

*Para Gonzalo Matías,
estas son las pistas de lo que somos.*

Gonzalo Levi Obregón Salinas*

RESUMEN

Proponemos una visión actual de la aplicación científica del derecho tomando como variable de análisis a la teoría de la ponderación y concluimos que es una pseudociencia. Nuestro trabajo científico identifica la ley como tecnología que, durante muchos años, ha hecho más difícil la protección de las prerrogativas esenciales de los seres humanos. Proponemos, en esta investigación, una aplicación directa de la ciencia jurídica para que sea un sistema de control en la emisión de las normas jurídicas y exista una protección a toda la sociedad mexicana en sus derechos.

Palabras clave: Ponderación, ciencia jurídica, tecnología, ley, principios, derechos humanos.

ABSTRACT:

We propose a current vision of the scientific application of Law taking the Weighing Theory as an analysis variable and we conclude that it is a pseudoscience, our scientific work identifies Law as a technology that for many years has made it difficult to protect essential

prerogatives of human beings, we propose in this research a direct application of Legal Science, so that it is a control system in the issuance of legal norms and there is protection for all Mexican society in their rights.

Keywords: *Weighing, Legal Science, Principles, Legal Science, Technology.*

EL GUSTO POR LA CIENCIA

Estimado lector, antes que nada, le agradezco la oportunidad de que le interese esta humilde pero apasionada investigación. La verdad, pensé mucho de qué hablar debido a que es un gran compromiso social el hecho de publicar algunos textos en la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (Codhem), sobre todo un compromiso con la sociedad, al ser un bastión importante de protección de las personas; por ello, pretendo hacer de esta obra una explicación, así como contagiar mi pasión por el conocimiento, que se encuentra relacionado con lo más importante de la sociedad: la esencia humana.

Quiero comentarles, estimados lectores, que este libro está pensado en ustedes,

* Doctor en Derecho con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), posdoctorado Universidad Autónoma de Querétaro (UAQ)-Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt). Profesor en el Posgrado en Derecho en la UNAM. Consejero ciudadano de la Comisión de Derechos Humanos en el Estado de México (Codhem).

debido a que si hablamos de derechos humanos, por más complejo que sea el tema, siempre debe estar el concepto más claro; quiero demostrar no solamente mi postura, sino mi ideología. El conocimiento es para todos, más aún cuando se habla de ciencia. Debido a que cada cosa que podemos percibir se encuentra en este mundo y convivimos con ella, ¿por qué hacer de algo tan natural una complicación? Recuerdo a un amigo de mi padre, de la universidad, el buen Alejandro, que me decía: “La elegancia es no permitir que te falten al respeto y no faltarlo”.

Pero al interesarme más por la ciencia me enteré de que la elegancia es un principio científico necesario para todas las ciencias, incluso para las que podrían llamarse las más exactas, o con mucha rigurosidad, como la física; se lo escuché a dos personas: Stephen Hawking y Albert Einstein, al primero cuando dijo que era necesario que fueran muy fáciles, compactas y sin tantas operaciones matemáticas las explicaciones de la ciencia o la teoría, en eso radicaba su elegancia: en su sencillez (aunque también Einstein tenía la misma postura científica, a él me gustaría citarlo en los momentos de su muerte, cuando se negó a que le realizaran una cirugía para prolongar su vida, pues consideró “elegante” irse cuando tenía que morir, así de sencillo).

En realidad, Einstein fue quien me inspiró a estudiar conocimientos científicos y tratar de entender la teoría de la relatividad, por medio de una obra que se presentó en el CCH Naucalpan, un monólogo interpretado por el señor Patricio Castillo (incluso tuve la oportunidad de ver la obra por segunda ocasión ya estudiando Derecho), quien, al final, comenzó a interactuar con el público. Y me permití, desde palcos

(obviamente, era estudiante), pararme y agradecer a mi manera su entusiasmo y decirle que su interpretación fue la culpable de mi gusto por la ciencia.

Pero no quiero echarle toda la culpa a él, sino confesar que, de muy niño, yo quería hacer el súper champú más potente y que solo se utilizara una botella. Consideré necesario mezclar las botellas de champú y de enjuague para así crear un producto, innovador, con el que no perdiera el tiempo en lavarme el cabello dos veces, y poder salir a jugar más rápido (para mí esto sigue siendo ciencia al día de hoy: crear cosas, en mi caso ahora conceptos, que puedan hacer la vida más fácil o feliz), pues yo quería, sobre todas las cosas, salir a jugar con mis amigos en la calle. Para mí era súper funcional; creo que a mis padres mi invento no les pareció tan genial, lo tiraron, ¿qué les digo?

Cuando estaba estudiando en la Escuela Libre de Derecho, me levantaba a las bonitas cuatro de la mañana porque mi clase era a las siete de la mañana, y, como algunos de ustedes saben, vivo en el inmejorable Estado de México. ¿Qué hacía un mexiquense hasta la esquina de Arcos de Belén y Dr. Vertiz? Anteriormente, el Distrito Federal, me dijeron, era el mejor lugar para estudiar Derecho, pues fui de metiche.

Fue en un bonito túnel de la ciencia que está en los transbordos de la Raza amarilla a la Raza verde, el cual me dejaba en la bonita estación del Metro Balderas (por ello me gusta tanto la rola “Metro Balderas” de Rockdrigo González), donde vi, en una pantalla del tan educativo túnel, un letrero que decía: “Teoría de la Relatividad, publicada por Albert Einstein en 1905, que tiene como objetivo dar una explicación a todas

las cosas”. Dije: “¡No inventes!, ese señor quiere explicar todo con una sola visión”. Me impresionó. Me dije: “Tal vez me pueda explicar muchos retos y áreas de oportunidad en mi vida”.

Fue la primera vez que pensé que todo el conocimiento tenía relación. En ese momento me percaté de una visión diferente de la vida; pensé que las cosas no son tan complejas, pues, como lo dijo el señor Albert, ¿qué más quería? Una de las mentes más brillantes para mí de todos los tiempos dijo que todo puede ser explicado desde una referencia. Entonces, ese pequeño inventor, artista, bohemio, científico que había en mí, salió, pero ahora para tratar temas de la maquinaria jurídica y su exactitud para la aplicación de los artículos o de la ley (en mi época era válido pensar que la ley era dura pero era la ley, pues se justificaba cualquier injusticia que regulara la norma jurídica).

Pensar en lo cuadrado que tenía que ser el abogado, siempre recitando artículos de la Constitución o del Código Civil, me hizo no querer ser así. Yo quería entender las complejidades divertidas, cómo poder resolver con una sola ley todo, quería probar que el señor Albert tenía razón, y también en el derecho, pues él dijo que todo puede ser explicado o tener solución a partir de una sola idea; pero primero tendría que aprender los temas más básicos del conjunto de normas jurídicas que regulan a la sociedad para llegar al bien común.

Les quiero contar que me enteré de que Hans Kelsen —uno de los científicos que separó el derecho de las demás ciencias, así como subjetividades, moralidad, valores, y generó una visión más científica del derecho—, se basó en la tercera ley de Newton (sí, esa que la maestra Maricela —mi maestra de física, muy inteligente por cierto, de

apellido Zaragoza—, en primero de secundaria, me enseñó): a toda acción recae una reacción de igual o misma proporción. Y la profesora nos puso el sencillo caso, profundo ejemplo, de la lancha; decía: “Gonzalo, imagina que subirás a una lancha y que pisas, esa es la acción; pero la lancha te tira porque pusiste fuerza en la punta de la lancha, esa es la reacción. Si tuvieras cuidado en pisar y subir, no habría una reacción, ya que pusiste más fuerza de la debida, Gonzalo”. Y fue así como entendí.

Mi sorpresa fue cuando “me cayó el veinte”. Dije: “Oye, Levi, eso es el nexo causal, y en el derecho tributario es el hecho generador (después de todo es como si Kelsen y Einstein se pusieran a platicar en mi cabeza para explicarme que podría existir un origen, es decir, que viniera del mismo lugar)”.

Al comenzar a ver lo que dicen los libros, lo que enseñan los profesores y lo que pasa en la realidad en la calle cuando las leyes se tienen que aplicar, en relación al derecho de las personas, dije: “¡Esto es de locos! ¿La norma jurídica está de espectador?, o ¿qué pasa? Juzgadores legislando, ejecutores embargando herramientas de trabajo. Siempre todos los abogados u operadores del derecho diciendo: ‘Lo que quiso decir el legislador’ (en mi juventud e inexperiencia me preguntaba: ‘¿Por qué no se dejan de cosas y vamos todos y le preguntamos al legislador? Si se trata de lo más importante para todos, ¿como por qué vamos a tener dudas de lo que dice el legislador si ahí está, en la ley, y la norma jurídica no se equivoca?’)”.

CIENCIA JURÍDICA

La famosa pirámide de Kelsen, que se encuentra, según muchos técnicos del derecho, en el artículo 133 de la Constitución

mexicana, es un esquema que trata de explicar la supremacía de la Carta Magna, que se encuentra en la punta de la pirámide “viendo” cómo todo sucede desde arriba, permeando lo más importante: a las leyes federales, locales, reglamentos y acuerdos de particulares, hasta abajo. Es decir, en la punta está la Constitución, debido a que las demás normas jurídicas para su creación se encuentran reguladas en sus artículos y disposiciones; solo la Constitución dice cómo se crean las leyes, lo que se conoce como proceso legislativo.

Es muy fácil: si hay algún problema de contradicción, puesto que la Constitución es superior, la Constitución gana, no importa qué diga u omita; ésa es la jerarquía. Cualquier regulación, al establecerse en la Constitución, se hace verdad total y plena, incluso intocable, no es necesario un proceso de comprobación. ¿Que no estás viendo que lo dice la norma fundamental?; entonces, ¿para qué preguntas? No hay más que hacer. Nadie puede contradecir a una constitución, pues está en la cúspide de la pirámide, lo que la hace estar arriba, por ello es superior.

Entonces, para los técnicos en el derecho, si lo dice la Constitución, está bien dicho (como decía mi tío “El Pillo”). Varios conceptos fueron tomados de la física, el más claro y evidente es el concepto de ley. En la física, cuando dicen: “Es una ley”, como la tercera ley de Newton, es porque siempre, bajo todas las circunstancias existentes, tiene que suceder. Ésta es la definición del concepto de ley: es una constante de un acontecimiento; siempre sucederá, por lo que una ley, en la física, se considera un suceso una y otra vez (mientras no se cambien las variables, estamos seguros de que así sucederá).

Pero la ley, en el campo de la ciencia jurídica, es muy diferente debido a que, lamentablemente, no podemos asegurar que se cumplirán los hechos que se establecen o las disposiciones determinadas; por ello, nos hace pensar que la intención de nombrar al conjunto de artículos, cúmulo de hechos, supuestos, es que siempre, en todos los contextos, las normas jurídicas se apliquen, es una constante, lo cual tiene también un parecido con la física. Por lo que podemos ver, con los ejemplos mencionados, que en realidad todos los conocimientos se encuentran relacionados, independiente de lo que se pretenda establecer o estudiar.

Entonces, podríamos llegar desde temprano, en el presente capítulo, a una conclusión: ¿las normas jurídicas o las leyes son la ciencia jurídica? La respuesta es no, son solamente una tecnología desarrollada con un fin: que las personas vivan mejor, que se equilibren los sucesos de la vida diaria. Para que cumplamos nuestros objetivos de vida, podamos realizar de una manera más fácil las actividades sociales y exista un respeto a nuestras necesidades o labores, debemos buscar que se respeten nuestras diferencias y se generen límites a nuestros comportamientos; para eso en estos días se aplica la tecnología, como la norma jurídica, también conocida como ley.

Durante muchos años, en México pensamos (lo más preocupante es que algunos siguen pensando que lo importante es la ley) que el desarrollo de la ciencia jurídica se reduce a su tecnología creada a partir de toda una reflexión y relación con los conceptos e ideas de otras ciencias, descubriendo principios o acontecimientos, así como relacionada con los sucesos de la vida diaria, los cuales explican otros campos del conocimiento; todo reducido a que el legislador

es la máxima verdad dentro de un sistema normativo, y no es necesario que se compruebe el acontecimiento con nada o que la regulación se exponga —eso se conoce como positivismo o exégesis—, pues, como todas las tecnologías, la norma jurídica no se salvó de las posturas ideológicas, ni siquiera de las que van en contra de las personas.

Todas esas justificaciones formalistas, amigo lector, son por seguir pensando que el artículo 133 constitucional establece la jerarquía formal de la supremacía de la legislación, que las problemáticas de transgresión a los derechos humanos provienen de la misma ley. Para generar una postura desde la perspectiva científica, se sigue aplicando la pirámide de Hans Kelsen.

Pero la manera en que entiendo la ciencia no quiere decir que alguien que tiene visiones en la actualidad ante un fenómeno diferente se equivoca en su conocimiento, no, quiere decir que alguien es más preciso. Pero aun siguiendo el postulado del profesor Kelsen, aplicando los conocimientos de la ciencia, no creo que se pueda representar el sistema jurídico en la actualidad con una pirámide, y les voy a explicar por qué: si pensamos que la Constitución está en la cúspide, vamos a hacer que todo lo que diga la Constitución sea verdad; no importa lo que diga, protección, transgresión de derechos, discriminación, se aplica porque la punta de la pirámide lo dice.

FIGURA 1.



La pirámide de Kelsen es un sistema de creación normativa para asegurar que la norma tenga un antecedente legal. Incluso él mismo mencionó que no es problema del derecho que exista una distorsión de la norma jurídica por parte de los diferentes grupos sociales, por lo que excluye la necesidad de las personas y pone, al igual que la Constitución, en la pirámide del más fuerte al que puede tomar las decisiones, incluso

de la Constitución; dentro de su campo de estudio, para él fue necesario separar el ser, que son los hechos realizados por las personas o naturaleza, del deber ser, que es la expectativa del cumplimiento.

Es decir, el conocimiento sobre el deber ser excluye la realidad de las cosas, de la naturaleza, incluso de las personas. Importa lo que la norma jurídica diga, así como la posibilidad de reconocer la característica;

pero eso ha propiciado que los grupos preponderantes decidan sobre la conducta y el camino de todos, que la tecnología de la norma jurídica esté a disposición de un grupo o que la norma jurídica no vea más sobre la intención y otras variables que también influyen en la creación de la norma jurídica. Un gran avance es la separación para distinguir la importancia de la ley como tecnología, pero pareciera que se está usando para lo que no fue creada, pues existe un distanciamiento de la realidad social y de las necesidades de las personas.

Por ello, creo que la ciencia jurídica, hoy más que nunca, debe enderezar el camino de la norma jurídica, de su creación, aplicación, y de la modificación de su objetivo debido a que es necesario abordar el concepto del ser y deber ser —desde el planteamiento de la ciencia jurídica— en su creación, debido a que es necesario actualizar algunos conocimientos científicos con base en la justificación de otras ciencias o conocimientos, como la biología, física, química, mediante las cuales se comenzó a crear una justificación objetiva de todas las áreas del conocimiento que tienen relación con el derecho.

No podemos ver el derecho como una pirámide debido a que ha distado mucho en su aplicación y resolución de conflictos como aportación a la ciencia. Queremos proponer un avance al postulado de la pirámide, que en realidad para nosotros es un símbolo diferente que no se relaciona con jerarquías formales ni, mucho menos, con creaciones *ad hoc* o con conocimiento emitido al momento para algo en específico, que pareciera más una oportunidad que una verdad, pero sobre todo que no tiene relación con todos los conocimientos emitidos hasta ahorita de

una manera más actual ni con la realidad y justificación desde otras áreas de estudio.

Quiero explicar que es necesario crear una nueva postura científica. En cuanto a la jerarquía y aplicación de la norma jurídica, solamente la vamos a clasificar en tres grandes grupos: principios, derechos humanos y normas jurídicas, solo tres variables. La norma jurídica solo es la unión entre principios y derechos humanos, debido a que ambos no provienen de la ley, sino de la esencia de las cosas: los principios como constantes o conocimientos emitidos y probados para resolver cuestiones de la vida diaria y los derechos humanos como una regulación de la característica humana; por ello, debemos entender que éstos tienen una jerarquía sustancial, no formal.

En otras ocasiones ya hemos hablado de la distinción de principios en sí y para sí. Por ello, solamente diremos que los primeros son los que justifican otros conocimientos u otras ciencias, son conocimientos reconocidos por diferentes posturas científicas; con ellos salvamos a la ciencia jurídica, así como a la norma jurídica, que es su tecnología, y a su aplicación, debido a que puede ser manipulada por una búsqueda ideológica, esto quiere decir que grupos sociales pueden tomar las decisiones sin justificación para objetivos particulares utilizando normas jurídicas o la ciencia jurídica para su cumplimiento.

Es necesario partir de la ciencia jurídica desde su creación debido a que, desde su separación de las demás ciencias, tanto de las llamadas sociales como de las exactas, un problema científico no fue resuelto: la objetividad de utilizar a la norma jurídica, así como la teoría que desarrollaba su aplicación subjetiva e irracional. Consideramos que, para que una ley se justifique,

se tiene que crear otra a partir de su propio razonamiento, lo cual genera que la aplicación científica se aparte de los motivos o razonamientos justificados.

Cuando hablamos de algo objetivo, nos referimos a que la decisión que se tome tenga una racionalidad, que vaya relacionada con la justificación, así como la explicación científica. Los principios en sí son conocimientos que no son creados para satisfacer decisiones de grupos sociales, debido a que el conocimiento, así como las normas jurídicas pueden perder la objetividad si no se busca una manera de comprobar o verificar su idoneidad, verdad, acertamiento veritativo; es decir, desde la creación de las normas jurídicas, se consideró que no era necesario que limitaran las intenciones de su creador, por ello, se pierde el sentido objetivo de la tecnología normativa.

La problemática consiste en que la norma jurídica, como tecnología, en realidad no se puede corroborar, tampoco las intenciones ni el cumplimiento de la disposición normativa, aunque existan las razones correctas; por ello, es necesaria la existencia de verdad, así como de realidad en las normas jurídicas, con ello hay la posibilidad de una verdadera aplicación de la ciencia y, en consecuencia, de que la decisión de las personas, así como sus necesidades puedan ser tomadas, debido a que la norma jurídica no será utilizada para satisfacer necesidades propias, sino para satisfacer las necesidades de una sociedad que tiene mayor dificultad de ejercer sus derechos humanos.

Por lo tanto, proponemos la aplicación, desde los principios, de un conocimiento acreditado, probado, cuya aplicación sea correcta, pero sobre todo objetiva, libre de intenciones particulares; con ello, sin duda, la norma jurídica cumplirá la función para

la que fue creada: servir a la población. La relación específica se observa o existe en el momento en que se aplica un principio para sí, el cual se enfoca en tener una aplicación más exacta, en identificar y resolver una problemática, dentro de la sociedad; de esta manera, también se incluye la ciencia jurídica para cumplir con su teorización, pero sobre todo con su función social de regulación temporal de supuestos que podrían acontecer desde el punto central, que es el ser humano y la satisfacción de sus necesidades.

Los principios para sí radican en concretar la relación entre el objeto de estudio de la ciencia jurídica y su valor, que es la protección de las personas en sociedad, para que en conjunto los seres humanos puedan conocer sus habilidades y desarrollarlas; por ello, serán un referente de especificación en su aplicación, pero sobre todo un sustento de las normas jurídicas consideradas como tecnología propia de creación de la ciencia jurídica, para la positivación de los derechos humanos, por lo que es necesario el sustento en principios en sí para que, al descubrir los principios para sí, tenga aplicación en la creación de las normas jurídicas.

Es necesaria tal justificación debido a que las normas jurídicas deben tener una esencia en su creación —como la aplicación de principios por parte del legislador, así como del juzgador— para evitar la subjetividad, sobre todo en la regulación de los formalismos jurídicos como las obligaciones, así como de las figuras estructurales del derecho, como la organización del Estado, las instituciones, las maneras de ejercer los derechos mediante los procesos, así como las facultades de la autoridades, pues deben tener una proporción entre los acontecimientos que suceden en sociedad a las personas en su vida diaria para el

cumplimiento de su dignidad, así como de las formalidades o cargas, las cuales deben tener una aplicación estricta de los principios para cumplir ese objetivo.

Lo más vulnerable de la norma jurídica es la decodificación y descodificación de las estructuras formales; sus planteamientos deben ser más apegados a la realidad. Consideramos que la verdad es lo acreditado desde otros conocimientos, pero sobre todo los hechos comprobados desde una perspectiva de correspondencia y coherencia, con lo cual se da certeza a las creaciones para todas las personas, lo cual permite que no solamente sea de algunos cuantos el conocimiento o la regulación tanto de hechos como de las causas y consecuencias; con ello la equidad, así como la operatividad del derecho se encuentran aseguradas.

La estructura de la ciencia jurídica se divide en principios, derechos humanos y normas jurídicas como tecnología, la cual es sujeta y condicionada para su validez desde el respeto de los principios, así como de los derechos humanos; por lo que existe una aplicación directa al momento de crear la norma jurídica. Por ello, se asegura el cumplimiento de la ley no del gobernado únicamente, sino de la autoridad, así como ejecución, lo que permite al gobernado tener una protección mayor y respeto no solo de sus derechos humanos, sino de todas sus decisiones, que tienen aplicación en las figuras, conceptos, instituciones, como la obligación, propiedad, impuestos, facultades y organización formal, lo cual situaremos con todo lo relacionado con los formulismos y estructuras positivistas, que son creadores propias del conjunto de normas jurídicas.

Estableceremos una ilustración que se vincula con la manera de explicar el

desarrollo de la ciencia jurídica; que se relaciona con los principios en sí, los principios para sí, los derechos humanos, las normas jurídicas que tienen todo el contenido formal, desde una perspectiva de complementación y sujeción; que permite generar y establecer verdaderos límites no solo en la creación de la norma jurídica, también en su aplicación, para que exista más acercamiento con su destinatario y pueda ser efectiva la utilización de la tecnología normativa.

No solo basta con que una norma jurídica sea cumplida, debe estar al alcance de su destinatario final: el individuo, para que él la utilice. Hay que recordar que, como toda tecnología, es creada por el propio ser humano y debe tener funcionalidad, así como facilidad de aplicación; por ello, consideramos que la norma jurídica debe cumplir un campo de positividad que se relacione con la identificación del hecho o facticidad y tener una realidad visible, sin complicaciones en su aplicación, para que las personas puedan entender y exigir sus derechos.

Consideramos necesario que la primera idea de la aplicación del derecho se esquematice en un plano circular debido a que permite la renovación constante, así como control pero desde una objetividad, para que la norma jurídica no sea utilizada a conveniencia, debido a que es una herramienta científica que debe protegerse y cuyo uso debe restringirse a cuestiones para las cuales fue creada y destinada; con ello podríamos resolver la problemática central que tiene la ciencia jurídica, aplicando el principio de elegancia, relacionado con el principio de economicidad, abatir la complejidad, que no genera otra cosa más que confusión.

La confusión se convierte en una herramienta que puede ser utilizada por el creador de la norma jurídica para evitar que las personas conozcan las consecuencias de la regulación de la ciencia jurídica; es la mayor complejidad de la identificación para observar dónde puede mejorarse el derecho. Y creo que el primer paso es plantear una pregunta que englobe todas las dudas posibles que sean vistas como problemáticas, no solamente de la ciencia jurídica, sino de la norma jurídica como tecnología; creo que podríamos resolver la complejidad, así como la confusión si tratamos de identificar la intención de creación de la norma jurídica.

Si tomamos en cuenta que el conocimiento científico explica los acontecimientos de la naturaleza que ya fueron aprobados y excluye la intención de dominio, es posible proponer un esquema de estudio, resolución de acontecimientos, así como el planteamiento de fenómenos. Tenemos que excluir la subjetividad de la ciencia, por ello el medio de contraste, verificación, comprobación, para llegar al accertamiento veritativo; es decir, identificar la intención y cómo a partir de esa intención existe la consecuencia esperada, es decir, identificar la causa o intención correcta en la regulación del supuesto, causa o consecuencia.

Entonces, la pregunta sería ¿cómo podríamos reducir la contingencia o riesgo en la interferencia de intenciones individuales dentro de las generales? Sin sonar presuntuoso, creo que el presente trabajo tiene como uno de los objetivos centrales realizar una propuesta de solución en la manera de tener como referente el campo de la consciencia para que sea algo entendible para todos, pero relacionar los conocimientos científicos previos y no dejarlos aislados al

pensar que son materias de estudio diferentes y que no tienen una aplicación (créame, eso es falso, todo está relacionado).

Con ello no pretendo caer en el error de separar la teoría de la práctica, es decir, no pretendo que el legislador modifique las normas jurídicas y aplique la presente teoría para cambiar —el ejemplo más importante que podemos tomar en los cambios, incluso en los de paradigma—, es decir, identificar el problema o fenómeno y su solución. Por lo tanto, esta investigación no está dirigida al legislador, sino a la sociedad, a las personas, a las cuales se destina la norma jurídica. Es decir, trato de unir la teoría con la práctica para dar solución a la complejidad de todos los errores, inexactitudes, que puede generar tanto la ciencia jurídica como su tecnología, que es la norma jurídica.

Quiero resolver algunas de las cuestiones más esenciales: ¿dónde comenzamos?, ¿cuál es el problema, falla o inexactitud? Primero creo que se identifica el fenómeno, así como su problemática. Y la problemática de la ciencia jurídica, como la de todas las ciencias, es la subjetividad, es decir, la manipulación de las causas y consecuencias; por ello es importante identificar la intención con la cual se crean las cosas, porque de ella emanará y se identificará el grupo social del cual proviene, y determinar si las causas y consecuencias corresponden a la vida de las personas (es por ello que, para no hacerlo complicado, no utilizaré efectividad o eficacia, sino únicamente correspondencia; espero que la intención que yo tengo, de mis decisiones, sea la intención de quien crea la norma jurídica o la aplica).

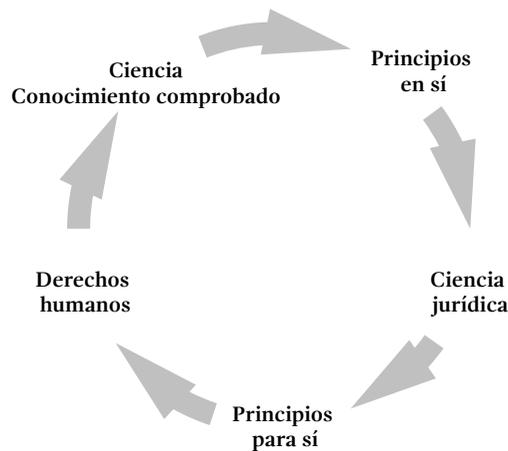
Para ello, consideramos que la renovación, que podría representar el círculo,

es importante debido a que no se culmina en una constatación de identificación de fenómenos, pues el conocimiento, en realidad, es progresivo. Ya que los acontecimientos que vivimos no son estáticos, para generar certeza, debemos establecer un referente que no sea cambiante, que sea estático; por ello, dentro de diferentes ciencias podemos observar que, cuando cambia un paradigma de una ley universal o cuando hay un adelanto significativo para la ciencia, se modifica la postura sobre algún fenómeno en particular.

Por lo tanto, como se ha mencionado, proponemos que la ciencia en general

decida los cambios de referentes necesarios bajo sus esquemas; con ello consideramos que se reduce en un gran porcentaje la intención que no tiene relación con los fines de la tecnología normativa, como mejorar la vida de las personas. Por ello, consideramos que era necesario realizar el primer ejemplo con un círculo, que representa la renovación dentro de la misma esencia; consideramos que, al estar todo relacionado, en realidad en cualquier punto puede ser el comienzo o el fin debido a que permite identificar mediante la dimensión de consciencia que pretendamos aplicar.

FIGURA 2.



Si comenzamos en la ciencia, daremos la posibilidad a un mayor número de personas de que pueda conocer sus derechos y el objetivo que tiene la tecnología de protección de las personas; o bien, los que pretendan únicamente conocer la aplicación científica desde el punto de vista jurídico podrán darse cuenta de que se aplica desde los principios para sí, creados para un mejor funcionamiento de la realidad, en los fenómenos sociales, ya que dan la oportunidad de complementar tanto los

conocimientos generales como los del derecho y aplicarlos al resolver un asunto, enfrentar una problemática, realizar una norma jurídica (no se necesita ser abogado o estudioso del derecho). La idea es que los conceptos, así como las normas jurídicas, vayan más con la realidad que las personas puedan observar.

Para disminuir la complejidad de aplicación de las normas jurídicas, debemos enfocarnos más en los principios que conforman el sistema jurídico en vez de

considerar que tenemos que estar modificando la legislación o basándonos de manera formal solamente en la Constitución; pero tenemos que reconocer su contenido formal, es decir, que existe una regulación y que hay un dispositivo importante de regulación, a eso tenemos que sumar la existencia de relación entre normas jurídicas para un mismo sentido, lo que denominamos coherencia; por lo que tiene aplicación un concepto, una decisión, una postura o interpretación de la misma manera.

Lo que vamos a lograr con la unificación de teoría y práctica es que cualquier persona pueda aplicar los principios directamente para resolver las problemáticas que tengan en relación a la aplicación de una norma jurídica que no corresponda con su realidad. Una de las ventajas de aplicar los principios de manera directa es que no hay que esperar a que el legislador reconozca una transgresión a los derechos humanos ni esperar que la legislación sea modificada; ahora lo importante es el sistema de principios, lo que he llamado sistematicidad de principios.

El punto central es acercar el conocimiento científico jurídico a la vida de las personas. Las normas jurídicas se han vuelto complejas, con intenciones diferentes a las de la sociedad en general, además de que se han convertido en decisiones aisladas que buscan la regulación, así como el cumplimiento de las obligaciones. Es importante que veamos que si seguimos pensando que la Constitución es incuestionable, existe la problemática de generar una visión única de la vida, de la libertad, de que la máxima norma jurídica, desde la perspectiva formal, esté para unos cuantos.

DERECHOS HUMANOS Y CIENCIA JURÍDICA

Dentro de la progresividad de los derechos humanos cuando hablamos del conocimiento científico debemos entender que parte de un derecho humano a la cultura. Por lo tanto, es necesario y trascendental que el conocimiento se haga llegar a todas las personas debido a que es un derecho esencial de las personas; por ello, se debe buscar culminar o disminuir la complejidad de los conceptos, así como de la tecnología como la norma jurídica, se debe garantizar el acceso para todos dado su universalidad, la cual se relaciona con el principio de elegancia de las ciencias y el principio de economicidad del lenguaje.

Aproximar a las personas a la ciencia es acercarlas a las explicaciones de su vida, debido a que los principios o conceptos desarrollados sirven para explicar la complejidad de los derechos; de esta forma las personas pueden conocer las causas, así como las consecuencias de su comportamiento, pero sobre todo el impacto que existe entre las normas jurídicas y la aplicación de éstas en su vida. Por ello, es importante unificar el conocimiento y explicar de manera clara la realidad relacionada con la verdad aceptada, pero sobre todo que las personas puedan utilizar el conocimiento para resolver su situación diaria.

Los derechos humanos buscan la integración de las personas en su entorno, así como en la sociedad, así como la adaptación de sus comportamientos dentro de la sociedad. Los derechos humanos deben buscar atenuar la complejidad de la tecnología y hacer fácil su aplicación para que las personas puedan resolver sus problemáticas. Por ello, consideramos que debemos facilitar, desde la ciencia jurídica, la aplicación de la norma jurídica, la cual —como se ha dicho— es una tecnología

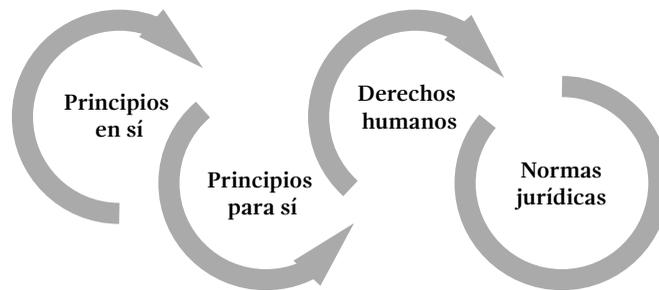
creada para el bienestar de las personas, por ello, debe ser más fácil la aplicación y conocimiento, para ello es que tenemos una propuesta para que las personas puedan acceder al conocimiento como derecho humano.

Para ello planteamos un postulado científico de identificación de conceptos y solo tenemos tres variables que se encuentran relacionadas: principios, derechos humanos y normas jurídicas. Pretendemos esquematizar una superioridad de principios en sí desde su perspectiva debido a que tiene una objetividad relacionada con el descubrimiento del conocimiento universal, la cual es un referente de verificabilidad o de acertamiento (respecto de los principios para sí, su descubrimiento se relaciona con

una justificación, y si no, es contrario a la generalidad del conocimiento).

Hay que observar que existe una justificación de crear principios en sí y desarrollar los principios para sí, porque hay una confrontación en cuanto a la verdad de llamarle principio y que verdaderamente lo sea, para ello tenemos una justificación epistemológica para la aplicación del derecho: para evitar la subjetividad y mitigar las decisiones parciales de los aplicadores, hay que buscar que el sistema de principios sea sólido por sí mismo; no es necesario que los operadores del derecho digan o clasifiquen que un caso similar se vuelva totalmente contrario, por ello es que tienen sustento debido a que es su elemento de verificación, para observar si existe complementación.

FIGURA 3.



La justificación de la figura de círculos que van para abajo es la necesidad de que exista una jerarquía de verdad, pues todos los conceptos o principios, derechos o normas, se encuentran sujetos a los conocimientos universales; por ello, hay que situar solamente a las normas jurídicas abajo o en la culminación debido a que son el elemento más dúctil, ya que puede ser creado conforme a los valores o las necesidades únicamente del legislador, así como del juzgador. Por ello, poner los principios en una jerarquía circulante quiere decir que existe

una dispersión o que permean los principios en sí en todos los demás círculos, pues la aplicación de todo es la tecnología, que es la norma, debido a su diseño.

Con esa concatenación se proscribe o se reduce la subjetividad de los valores particulares, ya que la decisión la tiene un científico, quien deberá justificar el descubrimiento, por ello, el desarrollo de principios para sí; por lo tanto, ya no se puede confundir con teorías ininteligibles u obscuras ni con razonamientos confusos que se consideren profundos. Entonces,

observemos que una reducción de conceptos y la norma jurídica, en realidad, son cualquier tecnología que cree el legislador, no importando que la haga un congreso federal o local; ya que la ciencia es un derecho humano, debe ser entendible para cualquier persona.

Una parte importante que se relaciona con la verdad son los derechos humanos, los fenómenos que son visibles para cualquier persona, así como perceptibles con los sentidos, algo tan natural sin tantas codificaciones ni descodificaciones. Vamos a considerar que el operador del derecho hace una reformulación de la realidad de las personas y crea lo que él piensa, ya sea al plantear una norma jurídica, crearla, interpretarla, por ello, el comportamiento de los derechos humanos, al momento de ser identificado, en realidad estamos definiendo el comportamiento y necesidades de las personas en sociedad.

Hay que considerar que, desde la perspectiva filosófica, nada sale de la nada y que la materia no se crea ni se destruye, solo se transforma; por ello, es importante de dónde tomamos el referente de creación de la norma jurídica. Hay que tomar las necesidades de las personas, así como sus características; de esa manera encontraremos una relación entre principios, derechos humanos y normas jurídicas, que son una renovación, pero sujeción de la norma jurídica debido a que en ella se plantea la manera de regular las relaciones de las personas.

La importancia de tener un marco de referencia es un principio científico que esté relacionado con la verdad del conocimiento que ya está comprobado; por lo tanto, al adquirir conocimiento de principios ya descubiertos, así como reafirmados, podemos referenciar los razonamientos nuevos y así justificamos la aplicación de

conceptos, ideas, para resolver los conflictos. La ciencia jurídica debe establecerse desde un punto de vista general, es decir, relacionarse con las demás ciencias, para que podamos comprobar la científicidad y su objetividad para resolver conflictos, debido a que si se permite que la norma jurídica determine o limite la ciencia, será muy aislado el conocimiento, lo que llevaría a creer que el derecho es una pseudociencia.

Con ello se pueden dar las más grandes violaciones a los derechos humanos, debido a la separación de la realidad de la vida de las personas, debido a que se va en contra de la esencia de los comportamientos de las leyes universales o conocimiento acreditados; por lo que se han concretado las transgresiones, con base en la racionalidad o lógica formal, en la creación y aplicación mediante el proceso legislativo, pues la creación de norma jurídica tiene como referente la Constitución, pero no tiene una aplicación científica, lo que hace al derecho una pseudociencia debido a que solamente se justifica a partir de sus propios postulados, debido a que cuando lo ponemos frente a circunstancias generales, no tiene la misma explicación.

Por ello, ponemos a la norma jurídica, cualitativamente o frente a la validez, por debajo de todos los demás conceptos o variables, debido a que hay más voluntades relacionadas con cumplir las perspectivas de valores sociales, tal vez limitadas; o lo que se pensaba que era un comportamiento general, basado en las decisiones de un cierto grupo de personas, que el mismo derecho los ha puesto en la toma de decisiones que otros no pueden tomar donde se reduce a un cierto número de gobernantes que, desde el formalismo, supuestamente tienen la voluntad de ocupar ese

lugar, pero ello los condiciona a que estén de acuerdo con todo lo que estas figuras o instituciones tomen de realidad.

A ello lo podemos considerar la transgresión del derecho humano a la libertad debido a que no existe decisión directa o propia, incluso la norma jurídica dice cómo es la realidad social, pues los legisladores deciden lo que la ley dirá sin que estén seguros de que lo que se dirá es evidente. Por lo tanto, se puede convertir en pseudociencia al derecho, debido a que se aleja demasiado de la realidad comprobable, pero sobre todo de lo que ya se ha constatado que es la verdad. Por ello, hay una transgresión a la persona en cuanto a su libertad tanto de acción como de razonamiento, debido a que se parte de ideas o posturas que podrían ser equivocadas, lo que lleva a las personas a tomar decisiones incorrectas y llevar una vida que no las conduce a su desarrollo.

Las normas jurídicas deben funcionar solamente como una tecnología que ayude a la conducción de la sociedad, ya que generan la equidad entre los comportamientos de las personas. Por lo tanto, respecto de la ley, se piensa que, cada que hay una regulación, se inventa un concepto, así como una institución; pero la problemática es que en el momento de la creación no hay una relación de objetividad. Eso permite que las personas crean que la ley es algo incuestionable, lo cual convierte al legislador, juez, en entes omnipotentes debido a que lo que dicen es total y pleno; por tanto, ellos se deben basar en hechos confirmados, por lo que genera un abuso de la tecnología para dañar a las personas que son sus destinatarios.

Por lo tanto, consideramos que los principios tienen una aplicación más objetiva, más aún que no han sido inventados por los propios juristas (en el mejor de los casos), como pueden ser incluso legisladores o juzgadores; incluso podríamos probar las teorías desde una perspectiva científica, cuándo se han creado o para quién se han creado, si observamos que hay una exclusión científica, la cual tiene demasiado contenido tecnológico; es decir, que solo en el derecho pueden ser correctos a partir de su propia visión, como lo es el caso del garantismo que propone el profesor Luigi Ferrajoli, quien le deja toda la carga al legislador, pero en caso de que no emita la norma jurídica para proteger un derecho, no podrá protegerse a las personas, por lo tanto, se rompe el principio de progresividad de los derechos humanos.

PONDERACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

El caso de Robert Alexy, quien aplica la ponderación de los principios, se entiende como una colisión de principios científicos. Me voy a detener un poco más debido a que en otros trabajos ya he explicado la aplicación inexacta del garantismo. Ahora me propondré explicar por qué incluso la ponderación transgrede los derechos humanos, y así podré explicar la postura científica que necesita o es más afín para México; para ello, debemos entender que el conocimiento se genera, ya sea a partir de postulados necesarios para el conocimiento desde el punto de vista de cada sociedad, población o Estado, para justificar cierto comportamiento de algunos grupos sociales preponderantes (esto no es algo nuevo en la historia de la investigación, pasa en cualquier investigación).

TABLA 1. ¿HASTA QUÉ AÑO EL SALARIO ACTUAL ALCANZARÍA EL PODER ADQUISITIVO DEL SALARIO DE 1982 AL RITMO DE LOS INCREMENTOS SALARIALES DEL GOBIERNO DE AMLO? ACTUALMENTE ES EL 11.3% DE LO QUE ERA EN AQUEL ENTONCES. LO ALCANZARÍA EN 2040

¿Hasta qué año el salario actual alcanzaría el poder adquisitivo del salario de 1982 al ritmo de los incrementos salariales del gobierno de AMLO? Actualmente es el 11.3% de lo que era en aquel entonces. Lo alcanzaría en 2040		
año	índice del salario creciendo al 16% anual	índice de precios creciendo al 5% anual
2018	11.3	100.0
2019	13.1	105.0
2020	15.3	110.3
2021	17.7	115.8
2022	20.6	121.6
2023	23.9	127.6
2024	27.8	134.0
2025	32.3	140.7
2026	37.6	147.7
2027	43.6	155.1
2028	50.7	162.9
2029	58.9	171.0
2030	68.5	179.6
2031	79.6	188.6
2032	92.5	198.0
2033	107.4	207.9
2034	124.8	218.3
2035	145.1	229.2
2036	168.6	240.7
2037	195.9	252.7
2038	227.6	265.3
2039	264.5	278.6
2040	307.3	292.5

Elaborado por el Centro de Análisis Multidisciplinario de la UNAM <http://cam.economia.unam.mx>

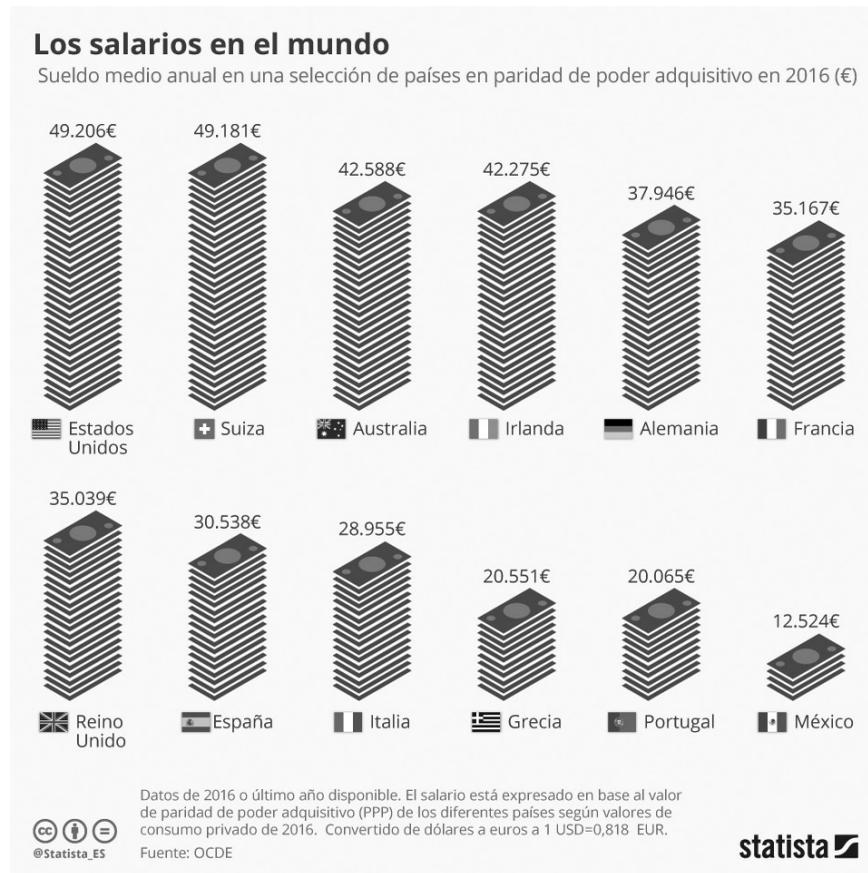
Fuente: Centro de Análisis Multidisciplinario de la UNAM (2018: s/p).

Incluso debemos entender para qué fue creada la ponderación, porque en México hay un problema muy grande: se está utilizando la ponderación para decidir entre un derecho u otro cuando ni siquiera el Estado mexicano ha podido crear los medios necesarios para proteger los derechos humanos de su población debido al alto número de carencias sociales que tienen sus habitantes.

¿Qué se puede ponderar?, las propias decisiones que se han tomado en cuenta. Ahora ya excluyo a los seres humanos de

satisfacer sus necesidades más básicas, debido a que al día de hoy en México hay ciento siete millones de personas que tienen carencias (Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social [Coneval], 2008). Entonces, ¿qué tenemos que ponderar? Las condiciones ya están dadas. Por otro lado, respecto al salario, tenemos que mantener la esperanza, ya que será hasta 2040 cuando alcance su poder adquisitivo, por lo tanto, las personas tendremos que esperar que el salario sea digno.

TABLA 2. LOS SALARIOS EN EL MUNDO



Fuente: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2016), citada por Statista (2018: s/p).

Hay que tomar en cuenta que en Alemania tienen que satisfacer otras necesidades, diferentes a las de la población que habita en México; por ello, el contexto social, para aplicar una teoría como la ponderación, pone en evidencia solamente el incumplimiento del salario. ¿Cómo son los problemas de nuestro país?, son totalmente diferentes; por ello, es importante observar que la ciencia y la tecnología se enfocan en la satisfacción de las necesidades tecnológicas de la sociedad y que tenemos necesidades muy diferentes.

Por ejemplo, el poder adquisitivo entre un país y otro, como Alemania y México,

demuestra que no existen las mismas necesidades y que los mexicanos deberíamos recuperar, hasta 2040, el poder adquisitivo de los salarios, aun con los incrementos que realizó el actual gobierno del presidente Obrador. Por ello, desde el aspecto social, hay que identificar las problemáticas y las necesidades en México. No es necesario ponderar para decidir entre un derecho humano u otro, debido a que la pobreza, la falta de poder adquisitivo del salario, evidencian la situación social de carencia en México. Por ello, consideramos que, ante ese contexto social, en México no es posible aplicar la ponderación.

Alemania necesita más niños, ya que es, después de Japón, el país con la población con mayor promedio de edad. La tasa de fertilidad es de 1,5 niños por mujer, la más alta desde la reunificación, pero aún menor que el promedio de la UE, de 1,58.

Por eso, el Estado fomenta a las familias de diferentes formas. Las más importantes son: prestaciones por hijos, prestaciones parentales, beneficios fiscales y subsidios para embarazadas y familias cuyos ingresos no alcanzan para satisfacer las necesidades básicas de sus hijos. A ello se agrega la educación escolar gratuita (Zech, 2020: s/p).

En Alemania es más fácil aplicar la ponderación debido a que existen condiciones sociales que podrían justificar que

una población pueda someterse a un sistema de justicia donde el juez tiene toda la libertad de decisión sobre determinados derechos, además de que tiene una muy importante confusión entre ponderación de derechos humanos y principios. En México no es así debido a que el artículo primero constitucional establece que los derechos humanos son indivisibles, así como interdependientes; más aún se le está dejando una parte importante de decisión a los jueces sobre la ponderación. Pero basta con ver las cifras de nepotismo en México relacionado con los juzgadores federales y sus familiares para saber si puede tener esa responsabilidad el Poder Judicial federal.

TABLA 3. NEPOTISMO EN ALEMANIA

Cada año, Transparency International publica una lista llamada índice de percepción de corrupción. En comparación con otros 80 países, Alemania actualmente figura en el lugar número 13. A nivel internacional, ésta es una buena posición, afirma Humborg. Pero si se toman en cuenta los países vecinos de Europa, Alemania solamente se encuentra en un nivel medio.

Fuente: (Lueg, 2013: s/p).

En Alemania, por lo que se ha visto, las necesidades son diferentes, así como la manera en que se satisfacen. Es evidente que sus habitantes sí pueden darse el lujo de ponderar derechos humanos, aun cuando la ponderación se basa todo en un criterio que no cumple con la contextualización de la ciencia en general (una prueba científica muy importante es permitir que el conocimiento científico en general ponga a prueba a la teoría o al conocimiento).

Por lo que se ha visto, la ponderación, desde un contexto social o real, no podría tener aplicación, ya que, en realidad, en la ciencia los conocimientos se

complementan, incluso cuando un científico tiene la intención de superar o demostrar que es incorrecto su postulado. Por lo tanto, no quiero decir que la ponderación no cumplió su función científica, pues aportó la distinción de principios, así como de reglas, lo que llevó a considerar la discusión entre Alexy y Ferrajoli, quienes concluyeron que existen los principios.

Algunos países se preocupan en mandar naves espaciales al espacio, pero México está preocupado por que se satisfagan las necesidades más básicas de las personas, lo que incluye los derechos humanos, que son la codificación o explicación,

desde la ciencia jurídica, de las personas, así como de sus necesidades. Ya no podemos hablar ahora de derechos, sino de las necesidades más esenciales, las cuales permiten el desarrollo, así como aplicación de su realidad; ya no los veamos como lo que regula la norma jurídica, sino como lo mínimo que la persona necesita para poder tener una vida digna.

Como observamos, no hay una realidad social en la que se considere que se puede ponderar un derecho humano u otro, pues la decisión ya la tomó el gobernante que ha permitido que la población se encuentre en pobreza; entonces, ¿qué más quieren ponderar?, ¿lo que queda? Decidir entre uno u otro es una postura que condiciona la posibilidad del Estado para el respeto de las personas, pero sobre todo cómo llevar su vida. ¿Quién decidió que estemos en la pobreza y que no se pueda cambiar la satisfacción de las necesidades más básicas? Aun así, socialmente se quiere ponderar; es decir, aplicar una tecnología que no tiene las mismas causas ni consecuencias que las del contexto social de su aplicación, más aún que vuelve al que aplica la ponderación un objeto muy importante para la solución de conflictos sociales por medio de la ponderación, lo cual lo hace indispensable.

Pero el verdadero problema de las ciencias —creo que es necesario decirlo— es la manipulación subjetiva que pueden tener; para ello hay que entender cómo funciona la colocación de las personas que deciden o aplican la ponderación si la teoría de la ponderación, en México, se basa en la aplicación de los juzgadores a nivel

federal, lo cual hace que sus decisiones sean inatacables, lo que en la ciencia en realidad no importa quién lo diga, sino la funcionalidad en resolver los problemas de las personas que tengan el conocimiento y lo cierto que pueda tener al momento del método de referencia.

En el caso de México, estamos acostumbrados a los argumentos de poder o de autoridad dentro de la ciencia jurídica; importa mucho quién lo dice, si lo dice el legislador, palabra irrefutable, más aún si lo dice un juez, incluso se podrían molestar si tienes una postura diferente a la que él tiene. Pero la ciencia jurídica, como todas, es así: las ideas son superadas con postulados científicos; al no ser correctas, son abandonadas, y se continúa con una nueva. Eso es el trabajo del científico, así como una razón más del por qué en México no se puede plantear la ponderación, sin embargo, se hace por parte de la institución; y, como lo estamos mencionando, en México no hay las condiciones de su aplicación, más aún quien la aplica no fue seleccionado con estándares objetivos.

Solo por poner un ejemplo, hay una investigación que se relacionó con el nepotismo en el Poder Judicial federal; lo penoso es que en Alemania se pudo resumir en solo en un párrafo. El siguiente cuadro representa, lamentablemente, por entidad federativa. Y lo más triste y preocupante es que en la Ciudad de México ni siquiera hay cifras no por ausencia de nepotismo, sino porque no fueron reveladas, lo cual hace más cuestionable la ponderación.

**TABLA 4. DATOS ESTADÍSTICOS DE SERVIDORES
PÚBLICOS CON FAMILIARES**

Circuito	Estado	Porcentaje de titulares con familiares del total de plazas para titulares en el circuito[4]	Porcentaje de servidores públicos con familiares (sin titulares) del total de servidores públicos con familiares (sin titulares)	Porcentaje de servidores públicos con familiares (incluyendo titulares) del total de servidores públicos
Segundo	Estado de México[5]	57.45%	11.08%	12.81%
Tercero	Jalisco	76.00%	16.19%	17.67%
Cuarto	Nuevo León	62.50%	37.79%	38.68%
Quinto	Sonora	34.21%	47.71%	47.29%
Sexto	Puebla	51.52%	31.14%	32.03%
Séptimo	Veracruz	49.06%	9.94%	11.48%
Octavo	Coahuila	40.00%	20.94%	21.81%
Noveno	San Luis Potosí	69.57%	31.53%	32.80%
Décimo	Tabasco	24.32%	9.67%	10.28%
Décimo primero	Michoacán	40.00%	18.49%	19.33%
Décimo segundo	Sinaloa	29.41%	35.07%	34.81%
Décimo tercero	Oaxaca	16.00%	7.01%	7.35%
Décimo cuarto	Yucatán	38.10%	35.79%	35.88%
Décimo quinto	Baja California	55.17%	30.21%	31.03%
Décimo sexto	Guanajuato	82.61%	36.08%	37.78%
Décimo séptimo	Chihuahua	37.84%	53.71%	53.00%
Décimo octavo	Morelos	50.00%	17.61%	18.78%
Décimo noveno	Tamaulipas	40.91%	15.67%	16.60%
Vigésimo	Chiapas	46.43%	23.78%	24.49%
Vigésimo primero	Guerrero	30.77%	27.45%	27.56%
Vigésimo segundo	Querétaro	56.00%	31.21%	32.26%
Vigésimo tercero	Zacatecas	45.00%	34.20%	34.79%
Vigésimo cuarto	Nayarit	27.78%	38.46%	38.15%
Vigésimo quinto	Durango	46.15%	17.10%	18.16%
Vigésimo sexto	Baja California Sur	53.85%	28.23%	29.32%
Vigésimo séptimo	Quintana Roo	42.86%	26.61%	27.26%
Vigésimo octavo	Tlaxcala	70.00%	45.88%	46.71%

Vigésimo noveno	Hidalgo	40.00%	21.79%	22.52%
Trigésimo	Aguascalientes	81.25%	31.55%	33.41%
Trigésimo primero	Campeche	44.44%	29.50%	30.14%
Trigésimo segundo	Colima	20.00%	68.34%	66.03%

Fuente: Borrego (s/a), citado por Leyva (2017: s/p)

Si se utilizara para la aplicación de personas que ocuparan cargos que no son de jueces o magistrados, entonces diríamos: “¡Ah, bueno, pues hay nepotismo, pero es poquito. Al final, los jueces y magistrados hacen examen”; pero se complica cuando vemos que el grupo de personas o conjunto de trabajadores del Poder Judicial de la Federación es el único que puede ocupar el cargo de jueces y magistrados, pues el mismo, mediante la perlocución del lenguaje, oculta la intención de que solamente esas personas, el día de mañana, podrán ser jueces o magistrados. Entonces, se convierte en un puesto familiar. En México la justicia está en manos de familias que ponderan y deciden qué derecho humano tiene aplicación en la vida de las personas (¿aún le quieren seguir llamando tecnología científica en México?).

Ahora que ya consideramos que es bastante claro que la ponderación está repleta de subjetividad en la decisión porque permite que una persona, mediante un argumento de poder o de autoridad, decida qué derecho sí y qué derecho no es aplicable en la sociedad, incluso existe la posibilidad de que un mismo asunto —sea de personas diferentes— tenga un resultado favorable y de que a una persona que no tenga una influencia en su asunto no se le otorgue ese derecho. Como insistimos, no veamos a los derechos humanos como una regulación normativa, entendamos que son

las características de la vida. Alguien que no te respeta te denigra como persona, y puedes dejar de serlo debido a que pierdes tus características esenciales, lo que puede llevar a catástrofes, incluso al suicidio, porque se disminuye el comportamiento necesario para ser persona, lo cual implica libertad, vivir en condiciones que dignifiquen al ser humano.

LA PSEUDOCIENCIA DE LA PONDERACIÓN EN MÉXICO

Ahora vamos a ver los aspectos meramente científicos. La ponderación no tiene un marco de referencia, es decir, una parte objetiva que pueda indicar el camino; si bien se argumenta que parte de la razón, pues en realidad se puede buscar cualquier causa dentro del pensamiento para considerar que se hace lo correcto, ¿cómo acreditamos que ese pensamiento o idea es correcta?

Necesitamos un referente, algo que haya sido probado, que consideremos que es verdadero, algo que sea probado incluso fuera del contexto de la ciencia jurídica. Por lo tanto, al ver tanta manipulación o subjetividad por intereses, intenciones o voluntades dentro de la norma jurídica, no podemos voltear a la misma ciencia jurídica solamente, pues llevamos mucho tiempo pensando que la norma jurídica es lo más importante, lo cual es peligroso.

Si queremos pensar que la ciencia es un derecho humano, debemos reconocer

que el conocimiento siempre será universal; esto quiere decir que si una persona o investigador, así como científico, tienen una aplicación incorrecta, llegará otra persona a establecer lo incorrecto o inexacto de las posturas o razonamientos. Un control que la misma ciencia tiene debido a que el interés es, en realidad, conocer el fenómeno, así como su solución; por lo tanto, la manipulación será nula o muy poco perceptible, pues tenemos un referente científico que pueda establecer la objetividad, así como verdad del conocimiento y que demuestre su funcionalidad en la aplicación.

La ponderación solamente se aísla de todo el conocimiento científico, lo que rompe la realidad de otras ciencias y vuelve al derecho pseudociencia, por ello, las personas piensan que el abogado solo estudia leyes —eso es a lo que se dedica, al estudio de la norma jurídica—, lo cual es totalmente incorrecto. Imagínense que parte de la colisión de principios, es como si en todo momento existieran revoluciones científicas; es decir, que se contradicen la causa y el efecto frente a la proporcionalidad, ¿qué prefieren: que se tenga proporcionalidad en una sanción o que sin causa se apliquen una sanción? Así es la ponderación, a la que prefieren, después ya solamente viene su justificación formal; por lo cual incluso veo innecesario hacer el test de proporcionalidad, ya que dentro de la misma teoría se descontextualiza la proporcionalidad como principio, lo cual aleja más el grado de científicidad de la ponderación.

No hay conocimiento de qué principio puede colisionar. Cualquier principio, todo se puede ponderar; pero no hay un referente que diga o sustente el elemento de falsación o accertamiento veritativo, solamente se decide qué principio es el que

se tiene que aplicar; por ello, todo está en constante contradicción —no hay principios probados—, genera una incertidumbre jurídica. La persona que espera que se le respeten sus derechos solamente se rige bajo una reflexión formal de la racionalidad, debido a que no hay un método que justifique lo verdadero de la idea a desarrollar ni establezca límites de comprobación, todo se desarrolla desde una idea o valor, lo que permite que su decisión se vuelva única, debido a que se utiliza solo una parte de la racionalidad: la de explicar, desde un solo referente, qué es el interior de la ciencia, pero no toma en cuenta todo lo acreditado.

La crítica más fuerte que puede tener la ponderación es que vuelve a la ciencia jurídica una pseudociencia, pues no permite que se aplique o relacione con otros principios generales de todas las ciencias ni que sean solamente las personas que tienen capacidad de decisión las que puedan decir si es correcto o incorrecto; en el caso de México las familias judiciales deciden qué derecho se respeta y cuál no, debido a que, contrario a la lógica, así como a la ciencia, pretenden dividir lo indivisible, así como no hacer dependiente lo que es interdependiente, como las descripciones de las condiciones humanas, toda esta ponderación, todo, derechos, la justificación es que solo es en casos difíciles —¿díganme cuáles son los fáciles?—. En México no hay respeto a la dignidad humana, ¿qué se tiene que ponderar?

¿Cómo saber que los principios que considera la ponderación en realidad se pueden identificar como tal si no tienen ningún elemento de comprobación para justificar que son principios, si no hay un esquema o mecanismo que permita tener un referente o método de certificación o

acertamiento que deje ver la posibilidad de que ambos principios que colisionan son eso en realidad, debido a que cualquier persona podría decir que eso es un principio cuando no lo es?, ¿quién los inventa, o descubre?, ¿de dónde, de la norma jurídica? Entonces, en realidad, los principios los inventa el legislador, por lo que tenemos un principio de principios normativos, positivados —aunque sean considerados como postpositivistas, en realidad, siguen siendo positivados si se crean por el legislador—.

Un principio se descubre a partir de un conocimiento acertado o aceptado, mediante una reflexión o confrontación, así como complementación rigurosa; entonces, si ni siquiera tenemos un mecanismo para acreditar que eso es un principio, lo que deja más subjetivo, se pueden inventar principios. Por ello, nosotros, en nuestro postulado, retomamos a la ciencias en general para aplicar y relacionar sus principios en el campo de la ciencia jurídica, y no limitarlos solamente a su lógica normativa, sino expandirlos a todos los aspectos científicos de la correspondencia con otros campos de estudio.

Para que la tecnología normativa pueda ser aplicada, tiene que estar sujeta a la ciencia jurídica, y de esta manera podremos aplicar y justificar el razonamiento de este trabajo. En diferentes ocasiones se ha manifestado la aplicación de la tercera ley de Newton, así como del concepto de relatividad que propone Einstein, pero en esta ocasión trataremos de relacionar la segunda ley de Newton con la ciencia jurídica, aplicada desde la perspectiva de la masa, fuerza y velocidad. Es así de fácil: si un objeto tiene poco peso, se puede ir más rápido; pongamos el ejemplo del bocho que me prestaban mis padres, en algunas

ocasiones, para ir a estudiar: se descomponía, y era fácil empujarlo para que arrancara, pues tenía poco peso; pero no podía empujar solo una combi, que es una camioneta, debido a que es más pesada, con ésta el avance era menor, la velocidad, así como el movimiento disminuían.

Una de las dificultades del derecho, si podemos decir una debido a su alta complejidad, es lo intangible de las instituciones o conceptos. No vemos que el contrato de arrendamiento “vaya caminando” y “salude” a la enajenación, es un poco complicado; por eso tenemos que ver si estamos aplicando el concepto de peso a objetos que no tienen materia, se vuelve más complejo tratar de identificarlo.

Entonces, ¿cómo se decide qué principio es más “pesado” si todos se encuentran relacionados, para que uno funcione necesariamente necesita el otro?, y ¿quién va a decidir su peso?, ¿cómo podemos medir la importancia?, y, además, ¿para quién es más importante?, ¿qué tanta fuerza le tengo que imprimir a la masa del principio para que se acelere? El problema es la gran subjetividad que se genera a partir de la aplicación de la ponderación. Para nosotros, el peso son todos los principios, los cuales no tienen mayor movimiento en su modificación; es decir, para que se puedan mover tiene que haber una fuerza mayor, por eso el campo de la velocidad en el derecho, en cuanto a los principios, está relacionado con lo estático de los mismos, lo que cambia es la norma jurídica pero como referente de los principios.

Es importante saber qué se necesita para que cambie la norma jurídica, es decir, de dónde viene la fuerza que hará que exista un movimiento, debería venir de un cambio social; para eso, está el proceso

legislativo, el cual no tiene un campo de verificación, pero depende de quién es la voluntad de modificarlo, más aún de cuál es la razón, que es evidente: un incremento al salario para que las personas puedan tener una vida digna, y no sucede porque no cambian las relaciones laborales para que los patronos puedan tener una relación laboral desde la casa de los trabajadores, y éstos puedan evitar las cuatro horas de tráfico del Estado de México a la Ciudad de México.

Si hacemos que el principio en el derecho sea el que se tenga que estar modificando, estamos hablando de que cualquier juzgador puede crear principios a su antojo; entonces, ¿de qué sirve la ciencia si todas las respuestas las tiene una persona? ¿Deberíamos estudiar, entonces, psicología juzgadora para saber qué determinan como principio?, ¿deberíamos, entonces, estudiar los cambios del principio y su colisión, que es el impacto, el cual está relacionado con la segunda ley de Newton desde la colisión, debido a que la ponderación no toma en cuenta la deformación que existe entre un principio y otro —cuando éstos chocan, lo más natural es que se deformen y pierdan su estructura—?

Lo que es un problema científico dejaría de ser principio, ya que, debido a la colisión de principios, existe una deformación de la sustancia de los mismos, la cual detiene o dirige una norma jurídica; por tanto, el principio perdería su esencia debido a que primero colisionó y, posteriormente, se ponderó. Por ello, llegamos a la conclusión de que sería mejor que la deformación fuera la tecnología normativa y la que colisione frente al sistema de principios para que este sistema sea un referente objetivo y una verdad probada, debido

a que así emprenderemos el camino en la objetividad de las ciencias. Nos debemos dar cuenta de que un principio es un conocimiento irrefutable hasta que llegue el momento de acreditar que esa verdad universal ha cambiado debido a la modificación de un paradigma o aportación de un conocimiento que establece todo de diferente forma.

Pensamos que el derecho es una pseudociencia cuando aplicamos la ponderación, debido a que poner a colisionar los principios que sostienen el sistema jurídico debilita el sistema jurídico y, por ende, a la ciencia jurídica, a que los pilares o postulados científicos más importantes se encuentran en constante colisión y deformación. La aplicación se genera a partir de la reflexión que pueda tener el juzgador, y no existirá un método científico de referencia para validar la colisión, deformación y adecuación. Por ello, consideramos que la aplicación de colisión de normas jurídicas debe ser frente a los principios para que éstas sean modificadas a la realidad, pues regulan hechos, los cuales hay que adecuar a los principios para sí; consideramos que con ello existiría una renovación relacionada con la adecuación total por parte del propio sistema, sin que tenga que depender del arbitrio de un solo grupo de personas.

El método de referencia serán los principios y, por ello, las normas jurídicas colisionarán al sistema para su regulación y aplicación, ya que los principios se complementan entre sí, no es posible que el de proporcionalidad sea contrario al de causa y efecto, debido a que forman parte del mismo sistema, así como conocimiento. Entonces, los principios son la justificación científica, y su modificación o adecuación atiende a toda la explicación de una ciencia

jurídica; por ello, lo que consideramos necesario es que se limite la subjetividad en la ciencia jurídica.

Los derechos humanos se relacionan con la ciencia jurídica debido a que tienen una parte importante en la satisfacción de las necesidades de las personas en la sociedad. Es por ello que la ciencia forma parte de un derecho humano que le permite realizar la identificación de fenómenos dentro de la ciencia jurídica. Por ello, el planteamiento que existe es que la ciencia debe dar a las personas la posibilidad de poder desarrollar cualquiera de sus habilidades, propiciar que las personas puedan acercarse más al derecho y evitar que la norma jurídica se convierta en una tecnología inaccesible para la sociedad, evitar que sea manipulable tanto en su creación como en su aplicación.

CONCLUSIONES

Un reflejo importante que tenemos se encuentra relacionado con la ciencia jurídica en México, la cual quiero identificar el fenómeno social que tiene su recepción pero que tiene mucha razón de ser en cuanto a su aplicación, que ha sido tomada con mucho positivismo. Y esto quiere decir que solamente se toma en cuenta la razón de ser de manera específica. Con ello, tenemos que observar que en realidad la visión que se ha tomado o, mejor dicho, la que le ha convenido a los gobernantes sin duda es el positivismo científico, pero excluyendo la parte que no necesita.

El ejemplo relacionado con Porfirio Díaz es el más claro (diría mi papá cuando me platicaba sobre las decisiones que tomaba: “mátalos en caliente”, es decir, algo así como tomar las decisiones gubernamentales con base en el conocimiento científico pero solamente relacionado con la visión

así como la postura). Con ello, se utiliza el conocimiento jurídico y que se considera como tecnología, debido a que solo se usa una parte de todo un planteamiento científico relacionado con la utilidad que puede tener la visión ideológica del gobierno en funciones.

Desde este punto no ha cambiado mucho la aplicación de la ciencia jurídica en México por parte de los gobernantes. Aunque la academia, así como los institutos relacionados con ello, se han esforzado en buscar diferentes soluciones, es evidente que el grupo social en el poder determina solamente tomar lo que sirve para cumplir sus fines; así, excluye la parte del valor científico para lo cual fue creado y toma desde su visión o valores sociales la aportación científica que se convierte en aportación tecnológica.

En ese contexto, el retraso que México tiene en cuanto a la ciencia jurídica, es una buena razón o antecedente observar que algunos de los grupos sociales que pueden consolidar su ideología dentro del gobierno y la norma jurídica como tecnología, lo cual permite afianzar parte de las visiones científicas dentro de su aplicación ideológica. En este contexto es la justificación del por qué algunas partes de las teorías científicas han sido tomadas en cuenta, y otras son excluidas debido a que los valores de la ciencia no son los mismos debido a que el valor del grupo social difiere a ellos.

En este contexto es importante tomar en cuenta que en México se vivió una parte del positivismo normativo, en relación con el positivismo científico, de manera histórica, razón por la cual los avances jurídicos se pueden detener debido a la utilización del conocimiento solamente para algunos cuantos así como sus intereses. En este

contexto, se encuentra la ponderación, la cual conflictúa en muchos campos la aplicación de los principios, para permitir justificar el actuar del juez aun y cuando no se tenga la certeza jurídica de saber los alcances de cómo se entenderá el derecho.

Es por eso que la ponderación no se podría considerar ciencia, pero sí tecnología en el sentido que tiene una utilidad al grupo en cuestión —como es el caso del Poder Judicial de la Federación— para sustentar su racionalidad así como postura de gobierno, o al servicio de algún otro poder, sin que tenga un referente científico de verificabilidad, lo que hace que las posturas se vuelvan subjetivas pero efectivas desde su visión ideológica. Por lo tanto, debemos tener en cuenta que esta teoría de la ponderación es utilizada por un grupo social que se ha convertido en un poder de la unión, como lo es el Poder Judicial.

Un gobierno que no permite el avance social en cuanto a sus diferentes ciencias evidencia una aplicación con una intención, la cual es que el valor de las ciencias es excluido por la ideología tecnológica. Por ello, es importante tomar en cuenta que desde la dimensión del conocimiento un pueblo democrático se concreta cuando éste puede tomar decisiones directas, así como estructurales dentro de las decisiones del gobierno, que son verificables en su aplicación cotidiana a partir de la ciencia, no así de la tecnología; o bien, ese conocimiento que sí pueda ser justificado mediante una falsación.

Fuentes consultadas

- Alcubirre, M. (2018), “Astronomía, geometría y las matemáticas en la antigüedad”, primera sesión, en *Grandes Maestros*. UNAM, <https://www.youtube.com/watch?v=zLCHjKplGI>.
- Arenal, C. (1949), *Breviario Humano*, (Antología de pensamiento), Madrid, Aguilar Ediciones.
- Aristóteles (1999), *Ética Nicomaquea*, México, Porrúa.
- Alexy, R. (2006), *Derecho y Razón Práctica*, México, Fontamara.
- _____ y Alfonso J. García Figueroa (2015), *Star Trek y los Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch.
- Atienza, M. (2007), *Las razones del Derecho, Teoría de la argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Borrego Estrada, F. (s/a), “Datos estadísticos de servidores públicos con familiares”, citado por Elizabeth V. Leyva, en “Nepotismo en el Poder Judicial de la Federación”, <http://derechoenaccion.cide.edu/nepotismo-en-el-poder-judicial-de-la-federacion/>
- Centro de Análisis Multidisciplinario de la UNAM (2018), “¿Hasta qué año el salario actual alcanzaría el poder adquisitivo del salario de 1982 al ritmo de los incrementos salariales del gobierno de AMLO? Actualmente es el 11.3% de lo que era en aquel entonces. Lo alcanzaría en 2040”, en Reporte especial 131: Lo que el gobierno de AMLO no dice al usar nuestras cifras sobre el poder adquisitivo del salario. Nada cambia por decreto, <https://cam.economia.unam.mx/reporte-especial-131-lo-que-el-gobierno-de-amlo-no-dice-al-usar-nuestras-cifras-sobre-el-poder-adquisitivo-del-salario-nada-cambia-por-decreto/>.

- Coelho, P. (2016), *Manual del guerrero de la luz*, México, DEBOLSILLO.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), “Medición de la Pobreza 2008-2018”, <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>
- Clemente de la Torre, A. (1992), *Física cuántica para flo-softs*, México, Fondo de Cultura Económica (FCE).
- Chomsky, N. (2013), *El nuevo orden mundial (y el viejo)*, España, Austral.
- Ferrajoli, L. (2011), *Principia iuris, Teoría del derecho y la democracia*, Madrid.
- Foucault, M. (1978), *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona.
- Habermas, J. (2011), *Verdad y Justificación*, Madrid, Trotta.
- Häberle, P. (2006), *Verdad y Estado constitucional*, México, UNAM.
- García Máynez, E. (2010), *Introducción a la Lógica Jurídica*, México, Fontamara.
- Guastini, R. (2003), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara.
- Lombardo Radice, L. (2007), *La matemática de Pitágoras a Newton*, México, Fontamara.
- Lueg, A. (2013), “¿Qué tan frecuente es el nepotismo en Alemania?”, <https://www.dw.com/es/qu%C3%A9-tan-frecuente-es-el-nepotismo-en-alemania/a-16785638>.
- Obregón Salinas, G. L. (2018), *Lo Teórico y lo Práctico de los Derechos Humanos*, México, Thomson Reuters.
- _____ (2020), *Derechos Humanos, en el Derecho Penal del Enemigo*, México, Thomson Reuters.
- _____ (2016), *Lavado de dinero y Derechos Humanos*, México, Thomson Reuters.
- _____ (2018), “La modificación de la soberanía por el fenómeno de la Globalización Jurídica, en el Caso Mexicano de la Corte Penal e Interamericana”, *Revista Argumentum*, Marilia, Universidad de Marilia.
- _____ (2019), “Método de la argumentación jurídica como verificación de la verdad”, *Revista Posgrado en Derecho UNAM*, México.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2016), “Los salarios en el mundo”, citada por Statista, en “El sueldo de los trabajadores en relación a los precios del país”, <https://es.statista.com/grafico/13069/el-sueldo-de-los-trabajadores-en-relacion-a-los-precios-del-pais/>
- Ortega y Gasset, J. (1985), *El Tema de Nuestro Tiempo, La Rebelión de las Masas*, México, Porrúa.
- Tamayo y Salmorán, R. (2017), *Razonamiento y Argumentación Jurídica, El Paradigma de la Racionalidad y la Ciencia del Derecho*, México, UNAM-IJ, 2017.
- Thoreau, H. D. (2017), *Desobediencia civil y otros ensayos*, México, Lectorum.
- Zagrebelsky, G. (2011), *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta.

Los derechos humanos laborales en tiempos de COVID-19

Human Labor Rights in COVID-19 Times

Karla Leticia Fiesco García*

RESUMEN

El presente artículo enmarca los principales derechos laborales desde la perspectiva de la empresa y del trabajador. La intención principal es otorgar a las personas y empresas un panorama legal de cómo el virus conocido como SARS-CoV-2 ha afectado a las personas físicas y morales en su esfera de derechos y cuáles son los medios de protección más eficaces por tener en cuenta.

Palabras clave: Derechos laborales, patrón, trabajador, pandemia, derechos humanos.

ABSTRACT

The present article exhibits the principle labor rights from the perspectives of the company and the worker. The principal intention is to give workers and companies a legal panorama of how the virus known as SARS-CoV-2 has affected individual employees and companies within the sphere of their rights and which efficient legal resources they should take into account for their protection.

Keywords: Labor Rights, Employer, Employee, Pandemic, Human Rights.

INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos que tiene el derecho en la vida del ser humano es el de asegurar que la dignidad humana cumpla sus finalidades. Entre los propósitos que

se pueden considerar para que la dignidad humana sea eficaz, se encuentra la protección y aseguramiento de los derechos con base en los principios del y en el derecho. Para entender la dignidad, Kant es uno de los autores que toca el tema desde la visión central de la misma:

Como es sabido, Kant distingue claramente entre “valor” y “dignidad”. Concibe la “dignidad” como un valor intrínseco de la persona moral, la cual no admite equivalentes. La dignidad no debe ser confundida con ninguna cosa, con ninguna mercancía, dado que no se trata de nada útil ni intercambiable o provechoso. Lo que puede ser reemplazado y sustituido no posee dignidad, sino precio. Cuando a una persona se le pone precio se la trata como a una mercancía (Kant, citado por Dorando, 2010: 42).

Ahora bien, una vez entendida la definición de dignidad humana, se puede analizar la definición otorgada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que refiere, en sus primeros cinco artículos, que todo ser humano nace libre e igual en dignidad y derechos sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición particular.

* Licenciada en Derecho, con Especialidad en Derecho Fiscal. Diputada local en la LX Legislatura del Estado de México, diputada local en la LVI Legislatura del Estado de México (2006-2009), cuarta regidora en el H. Ayuntamiento de Cuautitlán Izcalli (2003-2009), Presidenta Municipal electa de Cuautitlán Izcalli.

En ese sentido, tanto el derecho internacional como el derecho interno del Estado mexicano se basan en el cumplimiento de principios y derechos en torno a la dignidad humana. Entre los principios que contempla nuestra Carta Magna se encuentran los de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que, en conjunto, implican que los derechos son para todos, y la afectación de uno incide en los demás.

Gracias a que existen principios en nuestro derecho interno se pueden describir de mejor manera a los derechos, pues, como lo expone Ronald Dworkin (1978: 90) en su obra titulada *Taking Rights Seriously*, “Principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals”, es decir, mientras los principios fungen como proposiciones para describir derechos, las políticas son propuestas que describen metas internas.

Así pues, el Estado mexicano requiere el apoyo del derecho para partir de principios en el derecho que hagan permisible el cumplimiento o restricción de derechos para lograr bienestar social de acuerdo con lo que exponen tanto la Constitución como diversas leyes aplicables a la materia. Sin embargo, en muchas ocasiones la búsqueda del bienestar social afecta los derechos individuales.

En el presente artículo se aborda la necesidad de lograr, por medio de la lógica jurídica, la eficacia de la implementación y cumplimiento de derechos laborales desde la perspectiva del trabajador y del empresario, pues en recientes fechas la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró al SARS-CoV2 (coronavirus) como una pandemia que ha impactado en la economía global. Para estos efectos, se deben considerar tres premisas por medio de las cuales

analizar el tema: i) La primera consiste en examinar el impacto que ha tenido la industria y desarrollo económico en la vida de las personas; ii) La segunda, en conocer los principales derechos de trabajadores y patrones en México, y iii) La tercera, en revisar si una pandemia puede disminuir o restringir derechos laborales y de qué forma debe realizarse esa transición.

El problema que se desarrollará, pues, en el presente artículo atiende a que, derivado de la pandemia declarada el pasado 11 de marzo de 2020 por la OMS, se han afectado los derechos humanos de infinidad de trabajadores y patrones por no haber establecido correctas y prontas medidas de impacto frente a la desaceleración económica que sufrió el país y a que las demandas, en todo caso en contra de los patrones, se podrán presentar hasta que las juntas reanuden labores; razón por la cual el Estado mexicano se encuentra en un plano de incertidumbre en el ámbito de derechos laborales.

Conforme a lo anterior, los apartados tienen como objeto desarrollar los siguientes temas: derechos humanos del trabajador, derechos humanos del patrón y permanencia y restricción de derechos en tiempos de pandemia, partiendo de cuáles son los principales derechos del trabajador, cuáles los del patrón, cómo se pueden hacer valer ambos en épocas de pandemias; y, como objetivo principal, otorgar un medio de eficacia a los trabajadores y patrones para la resolución de conflictos provisionales en tanto concluye la declaración de emergencia sanitaria en el país.

Para el desarrollo de los temas, se emplea la metodología proporcionada por el pragmatismo jurídico como “corriente filosófica iniciada a finales del siglo XIX a raíz de la denominada <<máxima pragmática>>

propuesta por el lógico y científico norteamericano Charles Sanders Peirce (1839-1914)” (Barrena, 2015: 19), en el entendido de que la misma busca partir de hechos para el conocimiento de la verdad y de la eficacia del derecho.

El artículo se divide en cuatro apartados: (i) “Derechos humanos del trabajador”, (ii) “Derechos humanos del patrón”, (iii) “Permanencia y restricción de derechos en tiempos de pandemias” y (iv) “Conclusiones”, que permitirán al lector tener una noción histórica de la importancia de los derechos y de su practicidad ante actos de disrupción de los mismos.

DERECHOS HUMANOS DEL TRABAJADOR

Partiendo de los cambios económicos y sociales que ha tenido la humanidad, es necesario considerar que el mundo ha pasado por sucesos industriales y económicos como la Revolución Industrial, a partir de la cual se desarrollaron los derechos humanos en el trabajo. Su origen se encuentra plasmado en la Constitución mexicana de 1917 y en la Constitución Alemana de Weimar de 1919.

Ambos antecedentes son importantes para entender que los derechos laborales se concedieron, inicialmente, a obreros que buscaban el reconocimiento político y legal para poder gozar de beneficios como seguros ante enfermedades provocadas por el tipo de labores que desarrollaban o durante el cumplimiento de sus funciones. Así, en su oportunidad, Bismarck, en Alemania, concedió un paquete de derechos laborales para evitar el descontento del sector laboral que mantenía la Alemania de aquellos tiempos (Restrepo, 2018).

Alemania, frente a los reclamos provenientes de los diferentes sectores sociales, conformó

en la Constitución de Weimar un articulado paternalista que velaba por aspectos laborales, sanitarios y pensionales, entre otros, que en ocasiones fueron novedosos en su formulación. Frente a los derechos básicos, se estipulaba desde el Artículo 7 que: “El Reich legisla sobre: (...) protección a la maternidad, a los lactantes, a la infancia y a la juventud; régimen sanitario; (...) 9. Derecho obrero, seguro y protección de obreros y empleados, así como bolsas de trabajo (...)”. De esta manera, las atribuciones legales que se tomaran desde el poder estarían mediadas por lo estipulado en la Carta Magna (Restrepo, 2018: 102).

Por su parte, el Estado mexicano también tuvo logros significativos en materia de derechos laborales, al ser el primero que implementó, en América, una constitución que reconocía los mismos en su artículo 123: la Constitución mexicana de 1917, que recogió las principales necesidades de una época de industrialización y cambios en los ámbitos político y económico (Melgar, 1988).

Uno de los logros más significativos del derecho laboral fue que por primera vez en el continente alcanzó reconocimiento constitucional. La Constitución Mexicana de 1917 consagró el título VI a los problemas del trabajo y de la previsión social. En lo particular, el artículo 123 sentó las bases para la legislación laboral de ese país.

[...]

Pero estas leyes fueron promulgadas por la propia necesidad estatal de regular la alta y frecuente conflictividad laboral sobre diversos temas que enfrentaban los intereses adversos del capital y el trabajo. Las medidas disciplinarias -la sinrazón del Estado- frente a las demandas de los trabajadores, no podían seguir operando de forma espontánea. Tampoco bastaban las decisiones paternalistas o draconianas del jefe de gobierno (Melgar, 1988: 109).

Como se puede ver, la Revolución Industrial, a nivel mundial, trajo efectos que beneficiaron al sector laboral de muchos países, pero que también limitaron la extensión de derechos e impacto que éstos pudieron tener frente a los de patrones, cuya posición económica superaba, por mucho, a la de los obreros o trabajadores mineros o agrícolas principalmente, quienes, aunque gozaban de derechos laborales, veían limitada su eficacia por encontrarse sujeta a disposiciones económicas de mercado.

Incluso, a partir de los años setenta, comenzó a darse en América una fase distinta de industrialización, que permitió la entrada de capital extranjero, dejando de lado la propia inversión del país y generando una política de préstamo y financiación que, lejos de ayudar a la economía y, por ende, a los trabajadores, les limitó mucho más el acceso a puestos en los que preferentemente se tomaron en cuenta intereses extranjeros (Marini, 1981).

A partir de los años setenta comenzó en América Latina una nueva fase de industrialización, signada por el modo de participación del capital extranjero. Fue abandonada así la forma de inversión directa del capital foráneo de los años de la postguerra y de la ALPRO, en favor de una política de préstamo y financiación de proyectos industriales estatales, o bajo control de las capas monopólicas de las burguesías industriales nativas. Esta variante innovadora de la inversión extranjera en el sector industrial se constituyó en una importante palanca de endeudamiento externo de los países latinoamericanos (Marini, 1981: 8).

Así pues, el trabajo, lejos de convertirse en un derecho laboral que aventajara al sector más desprotegido económicamente,

fortaleció los derechos económicos de los empresarios del sector privado y de las instituciones y autoridades públicas que otorgaban beneficios a los mismos. Derivado de lo anterior, muchos autores contemplan al trabajo, en su concepto base, como una traba por el esfuerzo que representa (Dávalos, 2016).

En relación con la determinación del origen de la palabra “trabajo”, hay distintas opiniones. Ciertos autores apuntan que el término proviene del latín *trabs*, *trabis*, que significa traba, y esto es así debido a que para algunas personas el trabajo representa una traba, porque conlleva la realización de un esfuerzo.

Otra corriente lo ubica dentro del griego *thlibo*, que significa apretar, oprimir o afligir (Dávalos, 2016: 45).

Es decir, el trabajo parecía ya no ser una ventaja para los trabajadores, sino una carga económica, física y que, en muchos aspectos, representaba el detrimento de la persona como ser humano para su fortalecimiento como trabajador. El trabajo así considerado tiene dos visiones: la perspectiva del trabajador y la del patrón, que influyen en el fortalecimiento de la concepción de los derechos laborales a la que están sujetos.

Ahora bien, teniendo en cuenta cuáles son las perspectivas del trabajo y cómo se desarrollaron los derechos laborales a lo largo del tiempo a partir de la Revolución Industrial, que marcó un hito en la economía y forma de producción, cabe señalar que entre los derechos laborales más importantes del trabajador se encuentran el “salario, jornada de trabajo, días de descanso, vacaciones y aguinaldo...” (Comité Nacional Mixto de Protección al Salario, 218: 1), debiendo contenerse los mismos en un contrato individual o colectivo.

En ese sentido, cuando se conocen cuáles son los derechos laborales del trabajador que han tenido más impacto desde su reconocimiento constitucional hasta la fecha, se tendría que contemplar el hecho de que ese cúmulo de derechos esenciales para el trabajador no solo debe ser reconocido, sino eficazmente protegido, incluso en circunstancias como crisis o pandemias.

En estricto sentido, cuando ocurren eventos de caso fortuito o fuerza mayor que pueden afectar los derechos del trabajador, el Estado debe tomar su parte activa en la protección de derechos, pugnando por los derechos básicos del mismo, como que el trabajador conozca primero cuáles son sus derechos y condiciones de trabajo para que esté en posibilidad de desarrollar sus funciones y se apegue, en caso de existir, al reglamento de trabajo de la empresa, que las prestaciones que perciba no puedan ser menores a las que señala la Ley Federal del Trabajo.

La finalidad, desde luego, del trabajador al prestar sus servicios es la de obtener una retribución, que generalmente es económica, pues el trabajo es un derecho al que toda persona tiene acceso, y por virtud del mismo, “se busca asegurar las necesidades básicas, e incluso lograr una buena vida” (Höffe, 2007: 22 y 23). Al respecto, resulta importante entender que los derechos laborales se encuentran relacionados con:

...la seguridad social, al derecho a la permanencia en un empleo, al derecho a ser indemnizado en caso de despido sin justa o legal causa, a un salario, a una vivienda, a capacitación y adiestramiento, a una jornada máxima laboral, a la seguridad social, al reparto de utilidades, el derecho a la asociación profesional, entre otros (Comisión Nacional de Derechos Humanos [CNDH], 2016: 4).

En ese sentido, aun en tiempos de pandemia, los derechos del trabajador deben protegerse y buscar que el objeto del trabajo tenga sentido y eficacia para ambas partes, el trabajador y el patrón, no limitándose la protección a la seguridad social que se pueda ofrecer, sino asegurándose de que el trabajador goce del beneficio de cubrir primero sus necesidades básicas y luego las secundarias.

Consecuentemente, el trabajador tiene derecho a tener una economía que le permita gozar de los derechos mínimos existenciales que refiere la Constitución y, posteriormente, los derechos secundarios, a los que también tiene acceso, pues como señala Alfred Marshall, citado por Kenneth y Salinger (1980), la economía implica el estudio de la humanidad en la conducta de su vida cotidiana, razón por la cual ésta se debe garantizar incluso en épocas de pandemias, que afectan la economía global, y no debería permitirse la desprotección individual por parte de los gobiernos.

Alfred Marshall, el gran economista de Cambridge que dominó la enseñanza tradicional de la economía en Inglaterra y en los Estados Unidos entre 1880 y los años veinte. Decía que la economía no es sino el estudio de la humanidad en la conducta de su vida cotidiana. Yo añadiría a esto el estudio del papel de las organizaciones, del modo como los hombres han de recurrir a las grandes empresas, a los sindicatos y a los gobiernos para satisfacer sus necesidades económicas; el estudio de los fines perseguidos por esas organizaciones en la medida en que coinciden o se oponen al interés general (Kenneth y Salinger, 1980: 17 y 18).

Es decir, incluso antes de pugnar por la defensa o protección de los derechos del catalogado como trabajador, el Estado debe

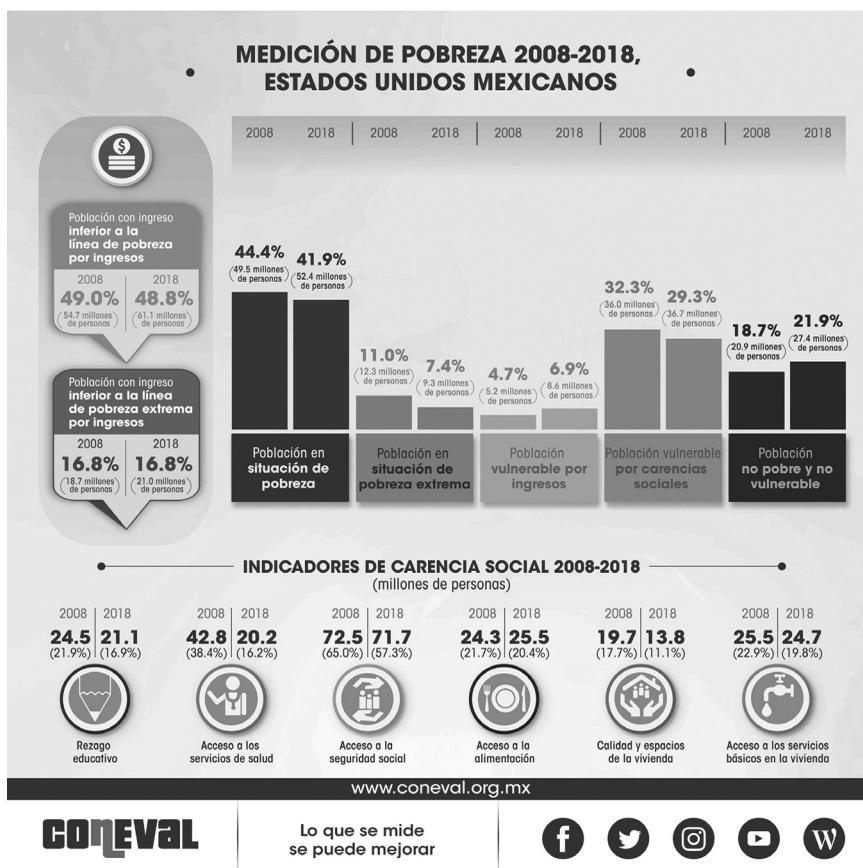
garantizar los derechos humanos a la persona, aún más cuando se trata de países con un desarrollo económico limitado, como México, en donde la diferenciación social es más notoria cuando un sector importante de la población no puede ni siquiera acceder a derechos humanos esenciales (Melgar, 1989).

La diferenciación social en las colonias proletarias o populares generó formas de antagonismo intraclásista, fomentada por los manejos preferenciales de los grupos de poder vecinal o de

barrio sobre ciertos servicios públicos, alquileres y desalojos arbitrarios de los inquilinos de cuartos, así como por los créditos y préstamos usurarios de los pequeños tenderos o comerciante, etc. (Melgar, 1989: 312).

De acuerdo con indicadores del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), la pobreza en México se percibe en más del 50% de la población, como se observa en la siguiente imagen.

IMAGEN 1. MEDICIÓN DE POBREZA 2008-2018, ESTADOS UNIDOS MEXICANOS



Fuente: Coneval (s/a).

Así pues, aun cuando existen derechos laborales reconocidos al trabajador, que se encuentran plasmados en innumerables documentos, se necesita la eficacia de los mismos; los trabajadores requieren, pues, una vida digna, una vivienda y el disfrute de un empleo bien remunerado, ya que antes de ser trabajadores de forma limitativa, son seres humanos que gozan de todos los derechos humanos reconocidos (Juan, 2013).

Derechos como la vida digna, la vivienda y en particular el derecho al trabajo digno y al empleo bien remunerado se vuelven singularmente relevantes, porque aun cuando se pueda decir que estas poblaciones pueden ingeniárselas para tener recursos, cualquier tipo de empleo remunerado no les da garantías para superar la pobreza, mucho menos frente a la clara evidencia de la heterogeneidad productiva derivada de la ausencia de una política laboral que produzca los empleos formales necesarios que demanda la fuerza de trabajo existente y las pocas oportunidades generadas dentro del sistema formal de empleo (Juan, 2013: 44 y 45).

Como se observa en la cita anterior, todos los trabajadores necesitan el mínimo existencial de derechos para su supervivencia, pero sobre todo para acceder a una vida digna, ya que la fuerza de trabajo sigue siendo el principal motor para la industria, incluso para la digital.

DERECHOS HUMANOS DEL PATRÓN

Una vez analizados los derechos del trabajador y las formas de conformar las relaciones laborales en México, es importante abordar también los derechos del patrón como ente creador de empleos y sujeto de derechos (Ríos, 2000).

El término patrón ha variado dependiendo del marco jurídico regulatorio como del ámbito de aplicación espacial correspondiente; es decir, en ciertos países se le denomina “empresario”, “patrono”, “acreedor de servicios”, “acreedor de trabajo”, “dador de trabajo”, “empleador”, entre otros. Se ha afirmado que peculiarmente desde un punto de vista netamente jurídico, la de acreedor de trabajo sea la de perfil más correcto, y con valor similar pueda entenderse la de dador de trabajo (Ríos, 2000: 11).

De acuerdo con la definición de patrón, y entendiendo que éste puede tratarse de una persona física o moral, es importante referir que, de acuerdo con la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (PRODECON) (s/a: 1), los principales derechos de los patrones son “el derecho a ser informado, derecho a ser tratado con respeto, derecho a que los procedimientos seguidos en su contra se realicen de la forma menos onerosa posible”, entre otros, referidos en el portal de la PRODECON.

En ese sentido, el patrón no carga solo con las obligaciones de su negocio o empresa, sino con derechos a los que tiene acceso como empleador. Sin embargo, en tiempos de crisis económicas o pandemias, también son los patrones los que se ven afectados al no poder contener el impacto económico que las mismas pueden generar frente a los derechos a los que los trabajadores tienen acceso.

Las repercusiones económicas simultáneas que generó la actual crisis en los países latinoamericanos y las respuestas consecuentes y similares que en ellos se instrumentaron en términos de política económica, han conducido a la interpretación generalizada de que una desorganización en el centro del sistema económico se propaga a la periferia y altera su funcionamiento.

to regular. A su vez, la preponderancia momentánea que tienen los desequilibrios financieros, fiscales y comerciales durante la crisis de la deuda, con respecto a inadecuaciones más permanentes entre los procesos productivos, financieros y monetarios, entre evolución económica y sistema político, o entre sociedad y Estado, ha provocado ante los cambios políticos, la percepción, muchas veces convertida en concepción dominante, de que la crisis económica internacional ocasionó verdaderos cataclismos sociales internos (Dutrénit *et al.*, 1989: 102).

Así, como señalan Dutrénit *et al.* (1989), las repercusiones económicas conducen a la conclusión de que la mayoría de las ocasiones en que los países tienen que enfrentar crisis se debe a que la estructura, de inicio, no era buena por haber una desorganización en el centro del sistema económico, que se extiende a la periferia de empresas privadas y, por ende, a la esfera de derechos de los trabajadores.

Por lo anterior, lo que se debe buscar en tiempos de pandemia son convenios provisionales entre trabajadores y patrones que busquen la estabilidad de ambos sectores, siempre teniendo en cuenta que el equilibrio se debe lograr con la superlativización de los derechos del trabajador al ser el ente económico más desprotegido de la relación.

El Estado y la industria, entonces, deben mantener un vínculo directo para construir un sistema económico sólido pero basado en la protección del trabajador; es decir, no resulta necesario un grado de hostilidad, como el observado en la administración de Echeverría, lo importante es distribuir el ingreso de tal forma que tanto patrones como trabajadores lo tengan a su alcance y conforme a su experticia.

El respeto mutuo que mantienen la industria y el Estado se ha roto en muy pocas ocasiones, y cada vez, la hostilidad y desconfianza de la industria han recibido rápida atención. Por ejemplo, en los últimos años de la administración de Echeverría, éste comenzó a contrariar al sector privado en sus políticas de gasto, su retórica antimperialista sus intentos por redistribuir el ingreso. Estas políticas, así como la actitud del sector privado, contribuyeron a producir el importante flujo de recursos hacia los Estados Unidos que se dio en 1976 y la primera devaluación, en décadas del peso mexicano (Story, 1990: 259).

En conclusión, para lograr que el patrón pueda gozar plenamente de sus derechos, el Estado primero debe generar un sistema económico cuya periferia permita a ambos sectores, patrón-trabajador, acceder a los derechos mínimos existenciales que otorgan la Constitución y demás legislaciones aplicables.

PERMANENCIA Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS EN TIEMPOS DE PANDEMIAS

En el contexto observado en los apartados 1 y 2 que anteceden, ha quedado claro cómo los derechos de los trabajadores van estrechamente relacionados con los derechos y obligaciones de los patrones al ser éstos quienes sostienen las fuentes de empleo, ya sea con inversión nacional o extranjera. Adicionalmente, se analizó cómo, a pesar de estar en crisis económica o sufrir los efectos de una pandemia, los derechos laborales deben seguir y permanecer vivos.

Aun cuando la pandemia supone desafíos para varios sectores en los ámbitos público y privado, el Estado debe contribuir a la creación de medidas que contengan impacto económico de la crisis y también a la generación de políticas públicas

en materia de salubridad que permitan atender situaciones de urgencia a nivel nacional, pues, ante enfermedades causadas por un virus, el sector salud se ve desbordado al no tener ni siquiera los elementos o herramientas de trabajo para las personas que se desempeñan en ese sector.

Respecto de los derechos laborales referidos, hay que puntualizar que el derecho a la salud es uno que pertenece a cualquier persona por el solo hecho de ser humano. Sin embargo, cuando se cataloga a una persona como trabajador, la fuente de empleo debe, necesariamente, proveer al trabajador de herramientas de trabajo que le permitan su subsistencia si se trata de empresas cuyo trabajo resulte esencial ante crisis causadas por las pandemias.

Sin embargo, ¿qué pasa con las personas que viven en pobreza o pobreza extrema?, ¿cuál sería su medio de defensa en los ámbitos laboral y social para poder subsistir?; ese es el principal problema que países con un desarrollo económico limitado, como México, sufren por no poder otorgarse una correcta distribución de alimentos, productos de limpieza y de otros elementos que se vuelven precarios frente a crisis económicas o pandemias.

Así, muchos Estados pueden optar por la suspensión de sus garantías conforme a su constitución o por generar medidas de contención. No obstante, mucho de lo que se ha podido ver en el Estado mexicano es una serie de acuerdos que limitan la actuación y desarrollo de trabajadores y patrones, sin los cuales la paralización de la economía resulta inevitable.

Ahora bien, si se analizan los supuestos contemplados por los artículos 73, fracción XVI, base 1a, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

y 4o, fracción II, de la Ley General de Salud, se observa que el Consejo de Salubridad General tiene el carácter de autoridad sanitaria y que sus disposiciones generales son obligatorias para las autoridades administrativas del país; por lo que a dicho Consejo le corresponde aprobar y publicar la declaratoria en los casos de enfermedades graves que sean causa de emergencia o atenten contra la seguridad nacional con la sanción correspondiente del Ejecutivo.

No obstante, aun cuando la Constitución y la legislación aplicable resultan muy claras en cuanto a las principales medidas que debe seguir el Estado mexicano para la atención de la epidemia de enfermedad causada por el virus SARS-CoV2, éste se ha abstenido de ejecutar medidas que pugnen por la defensa de derechos humanos y laborales.

Así pues, en su oportunidad, los Estados deben frenar los índices de aumento de contagio con medidas de contención, prestando atención a las necesidades de las personas, trabajadores y patrones que se encuentren en especial riesgo, y ofrecer a los mismos apoyos en los ámbitos fiscal, laboral y contractual. La crisis frente a las pandemias se supera con la cooperación nacional e internacional, pero también con las medidas que el propio Estado requiera.

El autor Abdón Pedrajas Moreno, en su obra titulada *Despido y derechos fundamentales*, publicada en Madrid en 1992, señala que los derechos humanos de todo trabajador preceden a cualquier tipo de contrato laboral, ya que el objeto de este último es la objetivación de los derechos y, en todo caso, su ampliación, pero en ningún momento la restricción; en virtud de lo cual debe entenderse que ni el contrato laboral ni, en su caso, el Estado deben

limitar los derechos del trabajador aun frente a estados de pandemia, sino optar por el otorgamiento de incentivos y medios de salubridad que le permitan al empleado desarrollarse entre tanto se declara la terminación de la pandemia.

Como lo refiere Víctor Hugo Magallanes en la reseña que hizo del libro *Los derechos humanos laborales*, los derechos humanos, vinculados al mundo del trabajo, tienen el propósito de otorgar condiciones mínimas satisfactorias de trabajo, por lo que la horizontalidad del derecho humano se expresa como una respuesta y un límite a los excesos del ejercicio de una autoridad que, con su actuar, puede vulnerar los valores esenciales del ser humano.

Conforme a lo anterior, y al ser América Latina una de las regiones con mayor desigualdad económica del planeta, caracterizada por un cúmulo de pobreza extrema, los Estados deben considerar otorgar, cuando menos, los derechos esenciales, como seguridad alimentaria, de salud, laboral, y los necesarios para el fortalecimiento de su población.

Las Américas es la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región; así como por la falta o precariedad en el acceso al agua potable y al saneamiento; la inseguridad alimentaria, las situaciones de contaminación ambiental y la falta de viviendas o de hábitat adecuado. A lo que se suman altas tasas de informalidad laboral y de trabajo e ingresos precarios que afectan a un gran número de personas en la región y que hacen aún más preocupante el impacto socioeconómico del COVID-19. Todo esto dificulta o impide a millones de personas tomar medidas básicas de prevención contra la enfermedad,

en particular cuando afecta a grupos en situación de especial vulnerabilidad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2020: 3).

En conclusión, cuando existen pandemias, los Estados deben adoptar medidas urgentes y adecuadas a la realidad que se vive en el país para resolver, desde el pragmatismo jurídico, el problema de salud y otorgar protección a los derechos a la vida, salud, integridad personal y laboral para enfrentar tanto las pandemias como sus consecuencias económicas, guiando su actuar conforme a los principios en y del derecho y generando tanto políticas como medidas de contención provisionales para la salvaguarda tanto de las personas como de los trabajadores.

CONCLUSIONES

En los apartados anteriores se analizaron los derechos humanos del trabajador, derechos humanos del patrón y permanencia y restricción de derechos en tiempos de pandemias; asimismo, se observó que el mundo ha pasado por acontecimientos, como la Revolución Industrial, que abrieron paso a la era de la producción económica masiva.

Así, aun cuando los obreros buscaron su reconocimiento constitucional, sus derechos no fueron ni son eficazmente regulados no solo por el desequilibrio económico que los mismos tienen frente a grandes empresas o sectores económicos del país, sino porque, atendiendo al mercado económico global, al Estado le ha resultado más benéfico la protección de la economía que la de los derechos laborales.

Partiendo de lo anterior, se ha desequilibrado el concepto que la dignidad humana ofrece para el respeto y protección de los derechos humanos en función

de los principios de derecho que rigen en los ámbitos constitucional y legislativo, entendiendo que la dignidad humana es el centro del que emanan los derechos y, a la par, las obligaciones, que deben respetarse.

Sin embargo, como se observó, muchos de los derechos reconocidos a trabajadores y patrones se encuentran sujetos a la realidad económica y social que se vive en el país, en la cual se observa que más del 50% de la población mexicana vive en pobreza, e incluso en pobreza extrema, en razón de lo cual no puede advertirse una eficacia de derechos mínimos existenciales para todos, sino solo para un sector de la población.

En virtud de lo anterior, se requieren medidas de eficacia que partan de la norma jurídica o políticas públicas que operen realmente en la vida y actividad de las personas para proteger y hacer eficaces los derechos de trabajadores en riesgo, asegurando ingresos económicos y medios de subsistencia a los mismos y garantizar, por tanto, que gocen de igualdad en condiciones económicas que les permitan cumplir las medidas de contención frente al virus y contar con protección sanitaria durante la pandemia.

Asimismo, patrones y trabajadores deben buscar, en tiempo de pandemias, un equilibrio que de forma temporal les permita a ambos continuar la relación laboral con los mismos o similares derechos previos a la pandemia. Por otra parte, y en la medida de lo posible, los patrones deben amortiguar el impacto del virus, permitiendo que trabajadores aumenten su productividad laboral mediante actividades como *home office* —en aquellos casos que así sea posible—, para flexibilizar la relación laboral y lograr una prevención integral, pero también buscando que los trabajadores gocen de medios de subsistencia que les permitan librar los efectos de la pandemia.

