



INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL
ESCUELA JUDICIAL



Anuario de Derechos Humanos del Instituto de la Judicatura Federal II - 2018

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

LUIS MARÍA AGUILAR MORALES
MINISTRO PRESIDENTE

MARTHA MARÍA DEL CARMEN HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

ROSA ELENA GONZÁLEZ TIRADO

ALFONSO PÉREZ DAZA

FELIPE BORREGO ESTRADA

J. GUADALUPE TAFOYA HERNÁNDEZ

JORGE ANTONIO CRUZ RAMOS

INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

COMITÉ ACADÉMICO

WILFRIDO CASTAÑÓN LEÓN (PRESIDENTE)

ELISA MACRINA ÁLVAREZ CASTRO

ANTONIO GONZÁLEZ GARCÍA

JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ SALDAÑA

HÉCTOR LARA GONZÁLEZ

JOSÉ ALFONSO MONTALVO MARTÍNEZ

JUAN JOSÉ OLVERA LÓPEZ

J. JESÚS PÉREZ GRIMALDI

ISABEL CRISTINA PORRAS ODRIÓZOLA

CARLOS RONZON SEVILLA

ALEJANDRO VILLAGÓMEZ GORDILLO

Anuario de Derechos Humanos del Instituto de la Judicatura Federal II - 2018



CONSEJO DE LA
JUDICATURA
F E D E R A L



INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL
ESCUELA JUDICIAL

INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

WILFRIDO CASTAÑÓN LEÓN
DIRECTOR GENERAL

MARCO ANTONIO RIVERA GRACIDA
COORDINADOR ACADÉMICO

CONSEJO EDITORIAL

ROSA MARÍA ÁLVAREZ GONZÁLEZ (IIJ-UNAM)

AMALIA AMAYA (IIF-UNAM)

KARINA ANSOLABEHERE (IIJ-UNAM)

MANUEL ATIENZA (UNIVERSIDAD DE ALICANTE, ESPAÑA)

JOSÉ LUIS CABALLERO OCHOA (U. IBEROAMERICANA)

JOSÉ DÁVALOS MORALES (FACULTAD DE DERECHO-UNAM)

JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (IIJ-UNAM)

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (IIJ-UNAM)

JORGE ALBERTO GONZÁLEZ GALVÁN (IIJ-UNAM)

JUAN E. MÉNDEZ (AMERICAN UNIVERSITY, USA)

MARGARITA PALOMINO GUERRERO (IIJ-UNAM)

ASCENSIÓN E. PERALES (UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, ESPAÑA)

PEDRO SALAZAR UGARTE (IIJ-UNAM)

SANDRA SERRANO GARCÍA (FLACSO-MÉXICO)

JORGE ALBERTO WITKER (IIJ-UNAM)

EDITOR RESPONSABLE

RAMÓN ORTEGA GARCÍA
SECRETARIO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Número 02, 2018

El Anuario de Derechos Humanos del Instituto de la Judicatura Federal es una publicación editada y distribuida por el Instituto de la Judicatura Federal, órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal. Palacio de Justicia Federal, Sidar y Roviroso No. 236, Colonia Del Parque, Delegación Venustiano Carranza, C.P. 15960, Ciudad de México. Tel. 51338900, exts. 6685 y 6614.

Editor académico: Rafael Caballero Hernández.

Cuidado de la edición: Omar Giovanni Roldán Orozco.

Diseño de portada: Daniel León Aviña.

Agradecimientos especiales: Dulce María Milán Rodríguez y José Antonio Estrada Marín.

Número de certificado de licitud de título y contenido, 17172; Certificado de reserva de derechos al uso exclusivo del Instituto de la Judicatura Federal, el género de publicaciones periódicas, 04-2017-110313332300-102.

© 2017 Instituto de la Judicatura Federal

Tiraje 2,000

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Magistrado Wilfrido Castañón León	VII
--	-----

ARTÍCULOS

DERECHOS HUMANOS

César Aguilar González

<i>Incumplimiento de la obligación alimentaria: tipo penal deficiente a la luz del principio pro persona y del interés superior del niño</i>	1
--	---

Juan Marcos Dávila Rangel

<i>El acceso, disposición y saneamiento del agua como derecho humano</i>	27
--	----

José López Martínez

<i>La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: herramienta de interpretación y materialización de los derechos humanos</i>	45
--	----

Javier Loyola Zosa y Ulises Flores Sánchez

<i>El ABC de la teoría de los derechos humanos y su valor normativo en el quehacer jurisdiccional</i>	73
---	----

Yair Bardomiano Pineda Saldaña y Jorge Luis Barrera Vergara

<i>Los derechos humanos inherentes a los principios de la justicia penal para adolescentes en México</i>	111
--	-----

Carlos Alberto Soriano Custodio

<i>Transparencia y ética judicial: elementos esenciales para la actividad jurisdiccional</i>	139
--	-----

Olga Vargas Gutiérrez

<i>Los derechos humanos culturales y el interés legítimo como instrumento jurídico de su salvaguarda: ¿problema u oportunidad?</i>	159
--	-----

NOTAS DE INVESTIGACIÓN

Génesis Guinto Sotelo

<i>La justicia ambiental como énfasis precautorio frente a un riesgo inminente</i>	189
--	-----

Claudia Elena Morazán Silva

<i>Derecho y moral en los derechos humanos. Reflexiones filosóficas</i>	205
---	-----

José Francisco Nieto Alcalá <i>El amparo directo como recurso judicial efectivo en materia penal</i>	223
--	-----

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Milton K. Montes Cárdenas <i>La necesidad de reinterpretar el concepto de tercero interesado a la luz del nuevo paradigma de derechos humanos</i>	247
---	-----

Ramsés Samael Montoya Camarena <i>El embargo del excedente del salario mínimo en un contexto social-demócrata</i>	259
---	-----

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Javier Cruz Vázquez <i>Rojas Caballero, Ariel Alberto, Los derechos humanos y sus garantías, Porrúa, México, t. I y II, 2018, 177 pp. y 128 pp.</i>	279
<i>Política editorial</i>	287

PRESENTACIÓN

Hoy en día, los derechos humanos constituyen un paradigma preponderante para la administración y procuración de justicia a nivel internacional; en el plano mexicano revisten singular trascendencia, y su tratamiento debe ser oportuno y puntual.

En 2017, el Instituto de la Judicatura Federal publicó el primer número del *Anuario de Derechos Humanos*, texto que reúne aportaciones de primer nivel en el ámbito de la protección y garantía de los derechos humanos, que combina de manera funcional la teoría y la práctica y que adentra al lector en el correcto entendimiento de la dignidad de las personas.

Hoy ve la luz el segundo número del *Anuario*, conjunto de ideas y propuestas que abonan a la misión de la publicación, y que enaltecen de manera profunda y dedicada el engranaje de las prerrogativas del individuo con el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y los actos de autoridad.

El interés superior del menor; la disposición y saneamiento del agua; la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; la justicia penal para adolescentes; la transparencia y ética judicial como elementos esenciales para la actividad jurisdiccional, y la teoría de los derechos humanos y su valor normativo en el quehacer jurisdiccional, así como el interés legítimo como instrumento jurídico para su salvaguarda, son los temas sobre los que se profundiza en la sección de artículos del *Anuario*.

En el apartado correspondiente a notas de investigación se abordan temas como la justicia ambiental; el derecho y la moral, y el amparo directo como recurso judicial efectivo en materia penal. Por su parte, los comentarios jurisprudenciales que contiene el presente número se centran en dos temas: primero, la reinterpretación del concepto de tercero interesado; y segundo, el embargo del excedente del salario mínimo en un contexto social-demócrata.

Finalmente, se incluye una reseña bibliográfica que nos brinda un panorama general de un texto editado en dos tomos, que lleva por título *Los derechos humanos y sus garantías*. Ante tal escenario, vastamente nutrido de elementos que aportan a una concepción y materialización de los derechos humanos profunda y concienzuda, se brindan parámetros que contribuyen al logro de la mayor eficacia y ejercicio de una vida digna para cada una de las personas que habitan nuestro país.

Magistrado Wilfrido Castañón León
Director General del Instituto de la Judicatura Federal
Escuela Judicial

ARTÍCULOS
DERECHOS HUMANOS

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA: TIPO PENAL DEFICIENTE A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA Y DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

BREACH WITH THE FOOD OBLIGATION: DEFICIENT CRIMINAL
NORM IN LIGHT OF THE PRO PERSONAE PRINCIPLE AND
HIGHER INTERESTS OF THE CHILD

CÉSAR AGUILAR GONZÁLEZ*

RESUMEN: El delito de incumplimiento de obligaciones alimentarias —regulado bajo distintas denominaciones en las legislaciones de las entidades federativas— es un tipo penal que tendría que mejorarse pues, ante una deficiente descripción, ha llevado a los juzgadores a interpretarlo en diversos sentidos inclusive el contrario; lo que ha originado que se deje al gobernado ante una incertidumbre jurídica al no establecer con claridad si el deudor alimentario incurre en incumplimiento de dar alimentos cuando omite proporcionarlos de manera total o parcial; y la mayoría de las entidades federativas incurren en esta deficiencia.

PALABRAS CLAVE: *Alimentos; incumplimiento; pro persona; interés superior del niño; delito.*

ABSTRACT: The crime of non-compliance with food obligations —regulated under different denominations in the laws of the states— is a criminal norm that should be improved, which faced with a deficient description has led the Judges to interpret it in various ways, even the contrary; this has caused the governed to be left before a legal uncertainty, not establishing clearly if the food debtor incurs a failure to provide food when it fails to provide them in whole or in part.

KEYWORDS: *Foods; breach; pro-personae principle; higher interest of the child; crime.*

Fecha de recepción: 09/07/2018.

Fecha de aceptación: 19/09/2018.

* Secretario particular en el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito. Licenciado en Derecho, Especialista en Derecho Penal, Maestro en Derecho de Amparo, Doctor en Derecho Penal, estudios de postdoctorado en Derecho Penal, Máster Especialista en Derecho Penal por el Centro de Estudios e Investigaciones Jurídicas de España, experto universitario en Derecho Penal por la Universidad Isabel I, España. Ha realizado diversos cursos en el Instituto de la Judicatura Federal e instituciones académicas.

SUMARIO. I. Introducción. II. Aspectos esenciales. 1. Concepto de alimentos. 2. Principio pro persona. 3. Principio de interés superior del niño. III. El delito de incumplimiento de suministrar alimentos en los diversos códigos penales de la República Mexicana. IV. Criterios nacionales. V. Conclusión. VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN



El análisis que se realiza del delito de incumplimiento de obligaciones alimentarias, denominado de distintas formas en las legislaciones de las entidades federativas, consiste en un estudio dogmático de este tipo penal, que tendría que mejorarse a partir de dos criterios aislados en contrario de tribunales federales surgidos por una deficiente descripción de este tipo penal que ha llevado a los juzgadores a interpretarlo en diversos sentidos, y cuya consecuencia es dejar al gobernado ante una incertidumbre jurídica, al no establecer con claridad si el deudor alimentario incurre en incumplimiento de dar alimentos cuando omite proporcionarlos de manera total o parcial.

La mayoría de los Estados inciden en esta deficiencia; por ello, se pretende mejorar la legislación sustantiva penal en México que presenta esta laguna jurídica para definir con precisión que la omisión de ese deber puede ser de ambas formas; si tomamos como punto de partida los principios pro persona e interés superior del menor. El primero, cuando ante dicha deficiencia normativa se encuentre involucrada cualquier persona con derecho a recibir alimentos; el segundo, cuando ante la misma deficiencia legal se encuentran involucrados niñas y niños.

Por lo que dicha laguna afecta a cualquier persona acreedora de alimentos sin importar si es niño, niña o adulto; por ende, es necesario analizar el tipo penal de incumplimiento de obligaciones alimentarias regulado en todas las entidades federativas a la luz de los dos principios citados, en virtud de que sólo tres Estados observan dichos principios en su respectiva legislación sustantiva penal.

II. ASPECTOS ESENCIALES

1. CONCEPTO DE ALIMENTOS

El *Diccionario de la Lengua Española* menciona que alimentos: "... es la prestación debida entre parientes próximos cuando quienes los reciben no tienen

posibilidad de subvenir a sus necesidades”.¹ Este concepto, aunque aporta una idea de lo que se entiende por alimentos y deja claro que, al mismo tiempo, implica un derecho y obligación, lógicamente tampoco resuelve lo que debe entender o hasta dónde se hace extensivo el término “parientes próximos”, ni qué tipo de necesidades abarca.

Por su parte, Rojina Villegas dice “...el derecho de alimentos es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos”.² Este autor determina bajo qué instituciones se establece una relación de derecho-obligación para poder exigir o proporcionar alimentos; sin embargo, limita a lo necesario para subsistir, lo que bien podría entenderse como que únicamente está obligado a satisfacer comida y vestido y, probablemente, alguna otra que indispensablemente se tendría que proporcionar para no morir.

Asimismo, en una publicación conjunta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la UNAM, se menciona: “El derecho que tienen los acreedores alimentarios para obtener de sus ascendientes u otros parientes obligados conforme a la ley, aquello que es indispensable no sólo para sobrevivir sino para desarrollarse y vivir con dignidad y calidad de vida”.³ Como se observa, a diferencia del concepto anterior, éste no limita el término alimentos únicamente a lo necesario para sobrevivir, sino que lo amplía a aspectos para que una persona pueda desarrollarse y tener una mejor calidad de vida.

Pérez Duarte y N. Alicia Elena también refieren que “...constituyen un elemento de tipo económico que permite al ser humano obtener su sustento en los aspectos físico y psíquico y que son el elemento que permite la subsistencia y el desarrollo de una persona.”⁴ De lo anterior, se desprende que los alimentos no sólo comprenden lo que el acreedor alimentario necesita para comer, beber o

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., t. I, Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 111.

² Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano. Derecho de familia*, 8a. ed., t. 2, Porrúa, México, 1993, p. 165.

³ SCJN/IIJ-UNAM. *Alimentos. Se establecen con las percepciones salariales, tanto ordinarias como extraordinarias del deudor alimentista con excepción de los viáticos y gastos de representación*, Serie decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 17, SCJN, México, 2006, p. 42.

⁴ Pérez Duarte y N., Alicia Elena, voz “Alimentos”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. A-C, Porrúa-UNAM, México, 2007, p. 163.

para poder subsistir, sino que también aquellas cosas para poder desarrollarse y vivir con dignidad, como la vivienda, vestido, instrucción, asistencia médica e incluso los gastos necesarios para lograr el descanso y esparcimiento a que toda persona tiene derecho.

A propósito de lo anterior, cabe mencionar que los alimentos comprenden lo ya mencionado, pero no está a elección del deudor alimentario cumplir uno(s) u otro(s), sino que debe dar cabal cumplimiento a todos los aspectos, no puede procurar a cabalidad su educación y, al mismo tiempo, omitir proveer de vivienda; entonces, esto es lo que en algunas entidades de la República Mexicana los legisladores no han comprendido: que no se puede satisfacer la obligación de dar alimentos al gusto del deudor alimentista. Si se piensa que puede elegirse qué aspectos cumplir y cuáles no, estaríamos permitiendo atentar contra los principios pro-persona e interés superior del menor. Por ejemplo, podemos mencionar que los Estados de Baja California Sur, Querétaro y Guanajuato, regulan correctamente este supuesto, al establecer que para incurrir en el delito de incumplimiento de dar alimentos, basta con que se omita otorgarlos de manera parcial; mientras las demás entidades no son claras y dejan vigente esta laguna jurídica que atenta contra los principios ya mencionados.⁵

2. PRINCIPIO PRO PERSONA

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en su artículo 1o., párrafo segundo, establece que la interpretación de las normas relacionadas con derechos humanos se debe realizar siempre en beneficio de la persona la protección más amplia, lo que se ha denominado principio pro persona, máxima que ha sido definida por el Juez Piza Escalante como:

Un criterio fundamental que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían, y restrictivamente las que los limitan o restringen. De esta forma, el principio pro persona conduce a la conclusión de que la exigibilidad inmediata e incondicional de los derechos humanos es la regla, y su condicionamiento la excepción.⁶

⁵ En todas las legislaciones penales de las entidades a que hacemos referencia no realizan limitación alguna en cuanto a que al derecho a recibir alimentos únicamente sea para las niñas y niños, sino que lo regulan para cualquier persona con derecho a recibirlos. Por ello, ante dicha laguna es que se deben observar ambos principios, ya sea que se encuentre involucrada cualquier persona o bien algún menor.

⁶ Opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, en Corte IDH, *Exigibilidad del Derecho*

También, Pinto propone como definición del principio pro persona:

...es un 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. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.⁷

Asimismo, un Tribunal Colegiado de Circuito menciona que el artículo lo., párrafo segundo de la Constitución, recoge de manera directa el criterio o directriz hermenéutica denominada principio pro persona, el cual consiste en ponderar ante todo la fundamentalidad de los derechos humanos, a efecto de estar siempre a favor del hombre, lo que implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trate de derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trate de establecer límites para su ejercicio.⁸

En el mismo sentido, otro órgano jurisdiccional federal establece que el principio pro *homine* implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre; es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.⁹

El ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

de Rectificación o Respuesta (artículos 14.1, 1.1. y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, párrafo 36.

⁷ Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

⁸ Tesis aislada XVIII.3º.1K (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro VII, t. 2, abril de 2012, p. 1838, de rubro: PRINCIPIO PRO HOMINE. SU CONCEPTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTOS.

⁹ Tesis aislada I.4º.A.464 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, febrero de 2005, p. 1744, de rubro PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.

Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano.

Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, lo que obliga a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable, en materia de derechos humanos, atenderá a criterios que favorezcan al individuo, o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o 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.¹⁰

Es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Esto implica acudir a la norma jurídica que consagra el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio.

Por tanto, la aplicación del principio pro persona en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro.¹¹

¹⁰ Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1ª/J.107/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, octubre de 2012, p. 799, de rubro PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.

¹¹ Tesis aislada 1ª. XXVI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2012, p. 659, de rubro PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL.

3. PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO¹²

La expresión “interés superior del niño” implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño; se entiende el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social.¹³

Por ejemplo, en el ámbito judicial, el interés superior del niño es un principio orientador para los juzgadores, relacionado con cualquier norma jurídica que se les tenga que aplicar en un caso concreto. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido, considere los deberes de protección de los niños y sus derechos especiales previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez. Es decir, es primordial ante otros intereses en conflicto, en el que, incluso, ante

¹² La Convención sobre los Derechos del Niño, lo define como todo ser humano menor de 18 años; por otro lado, en México, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes menciona que son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menores de 18 años de edad. “Dicha convención constituye un gran salto por la forma como se conceptualizaba a los niños al considerarlos a partir de ese momento, como sujetos de derechos, dejando de lado la teoría tutelar que los consideraba como “menores”, palabra que, de acuerdo con el diccionario de la lengua española, significa: Adj. Comp. De pequeño. Que es inferior otra cosa en cantidad, intensidad o calidad”. Con la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño la norma jurídica y la doctrina se unen para cambiar la visión que se tenía de la infancia hasta el momento para establecer que lo que ha de protegerse es el ejercicio integral de los derechos humanos por parte de las niñas, los niños y adolescentes.” Rabanala García, Marvin, “El sentido real de la convención sobre los derechos de la niñez”, en Corona Caraveo, Yolanda (coord.), *Infancia, legislación y Política*, UNAM, México, 2000, p. 23.

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

¹³ Jurisprudencia I.5°. C./J/16, Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, marzo de 2011, p. 2188, de rubro INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.

una norma jurídica con distintas interpretaciones se elegirá la que mayor le favorezca. No obstante ello, el Estado mexicano tiene:

... b) la obligación de velar porque todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de éstos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.... Para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones, los Estados partes.... a) Examinar y, en su caso, modificar la legislación nacional y otras fuentes del derecho para incorporar el artículo 3, párrafo 1, y velar por que el requisito de que se tenga en cuenta el interés superior del niño se recoja y aplique en todas las leyes y reglamentos nacionales, la legislación provincial o territorial¹⁴...

De lo anterior, se desprende que el interés superior del niño sirve para justificar todos los derechos que tienen y, “debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la convención cuando el caso se refiera a menores de edad”,¹⁵ e, incluso, como principio orientador de toda generación y producción de leyes; y no sólo eso, sino de la interpretación y aplicación del derecho por parte de los jueces, políticas públicas, programas y todo tipo de planes implementados también por autoridades administrativas, es decir, todos los ámbitos de la función pública estatal involucrados con los niños.

III. EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE SUMINISTRAR ALIMENTOS EN LOS DIVERSOS CÓDIGOS PENALES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

Este delito está regulado en todas la entidades del país (claro, con diversas penalidades, figuras e incluso con diversas denominaciones), pero no como sugerimos en este trabajo, a excepción de los Estados de Baja California Sur, Guanajuato y Querétaro; esto es, en estas tres entidades se deja en claro que el incumplimiento a los deberes alimentarios no únicamente se tipifica si se

¹⁴ Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), pp. 5 y 6, consultada el 30 de agosto de 2018 en https://www.observatoriodelainfancia.es/*oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990

¹⁵ Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de ocho de septiembre de dos mil cinco, párrafo 134.

incumple de manera total con esa obligación, sino que, como se viene sosteniendo, este injusto se establece también cuando se cumpla de forma parcial; es decir, debe ser sancionado independientemente de si el incumplimiento de proveer sea total o parcial.

De lo anterior, encontramos su justificación en que, por ejemplo, en un asunto donde el deudor y acreedor alimentarios acuden ante el órgano judicial a celebrar un convenio sobre alimentos, donde el primero se obliga a entregar al segundo \$6000 pesos mensuales, los cuales son suficientes y exactos para cubrir todos los rubros que comprenden las necesidades de subsistencia (comida, vestido, educación, salud, recreación, etcétera); sin embargo, al momento de realizar el pago correspondiente, el deudor únicamente deposita \$4000 (se pudiera pensar que es una cantidad cercana a la pactada), la cual no es suficiente para cubrir todos los rubros, porque los \$6000 pactados, eran los exactos para satisfacer las necesidades del acreedor; por lo tanto, los \$2000 faltantes hacen que no se cumpla con el objetivo convenido, lo que representa un incumplimiento parcial de la obligación de dar alimentos, y conlleva a evadir la norma penal y violentar el principio de interés superior del niño.

A continuación, se señalan los supuestos que establecen cada una de las legislaciones penales de los estados de la República en relación con el incumplimiento de proveer alimentos, para efecto de evidenciar que, dentro de esas hipótesis, la mayoría de las entidades no regulan el punto en comento (incumplimiento total o parcial).

Aguascalientes. Este tipo penal es denominado incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar, y los supuestos para incurrir en este delito son: no cumplir con la obligación de dar alimentos en términos de la legislación civil, independientemente de que se pueda allegar de los recursos mediante otra persona; que el deudor alimentario se coloque intencionalmente en estado de insolvencia para evadir su obligación y con el fin de eludir su obligación altere o cambie su nombre, domicilio o sus ingresos.

Como se puede observar, esta legislación no esclarece si el incumplimiento de dar alimentos es de manera total o parcial.

Baja California. Contempla el delito de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, cuyos supuestos son: quien injustificadamente no proporcione los alimentos a las personas con quienes tenga ese deber legal; no proporcionar atención geriátrica a los adultos mayores de sesenta años con las

que tenga ese deber legal, y colocarse intencionalmente en estado de insolvencia para evadir sus obligaciones alimentarias.

Tampoco esta legislación resuelve si el incumplimiento de dar alimentos puede ser total o parcial.

Baja California Sur. Denomina delitos contra el cumplimiento de la obligación alimentaria e incurre en el mismo cuando una persona obligada por la ley a proporcionar alimentos incumpla con dicho deber; tratándose de ex cónyuges, cuando por dicho incumplimiento el acreedor alimentario pueda sufrir daños en su salud; cuando el deudor alimentario dolosamente se coloque en estado de insolvencia, para efecto de eludir el cumplimiento de su obligación alimentaria; de igual forma incurre en el delito, cuando el obligado omita informar al órgano jurisdiccional sobre los ingresos u omitan realizar el descuento correspondiente al deudor alimentario.

Esta legislación es interesante porque regula la figura del incumplimiento de obligaciones alimentarias por equiparación; representa principalmente un punto medular para este trabajo lo señalado en las fracciones II y III del artículo 208, al tipificar el hecho de que una persona obligada a dar alimentos, lo realice de manera irregular o bien de modo parcial.

Lo anterior es correcto en virtud de que es clara la redacción de este tipo penal, al establecer que también incurre en incumplimiento de dar alimentos el que omita darlos no solamente de manera total, sino también parcial.

Campeche. El tipo penal es denominado como delitos que atentan contra el cumplimiento de la obligación alimentaria, e incurre en este delito quien incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos; quien renuncie a su empleo, solicite licencia sin goce de sueldo y sea éste el único medio de obtener ingresos; quien se coloque en estado de insolvencia para eludir su obligación; también incurre, quien estando obligado a informar a la autoridad judicial sobre los ingresos del deudor alimentario no lo haga, o bien lo realice falsamente.

Como se observa de los supuestos reseñados, el Código Penal de este estado tampoco regula si el incumplimiento debe ser total o parcial, lo que deja a la interpretación de cada juzgador determinar por una u otra opción.

Chiapas. Denomina incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar, el hecho de que una persona abandone sin causa justificada a otra de quien tenga la obligación de suministrar alimentos, sin recursos para atender sus

necesidades de subsistencia; también incurre en este delito el que dolosamente se coloque en estado de insolvencia o simule ese estado.

De lo anterior se puede afirmar que tampoco regula el supuesto de incumplimiento parcial, por lo que considero que es un tipo penal deficiente.

Chihuahua. Regula el delito que atenta contra el cumplimiento de la obligación alimentaria, bajo los siguientes supuestos: quien incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos; quien renuncie a su empleo, solicite licencia sin goce de sueldo y sea éste el único medio de obtener ingresos o se coloque en estado de insolvencia con el objeto de eludir su obligación; quienes estando obligados a informar acerca de los ingresos de quienes deban cumplir con sus obligaciones incumplan con la orden judicial de hacerlo, o bien lo realicen fuera del término ordenado por la autoridad judicial u omitan realizar de inmediato el descuento ordenado.

Es de señalarse que esta legislación tampoco establece cómo deber ser el incumplimiento de dar alimentos, si total o parcial, lo que implica, desde mi punto de vista, una deficiencia del tipo penal en comento.

Coahuila. Incurre en el delito de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, quien respecto de un menor de edad, un incapacitado o de una persona desvalida a causa de su enfermedad o deterioro de su salud, incumple el deber de asistencia al omitir sin motivo justificado ministrarle los recursos necesarios para atender sus necesidades de comida y habitación; también incumple respecto del cónyuge, menores de 18 años, incapaces o personas desvalidas, cuando ya existe un proveído judicial de pensión alimentaria; cuando el deudor alimentario se coloque en estado de insolvencia para evadir su obligación alimentaria, y quien abandone a una mujer en gestación en precaria situación económica o de salud, o al poner en grave riesgo al ser humano en formación.

Es interesante la regulación que realiza este Código, al proteger a la mujer en gestación, dado que es más vulnerable por la condición en que se encuentra y por la presencia recurrente de los casos en que se ven involucradas.

Aunque, por otra parte, para el supuesto de personas que requieran asistencia por su estado de salud, limita la obligación únicamente para satisfacer sus necesidades de comida y habitación, lo cual, en mi opinión, resulta perjudicial para este grupo vulnerable porque deja a un lado otros derechos para ayudar a tener un mejor desarrollo y calidad de vida.

Colima. Establece en su Código Penal el delito de incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar, bajo los siguientes supuestos: quien se niegue o no cumpla con sus obligaciones alimentarias respecto de los sujetos pasivos que tengan derecho a ello; quien renuncie a su empleo o se coloque en estado de insolvencia para eludir sus obligaciones alimentarias; quien estando obligado por la autoridad judicial a proporcionar informes sobre la capacidad económica o ingresos del deudor alimentario incumpla con esa obligación, la realice falsamente u omita realizar el descuento correspondiente por más de dos veces consecutivas.

De igual forma, para efecto de este análisis, esta legislación no aclara el supuesto de si el incumplimiento debe ser total o parcial, lo cual deja a la libre interpretación del juzgador, que pudiera hacerlo en perjuicio de los acreedores alimentarios.

Durango. Regula el delito contra la seguridad de la subsistencia familiar, cuando cualquier persona abandone a otra respecto de quien tiene la obligación de dar alimentos sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia; quien se coloque en estado de insolvencia para eludir su obligación y quien estando obligado a informar sobre los ingresos del sujeto activo incumpla con la orden judicial de hacerlo.

En términos similares a otros códigos, no establece con claridad cómo debe ser el incumplimiento para poder configurar este delito, sigue presentando la misma deficiencia que aquellos ordenamientos.

Estado de México. Regula el delito en análisis bajo el nombre de incumplimiento de obligaciones y, principalmente, establece tres supuestos: al que estando obligado por la ley, sin motivo justificado abandone a sus descendientes, ascendientes, cónyuge, concubina, concubinario o acreedor alimentario sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia; al que intencionalmente se coloque en estado de insolvencia para eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias y también contempla un supuesto para el padre, madre, tutor o quien tenga la custodia de un menor de edad que, por negligencia u omisión en más de una ocasión en sus obligaciones, ponga en riesgo la salud del menor.

Este tipo penal tampoco establece si el incumplimiento de dar alimentos deba ser total o parcial, por lo que sigue siendo deficiente su regulación al dejar esa laguna legal a diversas interpretaciones.

Guanajuato. Regula el incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar que, desde mi punto de vista, es interesante porque de manera clara establece que el incumplimiento puede ser total o parcial; es decir, no deja a la libre interpretación del juzgador con el riesgo de una inseguridad jurídica por las diversas lecturas que pudiere darle; por ello, considero –como lo vengo sosteniendo en este trabajo– que este tipo penal cumple con los principios pro persona e interés superior del menor, al proteger ante cualquiera de los dos supuestos al sujeto pasivo del delito.

Guerrero. Denomina incumplimiento de la obligación alimentaria, al delito que comete quien incumpla con su obligación de dar alimentos a la persona que tiene derecho a recibirlos; quien renuncie o abandone su empleo, solicite licencia sin goce de sueldo, se coloque en estado de insolvencia o modifique a propósito su situación patrimonial con el objeto de eludir su obligación alimentaria; también, se sanciona a quien estando obligado a rendir informe sobre los ingresos del sujeto activo no cumpla con la orden judicial, no lo haga en el término establecido, no lo rinda verazmente u omite realizar el descuento correspondiente.

De la misma forma que la mayoría de los Códigos Penales, éste tampoco establece con claridad cómo deber ser el incumplimiento de dar alimentos, si total o parcialmente.

Hidalgo. Incurrir en el delito de incumplimiento de suministrar alimentos quien incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos; quien estando obligado a informar sobre los ingresos o efectuar los descuentos al sujeto activo, incumplan con la orden judicial de hacerlo; sin embargo, a diferencia de otros códigos, éste amplía los supuestos cuando modifica su economía; por ejemplo, renunciar a su empleo, ejecutar actos para perderlo, reducir sus ingresos, simular deudas, o bien cualquier acto que lo coloque en estado de insolvencia; aunque de cualquier forma, sigue sin aclarar el punto que venimos analizando sobre el incumplimiento total o parcial de dar alimentos.

Jalisco. Comete el delito de abandono de familiares la persona que sin causa justificada incumpla con su obligación de dar alimentos a aquellos que tienen derecho a recibirlos; quien renuncie a su empleo, solicite licencia sin goce de sueldo y éste sea el único medio para tener ingresos, o por cualquier medio se coloque dolosamente en estado de insolvencia; también incurre en este tipo penal, quien omite informar acerca de los ingresos del deudor alimentario, no lo haga en el término u omite realizar de inmediato el descuento respectivo.

Como se observa, tampoco menciona cómo debería ser ese incumplimiento de dar alimentos, por lo que este código también carece de claridad.

Michoacán. Regula en su Código Penal el delito contra el cumplimiento de la obligación alimentaria, en el que principalmente establece dos supuestos: quien incumpla con su obligación de dar alimentos a la persona que tiene derecho a recibirlos y quien deliberadamente renuncie a su empleo o solicite licencia sin goce de sueldo y sea este el único medio para obtener ingresos, para colocarse en estado de insolvencia y eludir así su obligación de dar alimentos. Esta entidad, contempla supuestos similares a los demás estados y tampoco deja claro si el incumplimiento debe ser total o parcial.

Morelos. Incurre en el delito de incumplimiento de las obligaciones de asistencia alimentaria, quien sin motivo justificado no proporcione los recursos indispensables para la subsistencia de las personas con las que tenga ese deber legal y, quien se coloque en estado de insolvencia para evadir su obligación alimentaria. Aparte que tampoco aclara cómo debe ser el incumplimiento si total o parcial; a diferencia de las otras entidades del país, agrega que el incumplimiento debe exceder de treinta días naturales y si llegara a exceder de noventa días se inscribirá en el registro de deudores alimentarios.

Nayarit. Regula el delito de abandono de familiares y coincidentemente con el estado de Morelos, establecen un plazo de treinta días naturales que sin causa justificada omitan suministrar alimentos a las personas con quienes tengan el deber de asistencia conforme al Código Civil Local; asimismo, establece una agravante cuando ese abandono o incumplimiento afecte a una mujer en estado de gravidez con quien se presuma la paternidad en razón del matrimonio o concubinato; otro supuesto, es colocarse en estado de insolvencia ya sea renunciando, abandonando su trabajo, solicitando licencia sin goce de sueldo, dilapidando sus bienes o simulando actos jurídicos para tal efecto.

Reitero, es importante el supuesto que protege a la mujer embarazada, quien, por su estado, representa un grupo vulnerable, lo cual amerita su protección. Al igual que otras legislaciones no resuelve el punto que se aborda en este trabajo, respecto a si el incumplimiento es total o parcial, lo cual deja en estado de indefensión a cualquier persona, incluso a la mujer embarazada a que hace referencia este Código.

Nuevo León. Incumple sus obligaciones alimentarias quien sin motivo justificado incumpla sus obligaciones alimentarias respecto de sus hijos, cónyuge y

quien dolosamente se coloque en estado de insolvencia con el objeto de eludir sus obligaciones alimentarias.

La regulación de este tipo penal me parece deficiente –aparte de que no aborda el tema que aquí sostengo– respecto a si el incumplimiento debe ser total o parcial, reduce al deudor alimentario únicamente a cumplir respecto a hijos y cónyuge; es decir, la calidad de sujetos pasivos es menor, lo que deja fuera a ascendientes, concubina, etcétera.

Oaxaca. El delito de abandono de personas es amplio y engloba otros delitos que en otros códigos penales separan y sistematizan con una denominación distinta; sin embargo, para efecto de este análisis, el incumplimiento de dar alimentos lo regula en el artículo 318, mismo que tiene dos supuestos, a saber: quien sin motivo justificado abandone a sus acreedores alimentarios sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia y, cuando el deudor alimentista simule o abandone su centro de trabajo para quedar en estado de insolvencia y dejar de proporcionar los alimentos decretados por la autoridad judicial. De los supuestos anteriores, se desprende que esta legislación tampoco resuelve sobre la totalidad o parcialidad del incumplimiento de dar alimentos para poder adecuar una conducta dentro de este tipo penal.

Puebla. Regula en su Código Penal dos tipos penales, el primero denominado abandono de personas, en que incurre quien sin motivo justificado abandone a quien tiene derecho a recibir alimentos de éste, sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia; el segundo es el incumplimiento de la obligación alimentaria, en éste se ubica quien renuncie a su empleo o solicite licencia sin goce de sueldo y sea éste el único medio para obtener ingresos, o bien se coloque en estado de insolvencia para evadir sus obligaciones alimentarias. Sin embargo, igual que la mayoría de los Códigos Penales nos deja ante la incertidumbre jurídica, al no establecer de manera clara y precisa si el incumplimiento es total o parcial; por ello, me parecen deficientes estos tipos penales en comento.

Querétaro. Es una de las entidades del país, junto a Baja California Sur y Guanajuato, que regulan correctamente el tipo penal que se analiza.

Este delito lo denomina incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, e incurre en el mismo quien sin motivo justificado incumpla sus obligaciones alimentarias en favor de las personas con las que tenga ese deber legal; proporcione de manera irregular los recursos a favor de las personas con las que tenga obligación alimentaria, en relación con los plazos establecidos ya

sea por resolución judicial o por convenio; proporcione de modo parcial los recursos a favor de las personas con las que tenga obligación alimentaria en relación con las cantidades o porcentajes fijadas por resolución judicial o por convenio; no proporcione a la mujer embarazada los recursos necesarios para su subsistencia, así como para asistencia médica y farmacológica relacionadas con la gestación.

Como lo comenté al inicio, me parece correctamente regulado este tipo penal al establecer diversos supuestos y el punto que vengo tratando a lo largo de este análisis. Lo juzga claramente al establecer que esa omisión de dar alimentos puede ser total, irregular o parcial; ante ello, cualquier persona que incumpla en una parte con su obligación alimentaria incurrirá en este delito, lo que me parece acertado pues vela por el interés superior del niño y atiende ampliamente el principio pro persona.

Quintana Roo. Quien sin causa justificada deje de cumplir con la obligación de dar alimentos con quien tenga el deber de asistencia; quien renuncie, abandone su trabajo, obtenga licencia sin causa justificada o se coloque dolosamente en estado de insolvencia y, quien deba informar sobre los ingresos del sujeto activo, no cumpla o informe cantidades menores a las reales. Bajo estos supuestos se incurre en el delito de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar y son similares a las conductas descritas en otros códigos penales de las entidades del país, mismas que en su mayoría no aclaran eficazmente el supuesto de incumplimiento parcial de dar alimentos, con lo que deja en total estado de inseguridad jurídica al gobernado.

San Luis Potosí. El delito de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar es sistemático e incompleto; lo primero, porque ordena los supuestos en que puede incurrir cualquier persona, a saber: quien sin motivo justificado abandona a sus hijos o cónyuge, dejándolos sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia; quien intencionalmente eluda o se coloque en estado de insolvencia para evadir sus obligaciones alimentarias y quien abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla. Como lo dije, es ordenado en cuanto se redactan claramente los supuestos de este tipo penal; sin embargo, es incompleto en razón de que no regula el punto cuestionado a lo largo de este análisis (incumplimiento total o parcial).

Sinaloa. Para el delito de incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar son similares a los de otras entidades del país, mismos que son: quien sin causa justificada no proporcione los recursos indispensables de subsistencia a las personas con las que tenga ese deber legal; al que dolosamente se colo-

que en estado de insolvencia, con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias; quien dolosamente omite informar a la autoridad judicial sobre los ingresos del deudor alimentario, o bien no lo realice en el plazo señalado, de manera veraz u omite realizar de inmediato el descuento correspondiente. De conformidad con los anteriores supuestos, no se desprende texto alguno que señale cómo debe ser el incumplimiento de dar alimentos, si de forma total o parcial, lo que hace a este delito un tipo penal deficiente.

Sonora. Establece un solo supuesto para el delito de incumplimiento de obligaciones familiares, en el cual incurre el que sin causa justificada deje de cumplir con la obligación de suministrar alimentos a quienes legalmente tengan la obligación de dar. A diferencia de las demás legislaciones que establecen una variedad de supuestos, ésta es limitada, por lo que deja muchas situaciones sin tipificar y, por lo tanto tampoco regula el punto en análisis, por lo que es un tipo penal deficiente.

Tabasco. Se denomina incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, al que no proporcione los recursos necesarios para la subsistencia de las personas con las que tenga ese deber legal; asimismo, quien se coloque en estado de insolvencia con el propósito de incumplir sus obligaciones de asistencia familiar; sin embargo, de ambos supuestos no desprendemos si el incumplimiento debe ser parcial o total, lo que genera inseguridad jurídica al dejar la posibilidad de que existan interpretaciones en contrario.

Tamaulipas. Quien deje de proporcionar sin motivo justificado a su cónyuge, concubina o concubinario e hijos, los medios económicos o recursos necesarios para atender las necesidades de subsistencia; cuando se coloque en estado de insolvencia, renuncie a su empleo con el objeto de eludir el cumplimiento de su obligación; también señala que incurrirá en este delito cuando deje de brindar los beneficios de atención médica, hospitalaria y medicinas. Esto último relacionado con los servicios de salud que el sujeto activo o deudor alimentario no proporciona al sujeto pasivo o acreedor alimentario, aunque se puede considerar que los servicios tendientes a proteger la salud van implícitos en lo que se ha denominado necesidades de subsistencia. Por otro lado, implica que por lo menos en este rubro pudiera darse el delito cuando el deudor alimentario incurra en incumplimiento parcial.

Tlaxcala. Para el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria son similares a otros estados, mismos que son: quien incumpla con su obligación de suministrar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos; que renuncie a su empleo o solicitando licencia sin goce de sueldo y sea éste el

único medio de obtener ingresos, o bien, se coloque en estado de insolvencia para evadir su obligación; también incurren aquellas personas que estando obligadas a informar de los ingresos del deudor alimentario no cumplan con la orden judicial de hacerlo, no lo hagan correctamente, no lo realicen dentro del pazo señalado u omitan realizar de inmediato el descuento correspondiente. Seguimos insistiendo, son pocos los estados que establecen que el incumplimiento de la obligación alimentaria deber ser total y parcial, por lo que, al ser así, se deja en incertidumbre jurídica al gobernado ante el riesgo de diversas interpretaciones en contrario por parte de los juzgadores.

Veracruz. Se incurre en el delito denominado incumplimiento de la obligación de dar alimentos y abandono de familiares, quien sin motivo justificado deje de cumplir con la obligación de dar alimentos a sus hijos o abandone a cualquier persona sobre quien tenga obligación de darlos, sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia; también cuando el deudor alimentario se coloque dolosamente en estado de insolvencia para eludir su obligación.

En principio, establece un supuesto que trata sobre el incumplimiento de dar alimentos respecto de los hijos y posteriormente otro en el que hace mención a cualquier persona, que bien pudiera englobar a todos los acreedores alimentarios incluidos a los hijos; por otra parte, no regula el supuesto que vengo comentando de la omisión total o parcial de dar alimentos.

Yucatán. Se denomina incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar al delito en que incurre quien sin motivo justificado deje de cumplir el deber de asistencia respecto de sus ascendientes, hijos o cónyuge, sin suministrarle los recursos necesarios para atender sus necesidades de subsistencia y quien dolosamente se coloque en estado de insolvencia para evadir su obligación de asistencia familiar.

A diferencia de otros estados, este Código no contempla sanción alguna a quien omita informar sobre los ingresos del deudor alimentario, tampoco esclarece si el incumplimiento de dar alimentos es sancionable si se realiza total o parcialmente.

Zacatecas. El delito de abandono de familiares regulado en el Código Penal es claro en su redacción al sistematizar los supuestos en los cuales cualquier persona pudiera incurrir, mismos que son: quien sin motivo justificado incumpla su obligación alimentaria respecto de sus hijos, cónyuge o de cualquier otro familiar, sin ministrarle los recursos para atender sus necesidades señaladas en el código familiar de esta entidad; más adelante, señala que por motivo injustificado debe entenderse cuando el deudor alimentario se coloque dolosamente

en estado de insolvencia, manifieste percibir un salario menor, la pérdida voluntaria del empleo formal, la negación o evasión de la responsabilidad bajo el argumento de laborar de manera informal o eventual, cambiar de domicilio sin previo aviso y el deseo expreso de no cumplir con su responsabilidad de dar alimentos.

Sin embargo, a pesar de su correcta sistematización, presenta la misma deficiencia que los demás códigos a los que hice referencia, pues no regula el incumplimiento parcial de dar alimentos e implica inseguridad jurídica para el gobernado.

Ciudad de México. Incurrir en el delito que atenta contra el cumplimiento de la obligación alimentaria, quien incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, si el adeudo excede de noventa días se registrará en el banco de datos de deudores alimentarios morosos; incurrir también quien renuncie a su empleo, solicite licencia sin goce de sueldo o se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de incumplir con su obligación de dar alimentos; de igual forma será sancionado, quien no informe acerca de los ingresos del deudor alimentario, no lo realice en el término señalado o no realicen el descuento ordenado por la autoridad judicial.

Como podemos observar en este tipo penal no se establece textualmente si el incumplimiento de dar alimentos también deba ser parcial; no obstante, más adelante cito una tesis de un Tribunal Federal con residencia en la Ciudad de México, que realiza una interpretación en el sentido de que esta omisión no solamente puede ser total, sino parcial, con lo cual se observan los principios de interés superior del niño y pro persona. Sin embargo, esa interpretación se contiene en una tesis aislada, es decir, no tiene fuerza obligatoria, ante lo cual pudiera derivarse otro criterio en sentido opuesto, lo que genera inseguridad jurídica.

Del análisis de los diversos códigos penales de las entidades federativas, se observa que todos regulan el delito de incumplimiento de dar alimentos bajo diversa denominación, pero finalmente con los mismos supuestos y, en algunos casos, con más supuestos; así, en atención al objetivo de este análisis (que es determinar cómo debe ser el incumplimiento de dar alimentos, si únicamente total o también parcial) la mayoría de las legislaciones no resuelven esta temática salvo Baja California Sur, Guanajuato y Querétaro, que desde mi perspectiva son ordenamientos que atienden los principios pro persona e interés superior del niño.

IV. CRITERIOS NACIONALES

Existe diversidad de criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados de Circuito sobre el tema de alimentos en las materias civil y penal; en esta última, interpretan el delito de incumplimiento de dar alimentos de manera general, sin enfocarse sobre el tema que se aborda; es decir, no indican cómo debe ser el incumplimiento: si total o parcial; sin embargo, hay dos interesantes tesis que muestran claramente el problema de interpretación y aplicación en contrario, pues una tesis aislada, que es la del Distrito Federal ahora Ciudad de México, que considera como delito el incumplimiento parcial de dar alimentos, resulta interesante porque vela por los principios pro persona e interés superior del menor, cuyo rubro y texto son los siguientes:

INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS. EL HECHO DE QUE EL DEUDOR ALIMENTISTA MODIFIQUE, SIN AUTORIZACIÓN, EL MONTO DEL PAGO DE LA PENSIÓN ESTABLECIDA EN UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL Y CUBRA SÓLO UNA PARTE DE ELLA, ACTUALIZA ESTE DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 193, EN RELACIÓN CON EL DIVERSO 197, AMBOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Si el deudor alimentista convino de manera específica y a través de una resolución judicial cubrir a sus acreedores alimentarios una pensión mediante la entrega de una cantidad mensual fija, está obligado a cumplir en los términos establecidos. Por el contrario, si modifica motu proprio los términos del pacto y únicamente cubre parte del pago, sin que ese proceder se encuentre autorizado conforme a derecho, es inconcuso que se produce un incumplimiento a la obligación contraída judicialmente, que actualiza el tipo penal contenido en el artículo 193, en relación con el diverso 197, ambos del Código Penal para el Distrito Federal. Ello, porque el cumplimiento parcial o insuficiente de la obligación alimentaria, es contrario a la finalidad de prevención y conservación de la integridad física y moral del acreedor, pues los alimentos tienden a la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y éstas se actualizan día con día, de tal manera que no puede quedar al arbitrio del deudor proporcionarlos por las cantidades y en los tiempos que estime. En esa tesitura, si el tipo penal contenido en el invocado normativo 193, de manera gramatical y literal prevé la hipótesis exacta de incumplimiento de obligaciones alimentarias, el cumplimiento parcial de lo convenido, en su caso, únicamente tendría efecto en cuanto al monto de la reparación del daño de las cantidades no suministradas oportunamente, pero no equivaldría a la inexistencia del delito.¹⁶

¹⁶ Tesis aislada I.9°. P.43 P (10ª), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima

Del contenido de esta tesis, existe delito de incumplimiento de la obligación alimentaria cuando cumple parcialmente con ella, toda vez que es insuficiente y contrario a la finalidad de prevención y conservación de la integridad del acreedor, pues los alimentos se actualizan a diario; dicho criterio es correcto, porque, aunque no lo dice expresamente, realiza una interpretación acorde con el principio pro persona, en virtud de que protege el bienestar del acreedor alimentario. Por el contrario, tenemos la siguiente tesis que atenta contra estos principios:

ALIMENTOS, DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS. CONFIGURACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). Del contenido del artículo 233 del Código Penal del Estado de Tlaxcala, se desprende que el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria se configura cuando el sujeto activo incurra en un incumplimiento total al deber de proporcionar alimentos; de tal manera que de ser insuficientes las sumas entregadas para cubrir las necesidades económicas de los acreedores alimenticios, lo procedente es gestionar en la vía civil el señalamiento del monto adecuado por concepto de pensión alimenticia.¹⁷

Como vemos, este criterio es contrario al emitido por el Tribunal con jurisdicción en la Ciudad de México, en virtud de que para este órgano judicial es necesario que el incumplimiento sea total; o sea, el deudor debe incumplir con todos los rubros que comprenden los alimentos, pues si incumpliera con sólo uno de ellos, tendría que reclamarlos en la vía civil, lo que conllevaría a evadir la justicia penal y, por lo tanto, este criterio violenta el principio pro persona y en su caso el de interés superior del niño.

Por otro lado, las jurisprudencias 1ª./J.14/2007 y 1ª./J.13/2007 contienen argumentos que se pueden tomar como referencia para tipificar el incumplimiento de dar alimentos, pues esencialmente tutelan el bienestar del menor y atienden a los principios de derechos humanos a que me he referido, en virtud de contener razones suficientes para poder afirmar que es necesario sancionar un incumplimiento parcial de dar alimentos;¹⁸ las jurisprudencias de referencia son:

Época, noviembre de 2013, p. 1329, de rubro INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS. EL HECHO DE QUE EL DEUDOR ALIMENTISTA MODIFIQUE, SIN AUTORIZACIÓN, EL MONTO DEL PAGO DE LA PENSIÓN ESTABLECIDA EN UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL Y CUBRA SÓLO UNA PARTE DE ELLA, ACTUALIZA ESTE DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 193, EN RELACIÓN CON EL DIVERSO 197, AMBOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

¹⁷ Tesis de rubro ALIMENTOS, DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS. CONFIGURACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA), visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, sexta parte, volumen 157-162, p. 191.

¹⁸ Sobre el tema, resulta interesante consultar las tesis aisladas de la Tercera Sala de la Suprema

De la interpretación histórico-teleológica del artículo 444, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del 10 de junio de 2004, reformado mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 9 de junio de 2004, se concluye que el cumplimiento parcial o insuficiente de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada a criterio del juzgador, da lugar a que se actualice la causal de pérdida de la patria potestad establecida en la fracción IV del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, pues esa conducta del deudor alimentista es contraria a la finalidad de prevención y conservación de la integridad física y moral de los hijos inmersa en la figura de la patria potestad, ya que los alimentos tienden a la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y éstas se actualizan día con día, por lo que no puede quedar al arbitrio del deudor proporcionarlos por las cantidades y en los tiempos que estime necesarios [...].¹⁹

De esta jurisprudencia se desprende la sanción por el hecho de cumplir parcialmente con la obligación de dar alimentos, la razón es que la conducta realizada por el deudor alimentista es contraria a los fines de prevención y conservación de la integridad del niño, porque las necesidades de subsistencia de éste se actualizan diariamente y no puede quedar a la voluntad del deudor su cumplimiento; por ello, los argumentos de esta tesis aclaran respecto a que en materia penal también es necesario regular esta conducta parcial.

El citado artículo 444, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal, reformado mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 9 de junio de 2004, sólo prevé que el incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada, ocasiona la pérdida de la patria potestad, pero no especifica si dicho incumplimiento debe ser total o si admite un cumplimiento parcial para efectos de analizar la posible pérdida del referido estado jurídico. [...]²⁰

Corte de Justicia de la Nación, de rubros: ALIMENTOS. DEBEN CUBRIRSE TOTALMENTE LAS PRESTACIONES QUE LA LEY SEÑALA POR TAL CONCEPTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ); y, PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. PARA DECRETARLA POR INCUMPLIMIENTO EN LA MINISTRACIÓN DE ALIMENTOS, ESTE NO DEBE SER TOTAL.

¹⁹ Tesis aislada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1^ª/J.14/2007, de rubro: PATRIA POTESTAD. EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O INSUFICIENTE DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SIN CAUSA JUSTIFICADA POR MÁS DE NOVENTA DÍAS GENERA SU PÉRDIDA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE JUNIO DE 2004). Visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, abril de 2007, p. 221.

²⁰ Tesis aislada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1^ª/J.13/2007, de rubro: PATRIA POTESTAD. PARA PRONUNCIARSE SOBRE SU PÉRDIDA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN

Esta jurisprudencia es interesante para el tema que aquí se aborda, la razón es que expresamente deja ver que la legislación civil no determina si el incumplimiento es total o parcial para poder resolver sobre la patria potestad, lo cual, es una laguna en este punto; dicho supuesto es similar al de materia penal en el que la mayoría de las legislaciones sustantivas penales de las entidades de la República, no determinan si el incumplimiento de dar alimentos también se actualiza cuando se cumpla parcialmente, lo que conlleva a la necesidad de aclarar este hecho recurrente.

V. CONCLUSIÓN

De lo expuesto, se concluye que el legislador ha sido omiso en criminalizar el incumplimiento parcial de proveer de alimentos a los acreedores, independientemente si se tratare de niños, cuando debiera hacerlo, pues estamos en presencia de un bien jurídico de gran importancia como lo es la supervivencia de una persona, quien no ha sido debidamente protegida por la legislación civil, al dejar que el derecho penal se encargue de sancionarlo, así lo ha expresado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las Contradicciones de Tesis 407/2009 y 126/2008:

[...] pues las sanciones civiles por el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar han resultado ineficaces para proteger debidamente al acreedor, lo que ha originado un notable incremento de esas censurables conductas, y esa es la razón por la que la legislación penal ha ido acogiendo la figura de abandono de familiares, siguiendo la corriente que pretende otorgar, mediante la amenaza de la pena, una más enérgica tutela a los acreedores alimentarios.

En consecuencia, se dijo que el punto de partida de la justificación del delito de que se trata, lo constituyó la necesidad de que a través del tipo penal se protegiera un bien jurídico concreto de particular relevancia, que es la subsistencia de quienes la ley considera que se encuentran en una posición vulnerable y que por ello no se bastan a sí mismos.²¹

ALIMENTARIA ES INDISPENSABLE QUE ESTÉ PREDETERMINADO EL MONTO DE LA PENSIÓN RESPECTIVA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE JUNIO DE 2004). Visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, abril de 2007, p. 264.

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Criterios sobre el delito de abandono de personas. Reseñas argumentativas”, *Reseña de las contradicciones de tesis 407/2009 y 126/2008*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por ello, insisto en la necesidad de que se tipifique el incumplimiento parcial de proveer de alimentos, para así generar seguridad jurídica al tener una sola interpretación y aplicación de la ley, esto al unificar los códigos penales de los estados del país para no tener interpretaciones en contrario como las de los tribunales colegiados del primero y sexto circuitos; de las cuales, como lo mencioné, la que realiza el primero me parece acertada en atención a los principios pro persona e interés superior del menor y tomar como referencia para tipificar como delito de incumplimiento parcial, los argumentos sostenidos en las jurisprudencias sobre la patria potestad a que hice referencia líneas arriba.²²

VI. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

Islas Colín, Alfredo y Argáez de los Santos, Jesús Manuel, *Derechos Humanos. Un escenario comparativo entre los sistemas universal, regional y nacional*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2016.

Pérez Duarte y N., Alicia Elena, voz “Alimentos”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. A-C, Porrúa-UNAM, México, 2007.

Pinto, Mónica. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

Rabanales García, Marvin, “El sentido real de la convención sobre los derechos de la niñez”, en Corona Caraveo, Yolanda (coord.), *Infancia, legislación y Política*, UNAM, México, 2000.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., t. I, Espasa Calpe, Madrid, 2001.

²² Lo anterior, no debemos olvidar que aunque son interpretaciones contenidas en tesis aisladas y, si bien no obligan a las autoridades de sus respectivos circuitos, sí son criterios orientadores para dichas autoridades y –no debemos pasar por alto que en vía de retiración o incluso de contradicción de tesis– llegado el momento podríamos estar tratando sobre un criterio obligatorio, cuyo fundamento lo encontramos en el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 43 y 73 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional y en los tres primeros párrafos del artículo 217 de la Ley de Amparo. Para una mayor explicación al respecto, consultar la obra *La Jurisprudencia en la Nueva Ley de Amparo* del Señor Magistrado Doctor Alejandro Sosa Ortiz.

Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano. Derecho de familia*, 8a. ed., t. 2, Porrúa, México, 1993.

SCJN/IIJ-UNAM, *Alimentos. Se establecen con las percepciones salariales, tanto ordinarias como extraordinarias del deudor alimentista con excepción de los viáticos y gastos de representación*, Serie decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 17, SCJN, México, 2006.

Sosa Ortiz, Alejandro, *La Jurisprudencia en la Nueva Ley de Amparo*, 2a. ed., Porrúa, México, 2017.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Criterios sobre el delito de abandono de personas. Reseñas argumentativas”, *Reseña de las contradicciones de tesis 407/2009 y 126/2008*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ELECTRÓNICAS

Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/*oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990

JURISPRUDENCIALES

Opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, en Corte IDH, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (artículos 14.1, 1.1. y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, párrafo 36.

NORMATIVAS

Código Penal de Aguascalientes.

Código Penal de Baja California.

Código Penal de Baja California Sur.

Código Penal de Campeche.

Código Penal de Chiapas.

Código Penal de Chihuahua.

Código Penal de Coahuila.

Código Penal de Colima.

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA: TIPO PENAL DEFICIENTE...
CÉSAR AGUILAR GONZÁLEZ

Código Penal de Durango.
Código Penal de Estado de México.
Código Penal de Guanajuato.
Código Penal de Guerrero.
Código Penal de Hidalgo.
Código Penal de Jalisco.
Código Penal de la Ciudad de México.
Código Penal de Michoacán.
Código Penal de Morelos.
Código Penal de Nayarit.
Código Penal de Nuevo León.
Código Penal de Oaxaca.
Código Penal de Puebla.
Código Penal de Querétaro.
Código Penal de Quintana Roo.
Código Penal de San Luis Potosí.
Código Penal de Sinaloa.
Código Penal de Sonora.
Código Penal de Tabasco.
Código Penal de Tamaulipas.
Código Penal de Tlaxcala.
Código Penal de Veracruz.
Código Penal de Yucatán.
Código Penal de Zacatecas.
Convención sobre los Derechos del Niño.

EL ACCESO, DISPOSICIÓN Y SANEAMIENTO DEL AGUA COMO DERECHO HUMANO

ACCESS, DISPOSAL AND SANITATION OF WATER AS A HUMAN RIGHT

JUAN MARCOS DÁVILA RANGEL*

RESUMEN: El acceso, disposición y saneamiento del agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, por disposición del artículo 4o. de la Constitución Federal, es considerado como derecho humano a la salud; pese a ello, no todas las sentencias judiciales sobre derechos económicos, sociales y culturales, como los derechos humanos al agua y al saneamiento, se hacen cumplir de inmediato, debido a la complejidad de implementar ciertas decisiones, particularmente aquellas que abordan obligaciones positivas o estructurales y reformas legales sistemáticas.

PALABRAS CLAVE: *El agua como derecho humano a la salud; normatividad nacional e internacional; interpretaciones del Poder Judicial de la Federación sobre el derecho humano al agua; la jurisprudencia 92/2001 y el derecho humano a la salud.*

ABSTRACT: The access, disposal and sanitation of water for personal and domestic consumption in a sufficient, healthy, acceptable and affordable way, by disposition of article 4 of the Federal Constitution, is considered as human right to health; despite this, judicial rulings on economic, social and cultural rights —such as human rights to water and sanitation— are not all enforced immediately, due to the complexity of implementing certain decisions, particularly those that address positive or structural obligations and systematic law reforms.

KEYWORDS: *Water as a human right to health; national law and international law; interpretations of the Judicial Branch of the Federation on the human right to water; jurisprudence 92/2001 and the human right to health.*

Fecha de recepción: 04/06/2018.

Fecha de aceptación: 25/09/2018.

* Juez Primero de Distrito de Amparo y Juicios Federales en el Estado de Chiapas, con residencia en Tuxtla Gutiérrez.

SUMARIO. I. Introducción. II. El artículo 4o., párrafo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el derecho humano que tutela. III. Aspectos generales más relevantes relacionados con el derecho a la salud en su vertiente de acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico. IV. Interpretaciones del Poder Judicial de la Federación con relación al derecho humano a la salud en su vertiente de acceso, disposición y saneamiento de agua. V. La pertinencia de la jurisprudencia 92/2001 frente al derecho humano a la salud. VI. La ejecutoriedad de las sentencias protectoras. VII. Conclusión. VIII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN



El artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que son propiedad de la nación las aguas de los ríos principales o arroyos, afluentes con sus cauces, lechos o riberas, en la extensión que fija la ley, desde el punto en que brote la primera agua permanente, hasta su desembocadura, ya sea que corran al mar, o que crucen dos o más estados.

Así, son aguas nacionales las corrientes que no sufren interrupción, es decir, que son perennes o permanentes, y las intermitentes, en su rama principal, cuando atraviesen dos o más estados. Son aguas de propiedad privada las que no reúnen las condiciones que las leyes fijan para considerarlas propiedad de la nación y sobre las cuales los ribereños han acreditado sus derechos.

El artículo 115, fracción III, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé que los municipios, con el apoyo de los estados, cuando así fuere necesario y lo determinen las leyes, tendrán a su cargo, entre otros, el servicio de agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales.

Actualmente por disposición del diverso numeral 4o., párrafo sexto, de la Constitución, el acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, es considerado como derecho humano a la salud.

Antes de la adición del magno precepto, no se consideraba como derecho humano el acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico, por lo que tal circunstancia podía advertirse de manera implícita en

los artículos 2o., 27 y 115 del mencionado ordenamiento, así como en un gran número de documentos internacionales.¹

En distintas resoluciones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la obligación del Municipio para prestar, entre otros, el servicio de agua potable y alcantarillado es de orden público y, por tanto, debe otorgarse uniformemente a los usuarios en forma permanente y continua y que los servicios a cargo de los Ayuntamientos serán prestados por éstos, con el concurso del Estado, cuando así lo determine la ley y fuere necesario.

Una primera circunstancia que ha sido atendida por los órganos de justicia federal es, a grandes rasgos, la omisión del Estado mexicano para prestar el servicio público de agua en condiciones adecuadas para el consumo humano. Algunas poblaciones han tenido la necesidad de adquirir el líquido vital con particulares, lo que ha resultado contraproducente,² pues en la mayoría de casos el agua así obtenida no reúne la calidad de las normas oficiales, lo que provoca afectaciones en la salud de grupos vulnerables como personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes.