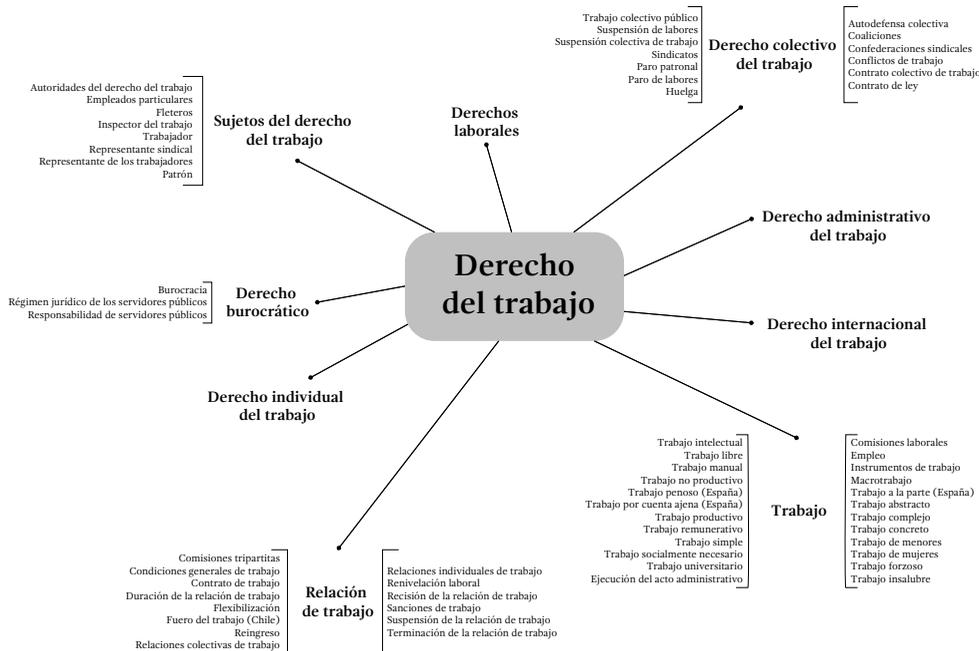
En la norma jurídica, es necesario arrancar de lo que la norma es en sí, en su aspecto descriptivo y sancionador, de lo que es operante en la vida social y en la actividad de los hombres, que es de donde brotan y surgen los principios que trazan las rutas a seguir por métodos idóneos (Martínez, 2005: 16).

Así, como lo refiere el autor Ángel Martínez (2005), la norma jurídica, las medidas de contención y las políticas públicas deben adaptarse a la realidad que vive el ser humano y buscar trazar rutas mediante métodos idóneos que puedan cumplir las finalidades propuestas para lograr la igualdad en la relación laboral, que implica lo siguiente:

En una definición inicial, es la correspondencia y proporción que guardan entre sí una cosa con otra, tanto en su naturaleza, forma, calidad o cantidad. Sin embargo, desde un punto de vista social se trata de una exigencia ética fundamental de la que se han ocupado la filosofía, la ciencia política y la dogmática jurídica. En el campo del Derecho, la igualdad puede ser estudiada como un ideal, el ideal igualitario o como un principio de justicia (Castellanos, 2014: 33).

Es decir, la igualdad por sí misma no significa que el patrón y trabajador tengan los mismos beneficios, pero sí que el Estado otorgue incentivos a las empresas para que puedan mantener la relación laboral en los mismos términos previos a la pandemia y, solo en casos extremos, convenir con los trabajadores los términos de modificación temporal de sus contratos de trabajo. Así pues, y solo para explicar mejor los derechos del trabajo a cargo de patrón y trabajador, se inserta el siguiente esquema propuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

ESQUEMA 1. DERECHOS DEL TRABAJO



Fuente: SCJN (2014: 3).

Así pues, para concluir, los derechos intrínsecos del ser humano son

...los primeros rubros de los Derechos Humanos en los que se observa la carencia de los mismos y que, sin duda, son un contrapeso frente al Estado, así como para los grupos preponderantemente económicos (Obregón, 2018: 34).

En consecuencia, si se considera que la dignidad hace posible el respeto a los derechos humanos, es porque los mismos deben cumplir con “...las características de progresividad, ya que la dignidad es interdependiente de los alimentos, trabajo remunerado, etc.” (Obregón, 2018: 35).

Fuentes consultadas

- Barrena, S. (2015), *Pragmatismo y educación*, España, Machado Nuevo Aprendizaje.
- Castellanos, E. (2014), *Nuevo Derecho Electoral Mexicano*, México, Trillas.
- CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) (2020), *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. Resolución 1/2020, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.
- CNDH (Comisión Nacional de Derechos Humanos) (2016), “Derecho Humano al trabajo y derechos humanos”, <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/15-DH-trabajo.pdf>.
- Comité Nacional Mixto de Protección al Salario (2018), “Compilación de Derechos Laborales”, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/298143/compilacion_derechos_laborales.pdf.
- Dávalos, J. (2016), *El Constituyente Laboral*, México, Biblioteca Constitucional Inehm.
- SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación), Derecho del Trabajo. Índice Sistemático, https://www.sitios.scjn.gob.mx/centrode documentacion/sites/default/files/tesauro_juridico_scjn/pdfs/04.%20TJSCJN%20-%20DerTrabajo.pdf.
- Dutrénit, S. et al. (1989), *El impacto político de la crisis del 20 en América Latina*, México, Alianza.
- Dworkin, R. (1978), *Taking Rights Seriously*, Inglaterra, Duck Worth.
- Höffe, O. (2007), *Ciudadano Económico, Ciudadano del Estado, Ciudadano del Mundo. Ética política en la era de la globalización*, Buenos Aires, Katz.
- Juan Pineda, C. P. (2013), “La reforma laboral y los derechos humanos laborales”, *Revista de Derechos Humanos Defensor*, núm. 5, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Kant, I. (1964), *Werke*, citado en Dorando J. Michelini, “Dignidad Humana en Kant y Habermas”, *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las ideas, revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas*, 12 (1), <https://losapuntesdefilosofia.files.wordpress.com/2017/09/v12n1a03pdf>.
- Kenneth, J. y Nicole Salinger (1980), *Introducción a la economía. Una guía para todos (o casi)*, México, Grijalbo.
- Magallanes Martínez, V. H. (2016) “Los derechos humanos laborales”, reseña, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal (IJF)*, núm. 4, México, IJF.
- Marini, M. (1981), *Crisis, cambio técnico y perspectivas del empleo*, México, Cidamo.
- Martínez, Á. (2005), *Moral y Derecho*, México, Porrúa.
- Melgar, R. (1988), *El movimiento obrero latinoamericano I*, Madrid, Alianza.
- _____ (1989), *El movimiento obrero latinoamericano II*, Madrid, Alianza.
- Michelini, D. J. (2010), “Dignidad Humana en Kant y Habermas”, *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las ideas, revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas*, 12 (1) <https://losapuntesdefilosofia.files.wordpress.com/2017/09/v12n1a03pdf>.
- Pedrajas Moreno, A. (1992), *Despido y derechos fundamentales*, Madrid.
- PRODECON (Procuraduría de la Defensa del Contribuyente) (s/a), Carta de Derechos del Patrón Requerido de Pago dentro del Procedimiento Administrativo de Ejecución, <http://www.prodecon.gob.mx/Documentos/acuerdos-prodecon-imss/carta-derechos-patron/files/basic-html/page1.html>.

- Restrepo, J. (2018), “La Constitución alemana de Weimar (1919) ¿una utopía en medio de la crisis? Un análisis histórico a sus aspectos interventores, modernizadores y derechos sociales”, *Estudios Internacionales*, núm. 190: Universidad de Chile, <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/download/51146/53510/>.
- Ríos, J. (2000), *Derechos de los Patronos*, México, Cámara de Diputados y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Story, D. (1990), *Industry, the State, and Public Policy in Mexico*, México, Grijalbo.v

El Estado democrático como medio de protección a los derechos humanos

The Democratic State as a Means of Protecting Human Rights

Anuar Roberto Azar Figueroa*

RESUMEN

Es complicado hablar de la relación que hay entre la democracia y los derechos humanos, así como de la repercusión que tiene uno en el otro, pues la primera debe ser un acceso y resguardo de los segundos; sin embargo, en el Estado de derecho y en la sociedad, debemos determinar si es una realidad o solamente una letra muerta, lo que nos lleva a cuestionarnos: ¿dónde radica el problema para hacer efectivos nuestros derechos humanos como sociedad mexicana?, ya que, por un lado, parece haber una falta de representatividad en nuestra democracia y, por otro, que no hemos sido lo suficientemente firmes para reclamar su protección.

Palabras Clave: democracia, derechos humanos, constitución, COVID-19.

ABSTRACT

Relation between human rights and democracy could be quite complicated, aside for the influence of each other, the first one of them must guarantee access to human rights, However, in the rule of law and in society, we must land if it is a reality or only a dead letter. Which leads us to question, pertaining to Our society, our humans right is a real guarantee, how we could find the underlying problem? Its seems to be an inefficent democracy representation or that we have not been firm enough to demand their protection.

Keywords: Democracy, Human Rights, Constitution, COVID-19.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la democracia y los derechos humanos son conceptos de los que se habla día a día; sin embargo, ¿entendemos realmente sus alcances o solamente repetimos una y otra vez los mismos sin conocer su naturaleza, su función, sus características inherentes a los mismos ni la participación que, como ciudadanos, tenemos en éstos, es decir, sin tener conocimiento de la forma en que radica la obligación de cada uno para hacer efectivo su cumplimiento o salvaguarda de manera individual?

Entonces, debemos entender lo que implica encontrarnos en un Estado democrático, así como las funciones que éste tiene para con sus ciudadanos y habitantes, para poder determinar si se han cumplido o no; asimismo, comprender que, al encontrarnos supeditados a dicho sistema de gobierno, éste tiene la obligación de salvaguardar nuestros derechos humanos, que se encuentran reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por ende, en nuestro Estado no se puede hablar de la democracia sin considerar los derechos humanos ni de los segundos sin tomar en cuenta la primera, pues la democracia se estableció como método de gobierno con el fin de que los derechos humanos sean salvaguardados, buscando para ello la mejor administración de los medios económicos, políticos, judiciales y legales para garantizarlos, por lo cual no

* Contador Público, coordinador del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional en la LX Legislatura del Estado de México y Diputado Federal.

deben ser olvidados en momentos de crisis económica o sanitaria.

Lo anterior es así, pues si la democracia pura es la que representa la voluntad del Estado, que a la vez coincide con la misma voluntad de los gobernados, ésta debe siempre salvaguardar los derechos humanos de las personas, como la salud, la dignidad, la seguridad y la vida, entre otros, dando una garantía de fácil y expedito acceso a la impartición de justicia.

Por ende, no se puede hablar de un Estado democrático cuando es el propio Estado el que restringe el acceso a la protección de los derechos humanos, pues el que éstos sean transgredidos va en contra totalmente de la voluntad del pueblo e indica que la voluntad de ambos no va encaminada hacia el mismo fin, es decir, el bienestar social; por lo cual es indispensable que los representantes de la nación actúen en beneficio de la democracia y, por ende, de los derechos humanos, otorgando los medios para que los representados hagan valer la garantía de acceso a la justicia, garantizando así la protección de los derechos humanos, lo cual no ha acontecido en la actualidad ante la crisis sanitaria global que estamos viviendo.

Si ubicamos dichas cuestiones en una realidad social, debemos preguntarnos si los representantes del Estado, que fueron elegidos por los gobernados por medio del sufragio, realmente están cumpliendo con los fines de éstos, teniendo así una sociedad de individuos políticamente libres, o si nos encontramos en un momento donde la democracia se encuentra muy lejos de ser real y se trata de una simple ideología conceptual.

DE LA NATURALEZA DE LA DEMOCRACIA

En primer término, y para entrar al estudio del presente tema, se realizará un análisis del concepto de democracia para

posteriormente plantear la relación que tiene con la protección de los derechos humanos; para lo cual, no se debe perder de vista que el término de democracia parte de la clasificación aristotélica, pues el maestro Aristóteles manifestaba que el poder de mando podía residir en un solo individuo, en una minoría o una mayoría, que las formas de gobierno podían ser puras o impuras, que la democracia es el poder que reside en una mayoría de la colectividad, que la forma pura de ésta se manifiesta cuando el poder favorece a todos por igual y la forma impura —la demagogia— se manifiesta cuando el poder solamente favorece a una minoría que detenta el mismo.

Ahora bien, en tiempos remotos, la forma de gobierno de los Estados estaba basada en una tiranía, es decir, el rey o el monarca, en quien radicaba la fuerza de la ley; posteriormente, hubo un proceso de transición hacia un Estado popular o democrático, donde el cumplimiento de la ley dependía del pueblo, no obstante, dicha forma de gobierno es una concepción que ha quedado muy lejos de la realidad al momento de su aplicación.

“La democracia es, pues, el gobierno de todos para beneficio de todos” (Tena, 2009: 98); sin embargo, es un término que ha ido evolucionando junto con la sociedad de manera progresiva, de modo que “El fin de la democracia no sólo es decidir y votar, sino poder llevar a cabo nuestros anhelos, con mención especial de los de libertad e igualdad” (Ruiz, 2015: 57). Por tanto, el objetivo de un Estado democrático no se cumple con el simple hecho de que sus ciudadanos voten por sus representantes legales, sino al lograr el bienestar social de éstos, lo cual incluye la protección de los derechos humanos con que cuenta cada uno de ellos.

Lo anterior es así, pues no se debe

perder de vista que el modo en que los gobernados acceden a formar parte de la democracia es mediante el ejercicio del sufragio, el cual “es la expresión de la voluntad individual en el ejercicio de los derechos políticos; la suma de votos revela, unánime o mayoritariamente, la voluntad general” (Tena, 2009: 92), es decir, es la posibilidad que tienen los gobernados, mediante el voto popular, de elegir a sus representantes, quienes tienen la firme obligación de ejercer la forma de gobierno de la democracia, velando en todo momento sus derechos humanos, para tener una sociedad de individuos libres.

Robert Alexy considera que hay tres posturas para el entendimiento de la relación entre democracia y derechos humanos: la ingenua, la idealista y la realista. La primera no reconoce ningún conflicto en las dos nociones puesto que ambas son parte de un mismo ideario que comprende una diversidad de aspectos buenos y deseables de la vida pública de un país, mientras que la segunda postura reconoce conflictos pero aspira a conciliarlos. Finalmente, la tercera visión a la cual me refiero, considera que los derechos humanos son a la vez democráticos y antidemocráticos (Villaseñor, 2015: 1115).

Una vez que se ha definido el concepto de democracia, en el presente artículo se analizará si en nuestro sistema de gobierno mexicano existe una eficaz democratización, es decir, si se cumple con la finalidad de garantizar y proteger el bienestar común de los gobernados.

DE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS

¿Sabemos en realidad en qué consisten los derechos humanos, o únicamente en México se entiende el derecho desde su formalismo, y no de manera sustancial?

Muchas veces hemos escuchado en la actualidad sobre la existencia de los derechos humanos. Sin embargo, la forma de administrar las garantías por parte del Estado toma como base únicamente nuestra Constitución, tratados internacionales y las leyes secundarias ya establecidas; pero ¿ese es el alcance de nuestros derechos y su protección? No.

Lo anterior solo demuestra que en nuestra forma de gobierno sigue imperando lo que se encuentra escrito, y no lo verdaderamente importante e inherente a cada uno de los individuos que conforma a nuestro Estado; de ahí que sea necesario determinar el alcance de un derecho humano y mencionar, desde un punto de vista más amplio, cómo éste se puede proteger.

Según la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) (2016: 6), los derechos “son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad”; por ende, los derechos humanos son un conjunto de beneficios que deben ser protegidos y garantizados desde el momento en que una persona existe y, por lo tanto, van más allá de la creación de leyes.

Entonces, podemos considerar que los derechos humanos tienen características que los diferencian de cualquier otro beneficio jurídico, pues éstos protegen al individuo desde su existencia sin importar el elemento que los limite, por lo que se consideran universales, interdependientes, indivisibles y progresivos.

En efecto, la CNDH (2016) señala que la universalidad de un derecho humano es definida a partir de su alcance; esto es, todos los seres humanos deben gozar de los derechos sin importar sexo, edad, condición económica, partido político, religión,

creencias, tampoco debe importar la nacionalidad o legislación bajo la cual viva el individuo.

De igual forma, es característica de los derechos humanos la interdependencia, la cual consiste en que un derecho no es más importante que otro, sino, al contrario, la existencia de un derecho humano garantizado permite que otro que no lo esté sea efectivo.

La indivisibilidad se refiere prácticamente a que los derechos no pueden ser divididos y deben ser considerados como una unidad, de ahí que sea indispensable que el individuo goce de todos y, por ende, no se puede renunciar o transferir a alguno de éstos.

Los derechos humanos deben atender a una progresividad, esto es, un derecho no puede ser suprimido; de dicha característica nace la obligación de los Estados de adoptar las providencias necesarias a fin de lograr la efectividad de cada uno de éstos, dicho en otras palabras: es la característica de los derechos que obliga a los Estados a aceptarlos y garantizarlos.

Ahora bien, ¿por qué es importante determinar el alcance de un derecho humano?, por la simple razón de nuestra existencia; es decir, los derechos humanos deben ser protegidos en cada Estado con independencia de la forma de gobierno que tenga.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece lo siguiente:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

[...]

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los

derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad... (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1948).

Así, entonces, entendemos que el fundamento de los derechos humanos no se encuentra en una constitución o una ley, sino en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, tal y como se reconoció desde la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece lo siguiente:

Los Estados partes en el presente Pacto, Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos...(ONU,1966).

Con base en lo anterior, el fundamento de los derechos humanos es el reconocimiento de la dignidad, inherente a todos los miembros de la familia humana, y de sus derechos iguales e inalienables; esto es,

los derechos son inherentes a la condición humana, por lo que no dependen del hecho de ser de determinado Estado.

En esa tesitura, es importante mencionar que si los derechos humanos son inherentes al hombre por el simple hecho de ser persona, entonces —como menciona Robert Alexy— los mismos son anteriores y superiores al derecho positivo, es decir, no se necesita tener una norma que regule al derecho humano de manera estricta para poder acceder a la protección de éste; asimismo, que el acceso a la inviolabilidad de los propios derechos humanos lo garantiza el Estado a través del órgano jurisdiccional, esto es, mediante la impartición de justicia, de ahí que si falta dicho poder de Estado se limitaría a los propios gobernados el acceso a la protección de los derechos humanos.

En ese sentido, para analizar el alcance de los derechos humanos, es necesario no sujetarnos al positivismo que se encuentra en nuestra Constitución o leyes federales o estatales, pues, como lo señala el Dr. Gonzalo Obregón (2020), la constitución y su aplicación se podrían dividir en dos perspectivas: la formal y la sustancial. La primera se encuentra relacionada con reglas y prohibiciones establecidas en documentos, mientras que la segunda atañe a los principios y derechos humanos, los cuales buscan ajustarse a los acontecimientos que viven a diario las personas.

Ante ello, para proteger efectivamente de los derechos humanos, se debe atender la perspectiva sustancial, y no únicamente los formalismos que se prevén en la parte positiva de nuestro derecho, pues incluso el contenido de la Constitución puede ser interpretado o modificado de manera que se pongan en peligro o demeriten las garantías que esta misma pretendía proteger.

Si consideramos que es más importante un derecho humano en su forma sustancial y no en su regulación, tenemos que en nuestro sistema la forma más efectiva de defender los derechos humanos es la argumentación, pues no atañe a un formalismo, sino a lo que efectivamente es inherente al ser humano. El Dr. Gonzalo Obregón (2020: s/p) señala que:

Mediante la argumentación o plantear una premisa, sobre la transgresión de los derechos humanos, se debe emitir una garantía de manera específica en el caso de que el derecho humano no tenga la protección deseada.

Lo anterior denota que los derechos humanos deben protegerse incluso aunque no hayan sido plasmados previamente en alguna constitución o ley secundaria.

Por otro lado, es importante resaltar que la CNDH, basándose en los instrumentos internacionales más importantes, ha distinguido dos clasificaciones elementales en los derechos humanos: por un lado, los derechos civiles y políticos y, por otro lado, los derechos económicos, sociales y culturales.

Los derechos civiles y políticos se refieren al:

concepto de libertad de las personas, tanto individual, mediante la protección contra la indebida interferencia del Estado en las actividades que la persona realiza, como a la libertad colectiva, a través de la participación de cada uno en el proceso de decisión política (CNDH, 2016: 7).

Al respecto, la CNDH da algunos ejemplos de derechos civiles y políticos:

- Derecho a la vida, a la libertad de expresión y a la seguridad;

- Reconocimiento jurídico e igual protección ante la ley;
- Derecho a tener nacionalidad;
- Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;
- Derecho al voto, a elegir y ser elegido,... (CNDH, 2016: 7).

Por otro lado, los derechos económicos, sociales y culturales “Son aquellos derechos que tienen por objeto un nivel adecuado de vida. Son la base de la independencia y también de la libertad” (CNDH, 2016: 7), que la CNDH ejemplifica como:

- Derecho a la Seguridad Social;
- Derecho al Trabajo;
- Derecho a la educación;
- Derecho a la participación en la vida cultural de la comunidad;
- Derecho al desarrollo,... (CNDH, 2016: 7).

Entre los derechos humanos catalogados como civiles y políticos, se encuentra el derecho a votar y ser votados, esto es, el derecho al sufragio. Ciertamente, el derecho a votar y ser votado no debe limitarse únicamente a un procedimiento de elección de un representante; se encuentra relacionado con el derecho de pertenencia y dignidad, de ahí que no solo se refiere a la herramienta para ejercer el sufragio, sino a la facultad de exigir una buena administración y un buen gobierno.

Es importante destacar para este tema que dos de los derechos fundamentales y humanos que tenemos son el de vivir dignamente y el del sufragio, los cuales tienen como consecuencia la posibilidad de exigir una adecuada administración y aplicación de medidas necesarias para el

sano desarrollo de los individuos que constituyen nuestra nación.

Virgilio Ruiz Rodríguez (2014: 15) señala que “el fin de la democracia no es solo decidir y votar, sino poder llevar a cabo nuestros anhelos, con mención especial de los de libertad e igualdad”; en este tenor, nuestros anhelos no solo se limitan a elegir un candidato, sino a exigir a éste que, al tomar el cargo, se conduzca con congruencia y eficacia.

Lo anterior nos lleva a formularnos ¿qué medidas se están tomando a favor de los derechos humanos de los gobernados?, y mejor aún, actualmente, ¿cuáles son las herramientas que el Estado pone en nuestras manos a fin de ejercerlos?, pues, conforme al principio de progresividad, el Estado en el que vivimos se encuentra obligado a ello; o, finalmente, ¿es que acaso nos están privando de las herramientas que deberíamos tener para exigir el aludido buen gobierno y proteger nuestros derechos humanos?

Ante ello, es necesario analizar la naturaleza de los derechos humanos, sus alcances y su protección desde el punto de vista actual e incluyendo las medidas que se han tomado en México ante una pandemia como el COVID-19.

Una vez planteado todo lo anterior, se analizará, desde el punto de vista jurídico constitucional, la regulación de cada una de las figuras anteriormente definidas en nuestro sistema jurídico mexicano en los siguientes términos.

MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL

Una vez planteado lo anterior, es necesario partir de nuestra ley suprema, es decir, de nuestra Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos, ordenamiento que contempla nuestra forma de gobierno en su artículo 40, que prevé lo siguiente:

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental (Congreso de la Unión, 1917).

Del precepto transcrito podemos rescatar que la forma de gobierno en los Estados Unidos Mexicanos es la de una república representativa, democrática, laica y federal, y dicha república se refiere al gobierno en el que la jefatura del Estado no es vitalicia, sino de renovación periódica, para la cual se considera la voluntad popular (Tena, 2009).

A fin de formar dicha república, es necesaria la posibilidad del pueblo de elegir al representante más apto para el cargo respectivo de que se trate; es ahí cuando interviene la voluntad de los gobernados en el sistema del Estado de derecho para con la democracia, es decir, el lazo que vincula la república con la democracia radica en la consulta que se le hace al pueblo para la renovación periódica de sus gobernantes.

En la misma línea, y como se ha planteado, se puede definir a la democracia como la forma de gobierno que se ejerce en beneficio de todos y cada uno de sus gobernados, por lo que siempre velará por los intereses y derechos humanos de éstos.

Finalmente, no se debe pasar inadvertido que la forma en que los gobernados participan en dicha democracia es mediante el sufragio que ejercen, el cual es reconocido como un derecho ciudadano-político

que se lleva a cabo mediante el voto popular de sus representantes.

Lo anterior se ve reflejado desde la obra *El Contrato Social*, de Juan Jacobo Rousseau, donde se planteó la voluntad general del pueblo y que cada uno de los ciudadanos cede parte de su voluntad a sus gobernantes para lograr un bien común, de ahí que el gobierno es el que va a ejecutar la manifestación, la voluntad primera de sus ciudadanos, para lograr un bienestar común.

En ese tenor, la cuestión que debemos plantearnos es ¿qué es lo que el Estado democrático debe salvaguardar para mantener un bienestar entre sus gobernados?, efectivamente los derechos humanos, que también encuentran su fundamento en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 1º, donde se prevé lo siguiente:

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...(Congreso de la Unión, 1917).

Del precepto transcrito se desprende que las personas que gozan de los derechos

humanos consagrados en nuestra propia constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte son todas las que se encuentren en nuestro territorio nacional; es decir, no se necesita ser ciudadano mexicano para contar, de manera inherente, con los mismos, pues tal normatividad no hace distinción alguna al respecto.

La situación anterior se debe a la propia naturaleza de los derechos humanos, pues, como se ha mencionado, los mismos son inherentes al humano por el simple hecho de serlo, de ahí que no haya distinción alguna para gozar de cada uno de ellos (derecho humano de igualdad).

El precepto constitucional de análisis señala los principios que rigen a los derechos humanos, que son universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los cuales ya quedaron definidos en el apartado relativo al análisis exclusivo de los propios derechos humanos; asimismo, establece que el ejercicio de los derechos humanos no puede restringirse ni suspenderse, sin embargo, estipula un supuesto de excepción, facultad que es única y exclusiva del presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquél no estuviere reunido (se ahondará en ese tema en líneas posteriores), la cual es aplicable en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establezca.

De lo anterior, se deben tomar en cuenta los casos en que la propia ley suprema de nuestra nación establece como supuestos excepcionales para suspender o restringir los derechos humanos; al respecto, el artículo 29 señala los casos en los cuales se podrá efectuar dicho supuesto

de excepción: en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.

Por otro lado, la protección de los derechos humanos corresponde a todas las autoridades en el ámbito de su competencia, es decir, ya sea que se trate de las autoridades dependientes del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, o bien, de algún ente autónomo, cada una de éstas tiene la obligación de:

- Promover los derechos humanos. Se realiza mediante el fomento de valores y actitudes que respalden los derechos humanos y con la información necesaria que ayude a la protección de los mismos.
- Respetar los derechos humanos. CNDH, La obligación de respetarlos significa, según la CNDH (s/a: s/p), que los Estados “deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos”.
- Proteger los derechos humanos. Implica que los órganos del Estado impidan abusos y transgresiones que lleguen a vulnerar los derechos humanos.
- Garantizar los derechos humanos. Las autoridades están obligadas a proveer de los mecanismos necesarios para asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos y evitar que sean violados.

Es evidente la obligación, por parte de todas las autoridades, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; no obstante, es menester hacer hincapié en el hecho de que la protección y garantía puede ser considerada como

una obligación y facultad atribuida directamente al Poder Judicial de la Federación —Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), juzgados de distrito y Tribunal Colegiado de Circuito—, pues es el órgano encargado de garantizar y proteger los derechos humanos consagrados en nuestra Constitución, así como en los tratados internacionales, mediante el juicio de amparo directo o indirecto, en términos de lo establecido en los artículos 106 y 107 constitucionales, así como en su respectiva ley reglamentaria.

De todo lo anterior, podemos decir que la democracia es una característica inherente de la forma de gobierno de nuestro país, que, además, tiene su sustento en nuestra propia Carta Magna y se ve reflejada en el sufragio que ejercen los gobernados para elegir a sus representantes mediante el voto popular; sin embargo, no se puede considerar que la misma se encuentra limitada a la participación ciudadana, la cual es un derecho político-civil, pues la democracia, en términos modernos, debe considerar la obligación por parte del Estado, de mantener el bienestar común, el cual evidentemente se cumple con la debida protección los derechos humanos de los gobernados.

La situación anterior incluso es sostenida por Hans Kelsen, quien refirió que un individuo es libre si aquello que debe hacer de acuerdo con el orden social coincide con lo que quiere hacer, lo cual se traduce en la armonía que debe existir entre la democracia y los derechos humanos; pues el hombre tiene de manera plena su bienestar social, político y personal cuando tiene una amplia protección de sus derechos humanos por parte del Estado, es entonces cuando él, no obstante vivir supeditado al Gobierno, se siente libre, pues cuenta con la protección de todos y cada uno de sus

derechos humanos, que son inherentes a su persona por ser humano.

Lo anterior es así. Además, como ya se mencionó, de conformidad con el artículo 1º constitucional, promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos son obligaciones de todos y cada uno de los órganos del Estado; dicha situación, si es analizada desde un punto de vista iusnaturalista, no debe ser implementada en el derecho positivo como una obligatoriedad, pues al ser los derechos una característica inherente al hombre por su sola existencia, entonces el respeto y, en consecuencia, la salvaguarda de los mismos deberían ser una cuestión que se suscite de manera cotidiana en la sociedad humana y, más aún, en una sociedad civil.

Sin embargo, en atención a lo común que es en nuestra sociedad mexicana y en la mayoría de las naciones la violación de los derechos humanos del hombre, pues a diario escuchamos noticias sobre la transgresión que se hace a los mismos,¹ es que existe el Estado democrático, cuya función principal es la protección de las prerrogativas fundamentales para que el fin del

1 ya sea que se trate de los atentados diarios que hay en contra de la vida, los secuestros tan comunes, los cuales afectan de manera inminente la integridad humana, así como los tan sonados casos de trata de personas, que afectan la libertad del hombre; y hasta las propias transgresiones que realizan las autoridades gubernamentales a los mismos, ya sea por no respetar el derecho humano de igualdad, dando mayor prioridad de atención a cierto grupo de personas, por la falta de atención médica y medicamentos por parte del sector salud, que evidentemente viola de manera incontestable el derecho a la salud de los gobernados; y, de manera absurda, el hecho de que las propias autoridades jurisdiccionales encargadas de proteger y salvaguardar los derechos humanos sean las mismas que los transgreden, ya sea porque no respetó el derecho de acceso a la justicia, o bien, porque el mismo no es pronto ni expedito, o se trata de un fallo injusto que jamás se ocupó de la verdad de los hechos, o simplemente porque son esas autoridades las que limitan el propio acceso a la impartición de justicia y protección de los derechos.

Estado sea el mismo que el de los gobernados: el bienestar común.

Entonces, los gobernados no eligen a sus representantes mediante el sufragio con el simple objetivo de ejercer un derecho político-civil; dicho ejercicio tiene un objetivo común y es que las personas que eligen a sus gobernantes para que las representen siempre velen por los intereses sociales e individuales, respetando y protegiendo en todo momento los derechos humanos.

Ahí se encuentra el punto de armonía que existe entre esas dos figuras del presente artículo, pues la democracia es el instrumento que se debe utilizar para la protección de los derechos humanos, lo que Robert Alexy conoce como la relación ingenua entre esas dos figuras, la cual no debería denominarse jurídica y socialmente de tal forma, sino como la relación realista de la sociedad.

No obstante todo lo anterior, no se debe perder de vista que, como se prevé en el propio artículo 1° constitucional, existe un supuesto de excepción para decretar la suspensión de los derechos humanos, el cual, como ya se señaló en líneas precedentes, es una facultad que se encuentra en la Carta Magna en su artículo 29 y es exclusiva del presidente de los Estados Unidos Mexicanos; dicha suspensión, aunque a simple vista parezca contradictoria, se realiza para que nuestro titular del Ejecutivo, el cual se eligió mediante el sufragio para contar con una democracia eficaz, evite una situación que ponga en un mayor peligro a la sociedad mexicana.

De ahí que no podemos pasar inadvertido que la suspensión de derechos humanos —consagrada en el artículo 29 constitucional—, también es una parte fundamental

del sistema democrático mexicano, pues la suspensión en comento se realiza con el estricto fin de salvaguardar el bienestar de la sociedad, suspendiendo algunos derechos humanos para salvaguardar otros que implican una mayor vitalidad, como la vida y la salud, pues sin estos últimos no podrían subsistir otros, como la educación, el libre tránsito, el trabajo, la integridad, la dignidad, libre expresión, entre otros; por lo cual procederemos a analizar la aludida suspensión de derechos humanos desde un punto de vista jurídico.

FACULTAD CONSTITUCIONAL DE SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como se ha mencionado, existe un supuesto de excepción para suspender o restringir los derechos humanos, que es una facultad exclusiva del presidente de los Estados Unidos Mexicanos —aplicable en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto—, la cual se encuentra prevista en el artículo 29 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tiene su origen en el propio artículo 1°, párrafo primero, del mismo ordenamiento máximo.

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

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o

conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquél no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación... (Congreso de la Unión, 1917).

En los preceptos transcritos podemos observar que si bien es cierto que el artículo 1º constitucional, primer párrafo, prevé que el ejercicio de los derechos humanos en el territorio mexicano no podrá restringirse ni suspenderse, también lo es que el mismo prevé un supuesto de excepción, establecido en el artículo 29, del cual se extrae lo siguiente:

- Casos en que se puede restringir o suspender los derechos humanos: de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.
- Órgano que tiene la facultad de realizar la suspensión: el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquél no estuviere reunido.
- Requisitos *sine qua non* para la suspensión o restricción:
 - » Que la suspensión se realice por un tiempo limitado.
 - » Que se trate de prevenciones generales, es decir, que no sea dirigida a una persona determinada.
 - » Que se expida mediante decreto oficial.
 - » Que se encuentre debidamente fundada y motivada, es decir, que se expresen los motivos por los cuales se considera que existe un inminente caso de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, así como que se señalen los preceptos legales constitucionales base del acto.

- » Que se trate de una medida proporcional al peligro a que se hace frente, esto es, que las medidas y los derechos humanos que sean suspendidos o restringidos no sean desmedidos para el fin que se quiere alcanzar, es decir, que no se tomen medidas innecesarias que restrinjan la libertad de manera arbitraria.
- » Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.
- » Que se observen en todo momento los principios de legalidad, para que el decreto en todo momento, se encuentre apegado a nuestra Carta Magna; racionalidad, para que, en el ejercicio de la discrecionalidad legislativa de su función exclusiva, afecte en la menor medida posible los derechos fundamentales de los ciudadanos; proclamación, que implica la necesidad de dar a conocer la suspensión de los derechos; publicidad, para que se publique en un medio de difusión oficial, y no discriminación, cumpliendo en todo momento con el principio de igualdad, es decir, que aplique a todo el grupo social de la misma manera y en los mismos términos.
- » Que la suspensión en ningún momento, restrinja ni suspenda el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la

integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura, ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Una vez planteado ello, podemos definir que de manera estricta solamente el presidente de los Estados Unidos Mexicanos tiene la facultad para restringir o suspender los derechos humanos en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, cumpliendo con los requisitos señalados.

La situación anterior, como se había señalado en el presente apartado, se realiza a fin de salvaguardar derechos humanos esenciales, suspendiendo algunos derechos humanos para salvaguardar otros que implican una mayor vitalidad, como la vida y la salud, pues sin estos últimos no podrían subsistir otros, como la educación, el libre tránsito, el trabajo, la integridad, la dignidad, libre expresión, entre otros; por lo cual procederemos a analizar la aludida suspensión de derechos humanos desde un punto de vista jurídico.

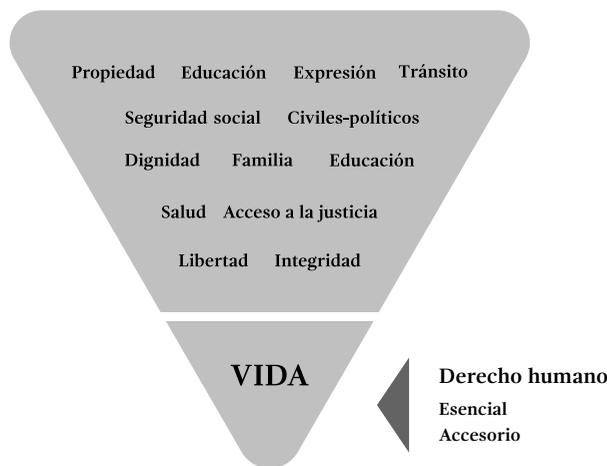
Como se señaló en el apartado correspondiente, al ser algunos de los principios de los derechos humanos la interdependencia y la indivisibilidad (el primero consiste en que un derecho no es más importante

que otro, sino, al contrario, la existencia de un derecho humano garantizado permite que otro que no lo esté sea efectivo, y el segundo implica que los mismos deben ser considerados como una unidad), entonces no puede subsistir uno sin el otro, pues la existencia de un derecho humano hace que otro, de manera interdependiente de éste, subsista y, al contrario, *lato sensu*, el que

uno no exista implica que otro también deje de existir.

La situación anterior se puede analizar de mejor manera con la siguiente pirámide de los derechos humanos, donde se puede observar cuáles son los derechos esenciales primarios y cuáles son los derechos humanos accesorios, así como la interdependencia de los mismos.

IMAGEN 2. PIRÁMIDE DE LOS DERECHOS HUMANOS



En la pirámide anterior se puede observar que el derecho humano esencial primario es la vida, pues sin éste no se podría acceder a los derechos humanos esenciales accesorios a la vida, esto es, la familia, la educación, la salud, el acceso a la justicia, libertad, integridad, entre otros. En el tercer nivel se encuentran los derechos humanos que son accesorios a éstos, pues sin la existencia de los segundos, no se podría acceder a la propiedad, la educación, la libre expresión, al libre tránsito, la seguridad social, los derechos civiles-políticos, la dignidad, etc.; de ahí la interdependencia que hay entre cada uno de los derechos, pero también lo esencial de la vida.

Si, como se ha señalado, la vida es el derecho esencial primario, entonces, para salvaguardar los demás derechos humanos, se tiene que proteger en primer término el derecho humano a la vida, que es el objetivo primordial de restringir o suspender los derechos humanos en términos de lo establecido en el artículo 29 constitucional.

Con en base en todo lo anterior, se concluye que existe en nuestra ley primaria un supuesto de excepción para efectos de suspender o restringir los derechos humanos, que es una facultad exclusiva del presidente de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo fin primordial es única y exclusivamente salvaguardar los derechos humanos de los gobernados y, en consecuencia,

mantener la estabilidad y armonía para con el principio de la democracia.

TRATAMIENTO DE LA DEMOCRACIA ANTE LA CONTINGENCIA SANITARIA DE COVID-19

Si analizamos desde la situación que nos encontramos, ¿qué podemos pensar respecto de nuestros derechos humanos y nuestra representación ante una emergencia?

Como se ha señalado, es indispensable que exista una protección de nuestros derechos humanos; sin embargo, en México, hemos vivido una situación difícil en la que no se conoce, en una medida exacta, ni quién la determina o a quién afecta ni cuáles son las consecuencias, provocando no solo una incertidumbre jurídica, sino una incertidumbre general.

Ciertamente, ante la llegada de un virus nuevo en nuestra historia, catalogado como la causa de una gran pandemia denominada COVID-19, el Estado ha entrado en una contradicción y un colapso jurídico y administrativo, lo cual nos deja al pendiente de las decisiones que son de un grupo, y no son nuestras directa ni indirectamente.

Se dice lo anterior, pues, en atención a la pandemia COVID-19, el Poder Judicial de la Federación emitió el comunicado número 12/2020, de fecha 17 de marzo de 2020, en el que el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) suspendió “Funciones Jurisdiccionales como Medida Preventiva Frente al Coronavirus COVID-19”, es decir, actividades jurisdiccionales, de manera inmediata y general, sin que se pueda ejercer algún un procedimiento a fin de salvaguardar nuestros derechos humanos, pues se suspendió una garantía muy importante denominada “garantía judicial”.

En efecto, el comunicado número 12/2020, de fecha 17 de marzo de 2020, señala lo siguiente:

En el marco de la situación por la que atraviesa nuestro país y el mundo frente a la pandemia del coronavirus COVID-19, y en seguimiento a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Gobierno de México, el día de hoy el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal (CJF) determinó adoptar una serie de medidas plasmadas en su Acuerdo 4/2020; entre otras, las siguientes: Con la finalidad de evitar la concentración de personas, y con ello la propagación del virus, se suspenden funciones jurisdiccionales en los órganos del Poder Judicial de la Federación (PJF), del miércoles 18 de marzo al domingo 19 de abril de 2020. La suspensión decretada implica que no correrán plazos procesales. Únicamente quedan exceptuados de la medida anterior los órganos jurisdiccionales que se encuentren de guardia y exclusivamente para la atención de asuntos urgentes. Quedarán exentas de presentarse físicamente a la realización de las guardias quienes se encuentren en los grupos identificados como “vulnerables” frente al virus: personas adultas mayores de 60 años, mujeres embarazadas o en lactancia, y personas con diabetes o hipertensión, enfermedades cardiovasculares, enfermedades pulmonares crónicas, cáncer e inmunodeficiencias. El horario laboral presencial en estos órganos será de 9:00 am a 3:00 pm y, en la medida de lo posible, deberá privilegiarse el trabajo a distancia, haciendo uso de las herramientas tecnológicas que resulten necesarias. Al tratarse de órganos jurisdiccionales de guardia, únicamente atenderán asuntos urgentes; es decir, los comprendidos en el artículo 48 fracciones I, III al X, XI y XII del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece las disposicio-

nes en materia de actividad administrativa de los órganos jurisdiccionales. De esta manera el PJJ se suma a los esfuerzos por limitar la propagación de esta pandemia y proteger la salud de las y los servidores públicos que lo conforman, así como de la población en general. Toda la información relacionada con estas acciones se encuentra detallada en el Acuerdo 4/2020 del Pleno del CJF, el cual podrá consultarse en la página del CJF www.cjf.gob.mx y sus redes sociales... (CJF, 2020a: s/p).

De lo anterior se desprende que el Pleno del CJF determinó adoptar una serie de medidas plasmadas en su Acuerdo 4/2020, entre las cuales se encuentra la siguiente: “se suspenden funciones jurisdiccionales en los órganos del Poder Judicial de la Federación (PJJ), del miércoles 18 de marzo al domingo 19 de abril de 2020”, sin embargo, ello es contrario a nuestra Constitución y, peor aún, contrario a nuestros derechos humanos.

En efecto, el CJF pronunció suspender las funciones judiciales, aludiendo a que daría prioridad exclusivamente a la atención de asuntos urgentes, es decir, los comprendidos en el artículo 48, fracciones I, III a la IX, XI y XII, del Acuerdo General del Pleno del CJF, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 48. Se consideran como asuntos urgentes para su turno, entre otros, los que a continuación se enuncian:

- I. Ejercicio de la acción penal con detenido;
- III. Diligenciación de exhortos en que deba resolverse sobre la situación jurídica;
- IV. Solicitudes de orden de cateo;
- V. Solicitudes de intervención de comunicaciones privadas;

- VI. Solicitudes de extradición;
- VII. Orden de expulsión del país;
- VIII. Orden de arraigo;
- IX. Demandas de amparo contra actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, incomunicación, deportación o expulsión, destierro, extradición, desaparición forzada de personas, malos tratos, tortura psicológica, segregación y demás prohibidos por el artículo 22 de la Constitución; así como, las presentadas por falta de atención médica especializada de las personas privadas de su libertad en un centro de reclusión;
- [...]
- XI. Incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea Nacionales; y
- XII. Aquellos que revistan tal carácter, conforme a las leyes que los rijan... (CJF, 2020b:s/p).

Entonces, si el propio CJF decretó, mediante el acuerdo general en mención, que solamente atendería asuntos urgentes, los cuales conforme a su criterio solamente son los previstos en el precepto transcrito, es evidente que el acceso a la justicia y la garantía judicial están siendo limitados por el propio órgano encargado de proteger y garantizar los derechos humanos.

Por ende, debemos entender que no se suspendieron plazos únicamente, sino todo tipo de funciones, con excepción de la atención de los casos urgentes y, con ello, el acceso a la justicia para poder contar con una protección de los derechos humanos.

En esa tesitura, debemos entender que en México quedó suspendido el Poder Judicial y, por ende, la protección a nuestra garantía judicial; al no contar con dicha garantía de manera amplia, entonces no se puede acceder al órgano jurisdiccional a

fin de buscar la protección de los derechos humanos que no se encuentran establecidos en el artículo 48, fracciones I, III a la IX, XI y XII, del Acuerdo General del Pleno del CJF.

No obstante lo anterior, se debe recordar que, como se ha mencionado en el apartado que antecede, el propio artículo 1° constitucional prevé un supuesto de excepción para decretar la suspensión de los derechos humanos, el cual es una facultad que se encuentra en el artículo 29 y que es exclusiva del presidente de los Estados Unidos Mexicanos en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.

El artículo 29 constitucional, al prever la suspensión o restricción de los derechos humanos en el caso de que se encuentre en grave peligro la sociedad, lo cual efectivamente acontece en la actualidad en los Estados Unidos Mexicanos frente a la pandemia del COVID-19, señala una serie de derechos humanos que no pueden ser sujetos a suspensión: la no discriminación; el reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Si nuestra propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que por ningún motivo se podrá suspender la garantía judicial, la cual es indispensable

para proteger los derechos humanos, entonces no debe existir una norma, reglamento, acuerdo, entre otros, que señale lo contrario; es decir, ningún poder de la Unión de nuestro sistema jurídico mexicano puede decretar la suspensión de la garantía judicial, ni el poder Ejecutivo ni, menos aún, el Poder Judicial.

Entonces, el Acuerdo General 4/2020, de fecha 17 de marzo de 2020, es anticonstitucional, pues va en contra de lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, ya que, como se mencionó, es una facultad exclusiva del titular del Ejecutivo y, además, en dicho acuerdo se realizó la suspensión de una garantía que está prohibida en el precepto constitucional de referencia.

No obstante, nuestro presidente no ha efectuado pronunciamiento alguno respecto la suspensión de ninguna de nuestras garantías, por lo que ello no solamente implica una omisión del Ejecutivo, sino un actuar unilateral de nuestro Poder Judicial para suspenderse; es decir, se inhabilitó a uno de nuestros tres poderes sin llevar a cabo el procedimiento previsto por nuestra Constitución en su artículo 29.

En efecto, se debe tomar en cuenta que la acción tomada por el CJF no solo afecta directamente la garantía judicial, sino que, ante la omisión del titular del Ejecutivo federal, nos hace quedar en un estado de desprotección jurídica, afectando así directamente una de nuestras formas de administración de poder: esto es la democracia.

Se dice lo anterior, pues si mediante un sufragio efectivo podemos elegir a nuestro presidente para cumplir con una armonía en la democracia, para poder llevar a cabo nuestros anhelos de libertad e igualdad —lo que de manera esencial implica la protección de nuestros derechos

humanos— y no obstante ello éste queda inactivo ante una emergencia sanitaria denominada COVID-19, entonces existe una clara falta de democracia por parte de nuestro sistema de gobierno mexicano sin importar la expectativa de la mayoría de los gobernados, la cual se ve disminuida ante un Poder Judicial que actúa sin facultades y en contra de los derechos humanos.

Ante ello, no podemos dejar de preocuparnos, pues el COVID-19 no solo se ha proyectado como una amenaza biológica y en México nos encontramos ante una administración que no se coordina conforme a sus facultades más importantes, previstas en la Constitución, y, peor aún, ante un poder que se suspende con un acto totalmente contrario a nuestra Carta Magna y a nuestros derechos humanos.

Por lo que, en consecuencia, debido a la naturaleza sanitaria de esta crisis y de las medidas de emergencia promovidas para frenar el contagio, los derechos a la salud, al agua, a la vivienda, a la alimentación, a la educación, a la familia, y los derechos laborales, como derechos humanos esenciales secundarios, se han visto afectados al ser inherentes al derecho humano esencial primordial de la vida, lo cual coloca a todos los habitantes del territorio mexicano en una situación de prueba respecto de las medidas de prevención y protección que se deben adoptar para garantizar dichas prerrogativas y que son facultad y obligación de nuestro presidente, pues es precisamente que para dichos fines fue elegido como nuestro representante legal.

A pesar de ser la protección de nuestros derechos humanos una obligación por parte de nuestras autoridades gubernamentales, de que nuestros representantes legales fueron elegidos mediante el sufragio para mantener el bienestar social, para contar

con una protección amplia y sin restricción alguna de los derechos humanos y tener en nuestro sistema una democracia eficaz y no solo ideológica, se está yendo en contra de nuestro Estado de derecho y de nuestros derechos humanos, lo que evidentemente denota una falta de democracia.

Ante tal circunstancia nos encontramos jurídicamente ante una figura denominada “mandato arbitrario”, que se trata de “aquellos actos que proceden de quien dispone del supremo poder social efectivo, pero actos que son entendidos como antijurídicos. Es decir, se llaman arbitrarios los actos antijurídicos, de los poderes públicos, con carácter de inapelable” (Recasens, 2000:107).

Por ende, nos encontramos viviendo una falta de justicia constitucional, como refirió el jurista Hans Kelsen, ya que:

Una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos –sin poder anular su inconstitucionalidad– equivale más o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria.

Tal y como acontece con el Acuerdo General 4/2020, de fecha 17 de marzo de 2020, pues al no tener la garantía de acceso a la justicia, tratándose de actos inconstitucionales que afectan la democracia social, no existe medio de apelación que pueda anular dicho acto; de ahí la falta de justicia constitucional.

La situación anterior nos lleva a hacernos el cuestionamiento siguiente: ¿en realidad nos encontramos viviendo en un Estado democrático?, pues parece que la voluntad de los gobernados es totalmente intrascendente, pues no parece que los

representantes del país se encuentran velando por los intereses sociales y por la salvaguarda de los derechos humanos, sino, por el contrario, parece que actúan en su propio beneficio, limitando así la impartición de justicia y coartando totalmente la garantía judicial, por lo cual es evidente que solamente nos encontramos ante una democracia ideológica, pues la misma no se representa en su máxima y debida concepción.

CONCLUSIONES

En estos momentos en nuestro país nos encontramos sufriendo una falta de democracia, es decir, el sistema de gobierno que se está implementando por nuestros representantes, quienes fueron elegidos mediante el sufragio, no está cumpliendo con la labor de velar por los intereses de los gobernados, pues, como se ha señalado, las medidas que se tomaron ante la emergencia sanitaria por COVID-19 no fueron ejercidas por nuestro representante directo, es decir, por el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, pues en ningún momento decretó la suspensión o restricción de los derechos en términos de lo establecido por el artículo 29 constitucional.

Aunado a lo anterior, solamente se decretó una suspensión de labores por parte del Poder Judicial de la Federación, el cual evidentemente no es el facultado de conformidad con nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para decretar tal suspensión ni el representante de los gobernados, ya que los titulares de dicho poder no fueron elegidos mediante el sufragio por éstos; dicha suspensión además de ser una restricción y limitante a la garantía judicial de acceso a la justicia, impide que los gobernados puedan solicitar el amparo y protección de la justicia cuando exista en

su esfera jurídica alguna transgresión de los derechos humanos, pues tal garantía se encuentra limitada a un pequeño número de derechos humanos, que son más restrictivos que los establecidos en nuestra Carta Magna, y, además, si bien se puede acceder a dicha garantía, es completamente arbitrario al estar sujeto al criterio del juzgador, al considerar al buen juicio de éste si se trata de un caso urgente o no.

Lo anterior tiene como resultado lo siguiente:

- Existe una violación directa a lo establecido en el artículo 29 constitucional, pues un órgano como el Poder Judicial de la Federación, que carece de competencia constitucional, está restringiendo la garantía judicial de acceso a la justicia, pues, como se ha mencionado, se trata de una facultad exclusiva del presidente de los Estados Unidos Mexicanos.
- Como consecuencia de esa violación, al no permitir el trámite de todos y cada uno de los asuntos en los que se demande una transgresión a todos los derechos humanos consagrados en nuestra Constitución, así como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte, pues solamente da trámite a un pequeño número de derechos humanos, se viola de manera flagrante la garantía establecida en el artículo 1° constitucional.
- La emisión del comunicado número 12/2020, de fecha 17 de marzo de 2020, “el Consejo de la Judicatura Federal Suspende Funciones Jurisdiccionales como Medida Preventiva Frente al Coronavirus COVID-19”, es anticonstitucional, pues va en contra

de la parte fundamental de nuestra ley suprema.

- La omisión, por parte de nuestro presidente, de tomar las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano esencial primario de la vida, suspendiendo restringiendo los mismos derechos humanos en términos del artículo 29 constitucional, provoca un peligro inminente para sus gobernados, transgrediendo los derechos esenciales como la salud y la vida; ha provocado que los fines del gobierno sean contrarios a los de los gobernados, pues evidentemente dicha omisión va en contra del bienestar común, ya que no protege los derechos humanos de estos, sino, por el contrario, los restringe y los pone en riesgo, teniendo así una falta de democracia en nuestra forma de gobierno y, en consecuencia, una violación directa al artículo 40 constitucional.

Fuentes consultadas

- Alexy, R. (1993), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- CNDH (Comisión Nacional de los Derechos Humanos) (2016), *Contra el abuso del poder, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos defiende y promueve tus derechos humanos*, México, CNDH.
- ____ (s/a), “¿Qué son los derechos humanos?”, en <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>.
- Congreso de la Unión (1917), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 5 de febrero de 1917, última reforma: 8 de mayo de 2020.
- CJF (Consejo de la Judicatura Federal) (2020) Comunicado número 12/2020, <https://www.cjf.gob.mx/documentos/Comunicados%20Prensa/docs/ComunicadosPrensa/2020/comunicado12>.
- ____ (2020) Acuerdo 4/2020 relativo a las medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19, https://www.cjf.gob.mx/resources/AcuerdoGeneral_4-2020-V2.pdf.
- Kelsen, H. (2018), *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.
- Obregón Salinas, G. L. (2020), “Cómo aplicar los derechos humanos desde la Constitución”, <https://www.digitalmex.mx/opinion/story/18282/como-aplicar-los-derechos-humanos-desde-la-constitucion>.
- ____ (2020), “Democracia, contribuciones y constitucionalidad de las acciones frente al COVID-19”, videoconferencia, <https://youtu.be/eGiNZdROlfl>.

- ONU (Organización de las Naciones Unidas) (1948), Declaración de los Derechos Humanos.
- ____ (1966), Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Recasens Siches, L. (2000), *Introducción al Estudio del Derecho*, México Porrúa,
- Ruiz Rodríguez, V. (2014), *Democracia y Derechos Humanos en México. Situación actual*, Toluca Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (Codhem)
- Tena Ramírez, F. (2009), *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa.
- Villaseñor Alonso, I. (2015), “La Democracia y los Derechos Humanos: Una Relación Compleja”, *Foro Internacional*, LV (4), México, Centro de Estudios Internacionales de El Colegio de México.

El relativismo punitivo para el combate a la corrupción

Punitive Relativism to Combat Corruption

Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria*

RESUMEN

La reforma del 10 de junio del 2011 se encuentra conformada de dos elementos: La ampliación de los derechos humanos, desde la Constitución hasta los tratados internacionales y en las restricciones a su ejercicio. Dentro de esas restricciones se encuentra la relativización de determinados derechos humanos y la operatividad distinta del principio propersona, así como su no aplicación en el rubro convencional. En este capítulo abordamos los argumentos jurídicos para determinar que en los actos que se realicen por hechos de corrupción, la restricción de los derechos humanos es la idónea para combatirla.

Palabras clave: corrupción, derechos humanos, combate a la corrupción, restricción de derechos humanos

ABSTRACT

The reform of 10 June 2011 is composed of two elements: The expansion of Human Rights, from the Constitution to the International Treaties and restrictions on its exercise. The restrictions include the relativization of certain Human Rights and the operation other than the pro-persona principle, and their non-application in the conventional section. In this chapter we address legal arguments to determine that in acts of

corruption, the restriction of human rights is the right to combat it.

Key words: *Corruption, Human Rights, Fight corruption, human rights restriction.*

NOTA INTRODUCTORIA

El poder punitivo del Estado se refiere a la potestad que este tiene para sancionar mediante la aplicación de la norma jurídica y a través de procedimientos de diversa naturaleza a aquellos que resulten responsables de la comisión de algún hecho ilícito.

El sistema normativo está diseñado para que, a través de procesos, se emita una sanción hacia aquellos que han violado la norma jurídica, por medio de juicios de reprochabilidad. Sin embargo, el actual sistema normativo en México pretende converger varias disciplinas jurídicas para sancionar con fines específicos. Con el relativismo punitivo se pueden vislumbrar las prioridades sistémicas del ejercicio del poder en turno.

La problemática que se plantea en este trabajo es que, a través de procedimientos jurídicos multidisciplinarios, mediante reglas procesales de derecho penal de excepción, se pretende sancionar por distintas vías a una persona o grupo de personas, por un solo hecho, con el fin de recuperar activos, mediante la violación

* Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (Uemex), con posdoctorado CONACYT para investigadores de alto nivel académico. Investigación posdoctoral en anticorrupción por la Universidad del Salento en Lecce, Italia. Investigación posdoctoral en derecho administrativo disciplinario en la Universidad de Valencia en España. Egresada de la Tercera Escuela de Verano en Dogmática Penal y Procesal Penal Alemana de la Universität de Göttingen, en Alemania. Investigación posdoctoral en derecho penal del enemigo por la Universidad de Sevilla en España.

de los derechos fundamentales y humanos que en México son obligatorios de observar desde la Constitución Política de los Estados Unidos hasta el sistema interamericano.

Es importante señalar que la multidisciplinariedad de procedimientos que pudieran converger en el relativismo punitivo debe estar dirigida a la recuperación u obtención de activos en lo que respecta al combate a la corrupción.

En ese sentido, es básico indicar que la funcionalidad del relativismo punitivo se puede dirigir al control económico del ejercicio del poder en turno.

CONCEPTOS BÁSICOS DEL RELATIVISMO PUNITIVO

BASES METODOLÓGICAS

El relativismo punitivo se sustenta en las siguientes teorías:

1. Teoría de sistemas, de Niklas Luhmann

La teoría de sistemas, del alemán Niklas Luhmann, se retoma desde la perspectiva de la funcionalidad de cada comunicación sistémica para lograr un fin, esto en el sentido de que cada comunicación emitida por las disciplinas jurídicas que conforman al relativismo punitivo debe ser funcional tanto en la sanción como en la recuperación de activos, en virtud de que un sistema está compuesto de diferencias, pero a su vez de operatividad y funcionalidad.

Con esa teoría se puede indicar que las estructuras normativas de las disciplinas que convergen entre ellas en el relativismo punitivo se comunican entre sí, tienen el mismo nivel comunicativo y todas buscan el mismo fin, aun y cuando sus discursos jurídicos perlocucionariamente contengan, en apariencia, distintos propósitos.

En ese sentido, esa teoría manifiesta lo siguiente:

Todo lo que se pueda decir sobre una teoría de sistemas es, en última instancia, un intento de responder de manera precisa a lo que se designa bajo el concepto de sistema y esto, sobre todo, en dos aspectos fundamentales: 1) pasar de la consideración de que un sistema es un objeto, la pregunta de cómo se llega a obtener la diferencia que se designa bajo el binomio sistema/entorno. ¿Cómo es posible que esta distinción (sistema/entorno) se reproduzca, se mantenga, se desarrolle mediante evolución, con el resultado de que cada vez más se pone a disposición del sistema (una mayor complejidad)? Y, 2) ¿Qué tipo de operación hace posible que el sistema, al reproducirse, mantenga siempre dicha diferencia?

Por consiguiente, para la sociología de Luhmann un sistema es sólo una distinción que empleamos en la comunicación: una distinción social. La sociedad no es una estructura petrificada, sino una operación de distinción que se propicia en la comunicación y mediante la cual los seres humanos orientan sus acciones. Un sistema es sólo una forma, por consiguiente una distinción, una separación, una diferencia. Se opera una distinción trazando una marca que separa dos partes, que vuelve imposible el paso de una parte a la otra sin atravesar la marca. La forma es, pues, una línea de frontera que marca una diferencia y obliga a clarificar en qué parte se indica cuando se dice que se encuentra en una parte y dónde se debe comenzar si se quiere proceder a nuevas operaciones (Torres, 1999).

Es decir, la teoría de sistemas, de Luhmann, describe qué tan complejo se puede abordar un tema y qué tan limitado; sin embargo, en ambas formas la

operatividad es plausible y, por consiguiente, la funcionalidad sistémica también.

En el caso del relativismo punitivo es importante señalar que esa teoría sirve de herramienta para poder vislumbrar la diferencia que hace de un ordenamiento jurídico de otro, todo ello de acuerdo con los límites que entre ellos guardan sobre sus propios conceptos dogmáticos y reglas procesales hacia los demás; pero al mismo tiempo, la complejidad sistémica muestra que esas diferencias marcadas por el entorno de cada disciplina jurídica también pueden conjuntarse en un solo sistema mediante comunicaciones y operaciones funcionales con respecto a la sanción y a la recuperación de activos, las cuales también marcan una diferencia en relación con otros elementos que, desde su operatividad sistémica, serían disfuncionales creando su propio entorno.

De hecho, en el relativismo punitivo, las materias que lo pudieran conformar se deben acoplar estructuralmente desde el punto de vista sistémico; es decir, sus diferencias deben tener operatividad al mismo tiempo en un todo funcional.

En Luhmann, el acoplamiento estructural se describe así:

En cambio, la noción de acoplamiento estructural, si bien situada en la cercanía del concepto de impenetración, está formulada desde la perspectiva de un observador externo que se pregunta cómo es que entran en relación sistemas que son autopoiéticos: ¿Cómo es posible que un sistema que se reproduce con sus propias operaciones pueda ponerse en contacto con el entorno?

La noción del acoplamiento estructural tiene el sentido de explicar que el desarrollo de un sistema está convenido con los acoplamientos estructurales; es decir, que los sistemas sólo pueden construir estructuras que son compatibles con el entorno, sin que el entorno pueda determinar la operación con la que construyen dichas estructuras. En la expresión de Maturana se habla de que el acoplamiento estructural se encuentra colocado de manera ortogonal a la autopoiesis del sistema.

El concepto presupone que todo sistema autopoiético opera como sistema determinado por la estructura; es decir, como un sistema que puede determinar las propias operaciones sólo mediante las estructuras propias. El acoplamiento estructural, entonces, excluye el que datos existentes en el entorno puedan especificar, conforme a las propias estructuras, lo que sucede en el sistema (Torres, 2007).

En el caso del relativismo punitivo son, precisamente, los entornos individuales y específicos de cada disciplina jurídica que lo conforma, sin importar la diferencia de reglas procesales y conceptos dogmáticos existentes en cada una; pero, a su vez, las estructuras sistémicas de esas disciplinas jurídicas se determinan por la relación dogmática-procesal para cumplir la finalidad punitiva, es decir, con respecto a la funcionalidad de las disciplinas jurídicas que conforman el relativismo punitivo, por medio de la diferencia de sus estructuras se complementan entre sí para cumplir la finalidad sistémica de la punición.

En la siguiente imagen se puede mostrar cómo las diferentes disciplinas jurídicas son sistemas independientes:

IMAGEN 1.



La imagen anterior muestra a las disciplinas jurídicas como sistemas independientes, con comunicaciones y estructuras sistémicas propias e inobservables entre sí, de tal suerte que si el observador las describiera quedaría claro que son distintas entre ellas y que no hay motivo alguno para que tuvieran una relación convergente.

Sin embargo, para el relativismo punitivo, las comunicaciones y estructuras sistémicas de diversas disciplinas jurídicas se acoplan estructuralmente para cumplir determinados fines, en el caso que nos ocupa para sancionar y recuperar activos.

En este análisis se proponen las siguientes disciplinas jurídicas para conformar nuestra teoría del relativismo punitivo:

1. Derecho penal garantista,
2. Derecho penal del enemigo (restrictivo),
3. Derecho administrativo disciplinario,
4. Derecho administrativo sancionador,
5. Derecho civil de excepción (extinción de dominio).

Toda vez que una de nuestras bases metodológicas para su construcción es la teoría de sistemas, no podemos indicar que sea la única; al contrario, la complejidad sistémica del relativismo punitivo puede ser tanta como el lector lo considere.

Es así como, visto desde la teoría de sistemas, el acoplamiento estructural de las comunicaciones sistémicas de las disciplinas jurídicas señaladas quedaría como sigue:

IMAGEN 2.



Como se puede observar, las disciplinas jurídicas convergen entre sí únicamente para cumplir una finalidad: sancionar para recuperar activos.

Es importante señalar que únicamente las disciplinas tomarán las comunicaciones sistémicas que consideren necesarias para que el sistema del relativismo punitivo cumpla su fin; esto quiere decir que por ningún motivo es necesario que en una de estas disciplinas jurídicas se encuentren funcionando conceptos de otras; al contrario, precisamente su funcionalidad depende de la diferenciación de conceptos entre las mismas.

Sin embargo, sus mismas estructuras sistémicas permiten que las reglas procesales y sustantivas puedan converger entre sí para el cumplimiento de la finalidad sistémica del relativismo punitivo; esto es, el derecho administrativo disciplinario puede contener tanto reglas procesales como sustantivas del derecho penal del enemigo, la extinción de dominio también, y, de la misma forma, el derecho administrativo sancionador y el derecho penal.

Las afirmaciones señaladas en el párrafo anterior llevan a señalar que, en el sistema del relativismo punitivo, las estructuras sistémicas de las disciplinas que lo conforman tienen un elemento en común para cumplir con su funcionalidad: las reglas procesales y sustantivas del derecho penal del enemigo. Esto quiere decir que el derecho penal del enemigo será la comunicación sistémica constante en la convergencia de las disciplinas jurídicas señaladas, pues, en caso contrario, no podrían funcionar para cumplir el fin sistémico del relativismo punitivo.

En ese tenor, el derecho penal del enemigo será el eje de funcionalidad del relativismo punitivo; no obstante, se debe

señalar que sus reglas, tanto procesales como sustantivas, pueden operar sistémicamente directa e indirectamente.

Lo anterior se refiere a que las reglas sustantivas y procesales del derecho penal del enemigo pueden estar dentro de las propias disciplinas o retomarse comunicativamente por medio de un acoplamiento estructural, es decir, cualquier disciplina jurídica que conforma al sistema del relativismo punitivo puede adoptar reglas de este derecho traídas de otras, desde una perspectiva netamente procesal.

2. La Teoría de la relatividad, de Albert Einstein

La pregunta es: ¿se pueden utilizar principios de la física cuántica para explicar el fenómeno jurídico?, la respuesta es sí, pues a partir de leyes científicas se puede explicar un fenómeno social utilizando al derecho como ciencia.

La física cuántica nos dice que por completa que sea nuestra observación del presente, el pasado (no observado) y el futuro son indefinidos y sólo existe como un espectro de posibilidades. Según la física cuántica, el universo no tiene un solo pasado o una historia única.

Que el pasado no tenga forma definida significa que las observaciones que hacemos de un sistema en el presente también afectan al pasado (Hawking, 2010).

En ese sentido, se puede indicar que la norma jurídica punitiva no solamente se puede aplicar en un ámbito, sino que tiene infinidad de posibilidades para operar; de hecho, puede crear realidades sociales, ya sea en el pasado, en el presente o en el futuro.

Lo anterior se puede explicar así: si determinada persona únicamente es

juzgada a partir de las consecuencias punitivas de una disciplina jurídica autónoma, y no desde el sistema punitivo que se analizó en párrafos anteriores, la realidad construida desde el derecho sería distinta a la que se edificara si se le juzgara mediante la interacción normativa del sistema correspondiente al relativismo punitivo.

En el primer caso la sanción sería únicamente por medio de una disciplina, pudiendo ser la más relajada, como, por ejemplo, un derecho administrativo sancionador o un derecho penal garantista; pero en el caso de la interacción sistémica de todas las punitivas correspondientes a las disciplinas jurídicas, las sanciones podrían ser tanto administrativas como penales. Todo depende de la persona a la que se le aplique la norma jurídica y cuáles sean las disciplinas normativas que se le apliquen para construir una realidad desde el discurso normativo.

Ejemplo:

Caso 1. Gobernador corrupto (en ambas premisas son los mismos hechos, pero la norma jurídica se puede aplicar de diversa forma).

6. Premisa 1. El gobernador puede ser imputado por un delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita con delincuencia organizada, enriquecimiento ilícito; además de ello le congelan las cuentas bancarias y le inician un procedimiento de extinción de dominio en el cual pueden disponer anticipadamente de sus bienes. Cabe señalar que la medida cautelar en el proceso penal que se le siga será prisión preventiva oficiosa y en prisión de máxima seguridad.
7. Premisa 2. En el mismo caso, a dicho gobernador únicamente se le investiga, judicializa y procesa por operaciones con recursos de procedencia Ilícita (lavado de dinero). La medida cautelar en materia penal sería eco-

nómica, sin necesidad de que el sujeto procesado estuviera internado en algún penal.

Las premisas anteriores demuestran cómo es que las diversas formas de aplicación de los diferentes sistemas jurídicos no solamente crean múltiples realidades sociales en el presente en que están operando, sino que pueden reconstruir multirrealidades de hechos pasados y conforman diversos futuros.

De acuerdo con la física cuántica: “Las cosas no son lo que parecen tal y como las percibimos a través de los sentidos” (Hawking, 2010); es decir, en términos jurídicos depende de la aplicación de la norma jurídica para crear determinada realidad, pues cuando se aplica determinado modelo jurídico la realidad se absolutiza, del mismo modo que si se aplicasen modelos jurídicos en conjunto. “Realismo dependiente del modelo: Cuando el modelo explica satisfactoriamente los acontecimientos tendemos a atribuirle a él y a los conceptos que lo integran la calidad de realidad absoluta” (Hawking, 2010).

Lo anterior muestra que, en la operatividad sistémica de la aplicación punitiva de la norma jurídica, existe libertad para utilizar el modelo que resulte más conveniente.

De igual forma, la teoría de la incertidumbre, de Werner Heisenberg, en la física cuántica, nos ayudará a determinar la relatividad de la norma punitiva que en este análisis nos ocupa, pues dicho científico basa sus postulados en que no existe algo que se pueda medir exactamente, es decir, nada es exacto, y mientras más complejo sea el asunto más grande es la inexactitud de la medición; es así como lo más sensato que se puede hacer es poner un rango de validez.

Dado el estado de un sistema en cierto momento, las leyes de la naturaleza determinan las probabilidades de los diversos futuros y pasados en lugar de determinar con certeza el futuro y el pasado [...]

La física cuántica nos dice que nada está localizado en un punto definido, porque si lo estuviera, la incertidumbre en su cantidad de movimiento sería infinita [...]

La física cuántica indica que por completa que sea nuestra observación del presente, el pasado (no observado) y el futuro son indefinidos y solo existe como un espectro de posibilidades. Según la física cuántica el universo no tiene un solo pasado o una historia única (Hawking, 2010).

Lo anterior se puede aplicar a la operatividad del relativismo punitivo si la aplicación de las diversas disciplinas jurídicas se convierte en una incertidumbre, pues sería inexacto determinar que en todos los casos en concreto se debe sancionar en un solo sentido y mediante una única disciplina jurídica.

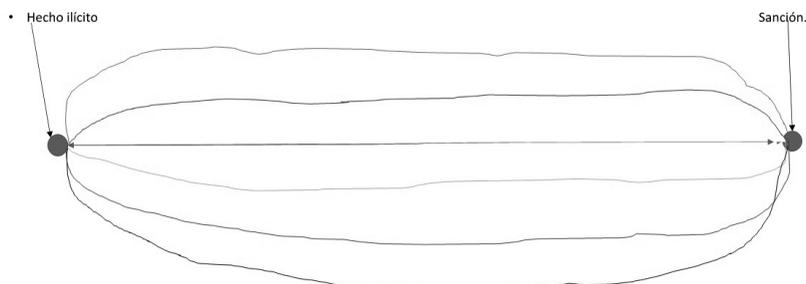
Hay límites a nuestras capacidades de medir simultáneamente ciertas magnitudes, como por ejemplo la velocidad y la posición de una partícula: cuanto más precisa es la medida de la velocidad menos precisa será la medida de la posición y viceversa (Hawking, 2010).

Por tanto, la incertidumbre en la aplicación de las múltiples disciplinas que conforman al relativismo punitivo, depende de la persona a la que se dirige, de quienes imparten justicia y del momento histórico de que se trate. Es decir, como se puede aplicar la punición desde una sola disciplina jurídica, también existe la posibilidad de que se apliquen simultáneamente las puniciones de todas las ramas del derecho que conforman al sistema punitivo.

La siguiente imagen ilustra la operatividad de la aplicación de la sanción desde diversas ramas jurídicas, con la incertidumbre de que se aplique una sola rama jurídica o todas a la vez.

IMAGEN 3.

INCERTIDUMBRE Y RELATIVIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA.



- Las diversas líneas refieren a las diferentes disciplinas jurídicas, las cuales se pueden aplicar una a la vez o todas al mismo tiempo. La incertidumbre radica en las circunstancias específicas que pudiera causar una u otra situación.

Con los anteriores postulados se puede hacer un análisis de lo que se considera “relatividad” en la aplicación de la sanción en lo que se conceptualizará como “relativismo punitivo”.

De acuerdo con Einstein, todo es relativo, y la construcción de la realidad depende del observador, pues la observación modifica el curso del sistema, es decir, los principios absolutos han sido superados para llegar a la aplicación infinita de posibilidades. “Cada cuerpo de referencia tiene su tiempo especial, una localización temporal tiene sólo sentido cuando se indica el cuerpo de referencia al que remite” (Hawking, 2010).

Eso es sencillo de explicar en el ámbito del derecho, pues el relativismo punitivo puede pasar desapercibido por ciertos observadores toda vez que está compuesto de diversas disciplinas jurídicas, pero si este se observa únicamente desde el derecho penal y el observador desconoce el derecho administrativo disciplinario, no podrá identificar la incertidumbre sobre las múltiples posibilidades que existen para aplicar una sanción y, al contrario, pensará que la única opción válida es desde el derecho penal; lo mismo sucede a la inversa, así como con todas y cada una de las disciplinas que conforman nuestra teoría. En este sentido, Albert Einstein diría: “La aplicación y validez de la sanción desde determinada disciplina jurídica es relativa, todo depende del observador”.

Los descubrimientos de Einstein demostraron que las leyes científicas que teníamos por universales, en verdad no lo eran. Por otro lado, al descubrirse que el átomo no era la unidad más pequeña de la materia, y que la ubicación y el movimiento de las partículas en su interior es impredecible (principio de incertidumbre de

Heisenberg), el conocimiento clásico hizo crisis: lo probabilístico desplazó a lo exacto y lo posible (Krenz, 2016).

Lo anterior permite vislumbrar que el relativismo punitivo puede ser el método que permita analizar las causas y consecuencias en determinada realidad para aplicar de manera funcional una disciplina jurídica sancionatoria.

En Relatividad (La teoría general y especial), Einstein describió la física en un espacio plano, el dominio de la relatividad especial. Sus postulados fueron bastantes simples: primero, las leyes de la física son las mismas para todos los observadores desplazándose a velocidad constante; y segundo, todos ellos medirán la misma velocidad de la luz. Ciertamente, sir Isaac Newton hubiera asentido el primer punto, pero hubiera tenido que desestimar el segundo. Einstein consiguió este efecto tras recalcar que las leyes de la física eran invariables no solo bajo rotaciones entre direcciones del espacio, sino también bajo rotaciones de espacio y tiempo (Hawking, 2010).

Entonces, el relativismo, en la sanción, implica que esta última puede ser aplicada desde cualquier disciplina jurídica, en cualquier tiempo y en cualquier espacio, lo cual es equivalente, pues la funcionalidad es la misma; por lo que es irrelevante desde qué disciplina se aplique, lo importante es el resultado y la finalidad.

Einstein notó que el hecho de que todos los cuerpos caen con la misma aceleración en un campo gravitacional externo implica que un observador en caída libre no percibe la aceleración de otros cuerpos cayendo junto con él. Por lo tanto, los movimientos mecánicos de dichos cuerpos se comportan como en la ausencia de

gravedad. A raíz de todo esto, Einstein postuló que en dichas circunstancias, no solo las leyes mecánicas sino que todas las leyes físicas deben comportarse como en la ausencia de gravedad. Esta generalización le permitió proporcionar una descripción de la gravedad en términos de propiedades geométricas del espaciotiempo al proponer que la materia y la energía curvan al espaciotiempo y que la gravedad es el resultado de dicha curvatura. Es decir, la materia determina la geometría del espaciotiempo y la geometría del espaciotiempo establece las posibles trayectorias gravitacionales de los cuerpos sobre este. En consecuencia, los objetos no sienten fuerzas gravitacionales (estas no existen en relatividad general) sino que sus trayectorias se ven afectadas por la geometría no trivial (i.e. no plana) del espaciotiempo donde viajan. Por lo tanto, desde el punto de vista de la relatividad general, el principio de equivalencia no es considerado una característica circunstancial del campo gravitacional sino parte de los fundamentos mismos de la física (Okon, 2013: 70))

El párrafo anterior se argumenta con base en el principio de las equivalencias; es decir, las situaciones son indistinguibles, son lo mismo, lo importante es la funcionalidad, en este caso, de la sanción aplicable.

Cabe mencionar que la funcionalidad de la sanción no depende de que la sanción más grave o más débil, sino de la finalidad, del porqué se va a sancionar, de quién va a ser la persona sancionada, del momento histórico (tiempo) y de lo que se busca lograr con la aplicación de la sanción; por tanto, lo importante es la funcionalidad, es decir, la sanción como un todo funcional capaz de ser aplicada en el momento correcto y ante los observadores correctos, quienes le otorgarán la validez debida.

Por tanto, la sanción, el sujeto a quien se aplique, las personas que la apliquen, el tiempo en el que se aplique, la disciplina jurídica desde la cual se aplique, la gravedad o debilidad de la sanción y las consecuencias de su aplicación son relativas e impredecibles, además inexactas, pues lo importante es la funcionalidad sistémica de la misma.

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, DEL PROFESOR GÜNTHER JAKOBS

El elemento básico de funcionalidad en el relativismo punitivo que se analiza es el derecho penal del enemigo, esto quiere decir que las disciplinas jurídicas que conforman su sistema conviven con sus reglas, ya sean dogmáticas o procesales, ya sea directa o indirectamente.

Desde el observador jurídico unidimensional esto es imposible, pues el derecho administrativo disciplinario, por ejemplo, no puede regirse bajo las reglas del derecho penal del enemigo; y, a la inversa, el derecho penal del enemigo no tiene nada que hacer en el derecho administrativo disciplinario ni en ningún otro derecho; y esta regla, aparentemente válida, pudiera aplicarse a cualquier ordenamiento normativo, sin embargo, no es así. En el relativismo punitivo el derecho penal del enemigo no solamente es convergente con las disciplinas jurídicas que lo conforman, sino el común denominador de todas ellas para su funcionalidad sancionadora.

El derecho penal del enemigo va dirigido hacia los peligrosos sociales; es un conjunto de normas jurídicas cuya dogmática y procesos jurídicos pretenden proteger a los sujetos sociales que trasgreden la norma jurídica en contra de quienes realizan conductas cuyo impacto es tan grande que puede poner en grave peligro a la sociedad.

Son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa en los beneficios de este: a partir de este momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica. En correspondencia con ello, afirma Rousseau, que cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que se halla en guerra con este. La consecuencia reza así: “al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano”. De modo similar argumenta Fichte: “quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derecho” (Jakobs y Cancio, 2003: 26 y 27).

En el derecho penal del enemigo, la conducta del peligroso social es reprobable, es decir, se busca su exclusión, toda vez que no presta la mínima garantía cognitiva de seguridad para poder vivir en sociedad con los demás ciudadanos. En este sentido, el profesor Jakobs indica:

El derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, el Derecho Penal del Enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es solo coacción física hasta llegar a la guerra. El derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho Penal del Enemigo (en sentido amplio: incluyendo el derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias.

El derecho penal del enemigo es un derecho de Estado; es decir, mientras menor

equilibrio sistémico de poderes fácticos hacia éste, podrá utilizar ese derecho como lo considere, es decir, podrá construir al enemigo desde su propia perspectiva.

Bajo esa lógica (aunque para algunos no suene tan lógico), es menester definir al derecho penal del enemigo desde la perspectiva del profesor Günther Jakobs:

La supresión de derechos, encaminada no a la reparación del daño en un sentido amplio, sino al combate de una fuente de peligro, es lucha, y con ello, guerra. La lucha no tiene lugar, en la práctica, sin regla alguna, sino que el Estado se dota a sí mismo y dota a los funcionarios ejecutores de reglas delimitadoras de la lucha. Por ello se trata internamente de Derecho Penal del Enemigo, de manera que los enemigos resultan jurídicamente excluidos, o de manera más precisa, se autoexcluyen. A pesar de ello, el Derecho Penal del Enemigo es una creación peligrosa, pero precisamente por eso debe estar definido y calificado como derecho de excepción (Jakobs, 2013).

En ese sentido, el derecho penal del enemigo cuenta con reglas procesales, las cuales, desde el ámbito individual de su aplicación, deben considerarse de excepción. Dichas reglas son las siguientes:

1. Se adelanta el estadio de la punibilidad, esto quiere decir que a una persona se le priva de la libertad por simple sospecha incluso antes de haber cometido la conducta delictiva.
2. Se utilizan técnicas especiales de investigación, tales como testigos protegidos, intervención de comunicaciones, cuentas bancarias, financieras, además de georreferenciación en tiempo real, infiltración de agentes, usuarios simulados.
3. No se requiere la materialización de la conducta, basta con que el sujeto planee organi-

- zarse o se organice para cometer los delitos considerados de peligro.
4. Las medidas cautelares son de alejamiento, por ejemplo, la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa.
 5. Existen beneficios a cambio de información de un testigo protegido.
 6. Las penas son extremadamente altas.
 7. Los indicios en la investigación pueden tener prueba plena.
 8. Existe la reversión de la carga de la prueba mediante presunciones iuris tantum, ello implica que el sujeto tiene que demostrar que no realizó la conducta o no se estaba organizando para realizarla o no estaba planeando dicha organización.
 9. Las prescripciones se duplican.
 10. Se persigue en prospectiva, es decir, es un derecho que previene hechos futuros que, ilícitamente, puede realizar el enemigo (Jakobs y Cancio, 2013).
3. La finalidad del relativismo punitivo es sancionar y obtener capitales.
 4. Las reglas básicas de operatividad del relativismo punitivo responden a las del derecho penal del enemigo.
 5. La sanción no es exacta, sino relativa, y depende de las disciplinas que operen en el caso concreto.
 6. Las sanciones en el relativismo punitivo pueden ser diversas, todo depende de la disciplina jurídica que las aplique; sin embargo, también pueden ser únicas.
 7. Dada la relatividad de las sanciones, es posible que éstas puedan ser manipuladas por los operadores jurídicos.
 8. Las disciplinas jurídicas pueden converger entre sí para sancionar y recuperar capitales.
 9. Las reglas del derecho penal del enemigo pueden encontrarse directamente en las normas jurídicas que conforman las disciplinas en el relativismo punitivo (no es necesario que pertenezcan al ámbito penal) o pueden ser utilizadas indirectamente a través de otras.
 10. La convergencia de las disciplinas jurídicas fortalece la probabilidad de la sanción y la recuperación de los activos.
 11. La convergencia de las disciplinas jurídicas para sancionar y recuperar activos no violenta el principio *non bis in idem*.
 12. Los procesos jurídicos de las disciplinas que conforman al relativismo punitivo no están exentos de la posibilidad de violar derechos humanos; al contrario, es muy probable que violenten derechos fundamentales, en virtud de que el derecho penal del enemigo es un derecho que se debe aplicar por excepcionalidad, y no en cualquier caso o disciplina jurídica.

Por tanto, las disciplinas jurídicas que conforman al relativismo punitivo tienen, por lo menos, uno de esos principios procesales dentro de sus estructuras sistémicas, ya sea de forma directa o tomadas indirectamente de otras.

CONCEPTUALIZACIÓN DEL RELATIVISMO PUNITIVO Y LA FUNCIONALIDAD DE SUS DISCIPLINAS

De acuerdo con las teorías que hemos señalado como base para construir la aplicabilidad normativa del llamado relativismo punitivo, nos podemos auxiliar de ciertos principios para armar un concepto funcional:

1. El relativismo punitivo es multidisciplinario.
2. Las disciplinas jurídicas que lo conforman deben ser funcionales y estructuralmente sistémicas.

Ante esos puntos, nos permitimos indicar que la definición de relativismo punitivo para el combate a la corrupción es la siguiente:

Es el conjunto multidisciplinario de normas jurídicas, con construcciones discursivas y realidades propias pero convergentes entre sí mismas, cuyos elementos punitivos tienen como base, ya sea directa o indirectamente, un sistema referencial operativo-procesal común mediante reglas de derecho penal del enemigo o de los principios en materia de derechos humanos. Su fin principal es la recuperación de activos por medio de la sanción para el ejercicio del poder o la mera sanción.

Por lo tanto, las leyes que conforman la operatividad del relativismo punitivo en el combate a la corrupción en México son las siguientes:

1. Ley General de Responsabilidades Administrativas (Ley General de Responsabilidades Administrativas 2019),
2. Código Penal Federal (Código Penal Federal 2020),
3. Ley Federal Contra la Delincuencia organizada. (Ley Federal contra la Delincuencia Organizada 2019),
4. Ley de Instituciones de Crédito (Ley de Instituciones de Crédito 2019),
5. Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita 2018),

6. Ley Nacional de Extinción de Dominio (Ley Nacional de Extinción de Dominio 2020).
7. Ley de la Guardia Nacional (Ley de la Guardia Nacional).

El hecho de que, por su operatividad y funcionalidad sistémica sancionadora, se hayan seleccionado estas disciplinas normativas, no implica que no puedan anexarse más, siempre y cuando cumplan con los fines específicos del relativismo punitivo.

Ante ese panorama, es sumamente importante señalar la convergencia, directa e indirecta, de las disciplinas que conforman al relativismo punitivo.

CONVERGENCIA DIRECTA DOGMÁTICA Y PROCESAL DE LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS QUE CONFORMAN AL RELATIVISMO PUNITIVO

La convergencia directa de las disciplinas que conforman al relativismo punitivo se refiere a aquellos conceptos dogmáticos y procesales, basados en el derecho penal del enemigo, que tienen individualmente las distintas disciplinas para el combate a la corrupción, y que pueden ser operativas desde ellas mismas fortaleciendo a las demás.

El siguiente cuadro muestra la convergencia directa procesal mediante reglas de derecho penal del enemigo en el relativismo punitivo para el combate a la corrupción.

TABLA 1.

Normativa	Regla de derecho penal del enemigo	Artículo
Ley General de Responsabilidades Administrativas	Técnicas especiales de investigación, testigo protegido, denunciante anónimo, reversión de la carga de la prueba	22, 91, 88 y 89

Código Penal federal	Testigo protegido, reversión de la carga de la prueba	256, fracción IV, y 400 bis
Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Técnicas especiales de investigación, reversión de la carga de la prueba, adelantamiento de la punibilidad, duplicidad de la prescripción, testigos protegidos	2, 2 bis, 2 ter, 6, 11, 11 bis, 22, 32 y 34
Ley de Instituciones de Crédito	Reversión de la carga de la prueba, adelantamiento de la punibilidad	115, párrafo 9º
Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita	Técnicas especiales de investigación, reversión de la carga de la prueba	7
Ley Nacional de Extinción de Dominio	Técnicas especiales de investigación, reversión de la carga de la prueba	1, 2, 7, 8, 9, 15, 16 y 190
Ley de la Guardia Nacional	Técnicas especiales de investigación	9, 15, 100, 106, 103, n

Como se puede observar, las disciplinas jurídicas que son operativas en el relativismo jurídico para el combate a la corrupción cuentan, por sí mismas, con reglas, ya sea procesales o dogmáticas, del derecho penal del enemigo.

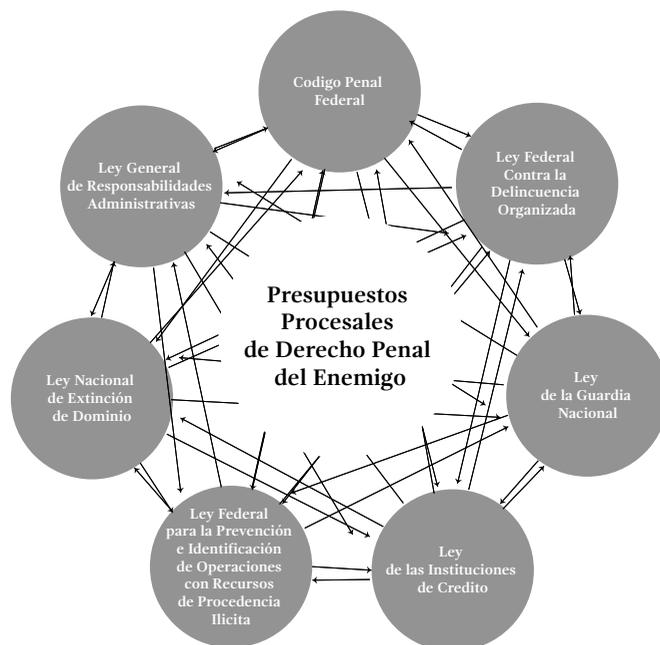
CONVERGENCIA INDIRECTA PROCESAL DE LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS QUE CONFORMAN AL RELATIVISMO PUNITIVO

Dada la operatividad y funcionalidad del relativismo punitivo, las materias que lo conforman para el combate a la corrupción pueden converger en forma indirecta, es decir, con respecto a sus propios

procedimientos; por ejemplo, en la investigación propia, ya sea administrativa, penal, civil o administrativa disciplinaria, pueden obtener prueba lícita (la cual, desde sus propios procedimientos, podría ser imposible que lo pudieran hacer sin violar derechos humanos), proveniente de otros procedimientos, aun y cuando éstos sean de diversa naturaleza jurídica.

La siguiente gráfica muestra cómo cada una de las disciplinas jurídicas se conecta procesalmente con otras con el fin de obtener prueba lícita, lo que, desde su propia operatividad, probablemente no sería posible.

IMAGEN 4.



Como se puede observar, todas las disciplinas están conectadas entre sí mediante reglas procesales de derecho penal del enemigo, esto implica, para el relativismo punitivo, que es irrelevante que expresamente esas reglas se encuentren directamente en las disciplinas jurídicas, pues su operatividad permite que sean funcionales desde otras operatividades jurídicas y, además, se refuercen entre sí.

CONCLUSIONES

110

Primera. El relativismo punitivo para el combate a la corrupción permite vislumbrar la operatividad que tiene el sistema jurídico mexicano para sancionar y recuperar activos multidisciplinariamente.

Segunda. Las reglas procesales básicas del relativismo punitivo son dirigidas por medio del derecho penal del enemigo.

Tercera. El relativismo punitivo no solo muestra que la sanción, e incluso la recuperación de activos, no exactamente se debe hacer desde una sola disciplina jurídica, sino que existen muchas posibilidades de aplicar la norma jurídica, sea directa o indirectamente. Lo anterior depende de los operadores jurídicos y del momento histórico.

Cuarta. El relativismo punitivo puede operar directamente —desde la propia disciplina jurídica— o indirectamente —varias disciplinas jurídicas actuando como un sistema y reforzándose entre sí— para sancionar y recuperar activos.

Fuentes consultadas

- Cárdenas Krenz, R. (2016), "La teoría del Caos y su aplicabilidad para el análisis y la comprensión de los fenómenos jurídicos", Libro Homenaje. Facultad de Derecho XXV años, Universidad de Lima.
- Congreso de la Unión (1931), Código Penal Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 14 de agosto, última reforma: 1 de julio de 2020.
- ____ (2019), Ley de la Guardia Nacional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 27 de mayo
- ____ (1990), Ley de Instituciones de Crédito, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 18 de julio, última reforma: 23 de marzo de 2020.
- ____ (1996), Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 7 de noviembre, última reforma: 8 de noviembre 2019
- ____ (2012), Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 10 de octubre, última reforma: 9 de marzo de 2018.
- ____ (2016), Ley General de Responsabilidades Administrativas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 18 de julio, última reforma: 13 de abril 2020.
- ____ (2019), Ley Nacional de Extinción de Dominio, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 9 de agosto de 2019, última reforma: 22 de enero de 2020.
- Okon, E. "El principio de equivalencia en la gravedad", disponible en <http://www.filosoficas.unam.mx/~okon/okon---2013---el-principio.pdf>.
- Hawking, S. (2010), *La gran Ilusión*. Las grandes obras de Albert Einstein, Barcelona: Crítica.
- ____ (2010), *La gran ilusión*. Grandes obras de Albert Einstein, España, Crítica.
- ____ (2010), *El gran diseño*, México, Paidós.
- Jakobs Meliá, G (2013), *Criminalidad Organizada*, México, Flores Editor y Distribuidor.
- Jakobs Meliá, G. y Manuel Cancio (2003), *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Civitas.
- Joly, M. (2016), *Diálogo en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*, Munhnik Editores.
- Slavoj, Z. (2019), *Contra la tentación populista*, Argentina, Ediciones Godot.
- Torres Nafarrete, J. (2007), *Introducción a la teoría de sistemas de Niklas Luhmann*, México, Universidad Iberoamericana.
- ____ (1999), *Introducción a la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

La valorización de la identidad cultural como desafío a la concreción del derecho al desarrollo

The Enhancement of Cultural Identity as a Challenge to Concretization of the Right to Development

Lívia Gaigher Bósio Campello *

Mariana Ribeiro Santiago **

Sinara Lacerda Andrade ***

RESUMEN

El presente artículo analiza el desarrollo en cuanto derecho humano de solidaridad y su conexión con el aspecto cultural. Al inicio, la investigación aborda la relación entre el proceso de globalización y la necesidad de preservar la identidad cultural nacional. Posteriormente, trata el impacto de la desapropiación cultural en el desarrollo. La elección del tema se justifica ante la necesidad de promover el desarrollo en una sociedad marcada por paradojas, desigualdades y caos en varios aspectos sociales. Se observa que la desapropiación cultural causa profundos prejuicios en los países en desarrollo, contribuyendo a la ineffectividad del derecho al desarrollo.

Lo que se pretende, como objetivo, es presentar un nuevo camino para hacer efectivo el derecho al desarrollo a partir de iniciativas de solidaridad vueltas a la garantía de la manutención de la cultura.

En el abordaje se utilizó el método deductivo, empleando, aun, investigación descriptiva, explicativa, bibliográfica y documental.

Palabras clave: Globalización, identidad cultural, solidaridad, desarrollo.

ABSTRACT

The present paper analyzes the development as a human right of solidarity, in its connection with the cultural aspect. At first, the research addresses the relationship between the process of globalization and the need to preserve national cultural identity. Next, it deals with the impact of cultural expropriation on development. The choice of theme is justified by the need to promote development in a society marked by paradoxes, inequalities and chaos in various social aspects. What is intended, as an objective, is to present a concrete response to the effectiveness of the right to development, based on initiatives of solidarity. In conclusion, it is noted that cultural expropriation causes profound damage to developing countries, contributing to the ineffectiveness of the right to development. In the approach, the deductive method was used, also involving descriptive, explanatory, bibliographical and documentary research.

Keywords: Globalization, Cultural Identity, Solidarity, Development.

* Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de San Pablo. Coordinadora y profesora del Programa de Maestría en Derecho de la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Correo electrónico: livia.campello@ufms.br

** Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de San Pablo. Profesora en el Programa de Doctorado y Maestría en Derecho de la Universidad de Marília/SP (UNIMAR). Editora-jefa de la Revista *Argumentum*. Correo electrónico: marianasantiago@bs-advogados.com

*** Doctora en Emprendimientos Económicos, Procesualidad y Relaciones Jurídicas por la Universidad de Marília/SP (UNIMAR). Correo electrónico: sinaralacerda.adv@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

La propuesta del presente trabajo es analizar el desarrollo como derecho humano de solidaridad, abordando el aspecto cultural como elemento fundamental para su efectividad, así como los perjuicios de la desapropiación cultural en los países en desarrollo.

Por tanto, se abordará, en el apartado primero, la relación entre el proceso de globalización, su impacto en el ámbito de la cultura, y la necesidad de preservar la identidad cultural de los pueblos.

El segundo apartado tratará sobre el análisis del impacto de la desapropiación cultural en el desarrollo, que se observa a partir de la introducción, en los países en desarrollo, de los valores del mundo occidental y de la falta de respeto a la cultura local.

Posteriormente, se hablará de las organizaciones no gubernamentales (ONG), su capacidad de actuación y alcance en los países en desarrollo, así como su papel en la lucha por la manutención de la cultura nacional.

En el último apartado será analizado el principio de la solidaridad y su relación con el desarrollo nacional por medio del respeto a la diversidad cultural, garantizando, por tal vía, el sentimiento de coalición existente entre los pueblos.

Se pretende, con el presente estudio, presentar una solución en lo que concierne a la ineffectividad del derecho al desarrollo al intentar positivar cuestiones humanísticas de carácter subjetivo, demostrando que, solamente por medio de la solidaridad y cooperación, será posible promover un cambio de paradigma y el desarrollo humano, especialmente en el campo que involucra la preservación cultural.

El estudio se justifica por la complejidad de la sociedad y por el caos instaurado en varios aspectos sociales, debido a la falta de acciones que fomenten y promuevan la solidaridad como fundamento para las relaciones sociales y preservación de la identidad cultural, sean ellas de carácter público o privado.

Se hará una investigación descriptiva y explicativa; en cuanto a los medios, se utilizará la investigación bibliográfica y documental, con amparo en la doctrina extranjera y nacional, así como análisis de índices y estadísticas. En el abordaje será utilizado el método deductivo, partiéndose del análisis de observaciones generales para alcanzar las especificidades de la temática propuesta.

NOTAS SOBRE CULTURA EN EL MUNDO GLOBALIZADO

La globalización trae transformaciones y genera efectos, positivos y negativos, en prácticamente todos los aspectos de la vida, incluso en los aspectos económicos. También puede ser caracterizada como un fenómeno político, tecnológico y cultural, especialmente influido por el incremento de los sistemas de comunicación observados al final de la década de 1960 (Giddens, 2002).

De acuerdo con Edgar Morin (2001), hay una relación entre la globalización de hoy con el proceso de conquista de las Américas y la expansión del occidente europeo sobre el planeta. Según el referido autor, la primera unificación mundial dañina para todos es la globalización de los microbios, como la tuberculosis y otras enfermedades europeas que llegaron a las Américas a lo largo de los años y los microbios americanos, como los de la sífilis, que también llegaron a Europa. El daño

principal, con todo, innegablemente fue para los conquistados si se considera el proceso de esclavización de sus poblaciones, de los negros, que fueron transportados para las Américas, y de los pueblos colonizados (Morin, 2001).

Tal cuadro de dominación empieza a mudar entre el fin del siglo XIX y el siglo XX, cuando inicia el proceso de descolonización o la emancipación relativa de los pueblos conquistados y esclavizados. Después de la caída del Muro de Berlín y del fin del imperio soviético, queda evidente la hegemonía norteamericana, en el mercado mundial, con la dominación tecnológica y económica del Occidente (Morin, 2001).

La globalización, en sus vestes actuales, inicia en 1989, tras la caída de las economías llamadas socialistas, teniendo como causa la expansión del capitalismo por todos los continentes, sumada al surgimiento de las redes de telecomunicaciones instantáneas. Como resultado, se verificó la unificación tecno-económica del planeta, así como una ola democratizadora en diversas naciones, acompañada de la valorización de los derechos del hombre y de los derechos de la mujer, cuyos resultados aún permanecen inciertos (Morin, 2013).

Se nota, en decurso de esa coyuntura, la existencia de una sociedad-mundo con un territorio que soporta intercomunicaciones permanentes y una economía mundializada. Sin embargo, teniendo en cuenta que una sociedad debe controlar su economía, ese aspecto, actualmente, muestra fallas. Faltan, todavía, autoridades legítimas, dotadas de poderes de decisión, y la conciencia de una comunidad transnacional (Morin, 2013).

Sobre la crisis decurrente de la unificación tecno-económica del globo, Edgar Morin refiere que:

Existe una coincidencia entre la proliferación de Estados soberanos, el crecimiento de su interdependencia y de su cierre etno-religioso. Esa coincidencia no es fortuita. Ella se explica: a) por las resistencias nacionales, étnicas y culturales a la occidentalización; b) por la caída generalizada de la esperanza depositada en el Progreso [...] Concomitantemente, y a despecho de la hegemonía tecno-económica y militar de los Estados Unidos, se desarrolla un mundo multipolar dominado por bloques de intereses simultáneamente cooperativos y opuestos, en que las múltiples crisis aumentan las necesidades de cooperación y, al mismo tiempo, los riesgos de conflictos [...] De esa manera, la globalización, simultáneamente única y plural, conoce su propia crisis, que reúne y desune, unifica y separa (Morin, 2013: 23 y 24).¹

En efecto, parece haber un malestar alrededor de la noción de globalización, teniendo en mente su carácter indeterminado, indisciplinado y de autopropulsión de asuntos mundiales. No hay claramente un centro, una comisión directora, alguien que esté en el control —no se puede precisar ni siquiera lo que sería estar en el control—. La globalización no se refiere solo a las iniciativas y a los emprendimientos globales deseados, sino a los efectos mundiales no pretendidos e imprevistos (Bauman, 1999).

Por otro lado, dicha coyuntura repercute directamente en la cuestión del poder y de la soberanía de los Estados. Según Bauman (1999: 64), “...en un mundo en que el capital no tiene domicilio fijo y los flujos financieros están más allá del control de los gobiernos nacionales, muchas de las palancas de la política económica no funcionan más”. El Estado permanece, así, con

1 Traducción de las autoras.

sus necesidades básicas, su poder de representación, quizá un servicio de seguridad para las megapresas (Bauman, 1999).

Hay autores que defienden que la globalización involucra, al mismo tiempo, tres grandes procesos, los cuales se desarrollan de manera integrada: la mundialización, relacionada a los fenómenos del consumismo, de la masificación y de la homogeneización de estilos de vida, vinculada a la dimensión cultural; la planetarización, asociada a las políticas gubernamentales y a las instituciones, responsable de la “miniaturización” del Estado-nación, y la globalización tecnológica, la cual afecta de manera directa los modos de producir, impulsados por redes transnacionales, de producción, financieras y de comercio (Delgado, 2001; Dreifuss, 1997).

Mucho se especula, actualmente, respecto de si la globalización está desarrollándose de un modo ecuánime o si genera un proceso de “occidentalización”, por ejemplo, por medio de la internacionalización maciza de marcas como Coca-Cola y McDonald’s, estimulando las diferencias sociales, en un nuevo proceso de imperialización o “pillaje global” (Giddens, 2002).

En términos análogos, hay el entendimiento de que el proceso de globalización es desigual y no continuo, y no se muestra como distribuidor de riquezas, al contrario, concentra y añade recursos en las manos de pocos, principalmente de las grandes potencias mundiales, o sea, los grandes capitalistas, lo que puede conducir a la conclusión de que el desarrollo económico es un mito, algo inalcanzable para los países periféricos (Furtado, 1974).

Milton Santos, experto nacional sobre el tema, al caracterizar la globalización

como una fábula y destacar su uso ideológico y político, afirma:

Se habla, por ejemplo, en aldea global para hacer creer que la difusión instantánea de noticias realmente informa las personas. A partir de ese mito y del acortamiento de las distancias —para aquellos que realmente pueden viajar— también se difunde la noción de tiempo y espacio contraídos. Es como si el mundo se hubiese vuelto, para todos, al alcance de la mano. Un mercado avasallador dicho global es presentado como capaz de homogeneizar el planeta cuando, en verdad, las diferencias locales son profundizadas. Hay una búsqueda de uniformidad, al servicio de los actores hegemónicos, pero el mundo se vuelve menos unido, haciendo más distante el sueño de una ciudadanía verdaderamente universal. Mientras tanto, el culto al consumo se estimula (Milton, 2000: 18 y 19).²

En esa línea, Joseph Stiglitz (2002) afirma que la globalización, como se le ha conocido, para muchos se asemeja más a un desastre inminente por el impacto que tiene sobre el modo de vida y los valores básicos de la sociedad en los países en desarrollo.

Según el referido autor:

Si la globalización no logró éxito en reducir la pobreza, tampoco tuvo éxito en asegurar estabilidad. Las crisis en Asia y en Latinoamérica han amenazado las economías y la estabilidad de todos los países en desarrollo. Existe el miedo de que el contagio financiero se expanda por todo el mundo, por todo el mundo, de que la caída de la moneda de un mercado emergente signifique que otras también van a caer. Por algún tiempo, en 1997 y 1998, la crisis asiática

parecía representar una amenaza para toda la economía mundial (Stiglitz, 2000: 32).³

Es innegable que muchos de los aspectos de la globalización fueron bienvenidos en todos los lugares, como el aumento de la expectativa de vida y del patrón de vida en el mundo, la reducción del aislamiento de las naciones en desarrollo, la ampliación del acceso al conocimiento y a las nuevas tecnologías, etc. (Stiglitz, 2002 :32)

Los aspectos económicos, a su vez, son los que han generado más controversia, incluso en lo que atañe a la actuación de las tres principales instituciones involucradas en ese contexto: el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio (OMC) (Stiglitz, 2002).