Así, no todas las sentencias judiciales sobre derechos económicos, sociales y culturales, como los derechos humanos al agua y al saneamiento, se hacen

¹ Además del elemento normativo constitucional, también existen fundamentos filosóficos para categorizar el acceso y disposición del agua como un derecho humano: i) por un lado, la necesidad de contar con este insumo para la realización plena de toda actividad individual y social de las personas; ii) por otro lado, el concepto de dignidad humana, porque el hecho de que millones de personas no tengan disposición de un espacio privado y sano para evacuar fluidos o material fecal, sino que lo hagan al aire libre, en cubetas o bolsas de plástico, permite considerar un trato indigno por la sociedad en donde viven. Condiciones de vida como las anteriores y el trato negligente atribuido a las autoridades gubernamentales, parlamentarias o judiciales, así como la privación de esta necesidad básica, teórica y fácticamente se sitúan por debajo de la definición de ser humano. Véase Albuquerque, Catalina, *Las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento. Informe de la experta independiente sobre la cuestión del agua*, A/HRC/12/24, 1 de julio de 2009, pp. 19 y 20.

² Si estimamos que el agua, en tanto derecho humano, tiene bases filosóficas como la necesidad y dignidad humana, debemos agregar un aspecto de justicia moral: la solidaridad. Esta tríada de elementos permite contraponer a una corriente mercantilista del acceso al agua, la idea de que este derecho es, en sí mismo, un bien común. El acceso al agua no debe ser observado desde la óptica patrimonialista, ni siquiera la estatal, porque sublimada esa visión a un derecho de propiedad, deja de lado tópicos tan esenciales como la transfronterización de los cauces acuíferos dulces (ríos, lagos, lagunas, presas, manantiales subterráneos) que impiden dotar científicamente al agua, la patente de objeto de propiedad individual o estatal. En la concepción posmoderna, el agua es patrimonio de la humanidad. Cfr. Piñuela Martín, Jesús, *La sociedad internacional y el derecho al agua. La situación en el siglo XXI*, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2016, pp. 195-197.

cumplir de inmediato, debido a la complejidad de implementar ciertas decisiones, particularmente aquellas que abordan obligaciones positivas o estructurales y reformas legales sistemáticas.

II. EL ARTÍCULO 40., PÁRRAFO SEXTO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EL DERECHO HUMANO QUE TUTELA

El artículo y párrafo constitucional antes citado es del contenido siguiente.

Artículo 4o.

[...]

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.³

Por disposición expresa del precepto transcrito, a partir del nueve de febrero de dos mil doce, el acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, es considerado como derecho humano a la salud, entendido como el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.⁴

En razón a lo anterior, el objeto del presente apunte será el derecho humano a la salud en su vertiente de acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible y, por ende, la reflexión de la jurisprudencia 92/2001 del Alto Tribunal frente al derecho humano a la salud.

³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴ Tesis: 1a. LXV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 457, de rubro: DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

III. ASPECTOS GENERALES MÁS RELEVANTES RELACIONADOS CON EL DERECHO A LA SALUD EN SU VERTIENTE DE ACCESO, DISPOSICIÓN Y SANEAMIENTO DE AGUA PARA CONSUMO PERSONAL Y DOMÉSTICO

Antes de la adición del párrafo sexto al artículo 4o. de la Constitución Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el ocho de febrero de dos mil doce, expresamente no se consideraba como derecho humano el acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico; por ello, para considerar que el agua tenía los matices de derecho humano se estimaba que tal circunstancia podía advertirse de manera implícita en los artículos 2o., 27 y 115 del citado ordenamiento, así como en diversos instrumentos de índole internacional.

Un ejemplo de la normativa internacional, lo configuró el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁵ en noviembre de dos mil dos, al señalar que el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud; indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos.

Asimismo, el citado Comité destacó que el derecho al agua debe ser concebido como aquel derecho en que cada uno puede disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico.

En suma, el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud, indispensable para la realización de otros derechos humanos; por ejemplo, para producir alimentos (derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse medios de subsistencia (derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (derecho a participar en la vida cultural).⁶

⁵ Observación general número 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002).

⁶ No solo eso, también la doctrina jurídica ha diseñado formas para argumentar ante tribunales la necesidad de considerar al agua como un derecho humano, pese a su parcial o nulo reconocimiento: “[...] la justiciabilidad del derecho al agua potable puede basarse en el derecho a la vida, el derecho a la dignidad, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación, el derecho a un medio ambiente sano. Cuando el derecho a un medio ambiente sano se

En esa medida, permite concluir que el derecho al agua se ubica en la categoría de las garantías esenciales para asegurar un nivel de vida adecuado, ya que es una de las condiciones esenciales para la supervivencia.

En esta perspectiva, el trece de septiembre de dos mil, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas⁷ estableció como meta para el año dos mil quince, reducir a la mitad el porcentaje de personas que carezcan de acceso a agua potable o que no puedan costearlo, por lo que los países miembros decidieron convenir en la finalización a toda explotación insostenible de los recursos hídricos mediante estrategias de ordenación de esos recursos en los planos regional, nacional y local, con lo que se comprometieron a promover un acceso equitativo y un abastecimiento adecuado.

El veintiocho de julio de dos mil diez, la citada Asamblea General de las Naciones Unidas⁸ reconoció el derecho humano al agua y al saneamiento, al indicar que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos, por lo que los Estados deberían proporcionar los recursos financieros, la capacitación y la transferencia de tecnología para alcanzar el objetivo de que el suministro de agua potable y saneamiento sea saludable, limpio, accesible y asequible para todos.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud y la Asamblea General de las Naciones Unidas, han reconocido el derecho al agua, así como que los Estados participantes están vinculados a garantizar que los habitantes de su jurisdicción tengan acceso al agua potable, de modo que esté a disposición de todos, sin discriminación y económicamente accesible.

reconoce como un derecho fundamental, cada persona puede intervenir para que los poderes públicos implementen las leyes referentes a la prevención de la contaminación de las aguas. Los casos contenciosos ligados al derecho al agua son relativamente raros, a excepción de aquellos ligados a la contaminación. Estos casos se refieren, por ejemplo, a la distribución de aguas que no se ajustan a las normas vigentes, a la ausencia de sistemas de recolección de aguas en las áreas urbanas o a los cortes de suministro de agua por incumplimiento en el pago por parte de personas en condición de pobreza". Véase Smets, Henri, *Por un derecho efectivo al agua potable*, Editorial Universidad del Rosario, Argentina, 2007, pp. 27 y 28.

⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el trece de septiembre de dos mil, identificada con la clave A/RES/55/2, titulada Declaración del Milenio.

⁸ Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010 64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento.

El derecho al agua ha sido reconocido en un gran número de documentos internacionales, tales como tratados, declaraciones y otras normas. Por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) se dispone que los Estados parte asegurarán a las mujeres el derecho a “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] el abastecimiento de agua”.

En el párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se exige a los Estados parte que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante “el suministro de alimentos nutritivos, adecuados, y agua potable salubre”. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha ocupado constantemente del derecho al agua en su examen a los informes presentados por los Estados parte con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y sus observaciones generales. Instrumentos internacionales y otros relativos al tema, que se atendían para resolver y puntualizar que el derecho al agua debía ser considerado como derecho humano a la salud.

Sin embargo, con la adición del párrafo sexto del artículo 4o., de la Constitución Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el ocho de febrero de dos mil doce, se estableció de manera expresa como derecho fundamental que toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. Además, el Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, al establecer la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Cabe señalar que el artículo 115, fracción III, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé que los municipios, con el apoyo de las entidades federativas, cuando así fuere necesario y lo determinen las leyes, tendrán a su cargo, entre otros, el servicio de agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales; por tanto, esta disposición revela la posibilidad de una actuación individualizada por parte del municipio o conjunta entre éste y la respectiva entidad federativa.

En esa medida, actualmente por disposición constitucional el derecho al agua potable es fundamental e indispensable para la realización, goce y disfrute de los demás derechos humanos, cuya preservación en cantidad,

EL ACCESO, DISPOSICIÓN Y SANEAMIENTO DEL AGUA COMO DERECHO HUMANO
JUAN MARCOS DÁVILA RANGEL

calidad y sustentabilidad es tarea básica tanto del Estado como de la sociedad, por cuanto a que tal derecho está sustentado en las premisas de un acceso al bienestar de toda la población, respaldado por los principios de igualdad y no discriminación, independientemente de las circunstancias sociales, de género, políticas, económicas o culturales propias de la comunidad en donde opera.

En otros términos, el Estado garantizará que el derecho al agua sea seguro, aceptable, accesible y asequible tanto para uso personal como doméstico, lo que la erige como un derecho humano colectivo que debe basarse en criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y en condiciones dignas, de ahí que debe proclamarse de prioridad y de seguridad nacional, razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido en atención a intereses particulares o de grupos minoritarios, pues de ser así, imperaría un régimen de aprovechamiento del agua sin visión humana y social, con lo cual se atentaría contra la dignidad humana.

IV. INTERPRETACIONES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN CON RELACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA SALUD EN SU VERTIENTE DE ACCESO, DISPOSICIÓN Y SANEAMIENTO DE AGUA

Una primera circunstancia que ha sido atendida por los órganos de justicia federal es, a grandes rasgos, la omisión del Estado mexicano para prestar el servicio público de agua en condiciones adecuadas para el consumo humano.⁹ Algunas poblaciones han tenido la necesidad de adquirir el líquido vital con particulares, lo que ha resultado contraproducente pues, en la mayoría de casos, el agua así obtenida no reúne la calidad de las normas oficiales, lo que

⁹ Los insumos con los que trabajan actualmente los operadores jurídicos mexicanos no están cercanos al nivel óptimo normativo. La especialista Tello Moreno refiere este problema como una circunstancia que, sin impedir la resolución de casos, podría verse potenciada con la expedición de una legislación general en la materia. “No obstante, aún no es posible articular por completo el aparato jurídico del derecho humano al agua, en virtud de que a pesar de que los artículos transitorios de la reforma constitucional establecieron un plazo de 360 días para que el Congreso de la Unión emitiera una Ley General de Aguas, la ley reglamentaria no ha sido publicada. Por lo tanto, actualmente el derecho humano al agua se protege entre otras vías, por medio del juicio de amparo a nivel jurisdiccional, en función de lo establecido en el artículo 4o. constitucional, algunas leyes nacionales y las disposiciones internacionales de la materia como la OG15”. Observación General No. 15, El Derecho al Agua, CDESC. Véase Tello Moreno, Luisa Fernanda, *La justiciabilidad del derecho al agua en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2016, p. 59.

provoca afectaciones en la salud de grupos vulnerables como adultos mayores, niñas, niños y adolescentes.

El agua adquirida con sujetos particulares no regulados difícilmente se encuentra dentro de los estándares de consumo humano exigido por la normatividad. Esta situación ha generado litigios para interpretar los alcances de la obligación exclusiva y directa del Estado mexicano, en el sentido de garantizar, en condiciones óptimas, derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible.

En distintas resoluciones, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la obligación del Municipio para prestar, entre otros, el servicio de agua potable y alcantarillado es de orden público y, por tanto, debe otorgarse uniformemente a los usuarios en forma permanente y continua ya que los servicios a cargo de los Ayuntamientos serán prestados por éstos, con el concurso del Estado, cuando así lo determine la ley y fuere necesario.

Hay que precisar que la necesidad de establecer no sólo el posible derecho que le asiste a un ente de gobierno para la prestación de determinado servicio público, sino también la necesidad prioritaria de que se realice de tal manera que no haya desatención en perjuicio de la propia ciudadanía usuaria, ya que por ser de orden público y por su necesidad primaria, requiere de vigilancia, recursos e infraestructura para garantizar efectivamente la prestación uniforme, continua y permanente.¹⁰

Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito ha señalado que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4o., sexto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho humano de acceso al agua para consumo personal y doméstico debe ser en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, así como que el Estado debe garantizarlo y que la ley definirá las bases, apoyos y modalidades correspondientes.

Destaca el referido órgano colegiado que si bien es cierto dicho precepto no reconoce expresamente el derecho mencionado para otros usos, como el

¹⁰ Tesis: 2a. XV/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, febrero de 1998, p. 382, de rubro: CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. EL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO ES DE ORDEN PÚBLICO, POR LO QUE DEBE ATENDERSE PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO A LA NECESIDAD DE QUE NO SE AFECTE SU PRESTACIÓN UNIFORME, PERMANENTE Y CONTINUA A LOS USUARIOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

EL ACCESO, DISPOSICIÓN Y SANEAMIENTO DEL AGUA COMO DERECHO HUMANO
JUAN MARCOS DÁVILA RANGEL

agrícola o para el funcionamiento de otras áreas productivas del sector primario, también lo es que sí debe entenderse con esa amplitud, dada la estrecha vinculación que existe entre él y otros derechos humanos, como los relativos a la alimentación y a la salud, como así fue advertido por el Constituyente Permanente en sus discusiones e instrumentos internacionales, como son la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, que es el órgano facultado para interpretar y establecer los alcances del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -suscrito y ratificado por México y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el doce de mayo de mil novecientos ochenta y uno- la cual constituye una interpretación más amplia y favorable del citado derecho a la luz de este último instrumento internacional y resulta obligatoria para nuestro país en términos del artículo 1o., segundo párrafo, constitucional.¹¹ Es necesario aclarar que la tesis aislada, resultado de lo anterior, es objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 180/2016, pendiente de resolverse por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, ha indicado que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud, la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 11, reconocen el derecho al agua, y que los Estados participantes quedaron vinculados a garantizar que los habitantes de su jurisdicción tengan acceso al agua potable, de modo que esté a disposición de todos, sin discriminación y económicamente accesible.

En tanto que del artículo 4o., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que el derecho al agua potable es fundamental e indispensable para la realización, goce y disfrute de los demás derechos humanos, cuya preservación en cantidad, calidad y sustentabilidad es tarea fundamental tanto del Estado como de la sociedad, por cuanto a que tal derecho está basado en las premisas de un acceso al bienestar de toda la población, sustentado por los principios de igualdad y no discriminación, independientemente

¹¹ Tesis: VI.3o.A.1 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 20, t. II, julio de 2015, p. 1721, de rubro: DERECHO HUMANO DE ACCESO AL AGUA. ESTÁ RECONOCIDO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE TANTO PARA EL CONSUMO PERSONAL Y DOMÉSTICO, COMO PARA EL USO AGRÍCOLA O PARA EL FUNCIONAMIENTO DE OTRAS ÁREAS PRODUCTIVAS DEL SECTOR PRIMARIO.

de las circunstancias sociales, de género, políticas, económicas o culturales propias de la comunidad en la que se opera.¹²

El Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito también ha señalado que el agua, como recurso imprescindible para los seres humanos, cumple primordialmente la necesidad de consumo y usos domésticos de todos los individuos. Así, en la asignación de los recursos hídricos debe concederse prioridad al derecho de utilizarla cuando se pretenda, con su suministro, garantizar los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana y alimentación. Por tanto, al ser necesaria para fines domésticos o personales, o para evitar el hambre y las enfermedades, su suministro deberá hacerse prioritariamente.¹³

Ese mismo órgano colegiado estimó que en relación con personas privadas de su libertad, el derecho de acceso al agua debe analizarse de conformidad con el principio de interpretación más favorable a la persona, contenido en el artículo 1o., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁴ Cabe destacar que este criterio aislado es objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 180/2016, pendiente de resolverse por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por su parte, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito ha sostenido que el agua es un bien básico, escaso y necesario para la vida y la salud de las personas, a grado tal que su no satisfacción puede ocasionar la destrucción de un ser humano. El agua ha sido considerada patrimonio natural común de la humanidad, como prerequisite para el cum-

¹² Tesis: XI.1o.A.T.1 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XII, t. 3, septiembre de 2012, p. 1502, de rubro: AGUA POTABLE. COMO DERECHO HUMANO, LA PREFERENCIA DE SU USO DOMÉSTICO Y PÚBLICO URBANO ES UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD NACIONAL.

¹³ Tesis: I.9o.P.68 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 12, t. IV, noviembre de 2014, p. 2930, de rubro: DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA POTABLE. AL SER LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD SUJETOS ESPECIALMENTE VULNERABLES, LAS AUTORIDADES CARCELARIAS DEBEN GARANTIZARLO Y REFORZARLO EN LOS CENTROS DE RECLUSIÓN, CON CRITERIOS DE DISPONIBILIDAD, CALIDAD Y ACCESIBILIDAD.

¹⁴ Tesis: I.9o.P.69 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 12, t. IV, noviembre de 2014, p. 2928, de rubro: DERECHO DE ACCESO, DISPOSICIÓN Y SANEAMIENTO DEL AGUA PARA CONSUMO PERSONAL Y DOMÉSTICO, EN FORMA SUFICIENTE, SALUBRE, ACEPTABLE Y ASEQUIBLE. TRATÁNDOSE DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD, AQUEL DEBE ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS PLASMADOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, A PARTIR DE UNA INTERPRETACIÓN MÁS AMPLIA QUE LES FAVOREZCA EN TODO MOMENTO (APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO PERSONA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1O. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL).

plimiento de los derechos humanos e incluso, dada su necesidad básica, como un derecho fundamental.¹⁵

Finalmente, el Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Nuevo León consideró en un amparo indirecto que la conducta omisiva de las autoridades responsables de proporcionar el preciado líquido es violatoria del derecho humano establecido en el artículo 4o., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al considerar que ese derecho humano debe ser observado tanto por el Estado, quien garantizará el derecho al servicio de agua para consumo personal y doméstico, así como por el municipio, quien participará para la consecución de dicho fin.

Si consideramos que, conforme al artículo 115, fracción III, inciso a), de la Constitución Federal, los municipios, con el apoyo de las entidades federativas,¹⁶ cuando así fuere necesario y lo determinen las leyes, tendrán a su cargo, entre otros, el servicio de agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales; se debe precisar que dicha disposición revela la posibilidad de una actuación individualizada por parte del municipio o conjunta entre éste y el Estado.¹⁷

Como se observa, el Poder Judicial de la Federación antes y después de la adición constitucional publicada el ocho de febrero de dos mil doce en el *Diario Oficial de la Federación*, del artículo 4o., párrafo sexto, de la Constitución Federal, ha considerado que el acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, es un derecho humano a la salud reconocido además por los citados instrumentos internacionales.

¹⁵ Tesis: II.1o.A.110 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, noviembre de 2005, p. 824, de rubro: AGUA POTABLE. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA DOTAR DE ESE SERVICIO, SIN CONTAR CON LOS DICTÁMENES DE FACTIBILIDAD DE LA COMISIÓN DEL AGUA, CARECE DE VALIDEZ (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

¹⁶ Para un sector de la dogmática jurídica, antes de acudir a los tribunales, órganos, entidades o dependencias públicas de distintos niveles, no sólo tendrían la facultad legal, sino la obligación de intervenir en la protección y tutela de este derecho humano. Esta intervención va desde la creación de un subsistema jurídico especializado en el acceso, disposición y saneamiento de agua potable, hasta la creación de instituciones encargadas de velar por la administración, control y distribución de este bien público o común, junto con la proyección de políticas públicas con metas definidas. Cfr. Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007, p. 83.

¹⁷ Sentencia de amparo indirecto 1323/2013 pronunciada por el autor del artículo como entonces Juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Nuevo León.

V. LA PERTINENCIA DE LA JURISPRUDENCIA 92/2001 FRENTE AL DERECHO HUMANO A LA SALUD

Es criterio del Pleno del Alto Tribunal¹⁸ que al constituir el suministro de agua potable la prestación de un servicio público por el Estado como medio para la realización de un fin, que es el interés general y que se realiza mediante la celebración de un contrato administrativo de adhesión, en el que se estipulan las obligaciones y contraprestaciones entre las partes, donde el prestador de servicios y el beneficiario adquieren derechos y obligaciones recíprocos, bajo condiciones que fija el proveedor, la relación jurídica existente entre el prestador y el usuario del servicio no corresponde a la que supone al derecho humano reconocido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; es decir, no a la existente entre una autoridad y un gobernado, sino a la de coordinación voluntaria y de correspondencia entre el interés del prestador del servicio de suministro de agua y el particular.

Lo anterior, aun cuando la prestación del mencionado servicio público está sujeta a una contraprestación, consistente en el pago de una cantidad de dinero proporcional al servicio recibido; cuando aquél no se cubre, dará lugar a que el prestador del mismo ejerza la facultad legal de suspenderlo, acto que, al ser consecuencia del incumplimiento, no exige que deba cumplirse con el distinto derecho humano de legalidad a que se refiere el artículo 16 de la propia Constitución Federal, pues la suspensión del servicio no es un acto de autoridad que deba estar fundado y motivado, sino que resulta del ejercicio de una facultad que se ejerce cuando se surte el incumplimiento del contrato.

Ello, pues el ejercicio de la facultad del prestador de servicios para suspender el suministro de agua potable a los usuarios, previo apercibimiento en los casos de falta de pago, o cuando se comprueben derivaciones no autorizadas o un uso distinto al convenido, de acuerdo con lo estipulado en el contrato de prestación de servicios, no implica que se prive al usuario de la vida, de la libertad, propiedades, posesiones o derechos, pues lo que acontece es una consecuencia lógica y jurídica del incumplimiento de un contrato de suministro de agua.

¹⁸ Tesis: P./J. 92/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, julio de 2001, p. 693, de rubro: AGUA POTABLE. CUANDO EL ESTADO PRESTA EL SERVICIO MEDIANTE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE ADHESIÓN, LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LAS PARTES NO CORRESPONDE A LA DE SUPRA A SUBORDINACIÓN QUE EXISTE ENTRE UNA AUTORIDAD Y UN GOBERNADO, SINO A UNA RELACIÓN DE COORDINACIÓN VOLUNTARIA ENTRE EL PRESTADOR DEL SERVICIO Y EL PARTICULAR.

EL ACCESO, DISPOSICIÓN Y SANEAMIENTO DEL AGUA COMO DERECHO HUMANO
JUAN MARCOS DÁVILA RANGEL

De ahí que si bien la falta de pago o la desviación o uso indebido del agua, traen como consecuencia la suspensión del servicio, ello no se puede equiparar a la hipótesis de hacerse justicia por propia mano o de ejercer violencia para reclamar un derecho, prohibida en el numeral 17 de la Carta Magna, toda vez que dicha suspensión deriva del incumplimiento del contrato de suministro y adhesión y encuentra su fundamento en la ley relativa a la que esté sujeto.

Ahora, la jurisprudencia emitida por el Alto Tribunal fue pronunciada el tres de julio de dos mil uno, cuando el artículo 4o., constitucional no contemplaba como derecho humano el acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico, sino que ello ocurrió con la adición legislativa de ocho de febrero de dos mil doce publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, al señalarse que toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible y que el Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, al establecer la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Bajo este contexto, si la postura jurídica ya reseñada fue emitida antes de que el derecho humano a la salud, en su vertiente de acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico haya sido considerado como tal, resulta importante señalar, que de acuerdo con el nuevo paradigma constitucional, ya no podría ser adecuada su aplicación en términos del artículo sexto transitorio de la Ley de Amparo, pues si bien a su emisión no era una obligación del Estado garantizar a los gobernados el citado derecho humano, con la adición apuntada debe verse de otra perspectiva racional y jurídica.

Por consiguiente, aun cuando se ha definido claramente que los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no están sujetos a un control de convencionalidad *ex officio*,¹⁹ debe reflexionarse su aplicabilidad en términos del artículo transitorio sexto de la nueva Ley de Amparo, en consideración de que el derecho al agua es un derecho humano a partir del ocho de febrero de dos mil doce, en términos de los artículos 1o. y 4o. de la Carta Magna y que el Estado está obligado a garantizarlo.

¹⁹ Tesis: P./J. 64/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 13, t. I, diciembre de 2014, p. 8, de rubro: 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.

VI. LA EJECUTORIEDAD DE LAS SENTENCIAS PROTECTORAS

Por último, es importante advertir al lector una situación, si bien no privativa de la tutela del derecho al agua, que se da hoy en día pese al incremento en la cantidad de sentencias judiciales sobre derechos económicos, sociales y culturales, como los derechos humanos al agua y al saneamiento. La problemática ha llegado al punto en que no todos esos fallos se hacen cumplir de inmediato. Esto se señala como obstáculo para su aplicación, la complejidad que representa implementar ciertas decisiones, particularmente aquellas que abordan obligaciones positivas o estructurales y reformas sistemáticas al cuerpo jurídico vigente, pero la evidencia demuestra que tales obstáculos, en la mayoría de las ocasiones, se pueden superar.

Como parte del contexto social, las violaciones sistemáticas al derecho humano al agua se deben a políticas incompletas del Estado para administrar sustentablemente este agotado y limitado recurso. Lo que ha provocado una serie de estudios sobre escases del agua como proceso social. Escases que se da cuando hay insuficiencia o inexistencia de agua, lo que no se origina solamente en un evento de sequía extrema, sino en una distribución inequitativa del recurso. Cabría afirmar que existe una desigualdad en el acceso al agua; por tanto, la escasez y el denegado acceso al agua potable para consumo humano no es una condición natural, sino una consecuencia del contexto social, económico, cultural y patrimonial resultante de acciones de carácter gubernamental y particular.

VII. CONCLUSIÓN

No obstante que, de conformidad con los artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e instrumentos internacionales antes citados, el acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, es considerado como derecho humano a la salud; es decir, el agua, como recurso imprescindible para los seres humanos, cumple primordialmente la necesidad de consumo y usos domésticos de todos los individuos.

Los municipios -con el apoyo de las entidades federativas, cuando así fuere necesario y lo determinen las leyes- tendrán a su cargo, entre otros, el servicio

de agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Judiciales del Poder Judicial de la Federación, en distintas resoluciones han sostenido que la obligación del Municipio para prestar, entre otros, el servicio de agua potable y alcantarillado es de orden público y, por tanto, debe otorgarse uniformemente a los usuarios en forma permanente y continua y que los servicios a cargo de los Ayuntamientos serán prestados por éstos, con el concurso del Estado, cuando así lo determine la ley y fuere necesario.

Las sentencias sobre derechos económicos, sociales y culturales, como los derechos humanos al agua y al saneamiento, no se cumplen de inmediato, en atención a la complejidad de implementar ciertas decisiones, particularmente aquellas que abordan obligaciones positivas o estructurales y reformas a las leyes. Por eso afirmo que las violaciones sistemáticas al derecho humano al agua se deben a políticas incompletas del Estado para administrar sustentablemente este agotado y limitado recurso.

Por tanto, la necesidad de establecer no sólo el posible derecho que le asiste a un ente de gobierno para la prestación de determinado servicio público, sino también la necesidad prioritaria de que se realice de tal manera que no haya desatención en perjuicio de la propia ciudadanía usuaria, ha llevado a los órganos de justicia federal al planteamiento de que por ser de orden público y de necesidad primaria, el derecho de acceso al agua potable requiere de vigilancia, recursos e infraestructura necesaria para garantizar efectivamente la prestación uniforme, continua y permanente.

VIII. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

Albuquerque, Catalina, *Las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento. Informe de la experta independiente sobre la cuestión del agua*, A/HRC/12/24, 1 de julio de 2009.

Piñuela Martín, Jesús, *La sociedad internacional y el derecho al agua. La situación en el siglo XXI*, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2016.

Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007.

Smets, Henri, *Por un derecho efectivo al agua potable*, Editorial Universidad del Rosario, Argentina, 2007.

Tello Moreno, Luisa Fernanda, *La justiciabilidad del derecho al agua en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2016.

NORMATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

JURISPRUDENCIALES

Observación general número 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002).

Resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el trece de septiembre de dos mil, identificada con la clave A/RES/55/2, titulada Declaración del Milenio.

Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010 64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento.

Sentencia de amparo indirecto 1323/2013 por el Juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Nuevo León.

Tesis: 1a. LXV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 457, de rubro: DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Tesis: 2a. XV/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, febrero de 1998, p. 382, de rubro: CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. EL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO ES DE ORDEN PÚBLICO, POR LO QUE DEBE ATENDERSE PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO A LA NECESIDAD DE QUE NO SE AFECTE SU PRESTACIÓN UNIFORME, PERMANENTE Y CONTINUA A LOS USUARIOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

Tesis: I.9o.P.68 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 12, t. IV, noviembre de 2014, p. 2930, de rubro: DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA POTABLE. AL SER LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD SUJETOS ESPECIALMENTE VULNERABLES, LAS AUTORIDADES CARCELARIAS DEBEN GARANTIZARLO Y REFORZARLO EN LOS CENTROS DE RECLUSIÓN, CON CRITERIOS DE DISPONIBILIDAD, CALIDAD Y ACCESIBILIDAD.

Tesis: I.9o.P.69 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 12, t. IV, noviembre de 2014, p. 2928, de rubro: DERECHO DE ACCE-

EL ACCESO, DISPOSICIÓN Y SANEAMIENTO DEL AGUA COMO DERECHO HUMANO
JUAN MARCOS DÁVILA RANGEL

SO, DISPOSICIÓN Y SANEAMIENTO DEL AGUA PARA CONSUMO PERSONAL Y DOMÉSTICO, EN FORMA SUFICIENTE, SALUBRE, ACEPTABLE Y ASEQUIBLE. TRATÁNDOSE DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD, AQUÉL DEBE ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS PLASMADOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, A PARTIR DE UNA INTERPRETACIÓN MÁS AMPLIA QUE LES FAVOREZCA EN TODO MOMENTO (APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO PERSONA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL).

Tesis: II.1o.A.110 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, noviembre de 2005, p. 824, de rubro: AGUA POTABLE. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA DOTAR DE ESE SERVICIO, SIN CONTAR CON LOS DICTÁMENES DE FACTIBILIDAD DE LA COMISIÓN DEL AGUA, CARECE DE VALIDEZ (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

Tesis: P./J. 64/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 13, t. I, diciembre de 2014, p. 8, de rubro: 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.

Tesis: P./J. 92/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, julio de 2001, p. 693, de rubro: AGUA POTABLE. CUANDO EL ESTADO PRESTA EL SERVICIO MEDIANTE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE ADHESIÓN, LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LAS PARTES NO CORRESPONDE A LA DE SUPRA A SUBORDINACIÓN QUE EXISTE ENTRE UNA AUTORIDAD Y UN GOBERNADO, SINO A UNA RELACIÓN DE COORDINACIÓN VOLUNTARIA ENTRE EL PRESTADOR DEL SERVICIO Y EL PARTICULAR.

Tesis: VI.3o.A.1 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 20, t. II, julio de 2015, p. 1721, de rubro: DERECHO HUMANO DE ACCESO AL AGUA. ESTÁ RECONOCIDO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE TANTO PARA EL CONSUMO PERSONAL Y DOMÉSTICO, COMO PARA EL USO AGRÍCOLA O PARA EL FUNCIONAMIENTO DE OTRAS ÁREAS PRODUCTIVAS DEL SECTOR PRIMARIO.

Tesis: XI.1o.A.T.1 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XII, t. 3, septiembre de 2012, p. 1502, de rubro: AGUA POTABLE. COMO DERECHO HUMANO, LA PREFERENCIA DE SU USO DOMÉSTICO Y PÚBLICO URBANO ES UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD NACIONAL.

LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: HERRAMIENTA DE INTERPRETACIÓN Y MATERIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE:
TOOL FOR THE INTERPRETATION AND REALIZATION OF
HUMAN RIGHTS

JOSÉ LÓPEZ MARTÍNEZ*

RESUMEN: La incorporación de derechos fundamentales en convenios internacionales permitió establecer nuevas doctrinas acerca de su interpretación. La jurisprudencia, como herramienta de interpretación y justificación de decisiones judiciales por medio de la argumentación, juega un papel muy relevante, puesto que la generalidad y abstracción de derechos humanos, principios y valores se verán materializadas a la luz de los casos concretos sujetos a la decisión del intérprete judicial.

PALABRAS CLAVE: *Jurisprudencia; materialización de los derechos humanos; interpretación; aplicación.*

ABSTRACT: The incorporation of fundamental rights in international agreements led to the establishment of new doctrines about their interpretation. Jurisprudence, as a tool of interpretation and justification of judicial decisions through argumentation, plays a very important role, since the generality and abstraction of human rights, principles and values will be materialized in the light of the concrete cases.

KEYWORDS: *Jurisprudence; realization of human rights; interpretation; application.*

Fecha de recepción: 10/07/2018.

Fecha de aceptación: 19/09/2018.

* Secretario del Juzgado Primero de Distrito en Materia de Trabajo en la Ciudad de México. Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana.

SUMARIO: I. Nota Introdutoria. II. El nuevo paradigma de los derechos humanos. III. La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación frente al nuevo paradigma de los derechos humanos. IV. Los derechos humanos y su fundamentalidad. V. Materialización de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. NOTA INTRODUCTORIA



Existió un cambio de paradigma a partir de la segunda postguerra del siglo pasado; se recordará que la visión decimonónica del derecho, particularmente al considerar la respuesta de todo conflicto jurídico en la norma legislativa y en los códigos correspondientes, dio un giro al menos de manera considerable a partir de la Segunda Guerra Mundial; durante ese conflicto, particularmente en el año de 1945, representantes de 50 países se reunieron en San Francisco en la conferencia de las Naciones Unidas, lo que causó que ese organismo empezara a funcionar el 24 de octubre de 1945.¹ Asimismo, sirvió de sustento para el nacimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, elaborada por representantes de todas las regiones del mundo, con diferentes antecedentes jurídicos y culturales. Declaración que por primera vez establece los derechos humanos que deben protegerse en el mundo entero.² Pese a que ese documento nunca se elevó a tratado internacional, sí fue el parteaguas por el que vendrían diversos pactos internacionales, sobre todo para la protección de los derechos fundamentales.

En Europa nació el Convenio Europeo de Derechos Humanos que inició su vigencia en 1953, principalmente con la finalidad de la protección y desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales auspiciados por la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos;³ así como el establecimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo) en 1959, en el que los Estados parte establecieron una serie de

¹ www.un.org/es/sections/history-united-nations/index.html, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

² www.un.org/es/universal-declaration-human-righths/, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

³ www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

protocolos de la Convención Europea de Derechos Humanos, para mejorar y fortalecer el mecanismo de control de esos derechos.⁴

Por su parte, en América se redactó, entre otros documentos, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos el veintidós de noviembre de 1969, que entró en vigor el 18 de julio de 1978.⁵ Así como el surgimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya ceremonia de instalación se realizó en San José de Costa Rica el 3 de septiembre de 1979.⁶

II. EL NUEVO PARADIGMA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La implementación de convenios internacionales recogió considerablemente derechos fundamentales de la persona; ello dio lugar a establecer nuevas doctrinas acerca de su interpretación, aspecto que responsabilizó a los Tribunales (en la medida en que el contenido de los derechos se redactó en forma muy general y abstracta) pero particularmente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues a partir de que enjuició a los Estados parte, estos fueron recogiendo, dentro de su derecho interno, las peculiaridades de las condenas emanadas de aquel tribunal. Esa tendencia se agudizó a partir de los años 70 del siglo XX y dio lugar a constituciones que no se limitan en establecer competencias o separar a los poderes públicos, sino que se contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado.⁷ Con base en lo anterior, *prima facie* se advertirá la función que irá adquiriendo la jurisprudencia, al interpretar los nuevos paradigmas sobre derechos humanos.

Todo lo anterior y según coinciden varios autores que a continuación citaremos, inició el reconocimiento de derechos en diversos países dentro de sus constituciones con un alto grado de contenido valorativo, pasando de la característica formal a la materialmente sustantiva, en la medida en que con-

⁴ www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=fra#n13740489754493224534507_pointer, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

⁵ www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

⁶ www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

⁷ Ejemplos representativos de este tipo de constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988, la colombiana de 1991 y la ecuatoriana de 2008. Véase Carbonell, Miguel, *Argumentación jurídica, proporcionalidad y ponderación*, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, México, 2014, p. XII.

sagraron diversos derechos fundamentales, lo que originó nuevos contenidos constitucionales y sobre todo a la creación de Tribunales Constitucionales en diversas partes del mundo.

A juicio de autores como Juan Manuel Acuña, lo anterior representa el constitucionalismo actual, lo cual suscita las tesis de un nuevo derecho denominado garantismo, postulado por Luigi Ferrajoli, cuya finalidad última consiste en abatir la divergencia entre la normatividad de un modelo establecido a nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores.⁸

Al hablar sobre los jueces constitucionales, Gustavo Zagrebelsky define a la norma suprema como una Constitución viviente, al sostener que una característica no accidental de ésta es su naturaleza de principio; alude que los principios son normas naturalmente abiertas a los desarrollos del futuro, de modo tal que los principios contienen conceptos como humanidad, dignidad, igualdad, libertad, etcétera, los cuales son cambiantes en el tiempo. Concluye que la Constitución viviente, es decir, la que da apertura a la evolución de la cultura jurídica, es justamente la que encontramos en la intención de los padres constituyentes, cuando se expresan por medio de normas de principio.⁹

Luigi Ferrajoli¹⁰ sostiene que la garantía jurídica de efectividad de sistemas como el constitucionalismo reside en la rigidez de sus constituciones, pues debido a ello la legalidad ha cambiado su naturaleza; de modo que el garantismo es la otra cara del constitucionalismo, al cual corresponde el máximo grado de efectividad del derecho pero, sobre todo, por el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. Alude que el resultado de un nuevo modelo de derecho y de democracia es el Estado constitucional de derecho.¹¹

Si partimos de las anteriores posiciones, la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también es necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, lo que significa un gran reto para el intérprete, particularmente

⁸ Acuña, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales*, Porrúa, México, 2012, p. 98.

⁹ Zagrebelsky, Gustavo, "Jueces constitucionales", en Carbonell Sánchez, Miguel (comp.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, IJ-UNAM-Trotta, Madrid, 2007, p. 98.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2006, pp. 65-66.

¹¹ Sostiene Ferrajoli que, en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente, no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

para el juzgador constitucional, pues se exige que, a partir de los casos sujetos a la decisión judicial, esos derechos fundamentales, principios y valores se concreten, y es precisamente una de las funciones de la jurisprudencia, pues de lo general, lo hace más concreto o particular. Según sostiene Carlos Bernal Pulido, en la práctica ningún poder constituyente o constituido dispone del tiempo, la información y los acuerdos necesarios para prever y regular todos los conflictos que de modo hipotético puedan surgir en la aplicación de los principios.¹²

Con base en lo anterior, existe un cambio significativo de la función que correspondía a la jurisprudencia con anterioridad a las épocas aquí narradas, pues en el mundo se ha dado este tratamiento de derecho en las propias constituciones, o como lo sostiene Zagrebelsky: “la Carta Magna no se cambia como una ley cualquiera, ni prescribe en una determinada fecha, la Constitución no se debe cambiar continuamente, a los sucesores les corresponderá mejorarla, siendo la jurisprudencia y la reforma un instrumento excepcional”.¹³

Luis Prieto Sanchís, al hablar sobre el constitucionalismo de los derechos, sostiene que esta doctrina trabaja con la idea de las constituciones materiales y garantizadas; es material cuando posee un denso contenido sustantivo, formado con normas de diferente denominación: valores, principios, derechos y directrices. Aduce que cuando la Constitución se encuentra garantizada, significa que su efectividad corresponde a los jueces.

Desde luego que en México el cambio de paradigma visto con anterioridad no fue la excepción, pues las condenas que recibió de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con motivo de la vulneración de tratados internacionales, por ejemplo en los casos Radilla Pacheco o Castañeda Gutman, principiaron las reformas del 6 y 10 de junio de 2011 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante las cuales se modificó el capítulo de derechos humanos, además de la adición de los principios de convencionalidad y pro persona, que obligan a los operadores del derecho a considerar los tratados internacionales que sobre derechos humanos ha sido parte el Estado mexicano; esto es, la Constitución mexicana se perfila para ser considerada una norma suprema con contenido de validez material o sustancial. Esto, sin lugar a dudas constituye un cambio de paradigma que da lugar a un constitu-

¹² Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en Carbonell Sánchez, Miguel (comp.), *Argumentación... cit.*, p. 50.

¹³ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 99.

cionalismo progresivo que se alimenta de validez sustantiva o material a las constituciones y que podemos denominar constitucionalismo actual.¹⁴

La incorporación de derechos humanos a la norma fundamental implica la idea de que subsiste la supremacía de la Constitución pero revalorizada, pues ahora no se agota en la propia norma constitucional, sino que, a partir de la vinculación con disposiciones internacionales, se justifica su revalorización; es decir, lo anterior supone que su supremacía no se agota en ser fuente formal de las demás normas inferiores como podría pensarse desde el punto de vista kelseniano.¹⁵ En palabras de Ferrajoli, se está en presencia de una Constitución garantista en donde la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también el análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional.¹⁶

Esta presencia masiva de principios en las constituciones contemporáneas encuentra partidarios en el ámbito de la filosofía del derecho como Alexy, Ferrajoli, Dworkin y Zagrebelsky. A esa corriente de pensamiento la han llamado neoconstitucionalismo, pues se funda, *grosso modo*, en que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de principios; el método interpretativo de éstos no se limita a la subsunción o silogismo jurídico tradicional de las normas legislativas, sino que requerirá del método de la ponderación o balanceo; la Constitución, en cuanto a su materialización o sustantividad, no tiene por objeto únicamente la distribución y organización de los poderes, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales; y finalmente, los jueces tienen la facultad creativa de la jurisprudencia, con lo que prescinden, cada vez más, de la subsunción; de modo que si el juez con anterioridad interpretaba o aplicaba el derecho independientemente de la valoración del caso concreto, ahora debe de interpretarlo a la luz de las exigencias de la justicia vinculadas por el caso; por lo que el juzgador tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico.¹⁷

Como se observa, lo anterior requerirá de mayores pautas argumentativas, basadas no solamente en el silogismo jurídico o la subsunción,¹⁸ sino en la téc-

¹⁴ Acuña, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 77.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías...* *cit.*, p. 68.

¹⁷ Pozzolo, Susana, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa*, núm. 21, Alicante, 1998, pp. 339 y 340.

¹⁸ Desde luego si se acepta la idea de que respecto de la interpretación de normas formal y materialmente legislativa invariablemente se ocupa este método.

nica de la argumentación, de la ponderación y del juicio de proporcionalidad. Lo anterior se vuelve relevante si se acepta que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado.¹⁹

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN FRENTE AL NUEVO PARADIGMA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Al considerar las doctrinas a que hemos hecho referencia, la jurisprudencia toma un papel sumamente importante, en la medida en que al menos tradicionalmente su función era desentrañar el derecho a partir de la legislación; en tanto que a partir de los cambios antes referidos, será el instrumento para interpretar los derechos y principios establecidos en las propias constituciones, pues ese contenido, como lo han sostenido los autores citados, debe estar en las constituciones de una manera rígida o, en su caso, si se permite el término, indisponible; entre menos especificidad tenga el concepto, mejor será su efectividad.

Como se ha observado, el derecho sustantivo en el ámbito constitucional ha tenido un cambio notablemente significativo que otorga al intérprete una responsabilidad sumamente considerable; precisamente la jurisprudencia es el instrumento o herramienta mediante la cual se dotará de significado a las normas de contenido material o sustancial, a la luz de los casos fácticos que se le vayan presentando al juzgador, de forma tal que una vez constituida como tal, pasará de ser una mera herramienta procedimental, interpretativa y argumentativa, a considerarse una norma jurídica plena y autónoma con ámbitos de validez propios; sin embargo, tal disertación llevaría a salirnos del tema que nos ocupa; por el momento diremos que por medio de la jurisprudencia se materializarán los derechos humanos contenidos en la Constitución y en tratados internacionales con un alto contenido sustancial y abstracto.

Lo anterior resulta de suma importancia, pues como ha quedado de manifiesto, de acuerdo con el tránsito que ha tenido el derecho constitucional a partir de la segunda mitad del siglo pasado, y particularmente en la segunda postguerra, los jueces constitucionales han tenido una responsabilidad sumamente importante en la medida en que están construyendo el derecho a partir de sus sentencias y, por ende, en la propia jurisprudencia. Esta manera de

¹⁹ Carbonell Sánchez, Miguel, "Argumentación jurídica", en Carbonell Sánchez, Miguel (comp.), *Argumentación jurídica... cit.*, p. XIII.

entender el derecho se traduce en responsabilizar a los jueces constitucionales de definir el derecho sustantivo o material en sus sentencias, al otorgar una menor importancia a las reformas legales provenientes del Poder Legislativo.²⁰ Sobre el particular, Ferrajoli, al definir esa función, la justifica al utilizar la expresión “esfera de lo indecible”; esto es: el conjunto de principios que en una democracia están sustraídas a la voluntad de las mayorías; como lo explica Garzón Valdez, al hablar de su “coto vedado”; es decir, el límite impuesto a las decisiones políticas, aunque sean de la mayoría, en favor de la tutela de los derechos de la libertad. La esfera de lo indecible, dice Ferrajoli, está diseñada para las constituciones rígidas, las cuales sustraen, justamente a las decisiones de la mayoría, la violación a los principios que las componen.²¹

La inclusión de derechos humanos en la carta fundamental mexicana ha ampliado la posibilidad de que se tutelen derechos que antes y bajo la estructura jurídica constitucional no se encontraban garantizados o positivizados. Desde luego que esta nueva visión, como se ha tratado con anterioridad, representa para el juzgador constitucional una responsabilidad mayor, si consideramos que, a partir de los casos sujetos a su decisión, además de resolverlos, fijará posturas en torno a los nuevos paradigmas sobre derechos humanos; lo que sin lugar a dudas se reflejará en las tesis jurisprudenciales que al efecto se emitan. Lo anterior porque la función judicial es una actividad sumamente dinámica, en la medida que a partir de la aplicación de disposiciones normativas abstractas e impersonales, a casos concretos y específicos, forzosamente requiere de la labor interpretativa y argumentativa indispensable para adecuar el mandato genérico a modalidades específicas.

Esa inclusión de derechos fundamentales en la Constitución requerirá de una interpretación y argumentación distinta respecto de lo que tradicionalmente se realizaba con las normas formal y materialmente legislativas, de modo tal que la jurisprudencia, como herramienta de interpretación y justificación mediante la argumentación, juega un papel sumamente considerable, en la medida en que la aplicación de reglas y principios se verán contenidos en la propia jurisprudencia que los interprete y aplique para finalmente constituirse como una norma jurídica plena y autónoma.

En una primera aproximación, Robert Alexy sostiene que las constituciones democráticas modernas contienen dos clases o categorías de normas: a la pri-

²⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 99.

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos fundamentales y democracia*, trad. de Miguel Carbonell, IJ-UNAM, México, 2014, pp. 87 y 88.

mera pertenecen las que constituyen y organizan el poder legislativo, ejecutivo y a la administración de justicia; en tanto que a la segunda, aquellas normas que limitan o encauzan al poder estatal, y es en esta última en donde deben ser mencionados los derechos fundamentales.²² Alexy señala que respecto a esta categoría de normas, existen dos construcciones que son esenciales para los derechos humanos: la primera denominada estrecha y estricta, en donde podría tener cabida la “construcción de reglas”; la otra lata y amplia, referente a “construcción de principios.” La característica de categoría de normas de principios es muy abstracta, y pese a que es una norma aplicable igual que otra, su peculiaridad radica únicamente en que protegen determinadas posiciones expresadas de modo abstracto del ciudadano frente al Estado. Normas que no se agotan en la tutela de determinadas posiciones expresadas de modo abstracto, pues debido a la vaguedad en su implementación en el sistema normativo, poco es lo que se gana tan sólo en el conocimiento legislado de forma que, cuando un juez constitucional respalda su decisión en un derecho fundamental, no puede renunciar al conocimiento de la jurisprudencia.²³

Siguiendo la postura alexiana, pese a que las normas de derecho fundamental son aquellas expresadas exclusivamente en el texto de la Carta Magna, no todas las disposiciones contenidas en ella son derechos fundamentales; el carácter de una norma de derecho depende de la argumentación *ius* fundamental que pueda ser posible; esto es, una fundamentación más profunda.²⁴ La base de la fundamentación *ius* fundamental, dice Alexy, es la diferencia entre reglas y principios.

Hasta aquí, obsérvese la gran importancia de la jurisprudencia, en la medida que, a partir del problema sujeto a la decisión del juez constitucional, deberá emprender su solución, al analizar de entrada si se resuelve con base en una regla o norma o a través de un principio.

Ahora, el problema radica en que es distinta la interpretación de una regla o norma y la requerida para un principio; y es aquí donde más importancia adquiere la jurisprudencia, con este nuevo paradigma de constituciones materializadas o revalorizadas, pues será el juzgador constitucional quien irá construyendo ese derecho, a partir de la materialización o concreción de las normas *ius* fundamentales, si se atiende a que el conflicto es a la luz de ese derecho; lo

²² Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Carbonell Sánchez, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (comps.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp.106 y 107.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 67-69.

que desde luego será en la jurisprudencia en donde se definan los argumentos correspondientes, para después constituirse como una norma jurídica plena.

Bajo la postura de Alexy existen dos métodos de interpretación: la subsunción que se emplea para las normas o reglas; y la ponderación para los principios.²⁵

De forma general, podemos establecer que el problema nace cuando al momento del dictado del fallo judicial, la ley no es exactamente aplicable al hecho a juzgar, no existe norma, o en su caso, deba resolverse con base en un principio emanado de la propia Constitución o de un tratado internacional; y más aun existiendo principios, haya necesidad de ponderarlos; y es aquí donde el juzgador deberá interpretar la legislación para darle la solución correcta si es que el caso lo permite, o resolverlo a la luz de un principio o un derecho fundamental; lo que como ya hemos analizado implica una interpretación y argumentación judicial que constituirá una nueva norma.²⁶

Como lo sostiene Alexy, y atendiendo a los distintos casos que a diario llegan a los tribunales, los juzgadores encuentran distintas problemáticas que deberán dilucidar, en la medida en que algunos se resuelven con normas o reglas; pero otros con principios. En esa tesitura, existen conflictos que su solución encuentra justificación con base en normas, o de manera más particular en enunciados normativos; en un primer momento puede darse el caso que la norma resulte exactamente aplicable al caso sujeto a la decisión judicial, por lo que no existirá problema; sin embargo, puede existir necesidad de interpretar o definir previamente el significado de la norma general, y aplicarla a un caso

²⁵ Alexy, Robert, *La fórmula del peso*, en Carbonell Sánchez Miguel (comp.), *Argumentación Jurídica, proporcionalidad y ponderación*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2014, p.1.

²⁶ Margarita Beatriz Luna Ramos, ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene que el juez no puede materialmente limitarse a interpretar y aplicar el derecho por medio de un silogismo simple, cuya premisa mayor está constituida por la norma abstracta en su apreciación textual, la premisa menor por los supuestos de hecho y la conclusión por la aplicación del mandato legal al caso particular. Afirma que, aceptar lo contrario llevaría a confundir lo abstracto con lo concreto y desconocer el movimiento dialéctico que opera por el fenómeno de la concreción de las normas: Si la tesis (norma abstracta) produjera una antítesis (norma concreta) y, la síntesis no fuera otra cosa que el regreso a la tesis original, carecería de significación jurídica calificar a la jurisdicción como una de las funciones materiales del Estado, en tanto que nada estaría aportando, ni en lo abstracto, ni en lo concreto: al pasar de la antítesis a la síntesis se produce una nueva situación jurídica, diferente de la inicial; de modo que la sentencia no es idéntica a la norma en que se funda, al interpretarla y, en ocasiones, integrarla. Véase el prólogo a la obra de Arellano Hobelsberger, Walter, *Interpretación y jurisprudencia en el juicio de amparo*, Porrúa, México, 2009, p. XVI.

particular, lo que a la postre, en ambos casos, generará una nueva disposición normativa.

Por otra parte, ante la inexistencia de una norma aplicable al caso sujeto a la decisión judicial, el juzgador puede resolver con base en un principio o en un derecho fundamental; sin embargo, al fallar el conflicto con base en principios; estos pueden resultar divergentes entre sí, por lo que existirá un método distinto como el de la ponderación o proporcionalidad a que se refiere Alexy.²⁷

De manera más específica respecto del tema que se está abordando, siguiendo a Alexy, un primer acercamiento es el correspondiente al de la aplicación de normas formalmente legislativas o reglamentarias, las cuales suelen interpretarse de manera muy habitual, y en ellas pudiera estar comprendido el método de interpretación mediante la subsunción, en la medida en que la interpretación será de reglas o normas formalmente legislativas como lo señala Robert Alexy; desde luego que pueden existir casos que puedan resolverse por medio de este método de interpretación; sin embargo, no todos los conflictos que diariamente llegan a los tribunales, aunque la base para resolverlos es a través de una norma legislativa o regla, no siempre se ocupa el silogismo o la subsunción, pues cuando el juzgador, al resolver el conflicto interpreta la norma, si bien podría traducirse en un silogismo jurídico en donde la sentencia nada aporta, sino que únicamente constata lo ya existente, no hay que perder de vista la interpretación judicial que respecto de la norma se haga, pues esa constatación parte del análisis de lo general a lo particular, lo que pone de manifiesto que pese a que existe una relación entre ello, esa manera de resolver el conflicto presupone una concreción, lo que Kelsen ha denominado la producción escalonada del derecho, pues obsérvese que nunca será igual la norma particularizada por medio de la sentencia, que la norma general en que se haya apoyado. Cada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción de derecho frente al grado inferior. Esta dinámica constructiva es aportación de Kelsen; esto es, en el sentido de la jurisdicción, la aplicación del derecho es el final de la cadena normativa en que descansa, porque la norma inferior se aplica desde una norma superior.²⁸

La decisión del juez es la norma individual que está justificada por argumentos y es derivada de normas superiores. Esto es, el que la vigencia de una norma

²⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 67-69.

²⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 11a. ed., Porrúa, México, 2000, p. 240.

se base de una u otra manera en la vigencia de otra, constituye la relación entre una norma superior y otra inferior.²⁹

Así, Kelsen nos establece que lo más general y abstracto es la Constitución, la cual se encuentra en la cúspide de la pirámide, posteriormente podemos encontrar normas de mayor concreción o menor grado de abstracción; así por ejemplo, las leyes federales, de ellas válidamente podemos afirmar que surge del reglamento y de éste el acto administrativo, el cual sin duda todavía es más concreto que aquél, en la medida en que su naturaleza jurídica se encuentra relacionada con la administración pública federal y un particular; incluso, las normas que emanan o nacen entre los particulares, apoyados o no en una norma, por ejemplo los contratos, los testamentos, etcétera.³⁰

Podemos llegar a otras conclusiones para demostrar la creación derivativa del derecho, por ejemplo: de la ley surge el fallo, si bien se apoya fundamentalmente en aquélla; pero obsérvese, la propia sentencia dictada por el órgano jurisdiccional respectivo, aun cuando se apoye en la legislación, y obligatoriamente así sea, dada la garantía de fundamentación y motivación consagrada en el artículo 16 constitucional, no va a ser la misma que la contenida en la propia norma jurídica; necesariamente será distinta en la medida en que el citado fallo va a resolver la *litis* entre a y b; esto es, la sentencia se concretiza a tal grado, que únicamente será obligatoria para a y b, además de particularizarse o resolver el conflicto sólo entre ellos; de forma tal que una norma individual, que expone la resolución judicial de un caso concreto, no será sólo empleo del derecho, sino a la vez origen del mismo.³¹

Lo anterior nos lleva a concluir que si la sentencia es creadora del derecho más lo debe ser la jurisprudencia, aunque con mayor grado de generalidad, pues su diferencia es que, si bien la sentencia es obligatoria para las partes que intervinieron en el proceso jurisdiccional, la jurisprudencia lo será para los futuros casos que llegaran a presentarse ante la potestad judicial. De aquí la gran importancia de la jurisprudencia, en la medida en que genera la existencia de una nueva norma, pues si ello únicamente fuera producto de un silogismo, en donde únicamente se constata la premisa mayor, resultaría innecesaria la jurisprudencia, si sólo consistiera en la reiteración de una norma jurídica preexistente.

²⁹ *Ibidem*, p. 253.

³⁰ *Ibidem*, p.146.

³¹ *Ibidem*, p. 224.

En otro aspecto, el juzgador siempre va a enfrentarse a casos difíciles, respecto de los cuales invariablemente debe resolver; pero ¿cuáles son los casos difíciles? Carlos Bernal Pulido sostiene que los casos difíciles son aquellos en donde no hay nada manifiesto, donde aparecen los problemas interpretativos.³² En su obra *Los derechos en serio*, Ronald Dworkin³³ dice que en el positivismo jurídico se encuentra una teoría acerca de los casos difíciles, cuando en un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica establecida previamente por alguna institución, el juez en este caso, tiene discreción para resolver el asunto en uno u otro sentido.

Dworkin sostiene que existe una única respuesta correcta para cada caso, que se incluye en una teoría de los sistemas jurídicos y que se distingue fundamentalmente de teorías positivistas como las de Hart y Kelsen. El autor contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de reglas, por principios jurídicos. Éstos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no lo determinen. Señala que la única respuesta correcta o verdadera sería, así, la que mejor pueda justificarse mediante una teoría sustantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor correspondan con la Constitución, las reglas del derecho y los precedentes.³⁴

Respecto de lo anterior, Adrián Rentería,³⁵ al hablar sobre los casos difíciles, expresa que el juzgador, al enfrentarlos, se encuentra en un grado de discrecionalidad, por tanto, debe tener un amplio grado de conocimiento para evitarla, o disminuirla.³⁶

³² Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en Carbonell Sánchez, Miguel (comp.), *Teoría del neoconstitucionalismo...cit.*, p. 308.

³³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002, p.146.

³⁴ Respecto de este aserto han existido posiciones encontradas o discrepantes de otros autores; por ejemplo, Manuel Atienza coincide con Aarnio, en el sentido de que no puede existir una respuesta correcta, pues en todo sistema siempre debe existir una respuesta final que no necesariamente debe ser la única, ni mucho menos la correcta.

Respecto del juez Hércules dice que éste no es un ser autómatas racional, sino también es un ser creativo que efectúa razonamientos no meramente deductivos. Véase Atienza, Manuel, “Sobre la única respuesta correcta”, *Revista Jurídicas*, vol. 6, núm. 2, Universidad de la Rioja, Logroño, España, 2009, pp.13-26.

³⁵ Rentería, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 2a. ed., Fontamara, México, 2002, pp. 52-53.

³⁶ Al respecto, en su obra *Los derechos en serio*, Dworkin, al hablar sobre los casos difíciles, se cuestiona la manera como un juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la ley y los principios jurídicos y, para ese propósito, inventa un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien denominó Hércules,

De acuerdo con lo anterior y conforme a los tratadistas antes mencionados, consideramos que un caso difícil es aquél en que no existe una norma jurídica preexistente que resuelva el hecho a juzgar, pues a diferencia de la interpretación que en la jurisprudencia se realiza respecto de la laguna en la ley, en el caso difícil no existe; no obstante, el juzgador debe resolver el caso concreto.

Si se considera que el fin último del derecho es normar la conducta de ser humano, del hombre como tal, debemos atender a que ésta no es incólume o estática, cambia paulatinamente en la medida en que pasa el tiempo. Por su parte, las normas formalmente legislativas se escriben en un tiempo determinado, el proceso normativo no es fácil, requiere de etapas. No obstante lo anterior, el juzgador que se enfrenta al caso debe resolverlo de manera inmediata, no debe esperar a que el legislador haga lo que le corresponde.

Un ejemplo de lo anterior, lo podemos advertir en estos últimos años en donde, tanto en el mundo como en México, ha evolucionado de manera significativa la forma de pensar, a tal grado que en la actualidad se cuestiona la convivencia social entre personas del mismo sexo, la adopción de menores por éstos, la legalización del aborto como una exigencia de las consecuencias prácticas que se dan, la eutanasia o muerte asistida, o el uso lúdico de la marihuana, cuestiones que, en gran medida, pudieran generar una crisis del Estado de derecho, porque las normas preexistentes son insuficientes para resolver la contingencia respectiva.

Estos son los casos difíciles que el juzgador, al enfrentarlos, no puede postergar bajo la justificación de que no existe legislación exactamente aplicable para resolverlos; el juez debe dar la solución a cada conflicto de esta naturaleza, y es precisamente en la jurisprudencia donde se puede dar esa solución, para que, a su vez, las distintas controversias que se vayan presentando sean resueltas de manera eficaz y rápida, independientemente de que las decisiones de los jueces no serán sobre todas las cosas, sino sólo sobre aquellas que impliquen un conflicto o desorden en las relaciones sociales, en donde haya necesidad de ordenar, que impliquen servicios personales socialmente exigibles.³⁷ Conflictos que son presentados al juzgador y respecto de los cuales debe tener una respuesta correcta. Sin duda, es difícil encontrar la solución en la legislación; no obstante, el juez debe enfrentarse al caso.

mismo que supuso que era un juez en alguna jurisdicción importante de los Estados Unidos de Norteamérica. Véase Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 177.

³⁷ Castañeda y G., Daniel H., *Filosofía de la jurisprudencia*, Porrúa, México, 2007, p. 7.

Lo anterior pone de manifiesto que en la legislación no se encuentra solución de todos los casos posibles, pues ello sería como considerar que la conducta del ser humano es estática o incólume; sin embargo, no es así; por esencia se modifica y ello da como resultado que, en ciertos casos, la legislación no resuelva el problema. Coincidimos con Dworkin, en el sentido de que el juez en buena medida es el operador del derecho, quien cuenta con las anteriores herramientas para resolver el conflicto de conductas humanas cuando la legislación es insuficiente para resolverlas.

De modo que la jurisprudencia como tal juega un papel sumamente importante ante la ausencia de contenido normativo o, en su caso, como unificadora de criterios divergentes, dada la cantidad de hipótesis fácticas que a diario se presentan ante los órganos jurisdiccionales.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS Y SU FUNDAMENTALIDAD

Siguiendo el planteamiento diferenciado que Alexy realiza respecto de reglas y principios, en donde la diferencia radica en la base *ius* fundamental, o la fundamentalidad de la decisión judicial; esto es, conforme a las argumentaciones posibles que puedan darse,³⁸ corresponde analizar cuándo se está en presencia de derechos fundamentales, principios o valores, para, desde luego, establecer la correcta interpretación que de ellos se pueda hacer, a la luz de la solución del conflicto individual. Lo que a la postre no es tarea sencilla pues, como se analizó en párrafos que preceden, los derechos fundamentales se encuentran redactados de una manera muy abstracta; sin embargo, corresponderá al intérprete definirlos y aplicarlos a cada caso concreto, en la inteligencia que al atender a ese paradigma de constituciones materializadas quienes tienen esa tarea son los jueces constitucionales; empero ¿cuáles son estos derechos fundamentales?

En una definición puramente formal, Ferrajoli aduce que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos, o personas con capacidad de obrar.³⁹

De manera más concreta, John Finnis, en su obra *Ley natural y derechos naturales*,⁴⁰ realiza un análisis respecto de lo que considera derecho; expresa

³⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, p.67.

³⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p.37.

⁴⁰ Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, 7a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 38.

que el hombre, al reflexionar sobre qué hacer, recurre al margen del acierto o error en sus conclusiones; esto es, a una serie de principios básicos que muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar. Esos principios que son también llamados principios más generales de la ley natural, al expresar las formas básicas del bien humano, constituyen el sustrato valorativo de todos los juicios morales.