La conclusión de que la globalización, al igual que sus innegables beneficios para la humanidad, antes aludidos, también avanza de forma dañina en un nuevo ropaje de imperialismo, ampliando el foco de la desigualdad social y devastando culturas locales, señala la necesidad de fortalecer y valorar la identidad cultural nacional como un factor de resistencia a ese proceso.

Cultura es una palabra amplia que puede tener muchos significados. Dicha palabra fue incorporada a nuestro lenguaje con su significado actual en tiempos recientes. Hace no más de 300 años el significado de cultura dejó de vincularse a la idea de cultivar la tierra para asumir un sentido más abstracto, cultivar el espíritu (Maraña, 2000). En la actualidad, varios términos pueden asociarse a la cultura, como cultura de masas, patrimonio cultural, cultura popular, identidad cultural y diversidad cultural.

Según Thierry G. Verhelst (1992: 37) “...la cultura es el conjunto de soluciones originales que un grupo de seres humanos inventa, con fines de adaptarse a su ambiente natural y social”. Se trata, así, de algo que alcanza todos los aspectos de la vida, como conocimientos técnicos, costumbres en general, religión, valores, lengua, conducta socioeconómica, etc.

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, en su artículo 216,⁴ por ejemplo, trazó los conceptos constitutivos del patrimonio cultural brasileño mencionando expresamente bienes de naturaleza material e inmaterial, individuales o colectivos, cargados de referencia a la identidad y memoria de diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña, incluyendo formas de expresión, creación y vida, obras y espacios destinados a las manifestaciones artístico-culturales, locales de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico, etc.

El universo de la identidad cultural está estrechamente vinculado a ideales como civismo, ética y compromiso en las relaciones sociales, los cuales, sumados a la libertad de expresión, ciudadanía, garantía sin restricciones de derechos humanos y sociales, forman un conjunto de valores que vincula de nuevo personas, grupos e intelectuales, personas que

3 Traducción de las autoras.

4 Art. 216: “Constituyen patrimonio cultural brasileño los bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña, en los cuales se incluyen: I - las formas de expresión; II - los modos de crear, hacer y vivir; III - las creaciones científicas, artísticas y tecnológicas; IV - las obras, objetos, documentos, edificaciones y demás espacios destinados a las manifestaciones artístico-culturales; V - los conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico.” (traducción de las autoras).

poseen en común la defensa de una nueva fundación antropológica capaz de alterar percepciones, maneras de pensar, valores, e instaurar la cooperación en lugar de la competencia y la sabiduría en el lugar del conocimiento lógico-racional (Carvalho, 1988).

La cuestión cultural, por su extrema importancia para la construcción de una identidad nacional, se muestra, de esa manera, como un elemento que, aun en tiempos de globalización no puede ser descartado del análisis sobre el proceso de desarrollo. Así, cuando se observa un proceso macizo de aculturación⁵ de determinados pueblos, aunque, paralelamente, fenómenos de inculturación⁶ también se muestren presentes en tiempos globales, se verifica el riesgo del imperialismo cultural, y los cuadros de desappropriación cultural sacrifican el proceso de desarrollo, exigiendo respuestas (Verhelst, 1992), como se verá a continuación.

5 Merecen mención, en esta oportunidad, dos neologismos que son usados para expresar las influencias mutuas entre las diversas culturas, cuales sean, aculturación e inculturación. La aculturación se observa cuando una cultura de origen extranjera influye profundamente una cultura autóctona, por ejemplo, lo que se observó con el budismo de origen hindú, que, actualmente, se expande por el sur y sudeste de Asia. En el proceso de inculturación hay influencia profunda de una cultura autóctona sobre una cultura de origen extranjera. El budismo, por ejemplo, no hizo a China más hindú, pero fue influido por la cultura china, creando un cuadro absolutamente característico, lo cual ocasionó la adopción del budismo chino en Japón y en Corea (Verhelst, 1992).

6 Esa idea de inculturación puede ser encontrada, en términos diversos, en la obra de Edgar Morin, por lo que él denomina momento de autocritica, de relativización de sí mismo, que culmina en el siglo xx con las concepciones del antropólogo francés Levi-Strauss, para quien las llamadas culturas primitivas tienen virtudes y calidades humanas, y la observación de esas comunidades revela que hay conocimientos aún desconocidos, como, por ejemplo, las calidades de plantas y animales, de las cuales están más cercanas algunas poblaciones indígenas de Amazonia (Morin, 2001.)

EL IMPACTO DE LA DESAPROPIACIÓN CULTURAL EN EL DERECHO AL DESARROLLO

El concepto de desarrollo, históricamente, se mostró vinculado al poder político-militar, al poder económico o, conforme a lo observado específicamente a lo largo del siglo xx, al crecimiento económico. El reto que se presenta para el nuevo siglo es, exactamente, trascender tales limitaciones teóricas mediante un abordaje transdisciplinario, de amalgama, económico, jurídico, etc., observando el desarrollo como un todo (Barral, 2005; Sen, 2005).

El abordaje amplio e inclusivo apunta hacia la constatación de que diferentes instituciones interactúan, por ejemplo, mercado, legislatura, judicial, prensa, partidos políticos, empresas, organizaciones no gubernamentales (ONG), etc., y el éxito de los esfuerzos para el desarrollo de un país depende también de los resultados de esas interacciones (Sen, 2005).

En ese enfoque, la perspectiva jurídica se muestra como parte relevante del proceso de desarrollo a medida que contribuye a un cuadro de estabilidad, garantizando el cumplimiento de obligaciones sociales y privadas, estimulando inversión y creación de riqueza, lo que afecta también las garantías de libertad y de confianza en la estructura social (Barral, 2005).

El derecho al desarrollo fue reconocido por numerosos instrumentos internacionales de los cuales Brasil es signatario, especialmente por la Declaración sobre Derecho al Desarrollo (resolución núm. 41/128, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1986), que, en su art. 1º, reconoce el desarrollo como un derecho humano inalienable. Sobre la referida declaración, Vladmir Oliveira da Silveira y Samyra Haydée Dal Farra Naspolini afirman que:

... fue a partir de ese documento que el derecho al desarrollo se configuró como un derecho humano inalienable y pasó a ser entendido como un proceso global económico, socialcultural y político, que tiende a la mejora constante de toda la condición y calidad de vida de la población y de los individuos, bajo la base de su participación activa, libre y significativa en el proceso de desarrollo y en la distribución de los beneficios que de él derivan [...]. Así se estableció que el principal responsable —o sea, el sujeto pasivo del derecho al desarrollo— es el Estado; esto es, es él que tiene el deber de crear las condiciones favorables al desarrollo supranacional e interno de los pueblos y de los individuos (Silveira y Naspolini, 2013: 127 y 128).⁷

En el ámbito nacional, la Constitución brasileña hace referencia al desarrollo en su preámbulo y en su artículo 3o, fracción II, como objetivo fundamental de la República Federativa de Brasil. Se nota, aún, una sencilla referencia al desarrollo tecnológico y económico del país, en específico vinculada a inventos industriales, en el artículo 5o, fracción XXIX.

Se entiende que, a pesar de que no se menciona de manera expresa en el texto constitucional, el derecho al desarrollo puede ser comprendido como derecho fundamental, tanto por el fundamento de que el concepto material de derecho fundamental extrapola la previsión constitucional expresa como por el hecho de que tal naturaleza está prevista en el tratado internacional del cual el Brasil es parte, en la fracción del artículo 5o, de la Constitución federal.

Problemática asociada a la naturaleza del derecho fundamental al desarrollo

es la cuestión de su efectividad en cuanto norma, o sea, el resultado concreto de su aplicación en la sociedad, vinculado, de ese modo, al campo de los hechos (Sarlet, 2009).

Dentro de ese enfoque del análisis de la efectividad del derecho al desarrollo, merece atención el planteamiento de Amartya Sen (2000), que, criticando la economía descriptiva, por hacer equivalentes las ideas de crecimiento del Producto Nacional Bruto (PNB) y desarrollo, afirma que precisan ser considerados como indicativos del desarrollo también otros factores, como la educación, la salud y los derechos civiles.

De acuerdo con Gina Pompeu y Bertolini (2013), una vez que el orden económico y social brasileño está fundado en el ideal de justicia social, basado en los derechos de solidaridad, se puede concluir que el constitucionalismo económico dirigente posee el compromiso ético-social de promover el desarrollo nacional, observando tanto el ámbito económico como los valores sociales y humanos.

En ese sentido, es importante mencionar el último Informe Mundial sobre el Desarrollo Humano, divulgado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El estudio analizó la situación de 188 países, utilizando como metodología el índice de desarrollo humano (IDH), que utiliza indicadores de renta, salud y educación.

En el referido informe, Noruega permanece en 1º lugar con el alto índice IDH 0.949, seguida de Australia y Suiza, ambas con IDH 0.939. En América del Sur, Chile, quedó en 38º lugar (IDH 0.847); Argentina, en 45º lugar (IDH 0.827); Uruguay, en

7 Traducción de las autoras.

54º lugar (IDH 0.795), y Venezuela, en 71º lugar (IDH 0.767). La nota de Brasil (IDH 0.754) se mantuvo estancada, preservándolo en un nivel considerado alto por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (Naciones Unidas, 2000).

No obstante, en el indicador social, el número cae a IDH 0.561, lo que denota que, si se tiene en cuenta únicamente el factor social, Brasil descendería hacia la escala de países con índice medio (Naciones Unidas, 2000).

En ese contexto, desarrollar sería introducir, en todas las partes de la Tierra, los valores de organización y eficiencia del mundo occidental, representado, sobre todo, por Europa y Estados Unidos. Ocurre que incluso ante la comprobada eficiencia de los valores de organización adoptados por esos países, los valores aplicados a los países desarrollados, a veces, se demuestran ineficaces si se implementan en países en desarrollo, teniendo en cuenta la realidad social, económica y cultural, que es característica de cada nación.

De particular interés en este punto es la teoría de la preservación de la identidad cultural como elemento esencial del desarrollo, de Thierry Verhelst (1992), quien describe el desarrollo como el caballo de Troya de la que llamó la época del “Tercer Mundo”, pues para él solamente fue posible el crecimiento mediante la violación de derechos, por medio de la violencia o sedición, puesto que los mecanismos internos y externos de dominación económica y política se utilizaban para explorar y oprimir, y son esas sus causas estructurales.

Al implementar valores europeos en naciones en desarrollo, la posibilidad de que ocurra un fenómeno denominado desappropriación cultural es evidente. Aunque no se tenga establecido un concepto

específico de desappropriación cultural, la temática se encuentra de moda entre antropólogos y activistas, exigiéndose que el tema esté en el contexto jurídico.

De ese modo, sin pretender agotar la discusión o incurrir en una definición ingenua sobre tan relevante tema, para definir desappropriación cultural se puede tener en cuenta la definición jurídica de los conceptos constitutivos del patrimonio cultural brasileño, ya establecidos en el artículo 216 de la Constitución federal, citado anteriormente.

Si por patrimonio cultural se entiende bienes de naturaleza material e inmaterial, individuales o colectivos, cargados de referencia a la identidad y memoria de diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña, luego, desappropriación cultural es negar a determinado pueblo la utilización de elementos inherentes a su identidad o la mención de la misma, usurpándoles el autorreconocimiento de pertenecer a determinado medio social, negándoles el conocimiento de su historia.

En ese contexto, Verhelst (1992) habla sobre cuál es el precio a pagar por el desarrollo:

¿Cuándo será que el Occidente se dará cuenta de que está invirtiendo en una misión caritativa con respecto al Tercer Mundo? Primero, fue para “civilizarlo” – y el Tercer Mundo fue despojado de sus metales preciosos y de su soberanía; después para desarrollarlo – y el Tercer Mundo fue privado de sus materias de partidas; en seguida, fue para “modernizarlo”; mientras tanto, el Norte se deshacía de sus excedentes industriales y, por cada dólar prestado, obtenía de vuelta 3 dólares. Actualmente el Occidente pretende “alimentarlo”. Esta vez, cuál será el precio a pagar?... (Verhelst, 1992: 132).⁸

Uno de los mayores precios que se pagan por el desarrollo es la desapropiación de la identidad cultural, ya que, en todos los lugares del planeta, la integridad cultural y la vitalidad de los diversos grupos humanos está amenazada por estrategias de desarrollo que acentúan el crecimiento económico o la eficacia institucional a cualquier precio. Con frecuencia los valores culturales de los países subdesarrollados son, irremediamente, deteriorados por modelos de cambio social fundamentados en la globalización, consumo, competencia, adquisición y manipulación de las aspiraciones humanas.

“La comunidad internacional considera que es un deber velar por la manutención, preservación y defensa de la identidad cultural de cada pueblo”. Enfatiza que “Todo eso demanda políticas culturales que protejan, estimulen y enriquezcan la identidad y el patrimonio cultural, además de establecer el más absoluto respeto y aprecio por las minorías culturales y por las otras culturas del mundo. La humanidad empobrece cuando se ignora o se destruye la cultura de un grupo determinado” (Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales, 1982: 2).

EL PAPEL DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES (ONG) EN LA LUCHA POR LA MANUTENCIÓN DE LA CULTURA NACIONAL

Ante el cuadro de riesgo de desapropiación cultural, se amplía la importancia de las ONG en la desmitificación de las nociones de desarrollo y de progreso, teniendo en mente que están mucho más próximas de la realidad y de las aspiraciones de los pueblos subdesarrollados lo que muchas instancias del poder. Su finalidad debería establecer formas exactas de resistencia y de rechazo cultural, pues las influencias

occidentales son omnipresentes, las cuales ofrecen, simultáneamente, cosas positivas y muchas cosas de carácter destructivo (Verhelst, 1992).

En lo que concierne a la coyuntura nacional, algunas ONG han cumplido con el ideal de resistencia y solidaridad condenando el atraso generado por el etnocentrismo y proponiendo un cambio de paradigma, defendiendo que el desarrollo se dará, principalmente, por medio de la recuperación y manutención de la identidad cultural individual y colectiva, promoviendo el desarrollo social por medio de la educación y la cultura.

Se trata de una iniciativa solidaria de extrema relevancia ante la complejidad de Brasil si se consideran sus dimensiones continentales, su cuestión demográfica, su diversidad regional y cultural, etc.

Un buen ejemplo de eso es que, en 2015, en el ranking de las cien ONG más relevantes del mundo, de esas cuatro ONG son brasileñas. El ranking global es liderado por la ong “Médicos Sin Fronteras”. Entre las organizaciones brasileñas “Salud Niño” aparece en la 21ª posición, seguida de “Viva Rio”, que aparece en la 57ª posición; “Instituto del Niño”, en 84º lugar, y el “Centro de Inclusión Digital”, en 94ª posición (NGO ADVISOR, 2015).

Para la confección de la guía de las mejores ONG de Brasil 2016, aún sin previsión para divulgación del resultado, desde la apertura de las inscripciones, se inscribieron más de mil ONG, de veintinueve estados de la federación, y la gran mayoría posee programas de educación y promoción de la cultura regional (NGO ADVISOR, 2015).

El concepto de resistencia y manutención de la integridad cultural es la marca de algunos proyectos realizados por ONG nacionales, teniéndose como ejemplo

el Olodum,⁹ que desarrolló proyectos sociales en Salvador, implementando actividades culturales autóctonas como clases de percusión. Lo mismo ocurre con varias ONG en Recife, que promueven clases de frevo.¹⁰ Se resalta que Recife no es señalada como ejemplo por casualidad. La capital pernambucana es, actualmente, pionera en la implementación de políticas públicas que incentivan la solidaridad, volviéndose referencia de voluntariado (Neiva, 2015).

Al ser oficialmente el mayor país de Sudamérica y quinto mayor del mundo, Brasil posee una diversidad cultural acorde con sus proporciones geográficas y heterogeneidad poblacional. La riqueza de la pluralidad cultural brasileña es evidente cuando 13 de los 1031 patrimonios culturales de la humanidad se encuentran en suelo brasileño. El más reciente fue el conjunto

de la Pampulha, situado en la capital de Belo Horizonte, en el estado de Minas Gerais. El estado posee aún, como patrimonio histórico mundial de la humanidad, las ciudades de Diamantina, Ouro Preto y Congonhas. Con cuatro patrimonios históricos de la humanidad, Minas Gerais se vuelve el estado con mayor cantidad de honores culturales de la federación (Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico [IEPHA], s/a).

El primer estado que tuvo sus bienes reconocidos por la Unesco fue la Ciudad de México, cuyo conjunto urbanístico y arquitectónico es patrimonio mundial desde 1987. El estado de Goiás y su conjunto arquitectónico, paisajístico y urbano del centro histórico de Goiás Viejo fueron reconocidos como Patrimonio Mundial en 2001. Olinda, en el estado de Pernambuco, tuvo su conjunto arquitectónico, urbanístico y paisajístico reconocido por la Unesco en 1982. El estado de Maranhão, en especial el centro histórico de São Luís, fue inscrito como patrimonio mundial en 1997. Ya marcada por la incisa y eficaz actuación de sus ONG, la ciudad de Salvador, en el estado bahiano, obtuvo declaración de sus conjuntos monumentales de la arquitectura religiosa, civil y militar en 1985.

La primera capital de Sergipe fue destruida por la invasión holandesa en 1630, y la arquitectura religiosa desarrolló un papel fundamental en la reconstrucción de la identidad cultural autóctona. São Cristóvão fue reconocida como Patrimonio Mundial por la Unesco en 2010. São Miguel de las Misiones, en el estado de Rio Grande do Sul, posee un conjunto de cinco pueblos identificados como territorio indígena argentino y fue declarado patrimonio en 1983. La capital del estado de Río de

9 Olodum es un conjunto afro de carnaval de la ciudad de Salvador, en Bahía. Fundado el 25 de abril de 1979, es hoy una organización no gubernamental del movimiento negro brasileño. Tiene su sede localizada en el centro histórico de Salvador, el "Pelourinho", donde desarrolla acciones de combate a la discriminación social, estimula la autoestima y el orgullo de los afrobrasileños, agrega expresiones de vida y tradiciones, cultivando un sentido de continuidad de los valores socioculturales africanos, defendiendo y lucha para asegurar los derechos civiles y humanos de las personas marginadas, en Bahía y en Brasil. La Escuela Olodum se volvió un espacio real de participación y expresión de la comunidad negra, es una ONG de referencia nacional e internacional por la innovación en el trabajo con arte, educación y pluralidad cultural (Olodum, s/a).

10 Se trata de una forma de expresión musical, coreográfica y poética, enraizada en Recife y en Olinda, en el estado de Pernambuco. Se refiere a un género musical urbano que surgió en el fin del siglo XVII, en el carnaval, en un momento de transición y efervescencia social como una forma de expresión popular en esas ciudades. El frevo fue reconocido como Patrimonio Inmaterial de la Humanidad, título que abarca prácticas y expresiones vivas pasadas de una generación a otra. Incluye tradiciones orales, artes performáticas, prácticas sociales, eventos celebrativos, sabidurías y prácticas relacionadas a la naturaleza y al universo, así como los saberes y habilidades de trabajos manuales tradicionales de la región pernambucana (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization [Unesco], 2013).

Janeiro fue reconocida como Patrimonio Mundial, incluyendo sitios como el Pan de Azúcar, el Corcovado, la Floresta de la Tijuca, el Aterramiento del Flamengo, el Jardín Botánico y la playa de Copacabana, totalizando cerca de 213 bienes. Y, por fin, la Serra de la Capivara, en el estado de Piauí, posee el Parque Nacional Serra de la Capivara, con cerca de 400 sitios arqueológicos, que preservan vestigios de la más remota presencia del hombre en Sudamérica; es considerada centro de referencia de estudios arqueológicos y fue declarada patrimonio en 1991 (Gurgel, 2016).

En lo que concierne al Patrimonio Nacional, Canclini refiere que:

Si es verdad que el patrimonio sirve para unificar una nación, las desigualdades en su formación y apropiación exigen que se lo estudie, también, como espacio de lucha material y simbólica entre las clases, las etnias y los grupos. Este principio metodológico corresponde al carácter complejo de las sociedades contemporáneas (Canclini, 1994: 95-115).

Reconocer la necesidad de preservar la identidad no significa, con todo, rechazar la modernidad o volver al pasado, sino de tomar consciencia de los fracasos y evaluar sus causas. A cada pueblo le corresponde, así, reconstruir sus sociedades, conciliando pasado y presente, en una modernidad *sui generis* (Verhelst, 1992).

Mantener la integridad cultural de países en desarrollo es garantizar que determinada nación tenga condiciones de mantenerse socialmente unida en virtud de los lazos de identidad entre ellos establecidos. En términos diversos, es garantizar a las generaciones futuras, aún insertadas en una sociedad globalizada, la posibilidad de conocer su pasado y construir en conjunto un futuro diverso de lo que le ha sido destinado,

en una iniciativa de solidaridad (Verhelst, 1992: 134).¹¹

EL CAMINO DE LA SOLIDARIDAD

El derecho al desarrollo está, incluso, entre los derechos fundamentales de tercera dimensión,¹² también denominados de derechos de solidaridad. Se tratan de derechos de titularidad colectiva o difusa, indefinida e indeterminable, que se desprenden de la noción de individuo como titular y son resultantes de reivindicaciones generadas por el impacto tecnológico, por el estado crónico de beligerancia, por el proceso de descolonización de la segunda posguerra, etc. Ante ese cuadro, se hace necesario un esfuerzo de escala mundial para su efectucción, o sea, una responsabilidad transnacional basada en la solidaridad (Sarlet, 2009; Feitosa, 2013).

Discurrir sobre derecho al desarrollo significa, así, reafirmar los ideales de solidaridad, superación de la miseria, mejoría de las condiciones socioeconómicas y realización integral de la persona humana con dignidad (Wolkmer y Wolkmer, 2005).

Referencia en el tema de la solidaridad, Edgar Morin enseña que:

...en nuestro mundo de hombres, en lo cual las fuerzas de separación, recogimiento, ruptura, desplazamiento, odio, son cada vez más poderosas, más de lo que soñar con la armonía general o con el paraíso, debemos reconocer la necesidad vital, social y ética de amistad, de afecto y de

11 Traducción de las autoras.

12 La opción del término dimensiones de los derechos fundamentales tiene en cuenta la doctrina de Ingo Sarlet (2009: 45), para quien no hay como negar "...que el reconocimiento progresivo de nuevos derechos fundamentales tiene el carácter de un proceso acumulativo, de complementariedad, y no de alternancia, de tal suerte que el uso de la expresión 'generaciones' puede ocasionar la falsa impresión de la sustitución gradual de una generación por otra".

amor por los seres humanos, los cuales, sin eso, vivirían de hostilidad y de agresividad, haciéndose amargos o pereciendo (Morin, 2005: 36).¹³

En la aclamada obra *A Via para o futuro da humanidade*, el referido autor destaca, aún:

La solidaridad anónima de la Sociedad de bienestar,¹⁴ con sus dispositivos de seguridad y asistencias de todas las órdenes, es insuficiente. Hay necesidad de una solidaridad concreta y vivenciada, de persona para persona, de grupos para personas, de persona para grupos [...] No se trata, con todo, de promulgar la solidaridad, pero de liberar la fuerza no empleada de las buenas voluntades y de favorecer las acciones de solidaridad. Segundo nuestra concepción del individuo-sujeto, todo sujeto humano trae consigo dos casi-sofware: uno es el de la autoafirmación egocéntrica que el Ego-Yo expresa, vital para alimentarse, defenderse, desarrollarse; el otro es el software del Nosotros, que inscribe el Yo en una relación de amor o de comunidad en el seno de su familia, de su patria, de su pertenencia religiosa, de su partido. Nuestra civilización desarrolló en exceso el primer *software* y limitó el segundo. Pero este se encuentra aún dormido, se trata de incitarlo a despertar.¹⁵

Al relacionar solidaridad y justicia, Habermas afirma que:

La justicia concebida deontológicamente exige, como su otro lado, la solidaridad. No se trata, en este caso, de dos momentos que se comple-

mentan, pero de aspectos de la misma cosa. Toda moral autónoma tiene que resolver, al mismo tiempo, dos tareas: al reivindicar trato igual, y con él un respeto equivalente por la dignidad de cada uno, hace valer la inviolabilidad de los individuos en la sociedad; y al mismo tiempo en que exige la solidaridad por parte de los individuos, como miembros de una comunidad en la cual son socializados, protege las relaciones intersubjetivas de reconocimiento recíproco. La justicia se refiere a la igualdad de la libertad de los individuos que se determinan a sí mismos y que son insustituibles, mientras la solidaridad se refiere al bien, o a la felicidad de los compañeros hermanados en una forma de vida intersubjetivamente compartida, y de este modo también a la preservación de la integridad de esa forma de vida. Las normas no pueden proteger uno sin el otro, esto es, no pueden proteger la igualdad de derechos y las libertades de los individuos sin el bien del prójimo y de la comunidad a que ellos pertenecen (Habermas, 2000: 75 y 76).¹⁶

El principio de la solidaridad fue introducido, en el orden jurídico brasileño, en el art. 3º, fracción I, de la Constitución federal de 1988, como presupuesto del Estado democrático de derecho, necesario para convivir en un ambiente social enfocado en construir una sociedad libre, justa y solidaria, ideales, que, si son debidamente utilizados, auxilian en la concretización de la promesa de justicia social y en el desarrollo nacional (Silva, 2004).

La solidaridad, considerada como marca del Estado democrático de derecho, implica que Estado e individuo asumen una alianza a fin de incrementar derechos básicos, promover políticas de erradicación de la pobreza y de reducción de las desigualdades (Cardoso, 2010).

13 Traducción de las autoras.

14 Concepto de ciencia política en el cual el Estado es mentor y organizador de las actividades económicas en general. Originario de Europa, el papel de la sociedad de bienestar se reafirmó en la economía globalizada (N.Ts).

15 Traducción de las autoras.

16 Traducción de las autoras.

Una vez incluido como objetivo fundamental en la Constitución federal, el entendimiento sobre la solidaridad debe ser que la República Federativa de Brasil debe construir un orden de hombres libres, con responsabilidad y apoyo recíprocos, en que la justicia distributiva y retributiva prevalezca como factor de dignificación, volviéndose para la realización del bienestar social (Silva, 2009).

Eso significa que, más allá de la actuación del Estado, cada persona debe actuar en relación a la otra con cooperación, asistencia, amparo, ayuda y cuidado, en un vínculo de sentimiento racionalmente guiado, con conciencia de interdependencia social (Lobo, 2009).

La solidaridad se realiza, entonces, como un acto complejo, en el cual concurren el poder público y la propia sociedad, apuntando la Constitución federal las directrices ideológicas, políticas y jurídicas para su optimización e implementación al acoger los principios de la dignidad humana y del pluralismo social y político (Diniz, 2007).

El camino de la solidaridad, dentro de un cuadro democrático, implica admitir derechos y deberes en las relaciones interindividuales, como cooperación y respeto, exigir eso no solo al Estado, sino a cada ciudadano en relación con todos los demás y a cada Estado en relación con los demás; en lo que atañe a la esfera transnacional, significa respetar y aportar para la manutención de las culturas locales.

Esa visión de aporte para la manutención y respeto de las culturas locales, de suma importancia para el tema del desarrollo, así como para el reconocimiento de que las diversidades culturales influyen en la propia idea de solidaridad, más allá de la cultura judeocristiana, puede difundir,

quizá, la utilización de las expresiones “solidaridad intercultural” y “solidaridad sociocultural (Verhelst, 1992).

CONCLUSIÓN

La sociedad contemporánea ha exigido a los operadores del derecho la búsqueda de alternativas para los efectos negativos de la revolución industrial, de la globalización y del ideal de crecimiento que tiene como foco, exclusivamente, el sesgo económico, ante la imprevisibilidad y la complejidad del sistema social, demostrando la necesidad de recurrir a la transdisciplinariedad para solucionar tal cuadro.

La concreción del derecho al desarrollo, más allá de respetar el sesgo económico, debe fijar criterios de orden social, ambiental y cultural, evitándose la desappropriación cultural en países en desarrollo, fenómeno deletéreo que ha sido observado a través de la difusión generalizada de los valores y costumbres del mundo occidental como un patrón para todo el planeta.

En ese movimiento de evitar la desappropriación cultural para que el desarrollo se establezca conforme a las demandas de identidad y peculiares de cada pueblo, el trabajo de las ONG ha sido muy importante debido a la proximidad que estas construyen con la sociedad, permitiendo un mejor mapeo de las necesidades y demandas locales.

Se concluye que la conexión entre la preservación de la identidad cultural y el desarrollo de los pueblos se concreta a través de la solidaridad, que promueve un cambio de paradigma, y que estimula el sentimiento de unidad que transforma los países subdesarrollados en verdaderas naciones, permitiendo, a las generaciones futuras, la unión entre la preservación del pasado y la construcción del futuro, y que

rescata el desarrollo en el más intrínseco aspecto, que es el humano, y que debe ser muy estimulado.

Fuentes consultadas

- Barral, W. (2005), “Direito e desenvolvimento: um modelo de análise”, en *Welber Barral Direito e Desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*, São Paulo, Editora Singular.
- Bauman, Z. (1999), *Globalização: as consequências humanas*, Río de Janeiro, Zahar.
- ____ (1988), *Constituição da República Federativa do Brasil*.
- Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais (1982), Declaração do México sobre as Políticas Culturais, <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%20do%20Mexico%201985.pdf>
- Canclini, N. G. (1994), “O patrimônio cultural e a construção imaginária do nacional”, *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, núm. 23, Río de Janeiro, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), pp. 95-115.
- Cardoso, A. da Silva (2010), *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*, São Paulo, Juárez de Oliveira.
- Carvalho, E. de Assis (1998) “Apresentação”, en Edgar de Assis Carvalho *et al.*, *Ética, Solidariedade e Complexidade*, São Paulo, Palas Athena.
- Delgado Teixeira, A. P. (2001), *O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*, Río de Janeiro, Renovar.
- Diniz, M. A. de Vasconcelos (2007), “Estado social e o princípio da solidariedade”, *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em direito da UFC*, v. 26, Universidad Federal de Ceará (UFC), Fortaleza, pp. 171-185.
- Dreifuss, R. A. (1997), *A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização: novos desafios*, Petrópolis, Vozes.

- Pereira de Alencar Mayer Feitosa, M. L. (2013), “Exclusão social e pobreza nas interfaces entre o direito econômico do desenvolvimento e o direito humano ao desenvolvimento”, en Vladimir Oliveira da Silveira, *Direito e desenvolvimento no Brasil no Século XXI*, Brasília, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) y Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI).
- Ferreira, A. B. de Holanda (2004), *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, Curitiba, Positivo.
- Furtado, C. (1974), *O mito do desenvolvimento econômico*, Rio de Janeiro, Paz e Terra.
- Giddens, A (2002), *Mundo em descontrolé*, Rio de Janeiro, Record.
- Gargul, G. (2016), “Brasil tem 13 locais considerados Patrimônio Cultural da Humanidade”, <http://www.brasil.gov.br/turismo/2016/07/brasil-tem-13-locais-considerados-patrimonio-cultural-da-humanidade>
- Habermas, J. (2000), *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Trotta.
- Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico (IEPHA) (s/a) “Tombamentos e Registros”, <http://www.iepha.mg.gov.br/index.php/servicos/tombamento-e-registro>
- Lóbo, P. L. N (2009), *Direito civil: parte geral*, São Paulo, Saraiva.
- MARAHNA, M. (2010), *Culture and development: evolution and prospects*, Bilbao, Unesco.
- Morin, E. (2013), *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil.
- ____ (2001), *As duas globalizações: complexidade e comunicação, uma pedagogia do presente*, Porto alegre, Sulina y Edipucrs.
- ____ (2005) *O Método VI: ética*. Porto Alegre, Sulina.
- Neiva A. P. (2015), “Coordenador da ONG Novo Jeito mostra porque Recife é referência em voluntariado”, *Diario de Pernambuco* <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vida->
- NGO ADVISOR (2015), “Top 500 NGOs: the international ranking of the world’s top non-governmental organizations”, <https://www.ngoadvisor.net>
- Olodum (s/a), “Olodum social”, <http://olodum.com.br/olodum-social>
- Pompeu, G. V. M. y Adriana Rosas Bertolini (2013), “A Ordem Econômica Internacional e Suas Implicações na Constituição Econômica Brasileira de 1988”, *Revista de Direito Brasileira*, National Research Council and Graduate in Law, Florianópolis, vol. 6, pp. 116-139.
- Santos, M. (2001), *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, Rio de Janeiro, Record.
- Sarlet, I. W. (2009), *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Sen, A (2000), *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras.
- ____ (2005), “Reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento” en Welber Barral, *Direito e Desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*, São Paulo, Editora Singular.
- Da Silva, J. A. (2009), *Comentário contextual à Constituição*, São Paulo, Malheiros.
- ____ (2004), *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Paulo, Malheiros.
- Silveira, V. O. da y Samyra Haydée Dal Farra Napolini. “Direito ao desenvolvimento no Brasil do Século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição brasileira”, in Vladimir Oliveira da Silveira *et al.*, *Direito e desenvolvimento no Brasil no Século XXI*, Brasília, Ipea y CONPEDI, pp. 127 y 128.

- Stiglitz, J. E. (2002), *A Globalização e seus malefícios: a promessa não cumprida de benefícios globais*, São Paulo, Futura.
- Unesco (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) (2013) “Intangible cultural heritage: a force for sustainable development” <http://www.unesco.org/new/en/media-services/in-focus-articles/intangible-cultural-heritage-for-sustainable-development/>.
- Verhelst, T. G. (1992), *O direito à diferença: identidades culturais e desenvolvimento*, Rio de Janeiro, Vozes.
- Wolkmer, A. C. e M. de F. Wolkmer (2005), “Direitos humanos e desenvolvimento”, en *Welber Barral Direito e Desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*, São Paulo, Editora Singular.

¿Los derechos humanos de la mujer son una realidad en nuestro derecho positivo?

Are the Human Rights of Women a Reality in Our Current Regulations?

Isanami Paredes Gómez*

RESUMEN

Cuando hablamos de los derechos humanos de la mujer, hablamos de un gran número de luchas por parte del propio género femenino que se realizaron para lograr una equidad en cuanto al goce de derechos humanos con el propio hombre. Por ende, en el presente artículo analizaremos si en nuestro sistema jurídico mexicano se encuentran debidamente positivados los derechos humanos en un parámetro de igualdad, es decir, si a la mujer en la actualidad ya no se le limita el ejercicio y goce de los derechos humanos, o bien, si los derechos humanos de los que goza ya han superado a nuestro sistema legal.

Palabras clave: derechos humanos de las mujeres, igualdad, paridad, equidad de género, mujeres

ABSTRACT

When we talk about the human rights of women, we talken number of struggles have been immersed on the part of the female gender itself, which were carried out to achieve equality in the enjoyment of human rights with the man himself. In this article, we will analyze whether in our Mexican legal system the human rights are in the current law in an equality parameter, that is, if

women are no longer limited in the exercise and enjoyment these, or of women's human rights already surpassed our legal system.

Keywords: *Women'S Human Rights, Equality, Parity, Gender Equality, Women*

INTRODUCCIÓN

Es una realidad que, desde la conformación de la sociedad, las desigualdades en razón de género siempre han existido, que las mujeres fueron educadas para aceptar un estatus de subordinación social, incluso desde el momento mismo del surgimiento de los derechos humanos no se consideró a las mujeres, se les condenó al silencio, al no ejercicio de sus derechos humanos, debido a la discriminación de género implícita en las costumbres sociales.

Al día de hoy, se ha ido ganando terreno gracias a las propias mujeres, a generaciones que, durante años, han luchado por condiciones más dignas y en igualdad tanto en el sector público como en el privado. Sin embargo, uno de los principales problemas es la falta de resiliencia al cambio, pues desafortunadamente todavía existe un porcentaje muy alto de mujeres que mantienen la creencia de los roles de género, que, por años, les han atribuido. Esa aparente normalidad hace que la discriminación se

* Diputada local en la LX Legislatura del Estado de México. Maestra en Administración de Negocios y Licenciada en Derecho con mención honorífica y por la Universidad del Valle de México. Cuenta con la Certificación como Oficial de Cumplimiento por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), que la acredita como especialista en prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo. Realizó estudios de posgrado en materia de tecnologías financieras e inteligencia de negocios por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

disfrace y que las mujeres continúen viviendo en condiciones de desigualdad, desvalorando su trabajo y, en muchas ocasiones, denigrando su dignidad.

El presente trabajo aborda temas generales que permiten un acercamiento a los derechos humanos de las mujeres; primeramente, se da un vistazo general al concepto y generalidades de los derechos humanos; posteriormente, se desarrolla una breve semblanza de la historia y evolución de los derechos humanos de las mujeres, y se concluye con la realidad de los derechos humanos de las mujeres en México, así como el tratamiento especial que tienen en las leyes de nuestro sistema jurídico mexicano y el análisis de dicha circunstancia, para contar con una postura respecto de si dicha positivización es indispensable o no.

GENERALIDADES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es importante conocer la definición de derechos humanos a fin de comprender más adelante el tema que nos interesa: “los derechos humanos de las mujeres”.

De acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹ los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen

nacional o étnico, posición económica, nacionalidad, edad, partido político, o cualquier otra condición (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1948); es decir, todas las personas tienen los mismos derechos humanos sin discriminación alguna. Esos derechos son universales, indivisibles e interdependientes y progresivos.

Entre los derechos humanos se contemplan los derechos a la vida y a la libertad, a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas, a la igualdad entre mujeres y hombres, a la libertad de expresión, a la libertad de opinión y de conciencia, a la educación y al trabajo, a la vivienda, a la salud, a la participación política o de acceso a la información, entre otros.

Ese conjunto de prerrogativas se encuentra establecido en nuestro orden jurídico nacional, en nuestra Constitución política y en los tratados internacionales. Por lo tanto, es reconocido y protegido por el derecho, y su garantía está a cargo del Estado, que es al que se le debe exigir su cumplimiento.

Con base en lo anterior, se puede resumir que los derechos humanos son aquellos que todo ser humano posee y que tiene el derecho de disfrutar simplemente por su condición de ser humano. Es obligación de todos respetarlos, ya que esto permite crear condiciones indispensables para que las sociedades vivan dignamente en un entorno de libertad, justicia y paz. Además, el Estado debe asumir la responsabilidad de promover, respetar, proteger y garantizar esos derechos.

Asimismo, es importante resaltar que la aplicación de esos derechos se rige por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que se explican a continuación.

1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos es “la lista de principios sociales, individuales, económicos, culturales y civiles. Fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A(III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones, lo que supuso el primer gran acuerdo entre las naciones del mundo sobre la libertad, la igualdad y la dignidad humana. Está conformada por un total de 30 artículos que más tarde se complementaron con el Pacto de Derechos Civiles y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)” (Comité Español de la ACNUR, 2016: s/p).

- Principio de universalidad e inalienabilidad. Todas las personas son titulares de todos los derechos humanos. Nadie puede renunciar voluntariamente a sus derechos porque son inalienables, porque nadie puede arrebatárselos, no deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y según las debidas garantías procesales.
- Principio de interdependencia e interrelación. Consiste en que cada uno de los derechos humanos se encuentra ligado a otro, de tal manera que el cumplimiento de un derecho a menudo depende, total o parcialmente, del cumplimiento y reconocimiento de otros derechos que se encuentran vinculados. El avance de uno facilita el avance de los demás, así como la privación de un derecho afecta negativamente a los demás. Por ejemplo, el ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión puede depender del ejercicio efectivo del derecho a la información y a la opinión.
- Principio de indivisibilidad. Implica que los derechos humanos no pueden ser fragmentados, sea cual sea su naturaleza. Cada uno de ellos conforma una totalidad, de tal forma que se deben reconocer, proteger y garantizar de forma integral por todas las autoridades.
- Principio de progresividad. Constituye la obligación del Estado de asegurar el progreso en el desarrollo constructivo de los derechos humanos; al mismo tiempo, implica una prohibición para el Estado respecto a cualquier retroceso de los derechos. El Estado debe proveer de las condiciones más óptimas de disfrute de los derechos, y no disminuir ese nivel logrado.

Por otra parte, cuando se habla de derechos humanos, es importante mencionar cuáles son los valores que sostienen a esos derechos.

“El preámbulo de la Declaración de Derechos Humanos (ONU-1948) enuncia: ...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. En tanto el artículo 1 refiere: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (Sagastume, 1991: 13).

Derivado de lo anterior, se entiende que “...los valores que fundamentan la idea de dignidad humana son: La seguridad, la libertad y la igualdad”, esto es:

El valor seguridad, fundamenta los derechos personales y de seguridad individual y jurídica; el valor libertad fundamenta los derechos cívico-políticos y, el valor igualdad, fundamenta los derechos económicos, sociales y culturales (Sagastume, 1991: 13).

Como se puede apreciar, esos tres valores son el parteaguas para la clasificación de los derechos humanos. Es importante mencionar que ninguno de ellos está por encima de otro; su aplicación y progreso estriban en el principio de interdependencia e interrelación.

BREVE HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

La historia de las primeras generaciones de derechos humanos se ubica en el siglo XVII, cuando los movimientos políticos revolucionarios empezaron a asumir y a poner en práctica las ideas filosóficas sobre “los derechos del hombre”. Sin embargo, en la

construcción de los derechos humanos el sustento teórico no incluía a la mujer, pues su rol no era equiparable al del hombre; por tal motivo al hablar de derechos del hombre y del ciudadano, de manera automática la mujer estaba exceptuada, su papel dentro de la sociedad era incuestionable. Desde esa perspectiva los derechos humanos respondieron a una construcción fundada no en la naturaleza humana, sino en una realidad social; de ahí la necesidad, que se hizo patente con el tiempo, de reconocer los derechos humanos de manera específica para las mujeres. Aún más, el propio sistema jurídico ha permitido la reproducción de estructuras sociales en las que las mujeres han estado sujetas a una exclusión sistemática de la organización política (Frías y Matus, 1999).

Uno de los primeros documentos donde, aparentemente, se reconoció la igualdad de los derechos fue la Declaración de Independencia de Estados Unidos, escrita en 1776 por Thomas Jefferson, la cual señalaba que:

Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales, que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad.

En esa proclamación, la expresión “todos los hombres”, literalmente, era aplicable solo a los hombres, sin embargo, no incluía a los esclavos, pueblos indígenas de Norteamérica, ni tampoco a mujeres de ninguna raza (Cameron, 2018).

Posteriormente, los movimientos de mujeres surgidos durante la Revolución francesa representaron un parteaguas en la lucha por el derecho a la igualdad, son el

antecedente de los diferentes sucesos que se originaron con el objetivo de plantear una reformulación global de los derechos de las mujeres desde la perspectiva de los derechos humanos bajo la premisa de no discriminación (Bensandom, 1988).

En el mismo sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, adoptada por la Asamblea Constituyente francesa en 1789, refería lo siguiente: “Artículo 1º. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.

Esa declaración supone un avance equitativo entre hombres y mujeres; sin embargo, en el concepto de hombre se perpetúa la invisibilidad de las mujeres, ya que no estaban consideradas, por tanto, al no referirse su condición, no eran susceptibles de las prerrogativas que ahí se consignaron ni menos aún de ser consideradas con la calidad de ciudadanas.

Esa omisión y falta de reconocimiento provocó el descontento de las mujeres, originando acciones como las de Marie-Jean Antoine Nicola de Caritat, marqués de Condorcet, quien en julio de 1790, escribió un opúsculo titulado “Sobre la admisión de las mujeres en la ciudadanía”, planteando por vez primera la exclusión de las mujeres y reconociendo que la negativa a obtener el estatus de ciudadanas de pleno era otro factor de desigualdad (Sledziewski, 2000).

En 1791 la dramaturga Olympe de Gouges publicó su propia Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, situación que originó que fuese encarcelada y, posteriormente, guillotizada por el delito de “...haber olvidado las virtudes de su sexo para mezclarse en asuntos de la República” (Cameron, 2018: 61).

Uno de los países precursores en la lucha por la defensa de los derechos humanos de las mujeres es Inglaterra. Mary Wollstonecraft, una de las activistas más importantes en la materia, publicó la *Vindicación de los derechos de la mujer*. En ella afirmaba que no existía una base legítima para excluir a las mujeres de “los derechos de los hombres”; rebatió la idea de que la subordinación de la mujer sea natural o inevitable, afirmando, por el contrario, que es histórica y cultural, que es la educación deficiente que se brinda a las mujeres la que origina una falsa creencia de inferioridad y desigualdad de género; por ello, apeló al Estado para que reformara la impartición y modelos de educación basados en igualdad para todos los seres humanos.

Los movimientos internacionales logran generar normas que garanticen a las mujeres su incorporación en el desarrollo social bajo un enfoque equitativo y que se reconozca la igualdad jurídica en los textos constitucionales. Por ello, el surgimiento de las convenciones internacionales a favor de los derechos de las mujeres es trascendental para el establecimiento de los derechos de forma global.

Poco después de la creación de las Naciones Unidas, en febrero de 1947, se reunió por primera vez la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, la cual se centra en establecer normas y formular convenciones internacionales con el objetivo de cambiar las leyes discriminatorias e incrementar la sensibilización mundial sobre las cuestiones de la mujer. A esta comisión se le atribuye el éxito de suprimir la expresión “a los hombres” logrando incorporar un lenguaje más inclusivo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Esa comisión elaboró las primeras convenciones internacionales sobre los derechos de la mujer, como la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 1953, que fue el primer instrumento de derecho internacional en reconocer y proteger los derechos políticos de las mujeres; también fue la responsable de redactar los primeros acuerdos internacionales sobre los derechos de la mujer en el matrimonio.

En 1963 la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó a la comisión elaborar una Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, que fue aprobada en 1967. A esa declaración siguió, en 1979, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), un instrumento jurídicamente vinculante.

En 1972 se llevó a cabo la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer en la Ciudad de México, a la que siguen más conferencias mundiales celebradas en distintas partes: en Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995). Algunos de los acuerdos de mayor impacto en la defensa de los derechos de las mujeres son la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada en 1993, la Declaración y Plataforma de Beijing.

La Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres, llevada a cabo en Beijing, es el mayor instrumento de análisis al realizar una evaluación de logros y fracasos en materia de igualdad entre hombres y mujeres.

Para México, la influencia de todos esos acontecimientos históricos producidos durante más de cuatro décadas significó poder ser testigo “...de diversos intentos de construcción de las relaciones entre población, mujer y desarrollo” (Barbieri, 1996: 26). La lucha de las mujeres por la

igualdad jurídica de género se empieza a traducir en instrumentos internacionales, declaraciones, tratados, convenciones, pactos, protocolos y recomendaciones en los que se reconoce la discriminación a la que las mujeres han estado sometidas a lo largo de su historia.

Tanto los documentos como la historia de los derechos de las mujeres permiten ver que éstas han pugnado, durante muchas etapas, por el reconocimiento de sus derechos, que, aunque plasmados con igualdad en la mayoría de los documentos, en la práctica no se atendía a la eficacia del derecho. Como sujetos jurídicos, tanto la mujer como el hombre gozan de derechos y obligaciones, pero lo que se requiere es que sean eficaces para ambos.

Entre los derechos por los que han luchado las mujeres para su reconocimiento y validez se encuentran los laborales, pues generalmente el trabajo de las mujeres se caracteriza frente al del hombre por salarios menores cuando se desempeña la misma actividad, como lo refiere Flores Salgado al señalar lo siguiente:

La lucha de las mujeres por la igualdad de condiciones laborales tiene al menos dos siglos. De acuerdo al análisis realizado, el trabajo de la mujer se ha caracterizado principalmente por percibir salarios menores a los de los varones que desempeñan la misma actividad laboral. La discriminación, despido por embarazo, hostigamiento sexual, dobles jornadas de trabajo, prestaciones laborales mínimas y otras cuestiones siguen siendo obstáculos para ocupar puestos directivos (Flores, 2015: 92).

Desde la perspectiva señalada, resulta evidente que, aunque las mujeres gozan de

derechos que en cuestiones de equidad son como los de los hombres, en la práctica resultan no verse aplicados por segregación laboral de género. El hecho de que se infravalore una actividad que puede producir los mismos resultados a un patrón implica que no se está dando un trato equitativo a un sector de la población simplemente por razón de género, lo que atenta contra el contenido del artículo 1º constitucional, el cual se explicó anteriormente.

En ese sentido, la igualdad en el trabajo, aunque reflejada en los ámbitos constitucional y legal, no es de forma pragmática la verdad. La igualdad en el trabajo debe entenderse como

*...la práctica de las mismas condiciones de trabajo, para todos los trabajadores, hombres y mujeres, menores o mayores, sin importar el sexo, el estado civil, su origen étnico o su raza, la clase social a la cual pertenezcan ni la religión (Kurczyn, 2000: 14).*²

En efecto, si las tareas se delegan equitativamente a hombres y mujeres en relación con las funciones que desempeñan en un puesto de trabajo, lo justo y legal sería que gozaran de los mismos derechos, que, por su condición personal, no se genere un motivo de diferencia en el trato, ingreso u oportunidades de trabajo, pues tanto hombres como mujeres deben tener acceso, en igualdad de circunstancias, a las oportunidades y derechos laborales que se derivan de las relaciones de trabajo.

Ahora bien, uno de los derechos que tienen las mujeres en el ámbito de trabajo es a no ser hostigadas ni acosadas sexualmente, ya que, por su género, pueden

2 Las cursivas son de la autora.

resultar afectadas por el ejercicio del poder que se genera en una relación jerárquica en la que, por su condición, pueden hallarse en un estado de indefensión.

Otro de los derechos humanos del que gozan las mujeres en el ámbito laboral es el correspondiente a la protección de la maternidad, que en la mujer se presenta como una condición natural a la que tiene derecho para procrear, el cual debe ser respetado otorgándoles las medidas de protección de salud necesarias en su ámbito de trabajo.

En ese sentido, atendiendo a que las normas de trabajo buscan conseguir un equilibrio y justicia social entre trabajadores y patrones, resulta importante que se respete a la mujer su derecho a la

maternidad y los que de éste derivan, como los especificados adelante.

Así pues, entre los derechos relacionados con la maternidad se encuentran la licencia de maternidad, las prestaciones económicas y sanitarias suficientes, el derecho a la lactancia, la conservación del puesto de trabajo, las condiciones de trabajo durante el embarazo o luego del descanso postparto, la notificación del estado de embarazo, la licencia por enfermedad de hijo o menor a cargo, tipo de prestaciones o derechos, el uso de guarderías o jardines infantiles y flexibilidad en las etapas de atención que requieran tanto la mujer como su hijo. Al respecto, la Cámara de Diputados ha elaborado el siguiente cuadro, en el que se resume los anteriores derechos.

CUADRO I. INSTRUMENTOS LEGALES

Derechos que Protegen la Maternidad	INSTRUMENTOS LEGALES					
	CONSTITUCIÓN	LFT	LGS	LISSSTE	LSS	LISSFAM
Licencia de Maternidad	6 semanas antes y 6 semanas después del parto. (Art. 123, Apartado A, fr. V. Un mes antes y dos meses después del parto (Art. 123, Apartado B, fr. XI, inciso c)	Disfrutarán de un descanso de 6 semanas anteriores y 6 posteriores al parto. Los descansos se prorrogarán en caso de imposibilidad para trabajar a causa del embarazo o parto. (Art. 170, fr. II y III)	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	Un mes de licencia anterior a la fecha probable del parto y dos meses posteriores al mismo. (Art. 152)
Prestaciones Económicas y Sanitarias.	Percibir salario íntegro. (Art. 123, Apartados A y B) Disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas (Art. 123, Apartado B, fr. XI, inciso c).	Salario íntegro en los periodos de descanso. En caso de prórroga derecho al 50% de su salario por un periodo no mayor a 60 días (Art. 170, fr. V)	No hay disposiciones expresas	Asistencia obstétrica (Art. 39, fr. I)	Subsidio de 42 días. Asistencia obstétrica (Art. 94, fr. I)	Goce de haberes (Art. 152). Consulta y tratamiento ginecológico, obstétrico y prenatal; atención del parto y del infante. (Art. 149)
Lactancia	Dos reposos extraordinarios por día de media hora cada uno, en lugar adecuado e higiénico que designe la empresa. (Art. 123, Apartado A, fr. V, y Apartado B, fr. XI, inciso c)).	Dos periodos de reposos extraordinarios por día de media hora cada uno, en el lugar adecuado e higiénico que designe la empresa. (Art. 170 fr. IV).	Fomento a la lactancia materna. (Art. 64, fr. II)	Ayuda para la lactancia cuando exista incapacidad física o mental para amamantar al hijo, proporcionada en especie hasta por un lapso de 6 meses. (Art. 39, fr. II)	Ayuda en especie por seis meses para lactancia. (Art. 94, fr. II)	Ayuda cuando se demuestre incapacidad para amamantar al hijo o en caso de fallecimiento de la madre. Ministración de leche durante un periodo no mayor de seis meses. (Art. 149 y 150)

Conservación del puesto de trabajo	Conservar su empleo y derechos adquiridos. (Art. 123, Apartado A, fr. V, Apartado B, fr. XI, inciso c)	Regresar al puesto que desempeñaban, siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto. Se computen en su antigüedad los periodos pre y postnatales (Art. 170, fr. VI y VII)	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas
Condiciones de trabajo durante el embarazo o luego del descanso postparto. Traslado de función.	Organizar su establecimiento para garantizar la salud y vida de las trabajadoras y el producto de la concepción cuando estén embarazadas. (Art. 123, Apartado A, fr. XV)	Cuando se ponga en peligro la salud de la mujer o la del producto, o durante la gestación o lactancia, se prohíbe el trabajo en labores insalubres o peligrosas, trabajo industrial nocturno, o en establecimientos comerciales o de servicio después de las 10 de la noche así como horas extras (Art. 166 LFT) No realizarán trabajos que exijan esfuerzos considerables y signifiquen un peligro para su salud (Art. 170, fr. I LFT).	Apoyo y fomento de las autoridades sanitarias, educativas y laborales en la vigilancia de actividades ocupacionales que puedan poner en peligro la salud física y mental de las mujeres embarazadas. (Art. 65, fr. II)	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas
Notificación del Estado de Embarazo	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	El instituto certificará el estado de embarazo (Art. 39, fr. I)	El instituto certificará el estado de embarazo (Art. 85, fr. I)	No hay disposiciones expresas
Licencia por Enfermedad de Hijo o Menor a Cargo	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas
Tipo de Prestaciones o Derechos	No hay disposiciones expresas	Mantener en los establecimientos de trabajo, suficientes asientos a disposición de las madres trabajadoras. (Art. 172)	No hay disposiciones expresas	Canastilla de maternidad al nacer el hijo. (Art. 39, fr. III)	Canastilla al nacer el hijo (Art. 94, fr. III)	Canastilla al nacer el hijo (Art. 151)
Guarderías o Jardines Infantiles	Disfrutar del servicio de guarderías. (Art. 123, Apartado B, fr. XI, inciso c)	Los servicios de guardería se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social (Art. 171)	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas
Etapas de Atención	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	La atención materno- infantil comprende: la atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio. (Art. 61, fr. I)	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas	No hay disposiciones expresas

Fuente: Cámara de Diputados (2008: 16)

Como se observa en el cuadro que antecede, los derechos de la maternidad no se limitan a la protección jurídica de la que gozan las mujeres cuando se encuentran embarazadas; y, como condición a la que puede sujetarse una mujer en una etapa laboral, se deben respetar y garantizar

los derechos que derivan de la maternidad para la mujer y su familia.

En conclusión, como se observó en este apartado, los derechos humanos son un cúmulo de prerrogativas cuya finalidad es la protección de la mujer, no limitándose a su contenido constitucional o legal,

sino requiriendo de la eficacia del derecho; las mujeres gozan de diversos derechos, entre los que se encuentra igualdad en materia de salubridad, en relaciones laborales, compensaciones económicas, derechos que, por su condición de mujer, pueden estar relacionados con la maternidad y los que derivan de ésta.

Así pues, para que el goce de los derechos humanos se encuentre en un rango de igualdad, lo que se debe buscar con el reconocimiento y eficacia de los derechos de la mujer no es que éstos se encuentren por encima de los derechos del hombre, sino que se equiparen en grado de eficacia a los que él goza; es decir, que finalmente los derechos humanos sean para todos y cumplan con los principios constitucionales de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad.

DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES EN MÉXICO

Las ideologías con las cuales se ha justificado la subordinación de las mujeres en función de los “roles naturales” que a ellas se les ha atribuido conformaron el estereotipo de la mujer como un ser inferior, sumiso, dependiente, sin una identidad genérica propia, que desempeña un papel social secundario y limitado al ámbito doméstico, el cual ha permeado en la sociedad, ideas, valores, costumbres y hábitos (Olsen, 2000).

Por ello, el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres implica que toda la norma jurídica sea tratada bajo los principios de igualdad y paridad y que se reconozca la diferencia para procurar y garantizar el desarrollo y protección de las mujeres en la sociedad. Entonces, cuando hablamos de los derechos de la mujer, nos referimos a los derechos humanos cuya

aplicabilidad se dirige, específicamente, a las mujeres, en función de su género.

La lucha por la igualdad de las mujeres, desde el surgimiento de los primeros movimientos a favor de sus derechos, ha ido obteniendo sus logros a través de los años, ya que poco a poco se han ido incorporando los derechos humanos de las mujeres en el derecho positivo de los Estados; pero, más allá de eso, ahora el ámbito está dentro del terreno de la aplicabilidad efectiva, porque no basta la teoría, sino la práctica.

Uno de los sectores a los que se ha enfrentado la mujer, y en el que hoy por hoy continúan las diferencias marcadas, es el ámbito laboral, ya que el trabajo de la mujer continúa siendo subvalorado socialmente, además del estigma para desempeñar actividades consideradas propias de su sexo. La desigualdad en el servicio, comercio, en actividades que son consideradas como propias de su sexo, pone en evidencia las razones por las cuales la lucha continúa. Todos estamos obligados a respetar los derechos humanos, producto de las luchas del siglo xx; sin embargo, de acuerdo con el mandato, quienes tienen mayor responsabilidad en este sentido son las autoridades gubernamentales, es decir, los hombres y mujeres que ejercen la función de servidores públicos.

La lucha constante por el reconocimiento global de los derechos humanos de las mujeres ha seguido su propio rumbo; por tanto, la definición de cada uno está marcado por las circunstancias sociales que permiten avanzar en su garantía, promoción, defensa y difusión, por mencionar algunos:

- a. Derecho a la educación. Si bien en la primera etapa del siglo no se ofrecieron mayores posibilidades educativas a las mujeres, es una realidad que sur-

gieron fenómenos que hicieron viable el acceso de las mujeres a la educación a la par de los hombres.

- b. Derechos laborales. La inclusión de las mujeres al mundo laboral no buscaba su progreso, trataba de asegurar la reproducción de las estructuras económicas existentes y que la mujer bajo ninguna circunstancia fuera productiva para soportar las cargas familiares y sociales impuestas con un ingreso muy inferior al de los hombres que realizaban los mismos oficios.
- c. Derechos políticos. Respecto a la ciudadanía para la mujer, hubo un debate infructuoso en 1937, año en el cual se reconoció y negó al mismo tiempo la ciudadanía a la mujer mexicana mediante argumentos muy cuestionables, que vuelven a evidenciar la resistencia en el reconocimiento de los mismos derechos de mujeres y hombres. Tuvieron que pasar diez años para que se volviera a abordar el tema de la ciudadanía de la mujer. En 1947 se aprobó la reforma al artículo 115 constitucional, en la que se le reconoció el derecho a votar y ser votada únicamente en elecciones municipales, para, finalmente, dotarla de ciudadanía plena mediante la reforma constitucional de 1953 a los artículos 34 y 115 (Cámara de Diputados, 1994).
- d. Derechos civiles y familiares. En todos los documentos legislativos de México se evidencia la exclusión de las mujeres en el ejercicio de derechos, la restricción de sus capacidades jurídicas, regulando sus derechos y obligaciones al ámbito de la familia, en el cual "...el marido debe proteger a la mujer y ésta debe obedecer aquel,

ya sea en lo doméstico como la educación de los hijos y en la administración de los bienes" (Adame, 2004: 1). Además, la doctrina jurídica mexicana tenía una concepción y explicación del matrimonio conformada, principalmente, con base en la legislación española y canónica, situación que al día de hoy ha sido difícil de superar a favor de los derechos de la mujer y de los niños.

- e. Derechos sexuales y reproductivos. Se refieren al reconocimiento básico de todos los individuos de decidir libre y responsablemente el número de hijos que desean tener, en atención a la salud personal, a las posibilidades económicas y sociales, contando para ello con la información y los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

Basado en lo anterior, el Estado mexicano busca sentar las bases que hagan posibles condiciones de vida más dignas para las mujeres. Si bien se ha avanzado en el aspecto formal, es indispensable hacer posible el acceso de las mujeres al ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que los hombres. Resulta preciso revisar a conciencia y de forma analítica la legislación mexicana, que esconde discriminación de género contra las mujeres.

¿El Estado cumple con la función de salvaguardar los derechos humanos de las mujeres en México?

Para poder responder dicho cuestionamiento, es importante señalar uno de los avances más importantes en materia de derechos humanos en México: la reforma constitucional del artículo 1º de 2011,

propuesta que coloca a la persona y la dignidad humana como el centro de toda la reforma, que refiere lo siguiente:

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.” (Congreso de la Unión, 2011)

Derivado de lo anterior, los cambios trascendentales versan sobre lo siguiente:

- La incorporación de todos los derechos humanos de los tratados internacionales como derechos constitucionales, de los cuales gozan todas las personas por el simple hecho de encontrarse en territorio mexicano.
- La obligación de las autoridades de guiarse por el principio *pro persona* cuando apliquen normas de derechos humanos, lo que significa que deben preferir la norma o la interpretación más favorable para la persona.
- La obligación para todas las autoridades, sin distinción alguna, de cumplir con cuatro obligaciones específicas: promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

El artículo 1° es de vital importancia en el tema a tratar en el presente artículo, ya que no contiene limitante o distinción alguna respecto de las personas sujetas a los derechos humanos en nuestro país, pues en el texto del precepto constitucional se establece que el goce de los derechos humanos es para todas las personas —esto es, tanto para las mujeres como para los hombres—, pues no perdamos de vista que uno de los principios que lo rige es la universalidad. Esto nos lleva a reflexionar que en nuestro sistema normativo mexicano se ha logrado alcanzar un nivel de igualdad en cuanto a los derechos a la educación, laborales, políticos, civiles, familiares, sexuales y reproductivos, sin distinción alguna.

Entonces, con base en dicha premisa, es fácil concluir que en nuestro sistema jurídico mexicano no existe una restricción para con los derechos humanos que goza la mujer, o bien, que no existen derechos humanos que goce el hombre y la mujer no, pues existe una igualdad en el goce de los mismos para todas las personas.

De ahí podemos afirmar que el Estado mexicano cuenta con el fundamento jurídico positivo que otorga la protección a los derechos humanos de la mujer en igualdad a lo del género masculino, por lo que se concluye que no existe una transgresión a los derechos humanos de la mujer por parte del Estado y que el Estado cumple con su función de salvaguardarlos, pues además de que existe el reconocimiento de los mismos, el Estado cuenta con las herramientas

e instituciones necesarias para hacerlos efectivos, o bien, para protegerlos.

¿DERECHOS HUMANOS EXCLUSIVOS DE LAS MUJERES?

No obstante lo anterior, no se debe perder de vista que existen circunstancias biológicas que siempre van a marcar una diferencia en gran medida entre las mujeres y los hombres, lo que nos lleva a la afirmación de que hay situaciones que la mujer va a enfrentar por el simple hecho de sus características biológicas, como la sexualidad y la reproducción humana, las cuales —como se ha mencionado—, son derechos humanos que si bien gozan todas las personas por igual, no pueden ser ejercidos de la misma manera por ambos sexos.

Discriminación laboral

Durante años las mujeres han luchado por el reconocimiento y la igualdad de condiciones y oportunidades en el ámbito laboral; poco a poco se han ido involucrando en la vida social del Estado, primeramente como ciudadanas, a quienes se les reconoció el derecho al voto, y posteriormente, como trabajadoras remuneradas, siendo así partícipes de la vida económica del país.

Sin embargo, las mujeres que trabajan y perciben un salario continúan siendo un grupo social vulnerable, puesto que viven situaciones de violencia y discriminación; por ello, son los Estados los que están obligados a brindarles protección y garantizar sus derechos humanos.

En atención a eso, México ha avanzado en el establecimiento positivista de los derechos laborales de las mujeres estableciendo una política de género, la cual propone:

1. Que haya igualdad de condiciones y oportunidades entre mujeres y hombres.

2. Respetar a los derechos humanos de las mujeres.
3. Fomentar y concientizar la importancia de la participación de las mujeres al interior de las familias.
4. Fomentar la participación femenina en los ámbitos político, económico, social y cultural.

Ahora bien, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1º, primero y sexto párrafos respectivamente, refiere lo siguiente:

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

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (Congreso de la Unión, 1917).

Desafortunadamente, México aún presenta un gran índice de discriminación laboral en contra de las mujeres, toda vez que su participación en el mercado laboral continúa siendo inferior a la de los hombres, aunado a una notable diferencia salarial; y si a esto se le suman los altos índices de pobreza y violencia intrafamiliar, resulta que las mujeres siguen siendo las más afectadas y reducidas a estereotipos sociales que afectan, en muchas

ocasiones, sus aspiraciones y oportunidades laborales.

Desde el ámbito internacional, México está obligado a tomar y efectuar las medidas necesarias para eliminar la discriminación en contra de las mujeres y sus derechos civiles, políticos, económicos y culturales por parte de cualquier organización, persona o empresa, en atención a lo establecido por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), la cual “...es el instrumento internacional vinculante más amplio sobre los derechos humanos de las mujeres y niñas” (ONU Mujeres México, 2018: s/p),³ y del cual México es parte desde 1981. Dicha convención reconoce, en su artículo 11, el derecho al trabajo como un derecho humano e inalienable y estipula, entre otros aspectos, lo siguiente:

- Igualdad de derechos entre mujeres y hombres respecto de oportunidades laborales, criterios de selección de empleo, libre elección de carrera y de empleo, seguridad, beneficios y capacitación en el trabajo;
- Derecho a remuneración y trato igual por la misma labor e indemnización;
- Derecho a la protección de la salud en el trabajo incluyendo sus derechos reproductivos;
- Derechos por embarazo, entre ellos la licencia de maternidad pagada y sin pérdida de empleo;
- Prohibición de discriminación por embarazo, licencia de maternidad, estado civil, antigüedad;

“Artículo 4o.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia” (Congreso de la Unión, 1917).

Entonces, si el derecho a la igualdad es un derecho humano consagrado y, por ende, protegido por nuestra Carta Magna, si es un derecho que gozan tanto la mujer como el hombre, entonces lo lógico, partiendo desde la premisa constitucional, es que el goce y ejercicio del mismo deba ser igual para ambos.

Bajo ese entendido, el artículo 123 constitucional, en su primer párrafo, señala lo siguiente: “Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley...” (Congreso de la Unión, 1917).

En relación con lo citado, es menester recordar que algunas de las características de los derechos humanos son la siguientes: la interdependencia, la cual consiste en que un derecho no es más importante que otro, sino, al contrario, un derecho humano garantizado permite que otro que no lo esté sea efectivo; y la indivisibilidad, la cual implica que los mismos deben ser considerados como una unidad; entonces, no puede subsistir uno sin el otro, pues la existencia de un derecho humano hace que otro accesorio, de manera interdependiente de éste, subsista y, al contrario, que uno no exista implica que el accesorio también deje de existir, tal y como señaló el Dr. Gonzalo Levi Obregón:

Si cuando un derecho humano se transgrede de manera inmediata se transgrede otro u otros, por tal motivo, cuando hablamos de transgresión de un derecho humano, también impacta

3 “La CEDAW fue adoptada en forma unánime por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 y es el segundo instrumento internacional más ratificado por los Estados Miembros de la ONU. Su cumplimiento es obligatorio para los países” (ONU Mujeres México, 2018: s/p).

a otros como la dignidad humana, emociones, libertad y familia, debido a que las personas no se nos pueden diseccionar, no podemos pensar que somos individuos fraccionados de manera elemental, cuando hablamos de derechos humanos, sostenemos lo esencial de nuestro ser, es decir indivisible (Obregón, 2020: s/p).

Por lo tanto, ningún derecho humano puede ser considerado exclusivo en su totalidad, pues si bien su ejercicio o no ejercicio algunas veces depende de un solo individuo, éste afecta a otros individuos de manera directa o indirecta.

Entonces, el derecho de igualdad y no discriminación está plenamente ligado al derecho a un trabajo digno, lícito y socialmente útil, por tanto, deben ser los mismos tanto para mujeres como hombres; sin embargo, es en este punto donde prevalece la equidad de género, puesto que las mujeres, por sus propias condiciones físicas y sociales, deben contar con derechos dirigidos a su condición, como los derechos de seguridad social por maternidad e hijos.

Un instrumento internacional que forma parte del sistema normativo reconocido y aplicado en México es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, comúnmente conocida como “Convención de Belém Do Pará”, la cual establece los derechos protegidos de las mujeres. De la misma forma, la Organización Internacional del Trabajo (OIT, por sus siglas en inglés) ha enfocado gran parte de su trabajo en fomentar e incentivar la participación de la mujer en el ámbito laboral sin discriminación.

Si bien se ha avanzado en el tema mediante las recientes reformas constitucionales en materia de paridad de género, las cuales fomentan la inclusión y empoderamiento de las mujeres en la vida política y de toma de decisiones del país, es una realidad que el camino es largo de recorrer y falta mucho por hacer. Se requiere de políticas públicas que permitan llevar a cabo la realización de actividades productivas para acceder a mejores oportunidades, ingresos, estabilidad y seguridad laboral, así como de la voluntad de todas las partes involucradas para lograrlo; pero, principalmente, es preciso generar conciencia en las mujeres que, por costumbre, hábitos y entorno social, viven creyendo que la discriminación, el acoso y la desvaloración a su trabajo son lo normal.

Feminicidio

Por lo que respecta al feminicidio, se trata de un delito exclusivo que afecta a las mujeres, pues es la privación de la vida de una mujer por el simple hecho de ser mujer.

Es menester, para el presente artículo, cifrar los feminicidios que se registraron en la Ciudad de México y en el Estado de México den 2020, durante el periodo de enero a marzo, en donde, según el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, se registraron 14 feminicidios acontecidos en la Ciudad de México y 34 en el Estado de México en las modalidades que se observan en las siguientes tablas.

REPORTE DE FEMINICIDIOS CIUDAD DE MÉXICO

Año	Clave_ ent	Entidad	Bien Jurídico afectado	Tipo de delito	Subtipo de delito	Modalidad	Enero	Febrero	Marzo
2020	9	Ciudad de México	La vida y la integridad	Feminicidio	Feminicidio	Con arma de fuego	1	1	1
2020	9	Ciudad de México	La vida y la integridad	Feminicidio	Feminicidio	Con arma blanca	0	2	2
2020	9	Ciudad de México	La vida y la integridad	Feminicidio	Feminicidio	Con otro elemento	0	0	1
2020	9	Ciudad de México	La vida y la integridad	Feminicidio	Feminicidio	No especificado	2	2	2

REPORTE DE FEMINICIDIOS ESTADO DE MÉXICO

Año	Clave_ ent	Entidad	Bien Jurídico afectado	Tipo de delito	Subtipo de delito	Modalidad	Enero	Febrero	Marzo
2020	15	México	La vida y la integridad	Feminicidio	Feminicidio	Con arma de fuego	1	0	0
2020	15	México	La vida y la integridad	Feminicidio	Feminicidio	Con arma blanca	0	2	1
2020	15	México	La vida y la integridad	Feminicidio	Feminicidio	Con otro elemento	4	14	12
2020	15	México	La vida y la integridad	Feminicidio	Feminicidio	No especificado	0	0	0

Ahora bien, de manera específica, nos avocaremos a la regulación de este delito en el Código Penal del Estado de México — artículo 242 Bis— y en el Código Penal de la Ciudad de México —artículo 148 Bis—, los cuales, respecto a la parte que nos interesa, prevén lo siguiente:

Código Penal del Estado de México

Artículo 242. Bis.- El homicidio doloso de una mujer, se considerará feminicidio cuando se actualice alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Por razón de violencia de género; entendiéndose por ésta, la privación de la vida asociada a la exclusión, subordinación, discriminación o explotación del sujeto pasivo;
- b) Se cometa en contra de persona con quien se haya tenido una relación sentimental, afectiva o de confianza, o haya estado vinculada con el sujeto activo por una relación de hecho en

su centro de trabajo o institución educativa, o por razones de carácter técnico o profesional, y existan con antelación conductas que hayan menoscabado o anulado los derechos, o atentado contra la dignidad del pasivo;

c) El sujeto activo haya ejecutado conductas sexuales, crueles o degradantes, o mutile al pasivo o el cuerpo del pasivo, o 54

d) Existan con antelación actos que constituyan violencia familiar del sujeto activo hacia el pasivo.

En los casos a que se refiere este artículo, la penalidad será de cuarenta a setenta años de prisión o prisión vitalicia y de setecientos a cinco mil días multa. (Legislatura del Estado de México, 2000).

Código Penal de la Ciudad de México

Artículo 148 Bis. Comete el delito de feminicidio quien, por razones de género, prive de la vida a una mujer.

Existen razones de género cuando se presente cualquiera de los siguientes supuestos:

I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;

II. A la víctima se le hayan infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones, previas o posteriores a la privación de la vida;

III. Existan datos que establezcan que se han cometido amenazas, acoso, violencia o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;

IV. El cuerpo de la víctima sea expuesto, depositado o arrojado en un lugar público; o

V. La víctima haya sido comunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a su fallecimiento.

A quien cometa feminicidio se le impondrán de veinte a cincuenta años de prisión... (Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2002)

Evidentemente, al existir un delito exclusivo como la privación de la vida de la mujer, existe una regulación especial para la salvaguarda y protección del derecho humano de la vida de la mujer; por lo que entonces, nuevamente, en el derecho positivo mexicano existe una regulación de un derecho humano que se considera “exclusivo” para la mujer.

Ahora bien, si se toman en cuenta los motivos que tomó el legislador para la punición del feminicidio, entre los cuales se encuentra que:

...una de las manifestaciones extremas de la violencia: los asesinatos de mujeres, aunque con características distintas relativas a la edad, las relaciones de parentesco o las condiciones particulares de cada lugar, tienen en común su origen en la desigualdad de poder entre mujeres y hombres, el cual genera una situación de mayor vulnerabilidad y de limitación para las mujeres en el disfrute de sus derechos humanos, en especial el derecho a una vida libre de violencia, a su

seguridad en el espacio público, a la integridad personal, a la libertad, entre otros... (Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia y de Equidad de Género, 2011: 4).

Entonces, es evidente que se consideró al sexo femenino como un sexo vulnerable, que sufría de violencia de género, es decir, violencia por el simple hecho de ser mujer.

Por otro lado, se generó un descontento entre la población no solamente del sexo femenino, sino del sexo masculino por el supuesto número inmensurable de feminicidios, causa de privación de la vida de las mujeres por el hecho de ser mujeres y por ser el sexo vulnerable, lo que quiere decir que es más fácil la transgresión de los derechos humanos de las mujeres —ya sea por cuestiones físico-biológicas— por parte de la demás población; provocando así por dicha causa, plenamente justificada para la sociedad, movimientos de marchas que ocasionan daños a propiedad privada o a los bienes del Estado. Asimismo, en el presente año en México se ha desarrollado un número considerable de movimientos y exigencias sociales para detener los daños que se causan a la población femenina, pues cada vez hay casos más crueles y denigrantes día con día con ello se exige al Estado una mayor protección y salvaguarda de los derechos humanos de las mujeres, en especial de los derechos humanos a la vida y a la seguridad.

Lo anterior, pues como bien menciona el Dr. Gonzalo Levi Obregón, “hay un Estado de Derecho cuando se protege a sus habitantes en su integridad...”. Por lo tanto, al ser obligación del Estado proteger y salvaguardar los derechos humanos de sus habitantes, entonces a éste se le deben realizar tales demandas.

Sin embargo, como se ha relatado a lo largo del presente artículo, la función del Estado de salvaguardar los derechos humanos de las mujeres se cumple desde el momento en que contempla su protección en el derecho positivo en el artículo 1º constitucional y, además, para el caso que nos ocupa, cuando contempla una regulación especial para la protección del derecho humano de la mujer, como la regulación del feminicidio; entonces, ¿qué más se le podría exigir al Estado?, cuestionamiento que nos lleva a la lógica respuesta de *seguridad*.

No obstante lo anterior, se debe analizar si, en realidad, el número de feminicidios acontecidos durante el periodo de

enero a marzo de 2020 era suficiente para tales exigencias y la forma en que fueron solicitadas, así como si dicha solicitud debía ser exclusiva para salvaguardar derechos humanos que únicamente son inherentes a la mujer por ser un grupo vulnerable; para lo cual, se debe tomar en cuenta el número de homicidios cometidos tanto en la Ciudad de México como en el Estado de México en el mismo periodo.

Según los datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, se registraron 472 y 845 homicidios respectivamente, en las modalidades que se observan en las siguientes tablas.

REPORTE DE HOMICIDIOS CIUDAD DE MÉXICO

Año	Clave_ent	Entidad	Bien Jurídico afectado	Tipo de delito	Subtipo de delito	Modalidad	Enero	Febrero	Marzo
2020	9	Ciudad de México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio doloso	Con arma de fuego	72	69	78
2020	9	Ciudad de México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio doloso	Con arma blanca	14	14	11
2020	9	Ciudad de México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio doloso	Con otro elemento	19	11	30
2020	9	Ciudad de México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio doloso	No especificado	0	0	0
2020	9	Ciudad de México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio culposo	Con arma de fuego	1	0	1
2020	9	Ciudad de México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio culposo	Con arma blanca	0	0	1
2020	9	Ciudad de México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio culposo	En accidente de tránsito	52	50	47
2020	9	Ciudad de México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio culposo	Con otro elemento	0	0	2
2020	9	Ciudad de México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio culposo	No especificado	0	0	0

Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública

REPORTE DE HOMICIDIOS ESTADO DE MÉXICO

Año	Clave_ ent	Entidad	Bien Jurídico afectado	Tipo de delito	Subtipo de delito	Modalidad	Enero	Febrero	Marzo
2020	15	México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio doloso	Con arma de fuego	129	140	176
2020	15	México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio doloso	Con arma blanca	17	20	22
2020	15	México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio doloso	Con otro elemento	35	41	59
2020	15	México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio doloso	No especificado	0	0	0
2020	15	México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio culposo	Con arma de fuego	0	0	0
2020	15	México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio culposo	Con arma blanca	0	0	0
2020	15	México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio culposo	En accidente de tránsito	77	56	73
2020	15	México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio culposo	Con otro elemento	0	0	0
2020	15	México	La vida y la integridad	Homicidio	Homicidio culposo	No especificado	0	0	0

Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública

En resumen, durante el periodo de enero a marzo de 2020 se registraron los siguientes números de homicidios y feminicidios en la Ciudad de México y en el Estado de México:

	Feminicidios	Homicidios
Ciudad de México	13	472
Estado de México	34	845
Total	47	1317

Entonces, de lo anterior tenemos que el número de homicidios en la Ciudad de México y en el Estado de México supera más de 20 veces el número de feminicidios en dichas entidades; por lo que, atendiendo a dichos números, de manera fría y tajante se puede concluir, en primer término, que la mujer no es un grupo vulnerable, pues es claro que existe una mayor transgresión al derecho humano de la vida del hombre que

al de la mujer y, en segundo término, que no existían los motivos debidamente fundados en tales movimientos sociales.

Además de lo anterior, es menester resaltar que se contempla una pena punitiva diferente para el feminicidio y el homicidio, como se puede observar con mayor claridad en la siguiente tabla comparativa.

	Código Penal de la Ciudad de México	Años de prisión como pena	Código Penal del Estado de México	Años de prisión como pena
Feminicidio	Artículo 148 Bis	20-50	Artículo 242 Bis	40-70 o prisión vitalicia
Homicidio	Artículo 123	8-20	Artículo 241	10-15

De lo anterior, tenemos que, punitivamente, se otorgan más años de prisión a quien priva de la vida a una mujer que a quien priva de la vida a un hombre; sin embargo, tal y como se ha analizado en el

presente subtema, dicha circunstancia es controversial, pues en la actualidad existe un mayor número de homicidios que de feminicidios, por lo que evidentemente no se puede considerar a la mujer el sexo vulnerable.

Por otra parte, si se atiende a un punto de vista un poco más mundano, es decir, si ambos delitos atentan contra la vida humana, ya sea de la mujer o del hombre, ¿cuál es el motivo para que el legislador otorgue una pena punitiva en prisión mayor a la privación de la vida de una mujer que a la privación de la vida de un hombre? ¿Se puede decir que, entonces, vale más la vida de una mujer que la de un hombre?, evidentemente no, pues en ambos casos se trata de una vida y de un humano.

En consecuencia, si se toma el hecho de que lo que busca salvaguardar el Estado de derecho, mediante la regulación tanto de los homicidios como de los feminicidios, es la preservación del derecho humano a la vida, el cual es el derecho humano por excelencia; entonces, en dichos términos, puede considerarse innecesaria la regulación de un delito exclusivo como la privación de la vida de la mujer, pues el objetivo primordial es proteger la vida de las personas por igual sin distinción alguna de sexo.

Por ende, si bien es cierto que la regulación del delito del feminicidio fue implementada como una forma de salvaguardar los derechos humanos de la mujer, no se debería considerar necesaria la implementación de ésta, pues el derecho a la vida no es exclusivo de la mujer, pues se trata de un derecho humano universal del que gozan todas las personas sin distinción alguna.

Si lo que busca el Estado de derecho es preservar la vida de las personas,

atendiendo así en toda medida la obligación que tiene consagrada en el artículo 1° constitucional, entonces debería adoptar medidas que brinden mayor seguridad jurídica —ya sea implementando cuerpos policíacos, casetas de vigilancia, cámaras de seguridad, alumbrado público— en vez de implementar tipos penales exclusivos de la mujer, pues —se reitera— los derechos humanos a la vida y a la seguridad no son exclusivos de dicho género por el simple hecho de ser derechos humanos universales.

CONCLUSIONES

Es una realidad que las mujeres, desde los inicios de las sociedades, fueron educadas para aceptar un estatus de subordinación social, donde el ejercicio de sus derechos humanos era nulo o disminuidos debido a la discriminación de género.

Sin embargo, los derechos humanos de las mujeres ya representan un avance en el reconocimiento dentro del sistema normativo desde la perspectiva universal de los derechos humanos en nuestro país, que parte del artículo 1° constitucional, el cual establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos consagrados en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte; de ahí que no hay una limitación para que una mujer o un hombre goce derechos humanos que uno sí tenga y el otro no, pues ambos gozan de todos y cada uno de ellos por igual.

Incluso se podría decir que, tratándose de la positivación de los derechos humanos de las mujeres, el Estado de derecho se encuentra superado, pues si los derechos humanos con los que cuentan ambos son los mismos para con el Estado

desde el punto de vista constitucional, es hasta cierta medida cuestionable que existan leyes que otorguen mayor protección a los derechos humanos de la mujer; pues, se reitera, los mismos son universales en el siguiente caso:

Para con la regulación de un delito especial, como el feminicidio, en nuestras leyes, pues lo que se penaliza es la privación de la vida del humano en sí, que es el derecho humano máximo por excelencia; entonces, bastaría con la regulación del delito, que sancione la privación de la vida y que, en consecuencia, proteja la vida, sin distinción alguna.

Además de lo anterior, la desigualdad laboral, la discriminación hacia las mujeres, la grandes brechas salariales, la inestabilidad laboral por embarazo y la discriminación por ello, la desvaloración al trabajo y la continua falta de oportunidades para ocupar puestos de alto nivel hacen que las mujeres, por su propio género, continúen desempeñando trabajos que, por costumbres sociales, se les han adjudicado. Es necesaria la generación de políticas públicas efectivas que garanticen la igualdad de condiciones, en atención a la equidad y perspectiva de género.

Fuentes consultadas

- Adame Goddard, J. (2004), *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Barbieri, Teresita de (1996), "Población, mujer y desarrollo. El concepto mujer en la investigación social", revista *Demos. Carta Demográfica sobre México*, núm. 009, México, Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial. .
- Bensandom, N. (1988), *Los derechos de la Mujer*, Fondo de Cultura Económica (FCE).
- Cámara de Diputados (1994), *Derechos del pueblo mexicano a través de sus constituciones*, tomo 1, México, Cámara de Diputados.
- Cámara de Diputados (2008), *Derechos de la Maternidad. Estudio Teórico Conceptual, de Iniciativas presentadas, y de Derecho Comparado, Instrumentos Legales*, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-12-08.pdf>
- Cameron, D. (2018), "Derechos", en Deborah Cameron, *Feminismo*, Titivillus.
- Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia y de Equidad de Género (2011), Dictamen que presentan las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia y de Equidad y Género, respecto a la iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma la denominación del Título Décimo del Libro Segundo y se adiciona un Capítulo Segundo y el artículo 206 Bis al Código Penal del Distrito Federal; se reforman y adicionan diversas disposiciones a la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el del Distrito Federal, <http://www>.

- aldf.gob.mx/archivo-94dc41d93a6ed646a072abdf59ae5d78.pdf
- Flores Salgado, L. L. (2015), *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP) y Piso 15 Editores.
- Fries, L. y Verónica Matus (1999), “Supuestos ideológicos, mecánicos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal”, en *Género y Derecho*, Santiago de Chile, lom Ediciones.
- Kurczyn Villalobos, P. (2000), “Derechos de las mujeres trabajadoras”, en Patricia Kurczyn Villalobos, *Nuestros Derechos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- ONU (Organización de la Naciones Unidas) (1948), Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Obregón Salinas, G. L. (2020), “Cómo aplicar los derechos humanos desde la Constitución”, DigitalMex, <https://www.digitalmex.mx/opinion/story/18282/como-aplicar-los-derechos-humanos-desde-la-constitucion>
- _____ (2020), “Feminicidio, ¿delito o política?”, Latitud Megalópolis, <https://latitudmegalopolis.com/2020/02/26/comparezco-y-expongo-4/>
- Olsen, F. (2000), “El sexo del Derecho”, en Alicia E. Ruiz, *Identidad Femenina y Discurso Jurídico*, Buenos Aires, Bi-blos
- Sagastume Gemmell, M. A. (1991), *¿Qué son los derechos humanos? Evolución histórica*, Guatemala, Ministerio de Gobernación.
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Cifras de Incidencia Delictiva Estatal, 2015 - marzo 2020 <https://drive.google.com/file/d/1STMbrd6V0v4t3IFVPn9ti2FAbY7C2jNF/view>
- Sledziewski, E. G. (2000), “La Revolución Francesa. El giro”, en Georges Duby y Michelle Perrot (comps.), *Historia de las mujeres en Occidente*, Madrid, Taurus y Santillana.
- Valadés, D. y Jorge Carpizo (2008), *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

La restricción de derechos humanos: factor fundamental para el combate a la corrupción

The Restriction of Human Rights: a Fundamental Factor in the Fight Against Corruption

Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria*

RESUMEN

El garantismo, aquel conjunto de normas jurídicas fundamentales que implican que el Estado no puede sobrepasar ciertos límites para fincar una responsabilidad penal (tales como garantía de audiencia, debido proceso, la obtención de la prueba lícita, la prisión preventiva por excepcionalidad, entre otros), es parte fundamental del discurso de los derechos humanos. Sin embargo, bajo ciertas condiciones, ese garantismo puede ser un obstáculo para imputar conductas que puedan dañar seriamente al sistema social, pues las mismas podrían resultar tan sofisticadas que la norma jurídica no alcanzaría a reprochar su resultado. Este artículo busca problematizar sobre estos límites, así como la aplicación del principio propersona en el ejercicio de los derechos, donde la restricción que sea de menor impacto para la persona desde la perspectiva constitucional o convencional funja como factor fundamental para el combate a la corrupción.

Palabras clave: principio propersona, garantismo, corrupción, Estado, límites, Derechos humanos.

ABSTRACT

The penal guarantees, that set of fundamental legal norms which imply that the State cannot exceed certain limits to establish a criminal responsibility (such as guarantee of hearing, due process, obtaining legal evidence, preventive detention due to exceptionality, among others), is a fundamental part of the discourse of human rights. However, under certain conditions, these penal guarantees can be an obstacle to impute behaviors that could seriously damage the social system, since they could be so sophisticated that the legal norm would not reach to reproach their result. This article seeks to problematize these limits, as well as the application of the propersona principle in the exercise of rights, where the restriction that has the least impact on the person from the constitutional or conventional perspective and acts as a fundamental factor in the fight against corruption.

Keywords: Pro-Person Principle, Penal Guarantees, Corruption, State, Limits, Human Rights.

* Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), posdoctora por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) para investigadores de alto nivel académico. Egresada de la Tercera Escuela de Verano en Dogmática Penal y Procesal Penal de la George August Universität en Gottigën, Alemania.

INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos, en América Latina, han sido el estandarte de homogeneización jurídica y de la inclusión de un debido proceso en los ordenamientos jurídicos.

De hecho, a nivel internacional, el instrumento más significativo es la Convención Americana de Derechos Humanos, que México ratificó desde el 2 de marzo de 1981 y aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el 16 de diciembre de 1998.¹

El discurso de los derechos humanos se ha basado en el reconocimiento de las garantías básicas de todo individuo procesado ante los límites jurídicos del Estado; es decir, éste puede actuar hasta ciertas esferas jurídicas, respetando principios primordiales, tales como garantía de audiencia, debido proceso, la obtención de la prueba lícita, la prisión preventiva por excepcionalidad, la carga de la prueba para la autoridad o para quien acusa, la prescripción de la acción penal, la presunción de inocencia, el derecho a una defensa técnica y adecuada, la valoración de la prueba —siempre y cuando haya sido desahogada en juicio— inviolabilidad de comunicaciones, entre otros.

Como parte del sistema interamericano de derechos humanos, el Estado mexicano adoptó, a nivel constitucional, los siguientes principios:

- Presunción de inocencia (artículo 20 constitucional, B, I)
 - » B. De los derechos de toda persona imputada:
 - » A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad

mediante sentencia emitida por el juez de la causa;... (Congreso de la Unión, 1917).

- Garantía de audiencia (artículo 14 constitucional)

» Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho (Congreso de la Unión, 1917).

- Debido proceso (artículo 16 constitucional)

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo (Congreso de la Unión, 1917).

- La obtención de la prueba lícita (artículo 20 constitucional, A, IX)

“Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula” (Congreso de la Unión, 1917).

- La prisión preventiva por excepcionalidad (artículo 19 constitucional, párrafo 2):

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes

¹ <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm>

- para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso (Congreso de la Unión, 1917).
- La carga de la prueba para la autoridad o para quien acusa (artículo 20 constitucional, A, V)

“La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente...” (Congreso de la Unión, 1917).
 - La prescripción de la acción penal (artículo 19 constitucional, párrafo 8)

Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal (Congreso de la Unión, 1917).
 - El derecho a una defensa técnica y adecuada (artículo 20 constitucional, B, VIII)

Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera (Congreso de la Unión, 1917).
 - La valoración de la prueba siempre y cuando haya sido desahogada en juicio (artículo 20, A, III).

“Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo...” (Congreso de la Unión, 1917).
 - La prohibición de la intervención de comunicaciones privadas (artículo 16 constitucional, párrafo 13)

“Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas” (Congreso de la Unión, 1917).
- Como se puede observar, en materia de derechos humanos la convencionalidad ha permeado a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sobre todo en materia punitiva del Estado, es decir, no solamente hablando del derecho penal, sino de otras ramas jurídicas, como el derecho administrativo disciplinario, derecho civil y administrativo.
- Por lo que el garantismo se puede definir como aquel conjunto de normas jurídicas fundamentales que, en los ámbitos local e internacional, deben ser observadas procesal y sustancialmente por un sujeto desde los límites punitivos del Estado; esto implica que el Estado no puede sobrepasar ciertos límites para fincar una responsabilidad penal, administrativa, civil o de cualquier naturaleza jurídica.

Sin embargo, ese garantismo puede ser un obstáculo para imputar conductas que puedan dañar seriamente al sistema social, pues las mismas podrían resultar tan sofisticadas que la norma jurídica no alcanzaría a reprochar su resultado.

Por ejemplo, en materia de corrupción se menciona la necesidad del Estado de intervenir comunicaciones con el fin de detectar actos que puedan dañar seriamente la Hacienda Pública, pues los que participan en dichas comunicaciones podrían ser coautores de la comisión de ilícitos en ese sentido y es difícil que cualquiera de ellos otorgue voluntariamente la información para que ésta forme parte de una investigación, incluso si se tratara de protegerlos como testigos.

Es importante señalar que lo anterior no es permitido por el derecho mexicano, pues se requieren ciertos requisitos legales, que más adelante se estudiarán a detalle.

En ese sentido, el garantismo obstaculiza la defensa del Estado en ciertos ámbitos, como el combate a la corrupción; por ello, en esta obra proponemos, desde un análisis jurídico funcionalista, la restricción de determinados derechos fundamentales en ese ámbito.

Cabe señalar que la restricción al ejercicio de los derechos humanos en México se permite en diversos ámbitos de excepcionalidad, entre los cuales el combate a la corrupción queda excluido, y proponemos que se inserte en dicha dinámica.

Es así como la restricción de los derechos humanos permite la operatividad de un derecho de excepción que adelanta el estadio de la punibilidad con el fin de evitar que los sujetos peligrosos para la sociedad puedan dañar a los ciudadanos; como ejemplo de ello, el derecho penal del enemigo es la clara muestra de la protección

de los derechos humanos, de un derecho garantista y de los ciudadanos, como se argumentará más adelante.

Ese derecho tiene como uno de sus elementos básicos el alejar y sancionar de forma contundente al enemigo para que los Estados democráticos puedan contrarrestar al neoliberalismo y éste, a su vez, siga alimentando las conductas de criminalidad que producen capitales ilegales, como las conductas corruptas.

Es por ello que la restricción al ejercicio de los derechos humanos, combinada con la aplicación del derecho penal del enemigo desde el ámbito funcionalista, puede devolver la fortaleza a los Estados en un ámbito democrático y, por ende, permitir que éstos hagan frente, por medio de un derecho de guerra, a la corrupción.

Y en la esfera del combate a la corrupción en el derecho mexicano, el derecho penal del enemigo se puede anclar al derecho administrativo disciplinario, toda vez que éste retoma algunos principios constitucionales del primero, conformando una dupla funcionalista para contrarrestar las conductas ilícitas que provengan de actos de corrupción.

LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS RESTRICCIONES

En el derecho mexicano hay diversas reformas que han cambiado el paradigma jurídico constitucional; parece que la más trascendental es la del 10 de junio de 2011, la cual se refiere a la inclusión de los derechos humanos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en el artículo primero constitucional, párrafo primero, que señala lo siguiente:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos

humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece (Congreso de la Unión, 1917).²

El discurso jurídico preponderante en dicha reforma³ fue la amplitud de los derechos humanos en los ámbitos convencional y constitucional, de tal suerte que si un ordenamiento jurídico de menor rango que la Constitución política era contrario a ésta, se podría inaplicar, e incluso declarar inconstitucional; de hecho, una de las de las bondades de dicho discurso radica en el concepto y operatividad del control de convencionalidad, que, a decir de los expertos, es:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana

de Derechos Humanos, interprete última de la Convención Americana.

El control de convencionalidad está a cargo del Poder Judicial para que los convenios, pactos o tratados de derechos humanos puedan materializarse respecto a sus contenidos y generar a seguridad y certeza jurídica de las personas acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, estará integrado por todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, (con fundamento en lo establecido en los artículos 1º y 133), en la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación y todos los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte. Sobre la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos consagrados en la Carta Americana de Derechos Humanos, se tomarán en cuenta como vinculantes únicamente los criterios derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano sea parte y como criterios orientadores la jurisprudencia y precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte (Ferrer *et al.*, 2013: 7).

Los mecanismos constitucionales, los cuales se fundamentan básicamente en el principio propersona,⁴ que pueden hacer posibles los anteriores planteamientos son los siguientes:

2 Las cursivas son de los autores.

3 "Los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana superiores al poder del Estado. La dignidad de la persona humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos u otros derechos necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad; reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano que debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna" (Ferrer *et al.*, 2013: 5).

a. Control difuso de constitucionalidad. Se puede aplicar por cualquier

4 "El principio propersona es un criterio hermenéutico que obliga a la interpretación extensiva de la norma cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente a la restringida cuando se determinan limitaciones permanentes a su ejercicio o a su suspensión extraordinaria" (Ferrer *et al.*, 2013: 6).

autoridad jurisdiccional con base en el principio propersona y atendiendo a la protección más amplia que le pudiera otorgar la constitución sobre cualquier norma convencional; es decir, si una norma constitucional protege con mayor amplitud a la persona que un tratado internacional, las autoridades juzgadoras están obligadas a observar y aplicar la norma constitucional. Cabe señalar que las autoridades lo pueden aplicar de oficio o a petición de parte, y no es necesario que la autoridad entre al estudio del análisis del control.

- b. Control difuso de convencionalidad. Se puede aplicar por cualquier autoridad jurisdiccional con base en el principio propersona y atendiendo a la protección más amplia que le pudiera otorgar un tratado internacional a la persona sobre cualquier norma constitucional; es decir, si una norma convencional protege con mayor amplitud a la persona que la propia constitución, las autoridades juzgadoras están obligadas a observar y aplicar el tratado internacional. Cabe señalar que las autoridades lo pueden aplicar de oficio o a petición de parte, y no es necesario que la autoridad entre al análisis del control convencional.
- c. Control concentrado de constitucionalidad. Únicamente puede ser aplicado por las autoridades jurisdiccionales del Poder Judicial federal; se aplica a petición de parte, y los juzgadores deben realizar un análisis de la solicitud del control con base en el principio propersona. En este control se aplicarán los beneficios jurídicos que los derechos humanos otorgan a las personas, la Constitución Política

de los Estados Unidos Mexicanos por encima de los tratados internacionales.

- d. Control concentrado de convencionalidad. Sigue el tratamiento procesal que el control concentrado de constitucionalidad, con la diferencia de que la norma jurídica aplicable en materia de derechos humanos serán los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) indica al respecto:

CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS.

De los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva, por medio del análisis exhaustivo de los argumentos que los quejosos propongan en su demanda o en los casos en que proceda la suplencia de la queja, si una disposición es contraria o no a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte. Por su parte, el control difuso que realizan las demás autoridades del país, en el ámbito de su competencia, se ejerce de manera oficiosa, si y sólo si, encuentran sustento para ello, respaldándose en el imperio del cual están investidas para juzgar conforme a la Constitución. Por tanto, el control ordinario que ejercen estas autoridades en su labor cotidiana, es decir, en su competencia específica, se constriñe a establecer la legalidad del

asunto sometido a su consideración con base en los hechos, argumentaciones jurídicas, pruebas y alegatos propuestos por las partes, dando cumplimiento a los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, debido proceso y acceso a la justicia. Es aquí donde el juzgador ordinario, al aplicar la norma, puede contrastar, de oficio, entre su contenido y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional (esto es, realizar el control difuso) en ejercicio de una competencia genérica, sin que la reflexión que realiza el juez común, forme parte de la disputa entre actor y demandado. En ese sentido, la diferencia toral entre los medios de control concentrado y difuso estriba, esencialmente, en que en el primero es decisión del quejoso que el tema de inconstitucionalidad o inconventionalidad de la ley forme parte de la litis, al plantearlo expresamente en su demanda de amparo; mientras que en el segundo, ese tema no integra la litis, que se limita a la materia de legalidad (competencia específica); no obstante, por razón de su función, por decisión propia y prescindiendo de todo argumento de las partes, el juzgador puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con la Constitución o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos (SCJN, 2015: 1647).

Sin embargo, el principio propersona no solo se aplica en todo el sistema jurídico mexicano desde el garantismo, sino que también se puede hacer desde el ámbito de las restricciones, pues, como se puede observar, la última parte del párrafo primero del artículo primero constitucional indica que:

“Los derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales de los cuales el estado mexicano forme parte, no podrán restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece” (Congreso de la Unión, 1917).

Desde esa perspectiva, se puede indicar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite la restricción al ejercicio de los derechos humanos, siempre y cuando ésta se encuentre en la propia constitución.

El 24 de abril de 2014 la SCJN emitió la jurisprudencia 2006224 en términos de un derecho fundamental contenido en el artículo 94, párrafo décimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra indica:

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución. (Congreso de la Unión, 1917)

La jurisprudencia antes señalada se redactó en los siguientes términos:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de

derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano (SCJN, 2014: 202).

Del análisis anterior, podemos indicar que los derechos humanos se pueden restringir a través de la constitución, la jurisprudencia de la SCJN y los tratados internacionales, esto último porque la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) —que México ratificó desde hace 40 años, precisamente en el año de 1978— permite, en su artículo 30, las restricciones al ejercicio de los derechos humanos, siempre y cuando éstas se encuentren en las constituciones de los Estados.

Cabe señalar que las restricciones al ejercicio de los derechos humanos contenidos en la jurisprudencia emitida por la SCJN, sea en Pleno o en Sala, son obligatorias para todos los juzgadores por debajo de la misma, pues así lo indican el artículo 94 constitucional, párrafo décimo, así como el artículo 217, párrafo primero, de la Ley de Amparo, y la jurisprudencia de la SCJN marcada con el número de registro 2008148, que a la letra indican:

Artículo 217 de la Ley de Amparo: La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.

La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga

la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad *ex officio*, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica (SCJN, 2014: 8).

Puede señalarse que la SCJN tiene toda la libertad para restringir el ejercicio de los derechos humanos a través de la jurisprudencia, aunque esto no se encuentre expresamente en la Constitución.

LOS EXTREMOS DEL GARANTISMO EN EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

El hecho de que en México se haya reformado el 6 de junio de 2011 el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se inserta una nueva gama de normatividad de ejercicio de los derechos humanos en el sistema interamericano, no implica que el ejercicio de los derechos humanos no se pueda ni se deba restringir.

De hecho, como ya ha quedado asentado, los derechos humanos se restringen en los ámbitos constitucional, convencional y jurisprudencial.

Desde esa perspectiva, existen conductas que ameritan la restricción de los mismos derechos; sin embargo, esas conductas deben ser estudiadas y analizadas con detenimiento y responsabilidad por quienes conforman la norma jurídica, en el caso mexicano por el Congreso de la Unión.

La aplicación de un garantismo extremo sin restricción al ejercicio de los derechos humanos permite que sujetos que cometen conductas en extremo peligrosas o de alto impacto social puedan quedar impunes o que la norma jurídica no tenga alcances restitutivos a la sociedad.

Por tanto, el garantismo absoluto no permite un tratamiento procesal idóneo a sujetos que atentan contra la sociedad mediante las conductas antes citadas y, por ello, éstos se convierten paulatinamente en “enemigos sociales”.

Las primeras preguntas que el lector de esta obra puede hacerse son las siguientes: ¿cuáles serían los elementos que se deben tomar en cuenta para considerar a un sujeto como alguien que ha realizado una conducta de alto impacto?, ¿en qué momento y bajo qué parámetros se le puede considerar a un sujeto como peligroso y, por tanto, como enemigo?, el profesor Jakobs nos indica en ese sentido:

En qué medida debe practicarse el tratamiento contra el enemigo, depende de dos factores, a saber: de la necesidad de seguridad de los Ciudadanos y del potencial del poder de los delincuentes imprevisibles; ambos factores pueden influir en la sociedad y en el administrador del Derecho, el Estado (Jakobs y Polaino-Orts, 2013: 68).

Quienes deben ser conscientes de la seguridad que requiere la sociedad son sus

miembros y el propio Estado, es decir, en conjunto deben decidir cuáles son las conductas que mayor impacto social negativo se causan y a partir de qué parámetros, pues una conducta de alto impacto puede ser incoada por otra que no se considere de tal grado, entonces podía existir un error en la creación y la aplicación de la norma jurídica; como ejemplo de esto, podemos mencionar lo siguiente: si un servidor público otorga las facilidades para dar un pasaporte falso a un menor para que al mismo lo sustraigan del país con fines de explotación sexual, la conducta de alto impacto, además de la segunda, también debe ser la primera, pues la corrupción de dicho servidor público ha permitido que la trata de personas prospere.

Las conductas delictivas de mayor impacto son consideradas aquellas que producen como resultado capital ilícito de grandes dimensiones, de tal suerte que el poder económico fortalezca a la organización criminal. En este sentido, el derecho penal de excepción debe estar dirigido a la recuperación de activos y a la criminalización mediante un derecho procesal del enemigo.

Por lo que un garantismo exacerbado puede no ser pertinente para el equilibrio de un Estado de derecho democrático ni para mantener la seguridad de los ciudadanos en una sociedad, pues la aplicación de medidas garantistas —tales como la eliminación de la prisión, las medidas de alejamiento y las anticipaciones de la punibilidad— puede permitir la continuación de las conductas peligrosas y de alto impacto de inseguridad social.

El profesor Jakobs propone una serie de medidas de seguridad procesales que relativizan los derechos humanos —incluso que son permisibles por el derecho,

incluido el derecho mexicano— las cuales no violentan la presunción de inocencia, al contrario adelantan la actuación de la norma jurídica para la protección de los ciudadanos en contra de sujetos que la sociedad, de acuerdo con su contexto, considera peligrosos. A su teoría la conocen, en la mayor parte del mundo, como derecho penal del enemigo.

CONCLUSIÓN

Es de suma importancia indicar que el principio propersona, en materia de restricción al ejercicio de los derechos humanos, no se puede aplicar en el ámbito garantista, sino desde otra restricción; es decir, los juzgadores aplicarán al ejercicio de los derechos la restricción que sea de menor impacto para la persona desde la perspectiva constitucional o convencional, pero no pueden aplicar un derecho humano sin restricción a su ejercicio tratando de eliminar la propia restricción, pues ello sería un grave error epistemológico y metodológico.

El principio propersona es un criterio hermenéutico que obliga a la interpretación extensiva de la norma cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la restringida cuando se determinan limitaciones permanentes a su ejercicio o suspensión extraordinaria. En caso de que se exista una diferencia entre el alcance y la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. Este criterio no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de llevar a cabo sus atribuciones y facultades de impartir justicia bajo los diversos principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional —legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la

justicia, cosa juzgada-, ya que de hacerlo provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función (Ferrer *et al.*, 2013: 5).

En ese sentido, se puede indicar que cuando existe una restricción al ejercicio de un derecho humano, el tratamiento jurídico es el que sigue:

- a. No se puede realizar control difuso de constitucionalidad con base en el principio *propersona* desde una perspectiva garantista, sino con base en otra restricción al ejercicio del derecho humano de la misma naturaleza, pues se estará a lo que indica la restricción al ejercicio del derecho humano, ya sea en materia constitucional, convencional o jurisprudencial.
- b. No puede haber ponderación de derechos humanos, sino de restricciones al ejercicio de los mismos; además, la aplicación de la restricción al ejerci-

cio del derecho humano debe ser estricta sobre cualquier interpretación de corte garantista.

En ese sentido, se puede mencionar que en México se cuenta con dos vertientes de aplicabilidad en materia de derechos humanos:

1. La observancia y aplicación de la amplitud de los derechos humanos, tanto en materia constitucional como en materia convencional, teniendo como base el principio *propersona* y los controles constitucionales, así como convencionales.
2. Las restricciones al ejercicio de los derechos humanos, las cuales no observan el principio *propersona* para su aplicación, sino el estricto derecho.

Fuentes consultadas

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (s/f), Convención Americana sobre Derechos humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm>.
- Congreso de la Unión (1917), Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 5 de febrero de 1917, última reforma: 17 de mayo de 2021
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, E.; José Luis Caballero Ochoa, y Christian Steiner (coords.) (2013), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).
- Jakobs, G. y Miguel Polaino-Orts (2013), *Criminalidad Organizada. Formas de combate desde el Derecho Penal*, México, Editorial Flores Editor y Distribuidor.
- SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2015), Control Concentrado y Difuso de Constitucionalidad y Convencionalidad. Sus Diferencias, tesis aislada CCLXXXIX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 23, tomo II, décima época, Primera Sala, p.1647
- _____ (2014), 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, jurisprudencia P./J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, tomo I, décima época, Pleno, p.202
- _____ (2014), No Es Susceptible de Someterse a Control de Constitucionalidad y/o Convencionalidad Ex Officio por Órganos Jurisdiccionales de Menor Jerarquía, jurisprudencia P./J. 64/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 13, tomo I, décima época, Pleno, p. 8

Los derechos humanos de las víctimas de delitos en el sistema procesal penal acusatorio

The Human Rights of Crime Victims in the Accusatory Criminal Procedure System

Jorge Antonio Mirón Reyes*

RESUMEN

El presente trabajo muestra la evolución que se fue gestando para el reconocimiento de los derechos de las víctimas de los delitos a partir de la instauración de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y posteriormente, con las reformas constitucionales de 1993, 1994, 2000. Tres reformas constitucionales adicionales vinieron a marcar la nueva ruta de protección de los derechos de las víctimas dentro del procedimiento penal, que fueron la de junio de 2008, con la instauración del nuevo sistema de justicia penal, las de junio de de 2011, en materia de amparo y de derechos humanos. A partir del nuevo marco normativo que sirvió de base para el reconocimiento de los derechos de las víctimas de los delitos, se dio paso a su legitimación como parte procesal en el procedimiento penal lo cual vino a fortalecer la idea de que la víctima había dejado de ser la parte olvidada del procedimiento penal para convertirse en un sujeto procesal mas en la relación jurídica establecida a partir de que el Estado inicia el ejercicio del poder punitivo.

Como consecuencia de lo anterior, se fueron definiendo los límites del Estado en

el ejercicio del poder punitivo frente a la víctima, que eran el respeto, protección y garantía de sus derechos humanos. Así, los órganos encargados de ejercer el poder punitivo deben respetar y proteger los derechos de defensa, a la información, acceso a la justicia, debido proceso, legalidad, seguridad jurídica, reparación del daño, a la coadyuvancia, a proteger su identidad, datos personales y su integridad física.

Palabras clave: derechos humanos, ley de amparo, Ministerio Público, normas internacionales, principio propersona, sistema procesal penal acusatorio, víctimas del delito.

ABSTRACT

This work shows the evolution that was taking place for the recognition of the rights of the victims of crimes, from the establishment of the National Human Rights Commission and later, with the constitutional reforms of 1993, 1994, 2000. Three additional constitutional reforms came to mark the new route of protection of the rights of victims within the criminal procedure, which were that of June 2008, with the establishment of the new criminal justice system, those of June 2011,

* Cuenta con una Licenciatura en Derecho por la Universidad Autónoma Metropolitana. Asimismo, realizó las siguientes especialidades: en amparo, derecho constitucional y derecho administrativo, por la Universidad Panamericana; en amparo por el Instituto Federal del Poder Judicial Federal. También el autor cuenta con las siguientes maestrías: en Ciencias Jurídico Penales por el Instituto Nacional de Ciencias Penales; en *Derecho Penal, Constitución y Derechos Humanos*, en la Universidad Autónoma Metropolitana y Universidad Autónoma de Barcelona. Tiene doctorado en Ciencias Penales y Política Criminal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Fue reconocido con el doctorado honoris causa: reconocimiento humanista y académico. Tiene experiencia en el servicio público (26 años, 20 de ellos en la procuración de justicia).

in terms of amparo and human rights. Based on the new normative framework that served as the basis for the recognition of the rights of the victims of crimes, it gave way to its legitimation as a procedural part in the criminal procedure, which came to strengthen the idea that the victim had left from being the forgotten part of the criminal procedure, to becoming one more procedural subject in the legal relationship established from when the State begins the exercise of punitive power.

As a consequence of the foregoing, the limits of the State in the exercise of punitive power against the victim were defined, which were the respect, protection and guarantee of their human rights. Thus, the bodies in charge of exercising the punitive power must respect and protect the rights of defense, to information, access to justice, due process, legality, legal security, reparation of damage, to coadjustment, to protect their identity, data personal and physical integrity.

Keywords: *Human Rights, Amparo Law, Public Ministry, International Norms, Pro persona principle, Accusatory Criminal Procedure System, Victims of Crime.*

INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo, en nuestro país, las víctimas de los delitos fueron la parte más olvidada del proceso penal y del sistema de justicia penal en general.

Los únicos sujetos procesales que contaban con legitimación para actuar en el procedimiento penal eran la persona sometida a dicho procedimiento, ya sea con la calidad de indiciado, inculpado, procesado o sentenciado, su defensa y el agente del Ministerio Público como órgano persecutor.

Lo anterior llevaba implícito que las víctimas carecieran de derechos frente al Estado como titular del poder punitivo,

generándose, por supuesto, un esquema de desigualdad sustantiva y procesal que evidenciaba la necesidad de un cambio en cuanto al tratamiento de las víctimas de los delitos, pues cada vez era más reiterado ver cómo predominaban en el ambiente de la práctica penal los fenómenos de la corrupción y de la impunidad sin que la víctima pudiera alcanzar el ejercicio de su derecho fundamental de acceso a la justicia.

ANTECEDENTES

Poco a poco se fueron dando los pasos para reconocer derechos en favor de las víctimas, lo cual inició a partir de que la defensa y protección de los derechos humanos se convirtió en una obligación para el Estado mexicano. Esto se advirtió con el nacimiento de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), que, inicialmente, apareció como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, después pasó a ser un organismo descentralizado -a partir de su reconocimiento constitucional en 1992- y, finalmente, un organismo autónomo, como lo es hasta ahora.

El citado organismo público defensor de derechos humanos, desde sus orígenes, desempeñó un papel muy importante en la defensa de los derechos de las víctimas del delito, ya que, pese a no tener legitimación para actuar en el procedimiento penal -preponderantemente en la etapa de investigación del delito-, comenzó a darle entrada a las quejas formuladas por las víctimas cuando estimaban que la actuación del Ministerio Público no era correcta, era irregular, desde la omisión para investigar y para practicar las diligencias encaminadas a acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de los indiciados hasta las determinaciones de reserva y no ejercicio de la acción penal.

En esos casos, el organismo público aludido analizaba las averiguaciones previas y podía advertir si existían o no violaciones a los derechos humanos de las víctimas. Fundamentalmente, dichas violaciones se materializaban en los derechos de legalidad, seguridad jurídica y a una adecuada procuración de justicia. Al respecto, se emitieron diversas recomendaciones que así lo establecieron, las cuales fueron dirigidas a los titulares de las instituciones de procuración de justicia, tanto en el nivel federal como en el local.

Posteriormente, la reforma constitucional de 1993 tuvo el acierto de reconocer, por primera vez a nivel de la Carta Magna, los derechos de las víctimas u ofendidos por el delito, lo cual fue siendo el paso inicial para que los mismos se convirtieran en un límite del actuar de las autoridades tanto ministeriales como jurisdiccionales, y así poder defenderlos por medio del juicio de amparo como único instrumento de defensa.

Si bien dicha reforma fue trascendente, en la práctica no se advirtió cambio alguno; la inercia que las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia tenían con respecto a las víctimas era la misma al no reconocerles sus derechos, establecidos, en ese momento, en la propia Constitución.

Casi dos años después se publicó otra reforma constitucional, ahora al artículo 21; en dicho texto se estableció que las determinaciones de no ejercicio y de desistimiento de la acción penal serían objeto de control judicial. Dicha reforma concretó un reclamo de mucho tiempo atrás acerca de la exigencia de que las determinaciones ministeriales fueran sujetas a revisión judicial. Tampoco había duda de que la instancia judicial fuera el juicio de amparo por

ser la garantía constitucional encargada de reparar la violación a los derechos fundamentales, que, en ese caso, sufrían las víctimas en virtud de tales determinaciones ministeriales.

A pesar de lo indicado, las situaciones que se fueron dando en la práctica evidenciaban una tendencia a no querer entender por qué las víctimas tenían derechos en un procedimiento penal en el que ni siquiera eran parte y a defender lo que muchos llamaban “el monopolio de la acción penal del Ministerio Público”.

Así, cuando comenzaron a promoverse los primeros amparos en contra de determinaciones de no ejercicio de la acción penal, las decisiones judiciales fueron variadas: algunos jueces de distrito en materia penal que recibieron las demandas optaron por declararse incompetentes, argumentando que el Ministerio Público era una autoridad administrativa y, por tanto, la competencia debía surtirse en favor de los jueces de distrito en esa materia; por su parte, algunos jueces administrativos eran de la opinión de que el asunto era de naturaleza penal por derivar el acto reclamado de la investigación de un delito. Todo ello dio paso a conflictos competenciales en los que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) decidió que la competencia debía surtirse en favor de los jueces de distrito en materia penal.

El siguiente aspecto de discusión fue acerca de la procedencia del amparo, pues algunos jueces federales estimaron que si bien la Constitución hacía alusión a un control judicial respecto de las determinaciones ministeriales, no hacía mención de que dicho control se ejerciera por medio del amparo, por lo que estimaban improcedente el juicio de amparo a pesar de que algunas entidades federativas -como Baja

California, Aguascalientes, Colima, entre otras- decidieron crear un medio de impugnación ordinario para combatir las decisiones ministeriales mencionadas.

Al final, la SCJN fijó el criterio que perduró hasta la reforma del año 2000 en la que se adicionó una fracción a la ley de amparo vigente en ese momento, estableciendo la procedencia del amparo indirecto en contra de las mencionadas determinaciones ministeriales.

Nuestro más alto tribunal sostuvo que si bien en el texto constitucional no se establecía que el control judicial al que se refería fuera el juicio de amparo, resultaba claro que dicha reforma había traído como consecuencia el nacimiento de un nuevo derecho en favor de los gobernados (víctimas del delito), el cual era el de seguridad jurídica; por lo que si el juicio de amparo se había instituido para defender los derechos del gobernado, era evidente que no había otro medio de control que no fuera el juicio de amparo, por lo menos hasta en tanto no surgiera un medio de control distinto.

En ese contexto fue que se definió el juicio de amparo como mecanismo de defensa en favor de las víctimas para combatir las determinaciones de no ejercicio de la acción penal, con lo cual se les estaba garantizando, entre otros, sus derechos de seguridad jurídica y de acceso a la justicia.

Un tercer antecedente se encuentra en la reforma constitucional del año 2000 en la que se dividió el artículo 20 de la Carta Magna en dos apartados; el apartado correspondía a los derechos de la persona sujeta al procedimiento penal, y el apartado B, a los derechos de las víctimas de los delitos.

Esa reforma también resultó un avance significativo en la protección de los

derechos de las víctimas, pues, por un lado, amplió el catálogo de derechos, lo cual implicó un límite mayor en el actuar de las autoridades intervinientes en el ejercicio del poder punitivo y, por el otro, se fortaleció el criterio de que el juicio de amparo era la instancia de defensa a la que podían acceder las víctimas en defensa de sus derechos ya reconocidos en la propia Constitución.

Pese a lo señalado, seguía existiendo una limitación para las víctimas, la cual era su legitimación dentro del procedimiento penal, ya que si bien tenían derecho a ser asesoradas e informadas acerca del procedimiento, así como a aportar medios de prueba, siempre lo hacían a través del Ministerio Público. Lo que sí se reforzó fue la segunda parte del aspecto señalado arriba, pues en 2000 se adicionó al artículo 114 de la ley de amparo vigente en esa época una fracción que expresamente hablaba de la procedencia del amparo indirecto en contra de las determinaciones de no ejercicio y desistimiento de la acción penal; con ello se reafirmaba el derecho a la impugnación de las víctimas, las cuales podrían acceder al amparo para combatir las citadas determinaciones que resultaran violatorias de sus derechos de legalidad, seguridad jurídica (que, desde mi punto de vista, se concentraba en el derecho a recibir una adecuada procuración de justicia,) así como el de integridad física, defensa y acceso a la justicia.

REFORMAS CONSTITUCIONALES

Como es de todos sabido, el 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el decreto por medio del cual se reformaron diversas disposiciones constitucionales a través de las cuales se estableció, entre otros aspectos, un nuevo

sistema procesal penal en el país, caracterizado por un modelo acusatorio-adversarial y oral, en el cual se creó un esquema de protección a las víctimas de delitos, dándoles una mayor participación en el procedimiento penal, reconociéndoles su calidad de parte y otorgándoles mayores derechos durante el procedimiento.

En ese sentido, la reforma constitucional en cuestión contempla un apartado específico respecto de los derechos de las víctimas por el delito: el apartado C del artículo 20, en el que se advierte una serie de derechos, como el de defensa, información, reparación del daño, a que se garantice su integridad física, seguridad jurídica, protección de su identidad y datos personales, entre otros.

La reforma señalada fue considerada como un avance significativo en la protección de las víctimas del delito, además de que la defensa de tales derechos podían ejercerla ellas mismas sin necesidad de depender de la intervención del Ministerio, al cual —dicho sea de paso— en algunos casos tenía que insistírsele para que actuara y en otros estaba limitado legalmente para interponer un medio de impugnación extraordinario como el juicio de amparo.

Pese a la trascendencia de la reforma en comento, se presentaron algunas situaciones que fueron motivo de discusión e interpretación en cuanto a su aplicación; es decir, se planteaba si tales derechos ya se encontraban vigentes una vez que fue publicado el decreto en cuestión, teniendo en cuenta que, conforme al artículo segundo transitorio del decreto mencionado, existía una *vacatio legis* de hasta ocho años para que la reforma al nuevo sistema procesal penal entrara en vigor.

Lo anterior fue resuelto por medio de algunos criterios sostenidos por la SCJN, que avalaban ya la aplicación del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y reconocían la participación del ofendido o la víctima del delito en el procedimiento penal.

Al respecto, se transcribirán, a manera de ejemplo, algunos de esos criterios que permitirán corroborar lo mencionado.

VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. COMO PARTE ACTIVA EN EL PROCESO PENAL, TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO CONTRA CUALQUIER DETERMINACIÓN JUDICIAL QUE PUEDA SER LESIVA DE SUS DERECHOS HUMANOS ESTABLECIDOS EN LA CARTA MAGNA [APLICACIÓN Y VIGENCIA DE LAS JURISPRUDENCIAS 1a./J. 21/2012 (10a.) y 1a./J. 40/2013 (10a.)].

El reconocimiento de la víctima u ofendido del delito como parte en el proceso penal, establece la posibilidad de que tenga una participación activa en éste no sólo por su expectativa o pretensión de que se repare el daño que le fue ocasionado, sino porque conforme al nuevo marco jurídico, derivado del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puede participar directamente en la causa penal, aportar pruebas, interponer recursos y exigir que se establezca una verdad legal sobre la comprobación del delito y la responsabilidad penal del inculpado. De manera paralela a lo anterior, en términos del artículo 5o., fracción I, de la Ley de Amparo, la legitimación de la víctima u ofendido del delito para acudir al juicio de amparo como parte quejosa, no

sólo comprende la impugnación de actos procesales que impliquen que, de facto, la reparación del daño no ocurra por afectar la pretensión reparatoria; sino también la posibilidad de someter al análisis constitucional cualquier determinación judicial que pueda ser lesiva de sus derechos humanos establecidos en la Carta Magna, como los de debido proceso y exacta aplicación de la ley en materia penal (artículo 14); fundamentación y motivación (artículo 16); acceso a la justicia (artículo 17); recibir asesoría jurídica, ser informado de sus derechos constitucionales y del desarrollo del procedimiento penal; coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente -en averiguación previa y en el proceso-, a que se desahoguen las diligencias correspondientes (artículo 20, apartado C), entre otros. Es por ello que las jurisprudencias 1a./J. 21/2012 (10a.) y 1a./J. 40/2013 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VIII, Tomo 1, mayo de 2012, página 1084 y Libro XXII, Tomo 1, julio de 2013, página 123, de rubros: "VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. ESTÁ LEGITIMADO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO DIRECTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE ABSUELVE AL ACUSADO." y "AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLO CUANDO SE IMPUGNAN APARTADOS JURÍDICOS DIVERSOS AL DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA.", respectivamente, aun cuando fueron emitidas con la abrogada ley reglamentaria del juicio constitucional, siguen vigentes en términos del

artículo sexto transitorio de la actual Ley de Amparo.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 400/2013. 27 de febrero de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: María Elena Leguizamón Ferrer. Secretaria: Jacqueline Pineda Mendoza.

Esta tesis se publicó el viernes 04 de julio de 2014 a las 08:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación (SCJN, 2014:1326).

VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. ESTÁ LEGITIMADO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO DIRECTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE ABSUELVE AL ACUSADO.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que constitucionalmente se han reconocido derechos a la víctima u ofendido del delito -entre ellos la legitimación procesal activa a fin de acreditar su derecho a la reparación del daño-, al grado de equiparlo prácticamente a una parte procesal, y que una resolución puede, de facto, afectar su derecho fundamental a la reparación del daño proveniente de la comisión de un delito, cuando no ocurra por afectarse la pretensión reparatoria. De ahí que si el juicio de amparo directo es el medio procesal idóneo para reclamar la constitucionalidad de una sentencia definitiva o las resoluciones que ponen fin al juicio, es evidente que el ofendido o víctima legalmente reconocidos en el proceso natural están legitimados para promoverlo contra la sentencia definitiva que absuelve al acusado, ya que ésta afecta el nacimiento de su derecho fundamental previsto en el artículo 20, apartado C, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Con lo anterior se hace

efectivo el derecho de acceso a la justicia contenido en el artículo 17 constitucional, al permitir que la víctima u ofendido reclame la constitucionalidad de la resolución de la cual depende el nacimiento del derecho fundamental a la reparación del daño, favoreciendo sus derechos al permitirle reclamar la correcta aplicación de la ley a través del juicio de amparo.

Contradicción de tesis 229/2011. Entre las sustentadas por el Primer y el Cuarto Tribunales Colegiados, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 7 de diciembre de 2011. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por lo que hace a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de cuatro votos en cuanto al fondo. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Jaime Santana Turrul. Tesis de jurisprudencia 21/2012 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha ocho de febrero de dos mil doce (SCJN, 2012:1084).

De lo antes transcrito, se puede advertir que, además de la reforma constitucional que se ha venido comentando, se emitieron otras dos que le dieron vigencia y eficacia a los derechos de las víctimas del delito: la reforma constitucional en materia de amparo y la relativa a la materia de derechos humanos, ambas publicadas el 6 y 10 de junio de 2011 respectivamente.

No obstante que el orden de las reformas mencionadas, a mi juicio, no fue el correcto, para darle congruencia al análisis que se está realizando se van a referir, en primer término, algunos de los aspectos relevantes de la reforma en materia de derechos humanos que tienen una relación directa con el tema que se está tratando.

Así, se hará mención del contenido del primer párrafo del artículo 1° constitucional, el cual señala que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección; en este sentido, se puede interpretar que, cuando se habla de las garantías para su protección, se hace referencia a los mecanismos creados para llevar a cabo la defensa de esos derechos y, entonces, según algunos doctrinarios, con esa redacción del artículo 1° lo que hizo el constituyente permanente fue dividir, por un lado, lo que se debe entender por derechos humanos, —los cuales, tradicionalmente, eran llamados por la Constitución garantías individuales— y, por el otro lado, —que también en este capítulo se va a recoger— algún mecanismo de protección de la defensa de esos derechos.

Aunado a lo indicado, el primer párrafo del citado artículo 1° nos vincula con temas como el principio propersona y el control de la convencionalidad, que implican, por un lado, que toda autoridad debe velar por la mayor protección de los derechos humanos —es decir, por la aplicación de la norma que otorgue una mayor protección— y, por el otro, que para otorgar esa protección deben incluso aplicarse normas de carácter internacional.

En ese sentido, se habla de un control de la convencionalidad, porque en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, documento internacional que ha sido ratificado por nuestro país, se establece un esquema de protección a los derechos humanos y; tomando en cuenta que esa reforma constitucional está abriendo

el camino para que los derechos humanos consagrados en la norma internacional sean respetados, surge el control de la convencionalidad, ejercido ahora por la autoridad judicial.

En ese orden de ideas, resultaba inquestionable que los derechos otorgados a las víctimas por el delito con motivo del decreto que reformó la Constitución en 2008 no requirieran condición alguna para materializarse, aun cuando su vigencia se estableció hasta ocho años después, tal y como lo refiere el criterio citado, en el que se justifica el reconocimiento de tales derechos a partir del principio propersona y se establece la necesidad de otorgar mayor protección a los titulares de derechos humanos, ya sea mediante la norma nacional o la internacional.

Al respecto, existe ahora un criterio en el que se establece la obligación de aplicar las normas internacionales ante la falta de disposición interna que garantice la vigencia de ciertos derechos humanos establecidos en favor de las víctimas de los delitos, como es el caso de los derechos al debido proceso y acceso a la justicia.

Para ilustrar lo señalado, se transcribe el criterio aludido a fin de enfatizar la importancia del principio que ahora se comentó.

DEBIDO PROCESO INTERNACIONAL. DEBE ACUDIRSE A ÉSTE, SI EN EL ÁMBITO NACIONAL NO SE HA DESARROLLADO AMPLIAMENTE LO NECESARIO PARA EL ANÁLISIS DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala, estableció que

en una sociedad democrática debe conocerse la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos, y los Estados tienen la obligación tanto de investigar como de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas; que la obligación de investigar no puede ser ejecutada de cualquier forma, sino que debe realizarse de acuerdo con los estándares establecidos por las normas y la jurisprudencia internacionales, sin que pueda desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. En este orden de ideas, si un tribunal de amparo advierte hechos que involucran graves violaciones de derechos humanos, y en el derecho nacional, el tema específico aún no ha sido desarrollado ampliamente; entonces, debe buscar la solución justa del caso en el debido proceso internacional, integrado por las normas y jurisprudencia internacionales; máxime que el actual juicio de amparo ha superado la etapa tradicional de protección de garantías individuales, para dar lugar a una fase de un juicio de derechos fundamentales, que se ocupa de atender las situaciones en las que las normas generales, actos u omisiones de la autoridad, violan los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

Incidente de inexecución de sentencia 4/2018. 20 de septiembre de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Mauricio Fernández de la Mora. Secretario: Jesús Desiderio Cavazos Elizondo.

Incidente de inexecución de sentencia 5/2018. 20 de septiembre de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Mauricio Fernández de la Mora. Secretario: Jesús Desiderio Cavazos Elizondo.

Incidente de inexecución de sentencia 6/2018. 20 de septiembre de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Mauricio Fernández de la Mora.

Secretario: Jesús Desiderio Cavazos Elizondo. Incidente de inexecución de sentencia 7/2018. 20 de septiembre de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Mauricio Fernández de la Mora. Secretario: Jesús Desiderio Cavazos Elizondo. Recurso de inconformidad previsto en las fracciones I a III del artículo 201 de la Ley de Amparo 19/2018. 28 de agosto de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Mauricio Fernández de la Mora. Secretario: Jesús Desiderio Cavazos Elizondo.

Esta tesis se publicó el viernes 22 de noviembre de 2019 a las 10:33 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 25 de noviembre de 2019, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013 (SCJN, 2019: 1998).

La reforma constitucional en materia de amparo se convirtió en el corolario de la vigencia y protección de los derechos humanos de las víctimas del delito, pues una de las características de dicha reforma fue la ampliación del ámbito de protección de los gobernados a través del juicio de amparo.

Tal situación se estableció, entre otros aspectos, al ampliar la defensa de los derechos humanos a los contemplados tanto en la norma constitucional como en las normas internacionales relacionadas con dicha materia; al establecer, como presupuesto de procedencia, no solo el interés jurídico, sino también el interés legítimo, que implícitamente reconoce el derecho de las víctimas para impugnar actos que afecten su esfera jurídica durante el procedimiento penal.

Lo anterior quedó debidamente reglamentado en la ley de amparo vigente, en la que se establece de manera expresa la legitimación de las víctimas del delito

para promover juicio de amparo en contra de sentencias definitivas absolutorias y en contra de otras determinaciones o resoluciones tanto del Ministerio Público como de los jueces respectivamente que afecten su esfera jurídica por resultar violatorias de sus derechos humanos

Lo mencionado queda ilustrado con los criterios sostenidos por los tribunales federales, que a continuación se transcriben.

OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO. CONFORME A LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y AL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, TIENE INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA SALA QUE CONFIRMA LA NEGATIVA DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN, AL TENER LA EXPECTATIVA LEGAL DE QUE SE LE REPARE EL DAÑO Y UN INTERÉS DIRECTO EN QUE SE LE RESPETE SU DERECHO HUMANO DE IGUALDAD PROCESAL.

Conforme a los artículos 8.1, 8.2, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a un equilibrio cuando son parte en un procedimiento legal. Por otro lado, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 1a./J. 103/2001, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, diciembre de 2001, página 112, estableció que contra las resoluciones dictadas en segundo grado que afecten el derecho a la reparación del daño, el ofendido o la víctima de algún delito que

tenga la expectativa legal de dicha reparación está legitimado para promover el juicio de amparo, únicamente por lo que hace al aspecto de la afectación y siempre que contra ellas no exista medio ordinario de defensa. En ese sentido, si se toma en cuenta lo establecido en los artículos 1o., 103, fracción I, y 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformados por decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación de 10 y 6 de junio de 2011, respectivamente, es inconcuso que la víctima u ofendido tiene interés jurídico para promover el juicio de amparo contra la resolución de la Sala que confirma la negativa de la orden de aprehensión por ser quien tiene interés directo en que se le repare el daño y en que se le respete su derecho humano de igualdad procesal entre otros que tiene en todo procedimiento penal, máxime que la confirmación de dicha orden de captura por el tribunal de alzada constituye un acto que puede afectar su esfera jurídica, dado que aun cuando no interesa de manera directa a la reparación del daño al no efectuarse pronunciamiento al respecto, sí lleva implícita la circunstancia de que la reparación no ocurra, pues en el caso existe la expectativa legal por cuanto a dicha reparación; de ahí que se produzca la legitimación para promover el juicio de amparo, por cuanto a tal aspecto de la afectación se refiere.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión (improcedencia) 192/2011. 17 de noviembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: José Rodulfo Esquinca Gutiérrez.

Nota: La tesis 1a./J. 103/2001 citada, aparece publicada con el rubro: "REPARACIÓN DEL DAÑO. EL OFENDIDO O LA VÍCTIMA DE ALGÚN DELITO ESTÁN LEGITIMADOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE

AMPARO EN CONTRA DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES QUE AFECTEN ESE DERECHO, ÚNICAMENTE POR LO QUE A ESE ASPECTO SE REFIERE Y SIEMPRE QUE CONTRA ÉSTAS NO PROCEDA MEDIO ORDINARIO ALGUNO DE DEFENSA." (SCJN, 2012: 1271).

VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. AL NO ESTAR LEGITIMADO EXPRESAMENTE PARA INTERPONER EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO DEL IMPUTADO, NO LE ES EXIGIBLE AGOTAR EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD, PREVIO A LA PROMOCIÓN DE LA DEMANDA DE AMPARO INDIRECTO (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 456, 459, 467 Y 468 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES).

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que la víctima u ofendido del delito, como parte en el proceso penal, puede interponer los recursos ordinarios pese a la redacción restrictiva de la legislación procesal respectiva, lo que no implica una obligación de agotar el recurso correspondiente, previo a ejercer la acción constitucional. Ahora bien, de la interpretación de los artículos 456, 459, 467 y 468 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se advierte que la víctima u ofendido del delito no está legitimado expresamente para interponer el recurso de apelación contra el auto de vinculación a proceso dictado al imputado en la audiencia inicial por un Juez de control, pues el artículo 459 mencionado, limita su derecho a impugnar las resoluciones relativas a la reparación del daño, las que pongan fin al proceso y las dictadas en la audiencia de juicio si hubiere participado en ella; de ahí que cuando lo reclama en el juicio de amparo

indirecto, no le es exigible agotar el principio de definitividad, previo a la promoción de la demanda, ya que esa condición representaría la imposición de una exigencia excesiva y carente de razonabilidad, al no estar legitimado para oponer el recurso correspondiente; considerar lo contrario, pugnaría con el derecho fundamental de acceso a la justicia que implica promover un recurso efectivo, sencillo y de fácil acceso.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 132/2016. 24 de noviembre de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Velázquez Martínez, secretario de tribunal autorizado para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con el diverso 40, fracción V, del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se expide el similar que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo; y reforma y deroga diversas disposiciones de otros acuerdos generales. Secretaria: Sindy Ortiz Castillo.

Esta tesis se publicó el viernes 17 de febrero de 2017 a las 10:19 horas en el Semanario Judicial de la Federación (SCJN, 2017: 2375).

ASESOR JURÍDICO DE LAS VÍCTIMAS INDIRECTAS DEL DELITO. TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN REPRESENTACIÓN DE ÉSTAS CON LA SOLA AFIRMACIÓN DE QUE SE OSTENTA CON ESE CARÁCTER, ATENTO A LOS PRINCIPIOS PRO ACTIONE Y DE IGUALDAD ENTRE LAS PARTES (ACTUALIZACIÓN DE LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 11, PÁRRAFO PRIMERO, ÚLTIMA PARTE, DE LA LEY DE AMPARO).

El artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales. Por otra parte, de la lectura integral y sistemática de los artículos 6o. y 11 de la Ley de Amparo, no se advierte –ni siquiera de la literalidad– una falta de legitimación de los asesores jurídicos de las víctimas para la promoción del juicio constitucional; inclusive, el párrafo segundo del artículo 6o. establece que cuando el acto reclamado derive de un procedimiento penal, el juicio de amparo podrá promoverse por conducto de un defensor o de cualquier persona, en los casos en que la ley lo permita. Por tanto, no debe admitirse una interpretación restrictiva de esos preceptos, sino incluir (en igualdad procesal) al defensor, asesor jurídico o cualquier persona que acude en nombre de las víctimas y favorecer el principio pro actione en el juicio de amparo; de lo contrario, se arribaría a una interpretación excluyente del acceso a la justicia en los juicios de amparo en materia penal, en la cual sólo debe bastar con la afirmación de que el asesor jurídico se ostenta con ese carácter. En consecuencia, si las víctimas indirectas en un procedimiento penal comparecen al juicio de amparo por conducto de quien se ostenta como su asesor jurídico, éste cuenta con legitimación para promoverlo en su representación, al actualizarse la excepción prevista en el artículo 11, párrafo primero, última parte, de la Ley de Amparo. Lo anterior en el entendido de que, en caso de duda, el Juez de Distrito se encuentra facultado para prevenir a las víctimas para que manifiesten si es su intención que el asesor jurídico funja como su representante legal, de conformidad con los artículos 10, 11 y 115 de la propia ley.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 197/2019. 16 de enero de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: María Elena Leguizamón Ferrer. Secretario: Miguel Ángel Antemate Mendoza.

Nota: La presente tesis aborda el mismo tema que la diversa I.4o.P.27 P (10a.), de título y subtítulo: "ASESOR JURÍDICO DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. PARA LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA DE AMPARO PROMOVIDA EN REPRESENTACIÓN DE ÉSTA, POR QUIEN SE OSTENTA CON ESE CARÁCTER, BASTA QUE AFIRME QUE LO TIENE RECONOCIDO ANTE LA AUTORIDAD RESPONSABLE (EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 11, PÁRRAFO PRIMERO, ÚLTIMA PARTE, DE LA LEY DE AMPARO).", publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 4 de octubre de 2019 a las 10:14 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 71, Tomo IV, octubre de 2019, página 3467, con número de registro digital: 2020717, que es objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 310/2019, pendiente de resolverse por la Primera Sala.

Esta tesis se publicó el viernes 06 de marzo de 2020 a las 10:09 horas en el Semanario Judicial de la Federación (SCJN, 2020: s/p).

De lo antes transcrito, se puede observar que el derecho que tienen las víctimas del delito de intervenir en los procesos penales y, derivado de ello, de interponer los recursos que la ley señale en contra de las resoluciones que sean contrarias a sus intereses se hizo vigente desde la entrada en vigor del decreto que los previó, pero, además, considerando la observancia del principio propersona y el régimen del juicio

de amparo generado a partir de la reforma mencionada.

Lo anterior implicó que la participación de la víctima por el delito en el procedimiento penal se ampliara y cobrara vigencia a partir de las reformas constitucionales mencionadas, pues gracias a ellas su intervención ya no solo se redujo a los casos en los que se pretendía la reparación del daño como consecuencia de la comisión de un delito, sino que se hizo extensiva a la aportación de datos y medios de prueba, al conocimiento que debe tener acerca del trámite de la investigación o del proceso penal y a la posibilidad de impugnar, a través de los medios de impugnación que la ley establece, las resoluciones ministeriales y jurisdiccionales que transgredan su esfera jurídica.

Lo indicado tenía su fundamento en el hecho de que los derechos de las víctimas u ofendidos no podían estar limitados o condicionados por la existencia de una norma secundaria que los previera, pues bastaba con que estuvieran previstos en la Constitución para su plena vigencia, máxime que ello justifica un sistema justicia penal propio de un Estado de derecho democrático.

Al respecto, se emitieron diversos criterios jurisprudenciales que soportaron la tesis referida y que a continuación se transcriben

OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO. TIENE LA CALIDAD DE PARTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL, A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL DEL VEINTIUNO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL.

El ordinal 20, apartado B, de la Constitución General de la República, adicionado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiuno de septiembre de dos mil,

en vigor desde el veintiuno de marzo siguiente, consagra como garantías de la víctima u ofendido por algún delito, entre otras, el derecho a coadyuvar con el Ministerio Público y a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, con lo cual *se le reconoció constitucionalmente el carácter de parte dentro del proceso penal mexicano; ello es así, dado que de la exposición de motivos (de veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y nueve) que sustenta la reforma, el legislador evaluó la necesidad de otorgar garantías a la víctima u ofendido del delito para ser considerado como parte dentro del procedimiento, con la facultad expresa de poder constituirse no sólo en coadyuvante del Ministerio Público dentro de la averiguación previa y del proceso penal, sino además para estar en aptitud de instruir los elementos de convicción que acrediten el cuerpo del delito, la responsabilidad del inculpado y la reparación del daño, en su caso, pudiendo incluso comparecer por sí o a través de su representante en todo acto procesal, a efecto de manifestar todo lo que a su derecho convenga; lo que sin duda lo coloca en una situación que le permite la defensa oportuna de sus intereses en cualquier estado del juicio, en razón de que se le deben recibir todos los datos o elementos de prueba con los que cuente y se deben practicar las diligencias correspondientes; inclusive, procesalmente está legitimado para la interposición de los recursos o medios de defensa que consagra la ley adjetiva de la materia y que sean necesarios para tal fin*¹, sin que resulte una condición para ello que se le reconozca por parte del Juez como coadyuvante del Ministerio Público.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 569/2002. 15 de marzo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretaria: Blanca Fuentes Sánchez (SCJN, 2002: 1337).

VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. TIENE DERECHO A PARTICIPAR EN EL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE DEFENSA SOCIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 14 y 20, apartado B, de la Constitución General de la República y 54 bis del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado, la víctima o el ofendido tendrán la garantía de ser informados de los derechos que en su favor establece la Constitución sobre el desarrollo del procedimiento, que se le recibían todas las pruebas con las que cuente para acreditar la procedencia y monto de la reparación del daño, para lo cual el Juez, de oficio, mandará citar a la víctima, al ofendido o a su representante legal, para que manifieste lo que a su derecho convenga y, *finalmente, al dictarse formal prisión, mandará notificarlo; por lo que si el Juez de la causa omite darle a conocer el inicio del proceso penal, ello impide que haga valer los derechos que a su favor otorga la ley, lo que vulnera, además, la garantía de audiencia prevista por el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Federal, al privarlo de la posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas, y alegar lo que a su interés convenga.*

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 359/2001. 31 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Remes Ojeda. Secretario: Patricio Leopoldo Vargas Alarcón (SCJN, 2002:1489).

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL EN FAVOR DE LA VÍCTIMA Y DEL PROCESADO. SU APLICACIÓN Y RESPETO DEBEN PROCURARSE SIMULTÁNEAMENTE CONFORME A LOS FINES DEL DEBIDO PROCESO Y NO CON BASE EN UN ORDEN DE PRELACIÓN.

1 Las cursivas son del autor.

Resulta *infundado* el concepto de violación en el que se sostiene que la garantía en cuanto a la *duración del proceso debe prevalecer ante los posibles derechos de la víctima, pues bajo el argumento de que las prerrogativas establecidas en favor del procesado son de orden preferente tratándose del proceso penal*, en tanto que los derechos de la víctima deben hacerse valer, en su caso, dentro de los plazos legales, ya que no se trata de establecer un orden de preferencia, puesto que *al tener el mismo rango de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, es obvio que el órgano judicial debe prever lo necesario para respetar ambas prerrogativas dentro de los cauces y límites legales a fin de lograr el desarrollo de un debido proceso en el que se cumpla con los principios de equidad y equilibrio procedimental, sin desconocer el fin procesal de búsqueda de la verdad histórica de los hechos, para lo cual el juzgador, como rector del proceso, tiene la facultad incluso de ordenar la práctica de diligencias para mejor proveer*. Esto es, que los fines del proceso no giren exclusivamente en torno a la conveniencia e intereses particulares del procesado y su defensa, sino también a un fin de interés público. De modo que si el procesado renunció expresamente a la garantía prevista en la fracción VIII del apartado A del artículo 20 constitucional y derivado de ello se producen diversos medios convictivos para ambas partes y se advierte la necesidad de dar oportunidad al desahogo de otras probanzas más, es evidente que la ulterior manifestación del procesado y su defensa, en el sentido de acogerse a la mencionada garantía de duración del proceso, no puede atenderse de manera tal que se traduzca en un cierre inmediato del periodo de instrucción que impida el derecho al desahogo de pruebas por parte de la contraria, incluso de aquellas que el propio juzgador estimara indispensables para la resolución de la causa, pues el hecho de haber renunciado previamente a dicha garantía, no puede entenderse como una facultad

discrecional o caprichosa de retractación en cuanto a su observancia, máxime cuando ello repercutiría en perjuicio de los derechos de la víctima, del equilibrio y equidad procesal entre las partes y los propios fines del proceso.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 129/2003. 23 de abril de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Alma Jeanina Córdoba Díaz (SCJN, 2003: 1017).

Con lo que ha quedado indicado, es claro que los derechos de las víctimas del delito, otorgados a partir de la reforma constitucional de 2008, se encontraban vigentes a partir de que comenzó a surtir efectos el decreto que los estableció por resultar congruentes con el sistema de justicia penal vigente en ese momento y con el que se pretendía.

Cabe señalar, como último comentario para reforzar nuestra tesis, que si no se hubiera considerado los derechos consagrados en el apartado C del artículo 20 constitucional, reformado mediante el decreto de fecha 18 de junio de 2008, las víctimas u ofendidos del delito en ese momento tendrían vedado su derecho a impugnar las resoluciones ministeriales relativas al no ejercicio de la acción penal, pues antes de la reforma en cuestión el fundamento constitucional de dicha impugnación era el párrafo cuarto del artículo 21 de la Constitución, pero a raíz de la reforma en mención, ese derecho, —consagrado en el citado artículo 21—, fue recogido en el apartado C, fracción VII, del mencionado artículo 20 constitucional; de tal suerte que, al asumir la tesis contraria, el derecho a impugnar de las víctimas y ofendidos del delito se hubiera hecho nugatorio.

DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO

Corresponde ahora identificar los derechos humanos de las víctimas del delito, que deben servir como límite a la actuación de los órganos del Estado que intervienen en el ejercicio del poder punitivo.

Se hará referencia, en primer lugar, a los derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, en segundo lugar, a los que se desprenden de algunos de los instrumentos internacionales que los consagran.

El artículo 20, apartado C, de la norma fundamental, prevé una serie de derechos de las víctimas del delito, que deben respetar las autoridades encargadas de ejercer el poder punitivo en las distintas etapas del procedimiento penal. Así, la disposición constitucional señalada refiere que las víctimas del delito tienen los derechos siguientes: de defensa, a la información, a la coadyuvancia, de legalidad, a la protección de su integridad física y psicológica, a la reparación del daño, al resguardo de su identidad y protección de datos personales,

Por cuanto hace al derecho de defensa, éste se manifiesta de distintas maneras. Dicho derecho se materializa cuando la víctima cuenta con un asesor jurídico, es decir, con la asistencia técnica que le permita conocer sus derechos y llevar adelante su pretensión. En la actualidad, es común ver cómo las víctimas llegan asesoradas de su abogado, sea público o privado,

Ese derecho debe garantizársele a las víctimas en cualquier etapa del procedimiento penal, por lo que corresponderá al Ministerio Público y a la autoridad judicial —juez de control, Tribunal de Enjuiciamiento o juez de ejecución— respetar

dicho derecho y, en cada intervención de la víctima durante el procedimiento, deberán garantizar la presencia del asesor jurídico, salvo que la víctima decida no estar asistida.

Sobre el particular, en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder se señala lo siguiente:

“Acceso a la justicia y trato justo

4. [...]

5. [...]

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) y b) [...]

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;... (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1985).

Otra forma de manifestación del derecho de defensa se advierte con la oportunidad probatoria que ahora tienen las víctimas, pues podrán aportar los datos de prueba —ante el Ministerio Público— o los medios de prueba —ante la autoridad judicial— que sirvan para fortalecer la pretensión punitiva y la reparación de su daño. Además, como expresión de dicho derecho, las víctimas podrán pedir que se desahoguen las diligencias que consideren pertinentes para el fortalecimiento de la pretensión punitiva; en este último caso, también se respetará el derecho de legalidad, ya que la negativa del órgano investigador de no practicar las diligencias solicitadas por la víctima deberá estar fundada y motivada.

Finalmente, ese derecho se ve involucrado también con la posibilidad que tiene la víctima de interponer los recursos que la ley establezca, incluyendo al juicio de

amparo, en defensa de sus derechos. Al respecto, ha habido diferentes criterios de los tribunales federales que así lo avalan, algunos ya transcribieron en el apartado anterior y otros se transcribirán a continuación.

VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. EN ATENCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DE ACCESO A LA JUSTICIA, TIENE DERECHO A PROMOVER EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA NEGATIVA DE LIBRAR LA ORDEN DE APREHENSIÓN CONTRA EL INDICIADO, AUN CUANDO EL ARTÍCULO 5 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUERRERO, NO LE OTORQUE EL CARÁCTER DE PARTE EN EL PROCESO PENAL. En atención a los principios de supremacía constitucional y de acceso a la justicia, previstos en los artículos 133 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe concederse a la víctima u ofendido del delito el derecho a promover el recurso de apelación contra la negativa de librar una orden de aprehensión contra el indiciado, aun cuando el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guerrero no le otorgue el carácter de parte en el proceso penal. Lo anterior, porque con este proceder se reconoce el derecho del ofendido a un debido proceso, que le otorga el artículo 2o., fracción III, de la Ley General de Víctimas, que implica brindarles la posibilidad de recurrir una determinación que lesione sus derechos, en tanto que permite a la autoridad jurisdiccional de segundo grado, examinar lo decidido por el Juez de primera instancia, para que la revisión del acto reclamado (negativa de libramiento de una orden de aprehensión) sea completa. Además, el derecho de recurrir evita que quede firme esa resolución

e impide que los aspectos que se reclamen en un amparo, puedan calificarse de inoperantes, por no haberse aducido como agravio en el recurso de apelación que, en su caso, pudiera haber interpuesto exclusivamente el Ministerio Público. Adicionalmente, al otorgarse al ofendido el derecho de agotar la doble instancia jurisdiccional, se evita la existencia de sentencias contradictorias, esto es, la derivada del recurso de apelación instado por el representante social contra el no libramiento de la orden de captura y la que llegara a dictarse en el juicio de amparo indirecto, promovido contra la negativa decretada por el Juez de primera instancia; de ahí que deba concederse la protección constitucional, para el efecto de que la Sala responsable ordene al Juez de la causa que notifique a la víctima el contenido del auto relativo, y esté en posibilidad de interponer el referido recurso de apelación.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 349/2014. 6 de febrero de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Dávila Gaona. Secretaria: María Trifonía Ortega Zamora. Nota: Este criterio ha integrado la jurisprudencia XXI.1o.P.A. J/6 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 20 de octubre de 2017 a las 10:30 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 47, Tomo IV, octubre de 2017, página 2393, de título y subtítulo: "VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. ATENTO A LOS PRINCIPIOS DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DE ACCESO A LA JUSTICIA, TIENE DERECHO A INTERPONER EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA NEGATIVA DE LIBRAR LA ORDEN DE APREHENSIÓN CONTRA EL INDICIADO O EL AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR,

AUN CUANDO EL ARTÍCULO 5 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUERRERO ABROGADO, NO LE OTORGUE EL CARÁCTER DE PARTE EN EL PROCESO PENAL."

Esta tesis se publicó el viernes 03 de julio de 2015 a las 09:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación (SCJN, 2015:1178).

VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. ATENTO A LOS PRINCIPIOS DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DE ACCESO A LA JUSTICIA, TIENE DERECHO A INTERPONER EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA NEGATIVA DE LIBRAR LA ORDEN DE APREHENSIÓN CONTRA EL INDICIADO O EL AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR, AUN CUANDO EL ARTÍCULO 5 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUERRERO ABROGADO, NO LE OTORGUE EL CARÁCTER DE PARTE EN EL PROCESO PENAL.

Atento a los principios de supremacía constitucional y de acceso a la justicia, previstos en los artículos 133 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la víctima u ofendido del delito tiene derecho a interponer el recurso de apelación contra la negativa de librar la orden de aprehensión contra el indiciado o el auto de libertad por falta de elementos para procesar, aun cuando el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guerrero abrogado no le otorgue el carácter de parte en el proceso penal. Lo anterior, porque con este proceder se reconoce el derecho del ofendido a un debido proceso, que le concede el artículo 2o., fracción III, de la Ley General de Víctimas, que implica brin-

darle la posibilidad de recurrir una determinación que lesione sus derechos, en tanto que permite a la autoridad jurisdiccional de segundo grado, examinar lo decidido por el Juez de primera instancia, para que la revisión del acto reclamado sea completa. Además, el derecho de recurrir evita que queden firmes esas resoluciones e impide que los aspectos reclamados en un amparo, puedan calificarse de inoperantes, por no haberse aducido como agravio en el recurso de apelación que, en su caso, pudiera haber interpuesto exclusivamente el Ministerio Público. Adicionalmente, al otorgarse al ofendido el derecho de agotar la doble instancia jurisdiccional, se evita la existencia de sentencias contradictorias, esto es, la derivada del recurso de apelación instado por el representante social contra el no libramiento de la orden de captura o el auto de libertad por falta de elementos para procesar, y la que llegara a dictarse en el juicio de amparo indirecto promovido en su contra; de ahí que deba concederse la protección constitucional para el efecto de que la Sala responsable ordene al Juez de la causa que notifique a la víctima el contenido de esas determinaciones y esté en posibilidad de interponer el recurso de apelación referido.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 349/2014. 6 de febrero de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Dávila Gaona. Secretaria: María Trifonía Ortega Zamora.

Amparo directo 526/2014. 25 de junio de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Dávila Gaona. Secretario: Ricardo Genel Ayala.

Amparo en revisión 102/2015. 21 de agosto de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Dávila Gaona. Secretario: Ricardo Genel Ayala.

Amparo en revisión 237/2015. 3 de junio de

2016. Unanimidad de votos. Ponente: Xóchitl Guido Guzmán. Secretario: Raúl Sánchez Aguirre.

Amparo en revisión 217/2016. 12 de enero de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Núñez Loyo. Secretario: Moisés Alejandro Vásquez Escalera.

Esta tesis se publicó el viernes 20 de octubre de 2017 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 23 de octubre de 2017, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013 (SCJN, 2017: 2393).

VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. TIENE DERECHO A INTERPONER EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LAS SENTENCIAS INTERMEDIAS Y DEFINITIVAS EN EL PROCESO PENAL, AUN CUANDO LA LEY NO LO LEGITIME PARA ELLO (INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 353 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO).

El precepto citado que prevé que tienen derecho a apelar el Ministerio Público, el inculpado y los defensores, debe interpretarse conforme al derecho humano de acceso a la justicia contenido en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en el caso involucra la existencia de un recurso efectivo, el derecho a la verdad y a la justicia, que en favor de la víctima u ofendido del delito son reconocidos por la Constitución, por lo que debe leerse en el sentido de que la víctima u ofendido del delito tiene derecho de apelar los autos o las resoluciones previstas en los artículos 354 y 355 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, con la finalidad de defender directa o indirectamente los derechos que consagran en su favor el artículo 20,

apartado B, de la Constitución Federal y los tratados internacionales, de conformidad con el numeral 1o., párrafo primero, de la Norma Fundamental. Lo anterior, conforme al principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 de la Constitución Federal, el cual se configura como una directriz consustancial del sistema jurídico-político mexicano que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución y que por ello la coloca por encima de todas las leyes y de todas las autoridades. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad un deber de ajustar los actos desplegados en el ejercicio de sus atribuciones a sus preceptos, por lo que el Poder Legislativo, al expedir las leyes, debe observar la Ley Suprema, de igual forma que el Ejecutivo y el Judicial al ejercer sus facultades. Así, considerar que la legitimación para impugnar las resoluciones intermedias y definitivas en el proceso penal está constreñida sólo al Ministerio Público, inculpado y defensores, como lo hace el artículo 353 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, haría nugatorios los derechos humanos de la víctima u ofendido del delito contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya motivación legislativa fue la de rescatarlos del olvido en que se encontraban, factor que motivó a reconsiderar a nivel constitucional la posición que ocupan en la etapa preliminar de averiguación previa y el proceso penal, con el propósito de mejorar su situación jurídica y afianzar su participación activa, principalmente para obtener la reparación del daño que el hecho típico les originó; de ahí que los derechos fundamentales de la víctima u ofendido del delito derivados de un proceso penal, no pueden hacerse nugatorios por un deficiente o insuficiente desarrollo normativo por parte del legislador secundario. Las anteriores consideraciones no deben entenderse en el sentido de

que las víctimas u ofendidos del delito deben agotar el recurso de apelación previo a acudir al juicio de amparo, porque precisamente la falta de legitimación normativa para hacerlo impide que les sea exigible agotar el principio de definitividad.

Amparo directo 12/2014. 11 de marzo de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villagas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Carmina Cortés Rodríguez y Saúl Armando Patiño Lara.

Nota: Este criterio ha integrado la jurisprudencia 1a./J. 79/2015 (10a.), publicada el viernes 11 de diciembre de 2015, a las 11:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 25, Tomo I, diciembre de 2015, página 244, de título y subtítulo: "VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. TIENE DERECHO A INTERPONER EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LAS SENTENCIAS INTERMEDIAS Y DEFINITIVAS EN EL PROCESO PENAL, AUN CUANDO LA LEY NO LO LEGITIME PARA ELLO (INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 353 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO)."

Esta tesis se publicó el viernes 26 de junio de 2015 a las 09:20 horas en el Semanario Judicial de la Federación (SCJN, 2015: 609).

Esa posibilidad de impugnación incluye las determinaciones ministeriales de reserva y no ejercicio de la acción penal, así como las omisiones en las que incurre

el Ministerio Público al momento de investigar, además de las decisiones judiciales que tienen que ver con la aprobación del desistimiento de la acción penal (sobresimiento) o la autorización para que se aplique la salida alterna de suspensión condicional del proceso.

En cuanto al derecho a la información, éste consiste en que la víctima debe estar informada de los derechos que le corresponden, así como del desarrollo del procedimiento penal. la observancia de este derecho vincula tanto al Ministerio Público como a la autoridad judicial, e incluso al asesor jurídico, por cuanto hace a la información de los derechos.

Aun cuando en el sistema acusatorio la víctima ya tiene reconocida su calidad de parte, la Carta Magna aún le reconoce su derecho a la coadyuvancia, el cual debe ejercer ante la autoridad judicial (juez de control) una vez que el Ministerio Público decida formular acusación.

El derecho a la reparación del daño constituye una de las prerrogativas de mayor relevancia para la víctima en el procedimiento penal, la cual puede ejercerla de manera directa o a través del Ministerio Público, que debe reclamarla en su escrito de acusación. La reparación del daño incluye tanto los daños y perjuicios causados a la víctima con motivo del delito como aquellos que se relacionan con el daño moral.

Es tan importante ese derecho que no solo se llega a concretar hasta que hay sentencia definitiva, sino también cuando el proceso termina mediante una salida alterna, e incluso cuando se aplica un criterio de oportunidad.

Sobre la forma de hacerla efectivo, se deben garantizar procedimientos ágiles y efectivos, tal y como lo señala la Declaración sobre los principios fundamentales

de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

La protección de la integridad física y psicológica de la víctima es una obligación tanto del Ministerio Público como de la autoridad judicial, que en todo momento deben garantizar para que la víctima tenga la asistencia médica y psicológica que requiera para disminuir los efectos negativos del delito.

Así, el Ministerio Público cuenta con centros de apoyo a las víctimas, en los que se les otorga asistencia médica, psicológica e incluso jurídica, y en el caso de las mujeres, existen centros de justicia que ofrecen servicios integrales.

Dicha protección también se manifiesta con el resguardo de la identidad de la víctima y de sus datos personales, con el otorgamiento de medidas de protección y con el resguardo que deben darle a través de cuerpos de seguridad; incluso se puede ampliar a las víctimas indirectas, familiares y testigos. Ese derecho debe ser respetado y garantizado tanto por el Ministerio Público como por la autoridad judicial respectivamente.

A nivel internacional, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reconoce el derecho a contar con un recurso efectivo que le permita a las personas defenderse de las violaciones a sus derechos fundamentales. Al respecto, la citada convención señala lo siguiente:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Con-

vención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1969).

Desde el ángulo de la víctima, ese derecho se vincula con el de acceso a la justicia, ya que las víctimas deben contar con el mecanismo jurídico idóneo para defender sus bienes jurídicos vulnerados con motivo de la comisión de un delito, y ello tiene que ver con la posibilidad de acceder a una debida procuración e impartición de justicia.

En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1999) ha señalado que

es evidente por el artículo 8 de la Convención que las víctimas de violaciones de derechos humanos o sus familiares deben tener posibilidades substanciales de ser oídas y actuar en los respectivos procesos, con el fin de aclarar los hechos y castigar a los responsables y buscar la debida reparación.

El derecho a la protección contra actos de intimidación y represalia para la víctima y su familia antes, durante y después de los procedimientos encuentra su

fundamento en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, que establecer lo siguiente:

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a)[...]

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;... (ONU, 1985).

Ese derecho, evidentemente, tiene relación con el derecho a proteger la integridad física y psicológica de las víctimas, que ya se describió en párrafos anteriores.

También se debe hacer referencia a la protección que tanto la Convención sobre todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (del artículo 4 al 17) como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Do Pará” (del artículo 3 al 6) dan a las víctimas mujeres que son objeto de violencia y que se convierten en víctimas de delitos identificados en las normas penales como violencia familiar.

En esos casos, deben considerarse los derechos que dichos instrumentos internacionales prevén por parte de los órganos del Estado que intervienen en el ejercicio del poder punitivo a fin de prevenir la realización de tales actos, evitar que los mismos se continúen realizando y que puedan causar efectos más graves -como lesiones que pongan en peligro la vida e incluso la propia muerte de la víctima- proteger a las víctimas por medio de la asistencia médica,

legal y psicológica y garantizarles una vida libre de violencia.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Las víctimas de los delitos han dejado de ser la parte olvidada del sistema penal, al reconocérseles derechos durante el procedimiento penal.

SEGUNDA. Los derechos de las víctimas encuentran su regulación tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en los tratados internacionales, leyes federales, generales, nacionales y locales.

TERCERA. Con la entrada en vigor del sistema procesal penal acusatorio, las víctimas del delito tienen reconocida su calidad de parte en el procedimiento penal.

CUARTA. Los derechos que se encuentran reconocidos a las víctimas en nuestra Constitución son defensa, información, coadyuvancia, legalidad, reparación del daño, protección a su integridad física y psicológica y protección a sus datos personales.

QUINTA. Los instrumentos internacionales también reconocen los derechos de la víctima a un recurso efectivo, a la protección contra actos de intimidación o represión, a la no discriminación y a una vida libre de violencia.

Fuentes consultadas

Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) (1999), caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo).

OEA (Organización de los Estados Americanos) (1969), Convención Americana sobre Derechos Humanos

ONU (Organización de las Naciones Unidas) (1985), Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder

SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2019), Debido Proceso Internacional. Debe Acudirse a Éste, Si en el Ámbito Nacional No Se Ha Desarrollado Ampliamente Lo Necesario para el Análisis de Graves Violaciones a los Derechos Humanos, jurisprudencia XXIX.1o.J/5, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, décima época, Tribunales Colegiados de Circuito, libro LXXII, tomo 3, p.1998.

_____ (2012), Ofendido o Víctima del Delito. Conforme A la Constitución General de la República, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Tiene Interés Jurídico para Promover El Juicio de Amparo contra la Resolución de la Sala Que Confirma La Negativa de la Orden de Aprehensión, al Tener la Expectativa Legal de que Se Le Repare el Daño y un Interés Directo en que Se Le Respete su Derecho Humano de Igualdad Procesal, tesis aislada I.7o.P.1 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro VI, tomo 2, Tribunales Colegiados de Circuito, p.1271.

_____ (2017), Víctima u Ofendido del Delito. Al No Estar Legitimado Expresamente para Interponer el Recurso de Apelación contra el Auto de Vinculación a Proceso del Imputado, No Le Es Exigible

Agotar el Principio de Definitividad, Previo a la Promoción de la Demanda de Amparo Indirecto (Interpretación de los Artículos 456, 459, 467 y 468 del Código Nacional de Procedimientos Penales), tesis aislada I.7o.P.58. P, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, décima época, libro XXXIX, tomo 3, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 2375.

_____ (2020), Asesor Jurídico de las Víctimas Indirectas del Delito. Tiene Legitimación para Promover El Juicio de Amparo en Representación de Éstas con la Sola Afirmación de que Se Ostenta con Ese Carácter, Atento a los Principios Pro Actione y de Igualdad entre las Partes (Actualización de la Excepción Prevista en el Artículo 11, Párrafo Primero, Última Parte, de la Ley de Amparo), tesis aislada I.6o.P.160 P, *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, Tribunales Colegiados de Circuito.

_____ (2002), Ofendido o Víctima del Delito. Tiene la Calidad de Parte en el Procedimiento Penal, a Partir de la Reforma al Artículo 20 Constitucional del Veintiuno de Septiembre de Dos Mil, tesis aislada I.9º.P. 8. P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo 16, Tribunales Colegiados de Circuito, p.1337.

_____ (2002), Víctima u Ofendido del Delito. Tiene Derecho a Participar en el Procedimiento en Materia de Defensa Social (Legislación del Estado de Puebla), tesis aislada VI.1o.P.184P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo 16, p.1489.

_____ (2003), Garantías Constitucionales en el Proceso Penal en Favor de la Víctima y del Procesado. Su Aplicación y Respeto Deben Procurarse Simultáneamente Conforme a los Fines del Debido Proceso y No con Base en un Orden de Prelación, tesis

aislada II.2o.P.96 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo 19, Tribunales Colegiados de Circuito, p.1017.

_____ (2015), Víctima u Ofendido del Delito. En Atención a los Principios De Supremacía Constitucional y de Acceso a la Justicia, Tiene Derecho a Promover El Recurso de Apelación contra la Negativa de Librar La Orden de Aprehensión contra el Indiciado, Aun Cuando el Artículo 5 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guerrero, No Le Otorgue el Carácter de Parte en el Proceso Penal, tesis aislada XX. 1o.P.A. 6 P., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro XX, tomo 2, p.1778

_____ (2017), Víctima u Ofendido del Delito. Atento a los Principios de Supremacía Constitucional y de Acceso a la Justicia, Tiene Derecho a Interponer el Recurso de Apelación contra la Negativa de Librar la Orden de Aprehensión contra el Indiciado o el Auto de Libertad por Falta de Elementos para Procesar, Aun Cuando el Artículo 5 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guerrero Abrogado, No Le Otorgue el Carácter de Parte en el Proceso Penal, jurisprudencia XXI.IAP. A. J/6, *Gaceta del Semanario Judicial*, décima época, libro XLVII, tomo 4, p. 2393.

_____ (2015), Víctima u Ofendido del Delito. Tiene Derecho a Interponer el Recurso de Apelación contra las Sentencias Intermedias y Definitivas en el Proceso Penal, Aun Cuando la Ley No Lo Legitime para Ello (Interpretación Conforme del Artículo 353 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato), tesis aislada 1a.CCXXVII/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, Libro XIX, tomo 1, p. 609.

El derecho humano a la salud. Aspectos normativos de la responsabilidad médica

The Human Right to Health. Regulatory Aspects of Medical Liability

Liliana Pérez de la Rosa*
Delio Dante López Medrano**

RESUMEN

La responsabilidad del personal médico dependerá, por una parte, del nivel de conocimiento de las enfermedades que tenga el profesional de la salud y, por otra, del inicio del acto médico, el cual implica la mirada, el interrogatorio y la auscultación del cuerpo del paciente; por lo que se requiere del consentimiento, expreso o tácito, que en nuestro sistema jurídico regula la Norma Oficial Mexicana del Expediente Clínico, pero no nada más, sino que, siguiendo el esquema del neoconstitucionalismo, el cual conlleva no solamente el estudio y análisis de la normatividad nacional, se revisan, además, las normas internacionales. En ese sentido, se analiza la responsabilidad jurídica en la que puede incurrir el médico o los integrantes de su equipo con base en la reforma al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Palabras clave: responsabilidad médica, expediente clínico, consentimiento, mala praxis.

ABSTRACT

To address the role and responsibility of medical and other health personnel depend on one hand by the knowledge of the disease and in the other, the start of the medical act. This demands from medical practitioner observing, questioning, and auscultation to the patient whether the patient would give express or implicit informed concern to the medical staff. Mexican Medical Record Norm regulates the informed concern. Moreover, and having the neo constitutionalism school of thought, we have to review national and international law. That's why we study the medical liability based on the amendment to article 1 from the Political Constitution of the United Mexican States.

Keywords: *Medical Liability, Medical Record, Informed Concern, Medical Malpractice.*

EL CONSENTIMIENTO EN LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

Para abordar el tema de la responsabilidad médica, se debe considerar que la atención o el acto médico que antecede a la

* Profesora del Programa Único de Especializaciones en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y del Programa Internacional de Criminología Aplicada de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Centro América.

** Profesor del Programa Único de Especializaciones en Derecho de la UNAM, tutor del Programa de Doctorado en Derecho de la UNAM y profesor del Programa Internacional de Doctorado en Derecho Penal de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Centroamérica.

responsabilidad jurídica del profesional de la salud va a depender del conocimiento de las enfermedades. Ese conocimiento será la brújula del médico —el éxito de la curación depende de un exacto conocimiento de la enfermedad— (Foucault, 1966). Por lo que todo inicia cuando el médico observa los signos y síntomas de la enfermedad por medio de la mirada médica, que buscará —como afirma Michel Foucault (1966)—, la especialización y la verbalización fundamentales de lo patológico, la cual, en un primer momento, solamente describe los males; y mucho después la propia razón establece la relación entre la mirada médica y el lenguaje para saber más de esos males, tener un saber objetivo respecto de la enfermedad.

A lo anterior se suma la necesidad de una persona que requiere de la atención médica. Esa necesidad puede ser ficticia en su demanda o no; de cualquier forma, da lugar al deber del médico de asistirle, en un primer momento, mediando el consentimiento entre médico-paciente, porque implica un interrogatorio, observación, palpación, percusión y auscultación del cuerpo del paciente para poder elaborar un diagnóstico; es, entonces, cuando surge la relación médico-paciente y la necesidad del consentimiento.

El consentimiento es un término que cada vez toma mayor importancia en el campo de la medicina, en donde es denominado consentimiento informado, el cual se origina y aplica en todo acto médico asistencial, es decir, cuando hay interacción médico-paciente. Para Rafael Aguiar Guevara, el consentimiento informado es:

...aquél acto expreso de voluntad, libremente manifestado, específico y determinado, oportuno y cabalmente informado, documentado y

válido, mediante el cual un paciente (física y jurídicamente) capaz, acepta los procedimientos diagnósticos y/o terapéuticos a ser realizados por un médico con quien, anticipadamente, ha convenido en establecer una relación médico-paciente, en los términos establecidos en la ley, y que en ninguna forma o circunstancia significa la renuncia del paciente a sus derechos ni tampoco exonera -per se- la responsabilidad legal individual médica subjetiva o la institucional objetiva en una forma general...(Guevara, 2000: s/p).

Una de las finalidades de obtener el consentimiento, por parte del médico, será que tanto el paciente como sus familiares tengan la información clara y suficiente de los diferentes procedimientos, motivos, riesgos inherentes, así como de las complicaciones que pueden presentarse, las posibilidades de éxito y otras alternativas para tratar la enfermedad. El consentimiento informado es el primer paso para dejar testimonio del compromiso bilateral asumido entre el médico y el paciente. El médico observará los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía y de justicia, necesarios en un proceso médico clínico, diagnóstico o terapéutico.

El consentimiento informado es un acto de comunicación humana, el cual, según el riesgo o los casos que indique la normativa, debe documentarse por medio de una carta firmada. En México, la Secretaría de Salud elaboró la Carta de los Derechos Generales de los Pacientes¹, en donde por lo menos tres de sus puntos se refieren al derecho que tienen los pacientes de recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz para decidir libremente sobre su atención y que estén en condiciones de

1 Disponible en http://www.inr.gob.mx/g23_03.htm.

otorgar o no su consentimiento válidamente informado en los casos en que se deban someter a algún procedimiento con riesgo; por lo que el gremio médico tiene la obligación de observar el respeto de ese derecho.

El consentimiento, ya sea expreso o tácito, se materializa en una carta del consentimiento bajo información, de acuerdo con la Norma Oficial Mexicana del Expediente Clínico (NOM-168-SSA 1-1998). Esta norma oficial establece lo que debe contener el documento escrito, el cual debe ser signado por el paciente o su representante legal. En él se estipula si acepta, teniendo debida información de los riesgos y beneficios esperados, un procedimiento médico o quirúrgico con fines diagnósticos, terapéuticos o rehabilitatorios; éste "...es revocable mientras no inicie el procedimiento, y no obligará al médico a realizar u omitir un procedimiento cuando ello entrañe un riesgo injustificado hacia el paciente... (Tena, 2004: 10)"; es decir, en caso de que durante el procedimiento quirúrgico se presente alguna situación que ponga en riesgo la vida del paciente, el médico está autorizado y obligado a hacer lo necesario para salvar su vida, acto que puede generar o suponer que el médico incurre en algún tipo de responsabilidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se ha pronunciado al respecto, disponiendo que:

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA. SIGNIFICADO DEL CONCEPTO LEX ARTIS PARA EFECTOS DE SU ACREDITACIÓN.

De los artículos 9o. del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica y 2o., fracciones XIV y XV, del Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión

Pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, se advierte que la *lex artis* médica o "estado del arte médico", es el conjunto de normas o criterios valorativos que el médico, en posesión de conocimientos, habilidades y destrezas, debe aplicar diligentemente en la situación concreta de un enfermo y que han sido universalmente aceptados por sus pares. Esto es, los profesionales de la salud han de decidir cuáles de esas normas, procedimientos y conocimientos adquiridos en el estudio y la práctica, son aplicables al paciente cuya salud les ha sido encomendada, comprometiéndose únicamente a emplear todos los recursos que tengan a su disposición, sin garantizar un resultado final curativo. Lo contrario supondría que cualquier persona, por el simple hecho de someterse a un tratamiento, cualquiera que éste sea, tendría asegurado, por lo menos, una indemnización por responsabilidad profesional en el supuesto de que el resultado obtenido no fuera el pretendido, por lo que es necesario romper, en ocasiones, la presumida relación de causalidad entre la no consecución del resultado pretendido, es decir, el restablecimiento de la salud del paciente y la actuación negligente o irresponsable del médico, puesto que, además, no son pocos los casos en que las consecuencias dañosas producidas tienen su origen, no en la asistencia prestada por éste, contraria a la *lex artis*, sino en las patologías previas y a menudo gravísimas que presentan los pacientes (SCJN, 2013:189).

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO

El tema de la responsabilidad del médico no es novedoso, fue regulado en el Código de Hammurabi (1753 a. de C) en los siguientes párrafos:

218. Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha causado la muerte de ese

señor o (si) ha abierto la cuenca del ojo de un señor con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo de ese señor, se le amputará la mano.

219. Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en el esclavo de un subalterno con una lanceta y le ha causado la muerte, entregará esclavo por esclavo.

220. Si ha abierto la cuenca de su ojo con una lanceta de bronce y ha destruido su ojo pesará plata por la mitad de su precio (Lara, 2003: 35).

Como se puede apreciar, la regulación de la actividad médica, así como las consecuencias de ésta por la mala praxis, han diferenciado la responsabilidad civil de la penal; de tal manera que las fallas no graves estaban castigadas con sanciones económicas o por medio de la indemnización, con lo cual se buscaba resarcir el daño causado, mientras que los errores graves eran castigados con sanciones en las que el médico podía perder una o ambas manos si era cirujano con la única finalidad de evitar que siguiese operando.

La responsabilidad del médico ha sido un tema que, desde tiempos antiguos, ha trascendido a la esfera jurídica, ya sea por los efectos civiles o penales que puede generar. En este sentido, se revisará la normatividad que incide en la responsabilidad en la que pudiera incurrir el médico o los integrantes de su equipo siguiendo el esquema del neoconstitucionalismo, que conlleva no solamente el estudio y análisis de la normatividad nacional, sino, derivado de la reforma al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la revisión y estudio de las normas internacionales; posteriormente, se abordará el marco normativo nacional en relación con nuestro tema de estudio.

NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

La salud pública, al involucrarse con la integridad y confianza dada a un profesional de la salud por parte del paciente, ha sido tema de atención por parte del Estado, y se tiene la necesidad de reglamentar esa práctica con la finalidad de salvaguardar la integridad y dignidad humana, tan es así que desde 1948, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos —proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de ese mismo año, de la cual México es parte desde 1945— se considera la salud un derecho humano; por lo que el Estado deberá proveer de las medidas normativas nacionales e internacionales, así como el reconocimiento y aplicación de las mismas, en este caso, en el ámbito de la biología y la medicina.

En esa declaración se reconoce, en el artículo 25, que:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1948).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su

resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966—, al cual México se adhirió el 3 de marzo de 1981, que entró en vigor en nuestro país hasta el 12 de mayo de ese mismo año, establece en el artículo 9 que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”. Por lo que claramente se establece el derecho que tienen las personas para acceder a servicios de salud (ONU, 1966).

También establece, en el artículo 12, que “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”; asimismo, menciona que el Estado, a través de sus instituciones, debe adoptar las medidas necesarias para asegurar su plena efectividad cuando menciona que:

1. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (ONU, 1966).

La importancia de ese pacto reside en que pretende alcanzar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y el máximo nivel posible de vida digna.

En materia de salud, se reconoció como un derecho humano básico el acceso

a servicios de salud en la Declaración y Pacto de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, que menciona en el postulado número 31 lo siguiente:

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos pide a los Estados que se abstengan de adoptar medidas unilaterales contrarias al derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas que creen obstáculos a las relaciones comerciales entre los Estados e impidan la realización plena de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para su salud y bienestar, incluidas la alimentación y la atención de la salud, la vivienda y los servicios sociales necesarios. La Conferencia afirma que la alimentación no debe utilizarse como instrumento de presión política (Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993).

Por último, esa conferencia establece, en el postulado 58, la necesaria aplicación de los principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente a la función de los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Declaración de Alma-Ata, Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, realizada en Alma-Ata, Kazajistán, URSS, 6-12 de septiembre de 1978.

Esta declaración considera que la salud es el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, que es un derecho humano fundamental; y da el grado más alto posible al tema de

la salud, al mencionar que es un objetivo social. También exhorta a la comunidad internacional a impulsar y poner en práctica la atención primaria de salud, la cual es la asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías científicos, socialmente aceptables, puestos al alcance de todos los individuos; es decir, la atención primaria forma parte del sistema nacional de salud.

En ese sentido:

“todos los gobiernos deben formular políticas, estrategias y planes de acción nacionales, con objeto de iniciar y mantener la atención primaria de salud como parte de un sistema nacional de salud completo y en coordinación con otros sectores (Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, 1978).

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996)

También conocido como el Convenio de Oviedo o Convenio de Asturias, entró en vigor de forma general el 1 de diciembre de 1999 (Senado de la República, 2014). Es un instrumento en el que se destacan la obligación de consentimiento en materia de salud, el derecho a la información o, como se ha mencionado previamente en este capítulo, el consentimiento informado, así como el derecho a la intimidad. Entre otras materias, menciona la necesidad de regular la extracción de órganos y tejidos de donantes vivos con fines de trasplante (capítulo VI), las intervenciones acerca del genoma humano (capítulo IV), así como la prohibición de lucro

y utilización de una parte del cuerpo humano (capítulo VII). Todas esas normas o creación de ellas son obligatorias para los países que lo ratifiquen.

En términos generales el Convenio de Oviedo tiene como finalidad evitar poner en peligro al ser humano mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina. Obliga a los países firmantes a incorporar, en sus ordenamientos jurídicos, un conjunto de principios que se reflejen en la elaboración de las leyes y se convierte en uno de los documentos normativos más valiosos en el campo de las ciencias de la salud. Este documento ha servido de guía para la elaboración de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos del 2005 (Senado de la República, 2014: s/p).

Esos dos instrumentos se consideran primordiales en la atención médica del paciente, ya que enuncian los principios bioéticos que debe considerar el médico en el desempeño de su profesión, ya sea que forme parte de la estructura de atención de la salud —llámese instituciones públicas— o ejerza libremente su profesión.

Hasta este momento se han mencionado los instrumentos internacionales más relevantes que plasman el derecho a la salud como un derecho fundamental, así como la necesidad de construir, por parte del Estado, la estructura institucional necesaria para hacer efectivo el acceso a tal derecho, lo cual va de la mano con la atención médica o, como anteriormente se ha dicho, con el libre ejercicio de la profesión.

NORMATIVIDAD NACIONAL

Los aspectos destacados en el apartado anterior fueron la protección del derecho a la vida y la salud de las personas, que se han recogido en pactos y convenios

internacionales en donde se puede identificar el derecho a la salud y, por ende, los derechos que protegen a las personas de la mala práctica médica. Ahora veamos lo que nuestra legislación considera en relación con el derecho a la salud y la posible responsabilidad médica, esto último por posible mala práctica del médico.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

En el *Diario de Debates*, del 21 de noviembre de 1916, (tomo I, número 1), se consideró el trabajo nocturno como un deber de conservación de humanidad contrario a la salud de las mujeres y de los niños, pues, se argumentó, originaba debilidad en sus organismos (Congreso Constituyente, 1916), se mencionaron únicamente las circunstancias laborales que de algún modo se relacionaban con el estado de salud de los trabajadores; por lo que se encuentra el primer antecedente, aunque de origen laboral, en materia de salud.

En 1917 el poder constituyente trató de incluir las bases del sistema jurídico mexicano de salud, desde una perspectiva proteccionista, cuando surgieran problemas de índole sanitaria entre la población; ejemplo de ello es la discusión que se desarrolló el 16 de enero de 1917, en la cual se mencionó que:

Este problema, señores, es también un problema económico y social de una trascendental importancia entre nosotros. La fuerza de nuestra nación estará en razón del número de habitantes y de su riqueza individual y colectiva; pero si los componentes de nuestra raza en inmensa mayoría están degenerados por el alcohol y son descendientes de alcohólicos o degenerados por las enfermedades y por añadidura pobres

miserables, que no pueden trabajar ni luchar por la vida con ventaja, por su inhabilidad física y naturalmente moral, tendréis entonces disminuida la fuerza nacional en razón inversa de los físicamente inhabilitados, de los enfermos y de los pobres, y por eso es una necesidad nacional que el Gobierno de hoy en adelante intervenga, aun despóticamente, sobre la higiene del individuo, particular y colectivamente (Congreso Constituyente, 1916: 447).

Tal situación se retomó cuando se redactó la Constitución y se abordó el tema de la seguridad social en el artículo 123, fracción XXIX, al establecer que son de utilidad las cajas de seguros populares de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidentes y otros con fines análogos; por lo cual se establece que tanto el Gobierno federal como el de cada estado deberán fomentar la organización de instituciones de esa índole (Congreso de la Unión, 1917).

Desde 1921 hasta 1944, presidentes como Álvaro Obregón, Emilio Portes Gil, Pascual Ortiz Rubio, entre otros, elaboraron varias propuestas de legislación en las que se planteaba la creación de instituciones que procuraran seguridad social al obrero, sin embargo, encontraron oposición del sector empresarial. Ante eso, los trabajadores organizados lograron crear la Ley General de Previsiones Civiles y Retiro, la cual es el antecedente de la creación de la Dirección General de Pensiones. Con posterioridad se formó el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE). Fue hasta 1943² cuando nació el Instituto Mexicano

2 Disponible en <http://www2.issste.gob.mx:8080/index.php/historia>.

del Seguro Social (IMSS), institución que comenzó a proporcionar sus servicios de salud desde 1944.

El tema de la protección a la salud pública se elevó a rango constitucional y fue reconocido como un derecho fundamental con la reforma constitucional del artículo 4º, de fecha 3 de febrero de 1983;³ además, se estableció que la ley secundaria definiría las bases para el acceso a los servicios de salud con la concurrencia de la federación y las entidades federativas.

En materia de pluriculturalidad indígena, en el artículo 2, apartado B, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se reconoce que:

“Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil” (Congreso de la Unión, 1917).

LEY GENERAL DE SALUD

El tema de la responsabilidad médica administrativa surge cuando el médico infringe alguno de los preceptos establecidos en la Ley General de Salud, independientemente de que tenga o no consecuencias en la salud del paciente. Dicha ley no distingue el carácter del prestador de servicios, como a continuación se señala.

SERVICIOS DE SALUD. LA EXISTENCIA DE UN MÉDICO RESPONSABLE QUE VIGILE EL DESARROLLO DE LOS PROCEDIMIENTOS QUE SE REALICEN DENTRO DE UN HOSPITAL PRIVADO HACE EVIDENTE QUE LA INSTITUCIÓN TRABAJA DE FORMA COORDINADA CON SUS MÉDICOS EMPLEADOS O DEPENDIENTES.

La Ley General de Salud no distingue en cuanto a si el prestador de los servicios de salud es una dependencia o entidad pública o privada, si es una persona moral o física, ni el tipo de servicio que, en específico, cada uno pueda prestar, en razón de que la atención médica es el conjunto de servicios que proporcionan esos prestadores de forma conjunta para proteger, promover o restaurar la salud de las personas; por ende, las obligaciones vinculadas con los servicios de salud no excluyen a los particulares en su participación. En ese sentido, los artículos 18 y 19 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, prevén que todos los establecimientos, sin distinguir entre públicos, privados, físicos o morales, deben contar con un médico responsable que, entre otros supuestos, establezca y vigile el desarrollo de procedimientos para asegurar que la prestación de servicios que el establecimiento ofrezca sea oportuna y eficiente, así como para que se cumpla cabalmente la ley, por lo que, suponer que éstos actúan de forma independiente, es decir, que no son empleados o dependientes, sería incongruente, pues no podrían cumplir con sus funciones. De ahí que la existencia de un médico responsable que vigile el desarrollo de los procedimientos que se lleven a cabo al interior del establecimiento, hace evidente que los hospita-

3 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 3 de febrero de 1983. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_100_03feb83_ima.pdf.

les trabajan de manera coordinada con sus médicos empleados o dependientes (SCJN, 2015:1116).

Las sanciones a la transgresión de la Ley General de Salud, sin perjuicio de las penas que correspondan cuando las violaciones a dicha normativa sean constitutivas de delitos, según lo dispuesto por la propia ley en el artículo 417, son “I. Amonestación con apercibimiento; II. Multa; III. Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total, y IV. Arresto hasta por treinta y seis horas” (Congreso de la Unión, 1984); ejemplo de ello es lo que ocurre al infringir el artículo 103, el cual está relacionado con el tratamiento de una persona enferma, en donde se establece que:

...el médico podrá utilizar recursos terapéuticos o de diagnóstico bajo investigación cuando exista posibilidad fundada de salvar la vida, restablecer la salud o disminuir el sufrimiento del paciente, siempre que cuente con el consentimiento informado por escrito de éste, de su representante legal, en su caso, o del familiar más cercano en vínculo, y sin perjuicio de cumplir con los demás requisitos que determine esta ley y otras disposiciones aplicables (Congreso de la Unión, 1984).

En caso de que no existiese el consentimiento informado, el médico se hará acreedor a una multa de dos mil veces el salario mínimo vigente, dependiendo de la zona económica.

Un ejemplo de supuesto normativo de falta administrativa se presenta cuando los establecimientos hospitalarios no cumplen con la documentación y autorizaciones correspondientes para su funcionamiento, o bien, cuando el médico no exhibe su título

en su consultorio.

En el artículo 49 de la referida ley, se fomenta la formación de colegios, asociaciones y organizaciones de profesionales, técnicos y auxiliares de la salud, así como consultoras de las autoridades sanitarias, que son instancias éticas del ejercicio de las profesiones y estimulan la participación del personal médico en el Sistema Nacional de Salud para promover la superación permanente de sus miembros, así como la vigilancia del ejercicio profesional con el objeto de que éste se realice dentro del más alto plano legal y moral y de que sean considerados los elementos de deontología médica (*deontós*, deber y *logos*, tratado), la cual se encuentra relacionada con la bioética.

En la Ley General de Salud, en el artículo 77 Bis 35, se encuentra el fundamento de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico cuando estipula que:

El Sistema de Protección Social en Salud contará con una Comisión Nacional, como órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con la estructura y funciones que le asigne su reglamento interno. El titular de la Comisión Nacional será designado por el Presidente de la República a propuesta del Secretario de Salud, que dispondrá para la operación de la Comisión de los recursos previstos para la misma en el presupuesto de la Secretaría de Salud (Congreso de la Unión, 1984).

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico es un mecanismo para resolver, de forma amigable y de buena fe, los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de los mismos; es un órgano desconcentrado de

la Secretaría de Salud, creado por decreto presidencial publicado en el DOF el 3 de junio de 1996; Surge para contribuir a tutelar el derecho a la protección de la salud, así como mejorar la calidad en la prestación de los servicios médicos.

Esa comisión técnica tiene atribuciones para recibir quejas, investigar presuntas irregularidades en la prestación de servicios médicos y emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, los cuales permiten solucionar los conflictos con el médico, ya sea que labore en el ámbito particular o que pertenezca y preste sus servicios en alguna institución pública. Básicamente, se busca que los conflictos entre los usuarios y prestadores del servicio médico se atiendan y resuelvan en una instancia de amigable composición de conflictos.

Otra instancia que conocerá de quejas en contra de prestadores del servicio médico es la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). Esta comisión, cuyo objetivo esencial es la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos, permite evidenciar violaciones al derecho humano a la protección de la salud (artículo 2º de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, publicada en el DOF el 29 de junio de 1992).

La CNDH recibirá quejas en contra de violaciones a derechos humanos; en el caso de la protección a la salud, también deberá procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables y la inmediata solución del conflicto planteado, todo esto cuando así lo permita el caso (artículo 6º de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos). También podrá formular recomendaciones públicas no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los

términos establecidos por el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

LEGISLACIÓN PENAL

Si bien en algunos casos agotar las instancias administrativas en materia de conciliación y arbitraje médico soluciona el conflicto, en muchos otros se debe emplear la herramienta a la que históricamente se ha recurrido: la norma penal. Toda vez que el sistema jurídico se considera una unidad, en donde el derecho penal tiene carácter de *ultima ratio*, se recurre a él cuando otros sistemas normativos han fracasado; de ahí el tipo de sanción que se impone y la necesidad de que se prevean mayores garantías para el imputado.

Desde el punto de vista de su estructura lógica, la norma jurídico-penal se compone de precepto y sanción y expresa dos mandatos: 1) se le ordena al ciudadano hacer o dejar de hacer de determinada manera, es la denominada norma primaria, cuya infracción va de la mano con la respectiva pena o medida de seguridad, y 2) se obliga a la autoridad a imponer la consecuencia jurídica, la norma secundaria, cuyo incumplimiento conlleva responsabilidad administrativa o penal.

El Código Penal Federal, en el artículo 228, establece que:

Artículo 228. Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión

de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos (Congreso de la Unión, 1931).

En ese sentido, la responsabilidad profesional del médico se deriva de su actuar dentro del campo de la medicina; es decir, si el resultado favorece al paciente, el profesional de la salud actuó de forma adecuada y no trasciende su conducta, pero si existe una afectación a la salud del paciente, será considerada la actuación del profesional como mala praxis y, entonces, sí habrá consecuencias, puesto que cuando se está ante la posibilidad de la comisión de un delito, peligra tanto la libertad del médico como su licencia para ejercer su profesión, supuesto normativo en el que, además, deberá responder por los daños y perjuicios que cause su mala praxis.

No existe un cuerpo normativo específico y concreto que señale directamente a los médicos; son las resoluciones judiciales son, con frecuencia, desiguales. Sin embargo, los diversos tipos penales se adecuan a la conducta que desempeñó el profesional de la salud. Los tipos penales más comunes en la práctica médica son delitos contra la libertad y el desarrollo psicosexual, como el hostigamiento sexual, delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones, delitos contra la vida y la integridad corporal, como lesiones, homicidio, aborto, abandono de persona, entre los que se pudieran considerar más directamente relacionados.

La responsabilidad penal, en el ámbito de la medicina, tiene por objeto sancionar a los responsables de los delitos cometidos

con motivo de la práctica asistencial; es de carácter personal, es decir, cada uno responde por sus acciones u omisiones en el ámbito de sus facultades y obligaciones.

NEGLIGENCIA MÉDICA. SUS CONSECUENCIAS EN EL PROCESO PENAL.

En algunos casos la negligencia médica puede dar lugar a la configuración de diversos delitos, dependiendo de las circunstancias del caso en concreto. Así, algunos de los tipos penales en los que pueden incurrir los médicos por actuar negligentemente son: responsabilidad profesional, lesiones, y homicidio, y su objeto es imponer alguna pena al personal médico que hubiera actuado delictuosamente. De ahí que si en el proceso penal la víctima tiene derecho a la reparación del daño, éste deberá ser reparado por el médico penalmente responsable y no por la entidad pública para la que labora.

Amparo directo en revisión 10/2012. Giovanni David Chávez Miranda. 11 de abril de 2012. Cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de abril de 2014 a las 09:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación (SCJN, 2014: 810).

En el ámbito de responsabilidad, en particular para determinar la responsabilidad penal del médico, se debe considerar que se requieren tres participantes: 1) el sujeto activo, quien realiza o lleva a cabo el

comportamiento del tipo, en nuestro caso el médico; 2) el sujeto pasivo, el paciente, y 3) el Estado, titular de la obligación de imponer la consecuencia jurídica.

Los supuestos que se deben considerar para reprochar penalmente al médico su actuar tienen que ver con determinar si el hecho es atribuible al profesional de la medicina, si tenía conocimiento de que el hecho estaba prohibido por la ley (la acción desplegada) y si, en el caso concreto, el médico pudo tener un comportamiento distinto al realizado.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA

En 1983 se expidió el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, en el que se definen las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, se distribuye la competencia tanto de la federación como de las entidades federativas y se establece que el Sistema Nacional de Salud es la instancia de enlace entre los sectores público, social y privado en la consecución del derecho a la protección de la salud, a través de mecanismos de coordinación y concertación de acciones. El Reglamento ha tenido cuatro reformas: una en 2009, otra en 2013 y dos más en 2014.

En 2009 se adicionó el Capítulo IV bis, "Disposiciones para la Prestación de Servicios de Cirugía Estética o Cosmética". La reforma de 2013 es más amplia, ya que implica la modificación de 87 artículos y la adición de 32 numerales cuya finalidad es ampliar el catálogo de derechos de las personas que padecen una enfermedad terminal y que son usuarios de los servicios de salud para proporcionar bienestar y una calidad de vida digna hasta el momento de la muerte.

Entre las modificaciones realizadas al reglamento se encuentra la obligatoriedad de instaurar comités hospitalarios de bioética, los que deberán estar registrados ante la Comisión Nacional de Bioética. Los comités tendrán el deber de avalar el plan de cuidados paliativos, a solicitud del médico tratante, en aquellos casos que sean difíciles o complicados por la naturaleza de la enfermedad.

Otra modificación del reglamento de Atención Médica es la inclusión de un nuevo capítulo, que contiene 27 nuevos artículos, en donde se señalan los derechos de los usuarios de servicios de cuidados paliativos adecuados, de los usuarios de cualquier edad que cursan una enfermedad en estado terminal.

El artículo 7º del reglamento en mención aporta definiciones, tales como:

- Atención médica: que será el conjunto de servicios que se proporcionan al usuario con el fin de proteger, promover y restaurar su salud, así como brindarle los cuidados paliativos al paciente en situación terminal.
- Demandante: será toda aquella persona que para sí o para otro, solicite la prestación de servicios de atención médica.
- Establecimiento para la atención médica: todo aquel, público, social o privado, fijo o móvil cualquiera que sea su denominación, que preste servicios de atención médica, ya sea ambulatoria o para internamiento de enfermos, excepto consultorios.
- Paciente ambulatorio: todo aquel usuario de servicios de atención médica que no necesite hospitalización.
- Servicio de atención médica: el conjunto de recursos que intervienen sistemáticamente para la prevención, curación y cuidados paliativos de las enfermedades que afectan a

los usuarios, así como de la rehabilitación de los mismos.

- Usuario: toda aquella persona que requiera y obtenga la prestación de servicios de atención médica (Congreso de la Unión, 1986).

Lo anterior es importante en virtud de que a partir de ese momento se incluyen, en el ordenamiento jurídico, los cuidados paliativos del paciente y se elimina el concepto de población de escasos recursos.

En el artículo 4º se le otorga a la Secretaría de Salud la competencia para emitir las normas oficiales mexicanas en materia de prestación de los servicios de salud y atención médica, que serán obligatorias para todo el territorio nacional, que se publicarán en el DOF para su debida observancia. Es importante señalar que anteriormente se consideraban solo normas técnicas y se publicaban en la gaceta sanitaria.

La reforma de enero de 2014 adiciona los artículos 90 Bis 1, 90 Bis 2, 90 Bis 3 y 90 Bis 4, que tienen relación con la expedición de certificados de nacimiento, y en la reforma de marzo de ese mismo año se adiciona el Capítulo IX Bis, “De la Atención Médica a Víctimas”, el cual comprende del artículo 215 Bis 1 al 215 Bis 7, en el que incluye dentro del reglamento la definición de víctima, lo cual nos remite a la definición que aportan los supuestos del artículo 4, párrafos primero y segundo, de la Ley General de Víctimas. En esa última reforma se reconoce, en el artículo 215 Bis 3, que las víctimas que hayan sufrido lesiones, enfermedades y traumas emocionales provenientes de la comisión de un delito o de la violación a sus derechos humanos

tienen el derecho de que se les restituya su salud física y mental.

Esa adición al reglamento va a establecer los procedimientos administrativos y médicos que el personal médico tratante deberá observar al atender a una víctima de algún delito o violación a derechos humanos.

NORMAS OFICIALES MEXICANAS

La norma oficial mexicana (NOM) es definida en el artículo 3º, fracción X, de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización de la siguiente manera:

Artículo 3o.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

[...]

X. Norma mexicana: la que elabore un organismo nacional de normalización, o la Secretaría, en los términos de esta Ley, que prevé para un uso común y repetido reglas, especificaciones, atributos, métodos de prueba, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a terminología, simbología, embalaje, marcado o etiquetado... (Congreso de la Unión, 1992).

La NOM son una regulación técnica de observancia obligatoria que es expedida por las dependencias competentes, en este caso la Secretaría de Salud. Tiene como finalidad establecer las reglas, especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a terminología, simbología, embalaje,

marcado o etiquetado y las que se refieran a su cumplimiento o aplicación cuando estas puedan constituir un riesgo para la seguridad de las personas o dañar su salud (artículo 4º de la Ley Federal Sobre Metrología y Normalización). También ayudan a uniformar principios y establecer criterios de operatividad; son de carácter obligatorio tanto para el sector público como para el privado.

Las normas oficiales mexicanas en materia de prevención y promoción de la salud⁴ son elaboradas por el Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control de Enfermedades. Dicha instancia se integra por un presidente, quien será el subsecretario de prevención y promoción de la salud de la Secretaría de Salud según lo dispuesto por el artículo 10 del Reglamento Interior de la citada

institución; un coordinador, que será el coordinador de asesores del subsecretario de prevención y promoción de la salud; un secretario técnico, quien será designado por el presidente del comité, y vocales, que serán los representantes de las dependencias, entidades, organizaciones, instituciones u organismos, de los sectores público, social y privado, que se hayan invitado a formar parte del comité.⁵

Una vez aprobadas las normas oficiales por el comité, son expedidas y publicadas en el DOF y, por tratarse de materia sanitaria, entran en vigor al día siguiente de su publicación. Las normas oficiales deben ser revisadas cada cinco años a partir de su entrada en vigor. El comité también deberá analizar cada NOM y, en su caso, realizar un estudio de cada una, cuando su periodo venza en el transcurso del año inmediato anterior y, como conclusión de dicha revisión o estudio, podrá decidir la modificación, cancelación o ratificación de las mismas.

Existen múltiples normas oficiales que la Secretaría de Salud ha elaborado y que, por su naturaleza y regulación, se refieren a temas específicos de salud, algunas de las cuales se enlistan a continuación.

4 Este es el fundamento jurídico de la Secretaría de Salud para emitir o modificar normas oficiales en la materia: artículo 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 4 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; 3º, fracciones II, XIV y XVIII, 13, apartado A), fracción I, 158, 159, 160 y 161 de la Ley General de Salud; 38, fracción II, 40, fracciones III y XI, 41, 43, 44, 45, 46, artículo 47 fracción I y 51 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización; 28 y 33 del Reglamento de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización; 8, fracción V, 10, fracciones VII y XVI, y 45, fracción VII, del Reglamento Interior de la Secretaría de Salud.

5 Reglas de operación del Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control de Enfermedades, disponibles en <http://www.spps.gob.mx/marco-juridico/reglas-operacion-ccnnpce.html>.

Número de la NOM	Fecha de publicación en el DOF	Contenido
NOM-001-SSA3-2012	04/01/2013	Educación en salud. Para la organización y funcionamiento de residencias médicas
NOM-004-SSA3-2012	15/10/2012	Del expediente clínico
NOM-006-SSA2-2013	13/11/2013	Para la prevención y control de la tuberculosis
NOM-006-SSA3-2011	23/03/2012	Para la práctica de la anestesiología
NOM-009-SSA2-2013	09/12/2013	Promoción de la salud escolar
NOM-016-SSA2-2012	23/10/2012	Para la vigilancia, prevención, control, manejo y tratamiento del cólera
NOM-016-SSA3-2012	08/01/2013	Que establece las características mínimas de infraestructura y equipamiento de hospitales y consultorios de atención médica especializada
NOM-017-SSA2-2012	19/02/2013	Para la vigilancia epidemiológica
NOM-017-SSA3-2012	18/09/2012	Regulación de servicios de salud. Para la práctica de la acupuntura humana y métodos relacionados
NOM-019-SSA3-2013	02/09/2013	Para la práctica de enfermería en el Sistema Nacional de Salud
NOM-022-SSA3-2012	18/09/2012	Que instituye las condiciones para la administración de la terapia de infusión en los Estados Unidos Mexicanos
NOM-024-SSA3-2012	30/11/2012	Sistemas de información de registro electrónico para la salud. Intercambio de información en salud
NOM-025-SSA3-2013	17/09/2013	Para la organización y funcionamiento de las unidades de cuidados intensivos.
NOM-026-SSA3-2012	07/08/2012	Para la práctica de la cirugía mayor ambulatoria
NOM-027-SSA3-2013	04/09/2013	Regulación de los servicios de salud. Que establece los criterios de funcionamiento y atención en los servicios de urgencias de los establecimientos para la atención médica.
NOM-028-SSA3-2012	07/01/2013	Regulación de los servicios de salud. Para la práctica de la ultrasonografía diagnóstica
NOM-029-SSA3-2012	02/08/2012	Regulación de los servicios de salud. Para la práctica de la cirugía oftalmológica con láser excimer
NOM-030-SSA3-2013	12/09/2013	Que establece las características arquitectónicas para facilitar el acceso, tránsito, uso y permanencia de las personas con discapacidad en establecimientos para la atención médica ambulatoria y hospitalaria del sistema nacional de salud
NOM-035-SSA2-2012	07/01/2013	Para la prevención y control de enfermedades en la perimenopausia y postmenopausia de la mujer. Criterios para brindar atención médica
NOM-035-SSA3-2012	30/11/2012	En materia de información en salud
NOM-036-SSA2-2012	28/09/2012	Prevención y control de enfermedades. Aplicación de vacunas, toxoides, faboterápicos (sueros) e inmunoglobulinas en el humano (el documento contiene la aclaración publicada el 12/10/2012)
NOM-037-SSA2-2012	13/07/2012	Para la prevención, tratamiento y control de las dislipidemias.
NOM-043-SSA2-2012	22/01/2013	Servicios básicos de salud. Promoción y educación para la salud en materia alimentaria. Criterios para brindar orientación

NOM-253-SSA1-2012	26/10/2012	Para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos
PROY-NOM-009-SSA3-2009	16/11/2012	Educación en salud. Realización del servicio social de pasantes de medicina y odontología en primer nivel de atención del sector salud
PROY-NOM-010-SSA3-2012	08/08/2012	Educación en salud. Utilización de campos clínicos para las prácticas clínicas y el servicio social de enfermería
PROY-NOM-025-SSA2-2012	13/11/2012	Para la prestación de servicios de salud en unidades de atención integral hospitalaria médico-psiquiátrica
PROY-NOM-034-SSA3-2012	19/12/2012	Regulación de los servicios de salud. Atención prehospitalaria de las urgencias médicas
PROY-NOM-210-SSA1-2013	06/05/2013	Productos y servicios. Métodos de prueba microbiológicos. Determinación de microorganismos indicadores. Determinación de microorganismos patógenos y toxinas microbianas

Como se puede apreciar, las normas oficiales, no importando a qué materia se haga referencia, son instrumentos útiles de regulación de carácter técnico, cuyo objeto es uniformar determinados procesos, productos o servicios con el fin de proteger la vida, la seguridad y el medio ambiente (Huerta,1998); por lo que las normas en materia de salud, en razón de su naturaleza y del contenido de las disposiciones de orden técnico, se expiden para reforzar o dar claridad a la *lex artis*, que constituye el mecanismo por excelencia de la defensa del médico ante posibles demandas de responsabilidad en los diferentes ámbitos del derecho.

CONCLUSIÓN

La responsabilidad profesional del médico debería depender de su actuar dentro del campo de la medicina, es decir, directamente de su nivel de conocimiento y experticia, lo que en ocasiones no ocurre, ya que si el resultado favorece al paciente se considera que el profesional de la salud actuó de forma adecuada y no trasciende su conducta a la esfera jurídica —jamás es puesta en cuestión y menos aún sujeta de posible responsabilidad—, pero si existe una afectación a la salud del paciente será cuestionada la

actuación del profesional como mala *praxis*. Lo anterior enfrenta al profesional de la salud a la posible comisión de un delito o al menos a ser considerado como probable responsable, lo que pone en evidencia la inexistencia de un cuerpo normativo específico que señale al personal médico los diversos procedimientos a seguir en determinados casos concretos, el cual ayudaría a tener parámetros normativos que eventualmente permitieran excluir o al menos atenuar la responsabilidad.

En ese sentido, también es evidente la desigual aplicación de la ley a quienes de manera práctica participan junto con el responsable médico, ya que son considerados responsables de los delitos cometidos con motivo de la práctica médica y se vulnera el carácter personal de la responsabilidad de cada participante en la atención médica, es decir, cada uno debe responder por sus acciones u omisiones en el ámbito de sus facultades y obligaciones.

Es evidente la existencia de diversa normatividad, tanto nacional como internacional, que regula o trata de dar forma a la práctica médica y la atención al paciente; sin embargo, no se tiene claridad cuando se trata de responsabilidad penal en el ejercicio de la profesión, ya que en todos

los casos su hecho se debe analizar a través de diversos tipos penales y descartar delitos sin que exista un marco penal normativo específico, motivo por el cual todas sus conductas se deben analizar en primer lugar como comportamientos imprudentes y, de ser el caso, como hechos dolosos en ciertas circunstancias

Fuentes consultadas

- Aguiar Guevara, R. (2000), trabajo presentado por vez primera en el XIII Congreso Mundial de Derecho Médico, realizado en Helsinki, Finlandia, el 6 agosto de 2000.
- Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud (1978), Declaración de Alma-Atta.
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos de (1993), Declaración y Programa de Acción de Viena.
- Comité de Ministros (1996), Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina
- Congreso Constituyente (1916), *Diario de los debates*.
- Congreso de la Unión (1917), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 5 de febrero de 2017: última reforma: 6 de marzo de 2020.
- _____ (1976), Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 29 de diciembre, última reforma: 22 de enero de 2020
- _____ (1992), Ley Federal Sobre Metrología y Normalización, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 1° de julio, última reforma: 15 de junio de 2018.
- _____ (1994), Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 7 de febrero, última reforma: 24 de enero de 2020.
- _____ (1994), Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 4 de agosto, última reforma: 18 de mayo de 2018.
- _____ (1986), Reglamento de la Ley General de

Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 14 de mayo, última reforma: 17 de julio de 2018

_____ (1999), Reglamento de la Ley Federal sobre Metrología, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 14 de enero, última reforma: 28 de noviembre de 2012.

Foucault, M. (1966), *El nacimiento de la clínica*. Una arqueología a la mirada médica, Siglo XXI, México.