El autor afirma que todo hombre, por esencia, con uso de razón y experiencia suficiente, conoce por evidencia esos bienes básicos al comprenderlos como fines deseables y realizables. Por tanto, considera que, si el derecho pretende servir al hombre y contar con validez jurídica en sentido pleno, debe promover a esos bienes y no perjudicarlos. Según Finnis, los siete bienes básicos a que nos hemos venido refiriendo, son los siguientes:

1. Vida. Incluye la salud corporal, la ausencia de dolor y la transmisión de la vida.
2. Conocimiento. Formulación de preguntas y respuestas, búsqueda de la verdad.
3. Juego. Actividad u ocupaciones que se disfrutan, en sí mismas, al margen de que sean solitarias o sociales, intelectuales o físicas, extenuantes o relajantes, estructuradas o informales.
4. Experiencia estética. Búsqueda y valoración de las formas bellas fuera de uno y la experiencia interna de apreciarla, la belleza encontrada o producida.
5. Sociabilidad (amistad). Desde las formas elementales de la sociabilidad, hasta la amistad plena que obra por el bienestar del amigo.
6. Razonabilidad práctica. El orden inteligente de acciones, hábitos y actitudes prácticas, tanto en su aspecto interno de las acciones y disposiciones, como es su aspecto externo; correspondencia auténtica entre preferencias, valoraciones y autodeterminaciones.
7. Religión. La relación entre el orden que se origina en la autodeterminación humana y el orden perdurable del cosmos.

Siguiendo el planteamiento de Finnis, Rodolfo Luis Vigo señala que, de acuerdo con los anteriores bienes humanos básicos, éstos son los propósitos elementales de la vida humana y que, a fin de cuentas, cualquier otro propósito que pudiera surgir invariablemente emanará de los anteriores. Afirma que los valores básicos son igualmente fundamentales e incommensurables, de tal suerte que no existe jerarquía entre ellos; razonablemente puede ser considerado

como el más importante y así cada uno de nosotros podrá elegir uno o varios de los valores como de mayor importancia en su vida. Sostiene que cada plan de vida puede tener un orden personal de prioridades entre dichos valores básicos, pero ese orden de jerarquía tiene que ver con razones igualmente personales como el temperamento, la educación, capacidades y oportunidades.⁴¹

También, Carlos Ignacio Massini, en su obra *Los derechos humanos*⁴², se pregunta sobre la existencia de derechos que pertenecen al hombre sin excepción, sin que puedan hacerse prevalecer en su contra consideraciones de utilidad general. Concluye que, bajo los conceptos de Finnis, la respuesta es afirmativa, por tanto, se vincula precisamente con los requerimientos básicos de razonabilidad práctica, vinculados a los valores humanos básicos que hemos visto, los cuales son el fundamento de aquellos derechos y respecto de los cuales –concluye– que son derechos humanos absolutos.

John Rawls⁴³ apela a una serie de valores de razón pública, amparados en la concepción política de la justicia; entre esos valores están la igualdad de la mujer, la de los hijos como futuros ciudadanos, la de la familia como institución que asegurará la producción y reproducción ordenadas de la sociedad y de su cultura, de una generación a la siguiente y, por último, el cultivo y la estimulación de actitudes y virtudes que sostienen dichas instituciones.

A juicio de Manuel Atienza,⁴⁴ los principios permiten explicar lo que es el derecho en general, un ordenamiento jurídico en particular o un sector de éste. Podría pensarse que significa tanto como situar el problema en el contexto de la ciencia del derecho –con sus diversos niveles de abstracción– y concluye que los principios se verían como piezas o instrumentos que permiten dar cuenta de una determinada realidad; esto es, el derecho visto desde diferentes ángulos o niveles de abstracción.

Asimismo, no debemos dejar de considerar que el juzgador constitucional para resolver un conflicto sujeto a su potestad mediante una sentencia, se vale de otros mecanismos para poder solucionarlo, tal es el caso de los principios generales del derecho, pues recordemos que el propio artículo 14 constitucional, aunque en materia civil, impone al juzgador, ante la ausencia de normas, que el fallo respectivo se funde en ellos.

⁴¹ Vigo, Rodolfo Luis, *El iusnaturalismo actual –de M. Villey a J. Finnis–*, Fontamara, México, 2003, p. 116.

⁴² Massini Correas, Carlos Ignacio, *Los derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, 1994, p.155.

⁴³ *La justicia como equidad*, Gráficas, España, 2001, p. 223.

⁴⁴ Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, 2a. ed., Ariel, España, 2004, p. 43.

Rodolfo Luis Vigo⁴⁵ sostiene que el tema de los llamados “principios generales del derecho” resulta sumamente polémico y esa disputa abarca las distintas cuestiones que normalmente van implicadas en su tratamiento. Afirma que el problema de los principios generales del derecho está inevitablemente vinculado al *iusnaturalismo*, pero, al mismo tiempo, se debe reconocer que el cientificismo jurídico, positivista, dogmático y sistematista del siglo XIX, al encontrarlos incluidos en los códigos o en el derecho positivo, dio de dichos principios las versiones positivistas que llegaron a imponerse en gran parte de los juristas y que fueron en desmedro de la trascendencia de aquellos.

Según el citado autor, asume una posición ecléctica, en cuanto acepta que existen principios jurídicos positivos sectoriales; principios jurídicos positivos sistemáticos o fundacionales; y, finalmente, principios iusnaturalistas.

Como se ha venido observando, tanto los principios, valores, como los derechos humanos, se encuentran permeando en todo el sistema jurídico, tanto internacional como nacional, de manera muy general y abstracta, de suerte que a la luz de los casos concretos sujetos a la decisión judicial se irán materializando y concretizando cada vez más, pues existe un sinnúmero de conflictos o desordenes sociales que, a la postre, pudieran estar enmarcados en algún derecho humano.

V. MATERIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo este nuevo paradigma de los derechos humanos, ha emprendido la solución de diversos casos sujetos a su potestad judicial, tomando como base los derechos fundamentales, principios y valores que permean tanto en los tratados internacionales como en la propia Constitución nacional, y que se han visto reflejados en su jurisprudencia, pues de lo general y abstracto de tales derechos, se han concretizado en aquella a la luz desde luego de los problemas jurídicos que se le presentan, como se advierte, por ejemplo, cuando la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el juicio de amparo en revisión 237/2014,⁴⁶ en el

⁴⁵ Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, pp.111 y 112.

⁴⁶ Engrose en versión pública de la sentencia Amparo en Revisión 237/2014, de 4 de noviembre de 2015, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, obtenida de la página www.scjn.gob.mx, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

que cuatro quejosos cuestionaron la decisión de un juez de Distrito, mediante la cual les negó el amparo respecto del uso lúdico de la marihuana, lo que conllevó a revocar su sentencia y concederles el amparo y protección de la justicia federal.⁴⁷

Sobre el particular, en lo que interesa la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para justificar su decisión y responder a los argumentos planteados por los recurrentes, lo realizó a partir del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, al analizar los precedentes jurisprudenciales, en los que se ha pronunciado sobre ese derecho fundamental, de manera que concluyó que las decisiones y acciones de los recurrentes se encuentran protegidas *prima facie* por el derecho en cuestión, pues la elección de alguna actividad recreativa o lúdica, es una decisión que pertenece a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución, de forma tal que esa elección puede incluir la ingesta o el consumo de sustancias que produzcan experiencias que en algún sentido “afecten” los pensamientos, las emociones y/o las sensaciones de la persona; además de que la decisión de consumir marihuana puede tener distintas finalidades, entre las que incluyen el alivio de la tensión, la intensificación de las percepciones o el deseo de nuevas experiencias personales y espirituales. De manera que al tratarse de “experiencias mentales”, éstas se encuentran entre las más personales e íntimas que alguien pueda experimentar, luego la decisión de un individuo mayor de edad de “afectar” su personalidad de esta manera, con fines recreativos o lúdicos, se encuentra tutelada *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁴⁸

⁴⁷ Lo anterior inició cuando cuatro personas, entre otras, solicitaron a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), la autorización administrativa, a efecto de que se les permitiera el consumo personal y regular con fines meramente lúdicos y recreativos del estupefaciente *cannabis sativa*, índica y americana. Lo que causó que el 13 de junio de 2013, el Director Ejecutivo de Regulación de Estupefaciente, Psicotrópicos y Sustancias Químicas de ese organismo, negara la solicitud respectiva, fundándose en los artículos 235 y 237, de la Ley General de Salud, respecto del psicotrópico *cannabis*, al considerar que está prohibido en todo el territorio nacional la realización de cualquier acto relacionado con la sustancia aludida. Lo que motivó a que los citados gobernados promovieran juicio de amparo indirecto en contra de esa determinación. Por lo que, al no obtener sentencia favorable ante el juez de Distrito correspondiente, interpusieron recurso de revisión del que correspondió conocer a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo de que el Tribunal Colegiado que originalmente conoció de ese recurso, se declaró legalmente incompetente, al tratarse de un asunto en el que subsistía un problema de constitucionalidad, respecto del cual no existía jurisprudencia.

⁴⁸ Con lo anterior, la Primera Sala del Máximo Tribunal del país concluyó que los artículos de dicho ordenamiento identificados por el juez de Distrito como actos reclamados, efectivamente inciden en el contenido *prima facie* del derecho fundamental, toda vez que constituyen

No obstante, la citada Sala reparó que, con todo lo anterior, el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, de manera tal que puede ser limitado con la finalidad de perseguir algún objetivo constitucionalmente válido: de modo que consideró importante identificar los límites a ese derecho y que han sido reconocidos por ese Alto Tribunal.⁴⁹ Para arribar a lo anterior, se precisó que la Corte ha atendido a la doctrina especializada, la que ha señalado que los derechos fundamentales y sus respectivos límites externos operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda del test de proporcionalidad, de modo que, para que sean constitucionales las intervenciones que se realizan al amparo de un límite al libre desarrollo de la personalidad, éstas deben cumplir con ciertas características; a saber: la medida legislativa debe ser idónea para proteger los derechos de terceros y/o el orden público; y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada este derecho fundamental. Dicho de otra manera, la medida analizada tiene que superar un examen de proporcionalidad en sentido amplio.

De modo que por el hecho de que la Suprema Corte haya establecido que el libre desarrollo de la personalidad da cobertura a primera vista a un derecho más específico a decidir y practicar la actividad recreativa o lúdica que se desee realizar, lo que puede incluir el consumo de ciertas sustancias con fines de ocio o esparcimiento, no significa que ese derecho tenga carácter definitivo. En este sentido, el derecho fundamental adopta una doble fisonomía: antes de practicar el test de proporcionalidad, presenta un carácter *prima facie* y, sólo después de que se ha realizado el escrutinio, adquiere un carácter definitivo, de tal suerte que si la medida legislativa limitadora no supera el test de proporcionalidad, el contenido definitivo del derecho será coincidente con el atribuido *prima facie*; en cambio, si la ley se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido del derecho será más reducido que el aparente o *prima facie*. Desde luego que en la sentencia anterior se estableció

un obstáculo jurídico que impide a los quejosos ejercer el derecho a decidir qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, además de que impide realizar lícitamente todas las acciones o actividades necesarias para poder materializar esa elección por medio del autoconsumo de la marihuana: siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etcétera.

⁴⁹ Así, abundó que, respecto del presente tema, en el amparo directo 6/2008, el Pleno de esta Suprema Corte explicó que ese derecho “no es absoluto, pues encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público”; donde apreció que se trata de límites externos al derecho que funcionan como cláusulas que autorizan al legislador a intervenir en el libre desarrollo de la personalidad para perseguir esos fines.

una disposición normativa que a la postre constituirá jurisprudencia obligatoria para todos los tribunales del país, con las excepciones ya analizadas, lo que pone de manifiesto que, si esa sentencia propiamente constituye una norma, más lo será la propia jurisprudencia que al efecto se emita.

Otro ejemplo respecto del cual se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la materialización de los derechos humanos, es aquél en el que, a partir del derecho humano consagrado en el artículo 21.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos concerniente a la prohibición de la usura como una de las formas de explotación del hombre por el hombre, lo materializó al considerar que tanto los intereses ordinarios como moratorios pactados en un pagaré, entran en el campo de la prohibición a que se refiere dicho precepto convencional por ser usurarios, pues atendió a que esta prohibición se presenta cuando una persona obtiene en provecho propio de modo abusivo, sobre la propiedad de otro, un interés excesivo derivado de un préstamo.

De suerte que concluyó que la prohibición de la usura aplica para ambos tipos de interés, pues estableció que aunque es verdad que los intereses moratorios, en estricto sentido no son una consecuencia inmediata del préstamo, sino más bien una sanción impuesta ante un incumplimiento, no debe perderse de vista que en el caso del préstamo el incumplimiento está directamente vinculado a la obligación de pagar o a satisfacer el préstamo en la fecha pactada; por tanto, estimó que resultaba evidente que la prohibición de la usura aplica tanto a los intereses ordinarios como a los moratorios, máxime si se tiene en consideración que, por regla general, los dos tipos de interés se pactan precisamente al momento de celebrarse el préstamo, que es el momento en que el deudor puede encontrarse más vulnerable a aceptar las condiciones del préstamo. De lo anterior derivó la Jurisprudencia 1a./J. 54/2016 (10a.), que dice:

USURA. SU PROHIBICIÓN APLICA TANTO PARA LOS INTERESES ORDINARIOS COMO PARA LOS MORATORIOS PACTADOS EN UN PAGARÉ. El artículo 21, numeral 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la usura, así como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre; en este sentido, ninguna ley debe permitir que al amparo de la libertad contractual, una persona obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otro, un interés excesivo derivado de un préstamo. Así, cuando en uso de la libertad contractual se celebra un préstamo documentado en un título de crédito denominado pagaré, las partes tienen derecho a pactar el pago de intereses, los cuales pueden ser ordinarios y/o moratorios, los que si bien gozan de naturaleza jurídica distinta, se vinculan al préstamo y, cuando se generan,

representan un provecho en favor del acreedor que repercute directa y proporcionalmente en la propiedad del deudor; por tanto, si el referido artículo 21, numeral 3, prohíbe la usura y ésta se presenta cuando una persona obtiene en provecho propio y de modo abusivo, sobre la propiedad de otro, un interés excesivo derivado de un préstamo, esta prohibición aplica para ambos tipos de interés, pues aunque los intereses moratorios, en estricto sentido, no son una consecuencia inmediata del préstamo, sino más bien una sanción impuesta ante el incumplimiento del pago, no debe perderse de vista que el incumplimiento está directamente vinculado a la obligación de pagar o satisfacer el préstamo en la fecha pactada; por lo anterior, la prohibición de la usura aplica tanto para los intereses ordinarios como para los moratorios.

En otro aspecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre la dignidad humana, lo que aconteció en la Jurisprudencia 1ª./J 37/2016, pues se estimó que esta no consagra una simple declaración ética, sino que constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas, pues se proyecta a nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano merecedor de la más amplia protección jurídica. Esto es, la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute y el desarrollo integral de la personalidad.

Incluso, de manera más particular la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la contradicción de tesis 266/2017, entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Cuarto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, al partir del análisis de la dignidad humana, en materia de suspensión en el juicio de amparo, estableció que en ciertos casos excepcionales procede concederla de oficio y de plano para que se provea de ropa y calzado a un interno, pues consideró que en atención al artículo 126 de la Ley de Amparo, la suspensión se concederá de oficio y de plano cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea Nacionales.

Asimismo, interpretó tales prohibiciones a la necesidad de tutelar derechos fundamentales de especial relevancia, como la vida, la libertad, o la integridad

personal, de ataques que consumirían irreparablemente la violación en perjuicio del quejoso, lo que hizo imposible su restitución a través del amparo (la privación de la vida, de la libertad, etcétera). Determinó que por tormento deben entenderse aquellos actos y omisiones que afecten gravemente a la dignidad e integridad personales, como pueden ser, por mencionar algunos ejemplos, los actos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es decir, el tormento se refiere a actos graves que atentan contra los derechos humanos a la dignidad e integridad personales y, en principio, no puede equipararse, sin trivializarlo, a cualquier molestia –justificada o no– derivada de la reclusión en un centro penitenciario.

De manera tal que resolvió que si bien, en principio la omisión de las autoridades penitenciarias de proporcionar ropa y zapatos en buen estado a los presos no encuadra en alguno de los otros actos mencionados por el artículo 126 de la Ley de Amparo, o en el artículo 22 de la Constitución, particularmente en el de tormento para los efectos precisados, por lo que no son idóneos para conceder la suspensión de oficio y de plano, sino en todo caso aquella cuya naturaleza es a instancia de parte, lo cierto es que estableció que en casos excepcionales, esa omisión de proveer de ropa y calzado adecuado, dadas las circunstancias y el contexto, pudiera reunir las propiedades de un acto de tormento, cuestión que deberá determinar el juez de Distrito en cada caso particular. Contradicción de tesis de la que emanó la siguiente jurisprudencia:

SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. EXCEPCIONALMENTE, ES PROCEDENTE CONCEDERLA DE PLANO Y DE OFICIO TRATÁNDOSE DE LA OMISIÓN DE LA AUTORIDAD PENITENCIARIA DE PROVEER A LOS INTERNOS ROPA Y ZAPATOS EN BUEN ESTADO. Si bien este acto reclamado, por lo general, no constituye un acto de tormento de los prohibidos por el artículo 22 constitucional, para efectos de proveer de oficio y de plano sobre la suspensión en términos de los artículos 125, 126 y 128 de la Ley de Amparo, pues aunque implica una molestia, no se equipara a tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; lo cierto es que en casos excepcionales, la omisión de la autoridad penitenciaria de proporcionar zapatos y ropa adecuados a los internos puede constituir tormento y debe proveerse sobre la suspensión de oficio y de plano. Así sucede, por mencionar algunos ejemplos, cuando por las circunstancias y el contexto, es razonable suponer que esa omisión compromete la dignidad e integridad personales, ya sea por la exposición del interno a un clima extremadamente gélido o caluroso; por la presencia de fauna, flora u otros entes nocivos; cuando el acto se realiza con el propósito de vejear o humillar al interno, etcétera.

Sin duda, las anteriores consideraciones sirven de sustento para concluir que por medio de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se van materializando los derechos fundamentales tutelados, en algunos casos, de manera muy general y abstracta, tanto en el ordenamiento internacional como en el nacional, desde luego, a partir de los casos sujetos a su decisión, pues el derecho no está únicamente conformado por un sistema normativo, sino que, en buena medida, lo conforman los principios y valores. De ahí la gran importancia de la jurisprudencia, puesto que es en ella donde pueden resolverse los grandes conflictos que han surgido y surgirán a lo largo de los lustros y las décadas.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA: Los enjuiciamientos que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado mexicano por la vulneración de tratados internacionales, particularmente en la sentencia del 23 de noviembre de 2009, en el caso Rosendo Radilla Pacheco, dieron lugar a la implementación de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011 que culminaron con la expedición de la nueva Ley de Amparo el 2 de abril de 2013. Reformas que en lo particular reconocieron diversos derechos fundamentales de la persona, pues se incorporó el capítulo de derechos humanos, además de los principios de convencionalidad y pro persona, que obligan a los operadores del derecho a considerar los tratados internacionales que sobre derechos humanos ha sido parte el Estado mexicano; esto es, la Constitución mexicana se perfila para ser considerada una norma suprema con contenido de validez material o sustancial. Lo anterior, sin lugar a duda, constituye un cambio de paradigma que da lugar a un constitucionalismo progresivo que alimenta de validez sustantiva o material a las constituciones y que podemos denominar constitucionalismo actual.

SEGUNDA: En este nuevo paradigma, la jurisprudencia mexicana juega un papel de suma importancia, en la medida en que al ser la institución jurídica por excelencia en cuanto a interpretación de normas, será el principal instrumento normativo para cumplir con los presupuestos emanados, tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues concretamente el artículo primero constitucional impone el principio pro persona en cuanto a los derechos humanos, pues sus normas se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales en la materia, que favorecerán en todo tiempo a las personas la protección más amplia, además, impone la obligación de que todas las auto-

ridades, 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.

TERCERA: Conforme al cambio sustancial de paradigma, la jurisprudencia tiene un nuevo rol, en la medida en que ante la existencia de la sustantividad y materialización de las Constituciones, mediante la incorporación de derechos humanos, los cuales se reconocen de manera sumamente abstracta y general, entonces corresponderá a los jueces constitucionales definirlos concretamente, a partir de los casos sujetos a su decisión, pues cuando las constituciones se encuentran garantizadas, su efectividad corresponde a éstos, siendo la jurisprudencia el instrumento por excelencia de interpretación de normas y la reforma otro meramente excepcional.

CUARTA: Si se atiende a la sustantividad y fundamentalidad de los derechos humanos, el juez constitucional tiende a configurarse como un elemento racionalizador del sistema jurídico, dado que, a la luz de las exigencias de justicia vinculadas por el caso, debe concretizar los derechos fundamentales sumamente abstractos que se contienen, tanto en la Constitución mexicana, como en los tratados internacionales, los cuales a la postre generarán jurisprudencia obligatoria para futuros casos.

QUINTA: Si la Constitución mexicana se perfila para ser considerada como una norma suprema con contenido de validez material o sustancial se requerirá de mayores pautas argumentativas, basadas no solamente en el silogismo jurídico o la subsunción, sino en la técnica de la argumentación, de la ponderación y del juicio de proporcionalidad. Lo anterior se vuelve relevante si se acepta que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado.

SEXTA: Por tanto, si consideramos estas doctrinas, la jurisprudencia toma un papel sumamente importante, en la medida en que al menos tradicionalmente, su función era desentrañar el derecho a partir de la legislación, en tanto que, a partir de los cambios antes referidos, será el instrumento para interpretar los derechos y principios establecidos en las propias constituciones.

SÉPTIMA: La jurisprudencia, como herramienta de interpretación y justificación por medio de la argumentación, jugará un papel sumamente considerable, en la medida en que la generalidad y abstracción de derechos humanos, principios y valores se verán materializados a la luz de los casos concretos sujetos a la decisión judicial; y desde luego, contenidos en la propia jurisprudencia que los interprete y aplique.

LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN...
JOSÉ LÓPEZ MARTÍNEZ

VII. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

- Acuña, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales*, Porrúa, México, 2012.
- Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 2006.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- _____, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Fontamara, México, 2004.
- Arellano Hobelsberger, Walter, *Interpretación y Jurisprudencia en el Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 2009.
- _____, *Metodología Jurídica*, Porrúa, México, 2007.
- Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, 2a. ed., Ariel, España, 2004.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- Carbonell Sánchez, Miguel (comp.), *Argumentación jurídica, proporcionalidad y ponderación*, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, México, 2014.
- Carbonell Sánchez, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (comps.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010.
- Carbonell Sánchez, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo*, IJ-UNAM-Trotta, Madrid, 2007.
- Castañeda y G., Daniel H., *Filosofía de la jurisprudencia*, Porrúa, México, 2007.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos fundamentales y democracia*, trad. de Miguel Carbonell, IJ-UNAM, México, 2014.
- _____, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Colección Estructuras y Procesos, Madrid, 2006.
- Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, 7a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 11a. ed., Porrúa, México, 2000.

Massini Correas, Carlos Ignacio, *Los derechos humanos*, 2a. ed., Abeledo-Perrot, Argentina, 1994.

Pozzolo, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 21, Alicante, 1998.

Vigo, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2003.

_____, *El Iusnaturalismo actual –de M. Villey a J. Finiss*, Fontamara, México, 2003.

_____, *Interpretación jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1999.

ELECTRÓNICAS

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Engrose en versión pública de la sentencia Amparo en Revisión 237/2014*, 4 de noviembre de 2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. <http://www.scjn.gob.mx>

www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh.

www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=fra#n13740489754493224534507_pointer.

www.oas.org/dil/esp/tratados_B-

www.un.org/es/sections/history-united-nations/index.html.

www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/.

EL ABC DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU VALOR NORMATIVO EN EL QUEHACER JURISDICCIONAL

ABC OF HUMAN RIGHTS THEORY AND ITS NORMATIVE VALUE
IN THE JUDICIAL WORK

JAVIER LOYOLA ZOSA*

ULISES FLORES SÁNCHEZ**

RESUMEN: A seis años y once meses de la entrada en vigor de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, su entendimiento y aplicabilidad ha sido deficiente en razón del desconocimiento que impera respecto de la dogmática que regula tanto su contenido como su fundamento filosófico; lo cual ha impedido otorgar a los derechos humanos un papel prioritario en el fortalecimiento del Estado constitucional y convencional de derecho. En ese sentido, resulta necesario conocer, al menos someramente, los aspectos generales más importantes que giran en torno a los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: *Persona humana; dignidad de la persona; fundamento y clasificación de los derechos humanos; práctica judicial.*

ABSTRACT: Six years and eleven months after the entry of the constitutional reform of June 10, 2011, its understanding and applicability has been deficient due to the ignorance that prevails regarding the dogmatic that regulates both its content and its philosophical foundation; which has prevented giving human rights a priority role in strengthening the constitutional and conventional law. In that sense, it is necessary to know, at least briefly, the most important aspects that revolve around human rights.

KEYWORDS: *Human dignity; foundation and classification of human rights; judicial practice.*

Fecha de recepción: 25/05/2018.

Fecha de aceptación: 25/09/2018.

* Juez Tercero de Distrito de Amparo y Juicios Federales en el Estado de Querétaro y aspirante a Maestro en Competencia Constitucional y Ordinaria. Correo electrónico: javier.loyola.zosa@correo.cjf.gob.mx

** Oficial Administrativo adscrito al Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito, con sede en Acapulco de Juárez, Guerrero. Correos electrónicos: uflores78@hotmail.com y ulises.flores@loyola.edu.mx

SUMARIO: I. Noción de la materia. II. Explicación filosófica de la idea de derechos humanos. 1. La persona humana y los valores en el derecho. 2. Clasificación de los valores jurídicos. III. Los derechos humanos. 1. Sobre el problema del concepto de derechos humanos. 2. Diversas nomenclaturas para su identificación. IV. Concepto de derechos humanos. 1. La dignidad de la persona como piedra angular de los derechos humanos. V. Fundamento de los derechos humanos. 1. Teorías sobre los derechos fundamentales. VI. Clasificación de los derechos humanos. 1. Crítica a la teoría de las “generaciones o edad de los derechos”. VII. Breve reflexión sobre la interpretación funcional del valor de los derechos humanos en la práctica judicial. VIII. Referencias.

“La vida buena, es, nada más, la vida humana con todas las ventajas, comodidades, seguridades, que el desarrollo de la humanidad ha puesto en el escaparate, para que todos la vean, aunque no las puedan conseguir”.

Oscar Correas

I. NOCIÓN DE LA MATERIA



Es muy común que al inicio de toda investigación o discusión sistemática se empiece por definir o conceptualizar las palabras o los términos de lo que se pretende analizar para poder alcanzar una denotación lo más clara posible como resultado final.

De ahí que, quienes de alguna manera nos dedicamos a cultivar la ciencia del derecho, tratamos de formular ideas claras para intentar esclarecer el discurso en el que éstas se utilicen para no construir expresiones inexactas. Acertadamente se ha dicho que el intento de poder tener claro el significado de conceptos oscuros o de dar algún sentido a expresiones confusas es una de las tareas tradicionales de la filosofía. Lo anterior es así, ya que necesariamente las palabras representan cosas, por lo que antes de querer investigar sobre la supuesta cosa a la que esas palabras se refieran debe indagarse sobre la manera y las condiciones en que son utilizadas dentro del lenguaje ordinario.

En la especie, el principal término a dilucidar es “derechos humanos”, en el sentido de derechos o exigencias que derivan de la naturaleza de la persona humana. Sin embargo, el término “derechos humanos” no puede ser definido tan fácilmente, entre otras razones, porque los pensadores serios han ofrecido definiciones muy diferentes, extrañas e incluso hasta paradójicas, toda vez que

dentro del lenguaje de los juristas, fácilmente puede observarse que el vocablo “derechos humanos” encabeza una familia de palabras que se encuentran semánticamente emparentadas, tales como: “libertades públicas”, “derechos naturales”, “derechos innatos”, “derechos subjetivos”, “privilegios”, entre otras.

En ese sentido, se puede reconocer a los “derechos humanos” si los vemos, pero difícilmente podrán definirse si, como dijimos, antes no se indaga sobre las condiciones en torno a las cuales gira el uso del término, toda vez que si bien es cierto se puede conocer mucho sobre “derechos humanos”, también lo es que hay mucho respecto de los mismos y de sus relaciones con otras cosas o derechos que no pueden explicarse y que no se entienden claramente. Hay pues, en materia de derechos humanos un -real o aparente- caos terminológico, lo que puede considerarse como un indicio de caos conceptual.¹

Por lo anterior, consideramos necesario hacer un esbozo de los aspectos generales de los derechos humanos, en virtud de que el estudio de los mismos implica forzosamente saber, primero, si ocupan o no algún puesto dentro del mundo del derecho y, posteriormente, si es que lo ocupan, determinar qué lugar ocupan dentro de un ordenamiento jurídico concreto, con el objeto de poder saber si son un invento o un descubrimiento.

Así, en el presente ensayo, se tratarán a grandes rasgos los aspectos generales más importantes sobre los derechos humanos, para intentar contestar preguntas como: ¿Qué son los derechos humanos? ¿Con qué otro tipo de nombre se les identifica? ¿Cómo se les ha clasificado? ¿Qué hace fundamental a un derecho humano? ¿Cómo suelen clasificarse? Vayamos por partes.

II. EXPLICACIÓN FILOSÓFICA DE LA IDEA DE DERECHOS HUMANOS

Una de las primeras cuestiones que deben analizarse previo a la explicación del concepto sobre los derechos humanos, es la relativa al tema de su fundamento o explicación filosófica, que indudablemente tiene que ver con su razón de ser. En ese sentido, las preguntas principales al respecto son: ¿Por qué es necesario tener derechos humanos? ¿Qué valores jurídicos pretenden protegerse mediante éstos? ¿Cuáles podrían ser los criterios para determinar que ciertos valores jurídicos sean fundamentales para ser protegidos y cuáles deben considerarse como consecutivos y que otros sean instrumentales?, en suma

¹ Véase Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 305 y 306.

EL ABC DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU VALOR NORMATIVO...
JAVIER LOYOLA ZOSA / ULISES FLORES SÁNCHEZ

¿por qué razón llegan a estar contenidos los derechos humanos dentro de una Constitución como la mejor expresión de ciertos valores jurídicos considerados de gran importancia para una sociedad.

En ese contexto, autores como Luigi Ferrajoli señalan que la explicación filosófica de los derechos humanos debe buscarse en valores o principios como la igualdad, la justicia, la democracia, la paz y, dentro de los propios derechos, como leyes de las personas más débiles dentro de una sociedad.² Dichos valores son la piedra de toque de cada uno de los derechos fundamentales, en la medida que son precisamente su fundamento.

1. LA PERSONA HUMANA Y LOS VALORES EN EL DERECHO

Si se pretende entender y explicar correctamente lo social, es decir, los hechos sociales, es necesario primero analizar, aunque sea sólo brevemente, la realidad de la vida humana. Todos los hechos y actividades sociales son conducta humana, los cuales tienen su origen, su campo y proyección en la vida del hombre. Por tanto, es importante estudiar al ser humano, ya que él es el centro, el agente y el objeto de todas las actividades sociales.