Gómez Lara, C. "El debido proceso como derecho humano, en Nuria González Martín (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, tomo II, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Huerta Ochoa, C. (1998), "Las Normas Oficiales Mexicanas en el ordenamiento jurídico mexicano", *Boletín Mexicano de derecho Comparado*, núm. 92, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Lara Peinado, F. (2003), *Estudio Preliminar, traducción y comentario. Código de Hammurabi*, Tecnos, Madrid

Organización de las Naciones Unidas (1948), Declaración Universal de los derechos Humanos.

_____ (1966), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Senado de la República (2014), Gaceta del día jueves 13 de noviembre de 2014, http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=51268#_ftnref1

SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2013), "Responsabilidad Profesional Médica. Significado del Concepto Lex Artis para Efectos de su Acreditación", tesis aislada 1.4o.A.91A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, Tribunales Colegiados de Circuito, libro 25, tomo III.

_____ (2015), "Servicios de Salud. La Existencia de un Médico Responsable que Vigile el Desarrollo de los Procedimientos que se Realicen dentro de un Hospital Privado Hace Evidente que la Institución Trabaja de Forma Coordinada con sus Médicos Empleados o dependientes", tesis aislada 1a.CXXI/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, Primera Sala, libro 16, tomo II.

Tena Tamayo, C. (2004), "El consentimiento Informado en la práctica de la medicina. Una visión humanista", en Revista de la CONAMED, 9 (3), México, Comisión Nacional Médica (CONAMED).

http://www.inr.gob.mx/g23_03.htm

<http://www2.issste.gob.mx:8080/index.php/historia>

Los derechos humanos y la familia

Human Rights and the Family

Carlos Ubaldo Osorio Díaz*

RESUMEN

En este artículo se analiza, primeramente, qué es la familia y su protección constitucional e internacional a través de los diversos tratados internacionales que la tutelan; posteriormente, el derecho humano a la igualdad a partir del derecho alimentario, acompañado de un estudio a la reforma respecto a la obligación alimentaria, publicada el catorce de marzo de dos mil dieciséis en la “Gaceta del Gobierno” del Estado de México, análisis encaminado a estudiarla desde la perspectiva de igualdad, del principio de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

Palabras clave: familia, obligación alimentaria, igualdad, proporcionalidad.

ABSTRACT

This article first analyzes what the family is and its constitutional protection as international through the various international treaties that protect it. In the sequence, the human right to equality through the maintenance regulation; Accompanied by the study on the reform regarding the maintenance obligation, published on March 14, two thousand and sixteen in the State of Mexico's government gazette, analysis aimed at studying it under the perspective of equality, principle of reasonableness and legal proportionality.

Keywords: Family, Maintenance Obligation, Equality, Proportionality.

INTRODUCCIÓN

El nacimiento del presente trabajo se da con base en la familia y los derechos humanos, su protección nacional e internacional. La familia es la estructura de cualquier sociedad; aunque, cabe señalar, existen diversos tipos de familia, por lo que todo ser humano pertenece a algún tipo de grupo familiar.

La base de la familia es la solidaridad de sus miembros para su subsistencia y desarrollo. Uno de los elementos para alcanzar esos fines es proporcionar alimentos a aquellos que, por su situación de salud, biológica, económica o social, no pueden contar con los medios para una subsistencia digna. Los alimentos tienen como parámetro la igualdad, equidad y dignidad bajo el principio de proporcionalidad.

La obligación alimentaria no es una sanción para quien deba proporcionar los alimentos; su finalidad es la subsistencia y solidaridad para que los miembros de la familia se incorporen a una vida económica activa o para que, en el caso de que su condición no les permita la reincorporación, cuenten con los medios materiales para tener una vida digna.

Los alimentos se deben tasar acorde con el principio de proporcionalidad, que es el estado de necesidad del acreedor alimentario y la capacidad económica del deudor alimentista, el cual permite al primero tener una vida digna y al segundo no

* Maestro en Derecho. Docente en derecho a nivel licenciatura y posgrado. Abogado externo del Gobierno federal.

poner en peligro su subsistencia y, de igual manera, tener acceso a mantener una vida digna; este es un punto de análisis de este trabajo, sobre la proporcionalidad de los alimentos en la actual legislación civil para el Estado de México.

ANTECEDENTES DE LA FAMILIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

La familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad, a través del cual se forma y se educa a los individuos para su vida social; una institución de alta relevancia por ser el semillero donde se forja a los individuos para la vida en sociedad. Si hay un núcleo familiar viciado, muy probablemente se viciarán todos los miembros de esa familia, lo que afectará al núcleo social. Dentro de la familia pueden comenzar a forjarse los eslabones de una sociedad funcional o disfuncional, motivo suficiente para que la familia sea una institución de carácter público e interés social. Lo que pase dentro de una familia no sólo afecta a quienes la conforman, por el contrario, afecta a toda la sociedad; como un virus, se propaga por la estructura social, de manera positiva o negativa.

La protección a la familia está reconocida en el artículo 4º de la Constitución general, así como en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En el ámbito universal de derechos humanos, se ha establecido que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que merece la más amplia protección, esto se prevé en los artículos 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adicionalmente, vale la pena destacar que en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados parte se

comprometieron a respetar y preservar las relaciones familiares del niño.

De la amplia protección que merece la familia se desprende una serie de garantías, entre ellas el respeto a la vida privada y familiar, que está expresamente establecido en los artículos 12.1 y 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) advirtió que el artículo 11.2 de la Convención Americana reconoce el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de la familia.

La familia se puede fundar con la unión de dos personas que realizan una vida en común o a través del matrimonio, el cual brinda la capacidad de desarrollar una vida familiar. No se limita únicamente a la vida en pareja, sino que se extiende en una gran red de relaciones sociales y biológicas complejas, reconocidas —en la mayoría de los casos— por el orden jurídico, como las surgidas con los abuelos, tíos, primos, etc. (familia extensa), aquellas en las que sólo hay un padre (monoparentales) o padres del mismo sexo (homoparentales), por citar algunos ejemplos.

Sin embargo, la unión de dos personas sin la procreación de hijos o, a la inversa, la procreación de hijos sin la existencia de dos personas que tengan una vida en común, no es limitante para que haya una familia.

Como lo estableció Pérez Contreras, la familia se clasifica de la siguiente manera:

-Nuclear: El término “familia nuclear” hace referencia al grupo de parientes integrado por los progenitores, es decir, el padre, la madre y sus hijos.

- Familia monoparental: la familia monoparental es aquella que se integra por un solo de los pro-

genitores: la madre o el padre, y los hijos. En ésta, los hijos pierden el contacto con uno de los padres, ya sea prolongada o definitivamente.

- Extensa o ampliada: la familia extensa está conformada por los abuelos, los padres, los hijos, los tíos y los primos. Los miembros de la familia extensa están en contacto permanente, puede vivir varias generaciones en la misma casa o predio. Se relaciona o interactúa como red social de apoyo, sobre la base de la ayuda mutua.

- Ensamblada: aquellas familias integradas por familias reconstituidas, por dos familias monoparentales, por miembros de núcleos familiares previos, que al separarse se unen nuevamente, de hecho o de derecho, con nuevas personas o grupos familiares formando el ensamble o una estructura familiar, sin que ello obste para que subsistan, salvo por disposición en contrario de autoridad judicial, las obligaciones derivadas de los vínculos jurídicos originarios respectivamente, en su caso... (Contreras, 2012: 23) ¹.

Como se aprecia, la familia se puede manifestarse de diferentes formas, por lo que la protección no se constriñe únicamente a la familia nuclear, sino a los diferentes tipos que ya se precisaron, pues el artículo cuarto constitucional no limita la protección a un determinado tipo de familia en atención a que enuncia la protección a dicha institución.

EL DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD EN EL DERECHO FAMILIAR

El derecho humano a la igualdad consiste en que ningún ser es superior a otro y que todos cuentan con los mismos derechos, encontrándose prohibido todo tipo de discriminación.

1 Las cursivas son del autor.

Al respecto, el artículo primero constitucional pone en un plano de igualdad a las personas, dado que en el primer párrafo establece que:

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

Además, en su párrafo quinto refiere que

“queda prohibida toda discriminación motivada por el origen étnico o nacional, el género, la edad, la discapacidad, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas” (Congreso de la Unión, 1917).

Si bien ese precepto constitucional prohíbe la discriminación, no establece lo que se debe entender por ella, por lo que resulta útil lo que la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación establece en su artículo 1º, fracción III, en el cual sostiene que la discriminación es:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos

y libertades, cuando se basa en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo (Congreso de la Unión, 2003).

El derecho a la igualdad, en el ámbito familiar, ha sido materia de estudio por nuestro máximo tribunal en sus diversos criterios jurisprudenciales y tesis, en los cuales ha pretendido colocar en un plano de igualdad y equidad tanto a las mujeres como a los hombres; ejemplo de ello son las resoluciones sobre el derecho alimentario, orden de los apellidos de los hijos, guarda y custodia compartida, el valor del trabajo en el hogar.

La institución de los alimentos es de un gran dinamismo, ya que es una de las figuras jurídicas más “explotadas” en los tribunales de nuestro país dentro del derecho familiar y tiene como fuente el matrimonio, divorcio, nulidad de matrimonio, concubinato, parentesco, adopción, sociedad de convivencia, pacto civil de solidaridad y testamento.

La institución de los alimentos surge de la eficacia del derecho fundamental de acceder a un nivel de vida adecuado a través de los alimentos, que deben cubrir todas las necesidades básicas de las personas imposibilitadas de acceder a ellos, sea por una cuestión física, intelectual o social. La base de los alimentos es la solidaridad y ayuda mutua entre los miembros de una familia.

En los alimentos deben comprenderse los satisfactores necesarios para la sobrevivencia del acreedor alimentista. Los alimentos no son únicamente los que satisfacen la necesidad fisiológica del ser humano; van más allá, pues en el rubro de los alimentos se considera todo aquello que permita desarrollar una vida digna, como puede ser habitación, educación, vestido, atención médica, hospitalaria, psicológica y recreación.

Por citar un ejemplo, España señala que los alimentos son todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, así como educación e instrucción, esto se contempla en el artículo 142 del Código Civil español, que a la letra indica:

Artículo 142. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo (Ministerio de Gracia y Justicia, 1889).

Como se puede apreciar, existe una amplia similitud con nuestra legislación nacional, pues ambas concuerdan que, dentro de los alimentos, se debe contemplar el sustento, habitación, asistencia médica, y proporcionar los elementos necesarios para la educación e instrucción, esto es, proveer de todo lo necesario al acreedor alimentista para que tenga los medios para desempeñar una profesión, oficio o arte que le permita su subsistencia.

El reconocimiento del derecho y la obligación alimentaria es de manera universal.

Francia dispone que, por razón del matrimonio, los cónyuges contraen la obligación conjunta de alimentar, mantener y educar a los hijos y tienen derechos como obligaciones compartidos, tal y como lo establece el artículo 203 del Código Civil francés: “*Artículo 203 Por el simple hecho del matrimonio, los cónyuges contraen la obligación conjunta de alimentar, mantener y educar a sus hijos*” (1803).

La igualdad, al ser un derecho humano, atiende a la universalidad, por lo que no únicamente se debe gozar de una igualdad de derechos, sino de una igualdad de obligaciones; así, se justifica que la obligación alimentaria y de educación de los hijos es conjunta, por lo que les corresponde a los procreadores, de manera igualitaria, tanto el derecho como la obligación.

Al respecto, legislación civil francesa ha sometido al plano de igualdad de derechos y obligaciones a los progenitores en cuanto a la obligación alimentaria, nombrada por ellos como gasto de manutención; de manera muy puntual el artículo 375-8 de la legislación francesa precisa que es una responsabilidad del padre y de la madre, indicando a la letra lo siguiente:

Artículo 375-8

Los gastos de manutención y educación del hijo que vaya a ser objeto de una medida de asistencia educativa seguirán siendo responsabilidad del padre y la madre, así como de los ascendientes a quienes pudiera exigirse un deber de alimentos, sin perjuicio de la facultad del juez para eximirles total o parcialmente de dicho deber.

Del artículo transcrito se desprende que los gastos de manutención y educación del hijo seguirán siendo una responsabilidad de ambos padres, existiendo una

igualdad de obligación alimentaria. En el caso de que una de las personas sujetas a un deber de alimentos no pueda pagar la pensión alimenticia, el juez de lo familiar puede ordenar que reciba en su domicilio, alimente y mantenga a dicha persona, lo cual se contempla en el artículo 210 del Código Civil francés; esto en el derecho mexicano se conoce como incorporación del acreedor alimentario al hogar del deudor alimentista, que algunas legislaciones locales contemplan y otras la han extinguido, como la legislación civil del Estado de México.

Con base en las anteriores consideraciones, se puede señalar que los alimentos son la figura jurídica de orden público e interés social, la cual regula la ayuda mutua entre los miembros de una familia unidos bajo un vínculo jurídico, y que se obliga a quien tenga la capacidad económica a proporcionar todo lo necesario al miembro de la familia que se encuentre en un estado de necesidad para que cuente con una vida digna.

El derecho a la alimentación se encuentra previsto en el artículo 4º constitucional, del párrafo noveno al decimoprimero, donde se estatuye lo siguiente:

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para proporcionar el respeto la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez (Congreso de la Unión, 1917).

En el texto transcrito se hace mención únicamente del derecho de menores a recibir alimentos; sin embargo, la obligación alimentaria no es exclusiva de los padres a los hijos. Como ya se mencionó, las fuentes de la obligación alimentaria son diversas; es la base la ayuda mutua entre los miembros de una familia, y no se debe exponer a un estado de vulnerabilidad al miembro familiar que se encuentre en un estado de necesidad o no cuente con la capacidad física, intelectual o social para su autosuficiencia económica.

De esa forma, constitucionalmente se estipula el derecho fundamental de los alimentos a favor de los menores a fin de satisfacer sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, obligación a cargo de sus ascendientes, tutores y custodios.

Internacionalmente, el derecho a la alimentación se encuentra reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentaria

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en su artículo 25, establece lo siguiente:

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circuns-

tancias independientes a su voluntad.

Como puede observarse, en este instrumento internacional se eleva a la categoría de derecho fundamental, el derecho a recibir, entre otras cosas, alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica.

(Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1948, citada en la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], 2013).

El derecho a recibir alimentos se contempla en tratados internacionales, al igual que en la Constitución.

El derecho humano a la igualdad, el derecho humano a la vida digna y a la alimentación, son interdependientes. Como se ha abordado, el matrimonio, el concubinato, el divorcio, son fuentes de los alimentos; cuando se habla de estas figuras jurídicas, el derecho alimentario se sustenta como derecho fundamental en el artículo 4º constitucional, que establece lo siguiente: “*Artículo 4. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia*”.

Por siglos, la fundación de una familia nuclear había sido a través del acto solemne del matrimonio; sin embargo, la evolución social ha obligado a la familia a cambiar, a permitir nuevas formas de fundar una familia, a reconocerlas y ponerlas en una posición de igualdad con el matrimonio, como el concubinato, que, desde mi perspectiva, únicamente carece de solemnidad frente al matrimonio.

Han surgido actos solemnes que tutelan a la familia, como la sociedad de convivencia y el pacto de solidaridad, que son figuras evolutivas del derecho familiar; esto en respeto al derecho humano a la libertad y a la familia, dentro de la protección del artículo 4º constitucional, el cual protege a toda aquella familia que se forme para

tener una estabilidad y permanencia, no a a relaciones pasajeras, que pueden procrear, cuya finalidad no se basa en la estabilidad.

Los actos jurídicos fundadores de la familia son el matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia y pacto civil de convivencia, que tienen por común denominador, para su formación, que la pareja que pretenda unirse bajo las bases de estabilidad y solidaridad se encuentre libre de matrimonio. Ninguno de esos actos jurídicos se puede llevar a cabo si existe un matrimonio previo.

Legislativamente, se encuentra estipulado el derecho alimentario en los casos de matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia y pacto civil de convivencia, así como ante la disolución de los mismos, atendiendo a que sus bases son la ayuda mutua y la estabilidad, conforme con lo dispuesto por el artículo 4º constitucional.

Sin embargo, ¿qué pasaría si existiera una unión de hecho entre dos personas y procrearan hijo(s), si bien pudiera parecer que los fines de su relación son la estabilidad y la fundación de una familia? Empero, si se agregara a la pregunta que alguno de los miembros de la pareja se encuentra casado, esto legislativamente extinguiría la obligación alimentaria, ya que no se puede configurar ninguna de las figuras jurídicas enunciadas por estar sujeto(s) a matrimonio uno o ambos miembros de la pareja.

Si una mujer se dedicó al cuidado, administración y dirección del hogar, si su relación se fundó con fines de permanencia y fundación de una familia, y no cuenta con ningún tipo de impedimento para contraer matrimonio, adquiere un derecho alimentario; por otra parte, si una mujer con las mismas características ya descritas, pero con la diferencia de que ella, o su pareja,

no se encuentra libre de matrimonio no podrá recibir alimentos, siendo este un acto discriminatorio entre mujeres que se encuentran en el mismo desarrollo de una vida familiar. Entonces, por la existencia de matrimonio previo por parte de alguno de los miembros de la pareja, aun teniendo un estado de necesidad, se les impide acceder a alimentos por no poder no estar sujetos a un matrimonio o concubinato; es una discriminación entre mujeres que se encuentran en la misma situación, violentando los artículos 1º y 4º constitucionales, siempre y cuando la relación no sea efímera y tenga como base la estabilidad familiar (como más adelante se resalta la finalidad del artículo cuarto constitucional no es proteger las relaciones ocasionales, sino aquellas que tienen como propósito la fundación de una familia).

Respecto de aquellas relaciones en donde las mujeres no pueden configurar un matrimonio o un concubinato porque su pareja esta casada con persona diversa, se ha establecido que la mujer tiene el derecho a recibir alimentos y podrá reclamar a su pareja o al padre de sus hijos menores esos alimentos que no surgen de un específico estado civil en que se encuentre, sino de las relaciones de solidaridad y ayuda mutua que ha entablado, las cuales se reflejan en la procreación de los hijos, así como en la atención y cuidado de estos. En tal virtud, no constituye una razón válida para negar la existencia del derecho a reclamar y la obligación de pagar alimentos a la mujer que tiene una relación de solidaridad y ayuda con el deudor alimentista, ha procreado hijos, con independencia de que exista un matrimonio previo, el cual impida configurar el concubinato o alguna otra institución de familia; porque no se discute

la titularidad de un derecho patrimonial que derive de ese régimen a favor de uno de los cónyuges o concubinos —como una donación, la herencia o la administración de la sociedad conyugal, que son derechos personalísimos en su goce y ejercicio por los cónyuges y concubinos—, sino el cumplimiento de un mínimo deber de solidaridad entre personas que guardan un nexo que debe ser tutelado por la ley y por la autoridad judicial por tener hijos en común.

Lo anterior no resulta discriminatorio, pues la protección prevista en el artículo 4º tiene por objeto la organización y el desarrollo de la familia, en la cual no se ubican los tipos de relación descritos debido a la falta de estabilidad.

Si dos personas procrearon un hijo y una de ellas se dedicó a su cuidado, tales hechos por sí solos resultan insuficientes para generar el derecho de reclamar del otro una pensión alimentaria o compensatoria, pues no conformaron un núcleo familiar al no encontrarse unidas bajo ninguna de las figuras referidas, ni lo hicieron con el ánimo de generar una relación constante y estable, fundada en la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua (SCJN, 2017: 1659).

El criterio en cita pone en un plano de igualdad a las mujeres en cuanto alimentos si en la relación que se sostuvieron existió convivencia constante y estable; de no ser así, no se les puede colocar en un plano de igualdad como lo precisa el criterio, ya que el artículo cuarto constitucional protege las relaciones cuya base sea la estabilidad de la familia, no las uniones efímeras, dado que estas no tienen como finalidades la formación de un núcleo familiar, la ayuda mutua ni la estabilidad.

Este estudio sobre la igualdad se centra en los alimentos; deja de lado los

demás derechos y obligaciones que surgen de las relaciones civiles, en atención a que se hace una interpretación del derecho a la familia y a la igualdad para determinar si la mujer que demanda alimentos reúne las características de acreedor alimentario, por lo que debe estudiarse el contexto circunstancial que guarda su relación de hecho. Situación diferente acontece en el matrimonio, en virtud de que no se estudia si existió permanencia y estabilidad, por lo que solo basta el estado de necesidad para la procedencia de los alimentos.

En un concubinato sí se tiene que acreditar la estabilidad y permanencia, recordemos que uno de los elementos que determinan si existe concubinato es la vida en común, la cual se traduce en estabilidad y permanencia; además, no debe haber un impedimento para contraer matrimonio, siendo esto donde estriba la diferencia entre una unión irregular y un concubinato.

Bajo la interpretación del artículo cuarto constitucional, que estipula el derecho a la familia, si no existe una estabilidad en la relación, aunque haya procreación, no se desarrolla una familia, motivo por cual no se le asigna un derecho alimentario ni se le puede dar un trato igualitario como a las familias que se fundaron mediante el acto solemne del matrimonio, que tiene como finalidad la fundación de una familia y se diferencia del concubinato, unión que no se celebra como un acto solemne ante un oficial del Registro Civil, sin embargo, reúne las características de estabilidad, permanencia y ayuda mutua con la finalidad de fundar una familia.

Por lo que no es discriminatorio brindar alimentos a uno de los integrantes de la pareja si la relación no fue establecida con fines de una permanencia y ayuda mutua, ya que, de ser así, bastaría la existencia

de un hijo para que pudiera reclamar su pago. Sin embargo, si se fundó una familia, se procreó, existió permanencia y ayuda mutua, pero alguno de los miembros de la pareja se encuentra aún casado con persona distinta y existe una permanencia, se le dará un trato igualitario según lo estipulado por el artículo primero constitucional, debido a que la relación no fue efímera, existió permanencia y ayuda mutua.

Eso es una interpretación de los derechos humanos. Por otro lado, en el caso de dos mujeres procrearon y se dedicaron al cuidado del menor, se debe analizar la forma, así como los parámetros mediante los cuales se dio la relación y la finalidad de la misma, pues por equidad no se puede dar el mismo derecho a una relación de permanencia que a una relación pasajera sin fines de estabilidad.

Concluyendo, como lo estableció el Pleno de Circuito en su jurisprudencia con número de registro 2013735, “si dos personas procrearon un hijo y una de ella se dedicó a su cuidado, tales hechos por si solos resultan insuficientes para reclamar a otro una pensión alimentaria” (SCJN, 2017: 1569); sin embargo, si lo hicieron con el ánimo de generar una relación constante y estable, fundada en la afectividad, solidaridad y la ayuda mutua, cuyo objeto fuera la organización y desarrollo de la familia, y no así una relación efímera, esto permite la protección alimentaria entre los miembros de esta familia.

RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA DE LOS ALIMENTOS

Como se ha venido sosteniendo, la obligación alimentaria se basa en la ayuda mutua entre los integrantes de una familia; incluso si el matrimonio o concubinato concluye, el deber alimentario puede subsistir si

alguno de sus miembros se encuentra en un estado de necesidad.

La legislación civil del Estado de México fue reformada el 14 de marzo de 2016 mediante decreto publicado en la “Gaceta del Gobierno” del Estado de México. Mediante dicho decreto se modificaron las bases para fijar alimentos, se extinguió el derecho de los hombres a recibir alimentos, siendo la única excepción que tengan una discapacidad; se estipuló que la pensión alimenticia no podrá ser inferior a un 40% del sueldo, y este derecho únicamente les corresponde a las mujeres, pues en todo momento se hace mención de *la concubina o cónyuge*.

Los artículos reformados fueron los siguientes:

ARTÍCULO PRIMERO. Se reforman la fracción I del artículo 2.20, el artículo 3.27, el párrafo tercero del artículo 3.30, la fracción I del artículo 4.7, la fracción II del artículo 4.31, los artículos 4.56 y 4.91, el párrafo segundo y la fracción III del artículo 4.95, los artículos 4.104 y 4.105, las fracciones I y II del artículo 4.109, el epígrafe y el artículo 4.127, el artículo 4.128, el epígrafe, el párrafo primero, la fracción II, los párrafos tercero y cuarto del artículo 4.129, los artículos 4.135 y 4.136, el epígrafe y el artículo 4.138, el artículo 4.139, la fracción II del artículo 4.144, el artículo 4.202, el párrafo primero del artículo 4.205, el epígrafe y el artículo 4.222, los incisos a) y c) de la fracción II del artículo 4.228, el artículo 4.321, la fracción I del artículo 4.383, se adicionan el párrafo quinto al artículo 4.129, los artículos 4.397 Bis y 4.397 Ter, la fracción IV al artículo 7.156, la fracción IV al artículo 7.157 y se derogan la fracción IV del artículo 3.26, el epígrafe y el artículo 3.28, el segundo párrafo del artículo 4.4, los epígrafes y los artículos 4.5 y 4.6, la fracción II del artículo 4.7, los epígrafes y artí-

culos 4.21, 4.28, 4.63, 4.64, 4.68, los párrafos segundo y tercero del artículo 4.99, el epígrafe y el artículos 4.101, el párrafo segundo del artículo 4.129, los epígrafes y los artículos 4.137, 4.140, la fracción III del artículo 4.144 y 4.148, la fracción II del artículo 4.223, el inciso b) de la fracción II del artículo 4.228, los artículos 4.231, 4.265, el Capítulo I "De la Emancipación" del Título Noveno "De la Emancipación y de la Mayoría de Edad" del Libro Cuarto "Del Derecho Familiar", el artículo 4.338 del Cód-

go Civil del Estado de México...(Legislatura del Estado de México, 2016).

Para el caso que nos ocupa, únicamente se abordarán los artículos del Código Civil del Estado de México relacionados con el tema de alimentos, y no son materia de análisis los demás artículos. A continuación aparece un cuadro comparativo, que ilustra a la reforma en cuanto a los alimentos.

CUADRO 1

Previo a la reforma	Posterior a la reforma
Artículo 4.127. La obligación de dar alimentos es recíproca.	Artículo 4.127. Tienen derecho a recibir alimentos las y los hijos menores de edad o mayores de edad que se dediquen al estudio, los discapacitados, los adultos mayores, la cónyuge o concubina que se haya dedicado cotidianamente al trabajo del hogar, consistente en tareas de administración, dirección, atención y cuidado de la familia y el cónyuge o concubina que se encuentre imposibilitado física o mentalmente para trabajar, previa acreditación con la documentación idónea expedida por una institución pública de salud.

Artículo 4.129. Los concubinos están obligados a dar alimentos, conforme a las siguientes reglas y acciones afirmativas:

I. Que acrediten haber hecho vida común por al menos un año o haber procreado algún hijo en común;

II. Que la concubina carezca de bienes y que se haya dedicado cotidianamente al trabajo del hogar, consistente en tareas de administración, dirección, atención y cuidado de las y los hijos, tendrá derecho a alimentos, mismo que no será inferior al cuarenta por ciento del total del sueldo, hasta que los hijos cumplan la mayoría de edad o que se dediquen al estudio. Tratándose de las y los hijos mayores de edad discapacitados, previa acreditación con la documentación idónea expedida por una institución pública de salud, al cuidado de la concubina, el concubino deberá proporcionarlos de por vida. Cuando el concubino se encuentre imposibilitado física o mentalmente para trabajar, previa acreditación con la documentación idónea expedida por una institución pública de salud, tendrá derecho a alimentos, el cual no será inferior al veinte por ciento del total del sueldo, por el tiempo que haya durado el concubinato.

Artículo. 4.129. Los concubinos están obligados a darse alimentos.

III. Que no haya contraído nuevas nupcias o viva en concubinato;

IV. Que se reclame dentro del año siguiente de haber cesado el concubinato.

Derogado.

En el caso de que la concubina trabaje u obtenga una actividad remunerada, la obligación del concubino para dar alimentos será en los términos que establezca este Código.

La concubina que no tenga hijas o hijos, que carezca de bienes y que se haya dedicado cotidianamente al trabajo del hogar, consistente en tareas de administración, dirección y atención, tendrá derecho a alimentos, mismo que no será inferior al treinta por ciento del total del sueldo, por el tiempo que haya durado el concubinato.

No podrán reclamar alimentos y en su caso cesarán si se une en concubinato o contrae matrimonio.

Artículo 4.138. Los alimentos han de ser proporcionales de acuerdo a la capacidad económica del deudor alimentario y de las necesidades de quien deba recibirlos.

Cuando no sean comprobables el salario o ingreso del deudor alimentario, el juez resolverá tomando como referencia la capacidad económica y el nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en el último año.

Los alimentos determinados por convenio o sentencia, se modificarán de manera proporcional a las modificaciones de los ingresos del deudor alimentario. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese tenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente.

Artículo 4.138. Los cónyuges están obligados a dar alimentos, conforme a las siguientes reglas y acciones afirmativas: La cónyuge que carezca de bienes y que durante el matrimonio haya realizado cotidianamente trabajo del hogar consistente en tareas de administración, dirección, atención y cuidado de las y los hijos tendrá derecho a alimentos, mismo que no será inferior al cuarenta por ciento del total del sueldo, hasta que las y los hijos cumplan la mayoría de edad o que se dediquen al estudio, sin menoscabo de la repartición equitativa de bienes. Tratándose de las y los hijos mayores de edad discapacitados, previa acreditación con la documentación idónea expedida por una institución pública de salud, al cuidado de la cónyuge, el cónyuge deberá proporcionarlos de por vida. La cónyuge que no tenga hijas o hijos y que carezca de bienes o que durante el matrimonio haya realizado cotidianamente trabajo del hogar, consistente en tareas de administración, dirección y atención, tendrá derecho a alimentos, mismo que no será inferior al treinta por ciento del total del sueldo, por el tiempo que haya durado el matrimonio, sin menoscabo de la repartición equitativa de bienes. El cónyuge que se encuentre imposibilitado física y mentalmente para trabajar, previa acreditación con la documentación idónea expedida por una institución pública de salud, tendrá derecho a alimentos, el cual no será inferior al veinte por ciento del total del sueldo, por el tiempo que haya durado el matrimonio, sin menoscabo de la repartición equitativa de bienes. En la resolución que se dicte con respecto a los alimentos, se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. Los alimentos determinados por convenio o sentencia, se modificarán de acuerdo a los ingresos del deudor alimentario. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará a lo que obtenga el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente.

Cuando no sean comprobables el salario o ingresos del deudor alimentario, la o el juez resolverá tomando como referencia la capacidad económica y el nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en el último año, la cantidad correspondiente no podrá ser inferior a una unidad de medida y actualización por cada acreedor alimentario.

En la exposición de motivos de la reforma publicada el 14 de abril de 2016 en la “Gaceta del Gobierno” del Estado de México, se realiza un preámbulo donde se explica que la discriminación contra la mujer transgrede los principios de equidad

de género, así como sus derechos humanos (sin precisar cuáles). Además, en cuanto al punto concreto de fijar una pensión alimenticia de al menos el 40% del sueldo del cónyuge o concubino a favor de las mujeres en casos de matrimonio y concubinato,

se pretende justificar en la realidad económica y social, así como en que los criterios actuales no son suficientes para cubrir las necesidades. La exposición de motivos, establece:

La discriminación contra la mujer transgrede los principios de equidad de género, así como diversos derechos humanos, situación que dificulta su participación en las mismas condiciones que el hombre en la vida política, social, económica y cultural nacional y estatal, constituyendo además, un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia. Se ha sostenido que el género, distinto a la naturaleza, es una construcción simbólica establecida sobre los datos biológicos de la diferencia sexual. Por medio de este, se construye y define culturalmente lo que es masculino y femenino. Es por esto, que el género es un fenómeno dinámico cuyo contenido puede ser reproducido y transformado, la construcción de los sujetos como hombres y mujeres se apoya en las cosmovisiones, mitos y tradiciones presentes en cada cultura. La idea general en nuestra cultura se basa en un modo de dominación, cuyo modelo es el hombre, que asegura su supremacía inferiorizando a las mujeres. De esta devaluación de lo que son y hacen las mujeres se desprenden sus condiciones de subordinación, exclusión, desigualdad y negación de sus derechos en la sociedad. Estamos, sin lugar a dudas, ante un problema de grandes dimensiones, que implica no solo a las mujeres, sino a la sociedad toda, y que además, conlleva una transformación cultural en todas y en todos. Es importante señalar que a nivel internacional, por mencionar algunas, la Conferencia Copenhague en 1980 es el parteaguas en donde se abordaron de manera detallada la problemática en educación, salud y trabajo de las mujeres. En la Conferencia de Nairobi, en 1985, se plantearon una serie de estrategias que se basaron en asegurar a las

mujeres igualdad de derechos, prevenir la violencia y promover su participación en la toma de decisiones políticas, económicas y en las acciones de promoción de la paz. De igual forma, la Conferencia de Beijing de 1995 fue un gran avance, toda vez que planteó grandes desafíos para la mejora de las situaciones de vida de las mujeres en el mundo. Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981, prevé que los Estados parte condenen la discriminación contra la mujer en todas sus formas, adoptando medidas adecuadas y legislativas.

Bajo el mismo tenor, la Organización de las Naciones Unidas destaca las acciones encaminadas a llevar las preocupaciones de las mujeres más allá de sus países de origen, a fin de promover sus derechos, buscar o dar solución a las desigualdades aun existentes. En México, los movimientos de las mujeres que se dieron durante 1910 y las tres décadas siguientes, sentaron las bases para el reconocimiento de su papel en la sociedad y la obtención de sus derechos, lo que fue consagrando un marco normativo federal. Ese marco normativo tiene su origen en disposiciones de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que plasman precisamente, diversos derechos relacionados con la igualdad. De esta manera, se cuenta en el ámbito nacional, entre otros instrumentos normativos, con la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que tiene por objeto establecer la coordinación entre la Federación, las entidades federativas, la Ciudad de México y los municipios, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres; con la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, que establece competencias y formas de coordinación para la prevención, investigación,

persecución y sanción de los delitos en materia de trata de personas y con la Ley General para la igualdad entre Mujeres y Hombres, la cual regula y garantiza la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres. De igual forma, documentos rectores de la política nacional, como el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, cuya estrategia transversal denominada Perspectiva de Género, contempla la necesidad de realizar acciones especiales orientadas a garantizar los derechos de las mujeres y evitar que las diferencias de género sean causa de desigualdad, exclusión o discriminación. En el marco jurídico estatal existen también leyes y disposiciones que han ido estructurando todo un sistema de género. Sin embargo, en la actualidad se siguen rediseñando los espacios públicos y privados, a fin de concretar los derechos en una vida digna y segura de cada mujer. En este contexto, el Plan de Desarrollo del Estado de México 2011-2017, en su pilar 1, denominado “Gobierno Solidario”, establece la promoción de acciones y programas que se realicen con perspectivas de género, por lo que la administración pública a mi cargo está comprometida a contribuir en el pleno desarrollo de la mujer mexiquense. Para lo anterior, se requiere una actividad permanente de revisión y adecuación de la normativa estatal, que institucionalice la equidad y la visión de género, reconociendo las diferencias sexuales, en principio, pero también las de oportunidades, de educación, de realidades, entre otras, e implementando acciones afirmativas, que permitan poco a poco ir avanzando hacia la igualdad. En esta tesitura, las acciones afirmativas son las conscientemente diseñadas a favor de las mujeres, para cerrar las brechas de la desigualdad de género. Estas acciones se materializan al establecer un conjunto de medidas de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre mujeres y hombres, y el objetivo principal de estas es lograr la igualdad efectiva y corregir la

distribución desigual de oportunidades en una sociedad determinada.

De esta forma, la presente Iniciativa tiene como finalidad hacer propuestas legislativas para fortalecer todo lo anterior y con ello, si usted así lo consideran, ir logrando en el Estado de México los objetivos señalados[...]

Asimismo, se considera acorde a la realidad económica y social, que la pensión alimenticia para las hijas, los hijos y la cónyuge o concubina no sea inferior al cuarenta por ciento del sueldo del cónyuge o concubino, a fin de acercarse a satisfacer las necesidades de alimentación, nutrición, habitación, educación, vestido, atención médica, hospitalaria y psicológica, educación básica, descanso, esparcimiento y en su caso, gastos de embarazo y parto, ya que los criterios actuales no resultan suficientes para cubrirlos... (Legislatura del Estado de México, 2016).

Como se puede apreciar de la lectura, la exposición de motivos es contraria a la igualdad y equidad de género, pues reconoce preponderantemente el derecho de la cónyuge y la concubina; esto constituye discriminación hacia el cónyuge o concubino, ya que este pudo de igual manera haberse dedicado al cuidado del hogar y de los hijos, mientras que la mujer pudo desempeñar el rol de proveedor, generar riqueza y, en el momento de término de su relación personal, dejar en un estado de vulnerabilidad al cónyuge o concubino, quien quedó al cuidado del hogar y los hijos sin tener la posibilidad de reincorporarse a una vida laboral de manera inmediata o, por la edad, sin la oportunidad de reincorporarse.

Por tanto, el legislador está creando una situación de discriminación al encasillar en roles de género tanto a las mujeres como a los hombres que tienen una vida en familia; prejuzga que únicamente las

mujeres pueden dedicarse al hogar y que no es posible que los hombres realicen esa labor, haciendo vanos los discursos políticos que hablan de erradicar la disparidad de géneros, pues con algunos actos legislativos se crea discriminación, nace una cultura de géneros y roles de hombres y mujeres.

Los derechos humanos son progresivos, al igual que la vida social y las familias, donde ahora ambos miembros de la pareja pueden contribuir al trabajo en el hogar, donde ahora un hombre puede dedicarse al cuidado, administración y dirección del hogar.

Es de resaltar que los órganos del Estado están constreñidos a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, además de prevenir y sancionar todo acto de violación a estos. No se puede proteger uno y poner a otro en un estado de vulnerabilidad por cuestiones de género.

La reforma publicada el 14 de abril en la “Gaceta del Gobierno” se aleja de las bases de los alimentos, que son la ayuda mutua y la solidaridad entre los miembros de la familia, además del estado de necesidad de alguno de ellos (el estado de necesidad no es intrínseco a la mujer, ni la calidad de deudor alimentario al hombre), que es lo que determina si existe una obligación alimentaria.

En la exposición de motivos se argumenta que la reforma persigue como fin erradicar la violencia hacia la mujer; sin embargo, el prejuzgar que los alimentos deben partir de un 40% de las percepciones del deudor alimentario le está generando una violencia económica, lo que vulnera su derecho fundamental a una vida digna y transforma los alimentos en una cuestión sancionatoria del género masculino. El

legislador pierde de vista que la finalidad de los alimentos es la solidaridad de los miembros de la familia, por lo que no debe ser una sanción.

De la exposición de motivos se puede interpretar que la carga desmedida que se le impone a los hombres es en razón de que las mujeres están sujetas a violencia y desigualdad; por lo que pareciera que esta reforma es sancionatoria para los hombres, lo cual es erróneo, ya que los alimentos no tienen como finalidad sancionar a ninguno de los integrantes de la familia, sino lograr que todos los miembros de la familia cuenten con una vida digna.

Los alimentos no tienen como finalidad sancionar; su objetivo es la ayuda mutua entre los miembros de la familia. Y en el caso de disolución del vínculo matrimonial o terminación del concubinato, se deben dar los medios al cónyuge o concubino que no generó riqueza por haberse quedado al cuidado del hogar para su subsistencia y su reincorporación a una vida laboral, así como su autosuficiencia. Los alimentos no se deben fijar legislativamente, con base en cuestión de género, en un porcentaje predeterminado y tiempo desproporcional.

Analicemos si la reforma en materia de alimentos cumple con los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, ya que, para que una norma sea razonable, debe acreditar los siguientes supuestos:

- a) Debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima;
- b) Debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador;
- c) Debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no impli-

que una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo;

d) Debe ser constitucionalmente razonable (scjN, 2007: 8).

En cuanto al primero de los elementos, *perseguir una finalidad constitucionalmente legítima*, el legislador argumentó que el fin constitucional es la igualdad y equidad de género e hizo referencia a las mujeres frente a los hombres; sin embargo, no cumplió con una finalidad constitucionalmente legítima al ir en contra de lo estipulado por el artículo 4º constitucional, el cual precisa que el hombre y la mujer son iguales ante la ley. Al otorgar únicamente derecho alimentario a las mujeres, se está presuponiendo que todas se encuentran en una situación de violencia y desigualdad social frente a los hombres, lo cual es una cuestión casuística y no generalizada, pues se debe atender cada caso concreto, siendo esta la función del Poder Judicial: estudiar cada situación en específico y, con base en ello, efectuar la aplicabilidad del texto legislativo.

La reforma es discriminatoria en contra de hombres y mujeres, pues le resta capacidad a las mujeres y se centra en que todas son violentadas y se encuentran en un estado de necesidad (conducta que debe ser sancionada, reparada o erradicada por el Poder Judicial una vez que se acredite la existencia de la misma, ya que no todas las mujeres son víctimas de violencia).

En cuanto al segundo de los elementos, *la reforma no es adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador*. Si lo que pretendía el legislador era cubrir los rubros de los alimentos, la solución no es brindarlos por cuestiones de sexo, sino por un estado de necesidad y desigualdad a fin

de garantizar el derecho a recibir alimentos; y para que estos sean suficientes, se debe atender al principio de la obligación alimentaria, que es el monto de los alimentos acorde con la necesidad de quien deba recibirlos, así como con la capacidad económica de quien deba proveerlos.

Si bien puede existir necesidad, eso no justifica dejar en un estado de vulnerabilidad al deudor alimentario imponiéndole montos excedidos que escapen de su capacidad económica, esto puede poner en peligro su subsistencia y el acceso a una vida digna. Cabe recordar que la dignidad humana es la base de los demás derechos humanos. Todo derecho y garantía debe tener como base la dignidad. Sin la dignidad no puede haber derechos humanos.

En cuanto al tercero de los elementos, implica una carga desmedida e injustificada para los gobernados. Como ya se argumentó, el prejuzgar que el porcentaje de alimentos no puede ser menor al 40% de las percepciones del deudor alimentario no toma en cuenta el estado de necesidad ni la capacidad económica respectiva de ambas partes ni, por consecuencia, su proporcionalidad, por lo que se insiste en que los alimentos se tienen que basar en una proporcionalidad para no poner en peligro la subsistencia de alguna de las partes.

Con base en lo expuesto, la reforma no es constitucionalmente razonable, pues los artículos previos a la reforma establecían que la obligación alimentaria se atendería acorde con la necesidad del acreedor alimentario y con la capacidad del deudor alimentista. Los alimentos podrían ser solicitados por los cónyuges o concubinos, no discriminando por cuestiones de género, sino considerando el estado de necesidad que tuviera alguno de los miembros de la familia.

Llama la atención el punto neurálgico reflexivo de la reforma en el ámbito de alimentos: “*ya que los criterios actuales no resultan suficientes para cubrirlos*”. El legislador argumenta que la pensión alimenticia no debe ser inferior del 40% del sueldo del cónyuge o concubino, pues los criterios actuales no son suficientes para cubrir las diversas necesidades; esto es alejado de la realidad, como se muestra en el cuadro comparativo expuesto, ya que el parámetro legal de pensión alimenticia previo a la reforma se basaba en la observancia del principio de proporcionalidad, esto es, tanto en la capacidad económica del deudor alimentario como en la necesidad del acreedor, lo cual es acertado porque la pensión alimenticia se debe fijar acorde con ese criterio (incluso podría establecerse que se fijara en un porcentaje superior a ese 40%). Por tanto, debe primarse el análisis de capacidad y necesidad, ya que resulta ser muy conflictivo estipular que la pensión alimenticia no puede ser inferior a un 40% de la percepción del deudor alimentario, ¿bajo qué parámetro se establece que no puede ser inferior? El ámbito legislativo está invadiendo la esfera competencial del Poder Judicial al determinar que la pensión alimenticia no puede ser menor a un 40% de las percepciones del deudor alimentario (el porcentaje debe determinarse con base en la acreditación que se realice en juicio sobre la capacidad y necesidad de las partes).

Si se sostiene que un monto inferior al 40% no es suficiente para cumplir la obligación alimentaria, ¿qué necesidad existiría de ofertar pruebas en un juicio? Se está prejuzgando que un monto inferior no es suficiente sin contar con medios de prueba para saber cuál es el estado de necesidad del acreedor alimentario, estado

de necesidad que se debe cuantificar en dinero y llevarse a un porcentaje. Lo único que podría determinar la capacidad y necesidad del acreedor alimentario son los medios probatorios aportados, por medio de ellos los juzgadores la establecen acorde con las circunstancias particulares de cada caso.

CONCLUSIÓN

Con esto cerramos el tema de la igualdad y la obligación alimentaria, donde se analizaron dos supuestos: el primero de ellos es que, acorde con las legislaciones civiles o familiares vigentes, no se le otorga un derecho alimentario a la mujer que procreó hijo, se dedicó al cuidado del hogar, estableció una relación de pareja con ánimos de estabilidad y solidaridad, pero se encuentra imposibilitada para configurar un matrimonio, concubinato o una sociedad de convivencias al no encontrarse libre de matrimonio, sin la posibilidad de exigir alimentos para su pareja o la que fuera su pareja en el caso de que tuviera necesidad de ellos, lo que es una situación discriminatoria entre mujeres, que únicamente distingue que una es cónyuge o concubina; el segundo es que una mujer con las mismas características, excepto la diferencia de no poder ser concubina o cónyuge, por lo que se determina que sí se cumple con el objetivo del artículo 4º constitucional, que es la formación de una familia con fines de estabilidad y solidaridad, se da el derecho alimentario a fin de evitar discriminación entre mujeres.

Por otra parte, hay una reforma en materia de alimentos que nace con la finalidad de evitar violencia y discriminación a la mujer otorgándole al menos el 40% de las percepciones del cónyuge o concubino y nulifica el derecho a recibir pensión

alimenticia a un hombre que pudiera haberse dedicado al trabajo del hogar, siendo la única excepción que tuviera una discapacidad (en ese caso la pensión solo sería del 20% por el tiempo que haya durado el matrimonio o el concubinato); pero si se tratara de una mujer en la misma circunstancia, recibiría al menos el 40% de los ingresos del varón, y los alimentos serían de manera vitalicia.

Se pretende promover la igualdad discriminando a otro género, poniendo en peligro su subsistencia y violentando su derecho fundamental a una vida digna; asimismo, yendo en contra de la institución de los alimentos, que es el estado de necesidad de un miembro de la familia, ya que los alimentos descansan en la ayuda mutua. Está a cargo del juzgador el determinar el monto de los alimentos con base en la necesidad y capacidad del acreedor alimentario, acorde con lo que arrojen los medios de prueba que aporten las partes o con lo que de manera oficiosa ordene el juzgador.

Fuentes consultadas

- Congreso de la Unión (1917), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 5 de febrero, última reforma: 8 de mayo de 2020.
- _____ (2003), Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 11 de junio, última reforma: 21 de junio de 2018.
- Legislatura del Estado de México (2002), Código Civil para el Estado de México, publicado en el Periódico Oficial "Gaceta del Gobierno" del Estado Libre y Soberano de México el 7 de junio.
- _____ (2016), Decreto núm. 68, publicado en el Periódico Oficial "Gaceta del Gobierno" del Estado Libre y Soberano de México el 14 de marzo.
- (Ministerio de Gracia y Justicia 1803), Código Civil francés, publicado en el *Journal officiel de la République Française (jorf)* el 15 de marzo.
- (1888), Código Civil Español, publicado en la *Gaceta de Madrid* núm. 206 el 24 de julio.
- OEA (Organización de los Estados Americanos) (1969), Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- ONU (Organización de las Naciones Unidas) (1948), Declaración Universal de Derechos Humanos.
- _____ (1959), Convención sobre los Derechos del Niño
- _____ (1966), Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales
- Pérez Contreras, Ma. de M.(2012), *Derecho de familia y sucesiones*, México, Nostra.
- SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2013), *Temas selectos de Derecho Familiar I*. México
- _____ (2007), Pensión Alimenticia o Compensatoria en Uniones de Hecho

que No Sean Constantes y Estables. Para Decretar su Procedencia Es Insuficiente que se Haya Procreado Un Hijo en Común o que Uno de sus Integrantes se Haya Dedicado al Cuidado de Éste, jurisprudencia P.C.I.C. J/45C, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 39, tomo II, décima época, Plenos de Circuito, p. 1569

_____(2007), Garantías Individuales. El Desarrollo de sus Límites y la Regulación de Posibles Conflictos por Parte del Legislador Debe Respetar Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad Jurídica, jurisprudencia P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVI, novena época, Pleno p. 8

La impugnación de la Constitución de la Ciudad de México a la luz de lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como una forma de definir y dotar de congruencia el orden imaginado. Un enfoque en los derechos humanos y sus garantías

The Objection of the Constitution of Mexico City in Light of the Provisions of the Political Constitution of the United Mexican States as a Way to Define and Provide Consistency in the Imagined Order. A Focus on Human Rights and Their Guarantees

Guillermo Díaz Maldonado*

RESUMEN

El orden imaginario que resulta de los mitos compartidos y la creencia en ellos, por parte de los miembros de una sociedad, en un lugar y tiempo determinados, puede apreciarse por medio de los preceptos normativos que componen una constitución, como es el caso de la federal y la de la Ciudad de México, respecto a los derechos humanos y sus garantías constitucionales. Aunque existen ocasiones en que la concepción de los mitos compartidos es divergente, ello puede solucionarse por medio de las garantías constitucionales, medios institucionales que permiten la solución de dicha divergencia para generar una creencia unívoca en determinados mitos compartidos, la cual establecerá el orden imaginario, con lo que se podrá lograr la cooperación efectiva de los miembros de una sociedad.

Palabras clave: constitución, orden imaginario, mitos compartidos, creencia, derechos humanos y garantías constitucionales.

ABSTRACT

The imaginary order that results from shared myths and the belief in them by the members

of a society, in a certain place and time, can be appreciated through the normative texts that make up a Constitution, as is the case of the Federal and the Mexico City regarding human rights and their constitutional guarantees, although there are occasions when the conception of shared myths is divergent, so this can be solved through constitutional guarantees, as institutional means that allow the solution of said divergences, to generate a univocal belief in certain shared myths, which will establish the imaginary order, with which the effective cooperation of the members of a society, can be achieved.

Keywords: Constitution, Imaginary Order, Shared Myths, Belief, Human Rights and Constitutional Guarantees.

INTRODUCCIÓN

Yuvhal Noah Jarari (2014), buscando dar una explicación de los elementos que permitieron al homo sapiens consolidarse como el animal dominante en el planeta, lo que estima aconteció durante la revolución agrícola (del 12000 a. C. al 500 d. C. aproximadamente), destaca la capacidad de los individuos de la especie para cooperar entre sí aunque, subraya, rara vez

* Licenciado en Derecho por la Universidad del Valle de México, especialista en justicia constitucional y amparo por parte de la Universidad Autónoma de Querétaro, maestro en derecho corporativo por la Universidad Anáhuac. Abogado externo del Gobierno federal, socio fundador de OCIP Accountant & Legal S.C. 'BILAN'; con experiencia en litigio en las áreas de derecho fiscal, administrativo y amparo en diversas materias. Correo electrónico: gdiaz@bilan.com.mx

de forma voluntaria; le atribuye una gran relevancia a los mitos que categoriza como compartidos, los cuales fungieron, al igual que la creencia en ellos, como la fuerza que cohesionó a una gran cantidad de personas al grado de poder establecer lo que denomina como órdenes imaginados, respecto a los cuales sostiene que “*Creemos en un orden particular no porque sea objetivamente cierto, sino porqué creer en él nos permite cooperar de manera efectiva y forjar una sociedad mejor*”¹ (Noah, 2014: 128 y 129).

Además, cabe señalar, relaciona dicha creencia con una concepción del poder, pues afirma que éste “...significa tener la capacidad de manipular las creencias humanas, [con lo que se logra] *que muchas personas cooperen de manera efectiva...*” (Noah, 2019: s/p). Por lo que, asumiendo ello, se puede afirmar que el poder que otorgan las creencias del homo sapiens puede servir tanto para desarrollar un campo de concentración al estilo nazi como para implementar una estrategia sanitaria para erradicar la rabia transmitida por el perro al humano², pues en ambos casos se requiere de la cooperación de una gran cantidad de individuos, no obstante que los mitos compartidos y las creencias que los soportan son reprochables en el primer caso y loables en el segundo.

Ahora bien, una forma de entender la Constitución es considerándola como un continente que concentra ciertos mitos compartidos y la creencia en ellos, por

parte de los miembros de una sociedad, durante un tiempo y lugar determinados. La creencia es el elemento que dota de dinamismo a la Constitución al grado que, cuando aquélla pierde fuerza en un determinado mito compartido, se realizan abrogaciones, derogaciones, reformas, o se crean nuevos instrumentos jurídicos; tal y como sucedió con la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, que representó la abolición de un mito compartido —garantías individuales— para transitar hacia un nuevo mito compartido —derechos humanos—, que significó una revolución en la forma de entender, producir y aplicar los derechos humanos.

Hablando de mitos compartidos, uno de los grandes mitos en los que creemos y que establecen un orden imaginado son los derechos humanos y las garantías constitucionales dispuestas para su eficacia, dado que su existencia permite establecer cierta estabilidad social —óptima para el desarrollo individual y social—, la cual permite a las personas tener cierto grado de confianza respecto a qué determinados bienes de alto valor se encuentran protegidos ante terceros, lo cual da pie a que puedan encausar preponderantemente sus energías a diversas actividades, y no a la protección de los referidos bienes, por lo que ante el perjuicio de uno de éstos, las personas creen que podrán corregir éste por medio de las garantías dispuestas para la eficacia de los derechos humanos.

Cabe puntualizar que, por garantías constitucionales, se hace referencia a los medios institucionales para dialogar y discutir los diferentes mitos compartidos o solo los puntos de vista divergentes respecto a éstos para que por medio de los argumentos y las razones se establezca,

1 Las cursivas son del autor.

2 En 2019 México se convirtió en el primer país en recibir el reconocimiento, por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS), por erradicar la rabia transmitida por el perro al ser humano (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2019).

por parte de un órgano con la capacidad potencial para manipular la creencia de los miembros de determinada sociedad, el vínculo entre el mito compartido o punto de vista respecto a éste y la consolidación de la creencia para forjar con ello el orden imaginado imperante para una sociedad específica en un tiempo y lugar determinado. Tales garantías son el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional, etc.

Entonces, el orden imaginado que brinda la configuración actual de los derechos humanos y sus garantías constitucionales probablemente es la mejor forma que hasta el momento se ha podido concebir para atender los problemas sociales contemporáneos. No obstante, ello de forma alguna implica que no pueda cambiar o ajustarse, ya sea con la intención de mejorar o de compaginar mejor con la realidad que se pretende regular, ya que, como fue expuesto, ello dependerá de la intensidad de la creencia en ellos como mitos.

Ahora bien, el 5 de febrero de 2017 se publicó en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México la Constitución Política de la Ciudad de México (en adelante CPCDMX), que, sin lugar a dudas, despertó muchas inquietudes y opiniones, muchas de las cuales se reflejaron en la impugnación que se dio de la misma por medio de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad promovidas ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), impugnación considerada por Martín Vivanco Lira (2018b: s/p) como “...una de las [...] más grandes y complejas que ha recibido la Corte en los últimos lustros...”.

Lo anterior no era para menos, pues el poder constituyente, ante la oportunidad que ofreció la creación de la CPCDMX (que

resulta ser la primera para la ahora Ciudad de México), abordó diversos temas que no escaparon de la atención de la otrora Procuraduría General de la República (PGR), la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y algunos partidos políticos, como el reconocimiento expreso de un gran catálogo de derechos humanos (Título segundo “Carta de derechos”, que va de los artículos 4 al 14, 57 al 59 y 67). Dicho catálogo es mayor a los derechos reconocidos expresamente³ en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), con un particular sistema de control de la constitucionalidad local (artículo 36) y, además, determina un parámetro de regularidad constitucional más amplio que el de la Constitución federal, ya que reconoce dentro de ese parámetro los derechos y garantías reconocidos por la CPEUM, por los tratados e instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, por la propia CPCDMX y las normas generales y locales (artículo 4, apartado A, numeral 1), por subrayar algunos de sus elementos destacables.

Escenario ante el que, si se considera a la CPEUM como el continente ulterior de los mitos compartidos por los miembros de la sociedad mexicana respecto a los derechos humanos y las garantías constitucionales, ¿qué sucede cuando esos mitos son divergentes con otro instrumento jurídico, como la CPCDMX? Dicha cuestión se pretenderá responder no desde la perspectiva jurídica de la validez o invalidez de un texto normativo, sino a partir del resultado que determina el orden imaginado.

Cabe mencionar que el contenido de la CPCDMX y de las sentencias de las

3 Con ello se quiere puntualizar que el autor no niega su existencia implícita en la CPEUM.

controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad es vasto y complejo, desborda el fin pretendido en el presente escrito, razón por la cual nos enfocaremos en abordar el orden imaginado que resulta de la divergencia entre los mitos compartidos establecidos en la CPEUM y los de la CPCDMX.

LA CPCDMX COMO EXPRESIÓN DE LOS MITOS COMPARTIDOS DE UNA SOCIEDAD

El 29 de enero de 2016 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el “DECRETO por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la reforma política de la Ciudad de México”, que implicó un cambio en la situación jurídico-política del otrora Distrito Federal (D. F.) al transformarlo en lo que ahora se conoce como Ciudad de México (en adelante CDMX), reconociéndola como una *entidad federativa*⁴, esto es, con un estatus jurídico similar al de las otras 31 entidades, mas no igual por ciertos elementos que la distinguen, como el hecho de ser la sede de los poderes de la unión y capital del país (artículo 44 de la CPEUM).

Ello, además, abrió la puerta a la creación de una constitución para dicha entidad federativa, dado que así lo dispone el artículo 122, apartado A, de la CPEUM; para lo que se convocó a una Asamblea Constituyente en términos del artículo

séptimo transitorio del decreto señalado en el párrafo anterior. Dicha Asamblea Constituyente se integró por 100 diputados, quedó instalada el 15 de septiembre de 2016 y aprobó la Constitución local de marras el 31 de enero de 2017 (Wikipedia, s/a).

Respecto a la CPCDMX, existen diversas opiniones y posturas, pero resulta interesante una que indica que la reforma de la CPEUM que le da cabida es una consecuencia más o menos derivada del “Pacto por México” (Cárdenas, 2017b), lo cual no resulta descabellado si se toma en consideración que en el punto 1.5 “Defender los Derechos Humanos como Política de Estado” —en el que se advierten 12 compromisos— destaca el compromiso 26, el cual propone reformas a las constituciones de los estados y del otrora estatuto de Gobierno del Distrito Federal para adecuarlos a la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011 en el DOF (Animal Político, 2012), lo que de alguna manera permite confirmar lo indicado por la postura citada.

Por su parte, Rodrigo Riquelme (2017), Alberto Cuenca (2017), Vania Flores (2018) y Frida Mendoza (2018) califican a la CPCDMX como progresista, basados, principalmente, en el amplio catálogo de derechos reconocidos en dicho instrumento, entre los que destacan el derecho a la ciencia y a la innovación, la protección a los animales, el uso médico de la marihuana y la muerte digna. Aunque, cabe señalar, muchos de ellos se encuentran desperdigados en nuestro sistema jurídico, por lo que hay quien afirma que la Asamblea Constituyente “*retoma principios de la Constitución Federal, jurisprudencia y derecho convencional, y los muda a una norma constitucional con una connotación coherente*

4 Se abandona, en cierta medida, el concepto de estados para utilizar el de entidades federativas no obstante que, por errores de redacción en la CPCDMX, se mantiene aquél o, inclusive, aun se refiere al Distrito Federal (Cárdenas, 2017a).

para la ciudad” (Vargas, 2016: s/p)), por lo que se puede entender que realiza una recopilación, y no una producción novel.

Para comprender mejor lo anterior, la CPCDMX contempla 71 artículos, distribuidos en ocho títulos, más el apartado de transitorios, que contiene 39 artículos, y establece a grandes rasgos lo siguiente:

- a. Las características políticas y culturales de la CDMX, así como ciertos principios programáticos rectores;
- b. Principios hermenéuticos de los derechos humanos y sus garantías;
- c. El catálogo de derechos humanos reconocidos por la CDMX;
- d. Las reglas y principios que inciden sobre las finanzas públicas, desarrollo urbano, racionalización de recurso naturales e impacto al medio ambiente, movilidad, control de riesgos ante fenómenos naturales y derivados de la actividad humana, política económica, fiscal y patrimonial de la CDMX;
- e. Las diferentes categorías de personas en relación con la CDMX (originarios, habitantes, vecinos y transeúntes); el catálogo de deberes de las personas para con la CDMX, ciudadanía y sufragio;
- f. Reglas, principios, instituciones y procesos relacionados con la democracia, con un énfasis en la participación ciudadana de forma destacada;
- g. La forma de gobierno, así como la división de poderes;

h. La organización, requisitos para ocupar el cargo de diputada o diputado y la competencia del Congreso de la CDMX;

i. La organización de la Administración Pública de la CDMX, los requisitos para ocupar el cargo de jefe de Gobierno y la competencia del jefe de Gobierno;

j. La organización y competencia del Poder Judicial de la Ciudad de México, del Tribunal Superior de Justicia, del Consejo de la Judicatura, del Consejo Judicial Ciudadano, del Tribunal Electoral de la Ciudad de México, del Tribunal Local de Conciliación y Arbitraje, de la Sala Constitucional y del Tribunal de Justicia Administrativa; los requisitos para ocupar cargos en cada una de las dependencias indicadas y, particularmente, los medios de control constitucional local —acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional, acción por omisión legislativa, acción de protección efectiva de derechos y juicio de restitución obligatoria de derechos humanos—;

k. Los principios e instituciones que informan la seguridad ciudadana, función policiaca, procuración de justicia y del sistema de justicia penal, así como la organización, competencia y requisitos para ocupar el cargo de fiscal general o fiscalías especializadas, respecto a la Fiscalía General de Justicia;

l. El reconocimiento de autonomía constitucional del Consejo de Evaluación de la Ciudad de México, de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, de la Fiscalía General de Justicia, del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, del Instituto Electoral de la Ciudad de México, del Instituto de la Defensoría Pública y del Tribunal Electoral de la Ciudad de México; la competencia de aquellos que no tienen su regulación en un capítulo diverso, así como el procedimiento y requisitos para ocupar un cargo como titular o consejero en dichas dependencias;

m. La división territorial y organización político administrativa de la CDMX; integración, organización y atribuciones de las alcaldías, así como los requisitos para ocupar los cargos de alcaldesa o alcalde y concejales; integración y atribuciones del Cabildo de la Ciudad de México y principios de la hacienda pública de las CDMX y alcaldías;

n. El reconocimiento y derechos de los pueblos y barrios originarios, así como de las comunidades indígenas residentes;

o. La garantía constitucional del debido ejercicio y buen gobierno, así como los principios de la función pública;

p. Los principios e instituciones del sistema anticorrupción de la CDMX, la competencia de la entidad de fiscalización de la CDMX, así como los requisi-

tos para ocupar el cargo de titular y la integración y competencia del Comité Coordinador del Sistema Anticorrupción;

q. La responsabilidad administrativa, política y penal de los servidores públicos, así como la responsabilidad patrimonial de la CDMX y sus entes públicos;

r. Ciertas reglas aplicables para CDMX, dado su carácter de capital del país y sede de los poderes de la Unión;

s. Reglas para las reformas o adiciones de la CPCDMX, el principio de progresividad respecto de los derechos y libertades reconocidos en ésta y el principio de inviolabilidad de la constitución;

De lo expuesto, puede advertirse que es una constitución robusta en contenido. Entonces, si se toma en cuenta que “...las constituciones [como] las máquinas [...] deben ‘funcionar’ y producir algo” (Sartori, 2015: 205), el orden imaginario debe ser como expresión culmen de aquellos mitos compartidos que, como sociedad, nos permiten una cooperación más efectiva, pues de lo contrario ¿para qué establecer una constitución?, ¿qué razón tendría tanto cambio en los diversos textos normativos?, ¿para qué una Constitución de la Ciudad de México?, ¿para qué discutirla por medio de garantías constitucionales?... La respuesta está en la creencia.

Para creer en algo, muchas se pone a prueba, se verifica, se discute, se mide,

se compara. La CPCDMX no podía ser la excepción, menos si sentimos que desafía aquello en lo que ya creemos, como la CPEUM, la cual recoge los mitos compartidos de un grupo más grande, en el que los mitos compartidos se multiplican y se matizan; por lo que el diálogo entre ambas no es un capricho, sino una necesidad para delimitar el orden imaginado, del que se espera produzca una sociedad mejor.

DIÁLOGO ENTRE LOS MITOS COMPARTIDOS PLASMADOS EN LA CPEUM Y LA CPCDMX A TRAVÉS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Como fue adelantado líneas arriba, la impugnación de la CPCDMX es una de las más grandes y complejas en opinión de Martín Vivanco (2018b), lo que muy probablemente sea acertado en virtud de que, según Ernesto David Orozco Rivera⁵ (2017), la SCJN recibió un total de 3 controversias constitucionales, 4 acciones de inconstitucionalidad y por lo menos 24 *amicus curiae*⁶, sin contar los recursos de

reclamación que en su momento se interpusieron, los cuales impugnaron 40 de 71 artículos de la CPCDMX —además del propio proceso legislativo—, por medio de poco más de 50 conceptos de invalidez (Espinosa, 2017).

Respecto a dichas impugnaciones, Ernesto Orozco (2017: 12) refiere que:

los detractores del texto constitucional respaldan las siete impugnaciones puesto que consideran que contribuirán a dar certeza y seguridad jurídica a la ciudadanía al asegurar que no se contravenga ningún ordenamiento federal ni se invadan las competencias del Congreso de la Unión o de la Federación.

Cabe señalar que lo anterior lo estimo acertado, pues comparto la idea de que “... *el poder político que no se controla degenera...*” (Salgado, 2011: 12). Por lo que, aun y cuando considero que el trabajo de la Asamblea Legislativa se informó respecto del principio de seguridad jurídica, de ninguna manera desdeño la impugnación, sino todo lo contrario, toda vez que se enriquece la discusión por medio de las opiniones disidentes, lo cual favorece a la pluralidad —que es un principio implícito en la CPCDMX en su artículo 58 (inciso 1)—, pues no puede concebirse una ciudad pluricultural, plurilingüe y pluriétnica sin que previamente se le considere plural (en el entendido de que es la expresión de diversas corrientes de pensamiento). Por lo que rechazar su impugnación, como lo hicieron sus defensores, implicaría en cierta medida ir en contra de lo que la propia Constitución pretende defender, mandata, máxime si se toma en consideración que mucho

5 Cabe señalar que dicho autor, al igual que Víctor Chávez (2017), señala que Javier Quijano Baz promovió un juicio de amparo; empero si bien también fue una impugnación de la CPCDMX, resultó intrascendente toda vez que eventualmente se desistió de la misma.

6 Se refiere *por lo menos*, pues el autor solo cuenta con las ejecutorias que se publicaron en el DOF, particularmente con la relativa a la acción de inconstitucionalidad 15/2017 y acumuladas, de fecha 6 de septiembre de 2018, que en el punto 5 refiere ese número; por lo que, al no conocer el contenido de las ejecutorias que no se han publicado, no se puede afirmar un número exacto.

de lo que se abordó en las impugnaciones “*resulta novedoso y poco explorado desde el ámbito jurídico y político*” (Espinosa, 2017: s/p), como lo fue el derecho a una muerte digna —respecto al que la CDMX fue punta de lanza al ser la primera entidad, a nivel nacional, en reconocer dicho derecho) por medio de la Ley de Voluntad Anticipada, publicada el 7 de enero de 2008 en la Gaceta Oficial del entonces Distrito Federal— o los límites de cada ámbito de gobierno respecto de los derechos humanos, por citar algunos ejemplos.

Para poder ubicar el orden imaginado que se desprende del diálogo establecido por medio de las garantías constitucionales, en torno a los mitos compartidos que se contienen en la CPEUM y la CPCDMX, se considera oportuno referir lo decidido en cada medio de impugnación —únicamente lo que respecta a los derechos humanos y sus garantías constitucionales—, sin abordar las ejecutorias de las sentencias dictadas en las controversias constitucionales 83/2017 y 97/2017, están publicados únicamente sus puntos resolutivos, por lo que el diálogo se haría de forma incompleta.

Expuesto ello, el resultado del diálogo entre los mitos compartidos de ambas constituciones, que dibujan el orden imaginario imperante para las personas sujetas a la potestad de la CDMX, se expresa a continuación.

232

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 15/2017 Y ACUMULADAS⁷ (PARTE ELECTO-

7 Se acumulan las acciones de inconstitucionalidad 16/2017, 18/2017 y 19/2017, promovidas por los partidos políticos Morena y Nueva Alianza, la PGR y la CNDH, resueltas por el Pleno de la SCJN por medio de la ejecutoria de fecha 17 de agosto de 2017.

RAL Y DEL PROCESO LEGISLATIVO)⁸

En este procedimiento, el diálogo versó sobre la validez del proceso legislativo; se abordaron puntos como las consultas a las personas con discapacidad y los pueblos y comunidades indígenas, además del papel que desempeñó la Conferencia de Armonización dentro del proceso legislativo, respecto al cual se determinó la validez porque *grosso modo* se estimó que se habían cumplido los requisitos de consulta de las personas con discapacidad y los pueblos y comunidades indígenas, pues el proceso legislativo se realizó acorde con lo dispuesto por el artículo 4.3 de la Convención de sobre los Derechos de Personas con Discapacidad y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); En cuanto a que la participación de la Conferencia de Armonización, se consideró que no fue más allá de integrar y velar por la congruencia del texto normativo mediante la formulación de recomendaciones y sugerencias (puntos 6, 7, 9, 62, 63, 66, 67, 69 y 92).

Por otra parte, la sentencia abordó la atención de las impugnaciones relacionadas con cuestiones electorales en virtud de que en el momento en el que se publicó la CPCDMX (5 de febrero de 2017) estaba muy próximo el proceso electoral de la CDMX, razón por la cual su resolución en esa materia fue tan ágil. Al respecto, el diálogo versó sobre cuestiones de representación proporcional, causas de nulidad

8 Consultada en la ejecutoria publicada en el DOF de fecha 13 de diciembre de 2017, disponible en el link http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5507701&fecha=13/12/2017..

de elecciones, representación territorial de concejales, derecho de reelección consecutiva; no obstante solo enfocaremos la atención en el último por ser el único derecho humano.

Aunado a lo anterior, se declaró la invalidez del artículo 29 —apartado B, numeral 3—, específicamente la porción normativa que señala “para un solo periodo consecutivo”, dado que al contrastarlo con el artículo 122 —apartado A, fracción II, párrafo tercero—, que se vincula en consideración de la Corte con el diverso 35 —fracción II—, ambos de la CPEUM, y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (punto 198), la preposición *hasta*, contenida en aquel cardinal, no habilita al legislador local a reducir la cantidad de reelecciones consecutivas a las que puede aspirar un ciudadano, sino que expresa el número máximo. Por lo que la expresión “hasta por cuatro periodos” se refiere al derecho del ciudadano de buscar la reelección hasta por cuatro ocasiones (punto 201).

*ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 15/2017 Y ACUMULADAS (DERECHOS HUMANOS Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD LOCAL)*⁹

Aquí la discusión es vasta y profusa, sobre temas que tienen que ver con la distribución de competencias, con mucho énfasis en el tema de derechos humanos, ya que se busca delimitar los alcances de cada ámbito de gobierno con el enfoque de un federalismo inclinado hacia la descentralización de diversos temas. Aquí se resolvió, a manera de preludio, lo siguiente:

- a. Se declaró la validez del reconocimiento de más derechos humanos, así como el de garantías para su protección, en las entidades federativas en lo general y en la CDMX en lo particular, con base en que las autoridades diferentes al Constituyente Permanente o a los órganos autorizados para la suscripción y ratificación de tratados internacionales pueden ampliar y crear derechos humanos, toda vez que en esa materia existe una responsabilidad compartida, siempre y cuando ello no implique una modificación del parámetro de regularidad constitucional en el núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales, debiendo tomar en consideración

⁹ Consultada en la ejecutoria publicada en el DOF de fecha 25 de abril de 2019, disponible en el *link* https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5558451&fecha=25/04/2019. Sin lugar a dudas, es la más rica y compleja de todas las que se citan en el presente documento.

el régimen competencial que al efecto establece la CPEUM (puntos 46, 49, 51 y 55).

b. El federalismo respecto al tema de derechos humanos y sus garantías ha ido evolucionando, desde la década de 1950, hacia una descentralización que comenzó con la incorporación de diversos derechos de fuente internacional y culminó con la reforma del 6 de junio de 2011, en la que se establecen, en un rango constitucional los tratados firmados y ratificados por las autoridades mexicanas, que versen sobre derechos humanos (punto 90), pasando por el incremento y diversificación de las garantías para proteger éstos (punto 92), por una descentralización de la interpretación de los derechos humanos, dado el incremento de entes u órganos encargados en determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (puntos 51, 76, 90, 92 y 94).

c. Respecto al principio de universalidad, estima que no debe entenderse como homogeneidad interpretativa ni como uniformidad en la realización de los derechos humanos. Por lo tanto, los derechos humanos deben interpretarse a partir de las necesidades locales, razón por la cual la decisión sostiene que la CPEUM establece el “piso mínimo” para toda la república, a partir del cual la protección y tutela puede ser flexible y diferenciada, ya que el sistema establecido por la Constitución federal permite a cada una de las entidades fe-

derativas materializar de forma diferencial los derechos humanos, atendiendo las exigencias más apremiantes de cada región y, a partir de ello, mejorar progresivamente la calidad de vida de cada uno de los ciudadanos sujetos a su jurisdicción, en observancia del principio de progresividad (puntos 102, 104, 108 y 109).

d. Concluye que la CDMX, derivado de la reforma constitucional de fecha 29 de enero de 2016, es una entidad federativa más, por lo que le es aplicable el régimen de facultades residuales —establecido en el artículo 124 de la CPEUM— con su debida modulación, atendiendo a su carácter de capital y de sede de los poderes de la federación (puntos 131, 139, 143, 145 y 159).

Posteriormente, el diálogo trata sobre un eje muy marcado de distribución de competencias entre la federación y las entidades federativas, que se identifica como “Impugnaciones relacionadas con invasión de competencia”, en el que se resolvió lo siguiente:

a. Uso medicinal del cannabis. Se declaró la validez del artículo 9 —apartado D, numeral 7 transitorio— de la CPCD-MX, en atención a que el texto normativo impugnado únicamente constituye una afirmación de que el uso será en los términos de la CPEUM y la legislación aplicable, pues las reformas del 19 de junio de 2017 a diversos preceptos de la Ley General de Salud permiten el

uso médico del cannabis; por lo que de ninguna manera interfiere con la legislación de la materia (puntos 217, 218, 219, 220, 221 y 223).

b. Derechos sexuales y reproductivos. Se declaró infundada la impugnación y se reconoció la validez del artículo 6 —apartados E y F— de la CPCDMX. Misma que fue abordada como invasión de competencia, lo que la Corte estimó que no acontecía, pues la CPCDMX establece, en los textos normativos impugnados, el reconocimiento del derecho a recibir educación sexual y servicios de salud integrales, el de acceder al más alto nivel de salud reproductiva posible y el acceso a información sobre reproducción asistida, así como el deber de adoptar medidas para prevenir, investigar, sancionar y reparar la esterilización involuntaria, en observancia de los estándares fijados por la federación en el ámbito de su competencia; como violación al derecho a la educación y las libertades de conciencia y religión, abordada desde la perspectiva del derecho de los niños a ser educados, así como de los padres a educar en esos temas, respecto a lo que la Corte considera que los textos normativos impugnados no niegan ni mucho menos prescriben el ejercicio de los derechos que tienen los padres y otros cuidadores de educar y formar a los menores de edad, dado que el reconocimiento de los derechos sexuales, de la educación en sexualidad y los servicios integrales con información

laica no afecta el referido derecho de los padres, (derivado del interés superior del menor, se reconoce que niñas niños y adolescentes necesitan información y educación sobre todos los aspectos de salud, incluyendo la sexual) (puntos 228, 237, 239, 244, 246, 248, 252, 266 y 272).

c. Derecho a una muerte digna. Se reconoció la validez de la porción normativa “la vida digna contiene implícitamente el derecho a una muerte digna” del artículo 6 —apartado A, numeral 2— de la CPCDMX, dado que dicha regulación se circunscribe en el derecho a la autodeterminación personal y al libre desarrollo de la personalidad, que permite a las personas vivir con dignidad, e implícitamente en el de una muerte digna; situación que en ninguno momento se relacionó, por parte de la Asamblea Constituyente, con una cuestión de salubridad general. La Corte fue enfática en que dicho pronunciamiento no implica declarar constitucional o no la eutanasia y el suicidio asistido (puntos 281, 294 y 296).

d. Justicia cívica. Se reconoció la validez de la porción normativa “y justicia cívica” del artículo 42, —apartado C, numeral 3— de la CPCDMX, ya que si bien del artículo 73, —fracción XXIX-Z— de la CPEUM se desprende que es facultad del Congreso de la Unión emitir la ley general relacionada con dicha materia, al realizar un análisis de la exposición de motivos de la reforma constitucio-

nal de justicia cívica publicada el 5 de febrero de 2017, se advirtió que dicha regulación solo servirá de “referente normativo”; razón por la cual el simple reconocimiento contenido en los textos normativos impugnados, respecto a que las alcaldías establecerán mecanismos de seguridad ciudadana y justicia cívica acordes con sus necesidades, no invade el ámbito de competencias reservado al Congreso de la Unión (puntos 307 y 310).

e. Derechos de migrantes. Se reconoció la validez del artículo 11 —apartado I— de la CPCDMX, dado que ni la atribución establecida en el artículo 73 —fracción XVI— de la CPEUM en beneficio del Congreso de la Unión para regular en esa materia, ni la Ley de Migración emitida en el ejercicio de ésta implican un monopolio del Congreso de la Unión para regular todos los ámbitos de la vida de una persona migrante en territorio nacional; además los textos normativos impugnados no modifican ni establecen obligaciones o derechos nuevos para las personas migrantes (puntos 317 y 320).

f. Celebración de tratados internacionales y política exterior. Se reconoció la validez constitucional del artículo 20 —numerales 2, 7 y 10— de la CPCDMX, ya que la CDMX y sus organismos pueden celebrar respectivamente acuerdos de cooperación técnica e interinstitucionales, toda vez que ello no corresponde a la categoría de tratado internacional (facultad reservada exclusivamente a la

federación) acorde con la definición del artículo 2 —fracción II— de la Ley sobre la Celebración de Tratados, toda vez que la celebración de aquéllos está permitida para cualquier nivel de gobierno. Mientras que, en relación al argumento relativo a la supuesta conducción de la política exterior por parte de la CDMX, la Corte sostuvo que del propio texto normativo impugnado se desprende que la promoción de la presencia de la ciudad en el mundo y su inserción en el sistema global, así como las relaciones de colaboración con embajadas, consulados, representaciones de organismos internacionales, etc., se harán mediante los principios que rigen la política exterior, clara deferencia a la fijada por el presidente y el Senado de la República (puntos 337 y 351);

g. Derecho al agua. Se reconoció la validez constitucional de la porción normativa “es inalienable, inembargable, irrenunciable” del artículo 9 —apartado F, numeral 3— de la CPCDMX, ya que, respecto al agua, existe un régimen competencial atribuible y diferenciado a los tres órdenes de gobierno, conforme a los artículos 27, 73 —fracción XVII—, 115 —fracción III, inciso A— y 124 de la CPEUM. por lo que los textos normativos impugnados solo versan sobre el derecho humano al agua y su saneamiento, respecto al que la CPCDMX debe cumplir con sus obligaciones de suministro de ese bien frente a sus habitantes, toda vez que ello versa so-

bre sus aguas locales, y no sobre las calificadas como federales, además de que las características al derecho humano indicado se estiman ya contenidas en el parámetro de regularidad constitucional (puntos 358 a 361, 365, 370 y 375);

h. Patrimonio de la ciudad. En este punto, la decisión discurre en dos sentidos:

- Se reconoció la validez del artículo 18 —apartado A, numeral 3, párrafo primero— de la CPCDMX, dado que la catalogación del patrimonio de la CDMX, respecto de monumentos artísticos e históricos o del patrimonio inmaterial, no incide sobre la facultad exclusiva del Congreso de la Unión para regular en dicha materia (artículo 73, fracción XXV, de la CPEUM), que versa únicamente sobre aquellos cuya conservación sea de interés nacional —ya sea por ministerio de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas— o sean declarados como tales de oficio o a petición de parte; por lo que fuera de dichos bienes, no existe invasión de competencias (puntos 383 y 384).
- Se declaró la invalidez de las porciones normativas que establecen *arqueológicos y paleontológicos*, contenidas en el artículo 18 —apartado A, numeral 3, párrafo primero— de la CPCDMX, dado que contrario al punto anterior, los vestigios o restos fósiles y los monumentos arqueológicos

son bienes propiedad de la nación; por lo que, en términos del artículo 73 —fracción XXV— de la CPEUM, es una facultad exclusiva de la federación (puntos 395 y 396).

- i. Ciencia y tecnología. Se reconoció la validez constitucional del artículo 8 —apartado C— de la CPEUM, dado que el tema de la investigación científica y tecnológica compete al Estado mexicano, esto es, a todos los órdenes de gobierno, según el artículo 3º —fracción V— de la CPEUM; por lo que solo se reserva para la federación, en términos del artículo 73 —fracción XXIX-F— de la CPEUM, la expedición de leyes tendientes a la promoción de la transferencia de tecnología y a la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional. Por otra parte, es facultad de todos los órdenes de gobierno apoyar, promover y fomentar en esa materia (puntos 405, 406 y 410).
- j. Derechos laborales. Se reconoció la validez constitucional del artículo 10 —apartado B— de la CPCDMX, toda vez que la CPEUM —artículos 73, fracción X, y 123, fracción XXXI— establece que es facultad legislativa exclusiva y unificadora en materia del trabajo para la federación, mientras que la aplicación de dichas normas es compartida entre federación y entidades federativas. No obstante, la Corte considera que ello no es impedimento para que la capital establezca políticas públicas, programas

y acciones —incluso por la vía legislativa— que, sin alterar las bases establecidas por el Congreso de la Unión, se dirijan al fortalecimiento, protección, promoción, impulso y fomento de los derechos laborales de sus habitantes, promoviendo el trabajo digno (puntos 423, 426, 427 y 429).

Otro tema que aborda es el de las "Impugnaciones relacionadas con la materia procesal penal", cuyo diálogo se desarrolla entendiendo al artículo 73, fracción XXI, inciso c, de la CPEUM como una atribución exclusiva del Congreso de la Unión para legislar en materia de proceso penal, mecanismos alternativos de solución de controversias, ejecución de penas y justicia para adolescentes con un fin unificador del sistema, principalmente para hacer funcional el nuevo sistema penal. Por lo que se suprime cualquier atribución de las entidades federativas para legislar en las referidas materias, salvo que verse sobre la implementación de normas que regulen cuestiones propiamente orgánicas o complementarias (puntos 439, 441 y 442); por lo que se declaró lo siguiente:

a. Respecto al proceso penal. Se declaró la invalidez del artículo 44 —apartado A, numeral 3— de la CPCDMX, específicamente de su porción normativa "La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial", toda vez que el Código Nacional de Procedimientos Penales —en el Capítulo III, denominado "Acción penal por particu-

lar"— regula pormenorizadamente las condiciones en las que los particulares podrán ejercer acción penal (puntos 447 y 448). También se declaró la invalidez del artículo 44 —apartado B, numeral 1, incisos a, c, d, e, f, g, h y o— de la CPCDMX por establecer atribuciones a la Fiscalía General de la CDMX que ya constan en los artículos 127, 131 —fracciones I, III, IV, XII, XIV, XV y XVIII—, entre otros, del Código Nacional de Procedimientos Penales (puntos 451, 453 y 454).

b. Ejecución de penas y reinserción social. Se declaró la invalidez de los artículos 11 —apartado L, párrafo segundo— y 45 —apartado B, numerales 1 al 6— de la CPCDMX, toda vez que la ejecución de penas únicamente compete al Congreso de la Unión y se regula en la Ley Nacional de Ejecución de Penas (puntos 462, 467 y 468).

c. Justicia para adolescentes. Se declaró la invalidez del artículo 45 —apartado V, numeral 7— de la CPCDMX por establecer principios relacionados con la justicia para adolescentes, situación que únicamente compete al Congreso de la Unión y se regula en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes (puntos 473 y 475).

Continúa con el tema "Impugnaciones relacionadas con el alcance de la libertad configurativa de la Ciudad de México, respecto a su régimen y organización interiores", en el que se valora la *calidad de autónoma*, respecto a la cual la Corte

considera que no preconfigura una condición o estatus jurídico que *per se* implica una mayor o menor libertad para organizarse como mejor le convenga, dado que ello encuentra su cauce y sus límites en la CPEUM (puntos 479, 481, 482, 484 y 487).

En este apartado solo nos enfocaremos en lo resuelto respecto al Instituto de la Defensoría Pública como organismo constitucional autónomo, los requisitos para ser fiscal general, la fijación de tabuladores de remuneraciones y lo relacionado con el Consejo de la Judicatura; se dejará de lado lo relativo a requisitos de reforma a la Constitución, al parlamento metropolitano y a la recepción de recursos federales por parte de las alcaldías. Acorde con ello, se decidió lo siguiente:

- a. Instituto de Defensoría Pública como órgano constitucional autónomo. Se reconoció la validez de los artículos 46 —apartado A, párrafo primero, inciso f— y 51 —numeral 3— de la CPCD-MX, dado que el artículo 122 —apartado A, base VII— de la CPEUM no es una norma limitativa, además de que no existe una prohibición expresa hacia las entidades federativas para crear sus propios órganos constitucionales autónomos (puntos 526 y 528).
- b. Requisitos para elegir fiscal general. Se reconoció la validez del artículo 44 —apartado A, numeral 5— de la CPCDMX, pues la limitante temporal para ciertos funcionarios para aspirar a ser fiscal general no vulnera los principios de igualdad y no discriminación al ser una medida que supera el test de

proporcionalidad respecto a los referidos principios. Se pone especial énfasis en que la medida favorece el principio de autonomía de dicho órgano (puntos 534 y 537).

c. Consejo de la Judicatura local. Se declaró la invalidez del artículo 35 —apartado E, numeral 2, párrafo primero—, particularmente de la porción normativa que establece “de los cuales tres deberán contar con carrera judicial”, pues vulnera el principio de independencia judicial que se deriva del artículo 122 —apartado A, fracción IV— de la CPEUM, toda vez que no se garantiza que la mayoría de consejeros de la judicatura tenga carrera judicial, al ser el Consejo de la Judicatura local un órgano que también goza de las garantías de independencia y autonomía judiciales (puntos 560, 566 y 569).

d. Fijación de tabuladores para remuneración. Se declaró la invalidez del artículo 32 (apartado C, numeral 1, inciso m) de la CPCDMX, toda vez que las remuneraciones y percepciones de servidores públicos deben ser aprobadas por la Legislatura local de conformidad con el artículo 122 —apartado A, fracción V, párrafos tercero y cuarto, y fracción VI, inciso c—, de la CPEUM, y no por el jefe de Gobierno (punto 579).

Prosigue con un tema que la Corte lo identifica como “Impugnaciones relacionadas con el alcance o la interpretación de derechos específicos”, en el que analiza y

comenta los alcances de ciertos derechos en específico.

- a. Derecho a la identidad. Se reconoció la validez del artículo 6 —apartado C, numeral 2— de la CPCDMX, dado que, aun y cuando no establece el registro de menores inmediatamente después de su nacimiento ni la obligación de expedir gratuitamente la primera copia certificada del acta de nacimiento, ello no transgrede el derecho a la identidad (tutelado en los artículos 4º de la CPEUM, 24, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 7 y 8 de la Convención Sobre los Derechos del Niño) porque ello no exime a las autoridades capitalinas de cumplir con lo mandatado por la Constitución federal, además de que no se afecta el núcleo esencial de dicho derecho, que se manifiesta en cuatro características: universalidad, indivisibilidad, inmediatez y gratuidad (puntos 591, 592 y 593).
- b. Libertad de culto y protección especial a minorías religiosas. Se reconoció la validez de los artículos 6 —apartado I, y 11, apartado P— de la CPCDMX, dado que dicho texto normativo no altera el núcleo esencial del derecho humano a la libertad de culto, sino reitera algunos principios básicos de ese derecho, sin que ello afecte la facultad exclusiva del Congreso de la Unión establecida en el artículo 130 de la CPEUM y desarrollada en la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público. Además, por

lo que atañe al argumento de supuesta discriminación de las mayorías religiosas, considera que los derechos contemplados en el texto normativo aplican a cualquier persona, por lo que no existe obstáculo o impacto negativo que impida el ejercicio de dichos derechos o excluya a las mayorías religiosas. Por otra parte, la protección diferenciada de las minorías religiosas atiende el plano de desigualdad existente entre las mayorías frente a las minorías religiosas, por lo que resulta justificada la referida protección (puntos 611, 612 y 617).

c. Secreto profesional para periodistas. Se reconoció la validez del artículo 7 —apartado C, numeral 2— de la CPCDMX, toda vez que no resulta discriminatorio tutelar el secreto profesional de los periodistas frente a otras profesiones, pues dicha protección se circunscribe a la libertad de expresión y se justifica con las circunstancias actuales que demandan garantizar el derecho a la información y la necesidad de proteger a las personas que se encargan de hacerla llegar, respecto del que México tiene graves problemas de violencia y represión de periodistas (puntos 624, 626 y 631).

d. Ajustes a remuneraciones de servidores públicos. Se declaró la invalidez del artículo 33 —numeral 1— de la CPCDMX, específicamente de la porción normativa que dice: “se contemplarán ajustes a petición del ciudadano”, pues vulnera el derecho a la seguridad

jurídica de los ciudadanos y de los servidores públicos, ya que el *concepto de ajustes razonables* es comúnmente usado en materia de derechos de las personas con discapacidad, vinculado al *concepto de accesibilidad*. Por lo que al observar los trabajos legislativos de la Asamblea Constituyente, se advierte que la inclusión del término *ajustes razonables* en el texto normativo impugnado se llevó a cabo en el contexto de la inclusión del principio de accesibilidad para personas con discapacidad, lo que claramente se presta a confusiones por no guardar relación con las remuneraciones (puntos 639, 640 y 641).

e. Libertad de asociación. Se reconoció la validez del artículo 6 —apartado C, numeral 1— de la CPCDMX, que versa sobre el derecho a la personalidad e identidad jurídica.

f. Reconocimiento y protección de estructuras y manifestaciones de convivencia familiar. Se reconoció la validez del artículo 6 —apartado D, numeral 2,— de la CPCDMX, dado que aun y cuando su redacción es amplia y busca proteger a un mayor número de formas de comunidad familiar, parte del reconocimiento a la pluralidad sexual, mas no de la aceptación de la poligamia (puntos 658 y 659).

Prosigue con el tema “Impugnaciones relacionadas con la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México”, dada la

relevancia que tiene en el sistema de protección no jurisdiccional de derechos humanos, en el que se decidió lo siguiente:

a. Violaciones graves a derechos humanos. Se reconoció la validez del artículo 48 —numeral 4, inciso b— de la CPCDMX, que permite a la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México definir los supuestos de violaciones graves a derechos sin que ello invada la competencia de la CNDH, la cual tiene la atribución de investigar dichas violaciones graves —contenida en el artículo 102, apartado B, párrafo décimo primero de la CPEUM—, que más allá de ser un medio para la defensa de los derechos de los ciudadanos, es una herramienta para la rendición de cuentas y búsqueda de la verdad; por lo que no existe invasión de competencias (puntos 677 y 701).

b. Violación al sistema de protección no jurisdiccional de derechos humanos. Se declaró la invalidez de los artículos 36 —apartado B, numeral 4— y 48 —numeral 4, inciso e — de la CPCDMX, toda vez que dichos preceptos normativos permiten a la Comisión de Derechos Humanos de la CDMX promover ante la Sala Constitucional local un juicio de restitución obligatoria por recomendaciones aceptadas y no cumplidas para que se emitan medidas para su ejecución; situación que desvirtúa la naturaleza de las comisiones de de-

rechos humanos, pues la fuerza de sus recomendaciones no descansa en la coerción, sino en su autoridad moral, por lo que no pueden ser sometidas a control judicial, dada la característica y cualidad de no ser vinculantes, con fundamento en el artículo 102 —apartado B, párrafo segundo— de la CPEUM, que es acorde con el sistema de protección constitucional no jurisdiccional de derechos humanos (puntos 722, 727, 730 y 737).

Por último, aborda el tema de *impugnaciones relacionadas con el control de constitucionalidad de la Ciudad de México*, en el que el debate se circunscribe a la pertinencia de que la CDMX cuente con un *parámetro de regularidad constitucional local*, el control constitucional y los medios o garantías de control de constitucionalidad local, en el cual se concluyó lo siguiente:

- a. Parámetro de regularidad constitucional local y control constitucional por inaplicación:
 - i. Se reconoció la validez del artículo 4 —apartado A, numeral 1— de la CPCDMX, que establece un reconocimiento de las fuentes de los derechos humanos imperantes en la capital, el cual corresponde al parámetro de regularidad constitucional, que por sí le resulta obligatorio (punto 767).
 - ii. Se declaró la invalidez del artículo 4 —apartado A, numeral 1—, de la CPCDMX particularmente de su porción normativa “los derechos humanos, en su conjunto, conforman el parámetro de regularidad constitucional local”, dado que ello puede llevar al malentendido de que los derechos humanos

establecidos en la CPEUM son disponibles, además de que puede influir en la manera en que los jueces locales realizan el ejercicio de control; por lo que, para evitar confusiones, se declaró la inconstitucionalidad de dicha conceptualización (puntos 771 y 774).

iii. Se declaró la validez del artículo 4 —apartado B, numerales 1 y 3— de la CPCDMX, toda vez que son confirmaciones de los postulados de la CPEUM, de los principios propersona, complementariedad, integralidad y no regresividad.

iv. Se declaró la invalidez del artículo 4 —apartado A, numeral 6— particularmente de la parte que señala “convencionalidad [...] la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a los derechos humanos reconocidos en tratados y jurisprudencia internacionales, en [...] y las leyes que de ella emanen”, toda vez que el ejercicio de control de constitucionalidad y convencionalidad (control difuso) no es materia de competencia para regulación por parte de las autoridades locales y, además, da pie a confusiones respecto a su ejercicio y sus efectos en la sentencias (puntos 783 y 784).

b. Medios locales de control de constitucionalidad. A modo de preludio, la Corte sostuvo que las entidades estatales pueden establecer medios de control de constitucionalidad local que se limiten solo al contraste de normas o actos directamente violatorios de la Constitución local, sin que puedan desentenderse del parámetro de regularidad constitucional, debiendo considerarlo o tomarlo como referencia (puntos 798, 808 y 809).

i. Se reconoció la validez del artículo 36 —apartado B, numeral 1, inciso c, y apartado D, numerales 1, 2 y 3— de la CPCDMX, ya que la facultad para emitir declaratorias de inconstitucionalidad con efectos generales deriva de la responsabilidad compartida de todos los órdenes de gobierno en materia de derechos humanos; por lo que si las entidades federativas están habilitadas para establecer medios de control constitucional, es necesario que tengan la atribución para analizar de forma directa y frontal la validez constitucional de los actos o normas emanados en el ámbito local, así como emitir declaratorias de inconstitucionalidad con efectos generales, a modo de “legislador negativo” (puntos 838, 839 y 842).

ii. Se reconoció la validez del artículo 36, apartado B —numeral 3— de la CPCDMX, toda vez que la acción de protección de los derechos previstos en la CPCDMX no invade el ámbito de competencia federal, en razón de que dicho medio de control de la constitucionalidad local se puede promover únicamente contra actos o normas locales que violenten los derechos previstos en la CPCDMX (puntos 852 y 854).

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 81/2017¹⁰

En esta ejecutoria la discusión tuvo como eje centrales la independencia y la autonomía judicial, principios necesarios para la debida actuación del Poder Judicial de la CDMX tanto en aspectos relacionados con el Consejo de la Judicatura local, el Tribunal Superior de Justicia y otro órgano denominado Consejo Judicial Ciudadano; en ésta se resolvió lo siguiente:

a. Se declaró la invalidez de los artículos 35 —apartado E, numeral 2, primer párrafo—, específicamente de su porción normativa “designados por el Consejo Judicial Ciudadano”, y 37 —numeral 3, inciso a— de la CPCDMX por violación a los principios de separación de poderes y la independencia judicial, ya que el mecanismo de nombramiento por parte del Consejo Judicial Ciudadano constituye un lazo entre el Poder Ejecutivo y el Judicial del ámbito local al nombrar en cierta forma a la totalidad del Consejo de la Judicatura, puede ocasionar suspicacias nocivas en el Poder Judicial, dado que puede generar cierta dependencia indirecta de los consejeros con el Legislativo local y porque los magistrados no intervienen en el nombra-

10 Promovida por el Tribunal Superior de Justicia del otrora Distrito Federal, resuelta por el Pleno de la SCJN por medio de la ejecutoria de fecha 18 de junio de 2019. Consultada en la ejecutoria publicada en el DOF de fecha 23 de septiembre de 2019, disponible en el *link* https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5573198&fecha=23/09/2019.

miento de sus pares en el Consejo de la Judicatura (punto 40).

b. Se declaró la invalidez del artículo 35 —apartado E, numeral 2— segundo párrafo, de la CPCDMX por contravenir los principios de autonomía judicial y separación de poderes, toda vez que impide que el presidente del Tribunal Superior de Justicia sea también el del Consejo de la Judicatura, y por obligar la disociación entre el Tribunal Superior de Justicia y el Consejo de la Judicatura no obstante que ambas instancias forman parte del Poder Judicial local y no le corresponde al Constituyente de la CDMX disociar su funcionamiento (punto 52).

c. Se declaró la invalidez del artículo 35 —apartado E, numeral 10— de la CPCDMX por vulnerar el principio de independencia y autonomía judicial al permitir que el Consejo de la Judicatura pueda definir unilateralmente el proyecto de presupuesto de Poder Judicial sin la participación del Tribunal Superior de Justicia (punto 60).

d. Se declaró la invalidez del artículo 35 — apartado B, numeral 9— de la CPCDMX, específicamente de su porción normativa “Quien lo presida durará en su encargo un año sin posibilidad de reelección alguna”, por vulnerar los principios de independencia y autonomía judicial al poner al Tribunal Superior de Justicia en un estado de subordinación frente al Consejo. Subrayando que per se la duración de un año es

constitucional; empero, valorando el contexto del sistema normativo que regula la relación entre el Consejo de la Judicatura de la CDMX y el Tribunal, es inconstitucional, particularmente si se toma en consideración que el periodo del presidente del Consejo de la Judicatura es de tres años (puntos 71, 78, 79 y 87).

CONCLUSIONES

Con lo expuesto se puede advertir que el orden imaginario es dinámico en virtud de que la creencia en mitos compartidos lo es, dado que los intereses e ideología de las personas, tanto en lo individual como en lo grupal, van cambiando momento a momento; y, en muchas ocasiones, los mitos compartidos y la creencia en ellos no son uniformes, por lo que su modificación no es solo deseable, sino necesaria, ya que en la medida que se logre cierta uniformidad, será efectiva la cooperación entre los miembros de una sociedad, toda vez que no actúan por imposición, sino por convicción.

Por tanto, el diálogo que resulta de los medios de impugnación ejercidos en contra de la CPCDMX a la luz de la CPEUM no debe interpretarse meramente a partir de los términos de validez o invalidez de los preceptos normativos, sino de su carácter conformador del orden imaginario, dado que con el diálogo expuesto en las sentencias respectivas se logra determinar cuáles son los alcances del federalismo contemporáneo en México y sus consecuencias con lo que respecta a los derechos humanos y sus garantías constitucionales.

Lo anterior no resulta poco si se toma en consideración que el enfoque actual del constitucionalismo establece un valor

importante a la persona humana y su dignidad, el cual orienta el actuar del Estado hacia el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas sujetas a su potestad, (que, de acuerdo con lo expuesto en las ejecutorias, compete, —en razón de la responsabilidad compartida—, a todos los órganos del Estado, sin soslayar el hecho de los diferentes ámbitos de competencia que les corresponden).

Por lo que se puede sostener que lo resuelto en las ejecutorias expuestas abre la puerta al desarrollo de un modelo en el que el constitucionalismo de las entidades federativas resulte más dinámico y cercano a su realidad, sobre todo más cercano a lo resuelto por la Corte, ya que la CPEUM es el “piso mínimo” del que deben partir todas las entidades federativas para el desarrollo de su propia autodeterminación.

Sin lugar a dudas, lo decidido por la Corte traerá nuevos retos importantes tales como ¿cuáles son las consecuencias de los derechos humanos reconocidos a nivel entidad federativa frente a la actuación de las autoridades federales?, ¿qué consecuencias acarrearán los medios de control constitucional local frente a los medios de control de la Constitucional federal, como el juicio de amparo?, ¿será necesario realizar reformas al juicio de amparo para que deje de ser una mera garantía constitucional federal, para migrar hacia un modelo en el que se vuelva garantía de los derechos humanos en general?

Para cerrar la reflexión aquí sostenida, hay que señalar que, para efectos del orden imaginario, las constituciones —ya se federal o de las entidades federativas— resultan ser complementarias en todo aquello que no se contradicen respecto a sus mitos compartidos, pues, independientemente de las divergencias que llegan a

presentarse entre dichos instrumentos, la finalidad ulterior de ambos es lograr la cooperación efectiva de los miembros del tejido social para forjar una sociedad mejor.

Fuentes consultadas

- Animal Político (2012), "PRI, PAN, PRD y el presidente Peña Nieto firman el Pacto por México", <https://www.animalpolitico.com/2012/12/los-cinco-acuerdos-del-pacto-por-mexico/>.
- Cárdenas Gracia, J. (2017b), *La Constitución de la Ciudad de México. Análisis crítico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- _____ (2017a), "Comentario sobre la reforma política de la Ciudad de México", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 36, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Chávez, V. (2017), "Nueva Constitución de la CDMX acumula 8 impugnaciones en 33 días", *El Financiero*, <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/nueva-constitucion-de-la-cdmx-acumula-impugnaciones-en-33-dias>.
- Espinosa Silis, A. (2017), "La batalla que viene: la constitucionalidad de la Constitución de la CDMX", *Nexos*, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=6480&>.
- Flores, V. y Mendoza, F. (2018), "El pensamiento progresista en la nueva Constitución de la CDMX", *La silla rota*, <https://lasillarota.com/constitucion-cdmx-pensamiento-progresista/242062>.
- INAPAM (Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores) (2019), "Ley de Voluntad Anticipada: el derecho a una muerte digna", <https://www.gob.mx/inapam/articulos/ley-de-voluntad-anticipada-el-derecho-a-una-muerte-digna>.
- Méndez, F. (2017), "Constitución de la Cdmx, progresista", *UNAM global* <http://www.unamglobal.unam.mx/?p=9524>.
- Noah Jarari, Y. (2014), *De animales a Dioses. Breve historia de la humanidad*, México, Penguin Random House Grupo Editorial.
- _____ (2019), "¿Por qué la ficción triunfa sobre la verdad?", *The New York Times* <https://www.nytimes.com/es/2019/05/26/espanol/opinion/youval-harari-poder-verdad.html>.
- ONU (Organización de las Naciones Unidas) (2019), "México, el primer país libre de rabia humana transmitida por los perros", <https://news.un.org/es/story/2019/11/1465221>.
- Orozco Rivera, E. D. (2017), "Las impugnaciones de la Constitución Política de la Ciudad de México" *Temas estratégicos*, núm. 46, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3500/RTE%2046%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Riquelme, R. (2017), "7 aspectos de la Constitución de la Ciudad de México", *El Economista*, <https://www.economista.com.mx/politica/7-aspectos-de-la-Constitucion-de-la-Ciudad-de-Mexico-20170131-0103.html>.
- Salgado Ledesma, E. (2011), *Manual de Derecho Procesal Constitucional*; México, Porrúa.
- Sartori, G. (2016), *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, México, Fondo de Cultura Económica (FCE).
- Vargas Gil, L. R. (2016). "La Constitución de la Ciudad de México", *Hechos y Derechos*, núm. 36, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10699/12858>.
- Vivanco Lira, M. (2018a), "La Suprema Corte y la Constitucionalidad de la Constitución de la CDMX I/III", *Nexos*, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=8909&>.

- _____ (2018b), "La Suprema Corte y la Constitucionalidad de la Constitución de la CDMX II/III", *Nexos*, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=8931>.
- Wikipedia (s/a), "Asamblea Constituyente de la Ciudad de México" https://es.wikipedia.org/wiki/Asamblea_Constituyente_de_la_Ciudad_de_M%C3%A9xico.

El artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación como ejemplo de la progresividad de los derechos humanos de los contribuyentes

Article 69-B of the Federal Tax Code as an Example of the Progressiveness of Taxpayers' Human Rights

Juan Manuel de la Torre Salgado*

RESUMEN

Los derechos humanos no son estáticos, siempre son progresivos en función del desarrollo que los propios operadores jurídicos (legisladores, jueces, magistrados y abogados principalmente) puedan y quieran brindarles; en el ámbito del derecho fiscal encontramos un ejemplo perfecto de esta afirmación con la adición del artículo 69-B al Código Fiscal de la Federación. Mediante este artículo se analizará cómo los derechos humanos del contribuyente evolucionan en virtud de los nuevos procedimientos contemplados en la legislación fiscal, a fin de garantizar una protección de los derechos del contribuyente frente a la constante innovación recaudadora de la autoridad fiscal.

Palabras clave: derechos humanos, derechos fundamentales, operadores jurídicos, progresividad, principios, normas, inexistencia.

ABSTRACT

Human rights are not static, they are always progressive depending on the development that the legal operators themselves (legislators, judges, magistrates and lawyers mainly) can and want to provide them, in the field of tax law we find a perfect example of this

statement with the addition of article 69-B of the Federal Tax Code, this article will analyze how the human rights of the taxpayer evolve by virtue of the new procedures contemplated in the tax legislation, in order to guarantee protection of the taxpayer's rights against the constant innovation in tax collection by the tax authority.

Keywords: Human Rights, Fundamental Rights, Legal Operators, Progressiveness, Principles, Rules, Nonexistence.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento y aplicación de los derechos humanos en el ámbito del derecho fiscal ha sido un tema recurrente en los últimos años. Al ser palpable la marcada evolución de los derechos en cuanto a su reconocimiento más allá de los evocados por el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), no es de sorprender que es en esta línea evolutiva en donde se encuentra mejor ilustrada la aplicación de los principios de progresividad e interdependencia y en donde se puede llegar a observar de una mejor manera el comportamiento del Estado en cuanto a su reconocimiento.

La importancia de tal progreso se verá reflejada en su ejecución inmediata,

* Licenciado en derecho por la Universidad del Valle de México, Maestro en Derecho Fiscal por la Universidad del Valle de México, Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Socio fundador de Servicios Legales Acrux.

respecto a las expectativas del actuar del Estado mexicano en un contexto modificado ante el avance de la pandemia provocada por el virus SARS-coV2, teniendo en cuenta el grado de generación de recursos necesarios para hacer frente a la crisis económica, inherente a las acciones extraordinarias que tuvieron que ser implementadas para contrarrestar la propagación del citado virus.

En un primer momento, se observa que la estrategia de recaudación se enfoca en la autodeterminación, lo cual se considera acertado, pues la mayor parte de los ingresos tributarios se obtiene de esa forma, apelando en la circunstancia actual a la ética y moral ciudadana, especialmente enfocada en la solidaridad que caracteriza al pueblo mexicano, potencializando la captación de recursos sin la necesidad de realizar facultades de comprobación.

No obstante, cabe reconocer que el cumplimiento por autodeterminación de las obligaciones fiscales se ve influenciado, también, por el comportamiento agresivo de la autoridad fiscal en años anteriores, lo cual se ve ilustrado por novedosas formas de facultades de comprobación con menos costo para su implementación y sanciones extraordinariamente altas para el considerado infractor.

Uno de los procedimientos novedosos es el contenido en el artículo 69-B del Código Fiscal de la federación, que considero la base sobre la cual se desarrolla la principal lucha por los derechos del contribuyente y, por ende, el motor de su progresividad en los últimos años; por ello, el presente trabajo tomará como ejemplo el citado procedimiento para explicar la evolución de los derechos humanos dentro

del ámbito del derecho fiscal en un Estado constitucional de derecho.

APROXIMACIÓN CIENTÍFICA AL CAMPO DEL DERECHO: LA FALIBILIDAD COMO FUENTE DE PROGRESIVIDAD

Explicar la progresividad permite realizar un acercamiento a la ciencia —a las ciencias “duras”, como se distinguen comúnmente— aceptando que el alcance de su margen de influencia trastoca el mundo de las ciencias sociales, lo cual posibilita explicar su realidad desde una perspectiva multidisciplinar abierta a posibilidades de todo tipo.

La imagen que toda persona tiene de las ciencias es que son infalibles. Por definición, la ciencia tiene que ser exacta —de ahí que también se les llame ciencias exactas a algunas de ellas, como las matemáticas, la geometría, la química, etc. —; y asegurar lo contrario parecería un pecado embustero, una falacia y blasfemia capaz de exiliar, por sí misma, a quien la predique; No obstante, la recompensa bien valdría el riesgo al exilio, Por ello puede considerarse que la concepción de los paradigmas tiene su origen en el *falibilismo*, término creado por Charles Sanders Peirce “*para indicar la actitud del investigador que considera posible el error en todo instante de su investigación y que, por lo tanto, intenta mejorar sus instrumentos de investigación y de control*” (Abbagnano ,2016: 470);¹ es decir, los investigadores de una determinada ciencia deben mantener en todo momento viva la posibilidad del error o fallo, de esa forma se encuentran en una constante duda respecto al método y a la solución

1 Las cursivas son del autor.

propuesta en determinado objeto, permitiendo su mejora eficiente en el transcurso de la observación y la investigación.

Ese primer término es retomado por Karl Raimund Popper, citado por Abbagnano (2016: 470)

“...oponiéndolo al -verificacionismo- y definiéndolo como el procedimiento para formular conjeturas y someterlas a confutaciones, también con base a observaciones empíricas, renunciando a cualquier pretensión de certeza en el campo de la ciencia

Se Rompe con el mito de la ciencia inmóvil y siempre veraz; se propone así el principio de falsificabilidad.

Para Popper, el principio de falsificabilidad implica que “...una teoría resulta empírica (y, por lo tanto, para Popper, científica) si la puede desmentir la propia experiencia, es decir, si sus enunciados pueden entrar en conflicto con eventuales observaciones” (Abbagnano, 2016: 470). Este principio es la base de los avances científicos, puesto que una respuesta científica no es considerada como dogma, sino como parte de un proceso de constante mejora, de progresividad.

De esa forma, “Popper se había percatado ya de que la ciencia no ofrece primariamente certezas, sino probabilidades. La probabilidad, y no la certeza, es hoy la principal referencia con la que se opera en la actividad científica” (Esteve y Tejada, 2016: 18 y 19) La probabilidad es la puerta a la superación; considerar su existencia es tomar en cuenta la posibilidad de mejorar sus métodos y resultados y, con ello, el progreso en sí, siempre en perenne evolución.

Tal afirmación podría implicar una contradicción, puesto que la ciencia,

tradicionalmente, busca certezas dentro de su campo de estudio —de hecho, su método se basa en la comprobación—; pero si se analizan las cosas, si ello fuera así, la tecnología no seguiría avanzando, se estaría en un estancamiento similar o mayor al oscurantismo de la Edad Media, en donde el dogma era incuestionable.

Resulta importante acotar que tal concepción trasciende en el tiempo, no se pierde con los pensamientos de Popper, que son retomados por grandes científicos de la actualidad como Stephen Hawking y Leonard Mlodinow, quienes comparten el siguiente comentario:

Como afirmaba el filósofo de la ciencia Karl Popper, una buena teoría se caracteriza por hacer un número de predicciones que podrían en principio ser refutadas o falsadas por la observación, cada vez que nuevos experimentos concuerdan con sus predicciones, la teoría sobrevive y nuestra confianza en ella aumenta; pero cuando se halla una nueva observación que discrepa de ella, debemos modificar o abandonar la teoría (Hawking y Mlodinow, 2017: 20).

La vigencia de la aceptación, por la comunidad científica, de una ciencia falible resulta ser de suma importancia y muy pertinente para el desarrollo de ésta y de esta investigación, un aliciente para la curiosidad humana y la constante búsqueda de las razones, los hechos, las formas y la finalidad de las cosas y del mismo ser.

Resulta aceptable, entonces, dudar de los propios avances científicos, estando en posibilidad —por medio de los métodos aceptables para la propia ciencia— de superarlos o adaptarlos a nuevas condiciones o contextos, cambiando la percepción de los fallos o errores viéndolos con un aire

optimista como áreas de oportunidad.

En efecto, en materia de derechos, tradicionalmente se considera que los errores son símbolo total de lo negativo; la perfección lograda tras años de sacrificios y tolerancia se fractura ante la evocación de un retroceso, justificado o no, que mancha la dignidad de una sociedad que veía a sus derechos adquiridos como la coronación intocable de un siglo lleno de logros y virtudes en el ámbito jurídico.

Hablar de los derechos humanos desde un punto de vista científico implica hablar de su imperfección inherente, pues así como la ciencia no puede subsistir en la verdad absoluta, los derechos humanos tienden a evolucionar de una forma constante de conformidad a los más diversos contextos en los que pueda desarrollarse la vida del ser humano.

Si el contexto cambia, también lo harán los principios de la sociedad, los cuales se acoplan a los nuevos tiempos que tienen que enfrentar; esto es una concepción de la adaptación del propio ser humano a los cambios circundantes en su realidad y las condiciones de ésta, como pueden ser los desastres naturales y las crisis económicas.

Ahora, ¿cómo puede darse un cambio en el derecho? La respuesta viene a continuación.

EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LOS OPERADORES JURÍDICOS COMO PILARES DE LA PROGRESIVIDAD

La evolución del paradigma del Estado legal al Estado constitucional de derecho (en adelante ECD) es, sin duda alguna, el punto de partida de la evolución gradual del derecho. De forma escueta, el Estado legal tenía como principal característica el imperio de la ley y del legislador, no había forma de

modificar la aplicación de una ley sino mediante el proceso legislativo.

Si una ley era violatoria de derechos humanos, su aplicación debía continuar hasta que fuese cambiada a criterio del legislador, sin tener en cuenta las afectaciones que su ejecución pudiese causar a las personas sometidas a la misma; esto cambia con la adopción del ECD, que evoca un reconocimiento de principios axiológicos como fuente de los derechos consagrados en la ley y, por tanto, la obediencia absoluta sería a tales principios, se encuentren positivados —contenidos en una ley— o no.

El reconocimiento de los principios dentro de la estructura constitucional es uno de los pilares del paradigma del ECD, ya sea que se encuentren positivados o no; no obstante, la inserción de este concepto tiende a ser un poco más complicada, y su aceptación tiene múltiples opiniones entre los juristas contemporáneos.

Al respecto, Prieto Sanchís (1998: 47) señala que:

la actual filosofía del Derecho creo que mayoritariamente saluda con satisfacción esta rehabilitación principialista, acaso porque encuentra en ella una cierta reacción antipositivista; aunque, por las mismas razones, otros ven en los principios una novedad peligrosa, cuando no una forma de contrabando ideológico.

En el ECD se conserva la idea de la positivización de las normas, excluyendo el caso de los principios; no obstante, el Poder Legislativo y la ley no tienen la misma fuerza de antaño. Al respecto, Carpizo (2015: 33) señala que:

La característica principal del Estado Constitucional consiste en privilegiar la

actividad de los jueces y en renovar la función y el perfil del legislador para estar al servicio de la sociedad, de la propia persona y garantizar su entorno y medio ambiente a través de acciones o políticas públicas efectivas en ese plano.

La figura del legislador es opacada por la de los operadores jurídicos, quienes serán aquellos que en última instancia tomarán la interpretación de la ley en sus manos y dictarán resoluciones, sin encontrarse limitados por una ley imperiosa que comande cada uno de sus razonamientos.

La actividad del juzgador será determinante para el desarrollo de la ciencia jurídica, a la par de la de los operadores externos, quienes le proporcionarán el combustible argumentativo necesario para el desarrollo de conceptos particulares aplicables a los casos concretos. Pero ¿cómo es posible argumentar tomando como base el derecho positivo y los principios?

Según Hart, citado por Alexy (2017: 73 y 74), “todo derecho positivo posee una estructura abierta (*open texture*)”, lo cual complementa Alexy (2017: 74) diciendo que ello obedece a:

...la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de contradicciones entre normas, la falta de una norma en la que pueda apoyarse la decisión y la posibilidad de decidir, en casos especiales, en contra del texto de la norma.

En efecto, tanto Hart como Alexy reconocen los puntos débiles del derecho positivo y, por ende, del paradigma del Estado legislativo. Ambos se percatan de que en casos fáciles la aplicación exacta de la norma, acorde con el principio de legalidad en su aspecto formal, bastará para

resolver el caso, pero no todos los casos serán fáciles, pues el espectro fáctico sobrepasa en gran medida los supuestos normativos positivos.

Es, entonces, en los casos difíciles en donde no existe una norma exactamente aplicable al caso o hay normas contradictorias, cuando resulta necesario romper la estructura rígida del derecho positivo y dar paso a una apertura que permita el auxilio de elementos extrajudiciales.

De conformidad con Alexy (2017: 74):

Como solo el derecho positivo es derecho, en el ámbito de apertura el juez tiene que decidir en todos los casos dudosos sobre la base de pautas no jurídicas o extrajudiciales. En esta medida, está autorizado, por el derecho positivo –de una manera básicamente igual a la del legislador– a crear nuevo derecho sobre la base de pautas extrajudiciales.

En ese sentido, los operadores del derecho deben ser quienes determinen el alcance de la norma para la resolución de casos específicos, sin esperar la creación o reforma de una norma por parte del Legislativo.

Es posible afirmar lo anterior, puesto que si bien Alexy únicamente inviste al juez con esa potestad, es innegable la influencia de los postulantes en su decisión, positiva o negativa; no obstante, ¿a qué pautas extrajudiciales va a obedecer el criterio del juzgador?

El propio Alexy (2017: 74) propone lo que llama un argumento de los principios:

...el argumento de los principios dice que el juez, también en el ámbito de apertura del derecho po-

sitivo, es decir, del derecho impuesto y eficaz, está jurídicamente ligado y lo está de una manera que crea una vinculación necesaria entre el derecho y la moral.

De esa forma, las pautas extrajurídicas que refiere Alexy tienen un carácter moral o, mejor dicho, axiológico, pues es en un valor inserto en la norma en el que encarnará la pauta a seguir por los operadores del derecho; mas para exponer esta tesis, es necesario definir a los principios.

Alexy (2017: 75) define a los principios como:

...mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas [...] Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas, esencialmente, a más por las reglas, por los principios opuestos, lo cual da pauta para desarrollar su famosa teoría de la ponderación, aspecto que se considerará en líneas posteriores.

Considerar a los principios como mandatos de optimización y, por ende, no encasillar su aplicación a un mero silogismo hace que tal definición tenga valor por sí misma; no obstante, no ofrece una idea clara del contenido sustancial de un principio normativo, queda únicamente definido su alcance, por lo que se complementará con el concepto otorgado por Guastini.

Para Guastini (2013: 127), los principios son:

normas incondicionadas, es decir, carentes de supuesto de hecho, o, en cualquier caso, con supuesto de hecho abierto, de manera que su campo de aplicación quedaría totalmente indeterminado”, de igual forma establece que “los principios serían

normas fundamentales, caracterizadoras, que confieren identidad axiológica al ordenamiento (o a uno de sus subsectores) y ofrecen justificación a las restantes normas (del ordenamiento en su conjunto o de este particular subsector)”

Ver a un principio como una norma incondicionada es lo más aceptable, puesto que su aplicación tiene una amplitud indeterminada que dependerá de la concepción axiológica de la sociedad que opera el sistema jurídico en cuestión, caracterizándolo en todo momento; no obstante, hoy en día la concepción axiológica de la sociedad ha encontrado un anclaje duradero, partiendo de la dignidad humana como criterio básico.

Es así como la argumentación en pos de la progresividad de los derechos humanos debe partir de la dignidad humana, concepto indeterminado que cuenta con múltiples variables indivisibles e interdependientes entre sí, válidas universalmente y puestas al servicio de los operadores jurídicos para su salvaguarda ante posibles trasgresiones del Estado.

LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los principios rectores de los derechos humanos se encuentran citados en el párrafo tercero del artículo 1º de la CPEUM, son cuatro, a saber: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; ellos marcan la pauta para el desarrollo pleno de tales derechos dentro del ordenamiento jurídico mexicano.

Para una mejor comprensión, es menester que, antes de avanzar más en la exposición del tema, se recuerde de forma escueta lo que se refiere cada uno de ellos:

1. El principio de universalidad se

encuentra ligado a la naturaleza de los propios derechos humanos, es decir, el alcance de éstos se encuentra vinculado a todo ser humano y, por ende, serán exigibles de forma universal; independientemente de fronteras, culturas o religión, todos serán susceptibles de ser protegidos y garantizados.

2. *“La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de otro grupo de derechos”* (Bernal, 2016: 43). Concretamente, se establece que el cúmulo de derechos humanos nace de una figura primordial:

la dignidad humana; es así como, al tener todos el mismo origen, forzosamente tienen que estar vinculados entre sí.

3. *“La indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre los derechos humanos”* (Bernal, 2016: 43); al estar vinculados por un mismo origen, su división completa es imposible, siempre estarán vinculados en su núcleo axiológico, persiguiendo la más completa protección de la dignidad humana, por esta misma causa considero que tampoco pueden ser confrontados entre sí.

4. *La característica de progresividad implica que su concepción y protección nacional, regional e internacional se va ampliando irreversiblemente, tanto en lo que refiere a su número, a su contenido y a la eficacia de su control* (Bernal, 2016: 45). tal característica marca la pauta de evolución de los derechos humanos, manteniendo la base de la prohibición de su retroceso con el fin de evitar los errores del pasado.

Una vez teniendo clara la conceptualización de los principios rectores de los derechos humanos, es clara la absoluta relevancia de los principios de progresividad e interdependencia para el tema en análisis, por lo cual nos centraremos en ambos principios, aplicados a la materia tributaria.

DERECHOS HUMANOS EN MATERIA FISCAL

La gama de derechos reconocidos en materia fiscal fue aumentándose en el transcurso del tiempo lo cual se debe a la propia y especial naturaleza del ámbito tributario, recordando que el sistema financiero de un Estado puede dividirse en tres momentos primordiales: *“el de la obtención, el de la administración o manejo y el del empleo de los recursos monetarios”* (Rodríguez, 2014: 1). Es derecho tributario el que únicamente versa sobre el primer momento: la obtención de recursos.

Para lograr la obtención de tales recursos, el Estado debió realizar la promulgación de diversas leyes tributarias que contengan y regulen los elementos esenciales de los tributos: sujeto, objeto, base, tasa, tarifa, época y lugar de pago; en esta tesitura, los derechos de los contribuyentes se enfocaban en la protección del patrimonio de éstos en la aplicación de tales normas.

Por ello, tradicionalmente, los derechos humanos, en la materia fiscal, se restringían a aquellos contemplados por el artículo 31, fracción IV, de la CPEUM, es decir, equidad, proporcionalidad, legalidad y destino al gasto público; no obstante, se ha progresado en este punto de vista al contemplar la posibilidad de los contribuyentes de someterse a procedimientos formal y materialmente jurisdiccionales y comprender

dentro de los derechos del contribuyente aquellos relativos al proceso.

Con ello no quiere decirse que previamente no se reconocieran las garantías de seguridad jurídica, sino que no existía un reconocimiento explícito de los derechos del contribuyente frente a los procedimientos de la autoridad fiscal, lo cual aconteció hasta 2005 con la promulgación de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente.

Cabe aclarar que con la reforma de 2004 al Código Fiscal de la Federación (en adelante CFF), concretamente al artículo 18-B, se contempló que la protección de los derechos del contribuyente quedaría a cargo de la Procuraduría de la Defensa de los Derechos del Contribuyente (en adelante PRODECON), no obstante, la PRODECON no entró en funciones sino hasta el 1º de septiembre de 2011; por ello, los derechos del contribuyente fueron tutelados por la propia autoridad fiscal, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, así como las autoridades del Poder Judicial de la federación.

Por ende, al hablar de derechos humanos dentro del ámbito fiscal es común referirse únicamente a los derechos fundamentales de los contribuyentes, esto es, aquellos derechos que se encuentran positivados o establecidos en la ley, como los mencionados. Precisamente Bernal, quien fue la primera titular en la historia de la PRODECON, propone una clasificación de éstos:

podemos establecer que los contribuyentes tienen dos tipos de derechos fundamentales: i) aquellos que por su universalidad y transversalidad (es

decir, que por su contenido y objeto trascienden a todos los ámbitos o materias de la esfera jurídica de los gobernados) les pertenecen a todos, sin importar la materia o el ámbito de aplicación... ii) aquellos a los que la Constitución política reconoce como derechos fundamentales específicos de los contribuyentes conocidos en el mundo jurídico como las garantías individuales de justicia fiscal, postulados en el artículo 31, fracción IV (Bernal, 2016: 35 y 36).

Es decir, en el ámbito del derecho fiscal, son reconocidos dos tipos de derechos fundamentales: en primer lugar, se tiene a los derechos fundamentales universales y transversales, que aplican para todas las personas, en donde se ubican el derecho al debido proceso, la legalidad, la certeza jurídica, la irretroactividad y, en general, los derechos fundamentales de índole procesal; en segundo lugar, se encuentran los derechos fundamentales específicos de los contribuyentes, en donde se ubican la proporcionalidad tributaria, la equidad tributaria, la legalidad tributaria y el destino al gasto público.

Ante esa clasificación, resulta claro que los derechos fundamentales universales y transversales tutelarán los derechos de las personas en la aplicación de las normas tributarias de carácter adjetivo, mientras que los derechos fundamentales específicos de los contribuyentes se encargarán de la tutela de los mismos respecto a la aplicación de las normas sustantivas.

Ahora bien, si los derechos fundamentales de los contribuyentes se refieren a aquellos positivados, ya sea en la constitución, leyes específicas e incluso en ordenamientos legales supranacionales,

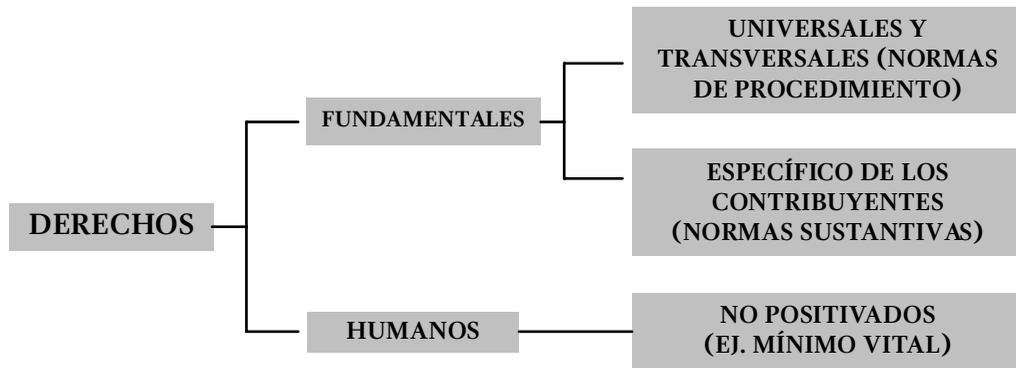
entonces ¿qué derechos humanos se consideran en el ámbito fiscal? Para responder esta interrogante, es importante señalar que todos los derechos fundamentales son derechos humanos, pero no todos los derechos humanos son fundamentales.

Cabe aclarar que existen derechos humanos latentes y no positivados en el ámbito fiscal sujetos al principio de la dignidad humana, tal es el caso del mínimo vital... el reconocimiento y protección de un ingreso mínimo por medio del cual la

persona pueda sobrevivir dignamente, reconocido jurisprudencialmente pero no positivado. Ejemplos como éste, aunados al principio de progresividad de los derechos humanos, son los que fundamentan la latente existencia de otros derechos que, a pesar de no encontrarse positivados en norma alguna, son susceptibles de ser reconocidos y respetados en un futuro.

Lo anterior puede ilustrarse mediante el siguiente esquema.

ESQUEMA 1.



fuentes: Elaboración propia.

Es así que los derechos humanos del contribuyente se encuentran en pleno desarrollo; se permite su progresividad en términos del reconocimiento gradual de aspectos que integran la dignidad del contribuyente como ser humano, que no solo es siendo objeto de recaudación, auditado en un procedimiento fiscalizador, o actor en un proceso jurisdiccional.

Tal progresividad se ve lograda, además, por los relativamente novedosos procedimientos de fiscalización implementados por el Servicio de Administración Tributaria (en adelante SAT), más agresivos

y amparados bajo la bandera del combate a los esquemas agresivos de evasión fiscal; procedimientos como el contenido en el artículo 69-B del CFF, que se abordará a la brevedad.

EL PROCEDIMIENTO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 69-B DEL CFF

Instaurado con la reforma al CFF de 2014, este procedimiento se enfoca en combatir la práctica de la compraventa de facturas expedidas sin ninguna otra razón que la de producir efectos fiscales tanto para su creador como para el adquirente de éstas.

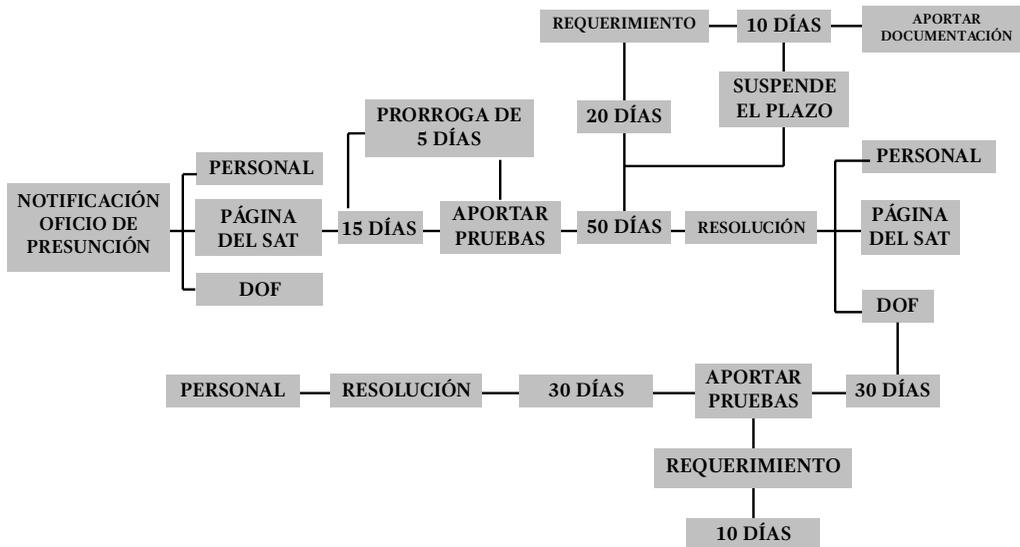
Se trata de una forma de erradicar un esquema agresivo de evasión fiscal por medio del cual se expedían comprobantes fiscales por operaciones comerciales o de prestación de servicios inexistentes, es decir, que no se llevaban a cabo.

La hipótesis normativa es, en apariencia, simple: el procedimiento será aplicado a aquellos contribuyentes que emitan comprobantes fiscales sin contar, directa o indirectamente, con activos, personal, infraestructura ni capacidad material para realizar las operaciones por las cuales se

expide el comprobante fiscal. Además, todos los clientes del contribuyente sometido al procedimiento también se verán involucrados, pues, de ser confirmada la infracción por parte de su proveedor, tendrán la obligación de dejar sin efectos el o los comprobantes fiscales adquiridos por el proveedor sancionado o demostrar la existencia de la operación consignada en tales comprobantes fiscales.

El procedimiento en su totalidad se puede resumir de la siguiente forma:

EsQUEMA 2.



fuerite: Elaboración propia.

De igual forma, cabe resaltar las diversas sanciones establecidas en el propio CFF para aquellos casos en los que el

contribuyente no logre desvirtuar la presunción de la autoridad fiscal, las cuales se ilustran a continuación.

Art. 69-B del CFF	Créditos fiscales y multa	Fracciones IV y V del art. 17-H BIS del CFF	Art. 113 BIS del CFF
Todos los CFDI o facturas del emisor serán dejadas sin efectos	Ejercicio de facultades de comprobación y rechazo de devoluciones y compensaciones Multa del 55% a un 75 % de cada comprobante (2020). (arts. 83, f. XVIII, y 84, f. XVI CFF)	Cancelación del Certificado de Sello Digital	Prisión de 2 meses a 9 años a quien expida, adquiera o enajene comprobantes fiscales
No señala temporalidad alguna	EFOS. Probabilidad de acumular ingresos presuntos EDOS. Reestructura del impuesto quitando las deducciones e IVA acreditable	No pueden facturar	Delito previo para defraudación fiscal Equiparable a delincuencia organizada y vinculación a lavado de dinero

No es de sorprender que su implementación tuvo como resultado una gran controversia respecto a su constitucionalidad y marcado desapego a los derechos de los contribuyentes, que desencadenó múltiples juicios de amparo —la mayoría de ellos perdidos ante la condescendencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN)—, y la promesa de obtención de recursos de una forma rápida y muy favorecedora a la autoridad fiscal, aplicada a solo aquellos evasores fiscales cuyo actuar se adecue a la hipótesis normativa del artículo de referencia.

Es importante señalar que no es el objetivo del presente trabajo enfocarse en los antecedentes del artículo más de lo estrictamente necesario, por lo cual no se profundizará en cada uno de ellos, sino solamente en uno de los aspectos más controversiales y que, actualmente, continúa siendo objeto de controversia después de seis años de su implementación: la notificación del inicio del procedimiento en análisis.

Como se puede observar, en un primer momento, el SAT, al percatarse de que la conducta de un contribuyente se adecua a la hipótesis normativa contemplada en el artículo 69-B del CFF, le da a conocer que se encuentra sujeto al procedimiento contemplado en el mismo artículo de ley mediante un documento denominado “oficio de presunción”.

Ahora bien, de conformidad con el segundo párrafo de la norma *supra* citada, la notificación del oficio de presunción será realizada en tres vías diferentes: buzón tributario, publicación en página de internet del SAT y publicación en el *Diario Oficial de la Federación* (en adelante *DOF*).

Cabe señalar que el oficio de presunción, es decir, aquel que cuenta con la fundamentación y motivación del acto fiscal, será el notificado a través del buzón tributario, pues las publicaciones a las que se hace referencia solo serán de un listado con el número de registro federal de contribuyentes (en adelante RFC), así como

con los nombres o la razón social de los contribuyentes que se encuentran sometidos al procedimiento en su carácter de “presuntos”.

Por ello se considera un orden temporal específico en el cual deberán realizarse las referidas notificaciones, que se encuentra en el artículo 69 del Reglamento del CFF, el cual establece que la notificación se realizará en el siguiente orden: primero a través del buzón tributario, después mediante publicación en la página de internet del SAT y por último por medio de la publicación en el DOF; aclara en su párrafo final que la notificación mediante las publicaciones se realizará hasta que conste la notificación del oficio de presunción mediante buzón tributario, es decir, por ningún motivo las publicaciones pueden anteceder a la notificación personal.

Tal orden de notificación es totalmente lógico, considerando que el acto fiscal se contiene, materialmente, en el oficio de presunción, es decir, es el documento en el cual consta la fundamentación y motivación del propio acto, resultaría inverosímil que la primera notificación al contribuyente fuera a través de las publicaciones señaladas, ya que las mismas solo contendrían datos de identificación y dejarían en estado de indefensión a sus destinatarios, que serían sujetos de una notificación sin objeto alguno más que señalarlos como probables responsables de una actividad ilícita y remitirlos al CFF para saber de qué se les acusa, así como las características del procedimiento y medios de prueba que pueden utilizar para su defensa.

Cabe señalar que las publicaciones a las que se hace referencia se llevan a cabo, en promedio, cada mes, por lo tanto, complementan un listado de contribuyentes; es

decir, no se hace la publicación de un contribuyente en general, sino que se hace la publicación de un listado de contribuyentes, que se denomina “listado de presuntos”.

LA PROBLEMÁTICA DEL LISTADO DE PRESUNTOS

El listado de presuntos contempla dos de los tres medios de notificación que el artículo 69-B del CFF prevé para dar inicio al procedimiento. En efecto, no basta con la notificación, que actualmente se realiza mediante buzón tributario al contribuyente, sino que además es menester publicar su nombre o razón social y su RFC tanto en la página de internet del SAT como en el DOF.

En esa tesitura, el orden otorgado para tales notificaciones estipula que la primera de ellas deberá ser la realizada de forma directa y personal al contribuyente mediante su buzón tributario, por lo cual cabe la posibilidad de una incongruencia de la propia norma al establecer medidas excepcionales de notificación, encaminadas, tal parece, solo a exhibir al contribuyente en cuestión.

Ahora bien: *“La notificación puede ser entendida como un medio de comunicación procesal mediante el cual, de acuerdo con las formalidades legales establecidas, se hace saber una resolución judicial o administrativa a la persona que se le reconoce como interesado en su conocimiento o se le requiere para que cumpla un acto procesal”* (Lammoglia, 2018: 41).

Básicamente, en el presente caso la notificación tiene por objeto poner al tanto al contribuyente que se encuentra sujeto a un procedimiento de la forma en que

se llevará a cabo, con especial énfasis en su participación dentro del mismo, por lo cual es evidente que esta circunstancia se cumple con el primer medio de notificación, es decir, con la realizada mediante buzón tributario.

La congruencia normativa se rompe al momento de que la notificación excede ese propósito, pues si se consideraran las listas como una notificación, las mismas carecerían totalmente de motivación, el contribuyente sabría que está sujeto al procedimiento, pero no las causas o motivos que llevaron a la autoridad a instaurarlo; por lo tanto, carecerían de un vital elemento sustancial de la notificación y, en consecuencia, no podrían ser consideradas como una notificación válida.

No obstante, a pesar de su nula aportación a los fines de una notificación para el contribuyente sujeto al procedimiento, tal parece que las publicaciones se encuentran dirigidas a terceros, es decir, a clientes y proveedores de éste, como una especie de advertencia respecto a las consecuencias potenciales que tal suceso indica.

En ese contexto, es decir, si se considera a los listados como una notificación a terceros, carecerían también de todo objeto, puesto que la participación dentro del proceso para esos sujetos no se encuentra garantizada ni es posible en términos legales, pues tal participación será posible una vez que haya terminado el procedimiento respecto al contribuyente enlistado; de igual forma, los listados carecerían de la motivación mínima que permita conocer a los terceros los motivos específicos por los cuales la autoridad inicia el procedimiento, impidiendo a los clientes y proveedores la formación de una opinión fundada respecto a la real situación del contribuyente enlistado.

No obstante, los listados siguen siendo publicados como parte de una notificación inicial, lo cual genera una afectación directa a los contribuyentes contemplados en la misma, afectación que propicia el inicio de la lucha por el reconocimiento de los derechos humanos de los contribuyentes, que se ilustrará a continuación.

DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA AL RECONOCIMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE LA BUENA REPUTACIÓN

En un primer momento, la defensa de los contribuyentes respecto a los listados de presuntos se basó en el derecho fundamental a la presunción de inocencia; la base del argumento era simple: si se considera un “listado definitivo” una vez que el contribuyente es sancionado al final del procedimiento, el hecho de que al inicio se publicaran igualmente los datos del contribuyente, es decir, se actualizaba una sanción antes de que terminara el procedimiento.

Al respecto, la Segunda Sala de la SCJN, al resolver diversos amparos en revisión, llegó a la conclusión siguiente:

...el artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación no contraviene el principio de presunción de inocencia, en virtud de que no se establecen ni fincan determinaciones definitivas ni se atribuye responsabilidad al gobernado, sino que prevé un llamamiento para que éste alegue lo que a su interés convenga y aporte la documentación e información que considere pertinente para desvirtuar los hechos que llevaron a la autoridad a presumir la inexistencia de las operaciones que avalan los comprobantes. Advirtiéndose así, que dicho precepto tiene una finalidad constitucionalmente legítima al buscar dar certeza a la relación tributaria ante el probable indebido cumplimiento

del contribuyente de sus obligaciones formales y materiales (SCJN, 2015: 1742).

El razonamiento de nuestra máxima autoridad jurisdiccional se resume a que, al ser el inicio del procedimiento y al contener la palabra de presunto, no existe menoscabo alguno hacia el contribuyente, pues éste tiene la posibilidad de aportar pruebas que le permitan desvirtuar la presunción de la autoridad y, al hacerlo, todo volvería a la normalidad.

Es claro que la defensa implementada de forma primaria por los abogados postulantes tiene como base un derecho fundamental como la presunción de inocencia, que, a todas luces, resultaría plenamente afectado al menos en una parte; este actuar parte de un elemento esencial y común dentro del derecho. Ahora, al no haber sido efectivo, se tuvo que evolucionar en el discurso, analizando otras diversas afectaciones que, en su momento, pasaron desapercibidas.

No solamente se afecta la presunción de inocencia en términos procesales, sino también la buena reputación del contribuyente ante la sociedad en la cual desarrolla sus actividades económicas. El contexto es simple: la publicación del RFC de un contribuyente, así como de su razón social, tiene efectos nocivos para sus clientes y proveedores, puesto que la ejecución del procedimiento que se analiza ha modificado las conductas de los contribuyentes.

Se considera lo anterior, puesto que genera el hábito en los clientes y proveedores de verificar las listas publicadas por la autoridad fiscal para evitar tener más operaciones comerciales o prestación de servicios con el contribuyente contemplado en la lista, o al menos esa parece ser la intención de la autoridad fiscal; de igual forma,

por medio de las listas publicadas es posible ver el porcentaje de éxito en la defensa de los procedimientos, la cual es muy baja.

De ese modo, y a pesar de que se trate de un listado “presunto”, el efecto sancionador se adelanta, considerando que es bien conocido por los contribuyentes que, una vez contemplado en los listados presuntos, es virtualmente imposible que el contribuyente sujeto al procedimiento logre acreditar la tenencia efectiva de los elementos que aduce el referido artículo. En esta tesitura, se tiene un efecto fáctico que sobrepasa al jurídico referido por la Segunda Sala de la SCJN, el cual, al contener la palabra *presunto* dentro de la hipótesis normativa, no se considera violatorio de la presunción de inocencia que debe prevalecer para el contribuyente, pero sin lugar a dudas afecta la dignidad del contribuyente aun y cuando apenas ha iniciado el procedimiento y no se tienen factores clave que indiquen concretamente conducta ilícita que la autoridad presume.

Tal perjuicio viene ligado a la imagen que proyecta la autoridad fiscal de los contribuyentes sometidos al procedimiento, propiciando que los demás eviten cualquier conflicto en la medida de lo posible con ellos, pues los riesgos de evitar relaciones comerciales con los contribuyentes contemplados en las listas son mucho menores que verse involucrados operativamente con presuntos.

DEFRAUDADORES FISCALES

En efecto, el contribuyente enlistado pierde clientes y proveedores por ese simple motivo, afectando sus actividades comerciales o de prestación de servicios desde un inicio, una forma de adelantar las consecuencias que tendría cuando, en su caso, sea contemplado en un listado definitivo.

Cabe analizar que esa afectación no solo se traduciría en afectaciones inmediatas o presentes, es decir, que los actuales clientes y proveedores pretendan dejar de tener relación alguna con el contribuyente sujeto al procedimiento, sino que también propiciaría que los clientes y proveedores que quisieran tener relaciones comerciales con el mismo se alejen de tal intención.

De hecho, si se toma al cuerpo normativo de combate a las operaciones simuladas dentro del CFF de una forma sistemática, se podrá concluir que “cortar” las operaciones comerciales del contribuyente sujeto a procedimiento es uno de los objetivos de ese sistema de normas, ejemplo de ello es la sanción contenida en las fracciones IV y V del artículo 17-H BIS del citado cuerpo normativo.

El criterio es simple: si es que se piensa que un contribuyente vende facturas, entonces hay que impedir que siga emitiendo facturas; la cancelación del sello digital es la medida definitiva, pero ella solo podrá aplicarse una vez concluido el procedimiento. En esta tesitura, ¿cómo se podrá lograr la inhibición sin tener que llegar a la conclusión del procedimiento?

La respuesta a la pregunta anterior parece coincidir con la publicación del listado de presuntos, logrando de forma indirecta el efecto final respecto a la emisión de comprobantes fiscales por parte de determinados contribuyentes, más aún si el Poder Judicial abandera esta postura con el trillado argumento de ver comprometido el interés social y normas de orden público.

LA BUENA REPUTACIÓN DEL CONTRIBUYENTE

La buena reputación es un concepto que no se contemplaba en la materia fiscal, pues hasta antes de los listados de presuntos, los datos de los contribuyentes se mantenían

ocultos a menos que hubiera un crédito fiscal firmado en su contra o se hubiese comprobado su participación en esquemas de defraudación fiscal, de lo contrario no había forma de dañar la imagen pública del contribuyente.

Tratar la buena reputación de los contribuyentes implica realizar su división en personas físicas y personas morales. Por cuanto hace a las personas físicas, el concepto va relacionado al honor de la persona y, como tal, *...guardaría estrecha relación con la reputación social que la misma tuviera, por lo tanto,*

“La lesión del honor se produce cuando se afecta la dignidad de una persona, a través del menoscabo sobre el reconocimiento que los demás tienen de ella, de su integridad moral o del prestigio, consideración o imagen social (Carbonell, 2018: 471).

La definición para las personas morales difiere en cuanto a que el honor es considerado como la buena reputación de la que se precia; en este sentido, Justo Villafaña (2008: 26) indica que: *“La reputación es el resultado de una imagen positiva de la empresa, cuando ésta encierra valores como la autenticidad, la honestidad, la responsabilidad y la integridad, es decir, valores que apelan al compromiso de la compañía con sus stakeholders² y al grado de cumplimiento de dichos compromisos”.*

2 Cabe señalar que la palabra *stakeholders* se refiere a *“los públicos que tienen intereses recíprocos con una empresa y mantienen una relación estable con ella. Los más frecuentes son los empleados, los grandes clientes, los accionistas, las autoridades y reguladores, los proveedores y partners, los organizadores de certificación”* (Villafaña, 2008: 193).

Para el propio Villafañe:

...la reputación requiere de tres condiciones para producirse, y las tres se tienen que dar en una buena dosis si la empresa pretende convertir su reputación corporativa en valor. Estas tres condiciones sine qua non para la empresa reputada son:

1. *Una sólida dimensión axiológica.*
2. *Un comportamiento corporativo comprometido.*
3. *Proactividad en la gestión reputacional* (Villafañe, 2008: 193).

En este sentido, la buena reputación de una empresa se sostiene de la imagen positiva que tienen de ella todos y cada uno de sus “públicos”, integrados por aquellos que la conforman internamente en todos sus niveles, sus clientes y proveedores, así como el propio Estado a través de sus autoridades fiscales y reguladoras.

El hecho de que la buena reputación sea sinónimo de un comportamiento axiológico y, por tanto, ética y moralmente correcto por parte de una empresa implica una atadura a la congruencia con sus propias determinaciones al respecto que externa a su comunidad y la sociedad en general, lo cual deviene en la coherencia de sus expresiones y su actuar —que finaliza en la verdad y veracidad de su discurso— en términos de la teoría comunicativa de los actos del habla de Habermas.

No solo eso, tal comportamiento está sujeto a la consideración de sus públicos; pero ¿qué pasa con el sector del público tocante al Estado, más específicamente la autoridad fiscal?, es decir, ¿se tendrá que manifestar sobre un comportamiento axiológico de la empresa cuando su juicio no debe ser estrictamente de ese carácter, sino estrictamente legal, apegado precisamente al principio de legalidad?

Por tanto, la autoridad fiscal no puede generar una visión negativa respecto a la reputación de una empresa, al menos no sin que previamente haya infringido una norma y la sanción correspondiente sea firme, ya que ésta se basa en cuestiones axiológicas de comportamiento y operación; mientras que la autoridad únicamente puede centrarse en lo indicado por el derecho positivo.

Un ejemplo de pronunciamiento, por parte de la autoridad fiscal, respecto a la buena reputación de los contribuyentes son las “listas negras”, en las cuales, de conformidad al artículo 69 del CFF, se publican los datos de identificación de los contribuyentes con créditos fiscales firmes y exigibles, de aquellos no localizados o que hubiesen cometido un ilícito fiscal.

Aunque existen diversos argumentos en contra de tal actuar, se debe considerar que al menos en tales casos se trata de contribuyentes sujetos a procedimientos de fiscalización concluidos y con los medios de defensa correspondientes agotados; es decir, el actuar y pronunciamiento de la autoridad fiscal respecto a la buena reputación del contribuyente se encuentra sustentado en hechos, y no en presunciones.

LA POSTURA DEL PODER JUDICIAL ANTE EL ARGUMENTO DEL MENOSCABO A LA BUENA REPUTACIÓN DEL CONTRIBUYENTE

Al respecto, el Poder Judicial reconoce el derecho fundamental al honor de las personas físicas desde el punto de vista interior y exterior, es decir, tanto de la percepción que tiene una persona de sí misma, que le basta para exteriorizar una imagen acorde con sus propios valores internos, como de la apreciación y valoración que de tal imagen tiene la sociedad.

Tal criterio es expresado por la Primera Sala de la SCJN de la siguiente forma:

Por lo general, existen dos formas de sentir y entender el honor: a) en el aspecto subjetivo o ético, el honor se basa en un sentimiento íntimo que se exterioriza por la afirmación que la persona hace de su propia dignidad; y b) en el aspecto objetivo, externo o social, como la estimación interpersonal que la persona tiene por sus cualidades morales y profesionales dentro de la comunidad. En el aspecto subjetivo, el honor es lesionado por todo aquello que lastima el sentimiento de la propia dignidad. En el aspecto objetivo, el honor es lesionado por todo aquello que afecta a la reputación que la persona merece, es decir, el derecho a que otros no condicionen negativamente la opinión que los demás hayan de formarse de nosotros (SCJN, 2014: 470).

La propia vinculación del derecho fundamental al honor con el principio de dignidad es considerada como plenamente coherente. Es el honor o la buena reputación el elemento de la dignidad del individuo que más se reconoce sin llegar a profundizar en el tema, pues es bien conocido que la dignidad implica muchos más aspectos, por ejemplo, hay circunstancias que afectan a la dignidad, pero no al honor.

Ahora bien, tal parece que el reconocimiento del honor o la buena reputación de las personas morales es un hecho que no requería profundización, pero parece sorprendente que el tema siguiera en duda, quizá por el argumento de que las personas morales no eran sujetos de derechos humanos o fundamentales; cuestión que considero una exageración respecto al tema señalado.

Ciertamente, las personas morales, por su propia naturaleza, no son susceptibles a ciertos derechos, pero la negación de

su totalidad parece una falacia; por ejemplo, es verdad que no tendría sentido que fueran objeto del derecho a la salud, pero siempre les han sido reconocidos derechos de seguridad jurídica, como el debido proceso.

No obstante, la duda respecto a si a las personas morales les era reconocido el derecho fundamental al honor o la buena reputación obligó a la SCJN a pronunciarse al respecto emitiendo el siguiente criterio:

es posible afirmar que las personas jurídicas deben ser titulares de aquellos derechos fundamentales que sean acordes con la finalidad que persiguen, por estar encaminados a la protección de su objeto social, así como de aquellos que aparezcan como medio o instrumento necesario para la consecución de la referida finalidad. Es en este ámbito que se encuentra el derecho al honor, pues el desmerecimiento en la consideración ajena sufrida por determinada persona jurídica, conllevará, sin duda, la imposibilidad de que ésta pueda desarrollar libremente sus actividades encaminadas a la realización de su objeto social o, al menos, una afectación ilegítima a su posibilidad de hacerlo. En consecuencia, las personas jurídicas también pueden ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando otra persona la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (SCJN, 2012: 2905).

Es así como se reconoce que las personas morales tienen el derecho al honor o la buena reputación, por lo cual el mismo debe ser protegido por las autoridades del Estado mexicano en términos del párrafo tercero del artículo 1º constitucional, al menos en el papel; pero ¿qué pasó cuando se utilizó este argumento respecto a los listados presuntos del artículo 69-B del CFF? Bueno, en un primer momento se

estableció que no era posible conocer una impugnación que tuviera como base el oficio de presunción, pues no es una resolución definitiva; se ignoró por completo el derecho al honor o buena reputación, aspecto que es superado mediante el criterio de los Tribunales Colegiados de Circuito, el cual establece lo siguiente:

...la autoridad procederá a publicitar que sigue tal procedimiento contra el contribuyente, tanto en la página de Internet del Servicio de Administración Tributaria, como en el Diario Oficial de la Federación. Siendo así, esos actos de emisión, publicación y divulgación de la presunta conducta irregular del contribuyente, afectan su imagen y reputación –derecho al honor en sentido objetivo, el cual ha sido definido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, [...] Lo anterior, en la medida en que expone su imagen negativamente, al propiciar la percepción pública de que opera de manera irregular, aun cuando en ese momento sólo es una presunción no comprobada por la autoridad fiscal, que puede imposibilitarle o dificultarle de manera significativa desarrollar con normalidad las actividades encaminadas a la realización de su objeto social y traducirse en que resienta algún perjuicio en su patrimonio, todo lo cual le agravia fiscalmente y, por ello, le legitima a acudir, desde luego, al juicio de nulidad (SCJN, 2018: 2905).

Parecía una victoria para los operadores jurídicos, pues se reconocía la violación al honor y la buena reputación del contribuyente, la procedencia del procedimiento contencioso administrativo, y para fundar esta procedencia, se reconocía a la violación de este derecho como un agravio en materia fiscal en términos de la fracción V del artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

No obstante, la SCJN dio un revés importante al establecer un criterio opuesto en contradicción de tesis, repitiendo los argumentos vertidos desde un principio para fundamentar la inexistencia de la violación a la presunción de inocencia. Dicho criterio se cita a continuación.

La citada resolución inicial no constituye el producto final o la voluntad definitiva del Servicio de Administración Tributaria mediante la cual defina la situación jurídica del contribuyente, tan es así que éste cuenta con un plazo para manifestar lo que a su interés convenga, así como aportar la información y documentación para desvirtuar los hechos objeto de la presunción generada, razón por la cual aún no le causa agravio en materia fiscal, al no establecer de manera concluyente la inexistencia de las operaciones (SCJN, 202: 966).

En efecto, según la SCJN, no existe afectación alguna, puesto que el contribuyente puede desvirtuar la acusación durante el procedimiento de ley, sin tomar en cuenta que la afectación al honor y buena reputación del contribuyente se mantiene durante toda la tramitación del procedimiento correspondiente, violando el mandamiento constitucional de proteger los derechos humanos de éste.

A pesar de lo anterior, se logró una pequeña victoria mediante la reforma del 25 de junio de 2018: se añadió la publicación de un nuevo listado, que esta vez contenía los datos de aquellos contribuyentes que desvirtuaron la presunción de la autoridad, o bien, que lograron ganar una instancia formal o materialmente jurisdiccional en contra de la resolución emitida por la autoridad fiscal.

Ese listado parece ser una forma de reparación del daño causado por los

listados de presuntos; no obstante, ello no se considera así, puesto que el listado de presuntos indica que la autoridad fiscal estima que tal contribuyente se encuentra realizando actividades ilícitas, mientras que los listados de desvirtuados o de resoluciones y sentencias favorables nada dicen al respecto de la presunción, es decir, no indican que el contribuyente realizó sus operaciones conforme a la ley, sino que ganó una instancia jurisdiccional, partiendo del hecho de que esta situación —bien puede ser por aspectos formales— no resta la confianza de clientes y proveedores para con el contribuyente enlistado.

El próximo paso es ver más allá del honor o la buena reputación del contribuyente. Al poner atención al principio de indivisibilidad de los derechos humanos, es posible razonar que la violación de tales derechos implica la violación de diversos más, solo basta con prestar atención a los efectos materiales de la afectación a la buena reputación de una persona económicamente activa en el ámbito comercial o de prestación de servicios.

La ausencia de clientes y proveedores es la primera de ellas, lo cual deviene en una merma de los ingresos, y esta merma de ingresos implicaría que las empresas o las personas físicas con empleados tengan que reducir gastos —para ello es indispensable o despedir personal o bajar salarios—, implicaría que la dignidad de sus empleados se viera disminuida ante el desempleo o la disminución de su ingreso.

Las autoridades jurisdiccionales no pueden pasar por alto lo que se encuentra en juego bajo el supuestamente sólido argumento de que se trata de un procedimiento instaurado solo a aquellos defraudadores fiscales o de que se están obteniendo

recursos tributarios a través de su implementación; su responsabilidad es la protección de los derechos humanos de todas las personas, contribuyentes incluidos.

Veamos, pues, a futuro y hasta qué punto la resistencia del Poder Judicial puede llegar a frenar los intentos de generar una progresividad en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos del contribuyente y bajo qué premisas piensa seguirlo haciendo.

CONCLUSIÓN

La lucha por la progresividad en cuanto al reconocimiento y tutela de los derechos humanos en materia fiscal sigue activa a pesar de los criterios proteccionistas del Poder Judicial; tal oportunidad la brindan procedimientos con buenas intenciones pero mal llevados a cabo, como el contemplado por el artículo 69-B del CFF.

Sus grandes brechas o áreas de oportunidad abrieron la puerta a un factor interesante que puede ser aprovechado por los operadores jurídicos —principalmente por los abogados postulantes— para insertar el reconocimiento de derechos humanos en el ámbito fiscal, como el derecho al honor y a la buena reputación, que comparten terreno con los derechos fundamentales específicos de los contribuyentes y con aquellos universales y transversales, tendentes al proceso jurisdiccional y los procedimientos de fiscalización.

Para ello, es indispensable una visión que vaya más allá del silogismo jurídico, una visión que sea capaz de abarcar toda la gama de los derechos humanos y comprender su indivisibilidad con base en la dignidad del ser humano, comprendiendo que siempre vamos a tener procedimientos fallibles y que solo con nuestra participación

e innovación activa podemos ir moldeándolos hasta acercarlos a la perfección para la consecución de los objetivos que sustentan su creación.

Como se ha visto, partiendo del derecho de presunción de inocencia e incorporando el estudio de la dignidad humana, se logró el reconocimiento momentáneo del derecho al honor; se incorporó al ámbito de la materia tributaria debido a que su afectación causa un agravio en materia fiscal, y es posible relacionar esa afectación con la percepción de ingresos del contribuyente.

Si bien lo anterior fue momentáneo, quedan el pronunciamiento y el razonamiento lógicos plasmados en los anales de jurisprudencia, prestos a ser utilizados y generalizados en un futuro próximo. además se logró un gesto, por parte del legislador, con motivo de la reforma al CFF de 2018, que ilustra el poder creciente de los operadores jurídicos respecto a la progresividad del reconocimiento de los derechos humanos del contribuyente.

El camino no es fácil. Siendo conscientes de la actitud de la propia autoridad judicial y del contexto económico que se espera después de los efectos del virus SARS-coV2, es nuestra responsabilidad estar preparados para salvaguardar los pequeños logros obtenidos al momento y lograr un progreso paulatino aportando ideas novedosas y prácticas desde nuestros respectivos foros.

Fuentes consultadas

- Abbagnano, N. (2016), *Diccionario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica (FCE).
- Alexy, R. (2017), *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara.
- Bernal Ladrón de Guevara, D. (2016), “*El reconocimiento y tutela de los derechos humanos de los contribuyentes*”, en Gabriela Ríos Granados (coord.), *Derechos humanos de los contribuyentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Carbonell, M. (2018), *Los derechos fundamentales en México*, 6a. ed., México, Porrúa.
- Carpizo, E. (2015), *Del estado legal al constitucional de derecho. Rasgos esenciales*, México, Porrúa.
- Esteve Pardo, J. y Javier Tejada Palacios (2016), *Ciencia y Derecho: la nueva división de poderes*, México, Fontamara.
- Guastini, R. (2013), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara.
- Hawking, S. y Leonard Mlodinow (2017), *Brevísima historia del tiempo*, México, Booket.
- Lammoglia Riquelme, B. (2018), *Derecho procesal fiscal y aduanero*, México, Novum.
- Prieto Sanchís, L. (1998), *Ley, principios, derechos*, España, Dykinson.
- Rodríguez Lobato, R. (2014), *Derecho Fiscal*, México, Oxford.
- SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2015), “Procedimiento Relativo a la Presunción de Inexistencia de Operaciones. El Artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación que lo Prevé, No Contraviene el Principio de Presunción de Inocencia”, jurisprudencia 2a./J. 135/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, libro 23, t. II, décima época, Segunda Sala, p. 1742.
- _____ (2014), “Derecho Fundamental al Honor. Su Dimensión Subjetiva y Objetiva”,

- jurisprudencia 1a./J. 118/2013 , *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, t.1, Primera Sala, décima época, p. 470.
- _____ (2012), “Derecho Fundamental al Honor de las Personas Jurídicas”, tesis aislada 1a. XXI/2011 , *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 4, t. III, Primera Sala, décima época, p. 2905.
- _____ (2018), “Inicio del Procedimiento Relativo a la Presunción de Inexistencia de Operaciones. Procede El Juicio de Nulidad en su Contra dada la Afectación Jurídica que su Publicidad Acarrea,” tesis aislada I.18o.A.55 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 54, t. III, Tribunales Colegiados de Circuito, décima época, p. 2581.
- _____ (2020), “Juicio Contencioso Administrativo Federal. Es Improcedente contra la Resolución Preliminar que Contiene la Presunción de Inexistencia de Operaciones del Contribuyente, a que se Refiere el Primer Párrafo del Artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación, dado que No Causa Agravio en Materia Fiscal” jurisprudencia 2a./J. 154/2019, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 74, t. I, Segunda Sala, décima época, p. 966.
- Villafañe, J. (2008), *La buena reputación. Clave del valor intangible de las empresas*, España, Pirámide, 2008.

Contratos normativos y los derechos humanos

Normative Contracts and Human Rights

Alberto Salinas Zarrión*

RESUMEN

Los contratos en nuestros días requieren de un mayor y mejor análisis debido a la progresividad de los derechos humanos, asimismo, las partes que contratan deben mantener un equilibrio entre ellas evitando el sometimiento a una sola voluntad cuando se trate de un acuerdo en donde los provechos o beneficios sean conexos a las intenciones de las partes.

El objetivo del presente trabajo es evaluar si los contratos en los que interviene en la vida cotidiana el gobernado, efectivamente contienen su voluntad o si estos mismos violentan sus propios derechos humanos; asimismo, la eficaz y eficiente regulación de los órganos de gobierno y sus actos sobre el particularmente humano contribuyente, criticando si actúan en beneficio o perjuicio del gobernado. Dejando al lector el resultado de contratar por el simple hecho de no tener opción a la cobertura de sus necesidades.

Palabras clave: contratos, adhesión, solidaridad, progresividad, derechos humanos.

ABSTRACT

In regard of Human Rights progressiveness, current contracts must reflect deeper and better analysis. Therefore, the contracting parties must maintain a balance among them, avoiding submission to a single will, since on the agreement, the gains or benefits, are related to the intentions of the parties. The objec-

tive of this work is to evaluate if the contracts where the governed intervenes during their day to day life, effectively contain their will or if they violate their own Human Rights; in addition, on the effective and efficient regulation of the governing entities and their acts upon the specific human contributor, denouncing whether they result in Benefit or detriment of the governed, leaving up to the reader, the outcome of the contract, due to the simple fact of not having a different choice to cover his needs.

Keywords: Contracts, Adhesion, Solidarity, Progressiveness, Human Rights.

INTRODUCCIÓN

Con el objeto de cumplir los fines o motivos de la contratación, los acuerdos de voluntades intentan ser amplios en sus alcances para satisfacer las necesidades de las partes, que, por voluntad o sin alternativa, se encuentran inmersas en la firma de un contrato, detonando una multidisciplinaria fuente de ordenamientos que llegan a confundir la naturaleza de las obligaciones primarias y que al ser ejecutados durante su vida útil, no siempre se persigue el fin del cumplimiento natural, sino la consecuencia secundaria de un cumplimiento imperfecto y a modo para una de las partes. La igualdad y equilibrio entre las partes debe ser el principio rector de toda contratación, llamada por su benevolencia “buena fe”; es una de las principales ausencias en

* Socio fundador Obregón & Salinas. Profesor de Contratos Empresariales Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Acatlán.

las contrataciones que señalan ser acuerdos de voluntades, bilaterales y sin vicios, aquellos que son obligatorias por que la voluntad de una de las partes en el diseño de las contraprestaciones —ni muchos menos en los acuerdos—, simplemente se adhiere o mejor dicho, se somete a las directrices marcadas o ya predeterminadas como obligaciones, sin observar el daño a los derechos humanos. Es el principal transgresor el mismo sujeto que debe protegerlos.

De conformidad con los principios que regulan los derechos humanos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se analizarán los contratos normativos que obligan a los patrones a realizar determinadas acciones en contra de sus derechos protegidos por diversos ordenamientos jurídicos. Dichos contratos —a lo largo de este trabajo se demostrará—, no se convienen de manera bilateral, es decir, se firman en adhesión y con vicios en su consentimiento, lo que ocasiona diversas transgresiones a los derechos humanos y a sus principios reguladores.

Para comodidad del lector, se cita parte de la normativa que estipula los derechos humanos y sus principios.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS QUE REFORMA LA DE 5 DE FEBRERO DE 1857

Título Primero Capítulo I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

Denominación del Capítulo reformada DOF 10-06-2011

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

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

Párrafo reformado DOF 10-06-2011

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

Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.” *Párrafo adicionado DOF 10-06-2011*

Ahora bien, ¿también se debe considerar a las personas morales sujetos de derechos humanos? La respuesta se encuentra sustentada en cuatro criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN):

Criterio 1. Si bien el artículo 1º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la tutela de derechos humanos a todas las personas, lo que comprende no sólo a las físicas, consideradas en su calidad de seres humanos, sino también a las jurídicas, ello se circunscribe a los casos en que su condición de entes abstractos y ficción jurídica se los permita, ya que es evidente que no pueden gozar de la totalidad de los derechos privativos del ser humano, como ocurre con el derecho a la dignidad humana, del que derivan los diversos a la integridad física y psíquica, al honor, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal, que

son inherentes al ser humano como tal... (SCJN, 2017: 699).

Criterio 2. ...que dispone que en México todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia Norma Suprema y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte, así como de las garantías para su protección, al no prever distinción alguna, se colige que comprende tanto a las personas físicas como a las morales o jurídicas, siendo que éstas gozarán de aquéllos, en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines, ya que en aras del principio *pro personae* no puede dejarse de lado a las personas morales de su amparo, por el simple hecho de emplearse la palabra “persona”. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el individuo puede invocar violación a sus derechos protegidos por la Convención, incluso cuando aquélla derivara, a su vez, de la afectación de personas morales. En consecuencia, toda vez que es de mayor entidad el criterio que sobre el tema ha sustentado la jurisprudencia nacional, frente al del tribunal interamericano, debe reconocerse la titularidad de los derechos humanos previstos en el Pacto de San José a las personas jurídicas, para estar en armonía con el principio de progresividad. Lo contrario podría constituir una regresión, desconociendo incluso el espíritu que soporta la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 (SCJN, 2017: 1775).

Criterio 3. ...no prevé distinción alguna, por lo que debe interpretarse en el sentido de que comprende tanto a las personas físicas, como a las morales, las que gozarán de aquellos derechos en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines. En consecuencia, el principio de interpretación más favorable a la persona, que como imperativo establece el párrafo segundo del citado precepto, es aplicable

respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que gocen las personas morales, por lo que deberán interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia, a condición de que no se trate de aquellos derechos cuyo contenido material sólo pueda ser disfrutado por las personas físicas, lo que habrá de determinarse en cada caso concreto... (SCJN, 2015: 117).

Criterio 4. ...si bien es verdad que una persona moral, de acuerdo con su naturaleza no tiene derechos humanos, pues se trata de una ficción jurídica y éstos sólo son inherentes al ser humano, tal situación no es óbice para que no se les reconozcan, porque detrás de esa ficción, existe el ser humano, es decir, la persona física, y desde el punto de vista técnico, esos derechos se identifican como fundamentales, reconocidos y protegidos por la propia Constitución Federal y la Ley de Amparo, al otorgarle la calidad de parte en el juicio de amparo; entonces, estos derechos de los seres humanos (personas físicas) asociados para formar una persona moral, repercuten en el derecho humano identificado como derecho fundamental, y en lo que corresponde a las personas morales, respecto de la titularidad de los derechos a proteger. De ahí que cuando acuden al juicio de amparo en su calidad de víctima u ofendido del delito, el juzgador está obligado a suplir la queja deficiente a su favor, pues con ello cumple con el principio de igualdad entre las partes... (SCJN, 2013: 1692).

Con respecto al primer criterio, se debe considerar que las personas morales legalmente constituidas son actos creados a través de fedatarios públicos, quienes atienden la solicitud de particulares para conformarse como unidad y quienes, de manera previa, definen sus características e inscriben públicamente sus identidades y organización; se da así la conjunción de

entes físicos con un fin lícito, los cuales, de acuerdo con dicho criterio, *no gozan de dignidad humana*. Entonces, es contradictorio pensar que pierden el derecho —dignidad humana— por unirse públicamente y cumplir los requisitos que marca la ley.

El criterio mencionado considera a la libertad de asociación como “algo indigno” por ser la conjunción de entes físicos la razón para perder la dignidad humana; por lo tanto, la honorabilidad de los socios o accionistas podría verse afectada con diversos actos que puedan referirse a la persona moral, sin considerarse esto violatorio a los derechos humanos. Este criterio, entonces, concede el derecho humano a los entes morales, pero parcialmente los limita al considerar que no gozan de dignidad.

El segundo criterio considera *per se* a la persona, sin importar su naturaleza, empleando términos que amplían la protección de los derechos humanos; es decir, existe una armonización global sobre la interpretación y aplicación, la cual muestra que, sin importar su condición, a cualquier persona le asisten derechos y que, por su conformación, le son inherentes los derechos humanos. Con base en este criterio, se reconoce el principio de progresividad, el cual es consecuente con la protección de la dignidad (honorabilidad) y libertad, que toda persona o conjunto de humanos debe tener salvaguardada en un Estado de derecho.

El criterio tercero se refiere a la interpretación más favorable y a la protección más amplia de los derechos humanos de las personas morales, asimismo, afirma o aclara que aquellos derechos cuyo contenido material solo pueda ser disfrutado por las personas físicas se determinarán en cada caso; evita la conceptualización de

materialización de un derecho y deja abierta la posibilidad a la interpretación. Es camino cauto el discernir sobre el contenido de todos los derechos humanos que se materializan en las personas morales.

El último criterio nos permite dar al objeto de estudio tesitura y contexto, toda vez que expuestos se analizan explicando claramente la integridad de derechos humanos en las personas morales por medio de sus conformantes (socios). Es vértice de conocimiento que la titularidad de derechos humanos no le es desconocida al ente moral de manera procedimental, dándose igualdad a las partes. Lo anterior es causa inexcusable para determinar que el patrón, como sea identificado (físico o moral), goza de derechos humanos al ser sus trabajadores titulares de los mismos, con iguales alcances y repercusiones al verse violentados.

En este trabajo solo nos avocaremos al estudio sobre la libertad e igualdad de las personas que convergen en un contrato normativo en donde una de las partes es el Estado y la otra un gobernado (patrón), que puede ser un ente físico o moral.

Por tanto, realizaremos comentarios sobre el criterio tercero partiendo de los derechos de la dignidad y la libertad, que, en su interpretación más amplia, favorable, y asistiendo al principio de progresividad, se consideran inherentes también a la persona moral; es decir, consideramos que el patrón —físico o moral— goza de los mismos derechos humanos al efectuar el mismo acto que se le impone, toda vez que se ven afectados de la misma forma y en el mismo ámbito.

De conformidad con los principios constitucionales y los criterios anteriores de nuestro máximo tribunal, las personas

físicas y morales gozan de la protección de los derechos humanos, así como de las mismas prerrogativas, ya que se asemejan por cumplir el mismo fin: ser patrón. Por lo tanto, no deberá pensarse en patrón ni derecho humano como divergente al ser una persona moral.

Los patronos físicos o morales, según diversas legislaciones, como gobernados, deberán cumplir con las obligaciones que los comprometen a desarrollar diversas actividades o realizar determinadas acciones cual si fueran contraprestaciones en una obligación sinalagmática. Dejará una de las partes el arbitrio clausular para su gestión, estando siempre en beneficio del ente adherente, —el cual se estima como autoridad o ente rector en cumplimiento—, para llenar determinados requisitos de

viabilidad jurídica del ordenamiento que lo regula y por obviedad considerarse creador e intérprete para su aplicación.

En el caso de los contratos de normativos, éstos serán siempre en adhesión cuando se deja a la autoridad reguladora, que es la obligada a generarlos y aplicarlos directamente, la elaboración estudio y directriz clausular. En este tipo de contratos, se pierde la sensibilidad con el gobernado, toda vez que son creados para cumplir una determinada reglamentación, no un orden jurídico sistémico, progresivo y humano.

Se analizará, entonces, un contrato normativo que la doctrina identifica como atípico o innominado, es decir, aquel contrato cuya norma sustantiva obliga a su cumplimiento sin ser nominado o típico, como este:

(CTPM)

CONTRATO DE AFILIACIÓN COMO CENTRO DE TRABAJO QUE CELEBRAN POR UNA PARTE, NACIONAL FINANCIERA, S.N.C., COMO FIDUCIARIA DEL FONDO DE FOMENTO Y GARANTÍA PARA EL CONSUMO DE LOS TRABAJADORES (FONACOT), REPRESENTADA POR EL C. _____ EN SU CARÁCTER DE GERENTE ESTATAL Y APODERADO LEGAL, A QUIEN EN LO SUCESIVO SE DENOMINARÁ "EL FONACOT", Y POR LA OTRA PARTE, _____, REPRESENTADO (A) POR _____ EN SU CARÁCTER DE REPRESENTANTE LEGAL, A QUIEN ADELANTE SE DENOMINARÁ "EL CENTRO DE TRABAJO", DE CONFORMIDAD CON LAS SIGUIENTES DECLARACIONES Y CLÁUSULAS:

DECLARACIONES

El contrato anterior tiene las siguientes características:

Primera. El contrato, como fuente de obligaciones, debe ser firmado por el patrón, sea físico o moral, al sistema del Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de Trabajadores (Fonacot) en cumplimiento a una obligación patronal que deriva de los artículos 97 —fracción IV—, 103 Bis, 110 —fracción VII—, y 132 —fracción XXVI—, de la Ley Federal del Trabajo, que se insertan a continuación para su pronta referencia.

Artículo 97.- Los salarios mínimos no podrán ser objeto de compensación, descuento o reducción, salvo en los casos siguientes:

[...]

IV. Pago de abonos para cubrir créditos otorgados o garantizados por el Instituto a que se refiere el artículo 103 Bis de esta Ley, destinados a la adquisición de bienes de consumo duradero o al pago de servicios. Estos descuentos estarán precedidos de la aceptación que libremente haya hecho el trabajador y no podrán exceder del 10% del salario [...]

Artículo 103 Bis.- El Instituto del Fondo Na-

cional para el Consumo de los Trabajadores, conforme a la Ley que lo regula, establecerá las bases para:

I. Otorgar crédito a los trabajadores, procurando las mejores condiciones de mercado

II. Facilitar el acceso de los trabajadores a los servicios financieros que promuevan su ahorro y la consolidación de su patrimonio.

Artículo adicionado DOF 09-01-1974. Reformado DOF 02-07-1976, 30-11-2012

Artículo 110.- Los descuentos en los salarios de los trabajadores, están prohibidos salvo en los casos y con los requisitos siguientes:

Párrafo reformado DOF 09-01-1974

VII. Pago de abonos para cubrir créditos garantizados por el Instituto a que se refiere el artículo 103 Bis de esta Ley, destinados a la adquisición de bienes de consumo, o al pago de servicios. Estos descuentos deberán haber sido aceptados libremente por el trabajador y no podrán exceder del veinte por ciento del salario.

Fracción adicionada DOF 09-01-1974. Reformada DOF 30-11-2012”

Artículo 132.- Son obligaciones de los patrones:

[...]

“XXVI. Hacer las deducciones previstas en las fracciones IV del artículo 97 y VII del artículo 110, y enterar los descuentos en orden de prelación, primero al Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores y posterior a las otras instituciones. Esta obligación no convierte al patrón en deudor solidario del crédito que se haya concedido al trabajador;

Fracción adicionada DOF 09-01-1974. Fe de erratas DOF 10-01-1974. Reformada DOF 30-11-2012, 01-05-2019

XXVI Bis. Afiliar al centro de trabajo al Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores, a efecto de que los trabajadores puedan ser sujetos del crédito que proporciona dicha entidad. La afiliación será gratuita para el patrón;

Fracción adicionada DOF 30-11-2012... (Congreso de la Unión, 1970).

Segunda. Es un contrato unilateral de conformidad con el artículo 1835 del Código Civil Federal, que estipula lo siguiente: “Artículo 1835.- El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada” (Congreso de la Unión, 1928).

Se trata de un formulario cuyos espacios destinados para los datos del afiliado fueron llenados con medios electrónicos. Es indubitable e inconcuso que, para la celebración de ese contrato, no hubiera acuerdo de voluntades, sino únicamente obligaciones para el afiliado, las más violatorias de todas son aquellas que vuelven deudor solidario al patrón.

Tercera. Se trata de un contrato gratuito de conformidad con el artículo 1837 del Código Civil Federal, toda vez que el provecho es solamente para una de las partes, el cual, de existir duda, deberá resolverse en favor de la menor transmisión de derechos e intereses de conformidad con el artículo referido del ordenamiento mencionado.

Cuarta. Se clasifica como aleatorio de conformidad con el artículo 1838 del Código Civil Federal, pues la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que haga que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida hasta que ese acontecimiento ocurra. Es incuestionable que, para que opere el descuento sobre el salario del trabajador, este último debe celebrar un crédito con el Fonacot y el Fonacot debe notificar al patrón en qué fecha comenzar a efectuar descuentos, considerando cantidad, plazo y modo de entero. Cabe aclarar que el patrón jamás se verá favorecido con un crédito del Fonacot.

De lo anterior se da cuenta por lo señalado en las cláusulas primera y séptima del contrato de afiliación, den donde se

menciona la notificación que debe hacerse al centro de trabajo para que se efectúe descuento alguno.

CLÁUSULAS

PRIMERA. "EL CENTRO DE TRABAJO", en cumplimiento de la Fracción IV del Artículo 97, Artículo 103-

bis, Fracción VII del Artículo 110, y Fracción XXVI del Artículo 132 de la Ley Federal del Trabajo, se obliga a efectuar la retención al salario de sus trabajadores acreditados por "EL FONACOT", de las cantidades que este le requiera, y a enterar las mismas a "EL FONACOT" o a la Institución que este señale en los términos y condiciones que "EL FONACOT" determine. El descuento y entero lo realizará "EL CENTRO DE TRABAJO" en las fechas y bajo las condiciones que "EL FONACOT" le señale.

SÉPTIMA. "EL CENTRO DE TRABAJO" verificará, bajo su más estricta responsabilidad, los datos e información que le proporcione el trabajador y certificará las solicitudes de crédito que le presenten sus trabajadores, siendo responsables solidarios por los créditos concedidos a sus trabajadores, cuando certifique o valide datos falsos o inexactos; y cuando no de aviso de baja, suspensión o permiso de sus trabajadores.

Quinta. Al ser un contrato no especialmente reglamentado en el Código Civil Federal, se regirá de conformidad con el artículo 1858 del ordenamiento señalado.

...por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en ese ordenamiento (Congreso de la Unión, 1928).

Cabe señalar que la Ley del Instituto del Fondo Nacional para El Consumo de Los Trabajadores, en su artículo 5º, identifica a dicho instituto como *integrante del sistema financiero mexicano*; por tal motivo, ese instituto debería apegarse y ser transparente en las *disposiciones de carácter general en materia de cláusulas abusivas contenidas en los contratos de adhesión*, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 19 de noviembre de 2014.

Sexta. Por lo que respecta a la obligación de descuento, el contrato se realiza por una obligación de hacer, y ésta es condicional porque su existencia o su resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto, queda suspensiva porque de su cumplimiento depende la existencia de la obligación. Los descuentos sobre el crédito del trabajador deben ser periódicos; éstos gozan de prescripción negativa de conformidad con el artículo 1162 del Código Civil Federal, que señala lo siguiente:

Artículo 1162.- Las pensiones, las rentas, los alquileres y cualesquiera otras prestaciones periódicas no cobradas a su vencimiento, quedarán prescritas en cinco años, contados desde el vencimiento de cada una de ellas, ya se haga el cobro en virtud de acción real o de acción personal (Congreso de la Unión, 1928).

DÉCIMA PRIMERA.- La duración de este contrato es indefinida. Las partes podrán darlo por terminado anticipadamente mediante notificación por escrito a la otra parte, por lo menos con 60 días naturales de antelación, de conformidad con los Manuales y Procedimientos vigentes, sin embargo, este vínculo jurídico y las obligaciones y responsabilidades contraídas por "EL CENTRO DE TRABAJO" seguirán subsistiendo hasta la liquidación total de los adeudos pendientes de cubrir a "EL FONACOT".

Por lo señalado, la cláusula décima primera del contrato en análisis afecta severamente la vigencia de la obligación, impetrando una vigencia subsistente al vencimiento de las obligaciones; es violatoria a cualquier norma que limita la perpetuidad de la obligación, como la anterior —artículo 1162 del Código Civil Federal—. Es decir, en el orden jurídico, sin excepción, las obligaciones nacen y se extinguen de conformidad con su cumplimiento; cualquiera de las partes tiene la oportunidad de agotar su vigencia mediante regulaciones escritas, que la autoridad primero debe conocer y respetar.

Lo anterior constituye una violación a derechos humanos como la libertad, la igualdad, y al principio de progresividad, que exige a todas las autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos. Por tal motivo, no puede ser a perpetuidad el cumplimiento de la obligación cuando existe sustantiva de legalidad que lo impide. A mayor abundamiento, esa normativa ya es conocida por la autoridad que realiza el clausulado; empero, su ánimo o mala fe le permite arrancar el consentimiento a un particular —so pretexto de cumplir una obligación (afiliación)— para violentar su derecho humano y legal a disentir de las cláusulas que lo obligan a un cumplimiento perpetuo o lo vuelven solidario, lo cual es considerado cual si fuere un acuerdo entre las partes

sin serlo, ya que es unilateral y en adhesión, arrancado con violencia de coacción por el Estado al gobernado.

Con base en lo anterior, es inconcuso que cualquier manifestación en contravención a ley cause validez o existencia; sirva de apoyo lo señalado en los artículos 6° y 7° del Código Civil Federal:

Artículo 6°.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Artículo 7°.- La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia (Congreso de la Unión, 1928).

Por otro lado, respecto al sujeto Fonacot, es un organismo público descentralizado, que deberá regir sus actos de conformidad con lo dispuesto por la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, atendiendo al contenido de los artículos 1° y 3° de dicha normativa, que se transcribe para su pronta referencia.

Artículo 1.- Las disposiciones de esta ley son de orden e interés públicos, y se aplicarán a los actos, procedimientos y resoluciones de la Administración Pública Federal centralizada, sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados Internacionales de los que México sea parte.

El presente ordenamiento también se aplicará a los organismos descentralizados de la administración pública federal paraestatal respecto a sus actos de autoridad, a los servicios que el estado preste de manera exclusiva, y a los contratos que los particulares sólo puedan celebrar con el mismo.

Párrafo adicionado DOF 19-04-2000

[...]

Para los efectos de esta Ley sólo queda excluida la materia fiscal tratándose de las contribuciones y los accesorios que deriven directamente de aquéllas.

Artículo 3.- Son elementos y requisitos del acto administrativo:

XVI. Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo;

II. Tener objeto que pueda ser materia del mismo; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, y previsto por la ley;

III. Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos;

IV. Hacer constar por escrito y con la firma autógrafa de la autoridad que lo expida, salvo en aquellos casos en que la ley autorice otra forma de expedición;

V. Estar fundado y motivado;

VI.- (Se deroga) Fracción derogada DOF 24-12-1996

VII. Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento administrativo previstas en esta Ley;

VIII. Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto;

IX. Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión;

X. Mencionar el órgano del cual emana;

XI.- (Se deroga) Fracción derogada DOF 24-12-1996

XII. Ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas;

XIII. Ser expedido señalando lugar y fecha de emisión;

XIV. Tratándose de actos administrativos deban notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo;

XV. Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan, y

XVI. Ser expedido decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley... (Congreso de la Unión, 1994).

Ahora bien, con base en la simple lectura de los artículos anteriores, el Fonacot, siendo un organismo de la Administración Pública, deberá atender diversos ordenamientos que regulan su actuar, y —no, de manera arbitraria o en relevo de sus facultades— delegar funciones que son inherentes. Su modelo de contrato de afiliación con el patrón es uno de los elementos esenciales o especialmente regulados en la legislación administrativa, toda vez que solo con él se puede dar cumplimiento a lo establecido en la Ley Federal del Trabajo: el afiliarse como centro de trabajo o fuente de empleo al Fonacot.

A mayor, abundamiento, la Ley del Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de Los Trabajadores, en su artículo 5, señala:

Artículo 5.- La organización, el funcionamiento y la operación administrativos del Instituto

como organismo descentralizado, integrante del sistema financiero mexicano, se sujetará a la presente Ley y, en lo que no se opongan a ésta, le serán aplicables, la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (Congreso de la Unión, 2006).

Las operaciones y servicios del Instituto se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, en lo no previsto en ésta y en el orden siguiente, por la Ley Federal del Trabajo, la legislación mercantil, los usos y prácticas mercantiles y el Código Civil Federal.

El Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría del Trabajo y de la Secretaría de Hacienda, en el ámbito de sus respectivas competencias, estará facultado para interpretar esta Ley para efectos administrativos... (Congreso de la Unión, 2006).

De acuerdo con lo anterior, se ordena al Fonacot actuar bajo diversos ordenamientos y con un orden determinado. Por tal motivo, el contrato de afiliación que se estudia, en algunas de sus cláusulas, debe tener un fin o motivo e interpretación conforme a la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, lo que conlleva a la aplicación de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, así como al uso de su reglamentación para dar legalidad a todos sus actos. Se señalándose en la ley del Fonacot que, para lo no previsto, se regirá por lo dispuesto y en el siguiente orden de:

1. La Ley Federal del Trabajo,
2. La legislación mercantil,
3. Los usos y prácticas mercantiles,
4. El Código Civil Federal.

FIN O MOTIVO

De las precisiones anteriores, nace la obligación patronal de afiliarse al Fonacot, y este es el fin o motivo de cumplimiento: formalizar diferentes directrices o cláusulas par satisfacción del Estado, que, en este caso, es representado por un organismo público frente a un particular.

Cabe señalar que el contrato o convenio, como lo llama Fonacot en su página web (<https://www.fonacot.gob.mx/empresa/Paginas/default.aspx>), no se encuentra visible para su revisión previa; es decir, el particular jamás se encuentra en común acuerdo, toda vez que el documento afiliatorio es un modelo que se conoce después de haberse firmado electrónicamente. A mayor abundamiento, no existe la posibilidad física ni material de manifestar la voluntad libremente a las obligaciones, toda vez que no se conocen antes de firmarse; se vuelve inverosímil el hecho de que la manifestación de la voluntad de las partes contenga obligaciones bilaterales o sinalagmáticas, pues la mayoría de las cláusulas de dicho documento que no son informativas o de trámite para identificación está preestablecida. Se dejan todas las obligaciones —control, administración, descuento, depósito, retención, entero, seguimiento, análisis y gestión contable, entre otras— al afiliado, bajo la pena de la solidaridad y perpetuidad, principios prohibidos y en detrimento del particular (patrón) por violentar sus derechos humanos.

Es probable que la gestión administrativa del crédito del trabajador, en su tiempo de duración o vigencia que realiza el patrón, reduzca significativamente los costos gubernamentales por la administración de los créditos. Es la carga

administrativa un impuesto más para el patrón, que debería verse en beneficio de un ejercicio transparente, eficiente y eficaz de los recursos públicos, al ahorrarse significativamente la administración de los créditos el Fonacot. Entonces, el fin o motivo sería el ahorro de recurso, en donde se tendría que evaluar la plantilla del Fonacot, su eficacia, la eficiencia de sus recursos y el verdadero ahorro que tienen los trabajadores al tomar esos créditos, así como las tendencias de preferencia entre

tasa y oportunidad para el acceso a créditos en favor de los trabajadores.

El objeto de estudio —contrato Fonacot que firma el patrón en afiliación obligatoria— contiene, en su cuerpo clausular, diversas postulaciones para el cumplimiento de su fin, y son de principal relevancia las que se relacionan con las actividades que desarrollará el patrón, de las cuales insertaremos cuatro. Se deja a la autoridad ejecutora la oportunidad de actualizar su modelo como recomendación.

TERCERA. - "EL CENTRO DE TRABAJO", bajo su responsabilidad, deberá llevar a cabo el descuento y entero a que se refiere la cláusula primera, salvo en los casos siguientes:

- Separación definitiva del trabajador.
- Suspensión u otorgamiento de permiso sin goce de sueldo al trabajador.
- Estallamiento de huelga, suspensión de pagos o concurso de "EL CENTRO DE TRABAJO".
- Incapacidad temporal o total del trabajador.
- Cualquier otra causa que interrumpa o concluya la relación laboral con el trabajador.

"EL CENTRO DE TRABAJO" se obliga a dar aviso por escrito a "EL FONACOT" en un término no mayor de 5 días hábiles de la fecha en que se realice el evento, o tenga conocimiento de éste, informando previamente mediante fax dirigido a "EL FONACOT", así como a proporcionarle los sustentos documentales relativos en el mismo término, respondiendo solidariamente del crédito por incumplimiento a esta obligación.

SÉPTIMA. - "EL CENTRO DE TRABAJO" verificará, bajo su más estricta responsabilidad, los datos e información que le proporcione el trabajador y certificará las solicitudes de crédito que le presenten sus trabajadores, siendo responsables solidarios por los créditos concedidos a sus trabajadores, cuando certifique o valide datos falsos o inexactos; y cuando no de aviso de baja, suspensión o permiso de sus trabajadores.

OCTAVA. - El entero extemporáneo de las retenciones realizadas al salario de los trabajadores, causará, a "EL CENTRO DE TRABAJO", una pena convencional a una tasa de 3% o la que determine "EL FONACOT", por mes o fracción, durante el tiempo que dure la mora, más I.V.A., y gastos de cobranza, de ser cedida la cuenta a un despacho externo para su cobro, pena que será a cargo de "EL CENTRO DE TRABAJO" y no podrá ser transferida a los trabajadores.

DÉCIMA PRIMERA. - La duración de este contrato es indefinida. Las partes podrán darlo por terminado anticipadamente mediante notificación por escrito a la otra parte, por lo menos con 60 días naturales de antelación, de conformidad con los Manuales y Procedimientos vigentes, sin embargo, este vínculo jurídico y las obligaciones y responsabilidades contraídas por "EL CENTRO DE TRABAJO" seguirán subsistiendo hasta la liquidación total de los adeudos pendientes de cubrir a "EL FONACOT".

Las cláusulas anteriores se considerarán de nulidad, toda vez que son arrancadas por error como vicio del consentimiento —de lo cual obra causa de mala fe en el contrato—, al contravenir lo dispuesto en el artículo 132, fracción XXVI, de la Ley Federal del Trabajo, al impetrar

al patrón la solidaridad de la obligación exclusiva del deudor —del crédito, que es el trabajador—, y así delegar las funciones y atribuciones de supervisión administración, control y compulsión de las obligaciones periódicas del trabajador al Fonacot y viceversa para generar de mala fe la

disimulación del error en perjuicio del patrón, cuya obligación natural solo debe ser la afiliación.

El patrón se vuelve, en las citadas cláusulas, un ente más de las obligaciones contraídas por el trabajador y un sustituto de la autoridad como recaudador con todas las prerrogativas del ejercicio de un encargo y sanciones pecuniarias que corren en contra de un simple afiliado, sin beneficio crediticio; una máxima de violación, toda vez que dejar pasar los términos de la obligación solo perjudica al patrón y beneficia a los sujetos del crédito. Se deja la responsabilidad de saneamiento de las obligaciones al patrón, sin que exista periódicamente una notificación legal con fundamentación y motivación obligatoria —por parte de Fonacot—, sobre las prestaciones periódicas del trabajador, para obrar de mala fe y cobrar cantidades mayores a la suerte principal. Se establece que el interés lo determinará arbitrariamente obviamente en beneficio y con la clara intención de usura, lo cual es prohibido por el artículo 1843 del Código Civil Federal, que estipula “Artículo 1843.- La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal” (Congreso de la Unión, 1928).

También se considera nula cualquier renuncia en contravención a cualquier ley, ya que si ésta se establece, goza de nulidad según artículo 6° del Código Civil Federal, el cual señala lo siguiente:

Artículo 6°.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero (Congreso de la Unión, 1928).

No puede llevarse a cabo una renuncia a una obligación como la señalada en el artículo 132 BIS, fracciones XXVI y XXVII, de la Ley Federal del Trabajo; es decir, “no puede renunciarse a la obligación de afiliarse, ni de, no ser solidario”, porque sería contrario a la ley, al espíritu de la misma, y podría, entonces, obtenerse créditos en beneficio de los patrones a través de sus trabajadores, lo cual no solo es inmoral, sino ilegal y violatorio de los derechos humanos por trasgredir el principio de progresividad, al volverse beneficiario el patrón del trabajador.

Recuerden que si la solidaridad es una obligación bilateral de deudores, uno debe pagar por el otro, indistintamente de quién sea el beneficiario.

CONCLUSIONES

Los contratos que normativamente obligan al gobernado a ejecutar, mediante reglas impuestas, el cumplimiento de las obligaciones siempre serán en adhesión, sin dejar oportunidad al patrón, según el presente objeto de estudio, de ejercer su leal y libre compromiso voluntario. A mayor abundamiento, *existe violación al derecho humano* a la libertad al ser impuestas cláusulas en beneficio solo del ente que obliga a cumplir una adhesión, derivado del compromiso clausular que contiene el contrato de afiliación al Fonacot.

Es la primera condición, para que haya obligaciones, el libre ejercicio de la voluntad al compromiso pactado; por tal motivo, las obligaciones naturales se vuelven desproporcionadas y coercitivas. Se parte del hecho de que la Ley Federal del Trabajo obliga al patrón a afiliarse al Fonacot —pero no solidariamente—, a no aceptar condiciones limitantes en sus derechos humanos, como acontece en el convenio de afiliación.

En el caso en particular, el Fonacot, mediante el acuerdo de voluntades, intenta simular una obligación sinalagmática —bajo la presión obligatoria de afiliación—, a fin de volver deudor solidario al patrón frente a las obligaciones del trabajador, quien, en este caso, actúa como sujeto de crédito. Volcándose una serie de obligaciones propias de la autoridad en contra del patrón, cuyo único papel debería ser como dador de la fuente de empleo, que lo vuelven incluso un retenedor (cual recaudador de impuestos), sin verificar las condiciones o términos de la relación que lo obligan a cumplir la afiliación.

Entonces, ¿por qué se llama acuerdo de voluntades a la suscripción obligatoria de afiliación y se soslaya la facultad de comprobación y cumplimiento de las obligaciones del trabajador sujeto del crédito al patrón como si fuera un gestor de cobro coactivo —so pena de volverse deudor solidario, volviendo desequilibrado el propósito del crédito y siendo gravoso para el patrón— por la administración que realiza sobre los descuentos al trabajador, pasando de ser un simple depositario a un deudor solidario?

Los argumentos sobre la obligatoriedad y la voluntad de suscribir una afiliación con el Fonacot controvierten totalmente el principio de la existencia del acuerdo de voluntades por la notoria obligatoriedad y fuerza que el Estado tiene por medio de la coerción y coacción sobre el gobernado (patrón), para que este último acepte —sin oportunidad de alegar—, la falta de libertad y equidad al suscribir un mandamiento escrito por autoridad competente en términos contrarios al artículo 132, fracción XXVI Bis, de Ley Federal del Trabajo. Dicha normativa niega que el patrón se vuelva solidario por la afiliación, pues en su aplicación ejecutiva con el particular (patrón) pone

en evidencia la búsqueda sancionatoria de la solidaridad crediticia, para hacer cumplir sus obligaciones como autoridad bajo el amparo de un *acuerdo libre y equitativo de voluntades* que delega al patrón el ejercicio de las facultades de retenedor, auditor, administrador, beneficiario y depositario de los enteros de la contraprestación por un crédito autorizado al trabajador; se vulnera así la voluntad del particular (patrón) en agravio de los derechos humanos que le asisten. Y toda vez que el particular no puede negarse a cumplir con un mandamiento que ordena afiliación y que, por sus condiciones de gobernado, debe signar de acuerdo con los términos y condiciones que estipula una de las partes —porque esa parte es el Estado— a través de uno de sus órganos reconocidos en su estructura de Administración Pública como ente, no le queda más alternativa que firmar en contravención a todos los supuestos de equidad y libre manifestación de la voluntad; es decir, existe coerción pública estatal para renunciar a unos derechos que le asisten al particular: la no solidaridad por adhesión, la aceptación de intereses a modo o gusto y una administración obligatoria de conductas entre las partes de un crédito del cual no forma parte o recibe beneficios.

Entonces, la *no igualdad entre las partes* es un derecho humano que se violenta al ser el Fonacot un ente de gobierno que perpetra, por medio de una coacción, el cumplimiento de un mandamiento que implica afiliación, y no solidaridad, trasgrediendo el *principio de progresividad* de los derechos humanos al regresar al particular a una posición prohibida por la propia norma sustantiva —bajo la argucia del acuerdo de voluntades—, para convertirlo en deudor solidario.

Mediante el principio de progresividad, se les exige a todas las autoridades

del Estado mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos; se les impide la regresividad, que, en aumento de circunstancia, deja la carga de la contraprestación debida al patrón al volverlo sujeto solidario del crédito otorgado al trabajador.

Para que sea el lector quien determine la exactitud o inexactitud de los comentarios aquí vertidos, se inserta, de manera íntegra, el cuerpo que contiene las cláusulas del convenio o contrato de afiliación al Fonacot. Lo anterior sirva para todos aquellos que consideran voluntad de las partes firmar obligaciones al amparo del cumplimiento de una norma, sin considerar que las obligaciones pueden violentar derechos humanos.

Agradecimientos a Rosa María Salinas Sarrión Brenda Luz Trujillo Enciso.

FUENTES CONSULTADAS

Congreso de la Unión (1928), Código Civil Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 26 de mayo, última reforma: 27 de marzo de 2020.

_____ (1996), Ley Federal del Trabajo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 24 de diciembre, última reforma: 2 de julio de 2019.

_____ (1972), Ley del Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 24 de abril, última reforma: 1 de octubre de 2014.

_____ (1994), Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 4 de agosto, última reforma: 18 de mayo de 2018.

SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2017), Dignidad humana. Las personas morales no gozan de ese derecho, jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 43, tomo II, décima época, Segunda Sala, p. 699.

_____ (2017), Personas morales o jurídicas. Son titulares de los derechos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines, tesis aislada 8o.2 CS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 41, tomo II, décima época, Tribunales Colegiados de Circuito, p.1175.

_____ (2015), Principio de interpretación más favorable a la persona. Es aplicables respecto de las normas relativas de los derechos humanos de los que sean titulares las personas morales, jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 16, tomo I, décima época, p. 117.

_____ (2013), Personas morales. Son titulares de derechos humanos conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, por tanto, opera en su favor la suplencia de la deficiencia de la queja en el juicio de amparo, tesis aislada 1.3o.P.6 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 23, tomo III, décima época, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 1692.

SE ANEXA CONTRATO

(CIPM)
CONTRATO DE AFILIACIÓN COMO CENTRO DE TRABAJO QUE CELEBRAN POR UNA PARTE, NACIONAL FINANCIERA, S.N.C., COMO FIDUCIARIA DEL FONDO DE FOMENTO Y GARANTÍA PARA EL CONSUMO DE LOS TRABAJADORES (FONACOT), REPRESENTADA POR EL C. _____ EN SU CARÁCTER DE GERENTE ESTATAL Y APODERADO LEGAL, A QUIEN EN LO SUCESIVO SE DENOMINARÁ "EL FONACOT", Y POR LA OTRA PARTE, _____, REPRESENTADO (A) POR _____ EN SU CARÁCTER DE REPRESENTANTE LEGAL, A QUIEN ADELANTE SE DENOMINARÁ "EL CENTRO DE TRABAJO", DE CONFORMIDAD CON LAS SIGUIENTES DECLARACIONES Y CLÁUSULAS:

DECLARACIONES

I.- DECLARA "EL FONACOT"

A) Ser un Fideicomiso Público de Interés Social, previsto en el Artículo 103-bis de la Ley Federal del Trabajo, y creado mediante decreto presidencial de fecha 30 de abril de 1974, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de mayo de ese mismo año.

B) Que tiene entre sus fines proporcionar crédito a los trabajadores del país, con antigüedad mínima de un año y 18 años de edad como mínimo, que se encuentren sujetos a contrato de trabajo por tiempo indeterminado y que perciban un salario base sin incluir prestaciones que no exceda de veinte veces el salario mínimo general mensual que prevalezca en la zona económica que en la que el trabajador preste sus servicios.

C) Contar con las facultades legales para suscribir el presente contrato, de conformidad al poder que le fue

D) Que para efectos de este contrato señala como su domicilio legal el ubicado en: _____
Co. _____

II.- DECLARA "EL CENTRO DE TRABAJO":

A) Ser una Persona MORAL, constituida conforme a las leyes del país y mediante Escritura Pública No.

B) Contar con las suficientes facultades para suscribir el presente contrato en virtud del poder contenido en la

Expuesto lo anterior, las partes convienen en otorgar y sujetarse a las siguientes:

CLÁUSULAS

PRIMERA. "EL CENTRO DE TRABAJO", en cumplimiento de la Fracción IV del Artículo 97, Artículo 103-

FO09.00/MA02

oportunamente de cualquier cambio que afecte la operación con "EL FONACOT".

DÉCIMA.- "EL CENTRO DE TRABAJO" se obliga a suscribir las 'Tarjetas de Registro de Empresa' que le sean proporcionadas por "EL FONACOT", comprometiéndose a informar con oportunidad a "EL FONACOT" de cualquier cambio que ocurra respecto de las personas que estampen sus firmas en las mismas o de cualquier cambio de su condición jurídica, a efecto de mantenerlas actualizadas, así como a realizar la actualización de la documentación que este le requiera.

DÉCIMA PRIMERA.- La duración de este contrato es indefinida. Las partes podrán darlo por terminado anticipadamente mediante notificación por escrito a la otra parte, por lo menos con 60 días naturales de antelación, de conformidad con los Manuales y Procedimientos vigentes, sin embargo, este vínculo jurídico y las obligaciones y responsabilidades contraídas por "EL CENTRO DE TRABAJO" seguirán subsistiendo hasta la liquidación total de los adeudos pendientes de cubrir a "EL FONACOT".

DÉCIMA SEGUNDA.- En el evento que "EL CENTRO DE TRABAJO" cuente con sucursales, se consideraran parte de la matriz para todos los efectos legales a que haya lugar, para lo cual suscribirá un convenio adicional con "EL FONACOT", la sucursal podrá enterar las cantidades que recabe de los trabajadores en la Delegación de "EL FONACOT" en que se encuentre su jurisdicción.

DÉCIMA TERCERA.- Los destajistas o comisionistas al servicio de "EL CENTRO DE TRABAJO" podrán ser sujetos de crédito siempre que cuenten con contrato individual de trabajo y sueldo base.

DÉCIMA CUARTA.- Este contrato se dará por terminado automáticamente si transcurre un periodo de un año sin que los trabajadores de "EL CENTRO DE TRABAJO" ejerzan el crédito FONACOT. La terminación de este contrato no comprende los adeudos a cargo de "EL CENTRO DE TRABAJO", los que subsistirán hasta su total liquidación.

DÉCIMA QUINTA.- "EL FONACOT" aplicará a "EL CENTRO DE TRABAJO" las siguientes sanciones: la suspensión temporal de autorización de nuevos créditos al presentar morosidad de 30 días en el entero a "EL FONACOT" y la cancelación definitiva del otorgamiento de nuevos créditos al acumular tres suspensiones en un periodo de doce meses. El incumplimiento de "EL CENTRO DE TRABAJO" a cualquiera de las obligaciones pactadas en este instrumento, dará lugar a rescindirlo sin necesidad de juicio previo ni declaración judicial alguna, independientemente de las acciones judiciales que se lleven a cabo para el cobro del adeudo.

DÉCIMA SEXTA.- Los instructivos, circulares o cualquier otro documento análogo que emita "EL FONACOT" y que resulte de aplicación a los Centros de Trabajo afiliados a éste, se considerarán parte integrante de este contrato.

DÉCIMA SÉPTIMA.- "EL CENTRO DE TRABAJO" autoriza a "EL FONACOT" para que lleve a cabo investigaciones y monitoreo periódico, sobre el comportamiento crediticio de la empresa que representa en las sociedades de investigación crediticia que estime conveniente.

DÉCIMA OCTAVA.- Para lo relacionado con la interpretación, cumplimiento y ejecución del presente contrato, las partes se someten a las leyes y normas de carácter federal, y a elección de "EL FONACOT" a la jurisdicción de los tribunales competentes de la Ciudad de México o los tribunales federales de la entidad federativa en que se ubique "EL CENTRO DE TRABAJO", renunciando al fuero que por razón de su domicilio presente o futuro les corresponda o les llegará a corresponder.

LEÍDO QUE FUE EL PRESENTE INSTRUMENTO POR LAS PARTES QUE EN ÉL INTERVIENEN Y ENTÉRADAS DE SU ALCANCE Y VALOR LEGALES, LO RATIFICAN Y LO FIRMAN EN PUBLICO EN

bis, Fracción VII del Artículo 110, y Fracción XXVI del Artículo 132 de la Ley Federal del Trabajo, se obliga a efectuar la retención al salario de sus trabajadores acreditados por "EL FONACOT", de las cantidades que este le requiera, y a enterar las mismas a "EL FONACOT" o a la Institución que este señale en los términos y condiciones que "EL FONACOT" determine. El descuento y entero lo realizará "EL CENTRO DE TRABAJO" en las fechas y bajo las condiciones que "EL FONACOT" le señale.

SEGUNDA.- De ser "EL CENTRO DE TRABAJO" objeto de una sustitución patronal, deberá informarlo a "EL FONACOT" dentro de los 5 días hábiles siguientes, el patrón sustituido será solidariamente responsable con el nuevo de las obligaciones derivadas del presente contrato, en términos del Artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo.

TERCERA.- "EL CENTRO DE TRABAJO", bajo su responsabilidad, deberá llevar a cabo el descuento y entero a que se refiere la cláusula primera, salvo en los casos siguientes:

- Separación definitiva del trabajador.
- Suspensión u otorgamiento de permiso sin goce de sueldo al trabajador.
- Estallamiento de huelga, suspensión de pagos o concurso de "EL CENTRO DE TRABAJO".
- Incapacidad temporal o total del trabajador.
- Cualquier otra causa que interrumpa o concluya la relación laboral con el trabajador.

"EL CENTRO DE TRABAJO" se obliga a dar aviso por escrito a "EL FONACOT" en un término no mayor de 5 días hábiles de la fecha en que se realice el evento, o tenga conocimiento de éste, informando previamente mediante fax dirigido a "EL FONACOT", así como a proporcionarle los sustentos documentales relativos en el mismo término, respondiendo solidariamente del crédito por incumplimiento a esta obligación.

CUARTA.- La defunción o incapacidad total permanente del trabajador acreditado extinguirá el saldo del crédito otorgado, debiendo "EL CENTRO DE TRABAJO" informar por escrito a "EL FONACOT" dentro de los cinco días hábiles de la realización del evento, o de que tenga conocimiento del mismo, adjuntando original y copia de la acta o certificado correspondiente.

QUINTA.- Las cantidades retenidas a sus trabajadores deberán ser enteradas por "EL CENTRO DE TRABAJO" en los documentos oficiales o mediante medios magnéticos o electrónicos que al efecto le señale "EL FONACOT".

SEXTA.- "EL CENTRO DE TRABAJO" deberá enterar las cantidades que recabe de los trabajadores en la Delegación de "EL FONACOT" a la cual se encuentre adscrito o en el Banco que se le designe al efecto, debiendo en ese supuesto, pagar mediante cheque o abono en cuenta de "EL FONACOT", informándole a más tardar al día siguiente al pago del depósito efectuado y debiendo remitirle a éste una copia sellada de la cédula que ostente su fecha de pago.

SÉPTIMA.- "EL CENTRO DE TRABAJO" verificará, bajo su más estricta responsabilidad, los datos e información que le proporcione el trabajador y certificará las solicitudes de crédito que le presenten sus trabajadores, siendo responsables solidarios por los créditos concedidos a sus trabajadores, cuando certifique o valide datos falsos o inexactos; y cuando no de aviso de baja, suspensión o permiso de sus trabajadores.

OCTAVA.- El entero extemporáneo de las retenciones realizadas al salario de los trabajadores, causará, a "EL CENTRO DE TRABAJO", una pena convencional a una tasa de 3% o la que determine "EL FONACOT", por mes o fracción, durante el tiempo que dure la mora, más I.V.A., y gastos de cobranza, de ser cedida la cuenta a un despacho externo para su cobro, pena que será a cargo de "EL CENTRO DE TRABAJO" y no podrá ser transferida a los trabajadores.

NOVENA.- "EL CENTRO DE TRABAJO" se obliga a informar a "EL FONACOT", por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel en que se verifique su cambio de domicilio o a su régimen legal, así como el cambio de domicilio de sus trabajadores acreditados de los que tenga conocimiento. "EL FONACOT" suspenderá inmediatamente y en forma temporal a "EL CENTRO DE TRABAJO" de no notificarle a éste

F009,00011102

La ética pública como garante del derecho humano a una buena administración pública

Public Ethics as Guarantor of the Human Right to a Good Public Administration

Cesiah Eli Muñoz Pérez*

A la memoria de Silvia López Velasco

RESUMEN

La importancia de contar con un buen gobierno ha sido un tema discutido desde la antigua Grecia. Desde entonces, se ha planteado la premisa de formar ciudadanos virtuosos, que se involucren en la vida pública y realicen sus labores con diligencia en pro del bien común.