Pues bien, si nos ponemos a analizar fuera de toda cuestión ideológica los actos, las aspiraciones, inquietudes, tendencias y, en general, la vida del ser humano puede observarse claramente que todo ello va encaminado siempre a superarse a sí mismo, obtener la felicidad plena y búsqueda del bien, sin estar impregnada de maldad o dolor. Si se toma en cuenta esa aspiración de lograr la felicidad, se puede explicar y hasta justificar cualquier actividad de las personas, quienes, en cada caso concreto, pretenden conseguirla mediante la realización de los fines específicos que se propongan.

En esa tesitura, al integrar su propia finalidad vital, el hombre pretende realizar valores con independencia de que sean positivos o negativos. La circunstancia de que todo ser humano tenga o deba tener una teleología axiológica, el hecho de que el sujeto encauce su actividad externa e interna hacia la obtención de un valor o hacia su realización particular, ha suscitado la concepción del hombre como persona.

Por consiguiente, el concepto de persona como un todo surge a la luz de una idea ética; en consecuencia, consideramos que la persona humana es aquel

² Ferrajoli, Luigi *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4a. ed., Trotta, Madrid, 2009.

ente que tiene un fin que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí mismo, y que por eso posee cabalmente dignidad, a diferencia de todos los demás, de las cosas que tienen su fin fuera de sí, que sirven como mero medio a fines ajenos y que, por tanto, tienen precio; en consecuencia, cada individuo puede asumir las normas personales de comportamiento que considere adecuadas para alcanzar su propia felicidad.

Ahora bien, el derecho no sólo es un simple instrumento coactivo, sino un orden normativo referido a valores; su principal aspiración es realizar esos valores en la vida social, lo que constituye la esencia misma de las normas jurídicas.

En ese sentido, el derecho, con su sola presencia en sociedad, al cumplir una función adquiere un valor. El valor de lo jurídico se encuentra inicialmente dado por lo que el derecho aporta a la vida social; de ahí que puede afirmarse que el derecho en cuanto conjunto de normas jurídicas, encarna y propicia ciertos valores, ciertos bienes propiamente jurídicos, sin los cuales no sería posible que cumpliera su función original: facilitar la convivencia social al asegurar intereses primarios.

De lo anterior se desprende que el derecho no puede justificarse por el simple hecho de ser derecho, sino por los fines que pretende alcanzar, los cuales se encuentran implícitos al momento de la creación de la norma jurídica por el legislador; en consecuencia, lo que debe examinarse es, qué es en general lo bueno o lo malo en el derecho. El valor o la importancia de una ley no sólo podrá determinarse en cuanto a su eficacia dentro de un sistema jurídico, sino por los valores a los que aspira proteger, los cuales sirven de fundamento a sus fines; sin embargo, no es útil abordar el tema de los fines del derecho si no existiesen en la experiencia histórico-jurídica fines específicos a perseguir de las instituciones.

2. CLASIFICACIÓN DE LOS VALORES JURÍDICOS

Valores jurídicos fundamentales (primer estándar valorativo). Los valores que el derecho establece en sociedad con su sola presencia constituyen lo que se llama el valor de lo jurídico. Tales valores tienen el rango de fundamentales porque de ellos depende la existencia de todo orden jurídico con independencia de cualquier consideración moral, ética o política posterior.

Los valores fundamentales que otorgan al derecho una validez de tipo formal y que constituyen el primer estándar valorativo son: la justicia, el orden, la

seguridad y la igualdad jurídicos. Dichos cuatro valores son el resultado típico de una normatividad coactiva, de las características de la jurídica, que funcionan con un mínimo de eficacia en el ámbito de la vida social y que implican la legalidad de un sistema u orden jurídico.

Valores jurídicos consecutivos (segundo estándar valorativo). Al segundo estándar valorativo corresponde otorgar sentido y contenido a los tres valores fundamentales –orden, seguridad e igualdad–, que dan validez de orden formal al derecho para obedecer lo establecido en las normas jurídicas con independencia de consideraciones éticas o políticas (legalidad). Sin embargo, dichos valores fundamentales no son suficientes para justificar al Derecho, ni para basar plenamente la obediencia al orden jurídico establecido.

En consecuencia, el derecho, al no ser un fin en sí mismo, necesita de la realización y el aseguramiento de otros valores superiores que tiendan al respeto de los derechos fundamentales de la persona y la convivencia armónica de la sociedad. Tales valores jurídicos llamados consecutivos que conforman el segundo estándar valorativo son la vida, la dignidad humana, la libertad y la paz social.

Valores jurídicos instrumentales o mediales. Son aquellos que corresponden a cualquier medio de realización de alguno de los considerados fundamentales que pertenecen al primer estándar valorativo, o bien a alguno que incumba a los consecutivos del segundo. En otras palabras, se traducen por adecuación final o teleológica a todos los derechos procesales, los cuales valen instrumentalmente en la medida en que funcionan como medios de realización de valores de cualquiera de las otras dos especies.

III. LOS DERECHOS HUMANOS³

Al considerar la explicación filosófica respecto a la idea de los derechos humanos y los valores jurídicos que para la persona humana se protegen por

³ Otra capsulita jurídico-cultural. Cabe aclarar, sin que ello se tome como una discusión meramente conceptual o bizantina, que las expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales” no son sinónimas, toda vez que los derechos humanos, también conocidos como derechos naturales (nombre clásico) o morales, son “auténticos” derechos en tanto no se encuentran protegidos mediante una acción procesal ante un determinado órgano jurisdiccional; sin embargo, para que esos derechos humanos o naturales se conviertan en fundamentales, deben ser establecidos o positivizados en un ordenamiento jurídico que tenga el rango de ser una norma superior o fundamental dentro del sistema jurídico al que pertenezca, es decir, en una Constitución.

medio del derecho, surge ahora el siguiente cuestionamiento: ¿A qué se hace referencia cuando en el lenguaje cotidiano se utiliza la expresión “derechos humanos”? ¿Por qué se dice que el futuro de la humanidad depende del irrestricto respeto y protección de los “derechos humanos”? ¿Por qué desde los últimos sesenta y siete años se han vuelto una moda los “derechos humanos”?

Empíricamente, tenemos muy fija la idea de que los derechos humanos se encuentran vinculados con ciertas exigencias éticas de suma importancia que los seres humanos tienen por el simple hecho de serlo y que deben ser protegidas eficazmente por conducto del Derecho. De igual forma, sabemos que la expresión “derechos humanos” va encaminada al respeto, protección, promoción o reivindicación de la persona humana ante las diversas formas del poder social o político.

Sin embargo, fácilmente podemos reconocer a los “derechos humanos” si los vemos, pero difícilmente podremos definirlos si antes no se indaga un poco sobre sus antecedentes y condiciones en torno a los cuales gira el uso del término. De ahí que a continuación expliquemos brevemente respecto de su génesis, sus diversas denominaciones y problemática en cuanto a su naturaleza jurídica.

Si consideramos que los derechos humanos tienen un carácter multidimensional, el origen de los mismos puede ser analizado desde tres puntos de vista esenciales, en los que la mayoría de la doctrina constitucional de la segunda posguerra mundial es coincidente: uno filosófico o teórico, otro metajurídico u ontológico y finalmente el estrictamente jurídico o normativo.

Origen filosófico o teórico. Se ha buscado el origen de los derechos humanos en la corriente filosófica del estoicismo antiguo del siglo III antes de nuestra era (Zenón, Cleantes y Crispo junto con las ideas de Platón y Aristóteles) a la que, junto con el epicureísmo, ya no le interesan las ideas políticas griegas relativas a la justificación objetiva del derecho y del gobierno de las ciudades-Estados, sino lo que se planteaba era la determinación de los valores que debían regular la conducta del individuo y en qué convicciones deberían apoyarse las personas para tener una vida segura sobre la cual conducirse; el estoicismo busca que todos los hombres se encuentren sujetos a una recta razón universal, buena para la mayoría, con independencia del origen o las creencias de cada grupo o sociedad, la cual le proporciona educación y un punto de apoyo para el alma; con ello surgió la idea de ley natural y ciudadanía universal clave para el pensamiento del Derecho Romano y la época medieval.⁴

⁴ Véase Terán, Juan Manuel, *Filosofía del derecho*, 14a. ed., Porrúa, México, 1998, pp. 254-258.

Los estoicos reiteraban que la razón humana era la base del derecho, cuando sostenían que los hombres son iguales en cuanto a seres racionales; destacaban la idea de igualdad de derechos conforme a la misma ley natural y despreciaban la sociedad donde imperaba la desigualdad basada en la esclavitud. Tales ideas que hacen referencia a la fraternidad humana se fortalecerían con el cristianismo, con el que se retoma la concepción de la igualdad de los hombres, postulados de los actuales derechos humanos. El cristianismo, al pugnar por la ley eterna, representa la más importante proclamación de los derechos humanos, mediante la idea de una fraternidad universal e inviolabilidad de la persona, con todas sus prerrogativas.

Tiempo después, comienza a buscarse el origen de los derechos humanos en el pensamiento de la Ilustración con autores como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu y, en el campo de lo penal, hasta en Beccaria, quienes esgrimen abundantes argumentos en defensa de la dignidad humana frente a la idea del Estado absolutista que se había venido gestando desde la Edad Media.

Dichos autores junto con todos aquellos que sostienen posiciones con matices iusnaturalistas sostienen la existencia de ciertos derechos anteriores e incluso superiores al Estado, y afirman que los derechos humanos son derechos de tipo moral y no jurídico, es decir, derechos establecidos por principios morales al ser “razones para actuar” que se encuentran “antes” que el derecho producido por el Estado. En todo caso, es entendible su forma de pensar ya que en la época en que escribieron sus obras, eran escasas o muy pocas las normas jurídicas que establecían derechos humanos. De ahí que, toda su producción escrita se encuentra impregnada de cuestiones teóricas de tipo racional o en algunos casos de aspectos religiosos, pero no jurídicos.

Origen metajurídico u ontológico. Desde el punto de vista ontológico, los derechos humanos son razones fuertes que sirven de punto de partida para producir normas jurídicas; en consecuencia, existen antes que el derecho positivo. Lo anterior, toda vez que existen sistemas jurídicos que no respetan los derechos humanos, por lo que se exige que el mismo los reconozca; en consecuencia, éstos resultan ser algo anterior al derecho.

En ese sentido, dicho aspecto metajurídico se puede encontrar en algunos antecedentes remotos, tales como los diez mandamientos de Moisés, en el Código de Hammurabi o incluso en las Leyes de Solón.

Origen jurídico o normativo. El surgimiento propiamente técnico jurídico de los derechos humanos empata con el nacimiento del Estado constitucional

y las constituciones modernas en el último cuarto del siglo XVIII, tanto en Francia como en Estados Unidos.

Son tres los documentos más importantes y representativos dentro de la historia normativa de los derechos humanos en particular y del derecho en general, a saber: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, la Constitución de los Estados Unidos y sus primeras enmiendas de 1787-1791 y el documento jurídico más citado de la historia que es la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En un inicio, las cartas constitucionales de derechos humanos contenían principalmente derechos concernientes a las “libertades” –de expresión, prensa, reunión, religión, tránsito, etcétera– de la persona con el objeto de preservar una esfera a su favor libre de toda intromisión de la autoridad. De lo que se trataba era de someter o limitar el poder del Estado.

Con el paso del tiempo, a las libertades individuales se le fueron añadiendo de manera paulatina otros derechos, como los llamados derechos de “seguridad jurídica” que imponen a las autoridades del Estado la obligación de crear tribunales y procedimientos necesarios para evitar la venganza privada, con el objeto de dirimir las controversias suscitadas entre los particulares y aplicar la ley a quienes hayan dejado de observar sus deberes.

De los documentos anteriores, se infiere que la ideología jurídica ha llamado a los derechos humanos, desde hace mucho tiempo como derechos subjetivos, que no son sino una parte del conjunto de éstos. Lo anterior, ha sido investigado de forma –podemos decir– definitiva por Michel Villey, quien afirmó que los derechos subjetivos o “humanos” son una ideología que se va fraguando con el inicio de la historia del capitalismo; que en esa parte coincide, tal vez sin saberlo, con las investigaciones de Carlos Marx y Hans Kelsen.⁵

1. SOBRE EL PROBLEMA DEL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

El primer problema que debe resolverse cuando se aborda el tema de los derechos humanos tiene que ver tanto con su concepto como en su fundamento. Tales cuestiones están relacionadas de tal forma, que el término y predicado

⁵ Villey, Michel, “La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam”, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976, pp. 149 y ss.

que a dichos derechos se les quiera atribuir, dependerá de la postura o corriente de pensamiento *ius* filosófica que se quiera seguir con el fin de explicar su fundamentación.⁶ En ese sentido, una forma de abordar este tema es, en primer lugar, al precisar los aspectos referentes a su concepto y, en segundo, pero de modo paralelo al de su legitimidad o fundamentación.

En ese contexto, el concepto de derechos humanos, al igual que muchos otros en el mundo del derecho, es utilizado con demasiadas imprecisiones tanto en el lenguaje y escritos coloquiales como por los mismos especialistas en la materia, quienes suelen no tener muy claro cuáles son los alcances de dicha expresión, debido a la gran cantidad de significados que tiene y que se utilizan de manera indiscriminada.

En ese sentido, para referirse a la idea de derechos humanos se acude a varias expresiones supuestamente sinónimas. Podrían enumerarse, entre éstas, conceptos como derechos naturales, derechos innatos, derechos subjetivos públicos, garantías individuales, principios generales del derecho o derechos fundamentales.

2. DIVERSAS NOMENCLATURAS PARA SU IDENTIFICACIÓN

Con independencia del lenguaje normativo que suele usarse dentro de un determinado sistema jurídico, el derecho existe en el acto del lenguaje o, como diría el propio Searle y Austin, en los famosos actos de habla que conforman lo que Wittgenstein llamó como “juego de lenguaje”.⁷ Y es que el derecho, al igual que cualquier conducta del ser humano, no es otra cosa que actos lingüísticos; de ahí que se habla de la fuerza performativa del lenguaje dentro de la cual, el derecho existe en el acto de lenguaje de aquél que mira la conducta de otro.

En ese sentido, si consideramos el modo como funciona el lenguaje y las palabras adquieren su significado, y siguiendo el aparato conceptual wittgensteiniano del “juego de lenguaje”, será viable comprobar que el vocablo “derechos

⁶ Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, p. 13.

⁷ En términos wittgensteinianos, un juego de lenguaje es “un conjunto de términos que queda caracterizado en función de las acciones de los hablantes y con las que las palabras en cuestión están relacionadas”. Para él, no existe “el lenguaje”, sino que existen muchos lenguajes, tantos como formas de vida; cada forma de vida da lugar a un juego de lenguaje, con reglas y objetivos propios. Entre los juegos de lenguaje existen sólo ciertos parecidos o rasgos comunes, no una esencia común. Wittgenstein, Ludwig, *Philosophical investigations*, trad. de G. E. M. Anscombe, Prentice-Hall, New Jersey, 1958, p. 31.

humanos” es usado de forma diferente en distintos ámbitos o dimensiones con sus respectivos discursos, al referirse a prácticas diversas pero siempre caracterizadas por sus respectivos objetivos y a lo que los hablantes quieren lograr en dichos ámbitos; en otras palabras, servirá para explicar de manera razonada el que los derechos humanos tengan un carácter multidimensional y multívoco.

Así pues, y dado que los derechos humanos son la lengua común a toda la humanidad, el término jurídico o expresión “derechos humanos”, según las épocas o zonas, ha recibido y recibe denominaciones distintas, a saber:

Derechos naturales. Los que tienen su fundamento en la naturaleza; no deben su origen a la voluntad normativa de la autoridad, independientes y anteriores a las normas positivas. Corresponden al hombre por el mero hecho de existir.

Derechos innatos. Nacen con el hombre a diferencia de algunos derechos humanos, como los económicos, sociales y culturales que, a veces, necesitan de un hecho positivo para su reconocimiento.

Derechos fundamentales del hombre. Son los derechos humanos establecidos en un ordenamiento jurídico positivo, o bien sólo los derechos humanos civiles y políticos. Sirven de fundamento a otros derechos más particulares, en virtud de que tiene como principal función proteger los bienes más esenciales o básicos de todo ser humano que lo hacen autónomo.

Derechos o garantías individuales. Término en desuso que se ha empleado cuando se consideraba como derechos humanos sólo los derechos y libertades del individuo como garantía de la no intervención del Estado en su esfera privada.

Derechos de la personalidad. Comprende aquellos derechos que se ejercen sobre la propia persona en sus atributos físicos y morales. Gutiérrez y González considera que los derechos de la personalidad constituyen la parte afectiva o no pecuniaria del patrimonio de las personas y los define como “los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico”.⁸

Fue Capitant quien propuso bautizarlos con ese nombre al decir que “tienen por objeto la protección de la persona misma y que, a pesar de no integrar

⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 9a. ed., Porrúa, México, 2011, p. 830.

el patrimonio, pueden servir de fundamento a una demanda de indemnización cuando son lesionados: derechos al honor, a la consideración, a la integridad de la persona moral, intelectual o física, al nombre, derecho de autor a permanecer dueño de su pensamiento, etcétera”.⁹

Derechos subjetivos. Denominación que se relaciona más con la de derechos humanos, al entenderlos como potestad de obrar del sujeto; sin embargo, los subjetivos sólo comprenden las facultades derivadas de un ordenamiento jurídico-positivo.

Derechos del hombre y del ciudadano o públicos subjetivos. Son los derechos de la persona en su doble aspecto de individuo y de residente frente al poder del Estado, los cuales tienen su fundamento en las teorías del Estado liberal de derecho.

Es de precisar que dentro de estos se encuentran también comprendidos los derechos sociales y que no sólo se circunscriben a los derechos regulados en el derecho positivo.

Derechos morales. Esta nomenclatura es propia de los países de tradición jurídica anglosajona. Sin embargo, aun cuando dicha expresión en países con idioma español o de otras lenguas romances como el italiano puede sonar contradictoria, es muy frecuente su uso. Eusebio Fernández ha expresado que con el término derechos morales lo que se quiere es describir: “la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos”.¹⁰ Por su parte, Fernández García, considera que la palabra “morales” junto a la de “derechos”, hace referencia tanto a la fundamentación ética de los derechos morales como al número de derechos que consagra; de ahí que se puede pensar en derechos morales en el sentido de exigencias éticas vinculadas estrechamente a la idea de dignidad humana, es decir, que son un sustento ético previo al jurídico.

Libertades públicas fundamentales. Se refieren más que nada a los derechos civiles y políticos, tanto individuales como de los grupos sociales frente al poder.

Principios generales del derecho. Al considerar que los sistemas jurídicos no se bastan a sí mismos, los principios generales del derecho pueden ser de dos tipos: tanto en función de su naturaleza, como en la forma en que suelen

⁹ Capitant, Henri, *Vocabulario jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 426.

¹⁰ Fernández García, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, p. 108.

aparecer en los sistemas jurídicos.¹¹ Los primeros pueden ser de tipo lógico-jurídico y los segundos de carácter axiológico. Los de carácter lógico-jurídico se conforman por los aforismos o máxima del derecho que funcionan como fuente formal en cada uno de los sistemas jurídicos y que resultan de las deducciones jurídicas que se hacen del propio sistema jurídico obtenidas a lo largo del tiempo. Los principios axiológicos se componen por el conjunto de principios que revelan los valores que inspiran y dan sentido a cada sistema jurídico tales como los de libertad, autonomía y dignidad humana, entre otros. Los de carácter lógico-jurídico dependen de los axiológicos, ya que se inspiran de ellos y no deben contradecirlos.

Pues bien, si pensamos que la clasificación de los valores jurídicos explicados con antelación, conforme a la tesis del doble estándar valorativo del derecho, puede entenderse la función de los principios generales del derecho y su relación con los derechos humanos, al ubicar a los principios de carácter lógico-jurídico dentro del primer estándar valorativo y a los de carácter axiológico dentro del segundo estándar valorativo.

Así pues, es de concluirse que los derechos humanos –al ubicarlos en el segundo estándar valorativo de los sistemas jurídicos como principios generales del derecho en su carácter axiológico– se presentan como auténticas alternativas a la definición de su figura jurídica o estatuto técnico instrumental que no quedan exentos de la práctica jurídica cotidiana.

En conclusión, de las diversas connotaciones del término derechos humanos debemos resaltar que la Carta de las Naciones Unidas de 1945 adopta la de “derechos fundamentales” en su preámbulo, y la de “derechos humanos y libertades fundamentales” en los artículos 1 y 55, y que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), del 10 de diciembre de 1948, recoge varias expresiones.

Resulta atinado lo que Briseño Sierra apunta en el sentido de que los jueces Spender y Fitzmaurice sostenían que, en el lenguaje jurídico, difícilmente se encuentra un término que no haya sido transformado por una gran variedad de significaciones y asociaciones. Es difícil –continúan diciendo– que exista una expresión técnica que no necesite de una redefinición o previa definición, para ser concretamente aplicada a una determinación legal. Difícilmente no hay un concepto que pueda ser usado en sentido amplio y de varias maneras en una

¹¹ Cfr., Álvarez Ledesma, Mario I., *Introducción al derecho*, 3a.ed., McGraw-Hill, México, 2015, pp. 270-280.

misma situación, según puntos de vista subjetivos sobre los que indica o deba indicar un contexto.¹²

Finalmente, es oportuno recordar lo que Bidart Campos refiere acerca de la existencia en la diversidad de expresiones o denominaciones que sobre el término “derechos humanos” se han ido creando, al decir que:

[...] el uso de las expresiones que, con unos vocablos o con otros, aluden a los derechos humanos, pone en evidencia que allí donde los derechos no se reconocen, no se respetan, o se violan, pero las denominaciones se proclaman, hay de alguna manera conciencia pública de que los desvíos y entuertos transgreden la concepción común y general de los derechos humanos. Mientras se mantenga una mínima coincidencia en el objeto al cual mientan ellas (las expresiones sobre los derechos humanos), no nos parece fundamental cuestionar su empleo indistinto, en respeto al gusto de cada quien. (...), el problema de cómo se los llame se nos vuelve accesorio (...). Otra cosa será después el lenguaje normativo, o sea, las fórmulas con que se plasmen en el orden de las normas las declaraciones y el reconocimiento de los derechos. Es un punto trascendente [...].¹³

Sin embargo, la unificación conceptual de los derechos humanos trae como consecuencia en gran parte la ineficacia en su cumplimiento; por tanto, es de suma importancia crear una teoría adecuada de los derechos humanos para poderlos implementar de manera efectiva. Consideramos que de las diversas nomenclaturas a las que se ha hecho alusión, deben tener como punto de partida las teorías que históricamente han sustentado los derechos humanos, y que son el iusnaturalismo y el iuspositivismo por todas conocidas, empero, ambas teorías presentan insuficiencias, ya que un derecho humano no reconocido ni garantizado por una norma positiva (inclúyase tratado internacional), no es derecho propiamente dicho, y también es contradictorio y atentatorio a la dignidad humana condicionar los derechos humanos a las decisiones unilaterales de los legisladores, dependiendo de la vigencia de los que regulan las normas positivas.

En ese sentido, se puede decir que en realidad ambas teorías deben coexistir, la positivista necesita del iusnaturalismo para encontrar en este su fundamento y justificación, y la iusnaturalista se apoya en el positivismo para

¹² Briseño Sierra, Humberto, “El principio acusatorio en el proceso penal”, Ponencia pronunciada en el Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Procesal, *Revista de la Escuela de Derecho*, núm. 6, t. I, Universidad Autónoma de Sinaloa, julio a septiembre de 1970, p. 45.

¹³ Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, pp. 68 y 69.

mostrarse mediante normas y regular de forma inmediata las relaciones humanas individuales y sociales. El aspecto de subordinación en la actualidad se entiende como la ley natural que limita al legislador humano, lo cual presenta una garantía para el ciudadano.

IV. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

La noción de derechos humanos participa del derecho constitucional y del derecho internacional. Al primero corresponde la organización de los órganos estatales y de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. El segundo, además de regular las relaciones internacionales entre Estados, se encarga de los vínculos entre los ciudadanos de distintos países y busca una estrecha unión entre sus miembros; resulta un medio eficaz para ello la protección y desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Si se considera que se tratan de derechos pertenecientes a la propia naturaleza humana se tendría que no son producto de ninguna modificación o declaración humana, ya que siempre han existido. Sin embargo, han estado hermanados en cuanto a su existencia formal y su protección, con la historia del pensamiento jurídico.

Ferrajoli prescinde de la corriente filosófica del iusnaturalismo, que habla de derechos humanos y se refiere a derechos fundamentales en virtud de encontrarse contenidos en una disposición de rango jerárquico superior dentro de un determinado sistema jurídico llamado Constitución, lo que proporciona una definición teórica estipulativa, estrictamente formal, toda vez que deja a un lado las corrientes doctrinarias que tratan de fundamentar los derechos humanos, al identificar los rasgos estructurales que, en función a su finalidad, se pueden asociar a dicha expresión cualquiera que sea su contenido, pues considera que son:

Todos aquellos derechos subjetivos -ya sean civiles o políticos, de libertad o sociales- que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.¹⁴

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 6a. ed., Trotta, Madrid, 2009, p. 37.

A partir de la concepción de derechos fundamentales, el mismo Ferrajoli distingue dos tipos de ellos, los que se encuentran asignados universalmente a todos los sujetos de una determinada clase, y los derechos patrimoniales, que son asignados a una persona con exclusión de su titularidad a cualquier otra persona.¹⁵

La definición que en lo personal nos parece la más adecuada y acertada es la que proporciona Pérez Luño para quien los derechos humanos son: “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.¹⁶

Como puede observarse dicha definición recoge aspectos humanistas de tipo ético y moral con su correspondiente positivización estatal e internacional. Se trata pues, de una definición concisa que abarca las características esenciales generalmente aceptadas sobre los derechos humanos, toda vez que se enfoca exactamente en el meollo del asunto al delimitar el contenido de los derechos humanos, y no es tautológica como son la mayoría de las definiciones que siempre dicen que “los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre”, ya que no sólo especifica una serie de “exigencias” humanas (dignidad, libertad e igualdad), sino que, además, refiere al carácter histórico de éstas. Aunado a lo anterior, la definición de Luño no es formalista, como las proporcionadas por otros tantos estudiosos de la materia, quienes afirman que “los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado”, en virtud de que al dejar a cargo del ordenamiento jurídico su reconocimiento positivo incluye, no sólo los aspectos normativos del proceso de positivización, sino que también circunscribe a las técnicas de protección o garantías para la realización efectiva de los mismos.

Conforme a lo expuesto y considerando la pluralidad de conceptos y definiciones que sobre los derechos humanos se han elaborado, además de tener presente que los seres humanos nacen iguales en dignidad y derechos –centrando la premisa del derecho a la igualdad en dar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, dando para el trato desigual una justificación

¹⁵ *Ibidem*, p. 46.

¹⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique *et al.*, *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, España, 1979, p. 43; Alemany Verdaguer, Salvador, *Curso de Derechos Humanos*, Bosch, España, 1984, p. 16.

objetiva y razonable, desde el punto de vista del principio de razonabilidad respecto del derecho de igualdad y no discriminación- y tomando una postura ecléctica en la que se fusionan, de alguna manera, tanto la postura del iusnaturalismo deontológico como la teoría del iuspositivismo metodológico de tipo ético-utilitarista y bajo una concepción “convencionalista” consideramos, de manera provisional, que los derechos humanos son: valores cualificados, tanto individuales como sociales, cuyos titulares son todas las personas –tanto humanas como ficticias o no humanas- en las esferas de relación de supra a subordinación y de coordinación,¹⁷ que al derivar directamente de la dignidad humana la defienden, ya que al estar especialmente apreciados por la llamada moral social se plasman de manera escrita con una estructura jurídica especial, con la finalidad de que el gobernante los garantice y respete de manera directa, por constituir un patrimonio común de la civilización, lo que otorga seguridad jurídica.

Estamos conscientes que el enfoque científico, la metodología y la posición teórica que se adopte serán factores determinantes al momento de la elaboración de un concepto de derechos humanos, toda vez que éste es un término polisémico, plurivalente que tiene infinidad de significados; de ahí que cualquier concepto elaborado sobre el mismo podrá tener sus deficiencias.

Por su parte, nuestros ministros del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han hecho alusión a los derechos humanos en el sentido de que constituyen los límites dirigidos a los que debe sujetarse no sólo el ejercicio del poder del Estado, sino que también están dirigidos a regular las relaciones entre particulares, en aras de lograr un desarrollo social armónico,¹⁸ o bien que son “en su definición más básica pretensiones jurídicas destinadas a establecer los límites que los representantes de los ciudadanos no pueden traspasar en el desarrollo de sus responsabilidades normativas”; o como lo ha sostenido la doctrina, que son el conjunto de facultades, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los derechos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al servicio humano, considerado individual y colectivamente.

¹⁷ Conforme a la teoría alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte*, también conocida como *Horizontalwirkung* o, si se prefiere, eficacia horizontal de los derechos fundamentales, éstos también vinculan a los particulares y no sólo a los poderes públicos, ya que el respeto al derecho de los demás, al igual que el respeto a la ley, es uno de los fundamentos del orden político y la paz social; en consecuencia, no debe ejercerse un derecho con violación del derecho de otra persona.

¹⁸ Jurisprudencia por contradicción de tesis 1a./J. 15/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XIII, t. 2, octubre de 2012, p. 798.

EL ABC DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU VALOR NORMATIVO...
JAVIER LOYOLA ZOSA / ULISES FLORES SÁNCHEZ

Sin embargo, más allá de su carácter multidimensional y multívoco, en términos generales, los derechos humanos constituyen una enorme idea-fuerza que busca unir a todos los seres humanos en torno al respeto de los derechos a la vida y convivencia más esenciales. Es por ello, que ha librado y se encuentra librando múltiples pugnas para alcanzar reconocimiento definitivo y auténtico en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

1. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO PIEDRA ANGULAR DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se trata de honrar al ser humano allí donde se encuentre, sobre todo cuando se encuentra disminuido.

Thomas de Koninck.

Los derechos humanos implican el compromiso de la dignidad humana –en cuanto ente genérico y específico– toda vez que, tanto en el ámbito de la vida personal como en la esfera de la vida social o colectiva, derivan del derecho básico y primario del hombre de ser plenamente digno, en razón de que la dignidad constituye un derecho absoluto y exclusivamente de las personas físicas, base y condición del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto es necesaria para que los individuos desarrollen libre e integralmente su personalidad, ya que por razones lógicas, ontológicas y deontológicas se constituye como el valor constitucional supremo, en virtud de que tanto la defensa de la persona humana como el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el soporte estructural de todo el edificio que compone a un Estado constitucional y convencional de derecho.

Fue en el pensamiento de Kant donde puede encontrarse la más clara y acertada fundamentación respecto a la idea de la dignidad de la persona, al considerar que ésta implica que la persona debe ser considerada como fin y no como medio, lo que rechaza todo intento de cosificación o instrumentalización del ser humano. Kant parte de la idea de la naturaleza racional del ser humano para afirmar que la facultad que tienen las personas de determinarse por sí mismas, es el fundamento de la dignidad humana; es decir, parte de la observación de que sólo el hombre no es susceptible de precio, sino de dignidad al decir que: “en el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que lo tiene puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo

que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad.¹⁹

Ahora bien, siendo que la Constitución es una ordenación jurídica fundamental del Estado al servicio de la persona humana y de su dignidad, ésta constituye una garantía del *status quo* democrático y punto sin regreso en el desarrollo de la civilización humana; sin embargo, la dignidad es un concepto con una validez funcional cuyo contenido es mutable al irse construyendo en cada caso concreto siguiendo ciertos lineamientos sustantivos y procesales de interpretación constitucional razonable, previsible y controlable, lo cual por desgracia dificulta la labor del juez constitucional al momento de fijar los criterios jurisprudenciales, ya que un mismo acto de gobierno puede ser considerado digno para algunos e indigno para otros.²⁰

En ese sentido, la dignidad es un término interpretativo y protegible en tanto constituye un principio constitucional y derecho fundamental del justiciable,²¹ que unifica al mismo tiempo los derechos humanos positivos –(fundamentales) y los derechos humanos morales (naturales),²² toda vez que, por ejemplo, en el caso del derecho constitucional mexicano, los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, si bien no aclaran expresamente el término “dignidad”, reconocen a la dignidad humana como un bien jurídico circunstancial al ser humano, al cual se debe dar la más amplia protección jurídica que permea en toda la Constitución; además, aun cuando los derechos humanos a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil, a no padecer hambre y el propio derecho a la dignidad personal no se enuncian expresamente en la Constitución, se encuentran implícitos en los tratados en materia de derechos humanos suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos que derivan del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, ya que sólo mediante su pleno respeto puede hablarse

¹⁹ Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, s.p.i., p. 86.