En la actualidad, hacer frente al fenómeno de la corrupción representa uno de los retos más sustanciales en el derecho internacional. La preocupación por su multiplicación y sus efectos cada vez peores en países desarrollados y en vías en desarrollo han provocado que se reconozca el derecho humano a una buena Administración Pública y se establezcan parámetros y directrices para su salvaguarda. Este trabajo propone la profesionalización y el fomento de la ética pública como un mecanismo para garantizar el derecho humano a una buena Administración Pública y, en consecuencia, hacer frente al problema de la corrupción.

Palabras clave: derechos humanos, Administración Pública, ética pública, corrupción, derecho humano a una buena administración pública.

ABSTRACT

The importance of having a good government has been a topic of discussion since ancient Greece. Since then, there's a premise based on the urgent of forming virtuous citizens, who must get involve in the public life and fulfill their duties, diligently and always for the common good. Nowadays, dealing with the phenomenon of corruption represents one of the most substantial challenges in international law. The concern about its multiplication and worsening effects, in developed and developing countries, has led to the recognition of the human right of good administration and the establishment of parameters and guidelines for its safeguarding. This paper proposes the professionalization and promotion of public ethics as a mechanism to guarantee the human right to good administration and, consequently, to address the problem of corruption.

Key words: Human Rights, Public Administration, Ethics in Public Service, Corruption, the right to Good Administration.

* Licenciada en Derecho. De 2016 a 2018 laboró en la Dirección de Ética y Prevención de la Corrupción de la Secretaría de la Contraloría del Gobierno del Estado de México, involucrándose directamente con la ética pública y la prevención de la corrupción. Actualmente, funge como titular de la Unidad de Ética y Prevención de la Corrupción, adscrita al Órgano Interno de Control de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, en la que realiza diversas funciones, entre las que se destacan diseñar y dar seguimiento a la política de integridad, coordinar el Comité de Ética y de Prevención de Conflicto de Intereses, establecer mecanismos internos a fin de prevenir la corrupción, así como establecer acciones para el fomento e interiorización de principios, valores y buenas prácticas en el servicio público.

INTRODUCCIÓN

La expansión del fenómeno de la corrupción ha provocado que el concepto de derechos humanos se interprete de una manera mucho más amplia. La habilidad humana para trasgredir las normas debe ser contrarrestada de alguna manera por medio del derecho, que, por su propia naturaleza, se encuentra en desventaja.

Erradicar la corrupción es un tema de la agenda internacional y una prioridad para garantizar el goce de los derechos humanos; sin embargo, pareciera que el problema avanza mucho más rápido que las acciones para contenerlo.

Por ello, el discurso de la existencia de un derecho humano a una buena Administración Pública cobra cada vez más fuerza, tanto en el ámbito internacional como local. Su primer antecedente como concepto individual es en el año 2000, y poco a poco ha ido escalando posiciones entre las prioridades de la comunidad internacional.

Sin embargo, y a pesar de que se conocen los efectos de la corrupción, prevalece el debate sobre si existe o no un derecho humano a una buena Administración Pública o si el término se emplea únicamente de manera emotiva para generalizar las obligaciones que tiene el Estado en el respeto a los derechos humanos.

El objetivo del presente capítulo es llevar a cabo, por medio del método de investigación teórica, el análisis del derecho humano a una buena Administración Pública, desde los orígenes del término hasta sus características y alcances, así como la relación que guarda con la ética pública.

En el primer apartado se hace un breve recorrido sobre las implicaciones de la reforma en materia de derechos humanos

de 2011; se explican también, de manera genérica, los principios de los derechos humanos, así como las obligaciones y deberes que tiene el Estado para garantizar su goce y disfrute.

En el segundo apartado se estudia su definición y alcance, así como la relación que guarda con las violaciones a derechos humanos que se presentan en un país. La corrupción está, indudablemente, ligada con el debilitamiento del Estado de derecho, la falta de administración de justicia y la desconfianza en las instituciones públicas.

En el tercer apartado se dan a conocer los antecedentes internacionales y nacionales del reconocimiento que se ha hecho de contar con una buena Administración Pública como un derecho humano y la doble visión que eso implica: la obligatoriedad del Estado de garantizarlo y el deber social de exigirlo.

En la cuarta sección se realiza una reflexión sobre la ética, explicando su significado e impacto filosófico, y se explica cuál es su conexión e importancia en la Administración Pública.

Finalmente, en el último bloque, a partir del análisis de los puntos tratados se propone la implementación y fomento de la ética pública, en las distintas áreas del gobierno, como una de las acciones principales que debe llevar a cabo el Estado para garantizar el derecho humano a una buena Administración Pública y para prevenir y controlar el fenómeno de la corrupción.

PRELUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) define a los derechos humanos como el:

...conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.

En ese sentido, los derechos humanos son aquellos de los cuales la persona está dotada frente al Estado, por su mera condición como ser humano. Es importante destacar que, aun cuando no exista una legislación específica que reconozca ciertos derechos, éstos no dejan de existir, ya que son inalienables a la persona; por ello, el Estado tiene la obligación de garantizar su goce y respeto. Los derechos humanos son inherentes a la dignidad¹ y necesarios para que la persona cumpla con un plan de vida.

A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos llevada a cabo el 10 de junio de 2011, se realizaron modificaciones sustanciales en el sistema jurídico mexicano, empezando por el cambio de denominación del título primero, capítulo I de la Constitución —“De las garantías individuales”, por “De los derechos humanos y sus garantías”—, lo cual ya representa por sí mismo una visión totalmente distinta de lo que se venía

1 La dignidad es el valor que posee la persona por el sólo hecho de ser; gracias a ella es libre para la toma de decisiones y acción, con lo que determina el lugar que habrá de ocupar en el universo. La dignidad es, por tanto, la cualidad del hombre como ser indeterminado. Hace referencia al valor inherente del ser humano como ser racional, dotado de libertad y poder creador, toda vez que las personas son capaces modelar o mejorar su calidad de vida mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su libertad (Pérez, 2015).

conociendo en la materia, esto es, el uso correcto de los términos, ya que no es lo mismo hablar de derechos humanos que de garantías. Los primeros se refieren a las prerrogativas inherentes a la persona, y las segundas, a los medios a través de los cuales se hacen efectivas dichas prerrogativas dentro del marco jurídico² (Bernal, 2019).

Sin embargo, la modificación más significativa radica en la reforma al artículo primero de la Constitución. En él se estableció el término de derechos humanos, se dio reconocimiento a los tratados internacionales que, junto con la Constitución y la jurisprudencia interna, conforman el bloque de constitucionalidad³, se instituyeron los principios de interpretación conforme⁴ y propersona⁵; de igual forma, se estipularon obligaciones y deberes para

2 Según Luigi Ferrajoli (s/a), citado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN] (2015: 1451), las garantías son “deberes consistentes en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión, según que los derechos garantizados sean derechos positivos o derechos negativos”.

3 “El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución” (Arango, 2004: 79).

4 La interpretación conforme significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.

5 El principio propersona es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (Pinto, 1997).

las autoridades del país, así como los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que deben observarse en el cumplimiento de esas obligaciones (Bernal, 2019).

Llegado a ese punto, es importante reconocer la connotación ética que abraza al concepto de derechos humanos. Si bien la garantía de esas prerrogativas tiene su fundamento en el orden jurídico, su origen radica en exigencias morales; es decir, una persona reclama un derecho porque considera que tiene una exigencia ética justificable y que se puede hacer valer por medio del aparato de justicia. Esta idea se relaciona directamente con el principio de universalidad (Viola, 1999).

La universalidad, como principio de los derechos humanos, se refiere al reconocimiento de la dignidad humana sin distinción de raza, sexo, religión, inclinación política, o cualquier otra circunstancia. La posesión de los derechos humanos no puede estar condicionada a persona alguna, ya que nace de ella. En palabras de Gregorio Peces-Barba Martínez (1994), la única posibilidad para mantener la idea de universalidad es abstraer a los derechos humanos de los bienes primarios que cada uno de ellos protege para llevarla hacia una moralidad genérica que respalde al conjunto de los derechos⁶. Así, la visión moral de los derechos humanos lleva a la idea básica de dignidad humana, a los principios universales de libertad, igualdad y fraternidad⁷.

En adhesión, el principio de universalidad contempla que las autoridades y cualquier persona debe abstenerse de vulnerar los derechos humanos, esto es, no solo implica el reconocimiento de que todas las personas son portadoras de derechos humanos, sino también la obligación universal de su respeto y garantía (Bernal, 2019).

El principio de interdependencia consiste en que todos los derechos humanos se encuentran íntimamente vinculados unos con los otros, esto es, en el caso de que se garantice o, en su defecto, se transgreda un derecho, dicha acción forzosamente impactará en otro derecho (Vázquez *et al.*, 2011). Cada derecho está, ineludiblemente, vinculado con otro; por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión está aparejado con el derecho a la información, lo que, a su vez, se relaciona con el Estado democrático⁸.

Por su parte, el principio de invisibilidad se refiere a la visión integral que debe tenerse sobre los derechos humanos, pues todos se encuentran unidos no porque dependan los unos de los otros, como lo establece el principio de interdependencia, sino porque en conjunto forman un solo concepto (Vázquez *et al.*, 2011). En ese sentido, al violarse un derecho humano se estará violando otro, independientemente de que exista una relación directa entre ellos pues, para fundar un verdadero Estado de derecho, se requiere de la existencia y protección de todos los derechos humanos.

6 “La universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados como fines y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida (su moralidad privada)” (Peces-Barba, 1994: 624).

7 Libertad, igualdad y fraternidad fueron los ideales proclamados en la Revolución francesa, que es uno de los eventos históricos más inspiradores en materia de derechos humanos.

8 En este sentido, la Corte Interamericana (Corte IDH) (1985: párr. 69) expresó que: “Dentro de una sociedad democrática [es necesario que] se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas, opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto [...] Tal como está concebido en la Convención Americana, [es necesario] que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información”.

Los principios de interdependencia e indivisibilidad guardan una estrecha relación, ya que el primero establece que todos los derechos están vinculados entre sí, y el segundo, que se debe hablar de un conjunto de derechos como construcción única debido a que no existe jerarquía entre ellos, ninguno es más importante o está por encima de otro⁹ (Vázquez *et al.*, 2011).

El principio de progresividad implica el reconocimiento de que la aplicación y garantía de los derechos humanos no se logrará de manera inmediata, requiere un proceso paulatino, por ello se necesitan nuevas y mejores prácticas para garantizarlos; he ahí el segundo enfoque: el progreso (Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], 2019).

Debido a que los derechos humanos están en constante evolución, el Estado tiene la obligación de generar y asegurar la mayor y mejor protección y garantía de los mismos. Dicha protección se materializa por medio de la prohibición de regresividad y del máximo uso de los recursos (Salazar, 2014). En el primer aspecto se impide que el Estado anule o impida el ejercicio de un derecho del que ya se ha tenido avance, lo cual, evidentemente, se relaciona con las leyes y las políticas públicas. El segundo se refiere a la obligatoriedad que tienen los Estados de analizar y asegurar que los recursos de una nación se utilicen de modo

eficiente y efectivo en la satisfacción de las necesidades colectivas¹⁰.

Las obligaciones que se impusieron al Estado mexicano con la citada reforma en derechos humanos son promover, respetar, proteger y garantizar.

La promoción se refiere a la obligación que tiene el Estado de fomentar una cultura de los derechos humanos por medio de la sensibilización para cambiar la conciencia social (Salazar, 2014). Al igual que con el principio de universalidad, esa obligación conlleva una implicación ética.

Respetar los derechos humanos se refiere a la exigencia que se debe realizar a las autoridades y a las personas servidoras públicas de abstenerse de llevar a cabo cualquier acción u omisión que vulnere un derecho humano y, a su vez, que obstaculice las circunstancias que permiten su goce y disfrute y darles el cumplimiento inmediato (Salazar, 2014).

La protección obliga al Estado a generar las condiciones para prevenir y hacer frente a las violaciones de derechos humanos, sea por una autoridad o un particular; asimismo, se relaciona con el desempeño que tienen las personas servidoras públicas en cumplimiento al respeto a los derechos humanos, por lo tanto, el personal de

9 Al respecto, la SCJN (2013: 2254) establece lo siguiente: "...ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente...".

10 Sobre el principio de progresividad, la SCJN (2013: 2254) establece que "... constituye el compromiso de los Estados para 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, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales...".

la Administración Pública desempeña un papel decisivo para el cumplimiento de esa obligación (López, 2014).

La obligación de garantizar impone al Estado el compromiso de desarrollar los mecanismos para asegurar que las personas gozarán de los derechos humanos; significa que el Estado debe organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras por medio de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos (Salazar, 2014).

Llegado a ese punto, conviene invocar la última parte del tercer párrafo del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dice: “ En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

Por lo tanto, independientemente de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos que ya han sido descritas, existe una serie de deberes¹¹ que los Estados deben acatar para garantizar el disfrute de los derechos humanos en plenitud; en este aspecto se habla de los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar.

La prevención conlleva el deber del Estado de procurar la existencia de un ambiente en el que se propicie el respeto a los

derechos humanos y establecer medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural para disuadir la comisión de hechos que puedan afectar el goce y ejercicio de tales derechos (Carbonell, 2011).

El deber de investigar las violaciones a derechos humanos establece que el Estado debe proveer a las víctimas de dichas violaciones de un proceso de investigación que cumpla con los principios al debido proceso con la finalidad de esclarecer la verdad en un hecho concreto (Bernal, 2019).

El Estado tiene, también, el deber de llevar a juicio y, en los casos que lo amerite, sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, es decir, dar cumplimiento a la consecuencia jurídica que trae aparejada la comisión de un acto que atente contra los derechos humanos (Bernal, 2019.)

Finalmente, la reparación exige que, cuando se acredite la existencia de una violación a los derechos humanos, se produzca la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento a las obligaciones que tiene respecto a los derechos humanos, por ello tiene el deber de reparar a las víctimas. Quiere decir que el Estado asume las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones por medio de la implementación de medidas de restitución, satisfacción, compensación y garantías de no repetición (Pinacho, 2019).

Lo anterior permite concluir que el Estado es responsable del respeto y garantía de los derechos humanos. Esa responsabilidad se manifiesta por medio de todas las acciones que realiza y tienen como finalidad, por un lado, que se garantice el goce de los derechos humanos, y por otro, que en el caso de que hayan violaciones a éstos, existirá una consecuencia y no se permitirá la impunidad.

11 En términos filosóficos y etimológicos, existe una diferencia entre la obligación y el deber. El deber indica alguna cosa más imperiosa para la conciencia que la obligación y, como procedente de la ley, la virtud nos conduce a su cumplimiento. La obligación indica alguna cosa más absoluta para la práctica, y el buen parecer, el qué dirán; y los derechos humanos exigen su cumplimiento. El deber nos pone en relación con el prójimo y con nosotros mismos; la obligación nos pone en relación con las instituciones del pueblo en que vivimos. Faltar a los deberes es un vicio; faltar a las obligaciones es una infracción de lo mandado (Barcia, 1910).

CORRUPCIÓN

El término *corrupción* no se encuentra definido en ningún ordenamiento jurídico de derecho internacional o local. La definición mayormente citada es la que proporcionan Transparencia Internacional¹² y el Banco Mundial¹³: “abuso de poder delegado para la obtención de beneficios privados¹⁴”. La palabra *corromper* significa “alterar y trastocar la forma de algo”; “echar a perder, depravar, dañar, pudrir, pervertir”.

Con ambas definiciones se puede decir que la corrupción es cualquier actividad que, por medio del uso de cierta jerarquía de poder, busca alterar o pervertir el objeto de algo, de un procedimiento o servicio a cambio de la promesa u obtención de beneficios entre sus actores. Es, en pocas palabras, obtener beneficios indebidos a cambio de alterar un proceso.

Por las diferentes maneras en que se manifiesta la corrupción, sus efectos

se perciben en los sectores social, económico, político, cultural y, desde luego, en el administrativo, por lo que es innegable su relación con las violaciones a derechos humanos. No es casualidad que los países que tienen una alta percepción de índices de corrupción, como Venezuela, Corea del Norte y Afganistán¹⁵, sean también naciones en donde se presentan reiteradas violaciones a los derechos humanos. Lo anterior deja en claro que la corrupción y las violaciones a derechos humanos comparten características, e incluso podría decirse que origen, es decir, la ignorancia, pobreza y la debilidad de las instituciones públicas (Peters, 2018).

Pero no se trata únicamente de una coincidencia fortuita. La primera relación que guarda la corrupción con las violaciones a derechos humanos se presenta en el cohecho, conducta por medio de la cual se condiciona el acceso a un servicio público o a la justicia. De igual forma, mediante el soborno se puede permitir que acciones contrarias a la ley se lleven a cabo, incluso aquellas que son evidentemente violatorias a derechos humanos, como —pudiera ser— el pago para obtener una licitación para proveer de medicamentos alterados o que no cuentan con las dosis adecuadas de los ingredientes activos, lo cual estaría violentando el derecho a la salud (Vázquez *et al.*, 2017).

12 “Transparencia Internacional (TI) es una organización internacional, no gubernamental, no partidista, y sin fines de lucro, dedicada a combatir la corrupción a nivel nacional e internacional. Desde su fundación en 1993, ha sido reconocida ampliamente por colocar la lucha anticorrupción en la agenda global” (Transparencia Internacional, s/a).

13 Es una organización internacional integrada por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y la Asociación Internacional de Fomento (AIF), que presta asistencia financiera y técnica a los países clientes. La misión del Banco Mundial es acabar con la pobreza extrema y promover la prosperidad compartida (Banco Mundial, s/a).

14 Esta definición atañe únicamente a los actos cometidos por las personas que pertenecen al sector público. En sentido amplio, la corrupción incluye también a la sociedad y su relación con particulares y la ley. El Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO) (2015: 9) propuso, en la edición 2015 del estudio *México: Anatomía de la Corrupción*, la siguiente definición: “desvío del criterio que debe orientar la conducta de un tomador de decisiones a cambio de una recompensa o de una persona en relación a sus obligaciones como ciudadano”. Para efectos del presente artículo, se estudiará el concepto de corrupción conforme a la definición de Transparencia Internacional y del Banco Mundial.

15 Cada año, desde 1995, Transparencia Internacional publica el Índice de percepción de la corrupción, por medio del cual califica a 180 países y territorios en función de los niveles percibidos de corrupción en el sector público de acuerdo con las opiniones de expertos y empresarios. Se utiliza una escala del 0 al 100, donde 0 significa corrupción elevada y 100 significa sin corrupción (Transparencia Internacional, 2018).

Los datos se encuentran actualizados con la publicación más reciente del Índice de percepción de la corrupción, emitido en 2019.

Por otra parte, la relación entre la corrupción y las violaciones a los derechos humanos se presenta cuando la práctica de ese mal trae como consecuencia la disminución del erario público, lo que, desde luego, provocará una disminución de los bienes destinados a satisfacer necesidades públicas y, por lo tanto, cada vez se ofrecerán peores servicios; situación que transgrede las obligaciones descritas de protección, garantía, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de los recursos disponibles.

En un cuarto aspecto, la corrupción y las violaciones a derechos humanos se relacionan cuando todo el aparato gubernamental se organiza para distorsionar el diseño de políticas públicas, privatizando lo público y deslindándose de las obligaciones que tiene el Estado en materia de derechos humanos (Vázquez *et al.*, 2017).

Sin embargo, y aunque la malversación de recursos públicos impacta directamente en los bienes y servicios que el Estado está obligado a proporcionar a la sociedad, la corrupción, en el servicio público, no siempre tiene que ver con las actividades que realizan los altos funcionarios. Por ejemplo, en la cotidianidad una persona servidora pública es corrupta cuando desatiende sus obligaciones por dar prioridad a asuntos privados; en ese supuesto hay pérdida de recursos porque la persona no está devengando el sueldo que se le paga con el erario público, y también se podría dar el caso de que los servicios no lleguen a la población.

Asimismo, el establecimiento de requisitos excesivos para realizar un trámite o la obstaculización para acceder a un servicio es un acto de corrupción administrativo. Ahí se está alterando el fin del Estado, que es la satisfacción de necesidades

colectivas. En resumen, todos los operadores gubernamentales, sin importar su rango o nivel dentro de la función pública, contribuyen al establecimiento de prácticas corruptas, las cuales pueden iniciar desde el momento en que asume el cargo. Para resumir lo anterior, conviene recordar la frase anónima que reza: “El primer acto de corrupción que el funcionario público comete es aceptar un cargo para el cual no tiene las competencias necesarias”.

La CNDH realizó, en 2014, un análisis estadístico para corroborar el impacto de los indicadores de la corrupción con los indicadores de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales. Al respecto, se obtuvo que en el 75% de las posibles combinaciones existe una correlación entre los índices de percepción de la corrupción, en materia, por ejemplo, de seguridad y administración e impartición de justicia, y los indicadores generales de derechos humanos, es decir, el total de quejas y recomendaciones de la CNDH.

Asimismo, se detectó que, si la percepción de corrupción en las instituciones que se encargan de administrar la justicia, como ministerios públicos y fiscalías alta, existe una mayor presentación de quejas ante la CNDH.

En el ámbito internacional, vale la pena referir que en una decisión de 2012 la Corte Suprema de la India sostuvo que la “...corrupción [...] socava los derechos humanos, violándolos indirectamente” y que “la corrupción sistemática es una violación de los derechos humanos en sí misma”.

Sin embargo, no se debe olvidar que, aun cuando la corrupción representa un problema de mayor escala por tratarse de una actividad humana, brinda la oportunidad a cada una de las personas que conforman la sociedad de colaborar con su

erradicación. Se encuentra al alcance de todas las personas evitar que se cometan actos corruptos, solo se requiere la voluntad de actuar conforme a una cultura de legalidad. En el combate a la corrupción se deben considerar los derechos humanos como fuente principal de inspiración en el actuar de las instituciones públicas, y buscar recuperar la confianza ciudadana en ellas.

LA ÉTICA Y SU RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El origen de la ética data de hace más de 2000 años, en la época de los filósofos griegos y el estoicismo¹⁶. Aristóteles es considerado el primero en escribir sobre ética, sin embargo, él mismo refiere en sus obras que lo que escribe es una recopilación de lo que han dicho otros filósofos que vivieron antes que él. Fueron las civilizaciones antiguas las que decidieron qué debía considerarse como virtudes y vicios por medio de la observación, estudio y análisis de las actitudes humanas (Bautista 2013).

El *Diccionario Enciclopédico Universal* establece que la ética es una disciplina que forma parte de la filosofía y trata sobre el origen y esencia de la moral en relación con la conciencia y el libre albedrío y sus derivaciones de orden práctico. En la conferencia “Hacia la creación de Sistemas de Gestión Ética”, celebrada en Madrid en 2005, Emilio Ferreira definió a la ética como:

...la morada o lugar donde se habita, es el refugio de toda persona, la fortaleza inexpugnable del ser humano. El suelo firme para ca-

16 Escuela fundada por Zenón de Citio en Atenas, hacia el 300 a. C.; defiende la felicidad, serenidad y autodominio.

minar sobre la vida. La ética es una lámpara que ilumina al hombre en su vida¹⁷.

Etimológicamente, *ética* proviene del vocablo griego *ethos*, que significa “hábito”, “carácter” o “costumbre”; al respecto, la filósofa Adela Cortina (2019) señala que la ética se refiere al carácter que la persona se va forjando a lo largo de su vida, es el quehacer sobre uno mismo¹⁸.

En síntesis, la ética se encarga de clasificar las actitudes humanas en deseables o nocivas, es decir, en virtudes y vicios. Aristóteles definía a la virtud¹⁹ como

17 Sobre esta definición, la académica Juliana González (1996), de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), expresó lo siguiente: “Se sabe que, en su origen más arcaico, *ethos* significó ‘morada’ o ‘guardia’ de los animales, y que sólo más tarde, por extensión, se refería al ámbito humano, conservando, del algún modo, ese primigenio sentido de ‘de resguardo’, de refugio o protección; de ‘espacio’ vital seguro, a cubierto de la ‘intemperie’ y en el cual se acostumbra ‘habitar’. El sentido ‘habitar’ o ‘morar’ está ciertamente entrañado en el *ethos* humano: remite a la idea esencial de ‘morada interior’. El *ethos* es ‘lugar’ humano de ‘seguridad’ existencial. Aunque también significativo es que se trate de un lugar acostumbrado, habitual, familiar. De ahí que *ethos* signifique también costumbre, uso. Remite a una forma habitual de comportamiento. Y de ahí también su asociación al término casi idéntico que significa expresamente hábito o costumbre”.

18 La ética se encuentra íntimamente relacionada con la libertad. En palabras del filósofo Fernando Savater (2000), “A diferencia de otros seres vivos e inanimados, los hombres [...] podemos optar por lo que parece bueno, es decir, conveniente para nosotros, frente a lo que nos parece malo e inconveniente. Y como podemos equivocarnos [...] parece prudente fijarnos bien en lo que hacemos y procurar adquirir un cierto saber vivir que nos permita acertar. A ese saber vivir, o arte de vivir, es a lo que llaman *ética*”. Al tener el poder de decisión, está en un mismo decidir lo que es bueno o nocivo para su vida.

19 Para el filósofo francés André Comte-Sponville (2005), la virtud “Es una forma de ser, pero adquirida y duradera: es lo que nosotros somos porque hemos llegado a serlo. Es nuestra forma de ser y de actuar humanamente, es decir, nuestra capacidad de actuar bien. No hay nada tan bello y tan legítimo como que el hombre actúe correctamente”.

el “bien digno de honra porque, gracias a ella, viene el hombre a ser honesto o bueno”. Para Adela Cortina (2019), las virtudes se relacionan con el concepto griego *areté*, que significa “excelencia”. Una persona con virtudes se convierte en un ser humano excelente, ya que guía su actuar a un conjunto de cualidades cívicas, morales e intelectuales; Por lo tanto, las virtudes representan lo deseable .

Los vicios²⁰ representan la predisposición de obrar de manera inadecuada, dejándose llevar por las emociones y pasiones, sin que el ser humano actúe con el uso de la razón ni el autocontrol, cediendo a sus instintos básicos. Eso da paso a la reflexión, y se podría afirmar que el actuar en apego de las virtudes representa un ejercicio intelectual, en el cual la persona reconoce que existe una vida buena y honesta y que es su deber, como parte de la sociedad, actuar rectamente.

Se tiene, entonces, que la ética es un ejercicio intelectual y la manifestación de la libertad humana, por medio del cual nace en la persona el deseo de actuar correctamente²¹. Sobre eso, Víctor Frankl²²

20 Desde la Grecia clásica se señaló que las virtudes son mejores, aunque son más difíciles de alcanzar, por eso la mayoría de las personas se inclina por los vicios. Aristóteles (1986) escribió que “...por naturaleza somos más inclinados a la intemperancia y deshonestidad que no a la modestia”.

21 “Tanto la virtud como el vicio están en nuestro poder. En efecto, siempre que está en nuestro poder el hacer, lo está también el no hacer, y siempre que está en nuestro poder el no, lo está el sí, de modo que si está en nuestro poder el obrar cuando es bello, lo estará también cuando es vergonzoso, y si está en nuestro poder el no obrar cuando es bello, lo estará, asimismo, el no obrar cuando es vergonzoso” (Aristóteles, 1986).

22 Fue un neurólogo, psiquiatra y filósofo austriaco, fundador de la logoterapia y análisis existencial. Sobrevivió desde 1942 hasta 1945 en varios campos de concentración nazis, incluidos Auschwitz y Dachau. A partir de esa experiencia, escribió el libro *best seller El hombre en busca de sentido* (Vial, 2000).

reflexiona y realiza la analogía sobre las diferentes formas de actuar las personas durante la Segunda Guerra Mundial.

El ser humano no es un objeto más entre otros objetos; las cosas se determinan unas a otras, pero el hombre, en última instancia, es su propio determinante. Lo que alcance a ser –considerando el realismo de la limitación de sus capacidades y de su entorno– lo ha de construir por sí mismo. En los campos de concentración, en aquel laboratorio vivo, en aquel banco de pruebas, comprobamos y fuimos testigos de la actitud de nuestros camaradas: mientras unos actuaron como cerdos otros se comportaron como santos. El hombre goza de ambas potencialidades: de sus decisiones, y no tanto de las condiciones, según cuál de las dos pone en juego.

[...]

Cada hombre, aún bajo unas condiciones trágicas, guarda la libertad interior de decidir quién quiere ser –espiritual y mentalmente–, porque incluso en esas circunstancias es capaz de conservar la dignidad de seguir siendo un ser humano.

[...]

¿Quién es, en realidad el hombre?, Es el ser que siempre decide lo que es” (Frankl, 2004).

En ese sentido, el objeto de la ética es desarrollar en el individuo una vida activa con un actuar basado en la libertad y responsabilidad, que se materialice en la realización del bien mediante el cumplimiento del deber (Bautista, 2013). Significa que la persona domina sus emociones e inclinaciones primitivas y actúa en razón de su intelecto.

No se debe pasar por alto que fomentar la ética en los individuos es una responsabilidad compartida con el Estado. Una de las obligaciones de la Administración

Pública para garantizar el derecho humano a la obligación es diseñar el programa educativo con una formación constante en ética y buenas prácticas. En el aula se debe otorgar al alumnado las herramientas necesarias para formar un razonamiento, enseñarle a reflexionar y cuestionar los dogmas, e impulsar el deseo de cumplir con los deberes, porque se reconoce que solo por medio de ello es posible construir un Estado de derecho.

La corrupción, ya sea que se manifieste en el sector público o privado, tiene su razón de ser por el debilitamiento en la cultura ética del Estado. Las personas que no poseen valores arraigados se encuentran mucho más propensas a dejarse seducir por los vicios y a cometer actos de corrupción. Respecto a eso, Oscar Diego Bautista compara a la persona corrupta con el personaje de la novela *Frankenstein*, de Mary Shelley, cuando el monstruo declara: “Soy malo porque soy desgraciado”. Las personas que cometen actos de corrupción son personas desgraciadas “...porque no son felices, porque son esclavos de la codicia, de la envidia, de la vacuidad, porque no tienen amigos verdaderos, porque no son seres libres” (Bautista, 2013).

Si el individuo ha sido formado en la ética y se han desarrollado en él valores y principios morales, estará en posibilidades de ingresar a alguno de los espacios públicos que ofrece la sociedad. Uno de los efectos de la educación en ética será el interés natural, que surgirá en la persona, de formar parte de los asuntos públicos de la sociedad a la que pertenece²³ (Bautista, 2013).

23 “El Estado es la realidad de la Idea ética; es el Espíritu ético en cuenta voluntad manifiesta, clara para sí misma, sustancial, que se piensa y se sabe, y que cumple lo que sabe y cómo lo sabe” (Hegel, 1968).

Una persona con principios éticos arraigados ha alcanzado un nivel de conciencia mayor que el del resto de la sociedad²⁴; entiende que existe una vida buena, una vida que vale la pena ser vivida, y que, para lograrla, se requiere la participación activa de toda la sociedad. Está consciente de que hay un deber ético colectivo, lo prioriza y hace de él su eje de vida. Siempre han existido personas capaces de vivir acorde con principios éticos, con el compromiso de trabajar para mejorar las condiciones de vida, construir una sociedad más libre, humana y justa. A partir de ahí se construye la ética pública.

La ética pública es la aplicación de las virtudes y principios en el ámbito público. La ética, en la Administración Pública, implica formar en todas las personas que participan en el quehacer gubernamental la conciencia de sus actos, lo que ocasiona que orienten su conducta para satisfacer las necesidades colectivas. Manuel Villora (2000) ofrece esta definición:

La ética pública puede entenderse como un hacer colectivo, un proceso en el que la colectividad y los individuos van generando aquellas pautas de conducta y aquel carácter que permiten un mejor desarrollo de la convivencia y una mayor expansión de la autonomía y libertad del ser humano.

La ética pública permite vislumbrar las conductas que son deseables en la Administración Pública, es decir, los

24 Una clasificación contemporánea sobre los niveles de ética en el ser humano es la que desarrolla Lawrence Kohlberg bajo el título “Teoría del desarrollo moral”. Kohlberg profundizó en los estudios acerca del desarrollo moral, ampliando el trabajo de Piaget. Sostiene que la moral se desarrolla en cada individuo por medio de una serie de fases o etapas, preconventional, convencional y postconvencional (Diego, 2013).

principios y virtudes que debe desarrollar una persona que labora en el gobierno. Se considera como un área del conocimiento universal que promueve el espíritu de servicio. La ética pública es, por lo tanto, la serie de actos que realizan las personas que conforman la Administración Pública para el cumplimiento de sus obligaciones y deberes. Cuando las personas servidoras públicas se conducen con ética, se habla, entonces, de personas responsables, comprometidas con su labor, eficientes y honestas, que buscan obtener los mejores resultados en pro de la ciudadanía.

El bien que persigue la ética en el ámbito público mediante la práctica de los valores, lejos de ser una abstracción, se materializa en cada acto que realizan las múltiples instancias de la administración pública. Es la suma de miles de decisiones diarias de los funcionarios que laboran en las organizaciones públicas. Cada funcionario se encuentra diariamente con dilemas éticos que unas veces resuelve de manera rutinaria y otras como resultado de una profunda reflexión. Aunque el sentido común alberga principios básicos que permiten conocer lo bueno y lo malo, lo debido y lo nocivo, la vida conduce a situaciones en las que lo bueno no siempre resulta claro o evidente. La respuesta a un conflicto puede ser equivocada si la persona no cuenta con una escala de valores que le permita discernir lo que es correcto de lo que no. En el momento en que el hombre decide y actúa, la respuesta puede ser justa o injusta, buena o mala, adecuada o inadecuada. Por eso es importante que los servidores públicos cuenten con un marco de valores que les sirva de guía en sus decisiones. La ética pública da al servidor público un conocimiento que le permite actuar correctamente en cada situación, por difícil que ésta sea, al ofrecer criterios para encontrar soluciones adecuadas (Bautista, 2009).

Fomentar la ética pública en la Administración Pública permitirá crear una base de comportamientos mínimos esperados por parte de las personas que la conforman; de igual forma, orientará su conducta en situaciones en las que no sepan cuál es el camino que deben tomar para asegurar el bien colectivo. Por medio de la reflexión ética las personas servidoras públicas serán conscientes y reconocerán que se encuentra en sus manos garantizar una buena Administración Pública.

DERECHO HUMANO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La idea de un buen gobierno data desde la antigua Grecia y ha sido tema de la filosofía política. En principio, el término *gobernar* significa en griego “conducir”, “dirigir”, como quien conduce un barco hacia un puerto seguro. Un buen gobierno tiene como finalidad conducir los asuntos de la comunidad hacia las metas del bien común (Suárez-Iñiguez, 2001).

Los filósofos Sócrates, Platón y Aristóteles vislumbraron la política y el gobierno con una evidente finalidad ética, que consistía en construir mejores y más felices ciudadanos. Aristóteles nombró la relación que guardan la política y la moral como “la filosofía de las cosas humanas”. Los cimientos para la formación de una moral y las ideas de un buen gobierno debían ser asentados en la *polis* (Suárez-Iñiguez, 2001).

Para Platón, un buen gobierno se lograba con la aplicación de una legislación justa, la formación de virtudes para la felicidad de los ciudadanos y la búsqueda del bien común; con ello se permitiría a cada persona decidir y vivir plenamente su existencia. En palabras del filósofo, “el mejor gobierno es aquel bajo el cual se puede

vivir mejor la vida privada”. Para Aristóteles, el Estado es una comunidad que tiene como finalidad la felicidad de sus habitantes. Esa felicidad se logra por medio del ejercicio de la libertad para forjarse un carácter virtuoso y, de esa manera, obrar en favor de la comunidad. Tanto Platón como Aristóteles consideraron que un buen gobierno es el que busca la justicia y se apega a las leyes. Un gobierno que establece el cumplimiento de las normas por encima del gobernante es una señal de salud cívica. La educación es el elemento clave en la construcción de un buen gobierno²⁵ (Suárez-Iñiguez, 2001).

Al igual que los grandes pensadores griegos, a lo largo de la historia han existido múltiples académicos, filósofos, juristas y políticos que se han encargado de estudiar y reflexionar lo que conduce a un buen gobierno. Dentro de la filosofía jurídica y política siempre han existido los principios y las bases para la conformación de un gobierno; en ese sentido, sería lógico que en la práctica se diera cumplimiento a dichos estándares.

Es probable que el establecimiento jurídico de la obligación por parte de los gobernantes y funcionarios de asegurar un buen gobierno no se hubiese vislumbrado como una necesidad debido al origen social de la política y la Administración Pública; sin embargo, las malas prácticas y abusos de poder que han dominado en la esfera pública han ocasionado que la atención internacional se dirija a atender dicha problemática.

El primer antecedente que se tiene del reconocimiento al derecho humano a una

25 Para Aristóteles (1954), un buen gobernante debe poseer tres cualidades: lealtad para con la constitución, capacidad para la responsabilidad del cargo y virtud y justicia.

buna Administración Pública se encuentra en el Tratado de la Unión Europea,²⁶ de 1992, el cual entró en vigor al año siguiente. En él se sientan las bases que posteriormente llevarían al reconocimiento de que una buena Administración Pública es un derecho humano exigible. Se establece una serie de principios para el correcto funcionamiento de las instituciones europeas en beneficio de la ciudadanía. Algunos de los principios son:

- Subsidiariedad²⁷, que implica que las decisiones que tomen las autoridades europeas deberán ser la forma más próxima posible a los ciudadanos;
- Transparencia;
- La inclusión de la figura del defensor del pueblo, quien tiene la facultad de recibir las reclamaciones ciudadanas (Aceves, 2018).

De esa manera, el Tratado de la Unión Europea contiene los antecedentes del derecho humano a una buena Administración Pública, los cuales, con el paso del tiempo, fueron adquiriendo fuerza y reconocimiento durante la década de los años noventa, así como la expansión de fuera de los Estados miembros de la Unión Europea.

26 Conocido también como “Tratado de Maastricht” por haber sido firmado en esa localidad holandesa, constituye una piedra angular en el proceso de integración europeo. Consagra oficialmente el nombre de “Unión Europea” (Amatriain y Enériz, 2006).

27 En la doctrina social católica, la norma de ética social del principio de subsidiariedad se basa en su concepción de la persona humana como origen y fin de la vida social. Para lograr su perfección, el ser humano depende de la sociedad y es capaz de brindar solidaridad a otros seres humanos. Dicha solidaridad, por su parte, es subsidiaria y debe fomentar el desarrollo de la persona, no impedirlo (Schultze, 2014).

Posteriormente, y gracias a la autarcía que le otorgó el Tratado de la Unión Europea, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁸ —aprobada en 2000— se dio el reconocimiento formal de la buena Administración Pública como un derecho humano, el cual fue ratificado por medio del Tratado de Lisboa²⁹ en 2007.

En el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se lee lo siguiente:

Artículo 41

Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, organismos y agencias de la Unión traten de sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

a) el derecho de toda persona a ser escuchada antes de que se tome en su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente;

b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y el secreto profesional y comercial;

c) la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones de conformidad con los principios

generales comunes a los derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona puede dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y tiene que recibir una contestación en esa misma lengua (Parlamento Europeo *et al.*, 2000).

Si bien en la Carta el derecho a una buena administración se orienta hacia la administración de justicia y las obligaciones judiciales, lo cual podría equipararse al derecho al debido proceso, no puede dejar de reconocerse que es hito y abrió el debate para el reconocimiento formal de una buena Administración Pública como un derecho humano. Dada su propia característica de progresividad, el derecho humano a una buena Administración Pública irá ganando terreno en la agenda global.

En 2013 el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) aprobó la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, que señala, en su capítulo primero, numeral uno, lo siguiente:

La Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas del servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana (CLAD, 2013).

28 Es un documento que contiene provisiones de derechos humanos. Fue proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza.

29 Es un acuerdo internacional que modifica los dos tratados que forman la base constitucional de la Unión Europea (UE). Fue firmado por los Estados miembros de la UE el 13 de diciembre de 2007 y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Modifica el Tratado de Maastricht (1992) y el Tratado de Roma (1957). El título formal del texto es “Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

Asimismo, en su numeral 25, la Carta Iberoamericana, establece

Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana (CLAD, 2013).

Lo anterior otorga el reconocimiento explícito del derecho humano a una buena Administración Pública, que, aunque continúa centrándose en gran medida en las obligaciones de los tribunales encargados de la administración de justicia, es, sin duda, un gran avance en el establecimiento del derecho como tal.

Dentro de la finalidad de la Carta Iberoamericana se establece que la ciudadanía puede exigir a las autoridades y a todas las personas que forman parte de la Administración Pública que su actuar sea siempre para salvaguardar el interés colectivo, que, consecuentemente, dará lugar a la protección de la dignidad humana. Ahí presente se encuentra la razón de vida de la Administración Pública: el deber de velar y procurar el bienestar general, el cual se ilustra también como una exigencia social. Se dice que una buena Administración Pública es una obligación exigible a las autoridades, en la cual se concentra el poder, y que es su deber actuar en total respeto a la dignidad humana y, en consecuencia, a los derechos humanos (CLAD, 2013).

La Carta Iberoamericana establece una visión tripartita de lo que implica una buena Administración Pública, definiéndola como principio, obligación y derecho. En un primer aspecto, señala que se trata

de un principio de aplicación general a la Administración Pública y al derecho administrativo. Es, también, una obligación de las administraciones públicas que derivan del Estado social y democrático de derecho³⁰, en específico lo que refiere la cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona sean reales y efectivas, sin obstáculos que impidan su cumplimiento. Finalmente, se trata de un auténtico derecho humano, del que derivan obligatoriamente otros (CLAD, 2013).

En la Resolución 1/17 sobre los Derechos Humanos y la Lucha contra la Impunidad y la Corrupción, de septiembre de 2017, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señaló que:

La lucha contra la corrupción guarda una relación inequívoca con el ejercicio y disfrute de los derechos humanos. La impunidad impulsa y perpetúa actos de corrupción. Por ello, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla es una obligación imperiosa con el fin de alcanzar el acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos.

Pero la relevancia al tema se le dio en marzo de 2018, cuando la CIDH publicó la

30 La expresión “Estado social y democrático de derecho” indica que el Estado no solo está basado en el respeto de los derechos fundamentales y la separación e independencia de los poderes (Estado de derecho) ni en la soberanía popular (Estado democrático), sino que también es un Estado que procura el respeto a la dignidad humana, que solo puede lograrse allí donde se remueven los obstáculos a la plena igualdad de todos los dominicanos, lo cual implica sobre todo la garantía de los derechos sociales y la referencia social de todos los derechos fundamentales (Sánchez, 2005).

Resolución 1/18³¹ sobre Derechos Humanos y Corrupción. Con esa acción la comisión reconoció que la corrupción es un fenómeno complejo que impacta de manera negativa en la integralidad de los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, también afecta el derecho al desarrollo, debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de derecho y exacerba la desigualdad.

En respuesta a la Resolución 1/18, en diciembre de 2019, la CIDH publicó el informe “Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos”, cuyo objeto principal es presentar un análisis del fenómeno de la corrupción y su impacto en la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos. Ese informe ofrece una amplia visión sobre la relación que guardan las violaciones a los derechos humanos y el fenómeno de la corrupción.

En el comunicado de prensa de la presentación del informe, la comisión (2019) declaró que el propósito del documento es “desarrollar las distintas dimensiones en que el flagelo de la corrupción impacta en el goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos”. De igual manera, se analizan los efectos de la corrupción en áreas específicas, como la libertad de expresión y los derechos económicos, sociales y culturales, así como los grupos que se ven afectados por la corrupción en el goce de sus derechos humanos, como los grupos en situación de vulnerabilidad y discriminación histórica.

Con la publicación de ese informe la Comisión (2019) destaca que es prioritario desarrollar e implementar, en cada nivel de la Administración Pública, políticas públicas bien diseñadas con el propósito de que se consolide una estrategia transversal en el combate a la corrupción, desde luego, con un enfoque en la protección de los derechos humanos. El fortalecimiento de las instituciones públicas, su control, el cierre de los espacios de discrecionalidad, la transparencia, la rendición de cuentas y la supervisión sobre las acciones que realiza el gobierno son parte de los objetivos que deben perseguir las medidas por implementar .

Todo lo anterior confirma que la corrupción es un mal que debe ser atendido con el diseño de acciones de implementación inmediata, pero con resultados sostenibles a mediano y largo plazo, es decir, se debe concientizar sobre lo que implica materializar una política pública de combate a la corrupción con la coordinación de diferentes instancias gubernamentales. El compromiso debe ser colosal y contener acciones puntuales, realizables y muy exigentes.

Dentro de la legislación mexicana, la primera referencia que se tiene sobre el derecho humano a una buena Administración Pública, relacionada con el fenómeno de la corrupción, se presenta en la resolución del juicio de amparo indirecto 1311/2016, promovida por Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad (MCCI)³² ante el juez octavo de distrito en materia administrativa. En esta resolución el juez resolvió que el incumplimiento de ciertas

31 Esta resolución es una aproximación integral de la CIDH (2018) sobre el tema; y aunque muchos de los aspectos que aborda han sido ya desarrollados por la Comisión, en esta ocasión la CIDH destaca algunos ejes fundamentales y formula recomendaciones para abordar el fenómeno desde el enfoque de derechos humanos .

32 Es una organización no gubernamental de México dedicada a realizar investigaciones periodísticas, académicas, litigios estratégicos, análisis y comunicación contra la corrupción y la impunidad (MCCI, 2016).

obligaciones por parte del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (BANOBAS), del Fondo Nacional de Infraestructura (FONADIN) y otras instituciones violentaba los derechos fundamentales a la rendición de cuentas, la transparencia, honradez en uso de recursos públicos, así como al derecho humano al ambiente libre de corrupción (Medina y Greaves, 2020).

Para sustentar su dicho, el juzgador determinó que, conforme a lo previsto en los artículos 6, 16, 108, 109, 113 y 134 constitucionales, junto con la reforma que creó el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), se concluía válidamente que la Constitución política nacional reconoce los derechos fundamentales a la transparencia, honradez y rendición de cuentas respecto del uso de recursos públicos, al establecer un régimen de actuación y comportamiento para el Estado y, en su caso, responsabilidades administrativas (Medina y Greaves, 2020).

El juez concluyó que existe un derecho fundamental de la ciudadanía de vivir en un ambiente libre de corrupción, en el que las autoridades y las personas que conforman la Administración Pública deben desempeñar su labor con honradez, honestidad, ética y transparencia; en este sentido, el SNA se convierte en una garantía del derecho humano a una buena Administración Pública (Medina y Greaves, 2020).

El acercamiento al reconocimiento del derecho humano a una buena Administración Pública se encuentra en la Constitución Política de la Ciudad de México,³³

33 Para la creación de la Constitución Política de la Ciudad de México, se conformó un grupo redactor integrado por personal académico, sociedad civil organizada, personas servidoras públicas y políticos, el cual trabajó durante febrero y agosto de 2016 en el proyecto. Este grupo redactor otorgó un corte garantista a la Constitución, basado en los derechos

aprobada el 31 de enero de 2017, en cuyo artículo 7 se lee lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a una buena administración pública, de carácter receptivo, eficaz y eficiente, así como a recibir los servicios públicos de conformidad con los principios de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad, calidad y uso de las tecnologías de la información y la comunicación (Aceves, 2018: 27).

Finalmente, en noviembre de 2019, se publicó la tesis aislada “Derecho Humano a vivir en un ambiente libre de corrupción. No se viola por el hecho de que a una asociación civil que tiene como objeto combatirla no se le reconozca el carácter de víctima u ofendido del delito que denunció, por no estar demostrado que como consecuencia de éste sufrió un daño físico, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales” (tesis: I.9o.P.255 P ([10^a]).

Teniendo la certeza de que la corrupción conlleva forzosamente violaciones a derechos humanos, debe haber un rechazo unificado a su materialización, lo cual implica, además de no cometer actos de corrupción, repudiar su existencia, es decir, no tolerar que terceros los cometan y, en su caso, presentar la denuncia respectiva. Es ahí en donde lo establecido en la Carta Iberoamericana cobra una mayor relevancia, porque si bien es obligación del Estado, garantizar el derecho humano a una buena Administración Pública a través de sus autoridades y funcionarios, también es un deber de la ciudadanía exigirlo. El papel

humanos y con la inspiración de las obligaciones que ha suscrito el Estado mexicano, por medio de diversos instrumentos internacionales (León, 2018).

que desempeña la sociedad en el combate a la corrupción es decisivo.

Aunque no es tema del presente texto, cabe mencionar que el fomento de la cultura de la legalidad y de la denuncia en la sociedad es de vital importancia en la labor del combate a la corrupción. La sociedad es quien forma y educa a sus ciudadanos; y, tomando en cuenta que uno de los principios del Estado democrático es que el pueblo sea representado a través de sus habitantes, es también una labor de la sociedad brindar individuos que rechacen la corrupción y posean virtudes para desempeñar un cargo público.

Para Platón, la educación es el eslabón que unirá a la política y la moral. La educación consiste en formar el alma de las personas desde temprana edad para construir un ciudadano de calidad, que sirva a la sociedad. A través de la enseñanza, la persona aprende a dominar sus emociones y conducir las hacia lo bueno, bello, justo y correcto. Por tal motivo, la educación es fundamental; de ella dependerá que la persona sea capaz de hacer frente a las tareas y deberes que tiene como parte de una comunidad.

LA ÉTICA PÚBLICA COMO UN MEDIO PARA GARANTIZAR EL DERECHO HUMANO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En este punto se sabe que la corrupción afecta directamente el disfrute de los derechos humanos al ser un problema multifactorial y de impactos en los ámbitos políticos, sociales, económicos y culturales de un Estado. La corrupción se encuentra en los partidos políticos; en los procesos electorales; en el sector educativo, académico, religioso, sanitario, financiero, deportivo, medioambiental. Está presente también en el crimen organizado, en las empresas

nacionales y transnacionales, en la sociedad, en los proyectos de obra pública, en las organizaciones no gubernamentales, en fundaciones y, desde luego, en el ámbito administrativo. En pocas palabras, la corrupción es un mal de magnitudes estratosféricas³⁴.

Por su propia naturaleza, la corrupción es un problema cuya erradicación es prácticamente imposible, sin embargo, se debe aspirar a contenerla y prevenirla. En este momento, el derecho humano a una buena Administración Pública deja entrever una de las características esenciales de los derechos humanos: la progresividad. Recordando que el principio de progresividad establece que el avance de los derechos humanos se da de una manera gradual, el derecho humano a una buena Administración Pública no significa que los Estados deban erradicar de manera inmediata la corrupción, se trata de implementar acciones para obtener resultados a mediano y largo plazo.

La corrupción y su impacto negativo en el goce de los derechos humanos han provocado que organizaciones internacionales abran el debate para reconocer el derecho humano a la buena Administración Pública. Es tan grande el riesgo que representa la corrupción en el desarrollo de la humanidad, que se requiere invocar, por medio de la creación de nuevos términos y, en cierta medida, de su positivización,

34 El investigador y académico Oscar Diego Bautista (2013) compara a la corrupción con la Hidra de Lerna, la cual, en la mitología griega, era una serpiente acuática de enorme tamaño, aliento venenoso y múltiples cabezas que, además, se reproducían conforme fueran cortadas. De igual forma, en el caso de la corrupción, cuando se logra descabezar una trama corrupta, surgen otras. No obstante, pese a ser la Hidra de Lerna un rival poderoso, fue vencida por Hércules. Eso significa que, si se le combate con fuerza, astucia e inteligencia a la corrupción, existe la posibilidad de que se le pueda vencer.

un principio humano que por sí solo debería tener vida en la conciencia humana: el entendimiento de que, como personas representantes del Estado, se tiene la tarea y el deber de poner todo el esfuerzo en el cumplimiento de las funciones encomendadas.

Formar parte del servicio público debe verse como la oportunidad que tiene una persona de aportar algo positivo a su comunidad. La persona servidora pública que esté convencida de que con su recto actuar está contribuyendo al progreso social se conducirá siempre, sin importar las circunstancias, con honestidad, responsabilidad e integridad; reconoce que, aun cuando pudiera verse afectada su esfera personal o la de un colega, velar por la legalidad es algo mucho más importante porque afecta a toda una sociedad. Esa conciencia, podría decirse, se trata de una responsabilidad ética colectiva.

El fomento de la ética pública coadyuva directamente en la prevención y contención de la corrupción, pues por medio de la educación y concientización de las personas que laboran en la Administración Pública es posible llevar a cabo un cambio de paradigmas, que se traduzca en un actuar en total apego a la normatividad. Se crea en las personas servidoras públicas la convicción de que, cumpliendo correctamente con su labor, se contribuye al establecimiento de un Estado de derecho.

Sobre eso, el académico e investigador de la Universidad Autónoma del Estado de México (Uaemex) Oscar Diego Bautista señala:

Para controlar y atajar la corrupción es necesario contar con diversos elementos para su prevención, es decir, dirigirse a la raíz del problema. Los actos corruptos aparecen en la

conducta de las personas cuando no hay en su mente frenos que les impidan realizarlos. Los frenos que pueden impedir que una persona realice actos corruptos son los principios y valores con que cuenta. Dichos principios y valores generan conciencia.

La conciencia hace que el individuo asuma una responsabilidad y, en consecuencia, posea un tipo de comportamiento. Un adecuado comportamiento se asocia a una sana educación. Cuando no hay educación, ni principios ni valores en la mente de la persona, se da paso a la ignorancia. La ignorancia es caldo de cultivo para los antivalores y las prácticas corruptas. El reino de la ignorancia es campo fértil para las más descabelladas ideas y los más perversos actos del ser humano. La ética saca de esa ignorancia, por eso es clave para debilitar a la corrupción (Bautista, 2013: 23 y 24).

Lo anterior deja entrever que, como ya se mencionó en párrafos anteriores, la ética responde a la educación y a un proceso intelectual; por ello, es necesario que el fomento a la ética pública se realice dentro de todas las áreas de la Administración Pública. La educación es un proceso que abarca toda la vida de la persona, y de esa misma manera debe verse la educación en la ética.

Llegado a ese punto, cabe destacar que la Carta Iberoamericana de la Función Pública, realizada en la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en 2003, define la profesionalización de las personas que forman del servicio público como:

...la garantía de posesión por los servidores públicos de una serie de atributos como el mérito, la capacidad, la vocación de servicio,

la eficacia en el desempeño de su función, la responsabilidad, la honestidad y la adhesión a los principios y valores de la democracia (Aceves, 2018: 32).

Asimismo, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)³⁵ refiere que la profesionalización, dentro del servicio público, es

“...una intervención sistémica que contribuye al desarrollo institucional [...] y que refuerza la capacidad de un país para hacer uso más eficiente, equitativo y sostenible de sus recursos humanos, financieros y naturales” (Aceves, 2018: 33).

La profesionalización en materia de ética va más allá de enseñar una serie de principios o conductas esperadas a las personas servidoras públicas, se trata de interiorizar los principios éticos de tal manera que nazca de ellas el ímpetu de asegurar y defender el Estado de derecho. Las personas que han alcanzado el nivel de conciencia de la responsabilidad ética colectiva se dan cuenta de que, en la medida en que ellas respeten y velen por el cumplimiento de los derechos humanos, estarán asegurando para sí mismas que éstos no les sean violados.

Por otra parte, dentro del servicio público se tiene el compromiso de colaborar con el Estado en el cumplimiento de sus

obligaciones y deberes en materia de derechos humanos, que son promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Ese compromiso es, por una parte, fácil de cumplir y, por otra, una labor sumamente compleja. En el entendido de que se encuentra en poder de cada uno conducirse con ética, basta con que la persona servidora pública tome la decisión de actuar de esa manera; sin embargo, llegar al punto de tomar esa decisión puede ser algo que no ocurra nunca. Uno de los grandes problemas a los que se enfrenta la educación en ética es encontrarse con herencias de vicios que terminan por arraigarse en la mente de las personas servidoras públicas. Se está luchando contra la resistencia al cambio y con el rechazo que ocasiona el discurso preventivo.

La sociedad no está educada en la prevención, por lo que le da más importancia, en el caso de la Administración Pública, al derecho disciplinario. Las sanciones son, por supuesto, una manera de cumplir con los deberes en materia de derechos humanos y contribuyen a luchar contra la impunidad, que está altamente relacionada con los índices de percepción de la corrupción, pero no son suficientes para combatir un problema.

El reconocimiento jurídico del derecho a la buena Administración Pública es un evento de gran relevancia, sea este en el derecho internacional o local, al que otorga la exigibilidad por parte de la sociedad; no obstante, no se debe esperar a que una legislación plasme un derecho humano para reconocer su existencia. Los seres humanos, en uso de la libertad y la razón, deben, por sí mismos, darse cuenta de que existen

35 “La Comisión Económica para América Latina (CEPAL), se fundó para contribuir al desarrollo económico de América Latina, coordinar las acciones encaminadas a su promoción y reforzar las relaciones económicas de los países entre sí y con las demás naciones del mundo. Posteriormente, su labor se amplió a los países del Caribe y se incorporó el objetivo de promover el desarrollo social” (CEPAL, s/a: s/p.).

mínimos vitales y que sin ellos no es posible llevar a cabo un plan de vida, por lo que deben trabajar para su salvaguarda.

Vale la pena invocar uno de los principios éticos universales que versa en que las personas tienen el deber ético de orientar el actuar a los más altos estándares de excelencia humana. En este sentido, la existencia de una regulación jurídica o no del derecho humano a una buena Administración Pública es poco relevante para su observancia práctica; basta con que la persona que representa al Estado, sea cual sea su área o nivel de función, tome la decisión de actuar conforme a la expectativa que se tiene de ella porque comprende que existe algo más valioso e importante: el bien común.

CONCLUSIÓN

Finalmente, es evidente que la característica de progresividad que tienen los derechos humanos describe casi perfectamente la posición en la que se encuentra el derecho humano a una buena Administración Pública. Por una parte, su reconocimiento representa el progreso de la comunidad internacional en el tema de derechos humanos y conlleva que su garantía se presente de manera gradual; lleva el reconocimiento implícito de que no será posible erradicar la corrupción y que incluso las acciones que se realicen para su contención tengan resultados a largo plazo.

Sin embargo, eso no debe ser motivo de desánimo. Conviene invocar una de las definiciones de los derechos humanos que

los señala como “expectativas”³⁶: los derechos humanos representan la expectativa internacional de alcanzar un nivel de vida sustentable, justo y próspero para todas las personas. Esa acepción tiene la sutil connotación de que existe la posibilidad de que esas expectativas nunca lleguen a realizarse, pero también es un reto para la humanidad porque no se trata de una labor imposible. El ser humano tiene el potencial de construirse como una persona de bien y aportar algo positivo a la sociedad, todo es una cuestión de decisión.

36 Wilhelm y Pisarello definen los derechos humanos como pretensiones o expectativas que un sujeto, de manera fundada, tiene de que otros sujetos hagan o dejen de hacer algo en relación con sus intereses o necesidades. Serían pretensiones “legítimas”, “fundadas” o “justas”, y esa legitimidad se la daría su carácter generalizable: “...la posibilidad que también los otros puedan alegar una pretensión similar en circunstancias similares”.

FUENTES CONSULTADAS

- Aceves Díaz de León, L. (2018), "El derecho a la buena administración pública en la Constitución Política de la Ciudad de México y su aporte a la gobernanza", en Jesús Armando López Velarde Campa (ed.), *La gobernanza en la Ciudad de México. Visiones multidisciplinarias*, México, Escuela de Administración Pública de la Ciudad de México.
- Amatriain Cía, I. y Francisco Javier Enériz Olaechea (2006), *Derecho de la Unión Europea*, Pamplona, Fondo de Publicaciones del Gobierno de Navarra-Dirección General de Comunicación.
- Arango Olaya, M. (2004), "El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana", *Precedente. Revista Jurídica*, núms. 12 y13, Cali, Universidad Icesi, pp. 79-102.
- Aristóteles (1954), *Política*, Barcelona, Iberia.
- _____ (1986), *Gran Ética*, Buenos Aires, Aguilar.
- BancoMundial (s/a), <https://www.bancomundial.org/>.
- Barcia, R. (1910), *Sinónimos Castellano*, Madrid, Universidad del Rosario.
- Bautista, O. D. (2013), "De la ética a la ética pública", *Revista LAPEM*, núm.85, Toluca, Instituto de la Administración Pública del Estado de México.
- Bernal Ballesteros, M. J. (2019), "De los Derechos Humanos", en Maurilio Hernández González, Juan Rodolfo Sánchez Gómez y María José Bernal Ballesteros (coords.) *Derechos Humanos, Ética Pública y Combate a la Corrupción*, Toluca, Poder Legislativo del Estado de México.
- Carbonell, M. (2011), "Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución mexicana", en Miguel Carbonell y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CIDH (Comisión Interamericana de Derechos humanos) (2017), Resolución 1/17 Derechos Humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción.
- _____ (2018), Resolución 1/18 Corrupción y Derechos Humanos.
- _____ (2019), *Corrupción y derechos humanos*, Washington, CIDH.
- Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) (1985), Opinión Consultiva OC 5/85, Serie A, Núm. 5.
- CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo) (2013), Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (s/a), <https://www.cepal.org>.
- Consejo de las Comunidades Europeas (1992), Tratado de la Unión Europea.
- Compte-Sponville, A. (2005), *Pequeño tratado de las grandes virtudes*, Madrid, Paidós.
- Frankl, V. (2004), *El hombre en busca de sentido*, Barcelona, Herder.
- González, J. (1996), *El ethos, destino del hombre*, México, Universidad Autónoma de México (UAM)-Fondo de Cultura Económica (FCE).
- Hegel, G. W. F. (1968), *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Claridad S. A.
- IMCO (Instituto Mexicano para la Competitividad) (2015), México: *Anatomía de la Corrupción*.
- López Olvera, M. A. (2014), *El control de convencionalidad en la Administración Pública*, México, Novum.

- Medina, E. y Adriana Greave (2020), "¿Existe un derecho a vivir en un ambiente libre de corrupción?", *Nexos*, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=10898>
- MCCI (Mexicanos contra la corrupción y la impunidad) (2016), <https://contralacorrupcion.mx>.
- Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea (2000), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Peces-Barba Martínez, G. (1994), "La Universalidad de los Derechos Humanos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 15 y 16, Alicante, Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante.
- Pérez, C. E. M. (2015), *La Libertad en la Industria Cinematográfica de México*, Estado de México.
- Peters, A. (2018), "Corrupción y Derechos Humanos", en Carlos Tablante y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *Impacto de la Corrupción en los Derechos Humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Pinacho Espinosa, J. S. (2019), *El derecho a la reparación del daño en el Sistema Interamericano*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH).
- Pinto, M. (1997), "El principio pro homine Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Martín Abregú, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Sánchez Goyanes, E. (2005), *Constitución Española Comentada*, Thomson-Paraninfo.
- Salazar Ugarte, P. (coord.) (2014), *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República.
- Savater, F. (2000), *Ética para Amador*, Barcelona, Ariel.
- Schultze, R.-O. (2014), "Los principios de solidaridad y subsidiariedad" en Herminio Sánchez de la Barquera y Arroyo (ed.), *Fundamentos, teoría e ideas políticas*, vol. 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Suárez-Iñiguez, E. (2001), "El buen gobierno", *Estudios Políticos*, núm. 26, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2015), "Principio de Progresividad de los Derechos Humanos. Su Naturaleza y Función en el Estado Mexicano", tesis aislada 2a.CXXXVII/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, Segunda Sala, Libro XXIV, tomo II, p. 1298.
- _____ (2019), "Derecho Humano a Vivir en un Ambiente Libre de Corrupción. No Se Viola por el Hecho De Que A Una Asociación Civil Que Tiene Como Objeto Combatirla No Se Le Reconozca el Carácter de Víctima u Ofendido del Delito Que Denunció, por No Estar Demostrado que como Consecuencia de Éste Sufrió un Daño Físico, Pérdida Financiera o Menoscabo de sus Derechos Fundamentales", tesis aislada I. 9o.P.255, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, Tribunales Colegiados de Circuito, libro LXXII, tomo 3, p. 2335.
- _____ (2013), "Principios de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad de los Derechos Humanos. En Qué Consisten", tesis aislada I.4o.A.9K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, Tribunales Colegiados de Circuito, libro 19, tomo III, p. 2254.
- _____ (2015), "Derechos Humanos y Sus Garantías. Su Distinción", jurisprudencia XXVII. 3o.J/14, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época,

- Tribunales Colegiados de Circuito, libro XVII, tomo 2, p. 1451.
- Strauss, L. (1970), *¿Qué es filosofía política?*, Madrid, Ediciones Gadarrama.
- Transparencia Internacional (s/a), <https://www.tm.org.mx/transparencia-internacional>.
- _____ (s/a), <https://www.transparency.org>
- Vázquez, L. D. (2011), "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", en Miguel Carbonell y Pedro Salazar Ugarte (eds.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Vázquez, D.; Luz Cardona y Horacio Ortiz (2017), *Los derechos humanos y la corrupción en México. Análisis de las tendencias en las entidades federativas entre el 2000 y el 2014*, Mexico, Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH)-Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Vial Mena, W. (2000), *La antropología de Viktor Frankl: El dolor, una puerta abierta*, Estados Unidos, Editorial Universitaria de Chile.
- Viola, F. (1999), "La Ética de los Derechos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, Alicante Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante.

Derechos humanos, dignidad como reconocimiento a los adultos mayores

Human Rights. Dignity as Recognition of Older Adults

Claudia Livia Salinas Zarrión*

RESUMEN

Los acontecimientos que suceden en la vida de las personas, sin duda, dejan conocimientos en relación a la manera de identificar y resolver cualquier problema. Esos conocimientos se pueden considerar como experiencia y se identifica con el conocimiento empírico. Cuando se habla de las personas que llevan habitando en mayor medida nuestro mundo, país o ciudad, se habla de los adultos mayores. El reconocimiento social debe ser necesario debido a la manera con la cual se han enfrentado a los problemas que han agobiado al mundo.

Los adultos mayores son una virtud de vida, ejemplo a seguir, cúmulo de conocimientos, experiencias, recuerdos; saben lo que se debe o no hacer, porque, al día de hoy, ellos son la prueba fáctica de las consecuencias de sus actos.

Desde el momento que existimos nos encontramos en realidades diferentes. Lo que no debe cambiar nunca es el amor, el apoyo, el reconocimiento, el respeto a la dignidad humana, el derecho a la vida, a la salud, al patrimonio, a la seguridad.

Palabras clave: dignidad, derechos humanos, universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad.

ABSTRACT

The events that happen in people's lives undoubtedly leave experiences in relation to how to identify and solve any problem, that knowledge we can understand as experience

and it is associated to the empirical knowledge, so when we talk about people who have been living mostly in our world, country or city, we have our older adults. Social recognition must be necessary, because of the way they have been able to develop, to face the problems that have burdened the world.

The Older Adults are a virtue of life, an example to follow, accumulation of knowledge, experiences, memories. They know what should or should not be done, because today they are the factual proof of the consequences of their actions.

From the moment we exist we find ourselves in different realities, which should never change the right to life, health, love, heritage, respect for human dignity, security, support and recognition.

Keywords: Dignity, Human Rights, Universality, Interdependence, Indivisibility, Progressivity.

INTRODUCCIÓN

Las personas, desde la perspectiva de los derechos humanos y las emociones, tenemos desarrollados, así como identificados los derechos humanos relacionados al recuerdo, así como al olvido. Dentro de la parte más importante del conocimiento del ser humano tenemos el recorrido del tiempo, que impacta la vida de una sociedad, así como núcleos más importantes, como la familia. ¿Y cómo se relaciona este punto de vista con los adultos mayores? Es muy claro: el tiempo que tienen sintiendo,

* Licenciada en Derecho, y Socia Fundadora de la Firma legal, Levi, Obregón & Salinas, S.C.

reflexionando, y conocimiento de las situaciones de nuestro entorno.

La experiencia les permite a los adultos mayores alejarse de las situaciones que, para cualquier otra persona, podrían convertirse en algo catastrófico por la visión tan limitada, en cuanto al espacio y tiempo, que tiene en su recorrido de reflexión, así como de conocimiento interior de los comportamientos de una persona y sus actitudes. Una manera de respetar el derecho al recuerdo es permitiendo, así como aplicando, la recepción e inserción a la sociedad de los adultos mayores. No desde la perspectiva únicamente de su respeto, más aún como una protección al recuerdo, así como de la misma manera al olvido. Porque dentro de la consciencia como derecho humano, es importante saber qué recordar y qué olvidar.

Pero eso únicamente se puede lograr con el razonamiento que se realice a partir del conocimiento que se relaciona con explorar tu personalidad, tus sentimientos, necesidades, razones, emociones. por lo tanto, el excluir a los adultos mayores como consecuencia del utilitarismo social, que se deriva de la aplicación tecnológica, así como económica, representa mucho peligro en la vida de todas y cada una de las personas, debido a que seguramente lo que tendrían que recordar será olvidado y lo que deberían olvidar lo estaremos recordando. Su dimensión de esta consciencia de los adultos mayores es un encuentro con el ser desde la perspectiva individual, lo que te permite llegar a conocer y desarrollar tu dimensión de consciencia.

En ese aspecto hago esta reflexión sobre las emociones, así como razonamientos, ejerciendo de manera interdependiente mi derecho al recuerdo, así como al olvido, pero ahora aplicado en mi vida,

para poder desarrollar un mejor bien vivir. A manera de poema me permito compartir la siguiente reflexión:

EL ADULTO MAYOR ... mi mejor amigo
Inútil... Ser mejor persona..., Nunca..., Perdonar..., Decepción..., Perfección..., Hazlo tú..., Presionar..., ya estás viejo....

¡Sus brazos me apretaron hacia su corazón, yo reí!

no sabía qué hacer

Yo le dije: "A lo mejor ahora es el mejor momento de nuestra vida"

Él me dijo: "Seguramente sí, para mí sí". él se encontraba serio, tan seguro de sí mismo como siempre.

Las palabras que escuché nombrar un día al mejor amigo que he tenido en mi vida...

Sabía que yo tenía que razonar, comprender, al interior de mi alma y corazón. después de oírlas, tenían que traducirse en enriquecedor; como tantas veces lo comentamos, él siempre planeaba su futuro, yo me ilusionaba con el futuro y el cambio de una vida mejor.

El amigo con el que había vencido la soledad, el hambre; Las injusticias contra las que él y yo ya habíamos luchado con toda la fortaleza. Él que me enseñó el camino de llegar a cualquier lugar del mundo. Porque somos mutuo motivo en la vida, la fe de nuestras almas, el honor de estar a su lado.

Mi amigo... se estaba despidiendo... "Ahora debes continuar tú. Nunca va hacer inútil todo lo que hagas por ti". Ya estábamos preparados. Aprendimos a tener la llave del éxito:

¡Ser siempre útil para uno mismo!, ¡por ti mismo!

Ahora todo era claro ...

¡Siempre triunfamos!

Mi gran amigo me dejó la fortaleza para mí mismo porque él siempre fue el valor y motivo de haber luchado, para salir adelante. ¡Nunca nada es inútil para poder sonreírle a la vida el

agradecer el haberte tenido a mi lado
 Para todos los que son el motivo de nuestra vida...y nos dejan la fortaleza de continuar.

De la anterior reflexión, cuando hablamos del adulto mayor, hacemos referencia a la fortaleza que cada uno debe adquirir. Porque pensar que llegaremos a su edad es tener conciencia de lograr una trayectoria, de estar una etapa en donde sabremos si logramos el 100% de lo que quisimos realizar, si llegamos con la salud que planeamos, si seguimos laborando en el área de nuestro trabajo, si estamos junto a los amores que tuvimos o si ellos se fueron de esta vida o se quedaron atrás.

LA FAMILIA DEL ADULTO MAYOR

De alguna manera, a las familias se les ha olvidado que el conocimiento que tienen y el árbol genealógico del cual provienen les dan la posibilidad de mejorar su vida y medir su avance, les dan la oportunidad de ver dónde han fallado o dónde han avanzado, y que gracias a la figura del adulto mayor encuentran sus antecedentes.

La sociedad se ve limitada, pues las mismas familias, al desintegrarse, pierden el conocimiento de los valores que les dan sus ancestros, ese conocimiento con el que los adultos mayores fortalecerán las raíces de todos sus familiares, elementos tan importantes porque con ellos tienen el conocimiento de lo que son. De eso trata la vida: de conocernos; es por eso que tenemos el derecho humano a la identidad para saber nuestras raíces y poder encontrar y desarrollar nuestras habilidades a lo largo de la vida.

En muchas ocasiones hay abuelitos que ya no pueden ver a sus nietos porque, desafortunadamente, hay una ruptura en la familia, y con ese pretexto se les impide

participar en la convivencia con sus nietos.

Tenemos que observar que se les quita el derecho a los abuelos de poder disfrutar a sus nietos, se les quita la oportunidad de darles amor, cuidados, y, sobre todo, la oportunidad de estar presentes en su vida diaria con la experiencia que, como adultos mayores, les pueden brindar a sus nietos. El derecho transgredido es tanto de los abuelos como de los niños.

La norma jurídica hace una discriminación importante a las personas adultas mayores debido a que se prefiere que el niño solamente esté con uno de los padres, y con eso supuestamente es suficiente para que él pueda conocer su origen. La norma jurídica debe cambiar su postura respecto a la visión actual del interés superior

El afecto, el honor y el espíritu de solidaridad deben existir en el núcleo familiar, y en éste debe haber una conducta que salvaguarde los derechos que tienen los adultos mayores, para resolver los conflictos que se presenten dentro del hogar, para vivir en armonía.

LEY DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

Artículo 9o. La familia de la persona adulta mayor deberá cumplir su función social; por tanto, de manera constante y permanente deberá velar por cada una de las personas adultas mayores que formen parte de ella, siendo responsable de mantener y preservar su calidad de vida, así como proporcionar los satisfactores necesarios para su cuidado, atención y desarrollo integral (Congreso de la Unión, 2002).

El artículo anterior menciona una obligación que tiene el grupo familiar con los adultos mayores. También es importante que el Estado busque todos los medios para que los adultos mayores se puedan

desarrollar como personas, debido a que las personas tienen una “funcionalidad” o “servicio” en cualquier etapa de la vida, ya que todas viven en sociedad.

LA DIGNIDAD HUMANA Y EL ADULTO MAYOR

El ser humano cuenta con valores y principios morales; desempeña un rol en la vida pública que le confiere un valor particular: la dignidad, y en la sociedad donde vive se debe reconocer ese valor por parte del Estado y los gobernantes. Estos valores son principios axiológicos que están relacionados con la importancia de cada sociedad.

La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna (Carbonell, 2018: s/p).

La dignidad humana, al ser universal, pertenece a todas las personas, y es necesario esforzarse para que todas tengan las condiciones que les permitan desarrollarse efectivamente.

La dignidad humana no solo comprende el contexto general del ser humano, sino un ámbito más concreto, como el individual, en diferentes etapas de la vida, niños, niñas mujeres, hombres, adultos, adultos mayores, enfermos, personas con discapacidad, enfermos en etapa terminal.

Justamente, en esos últimos contextos

es usual la apelación a la dignidad humana, que es infinita y nos protege aun de lo desconocido, como después de la muerte. La dignidad humana es muy importante para las personas porque, en su desarrollo, es el escudo protector contra cualquier violación a sus derechos humanos, el elemento principal que nunca se debe traspasar, como la propia vida.

El ser humano no puede prescindir de la satisfacción de necesidades concretas ni nunca caer en la extrema pobreza porque, entonces, se estaría hablando de una violación su la dignidad humana.

La dignidad debe entenderse desde dos perspectivas: la interna, la cual se relaciona con el pensamiento, que es la conciencia, y con las emociones, que son los sentimientos, ambos forman parte de la estabilidad de la conducta; la externa, la cual está relacionada con las necesidades del exterior, como la alimentación, vestido, salud, educación, entre otras. La dignidad humana, en la práctica, se refiere a que los adultos mayores todavía pueden dar amor, reflexionar, disfrutar de los momentos, todavía tienen mucho por hacer, y la dignidad de los adultos mayores se puede “aplicar” en los nietos, hijos, que siempre necesitarán apoyo.

Llevada al campo práctico, la dignidad se refiere a la madurez, a no permitir ser lesionados en la dignidad externa o interna por un comportamiento social que intente herir el respeto (esas decisiones son individuales, cada quien se comporta con base en su dignidad). Derivado de ello, se debe permitir el acrecentamiento de la conciencia; es importante que las personas, en todas las etapas de su vida, reflexionen sobre sus comportamientos sociales, pues mediante

la reflexión se puede diferenciar entre lo que es positivo para el desarrollo de las personas y lo que debe dejarse de lado.

Por ello, no se debe permitir que se traspase el núcleo de nuestra intimidad, vinculado a las emociones, pues, al ser transgredido, ya no es posible tomar una decisión correcta o enfrentar una problemática de la vida diaria. Ese campo no solamente se relaciona con los sentimientos, sino con la racionalización o el pensamiento. Por ello, la importancia de apoyar a los adultos mayores, de impulsarlos, de plantear nuevas opciones de acercamiento a la sociedad revolucionada, para entender los nuevos fenómenos sociales y poder reflexionar sobre el actuar de las personas.

La dignidad humana tiene relevancia en el pensamiento filosófico con Cicerón, en la Roma antigua. Según el cristianismo, Dios no ha creado a su imagen y semejanza, honrándonos con un valor universal: la dignidad humana.

Y Dios dijo: “Hagamos el hombre a nuestra imagen, según nuestra semejanza: tenga el dominio sobre los peces del mar y sobre las aves del cielo, sobre los animales domésticos, sobre todas las fieras de la tierra y sobre los reptiles que se arrastran por la tierra”. Y Dios creó al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó... (Génesis, s/a, citada por Beacchi, 2012: 13).

Hobbes (1651), citado por Beacchi (2012), le da un sentido particular a las acciones que los individuos realizan en virtud de lo que hacen y la comunidad política reconoce:

“el prestigio público de un hombre que es un valor atribuido por el Estado, es aquel que los hombres llaman comúnmente DIGNI-

DAD. Este valor es reconocido por el Estado con labores de mando, de jurisdicción, con empleos públicos o con nombres o títulos, introducidos para distinguir tal valor” (Hobbes, 1651, citado por Beacchi, 2012: 14).

“Para Hobbes, el valor de un hombre está dado por su ‘precio’ y éste, como el de todas las cosas, es establecido por el comprador, no por el vendedor. El verdadero valor de cada hombre, aquello que constituye su dignidad, es, en resumen, el que los otros le reconocen” (Beacchi, 2012: 15).

“el valor, o virtud de un hombre, es, como el de todas las otras cosas, su precio, es decir, cuanto se estaría dispuesto a dar por el uso de su poder; no es por lo tanto una cosa absoluta sino dependiente de la necesidad y del juicio de los otros” (Hobbes, 1651, citado por Beacchi, 2012: 15).

“Para Pascal, toda la dignidad del hombre reside en el pensamiento” (Beacchi, 2012: 16).

“el hombre, manifiestamente ha nacido para pensar; en eso reside toda su dignidad y su valor” (Pascal, 1669, citado por Beacchi, 2012: 16).

“El hombre tiene, gracias a su dimensión moral, dignidad [...] Para Kant todas las cosas tienen un precio, pero el hombre tiene un valor inestimable” (Beacchi, 2012: 16 y 17).

El puesto de lo que posee un precio puede ser tomado por cualquier otra cosa equivalente, por el contrario, aquello que es superior a todo precio y no admite nada de equivalente, posee

una dignidad. Lo concerniente a las inclinaciones o necesidades generales de los hombres tiene un precio de mercado; [...] pero aquello que constituye la condición necesaria para que cualquier cosa pueda ser un fin en sí no tiene solamente un valor relativo, un precio, sino un valor intrínseco, i. e., dignidad (p.94) (Kant, 1785, citado por Beacchi, 2012: 17 y 18).

A partir del Estatuto (o carta) de la Organización de las Naciones Unidas (1945), de la declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) y de la Ley Fundamental de la República Alemana (1949), son varios los documentos en los cuales se encuentra una apelación a la dignidad humana. Frente al flagelo de las dos guerras mundiales, la Carta reafirmaba la “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana” y la Declaración comenzaba con el “reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos, iguales e inalienables” (Beacchi, 2012: 21).

Entre los adultos mayores hay quienes aún no saben leer ni escribir, y a los que saben se les tiene que enseñar a utilizar las computadoras, así como las nuevas tecnologías cibernéticas, pues en la actualidad se ha creado una sociedad global cuya existencia depende de la cibernética, lo cual hace que los adultos mayores, aunque tengan conocimiento en lectura y escritura, sean excluidos de esa sociedad, problema importante que se relaciona con el derecho humano a la educación. En México, lamentablemente, todavía existen las siguientes cifras:

El analfabetismo entre las personas adultas mayores aumenta con la edad y siempre es mayor en las mujeres: entre la población de 60 a 74 años, llega a 18.9% en las mujeres frente a 12%

en los hombres; en la población de 75 años y más, llega a 32.2% en las mujeres frente a 23.9% en los hombres (INEGI 2015). 19.6% de las personas adultas mayores que hablan una lengua indígena no habla español ni otro idioma (Instituto Nacional de Estadística y Geografía Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación [Conapred], s/a: 2).

Aunque los adultos mayores tengan conocimiento en lectura y escritura, ese conocimiento, en la actualidad, ya no es suficiente para integrarse a la sociedad posmoderna, de las nuevas necesidades. Los trámites gubernamentales se realizan desde una computadora o celular. Los teléfonos ahora se han vuelto computadoras personales, lo cual dificulta la comunicación, excluye a los adultos mayores haciendo a un lado sus conocimientos, experiencias, habilidades.

La tecnología cibernética ha traído un rezago importante en la interacción en comparación con las tecnologías de la información y comunicación; deja en desventaja a los adultos mayores. Nunca es tarde para ayudar a los adultos mayores a descubrir sus potenciales, ya sea para decir lo que a ellos les hubiera gustado ser o hacer.

El desarrollo de las habilidades de las personas, a cualquier edad, es importante en la participación social, pues las circunstancias van cambiando. La solución que pudo tener un buen efecto en sus vidas ahora, en nuestra actualidad, con las formas tan diferentes de trabajo, vida, actividades, puede generar una problemática. Nadie está exento de tener algún revés en la vida o un área de oportunidad, ya que todo cambia y, por cuestión de épocas o por eventos de fuerza mayor como los

desastres naturales o las pandemias, las condiciones de vida son diferentes.

Una de las formas del desarrollo de las habilidades es realizar un cambio en la actitud de los adultos mayores. Por ello, el incentivo de retomar una conducta positiva en su vida diaria se relaciona con la dignidad, que consiste en ser útil a la sociedad, y les da la posibilidad de conocerse en una situación diferente, de ser conscientes de su nueva etapa, y los llevará a la reflexión y a que puedan hacer efectivo el derecho a la educación. Es importante considerar que los niveles educativos están pensados solamente para la niñez, lo cual constituye una discriminación negativa para los adultos mayores, porque no hay un tipo de educación conforme a sus vivencias o necesidades, solamente existen las posibilidades de estudio en los esquemas de primaria, secundaria o preparatoria.

El adulto mayor necesita disfrutar con dignidad de su libertad, pero su libertad se coarta cuando llega a una sociedad mundial que está relacionada con los aspectos tecnológicos, lo cual lo hace menos libre y perder la esperanza de cumplir sus deseos; no obstante, no puede darse por vencido, porque tiene derecho a una vida digna, pues la dignidad es un don natural con el que cuenta el ser humano, quien es parte especial del universo y está en la escala jerárquica más alta de la naturaleza por ser racional.

¿Por qué podría considerarse a los adultos mayores un grupo vulnerable de la población? Porque su vida diaria no es equitativa, porque el entorno en donde se desarrollan no está adecuado para que cuenten con la protección garantizada al servicio de salud, con acceso al trabajo (incluso la infraestructura de la urbanización,

el transporte público, no están creados para ellos). En realidad, la mentalidad con la que se planea un proyecto adecuado para el futuro no considera al adulto mayor, dejándolo desprotegido, dañando su dignidad.

DERECHOS HUMANOS

Los adultos mayores necesitan sentir apoyo y tener certeza jurídica en cualquier momento que se transgredan sus derechos, pues las circunstancias que han tenido que vivir no les permiten analizar con claridad, y muchos de ellos se desanimaron al ver transgredidos sus derechos en su vida diaria.

Ahora se tiene que fortalecer a los adultos mayores con apoyos, dándoles a conocer sus derechos humanos y, sobre todo, haciéndoles entender como algo esencial el enfoque de la protección de su persona para vivir.

La norma jurídica que regula los derechos Humanos debe propiciar las circunstancias para que las necesidades de las personas se puedan cumplir, es decir, que mediante la ley se haga obligatorio el reconocimiento de los Derechos Humanos de los individuos y que las demás personas, sean entes privados o públicos, generen las circunstancias adecuadas mediante la coercibilidad normativa; asimismo, que permanezca el Estado de Derecho ante su aplicación para salvaguardar su obligatoriedad.

Es así que los Derechos Humanos tienen su calidad de universal, por pertenecer al hombre en cualquier lugar, tiempo y espacio.

Los Derechos Humanos no son renunciables por el mismo hombre ni mucho menos disponibles por parte de la autoridad, ya que tienen su característica universal, y el hombre no dejara de serlo. Es decir, se convierte el concepto de

“hombre” en lo principal y accesorio en sus derechos, dado que serán estos los que le reconocen tales características (Obregón, 2018: 5 y 6).

Los derechos humanos los posee el ser humano naturalmente, esto quiere decir que son inherentes a él, no son creados por las personas ni las autoridades, pero sí deben ser consagrados y garantizados. Es por ello que nuestra legislación tiene que reflejar equidad en todos los aspectos para los adultos mayores, como en el trabajo, para que sus recursos económicos sean más dignos, no permitiendo la transgresión.

La norma jurídica no puede ser limitada en la aplicación de los derechos humanos ni permitir que el gobierno y las empresas vulneren los derechos de los adultos mayores, como su salud, patrimonio, trabajo. La intención de protección no solamente tiene que ver con regular las normas jurídicas por ocasión o dar apoyos reducidos, va más relacionada con una visión o sistema diferente en cuanto a la conciencia y comportamiento debido a que es un proceso humano que tal vez no todos tienen el honor de llegar.

En los derechos humanos hay cuatro principios fundamentales, reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que sancionan cualquier violación en los términos que establezca la ley; tales principios son universalidad, interdependencia, progresividad, indivisibilidad. Las características de los derechos humanos dan el parámetro de regulación y la aplicación de la creación de las normas jurídicas, por lo que es importante verificar si esa norma jurídica regula la verdadera necesidad de las personas.

Principio de universalidad

El entender la regulación de la universalidad dentro de los Derechos Humanos es parte trascendental para su regulación y aplicación; debido a que deben ser reconocidos independientemente de la nacionalidad, ciudadanía, raza, credo religioso, situación política o económica, son intrínsecos de las personas, no así de las ficciones relacionadas con el Derecho.

Principio de interdependencia.

La aplicación de la interdependencia va enfocada en que todos y cada uno de los Derechos Humanos se tienen que atribuir de manera unívoca, es decir no se puede excluir el empleo de un Derecho Humano frente a otro, de modo que las autoridades no pueden decir si aplican, inaplican, adjudican o suministran un Derecho Humano para jerarquizar o ponderar el uno o el otro.

Principio de indivisibilidad

Refiere a que todos los Derechos Humanos son creados y aplicados en su conjunto y por ello no se puede entender que una política pública, en la interpretación de una norma jurídica su (creación) se deba enfocar en un derecho humano específico. No se puede tomar el derecho a la salud y dejar el de la alimentación.

La manera en que se puede ver la característica de los Derechos Humanos, como la indivisibilidad, es que se aplicara la generalidad entendiendo su importancia y trascendencia, para cumplir unos subsecuentes, sino que todos deben ser satisfechos dado el acercamiento del ser persona.

Principio de Progresividad

La característica de progresividad puede ser entendida desde dos perspectivas: la primera consiste en la gradualidad, y la segunda está relacionada con el dinamismo de los Derechos Humanos, es decir que no pueden estar estáticos ante los nuevos acontecimientos sociales ni

tampoco dejar de reconocer las necesidades de las personas conforme al contexto social actual. Así pues, la indivisibilidad sirve para no permitir que los derechos sean segregados o excluidos unos u otros, así como la progresividad ayuda a adecuar las normas jurídicas y su aplicación. La universalidad, por su parte, juega un papel muy importante debido a que gracias a ellas los derechos son los reconocidos tanto en una norma de otro país como por el hecho de ser personas que tienen esa calidad en todo el mundo. (Obregón, 2018: 8, 9, 17, 18, 20, 22 y 23)

Los principios establecidos en los derechos humanos permiten al adulto mayor estar protegido en cualquier lugar del mundo en donde él se encuentre. No debe haber distinción en proporcionarles alimentación. Y que les falte educación es una trasgresión a sus derechos. No se puede permitir que les quiten algún derecho como ya lo comentamos. Y en el transcurso del tiempo deberán prevalecer todos sus derechos: alimentación, educación, salud, libertad, seguridad, amor, lo que debe ser un verdadero estado de dignidad.

EL DERECHO PARA TI, ADULTO MAYOR

Los derechos humanos no pueden ser violentados; se encuentran sustentados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como también los deberes y obligaciones. Al convivir en sociedad se encuentra, independientemente de los derechos humanos, el comportamiento moral de etiqueta que deben llevar las personas para que se den las mejores condiciones de vida. Por lo tanto, los derechos humanos tienen una conexión directa con la ciencia del derecho, que es un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de todo individuo en sociedad y el medio por el cual todas las personas ejercerán el dere-

cho a la justicia protegiendo los derechos humanos.

El adulto mayor, al interactuar cada día, al realizar sus actividades, ya sea en su trabajo, familia, con sus amistades, experimenta cambios y momentos en donde se encuentra más vulnerable en todos los aspectos, por lo que se debe capacitar en la ciencia del derecho.

La ciencia del derecho es la forma adecuada en que el adulto mayor puede tener certeza jurídica, exigir seguridad, respeto, reconocimiento, a su persona.

Las leyes amparan y protegen, son la guía de cómo se debe interactuar con el mundo exterior para que existan el orden y el respeto entre todas las personas; sobre todo, reconocen la personalidad jurídica, concepto básico en el derecho; esto es, a las personas se les atribuye, solo por el hecho de serlo (existir), la titularidad de derechos y obligaciones, permitiéndoseles actuar legalmente en su defensa al ser violentados sus derechos.

Ley se define como la norma jurídica obligatoria y general dictada por el poder legítimo en la que se ha cumplido con todos los requisitos para su creación y que tiene como fin regular la conducta de los hombres o establecer los órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines.

Personalidad jurídica,

En términos prácticos, decir que el comportamiento humano se encuentra imputativamente vinculado significa que el objeto de estudio de la ciencia del derecho consiste en los derechos, deberes y facultades de la persona, en conjunto constituyen la personalidad jurídica.

Si esos derecho, deberes y facultades son adscritos o imputados a un individuo, estamos hablando de una personalidad o persona física,

de ahí que podemos derivar que la persona está protegida respecto a sus Derechos Humanos y al mismo tiempo tiene deberes que cumplir.

Según Ovalle Favela: “la acción no sólo es un poder, una facultad, sino que es un verdadero derecho subjetivo procesal, pues bien confiere al actor la facultad de promover la actividad del órgano jurisdiccional, también impone a este, cuando aquel cumple con los requisitos de ley, el deber de dar trámite a la demanda o a la acusación, de llamar a juicio a la contraparte, de seguir ordenadamente el proceso, de dictar la sentencia y, en su caso, mandar su ejecución”. (Ovalle, 2003, citado por Pereznieto, 2015: 204, 223 y 259).

El derecho desarrolla diversos reglamentos, códigos, que llevan los principios básicos a partir de los cuales se crean las leyes, como la justicia, la libertad, la igualdad. ¿En dónde se encuentra la certeza jurídica para todas las personas?, en los derechos humanos. Con ello podría considerarse la justificación de sistematizar las materias. Por ejemplo, el derecho penal fue creado para proteger a las personas de las conductas o agresiones y toda clase de delitos (o tipos penales) que las dañen, las cuales serán sancionadas con penas privativas de la libertad y económicas por el Estado.

El derecho penal es la rama del derecho Público que tiene por objeto tutelar los valores fundamentales de las personas, de la sociedad y del Estado

La doctrina penal define el delito como “la acción u omisión antijurídica, típica, culpable y punible”. Por su parte, el Código Penal mexicano establece en el art. 70 que un delito es “la acción u omisión que sancionan las leyes penales”. Las conductas que tipifica y regula el derecho penal pueden ser realizadas con pleno conocimiento del sujeto activo y en este supuesto la

conducta será intencional, debido a quien la realiza sabe perfectamente lo que hace, al igual que conoce las consecuencias de sus actos.

Puede ocurrir también que las personas actúen irreflexivamente, con descuido o imprudencia, sin medir las consecuencias de sus actos; en este supuesto, la conducta es culposa, lo que significa que el sujeto activo, si bien causó un daño o puso en peligro un valor, no tenía la intención de causarlo (Pereznieto, 2015: 60 y 61).

Dentro de esa sistemática está, por ejemplo, el derecho civil. En el desarrollo histórico del ser humano las primeras reglas de conducta se encuentran en la sobrevivencia, la defensa, la alimentación, protección. Los seres humanos necesitan de un orden para poder convivir en sociedad; y para ello tienen reglas internas, que son las normas morales, y reglas externas, que norman la conducta en sociedad, denominadas normas jurídicas porque garantizan, efectivamente, la regulación en sociedad, pues poseen carácter obligatorio y coercible, universal para todos.

Ese conjunto de normas confiere derechos y facultades, impone deberes u obligaciones. El derecho representa, entonces, para el ser humano, los valores importantes: seguridad, certeza, igualdad, libertad, justicia.

El derecho civil se define como conjunto de normas que rigen las relaciones de los particulares entre sí y de aquellos con el Estado, actuando este último sin su carácter de ente soberano.

Esta rama del derecho es no solo una disciplina jurídica más, sino que constituye la columna vertebral del derecho. Se ocupa del hombre desde su concepción hasta su muerte. Acompaña a la persona durante toda su vida y la relación con su núcleo inmediato: su familia, y

también mediato: la sociedad. Esta disciplina tiene también como fin el estudio y la regulación de los bienes y la de su sucesión por causa de muerte (Pereznieto, 2015: 260, 261 y 263).

En la vida diaria es fundamental estar consciente de que la voluntad de hacer las cosas siempre debe estar ligada a lo que se quiere y de que las consecuencias deben estar reguladas en el ordenamiento jurídico. Pero la ley también indica que, para que se cumpla dentro de un acto jurídico, se requiere tener capacidad de goce (derechos y obligaciones desde el nacimiento hasta la muerte) y capacidad de ejercicio (se adquiere al cumplir la mayoría de edad), a la cual se le denomina capacidad jurídica dentro de la ley. Y, muy importante, la voluntad debe ser libre, se debe estar de acuerdo con las causas y efectos de lo que se hace, no debe darse el consentimiento de la voluntad con dolo, mediante manipulación o por medio de violencia.

Hemos señalado que el acto jurídico se define como una manifestación de la voluntad que se hace con la intención de producir consecuencia de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico. (Rafael Rojina Villegas, op. Cit., p.325)

Así para que exista un acto jurídico, es indispensable que haya una voluntad libre, una intención cierta y que voluntad e intención encuentren su realización conforme al supuesto que la ley establezca.

Con referencia a la personalidad jurídica (cap.4), el art.22 del CCF establece: “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero después del momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.”

Los derechos de goce los tiene la persona desde que nace y aun antes de nacer. Los derechos de ejercicio se adquieren, de acuerdo con el derecho mexicano, a los 18 años (Pereznieto, 2015: 137).

Las personas tienen una amplia protección de sus derechos humanos y, al expresar su consentimiento o voluntad, es requisito indispensable que sea libremente. En especial, las personas adultas mayores se encuentran vulnerables porque su voluntad puede ser viciada por manipulación, violencia, en cualquier circunstancia de su vida diaria, con respecto a sus actividades o algún contrato que realicen con alguna persona a su alrededor para cubrir sus necesidades.

Tradicionalmente se han distinguido tres vicios de la voluntad: el error el dolo y la violencia. En cuanto al primero, se trata de una creencia contraria a la realidad; es decir, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que aporta el conocimiento científico.

De esta suerte, quien expresa su voluntad con error la vicia, pues se parte de una creencia falsa o erróneamente se pretende crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Según el CCF, hay “dolo en los contratos cuando existe cualquier sugestión o artificio que se emplee para introducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes”; y se entiende “por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido” (art. 1815).

Finalmente, la violencia es: “Cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado” (art. 1819). (Rafael

Rojina Villegas, op. Cit., pp.371 y siguientes.)
(Péreznieto, 2015: 138 y 139)

NORMAS JURÍDICAS APLICABLES

La constitución actual es el producto del violento enfrentamiento revolucionario en 1910 contra la dictadura de Porfirio Díaz (sufragio efectivo y no reelección). Después del asesinato de Francisco I, Madero y del ascenso al poder de Victoriano Huerta, el liderazgo de Venustiano Carranza en el movimiento constitucionalista dentro de la lucha revolucionaria siempre tuvo una preocupación especial por el impulso de las garantías individuales y su defensa.

En la constitución política deben establecerse derechos individuales y sociales, la forma de gobierno, las relaciones entre los particulares y el Estado.

Las constituciones escritas, como la de México, están por lo general divididas en dos partes: una dogmática y otra orgánica

En la parte dogmática se enumeran las llamadas garantías individuales (en nuestra Constitución corresponde a los primeros 29 artículos). A su vez, la parte orgánica establece la organización y el funcionamiento de los poderes públicos (en nuestra Carta Magna la constituyen los artículos restantes.)

EL art. 133 de la Constitución Política, establece que la Constitución, las leyes del congreso de la Unión y todos los tratados internacionales, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Este precepto es el fundamento de la jerarquía del sistema jurídico mexicano.

El juicio de amparo procede cuando una autoridad en el ejercicio de sus funciones violenta los derechos y las garantías que la Constitución otorga a una persona física o moral; el amparo protege simultáneamente los intereses de los gobernados y vela por la conservación del orden plasmado en la Constitución.

Los art 103 y 107 constitucionales, junto con la Ley de Amparo reglamentan el proceso del juicio de amparo (López, 2013: 12, 14, 15, 201 y 202).

Para los adultos mayores, es muy importante ejercer sus derechos, pero cuando se trata de hacerlo, desafortunadamente se encuentran sin el conocimiento de las leyes mexicanas. Ahora bien, el juicio de amparo es un derecho relacionado al derecho humano a la defensa; pero a su vez también es una garantía, ya que es un medio de defensa para exigir respeto frente a la autoridad pública y propiciar el respeto entre unos y otros, ya que si los derechos humanos son violados, se debe tener acceso a los tribunales por medio de la protección del Poder Judicial.

Se consideró necesario mencionar los dispositivos legales aplicables a los adultos mayores debido a la necesidad conocer, de manera inmediata, los instrumentos normativos que les protegen cuando sus derechos humanos son violentados por instituciones particulares o autoridades que prestan servicios; razón por la cual se consideró que la constitución es la ley que nos rige dentro del territorio nacional a todos los mexicanos, en ella se encuentran todos los derechos humanos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

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

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

Art 4°. Derecho a la familia, igualdad del hombre y la mujer, derecho a la alimentación nutritiva, derecho a la protección de la salud. derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. derecho a la cultura física y a la práctica del deporte (Congreso de la Unión, 1917).

Ahora, la siguiente ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 25 de junio de 2002 por el presidente Vicente Fox Quesada. Su objeto es garantizar el ejercicio de los derechos de las personas adultas mayores, así como su cumplimiento.

Es importante identificar en su condición cuál podría ser el tipo de transgresiones que existirían. La violencia hacia el adulto mayor se puede encontrar en su círculo social y se manifiesta por medio de negligencia, abandono, insultos, humillaciones, marginación amenazas; todo esto lleva al adulto mayor a la depresión.

La violencia al adulto mayor también puede manifestar mediante lesiones físicas o cuando los adultos mayores se ven limitados en sus ingresos económicos o tienen un salario menor dentro de un mismo centro laboral.

LEY DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

Artículo 5o. De manera enunciativa y no limitativa, esta Ley tiene por objeto garantizar a las personas adultas mayores los siguientes derechos:

- I. De la integridad, dignidad y preferencia:
 - a. A una vida con calidad. Es obligación de las Instituciones Públicas, de la comunidad, de la familia y la sociedad, garantizarles el acceso a los programas que tengan por objeto posibilitar el ejercicio de este derecho.
 - b. Al disfrute pleno, sin discriminación ni distinción alguna, de los derechos que ésta y otras leyes consagran.
 - c. A una vida libre sin violencia.
 - d. Al respeto a su integridad física, psicoemocional y sexual.
 - e. A la protección contra toda forma de explotación.
 - f. A recibir protección por parte de la comunidad, la familia y la sociedad, así como de las instituciones federales, estatales y municipales.
 - g. A vivir en entornos seguros dignos y decorosos, que cumplan con sus necesidades y requerimientos y en donde ejerzan libremente sus derechos (Congreso de la Unión, 2002).

Los adultos mayores, en la comunidad en que viven, deben tener acceso a los servicios de salud preferentemente, gozar de igualdad de oportunidad y de opciones que les permitan tener un ingreso propio, así como ser escuchados y apoyados por los servidores públicos de instituciones federales, estatales y municipales.

Artículo 6o. El Estado garantizará las condiciones óptimas de salud, educación, nutrición, vivienda, desarrollo integral y seguridad social a las personas adultas mayores con el fin de lograr plena calidad de vida para su vejez. Asimismo, deberá establecer programas para asegurar a todos los trabajadores una preparación adecuada para su retiro.

Párrafo reformado DOF 24-01-202 (Congreso de la Unión, 2002).

El adulto mayor, al encontrarse enfermo, tiene derecho a una atención

preferencial, a tener información sobre programas sociales; pero la realidad es que, desafortunadamente, el nivel económico en el que vive la mayoría de los adultos mayores y su alimentación en la actualidad son limitados.

LA OBLIGACIÓN DE LA POBLACIÓN EN GENERAL

Los principios que debe tener la población son la virtud, la templanza, la honradez, la dimensión espiritual, que no les permite descuidar a los adultos mayores. Debemos tener conciencia moral. La conciencia es un juicio intelectual donde se encuentra un acto voluntario que se hará con la recta razón, la razón del ser virtuoso. Más aún, el concepto de derecho humano a la conciencia tiene un aspecto ambivalente, como la obligación de respetar a otro individuo, así como a la sociedad.

Todos, al pensar en el bien moral, saben que el deber es hacer el bien y evitar el mal. Entonces, la virtud es apoyar a los adultos mayores en sus limitaciones, participando juntos, dándose el bien común, para lo que fue creada la ciencia jurídica. Por lo tanto, se debe emitir la norma jurídica para la protección de las personas vulnerables, ya que no encontrar un empleo en el mercado laboral o facilidades que otorguen las leyes es una complicación evidente dentro de su vida.

El bien moral es el que nos lleva a sentir la felicidad. Esto se les ha olvidado a algunas personas: que los adultos mayores siempre les dieron apoyo de acuerdo con sus posibilidades y como se los permitió las situaciones que tuvieron en su vida personal, pero nunca dejaron a un lado el afán de que su descendencia y cada generación encuentren una vida mejor.

¿Cuántas veces pasamos cerca de un adulto mayor y no le tomamos el interés de preguntarle qué haría si estuviera en nuestra situación o si alguna vez lo estuvo ni, mucho menos, lo ayudamos a resolver cualquier duda que tenga?

¿¡O por qué no ayudarlo!, orientarlo en algún conflicto y, mucho mejor aún, donarle alguna despensa, agendarle alguna cita médica, comprarle algún medicamento, darle cariño con atención?

Tenemos que cambiar la mentalidad de cada una de las personas a nuestro alrededor y decirles lo valioso que es tener un adulto mayor en cada casa (y si por algún motivo tú no tienes uno, adopta a aquel que se encuentra solo). En relación al derecho humano a la conciencia, debemos asumir la obligación de mejorar la vida de los adultos mayores, evitar el maltrato hacia ellos, e inculcar valores como el respeto, la gratitud, que nos inculcaron desde la niñez.

Ahora es el momento de promover el respeto a los adultos mayores, fomentar en las escuelas a los niños la admiración y respeto hacia a sus abuelos, a sus maestros, a todo adulto mayor que conozcan en su vida, y enseñarles a convivir con ellos, a compartir sus conocimientos. El derecho humano a la conciencia permite considerar realizar un cambio social. Mientras más analices variables y acontecimientos, podrás llegar a la conclusión de que, dentro de sesenta años, los niños que lleguen a ser adultos mayores en el año 2080 deben tener una situación diferente.