²⁰ Véase Münch, Ingo Von, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, trad. de Jaime Nicolás Muñiz, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 5, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, mayo-agosto, 1982, p. 18.

²¹ Fernández Segado, Francisco, “Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 65, Ministerio de Defensa, Madrid, enero-junio, 1995, pp. 517 y ss.

²² Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 276-303.

de un ser humano en toda su dignidad, toda vez que debido a la dignidad la persona humana es sujeta de derechos.

De esa manera, la Constitución, por medio de los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25, y de la incorporación de los tratados en materia de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano, reconoce que la dignidad humana comprende bienes jurídicos que se encuentran más allá de los que positivamente se encuentran previstos en ella; de ahí que la protección y desarrollo de los derechos humanos también deberán encontrarse en los valores propios de la dignidad del hombre, los cuales deben estar en sincronía con una interpretación en la que el juzgador constitucional aplique el principio pro persona, toda vez que la dignidad humana al ser intangible opera como una norma pétrea que expresa o tácitamente prohíbe su violación y que al mismo tiempo constituye el arranque del edificio de valores y principios históricos y sociales que comparte la sociedad y que sostienen la legitimidad constitucional; por ende, el Estado con mayor responsabilidad pública y los particulares tienen el deber de garantizarla y respetarla, aun cuando sea muy grave la afectación al orden jurídico y a la seguridad nacional.

En conclusión, la dignidad de la persona es inherente a todo ser humano, es la columna vertebral que sostiene tanto a los derechos humanos como al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su protección implica una garantía jurídica aplicable en todo tiempo, en todo lugar y en todas circunstancias.

V. FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

¿Qué significa fundamentar los derechos humanos? Pretender explicar o dar concretamente un fundamento a los derechos humanos implica una tarea sumamente complicada, toda vez que es como entrar a un campo minado con múltiples trampas teóricas. En ese sentido, no se trata aquí de resolver en definitiva las graves cuestiones que ello implica, sino sólo tratar de apuntar unas cuantas notas hilvanadas que podrían ser útiles para plantear con claridad o resolver más o menos de manera coherente varios puntos importantes de cualquier teoría fundamentadora de los derechos humanos.

El primer problema por dilucidar es el referente a ¿qué derechos se pretende fundamentar?, tal problemática se ha resuelto de manera coincidente al aludir a aquellas atribuciones jurídicas a las que se les asigna la función de actuar como mecanismos de defensa de unos intereses, exigencias o aspiraciones

de las personas que, debido a su radical importancia, han sido incorporadas a los ordenamientos positivos o que tienen la finalidad de serlo.

El segundo problema por resolver es el relativo a determinar si los derechos humanos, es decir, dichas aspiraciones, atribuciones o exigencias de las personas son de carácter natural o artificial, o sea, si parten de la creencia de que la simple cualidad de ser hombre es razón suficiente para exigir al ordenamiento jurídico positivo su reconocimiento y la protección de ciertos intereses o posibilidades de autorrealización sin los cuales los integrantes de la sociedad no puedan conservar su propia dignidad fundamental de seres racionales y libres.

Pues bien, una vez delimitado qué clase de derechos se pretenden fundamentar y que éstos son de carácter artificial en el sentido de ser creaciones del ser humano, el problema por determinar es el carácter de la fundamentación que se debe utilizar al respecto.

En ese sentido, a lo largo del devenir histórico de la humanidad se han elaborado diversas teorías ius filosóficas con el objeto de explicar el origen y fundamento de los derechos humanos.

Ahora bien ¿qué hace fundamentales a los derechos humanos? Cuando el órgano reformador de una Constitución tiene el deber político de contemplar a los derechos humanos con características éticas y filosóficas dentro de una Constitución escrita, dicha asunción les otorga obligatoriedad jurídica al convertirlos en el contenido de los derechos públicos subjetivos que son un elemento esencial integrante de una disposición de derecho jerárquicamente superior dentro del sistema jurídico de que se trate, por considerar que constituyen herramientas de protección de los intereses más importantes de las personas, toda vez que contienen los bienes básicos necesarios para poder desarrollar su plan de vida, cualquiera que éste sea, de forma digna.

1. TEORÍAS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son una constante histórica y teórica en gran parte del mundo, al marcar un importante horizonte social y temporal, en razón de sus profundos alcances de poder transformador de la sociedad, resulta muy recurrente, dentro del estudio de éstos, el análisis respecto a los diversos enfoques teóricos bajo los cuales se ha querido encontrar su fundamento, con el objeto de ubicar el más adecuado, que sirva para su eficaz defensa.

En esa perspectiva, es la teoría sobre los derechos fundamentales la que, entendida como “una concepción sistemática orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales”,²³ más ha avanzado en plantear la defensa y desarrollo de los derechos humanos como los principales obstáculos a los excesos de los poderes tanto públicos como privados. Lo anterior es así, dado que la teoría de los derechos fundamentales se nutre tanto de una determinada idea de Estado como de una teoría de la Constitución; lo que la hace comprender a los derechos fundamentales desde una base únicamente técnico-jurídica, al incorporarla a una concepción de Estado y de Constitución, de la cual necesaria y someramente damos cuenta siguiendo el trabajo muy conocido de Ernst-Wolfgang Böckenförde.²⁴

Teorías del Estado de los derechos fundamentales. Dentro de estas teorías, Böckenförde hace referencia a la idea de los derechos fundamentales y los relaciona con la noción de Estado dentro del plano teórico-doctrinal, en las que, siguiendo a Fioravanti, en tres modelos integrados parcialmente: historicista, individualista y estatalista. De esa forma, se tiene: “una doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave anti historicista (en la Revolución Francesa); una doctrina individualista e historicista, construida en clave anti estatalista (en la Revolución Americana); y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (en los juristas del Estado de derecho del siglo XIX)”.²⁵

Modelo historicista. Se sitúa dentro de la etapa de formación del Estado moderno, sobre todo en Inglaterra, donde se desarrolla la tradición europea medieval de limitación más clara del poder político de *imperium*. En este modelo se privilegian las libertades civiles negativas, producidas de la costumbre y de la naturaleza de las cosas, por lo cual se entendían como capacidades de actuar sin obstáculos del poder político. Tales derechos eran prerrogativas que quedaron contempladas en los llamados contratos de dominación *Herrschaftsverträge* durante la época de la baja Edad Media, los cuales desarrollaron la idea de la libertad como autonomía y seguridad.

²³ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, trad. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 45.

²⁴ *Ibidem*, pp. 44 y ss.

²⁵ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Trotta, Madrid, 1996, p. 25.

Modelo individualista. Este modelo se basa en una mentalidad y cultura individual, propia del Estado liberal, que pugna contra el orden estamental medieval, en tanto la persona está diluida en las organizaciones corporativas. En ese sentido, Francia se erige como el modelo del derecho moderno, basado en el individuo como sujeto de derechos y deberes, tal como quedó plasmado en la declaración de derechos y en el Código de Napoleón. Sin embargo, debido a que el esquema individualista de derecho no pudo ser introducido de manera progresiva en la sociedad requirió partir de una ficción jurídica-política en la que el contrato social fue el medio de articulación unánime de los hombres en una sociedad civil, con el propósito de asegurar, de una mejor manera, los derechos y libertades innatos de las personas. Sobre esa base se estableció el principio de soberanía popular y del poder constituyente, que otorgan legitimidad a la creación de una Constitución, como instrumento de protección de los derechos del hombre.

En este sentido, el liberalismo concibió que los derechos civiles no eran producto de la actividad estatal, sino tan sólo reconocidos, esto es, que existían previos al Estado.

Modelo estatalista. Este modelo se basa en la idea de que el Estado es la condición y sustento necesario para la creación y protección de los derechos y libertades; en consecuencia, no existe más distinción entre el pacto social y la declaración de derechos en que se funda, toda vez que los derechos nacen con el Estado. En ese contexto, se concibe a un poder constituyente como manifestación de la decisión política y a los derechos políticos como funciones del poder soberano, lo que desaparece la distinción entre la libertad y el poder a favor de éste; asimismo, la autoridad estatal se encuentra sometida a la voluntad de la autoridad.

Teorías constitucionales de los derechos fundamentales. Estas teorías surgen a partir del desarrollo que se produjo de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos, sobre todo del alemán, acerca del contenido de los derechos fundamentales, a partir de que la Constitución se convirtió en un sistema de valores fundamentales y dejó de ser entendida como un sistema de garantías. Dentro de estas se encuentran las siguientes:

Teoría liberal. Para esta teoría, los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado, lo que significa que se concibe a los derechos y libertades como derechos de defensa. En este sentido, por medio de los derechos fundamentales, no se permite ningún tipo de restricción a la libertad personal, tal como se estableció en el artículo 4o. de la Declaración

Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Esta teoría encuentra fuertes vínculos con el iusnaturalismo, puesto que concibe realidades jurídicas anteriores al Estado y oponibles a él.

Así, los derechos fundamentales producen efectos privados de defensa de la persona y consecuencias públicas de contención de la autoridad; pero que, en caso de conflicto, se resolverá mediante el principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales sin afectar su núcleo duro, conforme al principio de armonización y proporcionalidad. Los principales exponentes de la teoría liberal son Carl Schmitt y John Rawls.

El aspecto negativo de esta teoría, según Böckenförde, consiste en que no es capaz de explicar la forma como los derechos fundamentales deben protegerse frente al poder social.

Teoría axiológica. La teoría de los valores de los derechos fundamentales tiene su origen en la diversa de la integración de la entreguerra de Rudolf Smend;²⁶ para quien los derechos fundamentales representan un sistema de valores concretos de la comunidad política en la que se quieren aplicar; en consecuencia, son expresión de decisiones axiológicas que la comunidad adopta para sí misma. En este sentido, busca evitar los formalismos del positivismo jurídico, en donde se prescinde del texto literal de la norma jurídica en favor del contenido material.

Teoría institucional. Para los institucionalistas como Hauriou, los derechos fundamentales ordenan ámbitos vitales objetivos, encaminados a la realización de ciertos fines; desde esta óptica los derechos fundamentales reflejan circunstancias importantes que, al regularlas, las asumen y confieren relevancia normativa, lo cual genera un amplio margen de actuación del Poder Legislativo, quien comienza a distinguir entre leyes que regulan a los derechos fundamentales de aquéllas que los limitan, como aquéllas que establecen el derecho de los comunicadores a guardar en secreto los datos de sus informantes privados.

*Teoría democrático-funcional.*²⁷ Esta teoría parte de concebir a los derechos de la persona en función de los objetivos públicos y del Estado constitucional, en el marco de una democracia deliberativa; por ende, no se puede legitimar el derecho si no hay democracia, pero tampoco habrá democracia si no se legitima el derecho, es decir, se le da más importancia al carácter

²⁶ Véase Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985.

²⁷ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *op. cit.*, pp. 63-66.

cívico de los derechos fundamentales como elementos de participación de la democracia estatal. En esa tesitura, se establece que al igual que hay derechos fundamentales también hay deberes y obligaciones básicas para con el Estado democrático-constitucional.

Teoría del Estado social o jurídico-social. Esta teoría deja atrás la visión del Estado liberal individual positivista y lo sustituye por la de Estado social de los derechos económicos y sociales, entendidos como norma programática sujeta a la reserva de ley, o abstracta delimitación de la libertad por la igualdad y la justicia. Aquí surge una concepción propia de los derechos económicos y sociales, como derechos subjetivos de realización mediata para el particular y como derechos objetivos vinculantes al Estado.

El Estado ya no puede gastar el dinero público de manera discrecional, sino que debe observar las disposiciones constitucionales que le fijan las prioridades del gasto y los bienes jurídicos a proteger. Häberle denominó a los derechos sociales como simples “derechos fundamentales parámetro”, en virtud de que no constituyen derechos subjetivos concretos y sólo establecen directrices de actuación de los poderes públicos.

Teoría de la garantía procesal. Conforme a esta teoría, los derechos fundamentales son garantías procesales que tienen por objeto otorgar eficacia en la aplicación y protección concreta de los derechos humanos. Los derechos fundamentales son valiosos en la medida en que cuentan con garantías procesales que permitan hacerlos efectivos, no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración. Dicha protección de los derechos fundamentales mediante procesos trae, como consecuencia que, por un lado, se asegure la tutela judicial efectiva de las personas y, por otro, que se garantice el debido proceso material y formal.

En conclusión, es importante decir –siguiendo a Norberto Bobbio²⁸– que el tratar de elaborar una teoría que se ocupe de establecer o determinar el fundamento de los derechos humanos es una pérdida de tiempo, toda vez que nunca se llegará a un consenso al respecto. Más bien, el problema de fondo de los derechos humanos no es el de su justificación, sino el de encontrar la manera más efectiva de protegerlos, por las razones siguientes:

- La problemática sobre la discusión del fundamento absoluto de los derechos humanos es ilusoria, toda vez que no existe

²⁸ Bobbio, Norberto, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, trad. de R. de Asis, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, pp. 302, 307 y 309.

argumento alguno que sea lo suficientemente dotado de poder irresistible, para lograr la adhesión sin que pueda controvertirse;

- Toda investigación sobre el fundamento absoluto es totalmente infundada, dado que los derechos humanos son indefinibles, variables, heterogéneos y antinómicos; y,
- La fundamentación de los derechos humanos no es, siquiera, deseable, en virtud de ser una inútil pérdida de tiempo.

Es cierto, como dice Bobbio, que “toda búsqueda del fundamento absoluto de los derechos humanos está, a su vez, infundada”,²⁹ pero también lo es que todo el discurso tanto filosófico como jurídico que han ido elaborando las diferentes corrientes de pensamiento, que han tratado de encontrar y explicar el origen y base sobre la cual han pretendido fundar los derechos humanos, está interrelacionado por una semejanza de familia a la que Bidart Campos llama “un denominador común y un mismo objeto: la persona y sus derechos en la sociedad y en el Estado”.³⁰

VI. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la actualidad es muy frecuente hablar de varias “olas” o “generaciones” de derechos humanos, a raíz de la famosa teoría de la edad de los derechos humanos propuesta en 1979 por Karel Vasak quien, en una célebre conferencia para el Instituto Internacional de Derechos Humanos, pronunciada en Estrasburgo, los clasificó en “generaciones”, conforme a su progresiva aparición o reconocimiento en la historia por parte del orden jurídico de cada país y que sigue las nociones centrales de las tres frases que se convirtieron en la piedra angular de la Revolución Francesa: “Libertad, Igualdad y Fraternidad”, sustituida ésta última por el valor de “solidaridad”, toda vez que los derechos humanos tienen como origen y finalidad la protección de la dignidad de las personas. La tesis de Vasak refleja el orden temporal sucesivo del reconocimiento internacional de los derechos humanos a nivel estatal, pues identifica tres generaciones que marchan de lo individual a lo solidario.

Primera generación. Dentro de la llamada primera generación se encuentran los derechos políticos y civiles (la vida, la libertad, la seguridad, la justicia, derecho a la integridad física y moral, a una nacionalidad, derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos políticos del país, etcétera). Se les llama así

²⁹ *Ibidem*, p. 55.

³⁰ Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, p. 68.

por ser los primeros en ser reconocidos de manera universal y por constituir los de tipo individual. Surgen a partir de la Revolución Francesa y obligan al Estado a una actitud de no impedimento y de respeto.

Segunda generación. Dentro de éstos se encuentran los sociales, culturales y económicos, y constituyen los derechos de tipo colectivo. Surgen a raíz de la Revolución Industrial y posterior a la Segunda Guerra Mundial (derecho al trabajo, a la asistencia social, al estudio y protección a la salud, a la alimentación, al agua, etcétera). Estos derechos sociales consideran un comportamiento activo por parte del Estado de garantizar a los ciudadanos una situación de certidumbre.

Tercera generación. Esta generación está al margen de los ya existentes derechos civiles y políticos, como de los derechos culturales, sociales y económicos. Contemplan incentivar la cooperación entre los pueblos para elevar el nivel de vida de todas las personas, proteger el ambiente,³¹ buscar la justicia y la paz en todos los países. En otras palabras, dentro de esta nueva generación de derechos se encuentran, entre otros, el derecho al ambiente, el derecho de los consumidores, el derecho al desarrollo sustentable, el derecho a la calidad de vida, la libertad informática, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad, el derecho a la paz, etcétera. Sus principales objetivos son la unidad y el progreso social.

Cuarta generación. A partir de que Robert B. Gelman publicó el 12 de noviembre de 1998 -con motivo del 50º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,³² y en consideración de la relevancia que en esos momentos empezaba a tener el uso del internet y los derechos relacionados al uso de la red- un borrador de propuesta de “Declaración de los Derechos Humanos en el Ciberespacio” empezaron a surgir en la literatura jurídica numerosas voces que pregonan el establecimiento de una nueva gama de dere-

³¹ Capsulita cultural: Nótese que no utilizo el término “medio ambiente”, toda vez que, si se habla de “medio” en materia ecológica, se refiere al “ambiente”, y si se habla de “ambiente”, es el “medio”, y de ahí que el nombre de “medio ambiente” resulta pleonástico, pero de eso nadie se da cuenta, ni se percatarán, y así se sigue hablando a lo tonto de “medio ambiente”.

³² Posterior a la publicación de Gelman, en el marco de la *I Convención Internacional de Derecho Informático*, un grupo de llamados ciberciudadanos elaboró el 18 de octubre de 2006, en Bogotá, una “Constitución Política para el Ciberespacio”. Dos años después, con motivo del 60º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se publicó la “Declaración de Derechos del Ciberespacio”. En 2008, Emilio Suñé publicó su “Declaración de Derechos”, la cual fue mucho más innovadora que la de Gelman. En junio de 2011 se aprueba por la ONU la “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet”.

chos relacionados con las nuevas tecnologías y sociedad de la información vinculados a la revolución de las telecomunicaciones, que configuran una cuarta generación de los derechos humanos.

Los derechos humanos que se han ubicado dentro de esta cuarta ola o generación son, por ejemplo, el derecho a la plena y total integración de la familia humana, la igualdad de derechos sin distinciones de nacionalidad, derecho a formar un Estado y derechos supranacionales, derecho a la igualdad en las condiciones de acceso a las nuevas tecnologías, derecho a la libertad informática, derecho a la privacidad, anonimato y seguridad en las transacciones en línea, el derecho a existir digitalmente, el derecho a la reputación digital, la estima digital, la libertad y responsabilidad digital, la privacidad virtual, el derecho al olvido, el derecho al *big-reply*, derecho al domicilio digital, derecho a la técnica, al *update*, al parche, derecho a la paz cibernética y seguridad informática, derecho al testamento digital, entre otros.

Quienes rechazan la existencia de una cuarta ola de derechos humanos que golpea las orillas del siglo XXI, consideran que tales derechos en su mayoría tienen su origen en los valores de la primera y segunda generación de derechos, esto es, de la libertad (privacidad, intimidad, libertad de expresión, libertad de información y sus límites, pluralismo, libertad informática, entre otros), y de la igualdad (acceso a las nuevas tecnologías, etcétera). Sin embargo, no se puede negar que estos “nuevos” derechos han irrumpido de forma agresiva en la vida de las personas, por lo que requieren una adecuada regulación jurídica, toda vez que dentro de la actual era digital en la que vivimos todos los días resulta difícil poder hablar de privacidad, en razón de que todo el tiempo estamos vigilados en lo que hacemos al estilo *Big Brother* del que hablaba en 1949 el novelista británico Orson Wells en su obra *1984*, la cual escribió bajo el seudónimo de George Orwell.

En la actualidad se almacenan y comparten más de 3,000 millones de documentos, fotos y videos. Si bien es cierto que la tecnología ha contribuido a hacer menos difícil la vida cotidiana de las personas, también es cierto que ha significado que los riesgos de violación al derecho a la privacidad sean mayores. Estamos viviendo el nacimiento de la Generación App cuyo protagonista es el llamado *homo videns* al que hace referencia Giovanni Sartori. No sólo el internet, sino la entera digitalización de las cosas, tanto de la economía como de la sociedad en el mundo están marcando un proceso desafiante para la consistencia social de los derechos humanos en nuestro tiempo. Entre los más afectados se encuentra el derecho al respeto a la privacidad.

Sin duda alguna, en el actual siglo XXI, estamos ante lo que el politólogo Michael Ignatieff llama “la revolución jurídica en materia de derechos humanos” al considerar que la difusión global de la “cultura de los derechos humanos” es un síntoma de progreso moral. Sin embargo, debemos considerar las graves consecuencias que se pueden producir con las transformaciones que se están generando con los avances científicos, la tecnología, los descubrimientos del ADN y el proyecto del genoma humano.

Ante ello surge la pregunta ¿la actual convergencia digital de la sociedad puede originar la creación de un sistema jurídico propio o unificar los ya existentes? el tiempo lo dirá; lo es cierto es que los cambios actuales modificarán los sistemas jurídicos ya existentes en el mundo.

El Derecho en forma aislada empieza a adaptar sus instituciones a la era digital, algunas veces en forma errónea o insuficiente, pero cada vez más las normas especiales tienden a generalizarse y aplicarse a otras áreas del derecho.

Sin embargo, en el 2100 ¿estaremos ante el final de la humanidad?, en el campo del derecho ¿la inteligencia artificial reemplazará a los abogados? ¿Será el fin de los abogados en esta nueva generación en la que el 13% de su trabajo puede ser automatizado?

1. CRÍTICA A LA TEORÍA DE LAS “GENERACIONES O EDAD DE DERECHOS”

Es inconcuso que la famosa teoría de la edad de los derechos humanos en “generaciones” elaborada en 1979 por el checoslovaco radicado en París, Karel Vasak, sólo es una simple clasificación doctrinal que sirve para efectos didácticos de estudio y entendimiento pero no para efectos prácticos, toda vez que las distintas etapas evolutivas de los derechos humanos son coincidentes con los de la historia de la civilización humana; de ahí que todos los derechos humanos tienen como origen y finalidad la protección de la dignidad de las personas.

Vasak expuso su tesis en un artículo publicado en el periódico oficial de divulgación mensual, de tipo cultural, de la UNESCO, en donde escribió:

Los derechos que la Declaración Universal estatuye pertenecen a dos categorías: Derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro. Pues bien, cabe preguntarse si la evolución reciente de las sociedades humanas no exige que se elabore una tercera categoría de derechos humanos que el director general de la UNESCO ha calificado de “derechos humanos de tercera generación”.

Mientras los derechos de primera generación (civiles y políticos) se basan en el derecho a oponerse al Estado y los de segunda generación (económicos, sociales y culturales) en el derecho a exigir al Estado, los derechos humanos de tercera generación que ahora se proponen a la comunidad internacional son los derechos de la solidaridad.³³

Más tarde, en la lección inaugural de la Décima Sesión de Enseñanza del Instituto Internacional de Derechos del Hombre celebrada en 1979, Vasak matizó su teoría, al decir que:

Tratemos de abarcar el conjunto de la evolución de los derechos del hombre después de haber devenido, con la Revolución Francesa, una noción global (y no ya una serie de conceptos separados) y una noción de porte y valor universal (*vid.* La discusión de Emil Boutmy con Georg Jellinek: “Los franceses escribieron para la enseñanza de la humanidad; los norteamericanos redactaron sus Declaraciones para la ventaja y comodidad de sus ciudadanos”). Se advierte que los derechos del hombre formulados globalmente y en dimensión universal al concluir el siglo XVIII, fueron casi exclusivamente derechos civiles y políticos que buscaban asegurar la libertad, permitiendo a los hombres liberarse de las restricciones y limitaciones del antiguo régimen feudal: Ellos son los derechos de libertad. Por inspiración socialista y cristiana, con la revolución mejicana y, sobre todo, la revolución rusa, aparecieron los derechos del hombre formulados, también aquí, de modo global y en dimensión universal, al reconocerse los derechos económicos, sociales y culturales: se trata de los derechos de la igualdad [...] ¿No debería haber derechos del hombre producidos por la evidente fraternidad de los hombres y por su indispensable solidaridad, derechos que los unan en un mundo finito [...]? Éste es el sentido de los nuevos derechos del hombre de la tercera generación.

A pesar de lo pernicioso que es la teoría del jurista checo, ha sido aceptada como *cliché* o fórmula estereotipada por una gran cantidad de estudiosos en la materia; sin embargo, su propio creador no tomó muy en serio esa tesis, toda vez que a pregunta expresa de su amigo Antonio Augusto Cançado Trindade, en el sentido de por qué formuló dicha teoría, Vasak respondió: “Ah, yo no tenía tiempo para preparar una exposición, en tanto se me ocurrió hacer alguna reflexión, y recordé la bandera francesa”.

³³ Vasak, Karel, “Los derechos humanos. Una realidad jurídica”, *El Correo de la Unesco*, año XXXI, núm. 10, Organización de las Naciones para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), París, octubre de 1978, p. 29.

Consideramos que la tesis de las generaciones de los derechos humanos se encuentra ya obsoleta en virtud de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad o no regresividad³⁴ que en la actualidad rigen en materia de derechos humanos, los cuales tienen por finalidad la protección de la dignidad de las personas; además, el hecho de distinguirlos con los políticos y civiles, en función de identificarlos con obligaciones de cumplimiento progresivo por parte del Estado, ha generado una gran afectación a su observancia, al grado de ser relegados a un segundo plano; por ejemplo, el derecho a la vida no precede al derecho a la seguridad social, ni el derecho a la paz surge después que el derecho al trabajo. Los derechos humanos no deben encasillarse en tal o cual “generación”, toda vez que se cae en el error de que unos derechos sean más importantes que otros y, además, se corre el riesgo de que no todos lleguen a estar plenamente garantizados. De ahí que la teoría de Vasak ya no responde a las exigencias del actual Estado constitucional y convencional de derecho.

Muestra del carácter interdependiente e indivisible como un todo indisoluble entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, se ve claramente en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el diecisiete de junio de dos mil cinco, en el caso de la comunidad indígena Yakie Axa *vs.* Paraguay del pueblo Enxet-Lengua, al interpretar el derecho humano a la vida previsto en el artículo 4o., párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³⁵ al impedirles por parte de las autoridades del gobierno paraguayo acceder a la propiedad y posesión de sus territorios ancestrales, lo que generó que dicha comunidad se encontrara en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazaba de forma permanente la supervivencia de sus miembros y la integridad de la propia comunidad. En los párrafos 162 y 167 de dicha resolución se dijo que:

³⁴ Cabe aclarar que si bien es cierto el Estado tiene el deber de observar una actitud de no regresividad de los derechos humanos, que implica que una vez alcanzado un determinado nivel de satisfacción de éstos, tiene el deber-obligación de no dar marcha atrás, aunque también es cierto que dicho deber no es absoluto; de ahí que, si la medida que aplica el Estado resulta ser regresiva en el desarrollo de algún derecho humano, éste tendrá que justificar con suficiente información y argumentos necesarios, la necesidad de aplicar esa medida conforme a un test de proporcionalidad.

³⁵ Artículo 4. Derecho a la Vida.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

162. Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.³⁶

[...]

167. Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia.³⁷

Además, la teoría de las “generaciones” de derechos se derrumba por completo conforme a la tesis de la unidad de los derechos humanos, aceptada de manera indubitable por la Organización de las Naciones Unidas, en relación con la Teoría Estructurante del Derecho elaborada por el pensador alemán Friedrich Müller, la cual es considerada como la más eficaz garantía de los derechos humanos fundamentales en un Estado democrático, éstos innegablemente no pueden dejar de realizarse, de concretizarse de forma permanente, continuada y renovada, pues ello es parte de su propia realidad e identidad y deber de protección que tiene el Estado.

Si se aplica la teoría del maestro bávaro, los derechos humanos fundamentales son normas de decisión, en virtud de que el precepto jurídico que los contiene no puede decir algo por sí mismo, sino que sólo guía o conduce la

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, párrafo 162, p. 88.

³⁷ *Ibidem*, párrafo 167, p. 90.

decisión que habrá de tomarse en cada caso concreto al entrelazar dichos preceptos jurídicos y la realidad que ellos mismos pretenden regular.

En ese sentido, se tiene que, por ejemplo, todos los derechos que suelen identificarse dentro de la cuarta generación pueden ubicarse en aquellos derechos previamente establecidos en los tratados. De ahí que el derecho a la identidad digital no es distinto al derecho de las personas físicas a tener su propia identidad e imagen, el derecho al olvido –de ser borrado de cualquier base de datos de sitios de internet– tiene su fuente en el derecho a la privacidad, a la protección de los datos personales.

Asimismo, se tiene que los derechos sociales pertenecientes a la segunda generación son sólo una proyección social y programática de cosas que estaban dentro del derecho de propiedad al cual se le dio una función social o del derecho al trabajo individual.

Del mismo modo, el origen de los derechos difusos pertenecientes a la tercera generación como los derechos del consumidor o al ambiente, se puede encontrar tanto en el derecho de propiedad a los bienes comunitarios como en el de los bienes de la humanidad.

Y todavía más, se tiene que el derecho humano fundamental a la vida pertenece a todas las generaciones al igual que el de la libertad, siendo por ende tales derechos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales.

En consecuencia, resulta ser que los derechos humanos fundamentales no tienen precisión histórica en cuanto al nacimiento de una generación y la extinción de la que precede, pues tales derechos se encuentran relacionados con lo nuclear del ser humano que es su dignidad, siendo ésta su común denominador.

En conclusión, considero que la teoría generacional de los derechos humanos sólo debe verse como una forma en que para efectos didácticos pueden clasificarse y no debe confundirse como algo determinante y necesario para su surgimiento y desarrollo.

VII. BREVE REFLEXIÓN SOBRE LA INTERPRETACIÓN FUNCIONAL DEL VALOR DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA PRÁCTICA JUDICIAL

Una vez recorrido el marco histórico, teórico y normativo que permite tener un acercamiento sobre el lugar en que se encuentran los derechos humanos y los comentarios críticos sobre éstos, se puede afirmar que en el quehacer

jurisdiccional el uso de los distintos temas abordados constituyen un referente obligado a la hora de analizar las infracciones que el poder estatal, incluso particular, ocasiona a los gobernados demandantes de un control constitucional por parte de los operadores constitucionales, en este caso los órganos del Poder Judicial de la Federación.

Para quienes imparten justicia constitucional, es relevante tener presente el antecedente y naturaleza de los derechos fundamentales a fin de procurar el mejor equilibrio entre los poderes públicos de un sistema constitucional como el nuestro, al momento de resolver los procesos constitucionales sometidos a dicha potestad jurisdiccional y para su mejor consecución es dable el uso del principio de proporcionalidad especialmente cuando se somete a enjuiciamiento una norma legal, porque con el señalado principio se puede estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes.

Este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes.