EL COVID-19 COMO CAMBIO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ADULTOS MAYORES

Las Américas y el mundo se enfrentan actualmente a una emergencia sanitaria global sin precedentes ocasionada por la pandemia del virus

que causa el COVID-19, ante la cual las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención del virus deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos.

La pandemia del COVID-19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el COVID-19; así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general, y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2020a: 3).

El actual gobierno de México, mediante el Consejo de Salubridad General, emitió una guía bioética que pretende atender primero a los jóvenes que a los adultos mayores; con ello se evidencia el desinterés del gobierno en buscar la protección de las personas mayores. Respecto a la protección de los derechos de los adultos mayores, la CIDH emitió el siguiente comunicado de prensa:

Washington, D.C. - La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el marco de su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada para la crisis derivada de la pandemia del COVID-19 (SACROI COVID-19), urge a los Estados a brindar una protección reforzada a las personas mayores de la región, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, y a adoptar las medidas necesarias para garantizar sus derechos, de acuerdo con la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y con los estándares y las recomendaciones de su Resolución No. 01/20 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas".

Adicionalmente, la Comisión llama a los Estados a adoptar medidas de ayuda humanitaria para garantizar alimentos, agua y saneamiento a las personas mayores en situación de abandono, calle o extrema pobreza. La CIDH reconoce el esfuerzo de varios Estados que han decretado subvenciones, subsidios o bonos, con pago seguro o han habilitado espacios de acogida para estas personas.

Asimismo, dada la gravedad de la situación de las personas mayores privadas de libertad, la Comisión reitera a los Estados que evalúen la posibilidad de otorgar medidas alternativas a aquellas de baja peligrosidad o que estén prontas a cumplir condenas. Esto, sin perjuicio de que las solicitudes de personas en riesgo, condenadas por graves violaciones a los derechos humanos, deban valorarse según los criterios correspondientes, atendiendo un análisis y requisitos más exigentes, con apego al principio de proporcionalidad y a los estándares interamericanos aplicables. La CIDH urge garantizar las condiciones de detención y cuarentena adecuadas a fin de impedir el contagio intramuros.

En atención a lo anterior, la Comisión retoma las recomendaciones 41 a 45 de la Resolución No. 01/20, "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", y con el fin asegurar el respeto de las personas mayores como sujetos plenos de derecho, de acuerdo con los estándares de derechos humanos, frente a la pandemia del COVID-19, la CIDH recomienda además a los Estados:

1. Adoptar las medidas necesarias a fin de evitar contagios, priorizar la atención médica y evitar el edadismo, garantizando el derecho a brindar consentimiento en el ámbito de la salud y facilitando medios de contacto familiar.
2. Garantizar su acceso a servicios públicos y bienes esenciales con un trato diferenciado y preferencial a las personas mayores, identifi-

cando y eliminando obstáculos y atendiendo la brecha digital.

3. Reforzar medidas de supervisión y vigilancia para evitar la violencia y negligencia contra personas mayores.

4. Ratificar o adherirse a la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos de las Personas Mayores.

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia (CIDH, 2020b: s/p).

Uno de los problemas de poner en práctica las disposiciones de la CIDH, siempre y cuando no tenga relación México directamente, es que son directrices, pero esto no quiere decir que se encuentren dotadas de la característica de la norma jurídica, como la obligatoriedad o coercibilidad. Lamentablemente, la aplicación, aun en los derechos humanos, tiene que ser siempre a petición de parte. No existe método fáctico que permita la protección de manera directa aunque exista la obligación de oficio, lo cual hace evidente la transgresión debido a que tendrá que existir una restauración del derecho humano transgredido.

CONCLUSIÓN

Nunca debemos olvidar el descuido que se ha tenido con los adultos mayores por parte de las empresas, ya que se les ha olvidado encontrar la manera de integrarlos en

alguna actividad que ellos todavía puedan desarrollar dentro del mercado laboral de nuestro país.

Es bien conocido que, al llegar a determinada edad, las empresas ya no quieren contratar a los adultos mayores, dejando a un lado toda la experiencia que puedan tener para desarrollar sus labores, con lo cual se viola el derecho humano al trabajo, la dignidad humana.

Los adultos mayores no podrán rejuvenecer, pero siempre podrán realizar las actividades que hacen los jóvenes porque el espíritu que tienen los adultos es fuerte, porque buscan vivir bien y estar en mejores condiciones de salud para su vida diaria. Son parte fundamental de la sociedad, por ello, tienen que ser protegidos.

Hablar de adultos mayores significa hablar de la oportunidad de reconocer la razón de existir, reflexionar y ser conscientes de que su presencia no ha sido en vano, de que es posible envejecer con salud plena, laborar, seguir siendo productivo, lo que hará que el derecho humano a la dignidad se fortalezca en relación a las personas y se pueda transmitir conocimiento a los más inexpertos o con necesidades de aprender.

Con su ejemplo las nuevas generaciones heredarán bases para establecer trayectorias más exitosas, aprenderán la importancia de sus decisiones, lo valioso de seguir y alcanzar metas.

La dignidad humana de los adultos mayores es responsabilidad de todos...

Fuentes consultadas

- Beacchi, P. (2012), “Una Sintética Reconstrucción Histórico-Filosófica”, en Paolo Beacchi, *El Principio de la Dignidad Humana*, México, Ediciones Coyoacán y Fontamara.
- _____. (2012), “EL Gran Debate de la Posguerra”, en Paolo Beacchi, *El Principio de la Dignidad Humana*, Ediciones Coyoacán y Fontamara.
- Carbonell, M. (2018), “Dignidad humana”, *Hechos y derechos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Congreso de la Unión (1917), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 5 de febrero, última reforma: 8 de mayo de 2020.
- _____. (2002), Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 25 de junio, última reforma: 24 de enero de 2020.
- CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) (2020a), “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, Resolución NO.1/2020, <http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>
- _____. (2020b), “La CIDH urge a los Estados a garantizar los derechos de las personas mayores frente a la pandemia del COVID-19”, comunicado de prensa, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/088.asp>.
- “Génesis” (s/a), citado por Paolo Beacchi, en *El Principio de la Dignidad Humana*, México, Ediciones Coyoacán y Fontamara, 2012.
- Hobbes (1651), *Leviathan*, citado por Paolo Beacchi, en *El Principio de la Dignidad Humana*, México, Ediciones Coyoacán y Fontamara, 2012.
- Inegi (Instituto Nacional de Estadística y Geografía) (2015), Encuesta Intercensal, citada por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), en “Personas mayores”, ficha temática, <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Ficha%20PAM.pdf>.
- López Betancourt, E. (2013) “Estructura y principios de la Constitución”, en Eduardo López Betancourt, *Derecho Constitucional*, México, IURE editores.
- Obregón Salinas, G. L., (2018), “De los Derechos Humanos y Fundamentales”, en Gonzalo Levi Obregón Salinas, *Lo Teórico y lo Práctico de los Derechos Humanos*, México, Dofiscal Editores y Thomson Reuters.
- Ovalle Favela, J. (2003), *Derecho procesal civil*, citado por Leonel Pereznieto Castro, en *Introducción al estudio del derecho*, México, Oxford University Press México, 2015.
- Naciones Unidas (s/a) “Envejecimiento”, <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/ageing/index.html> “Perspectivas de la población mundial 2019”, en 2050,
- Pascal (1669), Pensées, citado por Paolo Beacchi, en *El Principio de la Dignidad Humana*, México, Ediciones Coyoacán y Fontamara, 2012.
- Pereznieto Castro, L. (2015), “Órdenes normativos”, en Leonel Pérez Castro, *Introducción al estudio del derecho*, México, Oxford University Press México.
- _____. (2015), “Definición del derecho”, en Leonel Pérez Castro, *Introducción al estudio del derecho*, México, Oxford University Press.

Somatoderecho: hacia la configuración de los derechos de los cuerpos

Somaticlaw: Towards the Configuration of the Rights of Bodies

Daniel J. García López*

Luísa Winter Pereira**

RESUMEN

En la presente investigación se trata de abordar la cuestión del cuerpo como aquello que ha sido excluido históricamente del derecho. A partir del estudio de las violencias sistémicas sobre las personas intersexuales como la ejecución del binarismo sexual sobre sus cuerpos, se plantea la categorización de los tratamientos médicos no consentidos como crimen contra la humanidad. La visibilidad de las graves violaciones a las personas intersex nos sitúa ante la necesidad de articular un derecho en cuyo centro se ubique la corporalidad, lo que se ha venido a llamar: somatoderecho.

Palabras clave: biopolítica, cuerpo, intersexualidad, binarismo sexual.

Abstract

This research seeks to address the issue of the body as that which has historically been excluded from the law. Through the study of systemic violence on intersex people, such as the demand for sexual binarism, the categorization of non-consensual medical treatment as a crime against humanity is proposed. The visibility of the serious violations of intersex people places us in the face of the need to articulate a right in whose center is located the body, what we have called: somaticlaw.

Keywords: *Biopolitics, Body, Intersexuality, Sexual Binarism*

INTRODUCCIÓN O DE CUANDO EL BINARISMO TIENE MIEDO

19 de agosto de 2009, Berlín. Un tiempo de 1:55.25. Oro en 800. La ganadora: Caster Semenya. Comienzan las sospechas. “Es un hombre”, llegan a decir. Se inicia el calvario judicial de Semenya. ¿Su delito? Ser una mujer intersex, negra, lesbiana y sudafricana. El proceso judicial al que la someten se resolverá un año después. Entre tanto, le impiden ganarse la vida, le impiden trabajar, le impiden competir. La resolución, en 2010, será favorable a Semenya. Es una mujer, intersex, sí; y podrá competir. La historia no acaba ahí. Se repite con Dutee Chand unos años después. De nuevo resolución positiva para las personas intersex –y racializadas– (la violencia es interseccional).

¿Qué es lo que cuestiona la Federación Internacional de Atletismo? Que una mujer no puede tener ciertos niveles de testosterona, porque, de lo contrario, sería un hombre; es decir, decide quién es mujer. El límite lo establece en 10 nanomoles (nmol) por litro de sangre. El laudo arbitral, en el caso Dutee Chand suspendió

* Profesor ayudante, doctor, en el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. Email: danieljgl@ugr.es.

** Doctoranda en el Programa de Doctorado Pós-colonialismos e cidadania global del Centro de Estudos Sociais de la Universidade de Coimbra. Email: luisa.w.pereira@gmail.com.

temporalmente el reglamento de la Federación Internacional de Atletismo que obligaba a las mujeres a pasar por controles de identidad de género y prohibía a las mujeres intersex competir. El Tribunal de Arbitraje Deportivo le dio a la Federación Internacional de Atletismo un plazo de dos años para que demostrara la correlación entre niveles de testosterona y rendimiento deportivo; en caso de no demostrarla, el reglamento quedaría derogado para siempre. ¿Cuál fue el resultado? No se pudo demostrar dicha correlación. ¿Qué hizo la Federación Internacional de Atletismo? Se inventó un nuevo reglamento, en 2018, mucho más restrictivo: 5 nmol por litro de sangre. Semenya recurre este reglamento. El 1 de mayo de 2019 el Tribunal de Arbitraje Deportivo, sorprendentemente, dio la razón a la Federación Internacional de Atletismo. Si Semenya o cualquier mujer intersex con niveles de testosterona superiores a 5 nmol quiere competir, deberá reducir sus niveles de testosterona —producidos naturalmente— por medio de un proceso químico altamente perjudicial para su salud. Cuando el binarismo heteropatriarcal tiene miedo, su reacción es violenta.

La violencia legitimada jurídicamente contra Caster Semenya tiene varias lecturas. Hace unos años, un joven nadador de 1.93 de estatura consiguió lo inimaginable: 28 medallas olímpicas. El mejor de todos los tiempos. ¿Su nombre? Michael Phelps. No es negro ni mujer; es hombre, blanco y norteamericano. Y no es intersex. Sin embargo, el Comité Olímpico elogió su ventaja genética: produce menos de la mitad del ácido láctico. Sin embargo, con Semenya las cosas cambian, y cambian por todas las intersecciones arriba indicadas: mujer, lesbiana, negra, sudafricana e intersex. La decisión del Tribunal de Arbitraje Deportivo

es un claro apuntalamiento del esencialismo de género y del racismo. La ficción del binarismo sexual ha de ser inmunizada, y esa resolución judicial es un instrumento. Caster no podrá competir. Pero no solo se inmuniza con esa decisión. El feminismo hegemónico, aquel que llenó las calles el 8 de marzo, guarda silencio, y el silencio es cómplice.

Lo que se propone en esta investigación es sacar a la luz las violencias sistémicas que se ejecutan sobre las personas intersexuales y cómo esas violencias están legitimadas por un sistema jurídico, médico, educativo y social. Esas violencias son el ejemplo explícito de la necesidad de articular los derechos centrados en los cuerpos, una especie de *somatoderecho*: derechos como garantías para que las condiciones materiales de los cuerpos (*soma*) sean dignas de ser vividas.

LA VIOLENCIA DEL BINARISMO HETEROPATRIARCAL

El horror que imponen a las personas intersex no tiene límites. El deporte es, quizás, lo más mediático, Aunque a veces se queda en la superficie. Recuerden a la judoka brasileña Edinanci Fernandes Da Silva a la que se le obligó no solo a hormonarse, sino también a realizarse una clitoridectomía, esto es, una mutilación genital (Lins, 2009). Ya no solo la ciencia médica determina qué es ser hombre o mujer, el deporte también lo establece, y el derecho guarda silencio cómplice. La pregunta que debemos hacernos es ¿por qué se producen esas graves violaciones a los derechos de las personas intersex?

En febrero de 2017 la sociedad española se vio sacudida. Por las calles de Madrid comenzó a circular un autobús naranja en el que se podía leer “Los niños tienen pene.

Las niñas tienen vulva. Que no te engañen. Si naces hombres, eres hombre. Si eres mujer, seguirás siéndolo”. El conflicto surgió rápidamente. Llegaron a actuar tanto la policía como el Poder Judicial. En las semanas y meses siguientes, la polémica transitó por otras ciudades. La conclusión a la que se llegó, más o menos unánime, fue que se trataba de un acto transfobo, el cual negaba, por medio del odio, la situación de las personas transexuales. Pero hay personas a las que ese mensaje se dirige y que, en cambio, han sido silenciadas. Porque hay niños con vulva y niñas con pene, niños que menstrúan y niñas que no, niños y niñas con cromosomas XXY, XO o XYY. Si un autobús enuncia un mensaje transfobo, también marca una situación de interfobia. Las personas intersexuales están siendo doblemente negadas. ¿De dónde viene ese silencio¹?

En 1889, tras varios intentos fallidos, se publicó el primer código civil español, siguiendo la senda del napoleónico de 1804. En su artículo 30 se puede leer lo siguiente: “para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”. Ese artículo estuvo vigente hasta que la Ley española 20/2011, del 21 de julio, del Registro Civil lo modificó sustituyendo el término figura humana por simple vida. ¿Qué importancia tenía que —hasta 2011— el estatus de persona se adquiriera cuando el recién nacido tuviera forma humana?

Se puede encontrar un rastro de ese *dispositivo de la persona*, por utilizar

el término de Roberto Esposito (2011 y 2014), en las Partidas de Alfonso X (s. XIII): *delito nefando contra natura* (Tomás y Valiente, 1991). Se trata de una *laesa Majestatis* que no es digna de nombrar, pues ofende directamente a la creación y a Dios. Por eso la única pena posible para redimir al *culpable* es la muerte en la hoguera, pues el fuego purifica el alma, convierte en cenizas el cuerpo, evitando contagiar a la población. Se encuentra esa pena, por ejemplo, en la *Pragmática* de los reyes católicos, de 1497.

Unos años después, Felipe II volvió a incidir sobre ese delito: En la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1567), publicó la prueba privilegiada del delito nefando contra natura para la imposición de su pena ordinaria. La tortura dejó de ser un instrumento para conseguir llegar a la culpabilidad y la consiguiente pena —morir en la hoguera—. Bastaba con un simple testimonio para evidenciar la comisión de tal delito, aunque dicho testimonio entrara en contradicción con otros.

¿Quiénes eran los *sujetos peligrosos*? Además de quienes practicaran sodomía, aquellos que hubieran nacido *hermafroditas*, esto es, *sin figura humana*. Larga es la historia de las *aberraciones* cometidas sobre el cuerpo hermafrodita/intersex. Fueron considerados monstruos en Roma y, por ello, arrojados al río Tíber nada más por nacer (Bloch, 1978). ¿La razón? Rómulo promulgó una ley, señala Dionisio de Halicarnaso (1984: 175 y 176), por la que se permitía matar al recién nacido *anaperon* (malformado) o *teras* (monstruo), dejando así “...a la ciudad regulada y ordenada útilmente para la paz y convenientemente para la guerra”. Lo que se pretendía era evitar el peligro de contagio al resto de la población. Tito Livio, por ejemplo, relata cómo fue

1 El silencio es tal que incluso se carece de insultos en el imaginario colectivo. Sí nos es fácil identificar insultos para otras realidades (gays, lesbianas, trans, etc.); pero si nos preguntan por insultos a personas intersex, solo queda el silencio, esto es sintomático de la violencia normalizada que sufren las personas intersex.

asesinado un recién nacido hermafrodita: los arúspices de Etruria sentenciaron que dicho *foedum ac turpe prodigium* había de ser ejecutado en aguas profundas, encerrado en una caja, alejado de la población en tierra. La historia posterior ha deambulado entre las condenas a muerte en la hoguera o la supervivencia conforme a uno de los dos sexos (Young, 1937).

De esa violencia ha surgido la razón sexual moderna: las dicotomías normalidad-patología, normal-anormal, lícito-ilícito, sano-insano, moral-inmoral, etc. determinan qué cuerpos deben ser castigados y corregidos. ¿Qué dice la norma de la razón sexual moderna? Impone una *coherencia narrativa de los cuerpos*. Si antes de la modernidad el soberano hacía morir y dejaba vivir, en la era biopolítica en la que nos encontramos se hace vivir y se deja morir (Foucault, 2009b, pp. 141-169). Es por ello que ya no funciona el delito nefando contra natura, por el cual se condenaba a las personas intersex a morir en la hoguera por haber atacado a Dios y a la creación (García, 2015), sino que hay un sistema normativo que separa y clasifica los cuerpos en las categorías normal (que es igual a bueno, bello, lícito, sano, moral) y patológico (anormal, malo, feo, ilícito, insano, inmoral). De tal forma que se establece un deber ser de las corporalidades, según el cual una persona con cromosomas XY debe poseer pene y testículos con una forma y tamaño, generar testosterona, manifestarse desde la masculinidad y tener relaciones afectivo-sexuales con una persona con cromosomas XX que debe poseer vagina, útero y ovarios con una forma y tamaño, generar estrógenos, manifestarse desde la feminidad y tener relaciones afectivo-sexuales con una persona con cromosomas XY...coherencia narrativa de los cuerpos. Pero si alguien rompe con esa narración, será situado en el otro extremo

y habrá de ser corregido, normalizado, disciplinado para que poco a poco traspase la línea divisoria y se sitúe en el lado de la normalidad, pero mantendrá el estigma, la cicatriz, que le recuerde que en algún momento perteneció al lado erróneo. Se trata no ya de una violencia explícita, que a ojos de todas las personas es visible porque rompe con su cotidianidad, sino de una violencia implícita, silente, sistémica, que no porque la consideramos normal, porque nos atraviesa (Žižek, 2009).

Más adelante se abordarán los dispositivos biopolíticos que controlan y administran la vida de la población intersex; se analizará cómo funcionan en lo que podría llamarse el *bioestado de excepción que ha devenido regla*². Finalmente, frente a ese panorama, se tratará la consideración de las prácticas médicas sobre la población intersex como un crimen contra la humanidad y la necesidad de articular un mecanismo de garantías, un derecho fundamental a la libre autodeterminación del cuerpo.

VIGILAR Y CORREGIR

Con la modernidad el cuerpo castigado (en la hoguera, por ejemplo) pasó a ser un cuerpo vigilado y regulado por distintas instituciones. Se trataba de una nueva economía del castigo indirecta, sofisticada y sutil. He aquí el tránsito del *hacer morir y dejar vivir al hacer vivir y dejar morir*. Foucault mostró que la humanización de las penas fue una ficción. El derecho no se humanizó, en el sentido de tomar conciencia respecto a la barbarie de las penas, sino que sustituyó una economía política del castigo obsoleta por otra más acorde con los nuevos tiempos del mercado. De esa forma, el poder

² Se parafrasea la octava tesis del texto de Walter Benjamin *Sobre el concepto de historia*.

de castigar es más eficaz, constante y menos costoso (Foucault, 2009a). Se pasó del *dejar morir* al sujeto hermafrodita al *hacer vivir* a la persona intersexual.

El penado pasa ahora de ser un objeto de venganza del soberano a un sujeto de derecho, con ciertas garantías procesales. La *sensibilidad*, que llevó a evitar el suplicio público, fue producto de un cálculo económico. Se pasó así de la hoguera al quirófano, de las togas de los magistrados a las batas de los cirujanos. Porque si bien, con la modernidad, el hermafrodita dejó de ser quemado en la hoguera, deberá, eso sí, ser identificado y normalizado, aunque manteniendo el estigma de su *monstruosidad*.

Recordemos la sentencia de Foucault: (2009a: 225) “las Luces, que han descubierto las libertades, inventaron también las disciplinas”. La condena ahora es impuesta de por vida bajo la estricta vigilancia médica. Del encierro de la cárcel se pasa así al de la palabra. De hecho, a partir de la Ilustración, fue negada la existencia de hermafroditas (Vázquez y Cleminson, 2011), como se recoge en la *Encyclopédie* de Diderot (1778). No hay mezclas de sexos, sino rarezas, imperfecciones o deslices de la naturaleza (Foucault, 2001). Por eso no había hermafroditas, sino un verdadero sexo a desvelar tras ese cuerpo deforme (surge así la teratología). De esta forma, es posible *corregirlo*.

En definitiva, se trata de un proceso, de un tránsito biopolítico, del *dejar morir* y *dejar vivir al hacer vivir* y *dejar morir*. Se pasó de los sistemas jurídicos encargados de castigar por medio del fuego a los sistemas médicos cuya función radica en corregir por medio del bisturí. El juez fue sustituido por el experto en medicina, que debe explorar, clasificar, desvelar, descifrar y

producir el verdadero sexo:

se exige una correspondencia rigurosa entre el sexo anatómico, el sexo jurídico, el sexo social: esos sexos tienen que coincidir y nos colocan en una de las dos columnas [hombres y mujeres] de la sociedad (Foucault, 1994; 624).

Ese régimen biopolítico produce una serie de normas: dimorfismo sexual, esencialismo biológico, dualidad de géneros y prácticas sexuales reproductivas.

A partir de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, el saber médico ocupa progresivamente un lugar central en el Estado, porque es el cuerpo de los ciudadanos sobre el que se ejerce el poder. Por eso la salud pública, la higiene social o el bienestar de la nación son los ejes sobre los que giran las actividades económicas, políticas y administrativas del Estado. El cuerpo del hermafrodita deviene objeto de interés médico, en tanto que el derecho se ocupa de castigar los actos que pudieran derivarse de la ruptura con el verdadero sexo descubierto por el experto en medicina.

Se produce una metamorfosis en los mecanismos punitivos: quien juzga y administra la pena deja de ser el jurista y pasa a ser el médico, y, lo que se juzga y sobre lo que se administra la pena deja de ser exclusivamente el cuerpo y pasa a ser el alma (Foucault, 2009). Esta metamorfosis se realiza en un momento donde se modifica el estatuto jurídico del médico (es convertido en un patriota), se crean los nuevos principios del Estado liberal que condicionan la organización del hospital y la sanidad, y la asistencia pública se pone tanto al servicio de las necesidades sociales como de las económicas de la burguesía (Serrano,

1987). De esta forma, se produce un modelo dicotómico con dos ejes: normalidad y patología (Canguilhem, 1966). Quien se encuentre en el segundo, como es el caso del sujeto hermafrodita, debe ser vigilado, corregido, administrado y contenido, pues su peligrosidad pone en riesgo el sistema económico-político heterosexual³.

BIOESTADO DE EXCEPCIÓN

En 1817 Charles Chrétien Henri Marc empleó la voz *Hermaphrodite* en el *Dictionnaire des Sciences Médicales par une Société de Médecins et de Chirurgiens*. Allí clasificó a los hermafroditas en reales, aparentes y neutros. En la definición se dice que los hermafroditas reales no existían y que los neutros fueron eliminados del discurso científico. Solo quedan los hermafroditas aparentes. Seis décadas más tarde, Theodor Klebs introdujo la clasificación vigente hasta bien entrado el siglo xx: hermafroditas verdaderos y pseudohermafroditas (Vázquez y Cleminson, 2012). Para determinar ante qué hermafrodita se encontraban, se utilizaban (y se siguen utilizando) tanto el tacto como la mirada sobre los genitales externos. Alice Dreger (1998) habla de dos periodos: 1) La era de las gónadas (1870-1915) y 2) la era de la cirugía (1917-actualidad).

La primera de las eras, basada en los estudios previos de Isidore Geoffroy Saint-Hilaire (1833) y James Young Simpson (1839) sobre teratología y corrección de cuerpos anómalos, se desarrolló en torno a las prácticas de Theodor Klebs,

discípulo de Rudolf Virchow. En 1876 salió a la luz su *Handbuch der Pathologischen Anatomie*. Un hermafrodita verdadero es el que posee glándulas sexuales masculinas y femeninas; un pseudohermafrodita es el que posee glándulas de un sexo con cierto desarrollo del otro. El verdadero sexo vendría determinado por medio de los testículos o los ovarios.

La segunda de las eras inició cuando William Blair Bell planteó abandonar la clasificación basada en las gónadas. Aunque Bell seguía los planteamientos dimórficos de Klebs, añadió un dato importante: era preciso recurrir a la cirugía para eliminar las partes anómalas. Se trataba de asignar y producir quirúrgicamente un solo sexo creíble para cada cuerpo ambiguo: un cuerpo, un sexo (Dreger, 1998).

El modelo, finalmente, fue perfeccionado por John Money con su tesis doctoral a principio de la década de los años 50: *Hermaphroditism: An Inquiry into de Nature of a Human Paradox*. El dispositivo que construyó Money sigue hoy en día vigente: *Optimal Gender of Rearing*; se aplica en los hospitales occidentales. ¿En qué consiste? Brevemente: cuando nace un bebé con ambigüedad genital o intersexual, se procede a la producción de un único sexo en el período que transcurre desde el nacimiento hasta los primeros 18 meses de vida (para evitar generar recuerdos); se diagnostica el verdadero sexo a partir de lo que el movimiento intersex ha llamado irónicamente el *falómetro*, pues se basa en las medidas del clítoris (máximo 1cm) o del pene (mínimo 2.5cm) (Fausto-Sterling, 2006), se fija por medio de tratamientos quirúrgicos y hormonales irreversibles.

A ello hay que sumar los avatares jurídicos; por ejemplo, en el sistema jurídico español se establece un plazo de 72 horas,

³ El modelo biopolítico sobre el cuerpo hermafrodita puede verse bien en las memorias que nos dejó Herculine Barbin a mediados del siglo XIX (Foucault, 2007), así como en el texto de Monet, de 1788, titulado *De iure circa hermaphroditos*, inédito hasta 2015 (García, 2015).

desde el nacimiento, para la inscripción del bebé en el Registro Civil con su sexo ya delimitado. ¿Y de cuántas personas se está hablando? Aunque no hay datos procedentes de instituciones ministeriales, existen dos estadísticas: la primera señala que el 1% de la población tiene algún rasgo de intersexualidad, mientras que la segunda refiere que 1 de cada 2000 nacidos posee ese rasgo visible. De los nacidos, al menos el 20% es sometido a cirugía en las primeras semanas, puesto que la biomedicina entiende que se encuentra ante un caso de urgencia psicosocial neonatal. Ello se traduce, para el Estado español por ejemplo, en varias decenas de *bebés mutilados* anualmente (García 2015).

¿Por qué se dice que es un caso de mutilación, es más, un caso de mutilación realizado por la medicina, consentido por la sociedad y protegido por el derecho? Se piensa que existe un *deber jurídico implícito* de practicar la mutilación porque, al ser calificado como de *urgencia psicosocial neonatal* el nacimiento de un bebé intersex, hace que no sea obligatorio el consentimiento informado ni posible practicar la objeción de conciencia por parte del equipo médico que estuviera concienciado con el movimiento intersex. Es por ello que se denomina a esa situación *bioestado de excepción*. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, en la línea con los Estados del *civil law*, indica que en caso de urgencia, y aquí se está en un supuesto de urgencia psicosocial, no es obligatorio el consentimiento informado —de la persona en sí o de sus padres o tutores legales—, como también se recoge en la Ley de Autonomía del Paciente, e, incluso, la información excesiva es contraproducente; del mismo modo, tampoco es posible la objeción de

conciencia del profesional concienciado con el activismo intersex por el mismo argumento de la urgencia. Es esa urgencia la que deviene el pilar de la *Lex Artis médica*, que, en caso de conflicto, el juez seguramente aplicaría: en tanto que mayoritariamente se sigan utilizando protocolos médicos patologizadores basados en la intervención quirúrgica, el equipo médico que realice cirugías seguirá amparado por el sistema jurídico y exento de responsabilidad (García, 2015). Es ese vacío, precisamente, lo que permite las mutilaciones genitales que diariamente sufren las personas intersexuales en los hospitales del Occidente democrático y defensor de los derechos humanos. El equipo médico puede mutilar sin ser ello un delito al situarse en el umbral de indeterminación entre la norma heterosexual y el hecho intersexual.

La *nuda vida intersexual*, en el sentido de Agamben (1995), es aquella que soporta el nexo entre violencia y derecho en relación al régimen político heterosexual, según el cual solo hay dos columnas biológica y socialmente predeterminadas: hombre y mujer con sus correspondientes atributos. Una vida insacristable pero expuesta a la mutilación, sin que esta práctica sea considerada delito. Lo que para la medicina es *deformidad* en el ámbito prequirúrgico, *creación* por medio de la intervención y *genitales corregidos* en el momento posterior a la cirugía, para la persona intersexual son *genitales intactos* en el ámbito prequirúrgico, destrucción mediante la intervención y *genitales mutilados y artificiales* en el momento posterior a la cirugía (Kessler, 1998).

CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD

Ante ese bioestado de excepción en el que

está situada la *nuda vida* intersexual, ¿qué se puede hacer?, ¿es posible una resistencia desde dentro del sistema? En las siguientes páginas se propondrá la consideración de las prácticas médicas innecesarias y meramente estéticas sobre la población intersex como un crimen contra la humanidad de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998.

¿En qué consiste el crimen contra la humanidad⁴? Se trata de un delito imprescriptible (artículo 29), esto es, perseguible en cualquier momento, que reúne las siguientes características (Byron, 2009; Cherif, 2014; Gil, 1999):

1) Ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Se trata de una serie de actos generalizados cometidos en el marco de una política estatal. Esos ataques no implican la existencia de un conflicto bélico. En cuanto a los calificativos *generalizado o sistemático*, han de entenderse como alternativos. *Generalizado* se refiere a nivel cuantitativo: los actos se dirigen contra una multitud de víctimas. El carácter sistemático hace referencia a una dimensión cualitativa: comisión repetida o continua de actos según una política.

2) El sujeto activo —autor del hecho delictivo— ha de poseer medios de los que no disponga el autor de un delito común, facilitando así su impunidad. Debe ser consciente del ataque, realizado en cumplimiento de una política

estatal (esta no tiene que estar definida expresamente).

3) Sujeto pasivo. El concepto *población civil* hace resaltar el carácter colectivo del ataque, que puede dirigirse contra un grupo concreto identificado por su etnia, nacionalidad, orientación política, género, etc.

4) El ataque generalizado o sistemático contra población civil puede materializarse en asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, traslado forzoso, encarcelación, tortura, violación, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, persecución de un grupo con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, desaparición forzada, crimen de *apartheid*.

¿Cómo encaja aquí la intersexualidad? Los tratamientos médicos de normalización o de reasignación para obtener un cambio en el registro civil suponen un tipo de tortura, esterilización forzosa o, incluso, de persecución por motivos de género, cometido de forma sistemática, tanto en los hospitales públicos y privados como en las unidades de tratamiento de identidad de género, contra un sector concreto de la población civil y en cumplimiento de unos protocolos médicos (Tammam-Mattis, 2014). Veamos cada punto.

1) Ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Tanto a nivel cuantitativo (generalizado) como cualitativo (sistemático), las prácticas médicas sobre la población intersex, especialmente sobre menores de edad,

⁴ “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (Corte Penal Internacional, 1998 [art. 7]).

encajan dentro de ese requisito. Hay una multitud de personas intersexuales sometidas a tratamientos quirúrgicos y hormonales en cumplimiento de protocolos médicos que el Estado no prohíbe.

2) Sujeto activo. Los profesionales de la medicina que practican esos tratamientos poseen medios a su alcance — epistemológicos, materiales, de protección jurídica— que garantizan el éxito de su actividad, así como su impunidad.

3) Sujeto pasivo. Quien recibe el ataque generalizado o sistemático es una población definida por su sexualidad.

4) Posibles ataques. Tortura⁵, esterilización forzosa (los tratamientos quirúrgicos y hormonales sobre las personas intersexuales pueden derivar en esterilización forzosa) o, incluso, de persecución por motivos de género.

Es preciso apuntar algunas líneas, en forma de grietas, que se están abriendo en el mundo del derecho y que comienzan a poner en riesgo la inmunización del binarismo sexual. Los avances jurídicos que vamos a relatar están lejos de la eliminación definitiva de las categorías hombre y mujer. La inclusión ya no de un tercer género —lo que implicaría reconocer más adelante un cuarto o un quinto—, sino de la neutralidad o la indefinición, aunque soluciona problemas jurídicos de relevancia, se trata de una opción de política legislativa que depende, en gran medida, de la coyuntura político-social de cada país.

5 “Se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas” (Corte Penal Internacional, 1998: art. 7.2 e).

Lo que realmente parece interesante es la línea jurisprudencial abierta en Colombia por su Corte Constitucional a partir de la sentencia de unificación SU-337/99, previamente la sentencia T 477 de 1995, a la que siguieron las sentencias T 551 de 1999, T 692 de 1999, T1390 de 2000 y T 1025 de 2002. En esas sentencias la Corte señaló que toda cirugía requiere del consentimiento informado del paciente con capacidad suficiente, salvo en los casos de urgencia en los que la vida del mismo estuviera en peligro. En el caso de menores intersex, la cirugía supone, a juicio de la Corte, una violación a su dignidad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad. Según la Corte Constitucional, la cirugía de asignación de sexo viola los principios de no discriminación por razón de sexo, interés superior del menor, el derecho a ser escuchado y la prohibición de interferencia en el derecho a la privacidad del menor (desde la esterilización, que en ocasiones produce la intervención, hasta el uso de su imagen para estudios). No obstante, esas resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia siguen manteniendo el dualismo jurídico.

Además de ese primer texto jurídico que pone en tela de juicio las prácticas médicas sobre la población intersex y que sirve para entender las intervenciones médicas sobre la población intersex como crimen contra la humanidad, en 2005, después de una larga lucha por el reconocimiento, en India se legalizó la categoría jurídica *E* —eunuco—, junto con las tradicionales *F* y *M* —femenino y masculino respectivamente—, para el pasaporte. Finalmente, fue en 2009 cuando se incorporó en el registro la categoría *O* (*other*), confirmada por una sentencia del Tribunal Supremo de India del año 2014.

De esta forma se daba solución jurídica a la situación de los *hijra*, una población nada desdeñable: más de un millón de personas que escapan a las categorías hombre y mujer. Tras haber sido aceptada y reconocida históricamente, la población *hijra* fue relegada a la marginalidad por la imposición de la legalidad y la moralidad británica. Hoy en día el estigma ha quedado marcado (Greenberg, 2012; Nanda, 1993; Nieto, 2008).

Ese mismo año, la San Francisco Human Rights Commission denunció que las cirugías a menores intersexuales violan los derechos humanos. Al año siguiente, 2006, se publicó el *Consensus Statement on Management of Intersex Disorders* en la prestigiosa revista *Pediatrics. Official Journal of the American Academy of Pediatrics* (nº 118 2006). En esa publicación se advierte de la necesidad de un cambio de paradigma tendente a la moratoria en las cirugías, al respeto a las personas intersexuales y a sus familiares, al principio de confidencialidad, etc.

Una sentencia del Tribunal Supremo nepalí reconoció el tercer género como categoría jurídica en la que podrían inscribirse, entre otros, personas intersexuales. Kenia también está avanzado por vía judicial en el reconocimiento de las personas intersex.

También en 2007 se redactaron los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, en los que se establece la prohibición de someter a cirugía, tratamiento hormonal o esterilización como requisito para el reconocimiento legal de la identidad (art. 3), así como el derecho al consentimiento informado (art. 17) y a la protección contra

los abusos médicos (art. 18).

En 2010 Norrie May-Welby (Australia) fue la primera persona occidental declarada jurídicamente con *sexo no específico*, es decir, ni hombre ni mujer. Sin embargo, cuatro meses después le fue retirada la calificación. Finalmente, en mayo de 2013, la Corte de Apelación de Nueva Gales del Sur entendió que, junto con las categorías varón y mujer, debe incluirse la categoría *sin especificar*. El 25 de octubre de ese mismo año, el Senado publicó el informe *Involuntary or coerced sterilisation of intersex people in Australia*, aprobado por todos los partidos del país. El informe pone en duda los tratamientos médicos sobre las personas intersexuales. Señala que la cirugía de normalización, especialmente en edades tempranas, trata de borrar los rasgos intersexuales. En el fondo, mediante la rúbrica de problemas psicosociales se trata de ocultar la irreversibilidad de la cirugía, la falta de consentimiento informado o la esterilización a la que se ven forzadas las personas intersexuales.

En 2009 la Organisation Intersex International Australia recriminó a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que se refiere al artículo 37 (los Estados deben velar por evitar la tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, privación de libertad, etc.)⁶,

⁶ La cirugía de normalización de menores de edad intersexuales podría violar los siguientes artículos de la Convención de 1989: 2, no discriminación (al imponerse una sexualidad médicamente); 3 protección del interés del menor (al realizarse las intervenciones médicas sin consentimiento del menor y según un riesgo psicosocial); 6 derecho a la vida y al desarrollo (los tratamientos médicos, en muchas ocasiones, provocan heridas, pero también estigmatizan las relaciones sociales de las personas intersex); 8, derecho a preservar su identidad (se impone quirúrgicamente una identidad); 12, derecho a que sus opiniones sean respetadas (como en el

sus silencios respecto a los tratos crueles y degradantes a los que se ven sometidos los bebés intersexuales. En 2013 por fin la ONU recogió el llamamiento de los colectivos intersex y consideró la cirugía de normalización intersexual como una práctica de tortura infantil en su informe *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, firmado por Juan E. Méndez (2013).

Ese mismo año (2013), la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió la Resolución 1952 *Children's right to physical integrity*, en la que instaba a la protección de las personas intersexuales, así como a la eliminación de los tratamientos médicos innecesarios (Ammaturo, 2015). En dicha resolución se alerta de la violencia que aún sufren los menores a pesar de los esfuerzos que en Europa se han llevado a cabo para protegerlos: mutilación genital femenina, circuncisión por motivos religiosos, intervenciones médicas en la primera infancia en personas intersexuales (puntos 7.5.3 y 7.7).

.....
 artículo 3, los tratamientos médicos se realizan sin el consentimiento del menor); 16, protección de su privacidad (los estudios médicos suelen utilizar fotografías de menores intersexuales); 23, derechos de los menores diverso-funcionales (muchos menores de edad sometidos a cirugía de normalización sufren graves consecuencias —efectos secundarios o, quizás, *daños colaterales*— para su salud, con costosos tratamientos no cubiertos por los sistemas públicos de salud); 24, derecho a la salud (en este artículo se puede incluir todo lo anterior); 36, protección contra la explotación (también los artículos 19 y 34, relativos a la protección contra todo tipo de violencia y contra todo tipo de explotación sexual [los menores intersexuales sufren, además de mutilaciones genitales, experimentación médica]); 37, protección contra la tortura (la ONU ha reconocido que la cirugía de normalización es un tipo de tortura).

En noviembre de 2013 el gobierno alemán decidió incorporar a su ordenamiento jurídico, por medio de la *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften* (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz), del 7 de mayo de 2013, la categoría *sexo indeterminado* (*unbestimmte Geschlecht*), copiando la fórmula ya operativa en Australia: *indeterminate sex*⁷. De esa forma, los progenitores del recién nacido podrán inscribirlo en el Registro Civil correspondiente en una de las ahora tres categorías posibles: masculino, femenino o indeterminado. Lo que aparentemente es un logro para el colectivo intersexual y transgénero esconde una realidad difícil de asumir. Hablar de sexo indeterminado presupone la existencia de un sexo determinado. ¿Se debe entender que el sexo determinado es aquel que se configura dentro de los márgenes de la normalidad masculina o femenina? ¿Queda relegado como indeterminado aquel que no encaje dentro de dicha norma? He aquí la diferencia entre lo normal —nacer con sexo determinado: hombre o mujer— y lo anormal —nacer con sexo indeterminado—. Ello mantiene la creencia en la naturalidad de la dualidad: se presupone que, biológicamente, se nace hombre o mujer. Ya en su tramitación se ha puesto de manifiesto la dificultad de su ejecución en el pasaporte cuando un ciudadano alemán deba traspasar sus fronteras nacionales. Pero hay que sumar al menos dos interrogantes más: ¿la categoría sexo indeterminado supondrá el cese de cirugía de asignación de sexo o, por el contrario,

7 El cambio normativo fue ratificado por sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 8 de noviembre de 2017. En dicha sentencia no se dice nada de mutilaciones genitales ni de tratamientos no consentidos; Se sigue reproduciendo el error de vincular genitalidad con registro civil.

ese tipo de mutilación genital continuará a pesar de no tener ya sustento legal?, ¿Una persona inscrita como sexo indeterminado debe someterse a los requisitos de la legislación sobre transexualidad para cambiar su sexo a masculino o femenino? Esas interrogantes aún no han sido resueltas.

No obstante las críticas a la forma en la que el Estado alemán ha reconocido al colectivo intersexual, lo cierto es que esa modificación viene precedida de un informe publicado en 2012 por el *Deutscher Ethikrat*. Allí se describe la situación de discriminación de las personas intersexuales y se establece un conjunto de medidas para reconocer, apoyar y proteger al colectivo. Se critica abiertamente los tratamientos de normalización irreversibles que atentan contra el derecho a la integridad física, el respeto por el género o la identidad sexual, así como el derecho a la libertad reproductiva. Allí se reconoce, por ejemplo, que muchas personas intersexuales llegan a padecer graves enfermedades como consecuencia de la cirugía de normalización, e incluso, a quedar severamente incapacitadas. El comité ético concluyó con una serie de recomendaciones médicas y jurídicas, entre las que destacan la necesidad de realizar el diagnóstico en lugares especializados y con expertos en la materia desde diversas áreas de conocimiento (por lo que la educación en esa materia es fundamental), asesorar a las personas intersexuales y a sus familias, evitar los tratamientos irreversibles que atenten contra la integridad física, la identidad sexual o el derecho a la libertad reproductiva. La decisión sobre la intervención debe ser tomada por la propia persona intersexual. En caso de menores de edad deberán estudiarse minuciosamente las consecuencias futuras de la intervención, que deberá realizarse

exclusivamente por motivos de peligro para la salud física y, asimismo, habrá de proponerse el aplazamiento de la cirugía hasta que el menor tenga suficiente capacidad como para intervenir en la decisión; la modificación de la legislación alemana para incorporar una tercera categoría en la inscripción registral: masculino, femenino y *anderes* (otro).

El 9 de mayo de 2014 el comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, *Nils Muižnieks*, solicitó a los Estados el reconocimiento legal de las personas intersexuales y criticó la cirugía intersexual (más cosmética que médicamente necesaria) por entender que viola el derecho a la autodeterminación y la integridad física, así como en ocasiones es realizada vulnerando los principios del consentimiento informado (pues se informa mal a los padres con tal de proceder de forma rápida a la intervención). Además, como señaló el mismo comisario, las intervenciones son traumáticas y humillantes, provoca efectos a largo plazo en el bienestar y en la salud mental de las personas intersexuales. Denunció también la falta de transparencia de los servicios médicos en relación a estadísticas de intervenciones, así como las dificultades que encuentran las personas intersexuales para acceder a su historial clínico (Ghattas, 2013). Como hizo el relator de la ONU en su informe sobre tortura, instó a los Estados a derogar aquellas leyes que permiten los tratamientos intrusivos e irreversibles, incluyendo la cirugía genital de normalización, cuando se realizan sin el consentimiento de la persona intersexual.

También en mayo de 2014, la Organización Mundial de la Salud (OMS), en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), publicó el informe *Elimination forced, coercive and*

otherwise involuntary sterilization. Allí se denunció que las personas intersexuales, especialmente menores, han sido objeto de cirugías cosméticas e innecesarias médicamente, realizadas sin consentimiento informado, las cuales provocan esterilidad y les impiden reproducirse. Para la OMS se trata, en definitiva, de una grave violación de los derechos humanos con graves consecuencias para la salud física y mental.

El año 2015 ha de situarse en el calendario de la lucha intersex como clave por la cantidad y la calidad de los documentos que se publicaron. El 1 de abril Malta aprobó la primera ley en la historia que prohíbe las cirugías de normalización a menores de edad intersexuales (artículos 14 y 15 de la *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*). Dicha norma prohíbe a médicos u otros profesionales llevar a cabo cualquier tratamiento de asignación de sexo o intervención quirúrgica en las características sexuales de un menor de edad, posponiéndolo hasta que pueda ejercer su derecho al consentimiento informado. También permite no inscribir el sexo hasta cumplir la mayoría de edad.

Un mes después de la aprobación de esa ley en Malta, la Comisión de Derechos Humanos del Consejo de Europa publicó el documento *Humans Rights and Intersex People*. La relevancia histórica de este documento es, lamentablemente, inversamente proporcional a la acogida que ha tenido por los Estados. Allí se destaca la situación de especial vulnerabilidad de las personas intersexuales, los tratamientos médicos a los que se ven sometidas y las necesidades jurídicas que precisan para el reconocimiento pleno de sus derechos.

Asimismo, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU (ACNUDH) presentó, en junio 2015, el informe

Discrimination and Violence against Individuals based on their Sexual Orientation and Gender Identity. Allí se vuelven a denunciar las cirugías de normalización genital innecesarias a las que se ven obligados a someterse los menores de edad intersexuales. Ese mismo mes, la OMS publicó el informe *Sexual Health, Human Rights and Law*, donde reiteró lo ya denunciado en su informe de mayo de 2014. Se volvió a insistir en la necesidad urgente de eliminar las prácticas médicas que desembocan en mutilaciones, discriminaciones y estigmas.

El 27 de julio de 2015 el Tribunal de Arbitraje Deportivo sentenció, en el caso Dutee Chand, suspender cautelarmente (dos años) el reglamento de la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo sobre hiperandrogenismo (niveles altos de testosterona). Es decir, las personas intersexuales pueden competir sin miedo a ser suspendidas. Aunque, como se vio al inicio, eso ha pasado a otra historia.

Finalmente, cerró el año 2015 la Circular n°18. El Ministerio de Salud de Chile (el 22 de diciembre) emitió instrucciones para detener las cirugías de normalización genital a menores intersexuales. Lamentablemente, en agosto de 2016 la circular fue revocada.

En 2017 Amnesty International publicó el primer documento sobre la situación de los derechos humanos de las personas intersex en Europa, concretamente en Alemania y Dinamarca, bajo el título *First, do no harm. Ensuring the Rights of Children with Variations of Sex Characteristics in Denmark and Germany*, donde están documentadas violaciones a los derechos humanos de personas intersex, menores de edad y adultas (vida privada, salud, integridad física, etc.).

Más recientemente, en febrero de 2018, Naciones Unidas condenó al Estado

español por graves violaciones a los derechos de las y los menores intersex, por permitir y realizar tratamientos médicos no consentidos, méramente estéticos (Brújula Intersexual, 2018).

Todos los documentos mencionados son un índice para poder presionar políticamente y penalizar las prácticas médicas sobre la población intersex como crimen contra la humanidad. De esta forma, *la nuda vida* intersex tendría ciertas garantías jurídicas que le permitirían salir del bioestado de excepción en el que ha sido recluida.

CONCLUSIÓN. HACIA EL DERECHO DE LOS CUERPOS

Las graves violaciones de los derechos humanos de las personas intersex nos sitúan ante la insuficiencia de las categorías jurídicas modernas. Éstas han sido construidas en torno a la inmunización, por medio de los dispositivos biopolíticos, del binarismo sexual. Hasta que *otro derecho* no sea una realidad, es preciso caminar por senderos intermedios, como el del crimen contra la humanidad y la eliminación de la categoría jurídica *sexo*.

Es preciso pasar de los cuerpos sin derechos, como el cuerpo intersex, al derecho a la libre autodeterminación de los cuerpos. En este sentido, se está produciendo un giro en la concepción de los derechos. A partir de la ley argentina de identidad de género de 2012, que reconoce el derecho a la identidad de género (a la que siguieron, en 2014, las leyes de Dinamarca y Andalucía), se está sucediendo una serie de normativas que van un paso más allá: el derecho a la libre autodeterminación de sexo, género, orientación y cuerpo. En ese marco está, en primer lugar, la Ley de Identidad y Expresión de Género

e Igualdad social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid (2016), que garantiza la integridad física y mental de las personas intersexuales, especialmente menores de edad; prohíbe las intervenciones quirúrgicas o cualquier otro tipo de terapia sin el consentimiento de la propia persona (art. 15). El artículo 4 (“Toda persona tiene derecho a construir para sí una auto-definición con respecto a su cuerpo, sexo, género y su orientación sexual”) establece una suerte de derecho a la autodeterminación de los cuerpos, siguiendo la senda abierta por la ley de identidad de género argentina de 2012, la *Gender Recognition Act* de Irlanda de 2015 o la *Lov om endring av juridisk kjønn* de Noruega de 2016. Al igual que esas leyes, se aprobó la reforma de la Lei da Identidade de Género de 2011 en Portugal, que prohíbe las cirugías a menores intersex, reconoce el derecho a la libre autodeterminación. En 2017 California aprobó la *Gender Recognition Act*, que reconoce los derechos de las personas intersex a ser registradas fuera del binarismo.

Finalmente, la plataforma española “Por los Derechos Trans” redactó el borrador de la *Ley sobre personas trans e intersexuales y el derecho a la libre determinación de la identidad, expresión de género y caracteres sexuales* para garantizar los derechos de las personas trans, intersex y no binarias, así como el derecho a la libre autodeterminación. De forma análoga en que ocurrió en la segunda mitad del siglo xx, cuando se reconoció en el ámbito internacional el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, herramienta de autogobierno y de descolonización frente a la dominación extranjera, es preciso articular un derecho a la libre autodeterminación de los cuerpos, herramienta también de autogobierno de

los cuerpos y de descolonización frente a heteronormatividad sexo-genérica.

Es preciso cuestionar los dispositivos biopolíticos en los que se insertan los derechos para poder trazar otras rutas. Concluye Roberto Esposito (2011: 90) su libro *El dispositivo de la persona* con el siguiente reto: "...la posibilidad, hasta ahora ampliamente ignorada, de modificar, en su propio fondo, el léxico filosófico, jurídico y político de nuestra tradición". Urge, por tanto, otro léxico, ajeno a las lógicas biopolíticas y centrado en el cuerpo (Esposito, 2014; García 2016; García 2019). Es preciso articular un grado cero del derecho en cuyo centro se ubique el cuerpo (García, 2018).

Fuentes consultadas

- Agamben, G. (1995), *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi.
- ACNUDH (Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas) (2015), *Discrimination and Violence against Individuals based on their Sexual Orientation and Gender Identity*, Naciones Unidas.
- Ammaturo, F. R. (2015), "Access to Justice for Intersex Persons in Europe: Mobilising Strategic Storytelling", en Anna Lorenzetti y Maria Federica Moscati (eds.), *LGTBI Persons and Access to Justice*, Londres, WS&H Publishing, pp. 28-49.
- Amnesty International (2017), *First, Do No Harm. Ensuring the Rights of Children with Variations of Sex Characteristics in Denmark and Germany*, Londres.
- Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (2013), *Children's Right to Physical Integrity*.
- Benjamin, W. (2008), "Sobre el concepto de historia", en *Obras*, libro I, vol. 2, Madrid, Abada.
- Bloch, R. (1978), *Los prodigios de la antigüedad clásica*, Buenos Aires, Paidós.
- Brújula Intersexual (2018), "España, 10º Estado europeo en ser reprendido por mutilación genital intersex por la ONU: Comunicado de Prensa Stopigm.org", <https://brujulaintersexual.org/2018/02/25/crc77-espana-comunicado-prensa-stopigm/>.
- Byron, C. (2009), *War Crimes and Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Manchester University Press.
- Canguilhem, G. (1966), *Le Normal et le pathologique*, París, PUF.

- Corte Penal Internacional (1998), Estatuto de Roma.
- Deutscher Ethikrat (2012), *Intersexualität. Stellungnahme*, Berlin.
- Diderot (1778), “Hermaphrodite”, en *Encyclopédie, ou Dictionnaire universel raisonné des connoissances humaines*, t. XXIII.
- Dreger, A. (1998), *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, Cambridge, Harvard University Press.
- Esposito, R. (2011), *El dispositivo de la persona*, Buenos Aires, Amorroutu.
- _____ (2014), *Le persone e le cose*, Torino, Einaudi.
- Fausto-Sterling, A. (2006), *Cuerpos sexuados*, Barcelona, Melusina.
- Foucault, M. (1994), “Le mystérieux hermaphrodite”, en *Dits et écrits 1954-1988*, vol. III, Paris, Gallimard.
- _____ (2001), *Los anormales. Curso del Collège de France (1974-1975)*, Madrid, Akal.
- _____ (2007), *Herculine Barbin llamada Alexina B.*, Madrid, Talasa.
- _____ (2009a), *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Madrid, Siglo XXI.
- _____ (2009b), *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, Madrid, siglo XXI.
- Halicarnaso, Dionisio de (1984), *Historia antigua de Roma*, Madrid, Gredos.
- García López, D. J. (2015), *Sobre el derecho de las hermafroditas*, Melusina.
- _____ (2016), *Rara avis. Una teoría queerimpolítica*, Melusina.
- _____ (2018), “Has de tener un cuerpo que mostrar. El grado cero de los derechos humanos”, *Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 59, Madrid, Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas(CSIC), pp. 663-682.
- _____ (2019), *Bioestado de excepción. Suspensión del derecho e insurgencia de las corporalidades vivientes*, Puerto Rico, Editora Educación Emergente.
- Ghattas, D. C. (2013). *Human Rights between the Sexes. A preliminary study on the life situations of inter individuals*, Berlín, Heinrich Böll Foundation.
- Gil Gil, A. (1999), *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, Tecnos.
- Greenberg, J. A. (2012). *Intersexuality and the Law*, Nueva York, University Press.
- Kessler, S. (1998). *Lessons from the Intersexed*, Rutgers University Press.
- Lins França, I. (2009), “Ahora, es toda una mujer: un análisis del caso de Edinanci Fernandez Da Silva en los medios latinoamericanos”, Mauro Cabral (ed.), *Interdicciones*, Buenos Aires, Arranés.
- Méndez, J. (2013), *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Naciones Unidas.
- Nanda, S. (1993), “Hijras: An Alternative Sex and Gender Role in India”, en Gilbert Herdt (ed.) *Third Sex, Third Gender. Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History*, Nueva York, Zone Books, pp. 373-417.
- Nieto Piñero, J. A. (2008), *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, Barcelona, Bellaterra.
- Serrano González, A. (1987). *Michel Foucault: Sujeto, derecho, poder*, Universidad de Zaragoza.
- Tammar-Mattis, A. (2014), “Medical Treatment of People with Intersex Conditions as Torture and Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment”, en *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture’s 2013 Thematic*

- Report*, Washington University, pp. 91-104.
- Tomás y Valiente, F. (1991), “Crimen y pecado contra natura”, en *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, pp. 33-55.
- Vázquez García, F. y Richard Cleminson (2011), “El destierro de lo maravilloso. Hermafroditas y mutantes sexuales en la España de la Ilustración”, *Asclepio. Revista de historia de la medicina y de la ciencia*, LXIII (1), Madrid, Instituto de Historia (CSIC), pp. 7-38.
- Vázquez García, F. y Richard Cleminson (2012), *Los hermafroditas. Medicina e identidad sexual en España (1850-1960)*, Granada, Comares.
- Young, H. H. (1937), *Genital Abnormalities, Hermaphroditism & Related Adrenal Diseases*, Baltimore, Williams&Wilkins.
- Žižek, S. (2009), *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*, Barcelona, Paidós.

Derechos humanos, medidas de protección y providencias precautorias en el sistema penal acusatorio: un estudio respecto de las mujeres víctimas de violencia en el Estado de México

Human Rights, Protection Measures and Precautionary Measures in the Accusatory Criminal System: A Study Regarding Women Victims of Violence in the State of Mexico

Emmanuel Arellano Morales*

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la importancia que tienen los derechos humanos de las mujeres víctimas de cualquier tipo de violencia en el Estado de México, así como la forma en que pueden ser tutelados, protegidos y garantizados inicialmente mediante la concesión y adecuada implementación de las medidas de protección y providencias precautorias establecidas en el artículo 137 del Código Nacional de Procedimientos Penales; además del papel que deben asumir tanto los agentes del Ministerio Público (MP) de la Fiscalía mexicana como también las instituciones de seguridad pública municipales, estatales y federales en favor de una mejor procuración de justicia para las mujeres en la entidad.

Palabras clave: derechos humanos, mujeres; víctimas, derecho penal, sistema penal acusatorio, ministerio público, fiscalía, policía.

ABSTRACT

This paper analyzes the importance of the human rights of women victims of any type of violence in the State of Mexico, as well as how they can be protected, protected and initially

guaranteed through the granting and proper implementation of protection measures and precautionary measures established in article 137 of the National Code of Criminal Procedures, including the role to be assumed by the Agents of the Public Ministry of the Mexican Prosecutor's Office, as well as the municipal, state and federal public security institutions in favor of better law enforcement for women in the state.

Keywords: Human rights, Women, Victims, Criminal law, Accusatory Criminal System, Public ministry, Prosecutor's Office, Police.

INTRODUCCIÓN

Después de la reforma constitucional del año 2008¹, se dio un formal inicio al sistema procesal penal acusatorio a través de su implementación conforme a la expedición de los nuevos códigos procesales en materia penal en las entidades federativas que lograron tenerlos en su

¹ El 18 de junio del año 2008, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* las reformas constitucionales y adiciones de los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

* Licenciado y Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), FES Acatlán. Egresado de la Especialización en Derechos Humanos del Posgrado en Derecho de la UNAM, FES Acatlán. Docente Universitario, Abogado y Asesor jurídico externo del Ayuntamiento de Coacalco de Berriozábal, Estado de México.

momento² y, finalmente, con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el DOF el 5 de marzo de 2014, se homologó a nivel nacional un solo proceso penal para la sociedad mexicana.

El sistema procesal penal en nuestro país, actualmente, se encuentra constituido con base en teorías y conceptos inherentes a los derechos humanos, en donde se plantean distintos fines, como la reparación del daño a las víctimas, el respeto a los derechos de las personas imputadas, la protección a los testigos, la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, entre otros.

En el presente trabajo se analizará el tema de las medidas de protección y providencias precautorias, que, al decretarlas los ministerios públicos del Estado de México y vigilar su cumplimiento, se convierten en mecanismos para salvaguardar los derechos humanos de las mujeres víctimas de delitos, como la violencia en sus modalidades de género, familiar, verbal, psicológica, física y por medios electrónicos, lesiones y el feminicidio.

Lo anterior con la finalidad de comprender con claridad la importancia que tienen esas disposiciones jurídicas en beneficio de la seguridad de las víctimas, además del papel de tutela y protección eficaz de los derechos humanos y fundamentales que realiza la Fiscalía General de Justicia del Estado de México y la participación que tienen las instituciones de seguridad

pública en auxilio de las funciones de la Fiscalía.

CONTEXTO ACTUAL

Con base en los datos obtenidos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Estatal de Seguridad Pública (SESNSP), desafortunadamente en la entidad mexiquense, con respecto a 2019, de enero a abril del año 2020, ha incrementado de forma alarmante la comisión de los siguientes delitos, violencia familiar, abuso sexual, violencia de género, acoso sexual, feminicidio y hostigamiento sexual en agravio de las mujeres y sus derechos humanos, tal y como se aprecia en la siguiente gráfica³:

GRÁFICA 1. INCIDENCIA DELICTIVA DEL FUERO COMÚN



Fuente: SESNP, 2019

Ese panorama refleja no solo los datos de incidencia delictiva, sino, el grado de alta vulnerabilidad y daño que sufren las mujeres en la entidad. Se dejará para un posterior trabajo el estudio de las principales causas de la comisión de éstos delitos, ya que, como se mencionó anteriormente,

2 En el Estado de México, el 9 de febrero de 2009 se publicó en el Periódico Oficial "Gaceta del Gobierno" del Estado Libre y Soberano de México el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, el cual fue abrogado por el artículo tercero transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales, mediante Decreto número 392, publicado en la "Gaceta del Gobierno" el 21 de enero de 2015.

3 Información disponible en <http://sesespem.edomex.gob.mx/sites/sesespem.edomex.gob.mx/files/files/Infografia%20pdf/Infograf%C3%ADA-abril20.pdf>. Accedido en 22 jun 2020.

la delimitación corresponde a las disposiciones cautelares que provocan un beneficio a las víctimas a fin de salvaguardar sus derechos humanos.

Cuando una mujer es víctima de un delito, comienza un largo y doloroso camino para tratar de recuperar su salud, la estabilidad psicológica y emocional, de obtener la reparación del daño y, sobre todo, de hacer justicia. Este último objetivo no debería ser lento, largo, doloroso, ni mucho menos burocrático; sin embargo, existen factores ajenos a las víctimas, como son la sobrecarga de trabajo y la de recursos materiales en las agencias del MP, e incluso el maltrato por parte de algunos servidores públicos, que causa una “revictimización”⁴ hacia ellas, quienes terminan sin dar seguimiento a sus denuncias, —en su mayoría terminan en un archivo o sobreseimiento no obstante a que algunos delitos implican el seguimiento de forma oficiosa por parte del MP—, lo provoca la impunidad en la investigación.

En ese contexto, el primer contacto que tiene las mujeres víctimas de delitos, además de la policía —en la mayoría de los casos—, es con el agente del MP, quien hace el trabajo fundamental de ser el representante de los derechos e intereses de las víctimas, de realizar actos de investigación, decretar y dar seguimiento a las medidas de protección, esclarecer los hechos, formular imputación sobre las personas

respecto de las que existan elementos o pruebas que las hagan probables partícipes de los hechos que se investigan, formular la acusación, apelar aquellas determinaciones que sean desfavorables a las víctimas; en resumen, tiene la noble misión de que se haga justicia para las mujeres víctimas de delitos.

Aún faltan más facultades y funciones que tienen los agentes del Ministerio Público en el Estado de México; sin embargo, se abordará únicamente el papel que desempeñan al momento de decretar y dar seguimiento a las medidas de protección a favor de las víctimas y cómo esta situación repercute en la tutela y protección eficaz de sus derechos humanos, en particular de las prerrogativas de las mujeres.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES QUE SE PROTEGEN

De conformidad con lo establecido en el artículo 131, fracciones XII y XXI, del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNNP), el MP tiene tanto la obligación de “Brindar las medidas de seguridad necesarias, a efecto de garantizar que las víctimas u ofendidos o testigos del delito puedan llevar a cabo la identificación del imputado sin riesgo para ellos” como de “solicitar a la autoridad judicial la imposición de las penas o medidas de seguridad que correspondan”.

Por otra parte, el artículo 137 del CNPP prevé las medidas de protección cuya aplicación podrá ordenar el MP “bajo su más estricta responsabilidad, de manera idónea, fundada y motivada, cuando estime que el imputado representa un riesgo inminente en contra de la seguridad de la víctima u ofendido” (Congreso de la Unión, 2014).

⁴ Resulta oportuno referir que; “...el académico Leonardo Oliveros, del Programa de Investigación Feminista de la UNAM, indicó que la violencia es un continuo social que no solamente se reduce al crimen de mujeres o la violencia física, sino que está también perpetrada por toda una serie de valores, normas, prácticas sociales que se construyen en lo cotidiano y que forman parte de la cultura dominante de nuestra sociedad. Agregó que cuando sucede este tipo de hechos habrá voces que convaliden y nieguen incluso la gravedad del asunto...”. (*Xantomila*, 2018: s/p)

Antes de continuar con el contenido de esas medidas, es oportuno hacer una primera reflexión con respecto a la gran importancia y necesidad que implican dichas medidas como determinaciones positivas⁵ que pueden salvaguardar los derechos humanos de las mujeres víctimas de los delitos. Esto es posible a través de la oportuna intervención de la fiscalía al momento en que recibe a la víctima, priorizando su seguridad, dignidad y atención —primaria o inicial— ante los efectos o consecuencias del hecho delictivo realizado en su agravio.

Las medidas de protección pueden entenderse como una especie de medidas

cautelares, esto es, pretenden el ejercicio de diversas acciones o determinaciones para salvaguardar la integridad y seguridad de las víctimas, que son aplicadas a los imputados y a la víctima según el delito que se haya cometido y la investigación que en su caso se desarrolle.

Asimismo, estas determinaciones son el primer efecto positivo, por parte de la fiscalía que recae en el espacio de derechos, bienes, e integridad de las víctimas; propiamente, un acto de primera atención y protección por el representante social y, a su vez, de tutela de los derechos humanos.

No sería correcto generalizar o tener una sola explicación de los efectos que pueden tener las medidas de protección que en su caso ordenara aplicar el agente del Ministerio Público del Estado de México, lo adecuado es analizar de forma sencilla cada una de esas medidas e identificar el o los derechos humanos que tutela por su propia implementación a través del siguiente cuadro.

⁵ Esa positivización de los derechos humanos y su transformación a derechos fundamentales (muy importante en la actualidad) obliga a ahondar en la postura del jurista italiano Luigi Ferrajoli (2004, 40), quien sostiene que son: "...derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como, por ejemplo (conforme a la Constitución italiana), el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales...".

Medidas de protección (art. 137 del CNPP)	Efectos hacia las mujeres víctimas de delitos	Obligaciones del Estado	Derechos humanos de las mujeres que se protegen
I. Prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima u ofendido.	Es evitar que el imputado invada el espacio físico y de derechos donde se encuentre la víctima. Asimismo que no exista cualquier tipo de comunicación que provoque actos de intimidación, amenazas y violencia psicológica.	El MP le informa al imputado de dicha prohibición apercibiéndolo de la imposición de medidas de apremio en caso de negativa. Adicionalmente, la policía debe vigilar en todo momento que el imputado no realice actos o acciones tendentes a acercarse o comunicarse con la víctima; en caso contrario, deberá detenerlo y ponerlo a disposición del MP.	a) Derecho a la vida. b) Derecho a la integridad física y psicológica. c) Derecho a la salud. d) Derecho a la privacidad. e) Derecho a una vida libre de violencia. f) Derecho al debido proceso.

<p>II. Limitación para asistir o acercarse al domicilio de la víctima u ofendido o al lugar donde se encuentre.</p>	<p>Es una prohibición muy concreta en donde se debe garantizar la seguridad e integridad física a las mujeres víctimas dentro de sus domicilios.</p>	<p>El MP le informa al imputado de la limitación y lo apercibe de la imposición de medidas de apremio en caso de negativa. A su vez, la policía debe vigilar permanentemente el domicilio de las víctimas y atender inmediatamente los llamados de auxilio de las víctimas.</p>	<p>a) Derecho a la vida. b) Derecho a la integridad física y psicológica. c) Derecho a una vida libre de violencia. d) Derecho a la salud. e) Derecho a la privacidad. f) Derecho a la vivienda.</p>
<p>III. Separación inmediata del domicilio.</p>	<p>Es una determinación enfocada para atender principalmente los casos de violencia familiar, lesiones y tentativa de homicidio.</p>	<p>El MP requiere al imputado que se retire inmediatamente del domicilio de la víctima y evite reingresar.</p>	<p>a) Derecho a la vida. b) Derecho a la integridad física y psicológica. c) Derecho a una vida libre de violencia. d) Derecho a la salud. e) Derecho a la vivienda.</p>
<p>IV. La entrega inmediata de objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima que tuviera en su posesión el probable responsable.</p>	<p>Consiste en la recuperación de los bienes y documentos de las víctimas a fin de evitar un uso indebido o perjudicial en agravio de sus derechos o patrimonio.</p>	<p>El Ministerio Público requiere al imputado la entrega de los bienes o documentos, apercibiéndolo de la imposición de medidas de apremio en caso de negativa.</p>	<p>a) Derecho al patrimonio de las personas. b) Derecho a la privacidad. c) Derecho a la identidad. d) Derecho al debido proceso.</p>
<p>V. La prohibición de realizar conductas de intimidación o molestia a la víctima u ofendido o a personas relacionadas con ellos.</p>	<p>Se impide al imputado tener comunicación o acercamiento con las víctimas, testigos, familiares y demás personas relacionadas para que no existan amenazas de por medio que obstruyan el proceso de investigación por parte del MP. Similar a las anteriores medidas relacionadas con restricciones al domicilio, ésta en particular es aplicable para los casos más delicados que hacen necesario que la policía vigile de manera permanente el domicilio de las víctimas ante el inminente riesgo que tienen frente al imputado.</p>	<p>El MP le informa al imputado de dicha prohibición apercibiéndolo de la imposición de medidas de apremio en caso de negativa. Asimismo, la policía debe intervenir inmediatamente ante el llamado de auxilio de las víctimas, testigos, familiares y demás personas relacionadas.</p>	<p>a) Derecho a la vida. b) Derecho a la integridad física y psicológica. c) Derecho a una vida libre de violencia. d) Derecho al debido proceso.</p>
<p>VI. Vigilancia en el domicilio de la víctima u ofendido.</p>	<p>Similar a las anteriores medidas relacionadas con restricciones al domicilio, ésta en particular es aplicable para los casos más delicados que hacen necesario que la policía vigile de manera permanente el domicilio de las víctimas ante el inminente riesgo que tienen frente al imputado.</p>	<p>El MP ordena a la policía establecer actos de vigilancia permanente en el domicilio de la víctima.</p>	<p>a) Derecho a la vida. b) Derecho a la integridad física y psicológica. c) Derecho a una vida libre de violencia. d) Derecho a la salud. e) Derecho a la privacidad. f) Derecho a la vivienda.</p>

VII. Protección policial de la víctima u ofendido.	El objetivo es que la víctima tenga la asistencia, protección e intervención de la policía en todo momento ante el inminente riesgo que representa el imputado hacia su persona.	El MP ordena a la policía realizar actos de vigilancia y protección permanente a la víctima.	<ul style="list-style-type: none"> a) Derecho a la vida. b) Derecho a la integridad física y psicológica. c) Derecho a una vida libre de violencia. d) Derecho a la salud.
VIII. Auxilio inmediato por integrantes de instituciones policiales, al domicilio en donde se localice o se encuentre la víctima u ofendido al momento de solicitarlo.	Es también una garantía de seguridad en donde se da la intervención de la policía para atender inmediatamente el llamado de auxilio de las víctimas que sufren cualquier forma de violencia y atentado a su vida.	La policía ingresa a los domicilios donde se encuentren las víctimas con la orden respectiva y en respuesta al llamado de auxilio correspondiente y procede a retirar ya sea al agresor o a las víctimas, según sea el caso, poniéndolos a disposición de las autoridades.	<ul style="list-style-type: none"> a) Derecho a la vida. b) Derecho a la integridad física y psicológica. c) Derecho a una vida libre de violencia. d) Derecho a la salud. e) Derecho a la vivienda.
IX. Traslado de la víctima u ofendido a refugios o albergues temporales, así como de sus descendientes.	Es una determinación que proporciona asistencia a las víctimas y sus hijos para ser atendidos en instituciones y espacios públicos seguros ante el alto grado de riesgo y peligrosidad del imputado.	El MP ordena el ingreso de la víctima y sus hijos a instituciones y espacios públicos seguros y gratuitos durante el tiempo de que sea necesario, asegurándose que se les proporcione alimentación y servicios de salud, entre otros.	<ul style="list-style-type: none"> a) Derecho a la vida. b) Derecho a la integridad física y psicológica. c) Derecho a una vida libre de violencia. d) Derecho a la salud.
X. El reingreso de la víctima u ofendido a su domicilio, una vez que se salvaguarde su seguridad.	Consiste en la garantía de seguridad y acceso a la vivienda de la víctima derivado de una evaluación de la situación de riesgo y seguridad.	El MP ordena el reingreso de la víctima a su domicilio.	<ul style="list-style-type: none"> a) Derecho a la vivienda. b) Derecho a la integridad física y psicológica. c) Derecho a una vida libre de violencia.

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede apreciar, las medidas de protección y providencias precautorias establecidas en el artículo 137 del CNPP contienen un abundante enfoque de tutela y protección de los derechos humanos, y en particular los de las mujeres. En consecuencia, y para el caso del Estado de México, la Fiscalía General de Justicia se ha convertido en una institución que debe garantizar la protección de esos derechos humanos de forma inmediata y sin dilaciones

o excusas procesales, en concordancia con el tipo de bienes y derechos que son la vida, integridad física y psicológica, una vida libre de violencia, la salud, la privacidad, la vivienda y el debido proceso, entre otros.

Lo antes mencionado es también un claro ejemplo del cumplimiento del cometido constitucional previsto en el artículo 1º de nuestra Carta Magna, que establece que

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección [...]

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...⁶

Sin embargo, aunque los esfuerzos de índole normativa son notables y continúan desarrollándose, aún prevalece un evidente contraste en la realización de esos objetivos constitucionales y convencionales. En particular se hace referencia al caso mexiquense, el cual nos muestra una preocupante problemática en la atención y seguimiento a las mujeres víctimas de violencia. Se destacan las deficiencias en la aplicación y cumplimiento de las medidas de protección y providencias precautorias decretadas por la Fiscalía General de Justicia del Estado de México, tema que a continuación será desarrollado.

⁶ Al respecto, Schwarz García (2011: 18) sostiene que los derechos humanos son una "...expresión que pertenece a los ámbitos de la filosofía política y del derecho internacional, corresponden a aquellas garantías, facultades, libertades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a todo ser humano por el sencillo hecho de su condición humana, para la garantía de una vida con dignidad...".

PROBLEMÁTICA Y RETOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE MÉXICO. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES EN LA ENTIDAD UNA PRIORIDAD DESCUIDADA

Sin menosprecio ni exclusión de las múltiples fuentes de información provenientes de las organizaciones no gubernamentales, agencias de noticias, medios informativos, periodistas, activistas, defensoras y defensores de los derechos humanos, organizaciones internacionales, entre otros, es evidente e indiscutible que existen datos claros y precisos que muestran lo alarmante de la violencia que existe hacia las mujeres en el Estado de México, aunado a la infortunada incapacidad institucional para protegerlas, atenderlas y auxiliarlas en esos casos.

Se comparte la opinión que no se trata de casos aislados, ni mucho menos de una responsabilidad que recae en solo determinadas personas o instituciones; por el contrario, es un asunto de alta prioridad y corresponsabilidad que nos involucra a todos: sociedad civil, instituciones públicas y privadas, empresas, actores políticos, procuradurías de justicia, legislaturas, gobernantes, el Poder Judicial y demás participantes.

Para delimitar el tema, se expondrá, de manera práctica y comprensible, cuáles son los principales problemas en la aplicación y cumplimiento de las medidas de protección y providencias precautorias decretadas por la Fiscalía General de Justicia del Estado de México, que ocasionan la falta y descuido en la protección y tutela

de los derechos humanos de las mujeres de la entidad que son y han sido víctimas de cualquier forma de violencia.

Es posible identificar varios escenarios donde el problema inicia; por ejemplo, uno de ellos se da cuando una mujer víctima de violencia física no recibe la asistencia ni la intervención inmediata de la policía, de modo que su agresor aprovecha esta ausencia para culminar sus acciones, provoca graves y mayores daños o incluso la muerte de la víctima, situación que en muchos casos pudo y puede evitarse si hay prontitud en la capacidad de respuesta de las autoridades policiacas municipales, estatales y hasta federales ante los llamados de auxilio.

A manera de ejemplo, tomemos en cuenta los casos de las mujeres que acuden a las diversas agencias del Ministerio Público del Estado de México por haber sido víctimas de violencia física o psicológica. Según el tipo o ubicación territorial de la agencia esta característica se convierte en factor que provoca una variación en la forma, términos y eficiencia de la atención proporcionada.

En ese supuesto la primera intervención que debe realizar el agente del MP es hacer una evaluación sobre el estado de salud física y psicológica que guarda la víctima a través de un dictamen realizado por el personal médico de la agencia, o bien, de cualquier institución pública en auxilio de la representación social.

Sin embargo, al acontecer esa última hipótesis, se genera la primera desilusión en el actuar del MP, ya que si bien éste se excusa en que la agencia respectiva no se cuenta con un médico o especialista de la salud en esos momentos por razones de horario, carga de trabajo o falta de recursos, las víctimas se ven obligadas a trasladarse

por sus propios medios a una institución de salud pública que generalmente es lejana y nuevamente regresar a la agencia respectiva para entregar el informe médico correspondiente que permita al MP realizar la investigación y una clasificación jurídica de las lesiones en su caso.

Lo anterior sucede con mucha frecuencia, provoca la desconfianza y decepción de las víctimas al no verse ni sentirse protegidas y acompañadas por la representación social durante su dolor, sufrimiento, frustración y miedo. Una vez que ha sido entregado el informe médico, se realiza la recepción de la declaración inicial de las víctimas de forma oral, permitiendo al MP conocer una idea sobre los hechos y los datos de identificación del presunto agresor.

Hasta ese momento es cuando la mayoría de los agentes del MP otorga a favor de las víctimas (si es que se las solicitan) las medidas de protección y providencias precautorias establecidas en el artículo 137 del CNPP; pero, por lo general, se limita a hacerlo mediante oficios,⁷ que son entregados a

7 Para dimensionar la cantidad de medidas de protección que la Fiscalía General de Justicia del Estado de México y el Poder Judicial de la entidad han decretado, solo en el año 2018, según fuentes periodísticas, fueron 42,148 medidas. Para reflexionar, se cita la nota completa a continuación:

“...Liberan más de 17 mil medidas de protección a víctimas de violencia de género en 2019

En el Estado de México sólo los Ministerios Públicos y Jueces están facultados de otorgar órdenes de protección; en 2018 se liberaron 42 mil 148 medidas.

- Por Elizabeth Ríos

En los primeros cinco meses del año, la Fiscalía General de Justicia del Estado de México expidió 17 mil 390 medidas de protección a mujeres víctima de violencia de género en la entidad, es decir, 115.9 por día; cifra que, lejos de disminuir, supera a las once mil 574 carpetas de investigación iniciadas por este motivo en el mismo periodo.

En el Estado de México sólo los Ministerios Públicos y Jueces están facultados de otorgar órdenes de protección a mujeres víctimas de violencia de género, medida que, de acuerdo con la Fiscalía General de Justicia del Estado de México, fue puesta en marcha desde el mes de marzo de 2011; sin embargo, tras la entrada en vigor del Código

las víctimas, quienes a su vez deberán trasladarse nuevamente por sus propios medios para presentarlos en las instituciones —y/o— oficinas correspondientes —por ejemplo, la Dirección General de Seguridad Pública del municipio donde reside la víctima—, causando con ello una nueva molestia y agravio económico de las denunciantes.

Hay que tener en cuenta que en el ejemplo presentado habían transcurrido varios días desde el momento en que las víctimas iniciaron el proceso y hasta que formalmente el MP les concedió una o varias medidas de protección y providencias precautorias a través de un oficio. Pero en todo este tiempo, ¿qué protección tuvieron las mujeres denunciantes con respecto a su agresor? la pregunta se contesta por lógica,

.....
Nacional de Procedimientos Penales, se reordenó su aplicación.

Es decir, hoy día y con base en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, las víctimas reciben esta protección al momento de dar inicio una carpeta de investigación por algún tipo de violencia de género, y se le proporciona según el caso de cada caso. Estas medidas incluso pueden renovarse según el seguimiento y curso de la investigación, detalló la institución. La Fiscalía General de Justicia mexicana detalló que en 2018 registró un total de 42 mil 148 medidas de protección otorgadas y acumuló 41 mil 220 carpetas de investigación iniciadas por violencia de género, es decir, 928 más.

De acuerdo a datos oficiales, 66 % de las mujeres de más de 15 años ha enfrentado algún incidente de violencia alguna vez en su vida.

En este sentido, la Comisión Nacional de Derechos Humanos refiere que tan solo en 2018 fueron asesinadas 3 mil 580 mujeres en México, país en que en promedio matan a casi 10 mujeres diariamente.

De ahí la importancia de que las víctimas de violencia de género pueden hacer uso de los cinco albergues del estado ubicados en los municipios de Nezahualcóyotl, Chalco, Cuautitlán, Jocotitlán y Zinacantepec; además la entidad cuenta con la primera casa de transición del país, utilizada para dar certidumbre a las víctimas al momento de reiniciar su vida. Esta casa se encuentra en el municipio de Naucalpan y puede refugiar a mujeres hasta por un periodo de un año...” (Ríos, 2019: s/p)

en sentido negativo.⁸

Si bien las medidas de protección y providencias precautorias que decreta el agente del MP deben efectuarse, en su mayoría, por los integrantes de las instituciones de seguridad pública en auxilio de las funciones de la Fiscalía, esto también lleva consigo el tiempo que tarden éstos para actuar con base en los términos e indicaciones decretados en la medida que según se trate.

En suma, es claro que la problemática expuesta es la tardanza o poca agilidad en la concesión y materialización de esas medidas en beneficio de las víctimas, la cual evidencia cómo las denunciantes ahora son víctimas de la desprotección, lentitud y burocracia tanto de la Fiscalía como del resto de las instituciones públicas relacionadas, así se vulneran sus derechos humanos.

No se debe olvidar que en todo éste tiempo de desprotección los agresores se encuentran en las condiciones propicias

8 El Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género (CEAMEG) explica que en un plano internacional “Los Estados que han ratificado la CEDAW tienen la obligación de presentar informes ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (COCEDAW) 7 estos tienen como fin, examinar los progresos alcanzados en la implementación de la Convención en los Estados Partes. La Recomendación General No. 19 incisos b) y t) del COCEDAW, emitida en su 11º periodo de sesiones del año de 1992, refiere a la obligación de los Estados de proteger a las mujeres que viven violencia...” (2011: 10)

Y en el caso de nuestro país, debemos tomar en cuenta que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por sus siglas CEDAW, fue adoptada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York. De modo que el Decreto de promulgación se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 18 de junio de 1981, y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981 en nuestro país con base en el artículo 27 de la CPEUM; de modo que es vinculante.

para acercarse a las víctimas y sus familiares para causar actos de intimidación y amenazas; que, sumados a la falta de acompañamiento de las mujeres denunciadas por parte de la Fiscalía y la policía, el miedo y el silencio rebasan, en su mayoría, la voluntad de éstas para exigir justicia, provocan la impunidad y una percepción social de un Estado ineficaz en la protección de los derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia.

Adicionalmente, se debe contemplar la vigilancia del cumplimiento de las medidas otorgadas como un propósito esencial e inevitable, y si bien dicha tarea le corresponde esencialmente al MP por ser el representante legal y social de las víctimas, en la práctica ese cometido es efectuado, generalmente, por los integrantes de las instituciones policíacas en auxilio de las funciones del MP.

Por tal motivo, vemos que estos dos participantes —MP y policía— deben procurar tener siempre una vasta comunicación, coordinación y capacidad de respuesta para el cumplimiento de las medidas decretadas con la finalidad de que éstas no se queden plasmadas solo en el contenido de un documento u oficio, ya que en todo este tiempo se debe asegurar a las víctimas la protección más amplia de sus derechos humanos a través de esas garantías que son precisamente las medidas de protección y providencias precautorias.

Abreviando, uno de los retos que la Fiscalía General de Justicia del Estado de México tiene para poder resolver la problemática expuesta en el presente trabajo es, primeramente, desterrar las malas prácticas que acontecen en sus agencias, principalmente la de aquellos agentes del MP que, de forma unilateral, les piden a las víctimas que se trasladen y entreguen los oficios

respectivos donde consta la concesión de las medidas.

Como también, asegurar sin excusa alguna los servicios de salud, atención psicológica y de asistencia necesarios para las mujeres que así lo requieran, y, en caso de necesitarse la intervención de una institución de salud pública, proceder con el apoyo de la policía brindando un acompañamiento total a las víctimas, dando la más amplia protección frente al peligro que representa su agresor, y con ello se estaría garantizando de forma inicial el derecho humano a una vida libre de violencia.

La comunicación y acercamiento con las víctimas durante el tiempo que dura la investigación es fundamental; por tal motivo, se debe terminar con la forma de trabajo en donde las denunciadas son quienes tienen que asistir en innumerables ocasiones a las agencias del MP para preguntar y ser informadas sobre los avances de la investigación que se desarrolla, resultando oportuno establecer otras formas y mecanismos de comunicación, como son los medios electrónicos, que agilicen esta interacción y sobre todo, que la intervención del MP y la Policía, sea más eficiente en caso de que el agresor viole las medidas decretadas.

Pero sobre todo, y en esos casos, un reto importante en la FGJEM consiste en que los agentes del MP y la policía de investigación conceptualicen a las medidas de protección y providencias precautorias como garantías o herramientas que logran la eficacia de los derechos humanos de las mujeres frente a situaciones de violencia física o psicológica y como acciones concretas que deben cumplirse inmediatamente de forma completa ante la urgencia y temor fundado de que el, o los sujetos agresores vuelvan a tener un acercamiento

con las víctimas para producir más daño, esto es, la finalidad es evitar la continuidad de la violación de sus derechos humanos como un fin constitucional y convencional.⁹

LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD PÚBLICA, UN AUXILIAR IMPRESCINDIBLE

Históricamente, las instituciones de seguridad pública han sido un importante y valioso auxiliar del MP porque se encargan de investigar y procurar justicia, situación

que actualmente se vuelve imprescindible cuando se trata de proteger a las víctimas, su familia y los testigos.

Desde la entrada en vigor de las reformas constitucionales del ya no tan reciente sistema penal acusatorio, se ha realizado una importante inversión en formación y capacitación a los integrantes de las instituciones de seguridad pública, tanto municipales, estatales y federales, incluso también se ha contemplado a las fuerzas armadas federales derivado de su notable participación en las tareas de combate a la delincuencia y al crimen organizado.

Se han abierto cada vez más espacios y canales de denuncia ciudadana, como las redes sociales y aplicaciones¹⁰ desarrolladas para teléfonos inteligentes, en donde las mujeres pueden informar y pedir ayuda cuando su integridad física o psicológica corra peligro. También se han creado los grupos de la policía de género, de búsqueda de mujeres y personas desaparecidas, entre otros.

La intención del Estado para transformar a la policía y capacitarla en temas de derechos humanos de las mujeres también se ha visto como parte de ese importante cambio del sistema. Asimismo,

9 Resulta preciso citar los principales instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos de las mujeres:

- a) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer CEDAW.
- b) Recomendaciones Generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.
- c) Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- d) Formulario modelo para presentar una comunicación al Comité de la CEDAW.
- e) Convención Americana de Derechos Humanos, 'Pacto de San José de Costa Rica'.
- f) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer 'Convención de Belém do Pará'. OEA.
- g) Estatuto del mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer 'Convención de Belém do Pará'.
- h) Estatuto de Roma.
- i) Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer.
- j) Nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (Informe del Comité Especial Plenario del vigésimo tercer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General).
- k) Declaración del Milenio.
- l) Objetivos de Desarrollo de la ONU para el Milenio.
- m) Programa Interamericano sobre la Promoción de los Derechos Humanos de la Mujer y la Equidad e Igualdad de Género. OEA / CIM.
- n) Programa de Acción Regional para las Mujeres de América Latina y el Caribe, 1995-2001. CEPAL.
- o) Consenso de México. Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. CEPAL.
- p) Consenso de Quito. Décima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. CEPAL... (Instituto Nacional de las Mujeres [Inmujeres], 2008: 2).

10 En la Ciudad de México existe la aplicación "Vive segura CDMX", y consiste en "...una herramienta digital de prevención y atención para la violencia contra las mujeres, que ayuda a que puedan reportar tanto infraestructura urbana que represente un riesgo para su seguridad, como reportar y recibir atención frente a situaciones de violencia en el transporte y espacio público. La aplicación está dirigida a mujeres que habitan y transitan la Ciudad de México (CDMX), con el objetivo de aportar nuevas vías para la denuncia y la garantía al acceso de los derechos humanos y los derechos de las mujeres, así como del derecho a la ciudad y a vivir una vida libre de violencia. Así la app Vive Segura CDMX, representa un esfuerzo mediante el cual el Gobierno capitalino refuerza las políticas de seguridad, prevención y atención de la violencia sexual contras las mujeres..." (Instituto Nacional de las Mujeres [Inmujeres], 2008: 2).

los protocolos de actuación policiaca¹¹ y primer respondiente detallan los procedimientos inherentes a cómo el Estado debe actuar frente a situaciones contingentes y de violencia hacia las mujeres. Todo esto es solo una breve ejemplificación de los es-

fuerzos por combatir y atenuar la violencia, pero a todo esto, ¿qué hace falta por hacer en cuanto a la policía para que esa problemática disminuya?

Con tristeza y alarma, en el Estado de México aún se siguen documentando casos en donde determinados integrantes de las instituciones de seguridad pública se ven involucrados en abusos sexuales, lesiones, violaciones de mujeres y feminicidios (por citar solo algunos delitos), incluso aún y en contubernio con el propio crimen organizado, de modo que la percepción social proyecta una notable desconfianza hacia la función y actuación de la policía.

Sin embargo, se debe reconocer que, afortunadamente, también persisten los buenos elementos que actúan día a día con profesionalismo, honestidad, responsabilidad y legalidad, pero que, por desgracia, son también enjuiciados socialmente como malos ante la enorme cantidad de ciudadanos que desconfía de ellos.

Sea la respetable opinión que se tenga sobre este asunto, se debe reconocer de forma objetiva que la policía es el principal auxiliar del MP en las funciones y actividades que desarrolla, sobre todo cuando el índice delictivo, en determinadas zonas, es mayor y, en consecuencia, la carga de trabajo en la Fiscalía incrementa notablemente.

Además de lo anterior, debe reconocerse la participación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública en el cumplimiento, vigilancia y aplicación de las medidas de protección y providencias precautorias establecidas en el artículo 137 del CNPP cuando el MP les solicita el formal auxilio correspondiente.

En ese orden de ideas, y para ayudar a contestar la pregunta antes formulada, todo policía e integrante de las fuerzas armadas que conozca de casos de violencia hacia las

11 A manera de reflexión, en la entidad mexicana los únicos instrumentos normativos adicionales al Código Penal del Estado de México y al Código Nacional de Procedimientos Penales con los que se cuenta para combatir la violencia hacia las mujeres son los siguientes:

“1) Acuerdo A/003/06 del Procurador General de la República, por el que se crea la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con actos de Violencia contra las Mujeres en el País. (Publicado en Gaceta de Gobierno el 24/03/2006).

2) Decreto por el que se expide la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. (Publicado en Gaceta de Gobierno el 22/02/2007).

3) Acuerdo Número 007/2007, del C. Procurador General de Justicia del Estado de México, por el que se crea el Cuerpo Especial de la Policía Ministerial para la Atención, Investigación y Esclarecimiento de los Delitos de Homicidios Dolosos Cometidos en Contra de las Mujeres. (Publicado en Gaceta de Gobierno el 20/04/2007).

4) Acuerdo del Ejecutivo del Estado por el que se expide el Reglamento de la Ley de Acceso de las Mujeres a una vida Libre de Violencia del Estado de México. (Publicado en Gaceta de Gobierno el 18/02/2009).

5) Decreto del Ejecutivo del Estado para atender la Declaratoria de Alerta de Violencia de Género contra las Mujeres para el Estado de México. (Publicado en Gaceta de Gobierno el 03/11/2015).

6) Reglamento del Sistema Estatal para la Igualdad de Trato y Oportunidades entre Mujeres y Hombres y para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres del Estado de México. (Publicado en Gaceta de Gobierno el 23/06/2015).

7) Decreto Número 455.- Por el que se adiciona el Capítulo V Bis, de la Violencia Obstétrica, así como los artículos 27 Bis, 27 Ter, 27 Quarter, al Título Tercero Modalidades de la Violencia, de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en el Estado de México. (Publicado en Gaceta de Gobierno el 25/06/2015).

8) Acuerdo por el que se autoriza el Protocolo de Actuación Policial con Perspectiva de Género para casos de violencia contra las Mujeres del Estado de México. (Publicado en Gaceta de Gobierno el 23/11/2015).

9) Acuerdo Número 22/2015, por el que se crea el Grupo Especializado en Investigación y Perspectiva de Género de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, y se establecen los lineamientos para análisis de los expedientes relacionados con homicidios dolosos de mujeres y feminicidios. (Publicado en Gaceta de Gobierno el 24/11/2015)”. Consejería Jurídica del Gobierno del Estado de México, s/a).

mujeres (incluyendo la entidad mexiquense) debe adoptar una postura y actuación con el más alto compromiso social, que implica ayudarlas, protegerlas y auxiliarlas en toda emergencia, con base en una estricta actuación conforme a derechos humanos.

También, todos los servidores públicos y militares deben superar en definitiva las posturas personales machistas, clasistas y la indiferencia sobre el tema¹², ya que no se trata solo de un asunto de trabajo, sino de un compromiso humano, social y generacional en beneficio de nuestro país, buscando erradicar esa violencia, que su vez, es también es un indicador de la fragmentación del tejido social.

Por otra parte, el reto que tienen las instituciones de seguridad públicas, es acelerar los procedimientos internos de respuesta y actuación ante las solicitudes que formalmente les haga el MP respecto de las medidas de protección y providencias precautorias que sean decretadas, ya que por lo general se pierde demasiado tiempo en recibir, registrar y turnar a los elementos

de la policía una determinada orden girada por el MP.

De modo semejante, esas instituciones no deben únicamente a limitarse a notificar los oficios de las medidas decretadas a los imputados, sino que, inclusive durante el tiempo que tarden las gestiones de notificación, deben brindar a las mujeres víctimas la protección policiaca correspondiente de forma directa, mediando adicionalmente de por medio una eficaz comunicación entre la denunciante y la policía asignada para velar por el cumplimiento de la medida de protección respectiva.

Como se aprecia, la problemática está claramente identificada en la forma de organización y operación de las instituciones de seguridad pública; resulta ser propiamente una falta de acercamiento, comunicación, seguimiento y atención a las víctimas, que reitero nunca se resolverá si no se construyen puentes de comunicación como una forma de proximidad social.

Se debe agregar, además, la elaboración de los registros de mujeres víctimas y sus presuntos agresores, donde se incluyan los datos de localización y comunicación para asegurar un eficiente monitoreo, el cual, si se realiza de forma adecuada, ayudaría notablemente a inhibir la continuación de las agresiones hacia las mujeres al verse acompañadas de forma permanente por el Estado, generaría incluso una percepción positiva de la imagen que se tiene de las fuerzas de seguridad pública.

12 Esta situación merece retomar las ideas que Marcela Lagarde nos da son relación al movimiento feminista; "...el feminismo sintetiza los esfuerzos por construir ahora un mundo que sea la casa acogedora y propia de mujeres y hombres quienes de manera paritaria puedan reunirse, dialogar, pactar, intercambiar y compartir para coexistir. Como el feminismo pasa por la existencia de cada persona, quienes viven cotidianamente esta alternativa renuevan sus condiciones de género, se despojan de enajenaciones opresivas y se constituyen en humanas y humanos plenos..." (...) "...el mundo contemporáneo requiere asumir el feminismo y no rechazarlo ni satanizarlo. Si lo incorpora en las grandes visiones de la vida ganará, acelerará procesos, contará con protagonistas imbuidos de una pasión renovadora de la vida y comprometidos con la ética del cuidado. Si no lo hace derrochará recursos democráticos, envilecerá y no reencontrará el camino. El paso del tiempo no asegura que se resuelvan las disparidades entre mujeres y hombres. Necesitamos darle contenido, sentido y riqueza a ese tiempo. Necesitamos la voluntad genérica para cambiar y cambiarnos. Y, no se vale que dilapidemos las creaciones culturales ni la historia...".

REFLEXIONES FINALES

La relación entre instituciones públicas y los derechos humanos de las personas en nuestro país debe ser plena y absoluta. En particular, los derechos humanos de las mujeres deben ser protegidos cada vez con una mayor urgencia ante la creciente ten-

dencia delictiva, que acaba con sus vidas, lesiona su integridad y dignidad.

El Estado de México continúa siendo una zona de alto riesgo para las mujeres. Si bien es cierto que se han realizado esfuerzos institucionales para combatir la violencia hacia ellas, también lo es que esta tarea debe importarnos —y mucho— al ver el alarmante incremento de los delitos. Por esta sencilla razón es que los retos del sistema penal acusatorio en la entidad exigen una mayor participación, seguimiento y evaluación en el trabajo de la procuración de justicia.

No es una tarea única o exclusiva de la Fiscalía General de Justicia del Estado de México elevar la cultura ciudadana de la denuncia es fundamental optimizar, mejorar e impulsar la actuación e intervención de los integrantes y miembros de las instituciones de seguridad pública, haciéndolos partícipes y actores conscientes de que pueden salvar muchas vidas de mujeres que peligran a diario en la entidad.

Las medidas de protección y providencias precautorias establecidas en el artículo 137 del CNPP son directrices y garantías que, una vez implementadas de forma adecuada, se pueden convertir en instrumentos de realización, protección y tutela de los derechos humanos de las mujeres que han sido víctimas de cualquier tipo de violencia; es aquí donde podemos visualizar su gran importancia al ser el mecanismo de protección inicial e inmediato de las denunciantes, por lo tanto, no debe escatimarse en los tiempos de su concesión y ejecución.

Es necesario terminar lo antes posible con las malas prácticas y costumbres de los agentes del MP que delegan sus responsabilidades a las propias víctimas, para

que éstas trabajen en darle el seguimiento correspondiente, y por sus propios medios, a las medidas de protección y providencias precautorias concedidas a su favor (se reitera que esta es una actividad que debe garantizar el propio MP y para ello cuenta con el auxilio del resto de las autoridades).

Una opción que podría considerarse para ayudar en la solución de ese problema sería reorganizar a los agentes del MP de cada agencia, designando por lo menos a uno para que tenga a su cargo la supervisión y seguimiento total del cumplimiento de las medidas de protección que ya fueron decretadas y se encuentran vigentes. Esto con una impecable comunicación permanente con las víctimas y las instituciones policíacas que lo auxilien en caso de ser necesario la intervención para asegurar la integridad de las mujeres.

Lo propuesto en el párrafo anterior podría reproducirse también de forma similar dentro de la estructura y organización de las instituciones de seguridad pública municipales, estatales y federales. Básicamente, es asignar elementos para que lleven a cabo las tareas de notificación a los imputados, supervisión de las medidas de seguridad y auxilio inmediato a las víctimas en caso de que dichas medidas sean violadas por sus agresores.

No debe dejarse a un lado ni menospreciarse la actividad de educar y capacitar a todos los operadores jurídicos en temas de derechos humanos. La procuración de justicia implica la imperiosa función de salvaguardar la vida, integridad y libertad de las mujeres en el Estado de México. No olvidemos que los derechos humanos siempre serán progresivos y cada momento exige nuevas políticas de Estado y estudio sobre cómo es posible transitar a una vida social

más digna y segura. No permitamos que el crimen nos arrebate a nuestra familia.

Actualmente, el sistema penal acusatorio en nuestro país enfrenta su mayor prueba, consistente en que sus operadores no se contaminen de malas prácticas que vician el procedimiento penal. Debemos evitar que la corrupción destruya este enorme esfuerzo de cambio de paradigma en la impartición de justicia con un enfoque de derechos humanos.

Fuentes consultadas

- CEAMEG (Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género) (2011), Medidas de protección en situaciones de violencia contra las mujeres, http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/ceameg/ias/Doc_29.pdf
- Congreso de la Unión (1917), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 5 de febrero de 19, última reforma: 28 de mayo de 2021.
- ____ (2014), Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 5 de marzo de 2014, última reforma: 19 de febrero de 2021
- Ferrajoli, L. (2004), Derechos y garantías. *La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- Inmujeres (Instituto Nacional de las Mujeres) (2008), *Compilación de los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Inmujeres.
- Lagarde y de los Ríos, M. (2012), *El feminismo en mi vida Hitos, claves y topías*, Instituto de las Mujeres del Distrito Federal–Gobierno del Distrito Federal, México.
- Legislatura LVI del Estado de México (2009), Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, publicado en el Periódico Oficial "Gaceta del Gobierno" del Estado Libre y Soberano de México el 9 de febrero de 2009.
- ONU (Organización de las Naciones Unidas) (1979), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).
- Ríos, E. (2019), "Liberan más de 17 mil medidas de protección a víctimas de violencia", *El Sol de Toluca*, <https://www.elsoldetoluca.com.mx/local/liberan-mas-de-17-mil-medidas-de-proteccion-a-victimas-de-violencia-de-genero-en-2019-3741777.html>

- Secretaría de las Mujeres (s/a), Programa CDMX Ciudad Segura y Amigable para Mujeres y Niñas, <https://www.semujeres.cdmx.gob.mx/ciudades-libres-deviolencia#:~:text=La%20aplicaci%C3%B3n%20Vive%20Segura%20CDMX,en%20el%20transporte%20y%20espacio>
- SESESPM (Secretariado Ejecutivo del Sistema Estatal de Seguridad Pública), "Incidencia delictiva (fuero común) Ene-Abr 2019 vs Ene-Abr 2020", <http://sesespem.edomex.gob.mx/sites/sesespem.edomex.gob.mx/files/files/Infografia%20pdf/Infograf%C3%ADa-abril20.pdf>
- Shwarz García, R. (2011), *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales, su imprescindibilidad y sus garantías*, México, Porrúa.
- Xantomila, J. (2018), "Revictimización, agravio extra que enfrentan las mujeres agredidas", *La Jornada*, <https://www.jornada.com.mx/2018/01/10/sociedad/030n1soc>

DIRECTORIO

PRESIDENCIA

Jorge Olvera García

CONSEJEROS CIUDADANOS

Leticia Bravo Sánchez

Verónica Gómez Cerón

Diana Mancilla Álvarez

Gonzalo Levi Obregón Salinas

Carolina Santos Segundo

PRIMERA VISITADURÍA GENERAL

Víctor Leopoldo Delgado Pérez

SECRETARÍA GENERAL

María del Rosario Mejía Ayala

DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS

Karla López Carbajal

UNIDAD JURÍDICA Y CONSULTIVA

Erick Segundo Mañón Arredondo

UNIDAD DE INFORMACIÓN, PLANEACIÓN, PROGRAMACIÓN Y EVALUACIÓN

Sheila Velázquez Londaiz

UNIDAD DE COMUNICACIÓN SOCIAL

Guadalupe Elisenda Domínguez Contreras

UNIDAD DE DIFUSIÓN DE LA CULTURA

Monica Monserrat Garfias González

UNIDAD DE IGUALDAD DE GÉNERO Y ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA

Mireya Miranda Carrillo

ÓRGANO INTERNO DE CONTROL

Víctor Antonio Lemus Hernández

CENTRO DE ESTUDIOS

Gabriela Eugenia Lara Torres

SECRETARÍA PARTICULAR

Martín Arriaga Degollado

LA TÓPICA EN DERECHOS HUMANOS
ESTUVO AL CUIDADO DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE LA
COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE MÉXICO.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN JULIO 2021.



La *tópica* es un conjunto de tópicos, es decir temas, para desarrollar argumentos y establecer los contenidos de los discursos. Así, ante una necesidad de enriquecer el discurso de los derechos humanos, surge el imperativo del análisis y el diálogo de las ideas. *La tópica en derechos humanos* significa una labor, por parte de investigadores(as), académicos(as) y especialistas, así como integrantes de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (Codhem), de indagar las problemáticas actuales en materia de derechos a través de un enfoque crítico y científicista. De este modo, se presentan diagnósticos e informes, pero, sobre todo, propuestas y alternativas para afrontar los diferentes retos que implica la protección de los derechos humanos.

Las colaboraciones presentadas en este libro son el resultado de la dedicación de académicos, juristas y especialistas en la materia con un fuerte compromiso por el estudio, análisis, defensa y restitución de la dignidad humana. Sin duda, las propuestas aquí presentadas serán un aliciente para las personas interesadas en la profundización de temas relacionados con derechos humanos, por la pluralidad de los puntos de vista y la profundización de las ideas. Estas aportaciones abonan al debate y, por ende, al discurso de los derechos humanos; amplía su perspectiva, así como la protección, defensa y estudio de los mismos.



www.codhem.org.mx



codhem_oficial
jorge_olverag



@CODHEM
@JorgeOlveraG



CODHEM (OFICIAL)
Jorge Olvera García



CODHEM