El problema se presenta cuando el ejercicio interpretativo conlleva un análisis sobre la intensidad de la afectación de la porción normativa a un derecho fundamental de orden constitucional o convencional así, de acuerdo con la definición de Herbert Hart,³⁸ un caso puede ser catalogado como fácil, cuando es posible reconocer a primera vista si el evento que se presenta es uno de los ejemplos previstos por la norma que debe aplicarse. Expresado de otra manera, el intérprete se sitúa en un caso fácil cuando puede determinarse *ab initio* y sin mayores vacilaciones, si la hipótesis de que se trata se encuadra dentro de la referencia semántica de la disposición jurídica relevante o sí, por el contrario, está excluida de ésta. Los casos fáciles no despiertan controversias, concitan acerca del significado normativo de la disposición jurídica relevante y acerca de la aplicación de este significado la hipótesis de hecho que se presenta.

³⁸ Hart, Herbert L., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 154.

Si aplicamos esta definición al ámbito del control constitucional de las leyes, podemos considerar como casos fáciles de derecho fundamental en el citado control de leyes, a aquellos en los cuales es patente *a priori* que la norma legislativa examinada encuadra dentro del supuesto de hecho de una norma directamente aplicable o, por el contrario, es evidente que se trata de una hipótesis excluida.

Además de esto, para que un caso de derecho fundamental pueda ser considerado fácil, es necesario que no sean relevantes otros principios constitucionales que jueguen en contra de la relación *a priori* entre la norma fundamental y la legislativa que se examina: es decir, para ello es necesario que no sean aplicables otros principios constitucionales que avalen la constitucionalidad de la norma legislativa, cuando se considere *a priori* que ésta se subsume bajo el supuesto de hecho de una norma directamente estatuida.

Esta misma situación no se presenta en los casos que se consideran difíciles de derecho fundamental en el control de constitucionalidad de leyes, es decir, aquellos en los cuales, por causa de la indeterminación normativa de la disposición de derecho fundamental aplicable, no aparece claro *a priori* si la ley que se controla es compatible o incompatible con la norma de derecho fundamental directamente contrastada, ya que esta no basta para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad. En estos casos, es necesario concretar y fundamentar una nueva norma que sea adecuada para desempeñar la función de premisa mayor de la fundamentación interna de la sentencia. Esta nueva norma es una norma de derecho fundamental que resuelve la situación de incertidumbre jurídica existente; es decir, la incertidumbre jurídica existente, la falta de certeza acerca de la constitucionalidad de la ley.

Por ello, estimamos que siempre que existan dudas acerca de si un caso es fácil o difícil éste debe ser tratado como uno difícil en el cual deberán considerarse todas las teorías que, a lo largo del tiempo, han definido de distintas formas a los derechos humanos; de este modo, debe encontrarse una norma fundamental, ya que si bien es cierto que la interrogante acerca de si un acto debe considerarse un caso fácil o difícil es un asunto de interpretación, cuya respuesta sólo puede formularse después de considerar todas las circunstancias relevantes, los argumentos presentados por las partes en el proceso constitucional y las disposiciones constitucionales pertinentes.

EL ABC DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU VALOR NORMATIVO...
JAVIER LOYOLA ZOSA / ULISES FLORES SÁNCHEZ

VIII. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

- Alemaný Verdaguer, Salvador, *Curso de Derechos Humanos*, Bosch, España, 1984.
- Álvarez Ledesma, Mario I., *Introducción al derecho*, 3a.ed., McGraw-Hill, México, 2015.
- Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.
- Bobbio, Norberto, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, trad. de R. de Asis, en *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, trad. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- Capitant, Henri, *Vocabulario jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1997.
- Fernández García, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987.
- Fernández Segado, Francisco, “Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 65, Madrid, enero-junio, 1995.
- Ferrajoli, Luigi *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4a. ed., Trotta, Madrid, 2009.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 6a. ed., Trotta, Madrid, 2009.
- Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Trotta, Madrid, 1996.
- Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 9a. ed., Porrúa, México, 2011.
- Hart, Herbert L., *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

- Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente.
- Münch, Ingo Von, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, trad. de Jaime Nicolás Muñiz, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 5, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, mayo-agosto, 1982.
- Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986.
- Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985.
- Terán, Juan Manuel, *Filosofía del derecho*, 14a. ed., Porrúa, México, 1998.
- Vasak, Karel, “Los derechos humanos. Una realidad jurídica”, *El Correo de la Unesco*, año XXXI, núm. 10, Organización de las Naciones para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), París, octubre de 1978.
- Villey, Michel, “La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam”, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976.
- Wittgenstein, Ludwig, *Philosophical investigations*, trad. de G. E. M. Anscombe, Prentice-Hall, New Jersey, 1958.

JURISPRUDENCIALES

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay.

LOS DERECHOS HUMANOS INHERENTES A LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES EN MÉXICO

HUMAN RIGHTS INHERENT IN THE PRINCIPLES OF CRIMINAL
JUSTICE FOR ADOLESCENTS IN MEXICO

YAIR BARDOMIANO PINEDA SALDAÑA*

JORGE LUIS BARRERA VERGARA**

RESUMEN: En el presente artículo se reseñan los principios contenidos en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, los cuales fueron extraídos de la norma y relacionados con derechos humanos contenidos en instrumentos normativos internacionales, así como con lo que han establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación y diversos autores. Lo anterior con el fin de orientar a quienes atienden asuntos en los que los adolescentes fungen como partícipes de un hecho delictivo, y evitar una posible transgresión a sus derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: *Derechos humanos; justicia para adolescentes; principios; ley.*

ABSTRACT: This article analyzes the principles contained in the National Law of the Comprehensive System of Criminal Justice for Adolescents, which were extracted from international normative instruments, as well as from what the Supreme Court and diverse authors have established around the fundamental elements contained in that law. The above, in order to guide those who attend to issues in which adolescents are involved in a criminal act, and avoid a possible violation of their human rights.

KEYWORDS: *Human rights; justice for adolescents; principles; law.*

Fecha de recepción: 27/06/2018.

Fecha de aceptación: 25/09/2018.

* Juez Segundo de Distrito del Centro Auxiliar de la Séptima Región.

** Analista Jurídico SISE, adscrito al Tribunal Unitario de Circuito del Centro Auxiliar de la Séptima Región, email: jorge.barrera.vergara@correo.cjf.gob.mx

SUMARIO: I. Preámbulo. II. Principios de la justicia para adolescentes contenidos en la LNSIIPA y los derechos humanos relacionados. 1. Interés superior de la niñez. 2. Protección integral de los derechos del adolescente. 3. Integralidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos de los adolescentes. 4. Prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. 5. No discriminación e igualdad sustantiva. 6. Aplicación favorable. 7. Mínima intervención y subsidiariedad. 8. Autonomía progresiva. 9. Responsabilidad. 10. Justicia restaurativa. 11. Principios generales del procedimiento. 12. Especialización. 13. Legalidad. 14. Aplicación de la ley más favorable. 15. Presunción de inocencia. 16. Racionalidad y proporcionalidad de las medidas cautelares y de sanción. 17. Reintegración social y familiar del adolescente. 18. Reinserción social. 19. Carácter socioeducativo de las medidas de sanción. 20. Medida de privación de la libertad. 21. Publicidad. 22. Celeridad procesal. III. Conclusiones. IV. Referencias.

I. PREÁMBULO



Es de amplio conocimiento que el tema de los derechos humanos en nuestro país ha tomado relevancia desde la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de junio de 2011, la que estableció un nuevo modelo constitucional de irrestricto respeto y protección a éstos, derivado tanto del sistema universal, como de los sistemas regionales de protección internacional de los derechos humanos.

Asimismo, es pertinente mencionar que fue hasta el 29 de enero de 2016, que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), estableció los elementos fundamentales de la justicia penal para adolescentes, pues, con la reforma efectuada al párrafo cuarto del artículo 18, entre otras cuestiones, se elevó a rango constitucional el mandato de garantizar los derechos humanos de los antes señalados en los procesos penales, lo cual constriñe a las autoridades nacionales para que, en el ámbito de sus competencias, establecieran un sistema integral de justicia que atendiera a quienes se atribuyera la comisión o participación en un hecho señalado por la ley como delito; con ello, se da pauta para que se emitiera una legislación que reglamentara dichos aspectos.

Sentado lo anterior, es dable mencionar que el presente artículo aborda el tema de los derechos humanos que se encuentran latentes en los principios establecidos por la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (en adelante LNSIJPA) para ello debemos resaltar que en nuestro país fue hasta el 18 de junio de 2016 que entró en vigor dicha ley, con la cual se inició la labor permanente de proteger los derechos humanos de los adolescentes sujetos a un proceso penal en nuestro país. Esto inmiscuye a todas las autoridades que participan en el sistema, tanto federales como locales, ya sea al momento de su detención, durante el procedimiento correspondiente e, incluso, en la ejecución de alguna medida privativa o no de la libertad.

Lo anterior surgió ya que desde años anteriores se había venido discutiendo a manera de debate social, tanto en México como en Latinoamérica,³⁹ cuestiones referentes a dichos sujetos, tales como la edad penal respecto de la cual se puede reprochar una conducta delictuosa a un menor, los grupos etarios correspondientes, así como las medidas cautelares y de sanción que acorde con la madurez de cada uno de los grupos de edad resultare la más conveniente.

Así, en este trabajo, se efectuará una descripción de los principios contenidos en la LNSIJPA, para posteriormente relacionarlos con el derecho humano respectivo, ya sea de forma taxativa o acorde con la interpretación que, en su caso, haya efectuado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y, a manera de conclusión, se emitirá una opinión general en torno a los tópicos que se enunciarán a continuación.

II. PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA PARA ADOLESCENTES CONTENIDOS EN LA LNSIJPA Y LOS DERECHOS HUMANOS RELACIONADOS

En ese sentido, tenemos que, de acuerdo a la LNSIJPA, existen diversos principios imperantes en materia de justicia para adolescentes, los cuales se encuentran previstos en el título segundo, capítulo primero del referido ordenamiento, por lo que serán expuestos en el orden que ostentan en la referida

³⁹ Costa Saraiva, João Batista, “Derecho Penal del Adolescente: Ni el Abolicionismo ni el Derecho Penal Máximo”, en Centro de Documentación y Análisis, Archivos y Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el marco de los trabajos de la Comisión Organizadora del Poder Judicial de la Federación para los Festejos del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (coord.), *Congreso Internacional Judicatura y Constitución*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2015, p. 245.

legislación y se relacionarán con el derecho humano que, en su caso, proceda al tenor de lo siguiente.

1. INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ

Dicho lo anterior, debemos precisar que en el artículo 12 de la LNSIIPA, se encuentra previsto el interés superior de la niñez, el cual puede ser estudiado desde tres vertientes fundamentales: como derecho, principio, o norma de procedimiento, todos dirigidos a asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos, en concordancia con la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA).

De igual forma, el numeral en mención establece que, para determinar adecuadamente el interés superior, se debe apreciar integralmente el reconocimiento de éstos como titulares de derechos, así como la opinión de la persona adolescente, las condiciones sociales, familiares e individuales del sujeto en cuestión, sus derechos, garantías y su responsabilidad; además del interés público, los derechos de las personas y del individuo involucrado, incluso, los efectos o consecuencias que la decisión que se adopte pueda tener en el futuro de la persona; finalmente, la colaboración de las partes intervinientes para garantizar su desarrollo integral e integridad personal.

Sobre este tópico, es dable mencionar que el Pleno de la SCJN al emitir la jurisprudencia P./J. 78/2008,⁴⁰ constituyó el alcance del principio del interés superior del menor en el sistema integral de justicia para adolescentes, cuando señaló ,para ello, que implica que la actuación de las instituciones, tribunales y autoridades encargadas de la aplicación del sistema penal para adolescentes, debe orientarse hacia lo que resulte más benéfico y conveniente para el pleno desarrollo de su persona y sus capacidades: precisó también que la protección al interés superior de los menores supone todo lo que implique mayores derechos que los reconocidos a las demás personas; esto es, habrán de protegerse con un cuidado especial sus derechos, sin que esto signifique adoptar medidas de protección tutelar.

Por otro lado, sobre el tema atinente a la satisfacción de dicho interés, la Primera Sala de la SCJN al emitir la jurisprudencia 1a./J. 44/2014 (10a.),⁴¹

⁴⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 616.

⁴¹ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 7, t. I, junio de 2014, p. 270.

estableció, entre otras cuestiones, que para determinar el interés superior del menor se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; al mismo tiempo, se deberá atender los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; en la medida de lo posible, es menester conservar el *statu quo* material y espiritual del menor, así como atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro.

Aunado a lo anterior, en torno al tema en cuestión, cabe citar el concepto de Gonzalo Aguilar, pertinente en el sentido de que el principio del interés superior del niño, o del bienestar del niño, niña o adolescente, como refiere el literato “es un principio compuesto por múltiples factores que se traducen en criterios relevantes que deben ser necesariamente tomados en cuenta por los obligados por el principio, los padres, la sociedad y el Estado”.⁴²

Igualmente, el autor se refiere a los elementos que debe considerar dicho principio, al tenor de lo siguiente: “la dignidad del ser humano; las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño; la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, con pleno aprovechamiento de sus potenciales; y la consideración de que este principio es la base para la efectiva realización de todos los derechos humanos de los niños”.⁴³

En ese orden, se puede obtener primordialmente que la idea fundamental que establece este principio es salvaguardar por el medio más apto las exigencias básicas y vitales del sujeto de derechos, con la finalidad para todas las autoridades involucradas en el proceso de velar por el desarrollo integral del adolescente; ello, acorde con lo dispuesto por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CSDN).

2. PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL ADOLESCENTE

En lo que corresponde a este elemento fundamental, cabe decir que se encuentra previsto en el artículo 13 de la LNSIIPA, en donde primordialmente se

⁴² Aguilar Cavallo, Gonzalo, *El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, año 6, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile-Universidad de Talca, 2008, p. 245.

⁴³ *Ibidem*, p. 3.

establece que los adolescentes poseen todos los derechos humanos inherentes a las personas, además de que les serán garantizadas las oportunidades y facilidades, a fin de asegurarles las mejores condiciones para su desarrollo físico, psicológico y social, en condiciones de dignidad. Además, funda la obligación para las autoridades del sistema de respetar, proteger y garantizar los derechos de los adolescentes mientras se encuentren sujetas a éste.

Ahora bien, para una mejor comprensión de dicho principio, es menester citar a Daniel O'Donnell, quien expone en qué consiste la doctrina de protección integral, pues aduce que se conforma por tres aristas: la primera, atinente al niño como sujeto de derechos; la segunda, respecto al derecho de protección especial; y la última constreñida al derecho a las condiciones de vida que permiten un desarrollo integral.⁴⁴

En ese orden, y para precisar el concepto de dignidad humana, es dable mencionar que la Primera Sala de la SCJN al emitir la jurisprudencia 1a./J. 37/2016 (10a.),⁴⁵ determinó que funge tanto como un principio jurídico que permea en todo ordenamiento, como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.

Precisa, a su vez, que la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.

Así, en concordancia con lo anterior, podemos deducir que este principio reconoce que los sujetos reconocidos por la norma poseen todos los derechos humanos inherentes a las personas, lo que constriñe a las autoridades correspondientes a respetarlos, así como a garantizarles oportunidades y facilidades, con el propósito de otorgarles certeza de mejores condiciones para su desarrollo físico, psicológico y social, en condiciones de dignidad, con el objetivo

⁴⁴ O'Donnell, Daniel, "La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia", *Memorias del seminario internacional los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/8.pdf>

⁴⁵ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 33, t. II, agosto de 2016, p. 633.

primordial de salvaguardar la dignidad humana de los adolescentes, ello, según el derecho humano contenido en el dispositivo 37 inciso c) de la CSDN.

3. INTEGRALIDAD, INDIVISIBILIDAD E INTERDEPENDENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS ADOLESCENTES

Por otro lado, tenemos que el numeral 14 de la LNSIIPA instaure que los derechos de los adolescentes son indivisibles y guardan interdependencia unos con otros y sólo podrán considerarse garantizados por su integralidad.

Ahora bien, para poder definir la última de las características nombradas (integralidad), es menester traer como referencia el concepto otorgado por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el cual establece, entre otras cuestiones, lo siguiente: “adj. Que comprende todos los elementos o aspectos de algo”.⁴⁶

En ese sentido, podemos construir una acepción referente al trato de integralidad que debe otorgarse a los derechos de los jóvenes –el cual se encuentra estipulado en el numeral en análisis– en el sentido de que las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben atender todos los derechos de los adolescentes comprendidos dentro del propio sistema, con cuidado, en todo momento, de que no se menoscaben por el ejercicio de sus facultades.

Luego, en lo que respecta a los restantes elementos fundamentales, es dable señalar que los mismos corresponden a principios inherentes a los derechos humanos, tal y como lo dispone el artículo 1o. de la CPEUM, el cual establece, entre otras cuestiones, que 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 ese orden, al retomar los principios de indivisibilidad e interdependencia que atañen al presente estudio, podemos colegir que el primero de los nombrados establece que los derechos de los adolescentes no pueden dividirse para efectos de su aplicación e interpretación; y en lo concerniente al segundo, refiere que todos los derechos se encuentran íntimamente relacionados, sin la posibilidad de que puedan estudiarse de forma aislada, por lo que deberán ser respetados por las autoridades correspondientes.

⁴⁶ *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LqB3rUj>

LOS DERECHOS HUMANOS INHERENTES A LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA PENAL...
YAIR BARDOMIANO PINEDA SALDAÑA / JORGE LUIS BARRERA VERGARA

4. PROHIBICIÓN DE TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS O DEGRADANTES

Al respecto, cabe decir que dicho principio se encuentra contenido en el dispositivo 15 de la LNSIJPA, en el cual básicamente se impone para todos aquellos actores en el sistema la prohibición de realizar cualquier acto que constituya tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes dirigidos a los adolescentes.

De igual manera, instituye que las autoridades, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, deberán garantizar la seguridad física, mental y emocional de las personas adolescentes, y prohibir, a su vez, que en ningún momento podrán aplicarse castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción o medida disciplinaria contraria a los derechos humanos del adolescente; inclusive, se instauró que no podrá ser sancionado ningún joven más de una vez por el mismo hecho.

Al respecto, cabe decir que la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, en su artículo 1o., establece que se entenderá por tortura:

... todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras.⁴⁷

Relacionado con este tema, es factible señalar también que la Primera Sala de la SCJN, al resolver el amparo directo 9/2008, emitió la tesis 1a. CXCH/2009,⁴⁸ en la cual instituyó que para prevenir la práctica de la tortura, en nuestro país se han establecido diversas obligaciones, entre las cuales destacó que se debía incluir dentro del ordenamiento jurídico interno la condena a la tortura como un delito, sea consumada o tentativa; así como sancionar tanto al que la comete como al que colabora o participa en ella.

⁴⁷ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución de 9 de diciembre de 1975; destaca también que México es miembro de las Naciones Unidas desde 1945, por lo que resulta vinculante desde esa fecha.

⁴⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, noviembre de 2009, p. 416.

En ese orden, tenemos que el principio en alusión contiene taxativamente una de las prerrogativas que poseen las personas imputadas en un proceso penal, visible en el artículo 20, apartado B, fracción II, de la CPEUM; es decir, la prohibición para las autoridades participantes en procesos en los que se encuentran involucrados los adolescentes, de ejercer actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; lo que además se encuentra apegado a lo dispuesto por el derecho humano previsto en el numeral 37, inciso a), de la CSDN, así como en el diverso 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CASDH).

5. NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD SUSTANTIVA

En otro aspecto, en relación con la no discriminación e igualdad sustantiva, la LNSIIPA prevé dicho elemento fundamental en su dispositivo 16, en el que sustancialmente dispone que los derechos y garantías reconocidos en la ley en cita se aplicarán a quienes se les atribuya o compruebe la realización de uno o varios hechos señalados como delitos por las leyes penales federales y locales mientras eran adolescentes, sin que se permita ningún tipo de discriminación motivada ya sea por el origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, identidad de género, estado civil, entre otras, del adolescente o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela y que, con dicho actuar, se atente contra su dignidad humana.

De igual forma, preceptúa que por igualdad sustantiva se entiende el acceso al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales; además, instituye que las autoridades del sistema velarán para que todos los adolescentes sean atendidos tras considerar sus características, condiciones específicas y necesidades especiales a fin de garantizar el ejercicio de sus derechos sobre la base de la igualdad sustantiva.

En abundamiento a lo anterior, es factible traer como referencia que el Pleno de la SCJN, al resolver la Acción de inconstitucionalidad 8/2014, emitió la jurisprudencia P./J. 9/2016 (10a.),⁴⁹ la cual, entre otros temas, precisó que la discriminación tiene como nota característica que el trato diferente conferido al individuo afecte el ejercicio de un derecho humano.

⁴⁹ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 34, t. I, septiembre de 2016, p. 112.

En efecto, se tiene que dichos principios imponen taxativamente la igualdad de trato y de condiciones durante el proceso, así como una prohibición para las autoridades participantes en el sistema; es decir, que en su respectivo ámbito competencial se deben abstener de ejercer actos discriminatorios contra los sujetos previstos por la norma, ya sea por su origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, identidad de género, estado civil o cualquier otra que pudiera mermar o incidir en el ejercicio de los derechos humanos de los adolescentes, lo cual es acorde con el derecho humano previsto en el artículo 2o., párrafo segundo, de la CSDN, así como el diverso 1.1 de la CASDH.

Por otro lado, en lo que respecta al principio de igualdad sustantiva, se puede colegir que su concepto se refiere fundamentalmente a que las autoridades en el respectivo ámbito de su competencia deben velar para que los sujetos del sistema penal en análisis (entiéndase los jóvenes) tengan el mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales inherentes a ellos, en consonancia con el derecho humano previsto en el artículo 40.2 incisos b) y iv), de la CSDN.

6. APLICACIÓN FAVORABLE

En lo que corresponde a este principio, se tiene que el dispositivo 17 de la LNSIIPA, fija que en ningún caso se podrán imponer a las personas adolescentes medidas más graves ni de mayor duración a las que corresponderían por los mismos hechos a un adulto, ni gozar de menos derechos, prerrogativas o beneficios que se le concedan a éstos; asimismo, dispone que bajo ninguna circunstancia se establecerán restricciones en los procesos de solución de conflictos que perjudiquen en mayor medida a un adolescente que a un adulto.

En ese sentido, este principio establece fundamentalmente otra restricción, en relación con que de ningún modo la autoridad jurisdiccional podrá imponer a los adolescentes medidas más graves ni de mayor duración a las que corresponderían por los mismos hechos a un adulto; tampoco podrán tener menos derechos, prerrogativas o beneficios que se le concedan a éstos, menos aún, podrán imponer privilegios en los procesos de solución de conflictos que perjudiquen más a un adolescente que a un sujeto mayor de edad.

7. MÍNIMA INTERVENCIÓN Y SUBSIDIARIEDAD

Bajo otra línea de pensamiento y en torno al elemento fundamental de mínima intervención y subsidiariedad, es menester traer como referencia el arábigo 18 de la LNSIJPA, el cual, esencialmente, instaura que la solución de controversias en los que esté involucrado algún adolescente se hará prioritariamente sin recurrir a procedimientos judiciales, con pleno respeto a sus derechos humanos; al mismo tiempo, dispone que se privilegiará el uso de soluciones alternas previstas en la ley de la materia, así como en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) y la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMASC).

Ahora bien, en adición a lo dispuesto por la norma, es dable mencionar lo que Daniel O'Donnell⁵⁰ ha escrito sobre el tema en alusión, en el sentido de que las medidas o sanciones que se impongan a los adolescentes deberán ser “rationales y proporcionales, de manera que antes de acudir a la vía punitiva deberá agotarse cualquier otro, como pueden ser los procedimientos alternativos de juzgamiento, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, y reservar el orden punitivo a delitos considerados como graves”.

Del mismo modo, el referido literato exterioriza que solamente procederá la imposición de la medida que implique privación de libertad o internamiento en última instancia y por un término breve, de tal manera que únicamente deberá imponerse en los casos en que el juez considere que la rehabilitación del joven no pueda alcanzarse en otro contexto y sólo por el periodo en que se espere lograrla.

En ese sentido, podemos colegir que el principio en estudio propone que previo a ocurrir a una instancia judicial para resolver la controversia en la que se vea involucrado un adolescente, es menester que se acuda a soluciones alternas contenidas, tanto en la LNSIJPA como en sus disposiciones auxiliares, sin que se soslayen los derechos humanos de estos individuos. Lo anterior, encuentra perfecta sintonía con el derecho humano previsto en el dispositivo 40.3 inciso b) de la CSDN.

8. AUTONOMÍA PROGRESIVA

En lo que respecta a la autonomía progresiva, es dable mencionar que se encuentra prevista en el artículo 19 de la LNSIJPA, el cual, asigna a todas las

⁵⁰ O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, p.4.

autoridades del sistema la obligación de hacer el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de las personas adolescentes y de su capacidad progresiva para ejercerlos, de acuerdo con la evolución de sus facultades, lo cual significa que a medida que aumenta la edad también se incrementa el nivel de autonomía.

En un afán de entender mejor este principio, es dable traer como referencia que Marcela Zeledón expuso que la autonomía progresiva “busca el desarrollo de ciertas prerrogativas de los niños, niñas y adolescentes, al otorgarles libertades acorde a su madurez y en las diferentes etapas de la infancia; ya no son sólo los padres quienes deciden por ellos, sino que su rol es de orientación y dirección propia, para que el niño ejerza sus derechos”.⁵¹

En efecto, el principio contenido en la norma prevé que las autoridades deben reconocer que los sujetos involucrados en el proceso de mérito, a medida que transcurre el tiempo adquieren diversas capacidades, así como un grado de intelecto superior (en su caso) al que pudieran haber tenido al inicio, lo cual debe ser ponderado por el propio juzgador, para que de ser posible, el adolescente ejerza su derecho de decisión en torno a lo que mejor le convenga, en lo atinente a las decisiones judiciales en las que deba considerarse su opinión, lo cual encuentra apoyo en el derecho humano contenido en el párrafo primero del artículo 12 de la CSDN.

9. RESPONSABILIDAD

Bajo otra arista, tenemos que este principio se encuentra previsto en el dispositivo 20 de la LNSIIPA, el cual instituye que la responsabilidad que le recae al adolescente se fincará sobre la base del principio de culpabilidad por el acto, además, que no se admitirá, en su perjuicio y bajo ninguna circunstancia, consideraciones acerca de la personalidad, vulnerabilidad biológica, temibilidad, peligrosidad, ni de cualquier otra que se funde en circunstancias personales del individuo sujeto a proceso.

Sobre este punto, es dable hacer patente que la SCJN al resolver la Contradicción de Tesis 120/2005-PS, emitió la jurisprudencia 1a./J. 166/2005,⁵²

⁵¹ Zeledón, Marcela. “La Autonomía Progresiva en la Niñez y Adolescencia”. *Revista Jurídica Digital Enfoque Jurídico*, 03 de marzo de 2015, disponible en: <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/2005>

⁵² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, mayo de 2006, p. 111.

en la cual, entre otras cuestiones, indicó que sólo se debe castigar al delincuente por el hecho cometido y no por lo que era o por lo que fuera a hacer, tal y como se instituía en la doctrina de la peligrosidad y temibilidad, la cual, cabe decir, fue apartada del derecho mexicano penal desde el 10 de enero de 1994, con la reforma al artículo 52 del entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal (CPDF), pues, en la exposición de motivos⁵³ se consideró, entre otros factores, que dichas teorías vulneraban el principio de culpabilidad, dado que obligaban a castigar al sujeto no tanto por lo que había hecho o por su grado de culpabilidad en la comisión de éste, sino por lo que él era o por la forma de conducir su vida.

En la misma línea de pensamiento, se puede inferir que este dispositivo establece la obligación para las autoridades encargadas del estudio de los casos en los que se involucren adolescentes como sujetos activos del delito, de determinar su responsabilidad, únicamente al considerar la culpabilidad por el acto, sin que para ello pueda allegarse de cuestiones y circunstancias externas, tales como los rasgos de personalidad, peligrosidad y temibilidad, lo cual, se insiste, formaba parte de una doctrina que, incluso, fue abandonada por el derecho mexicano desde 1994.

10. JUSTICIA RESTAURATIVA

En otro aspecto, se tiene que la justicia restaurativa, como elemento fundamental, se encuentra contemplada por el numeral 21 de la LNSIIPA, lo que la constituye como una respuesta alterna a la conducta que la ley señala como delito, que respeta la dignidad de cada persona y que, a su vez, construye comprensión y promueve armonía social por medio de la restauración de la víctima u ofendido, el adolescente y la comunidad; además, se prevé que el citado principio pueda desarrollarse de manera individual para los sujetos a proceso y sus respectivos entornos a fin de reparar el daño, comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias.

Para abundar en lo anterior, es preciso traer como referencia lo establecido en la jurisprudencia PC.III.P. J/1 P (10a.),⁵⁴ emitida por el Pleno en Materia

⁵³ Exposición de motivos de 23 de noviembre de 1993, Procesos legislativos, Cámara de Diputados, *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, disponible en: <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=BHGCbWrG7ukiUiW/WEuu/r718GQqjVu6ZuRSZ5azXFikIqwTRl6BysqZ7BTGT/x5p7wzX7TeZkB1jnsO5RVBw==>

⁵⁴ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 6, t. II, mayo de 2014, p. 1331.

Penal del Tercer Circuito, en el sentido de que la justicia restaurativa propicia una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo.

En efecto, debe destacarse que la naturaleza del principio aludido es de remediar una situación acaecida entre las partes en el proceso, ello, con apoyo en herramientas tales como la negociación y la comunicación, con total apego a los derechos humanos de los participantes y con el principal objetivo de alcanzar la reparación integral del daño causado, lo cual contribuye al fomento de la tranquilidad y armonía necesarios para el desarrollo colectivo de los individuos.

11. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO

En otro orden, es dable precisar que el artículo 22 de la LNSIIPA instaura las bases del sistema, al precisar que se fundará en un proceso acusatorio y oral en el que se observarán los principios de publicidad –explicado en un apartado posterior– contradicción, concentración, continuidad e intermediación con las adecuaciones y excepciones propias del sistema especializado, respecto de los cuales se indicará sustancialmente en qué consisten.

Ahora bien, en lo que respecta al principio de contradicción, la SCJN⁵⁵ ha establecido que el mismo forma parte esencial en la práctica de la prueba, al permitir a la defensa contradecir la prueba de cargo, por lo que es inherente al derecho de defensa. Esto es, las partes tienen derecho a controvertir todo el caudal probatorio que sea admitido en el proceso.

En lo que atañe al principio de concentración, Jaime Cuéllar lo ha definido como “aquella posibilidad de ejecutar la máxima actividad del procedimiento en la fase oral, así se debe entender que la concentración, celeridad y oralidad son una triada donde se apoya el sistema acusatorio”.⁵⁶ Es decir, para efectos prácticos, esta característica gira en torno a la posibilidad de desahogar la mayor cantidad de problemáticas relacionadas con el proceso en una sola audiencia.

⁵⁵ Curso de Especialización en el Sistema Acusatorio, “Principios Rectores del Sistema Acusatorio”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Principios%20rectores%20del%20sistema%20acusatorio.pdf>

⁵⁶ Bernal Cuéllar, Jaime y Montealegre, Eduardo, *El proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 208.

En relación con el principio de continuidad, cabe decir que se refiere a que la audiencia se debe realizar en un mismo acto, sin interrupciones, sin que lo anterior implique que se tenga que actuar prolongadamente durante plazos irrazonables y extenuantes para todos los sujetos involucrados en los procesos, ya sea imputados, jueces, víctimas, testigos, ministerios públicos, etcétera.

En lo atinente al principio de inmediación, Teresa Armenta⁵⁷ refiere que se originó como consecuencia del proceso liberal que se contraponía al sistema de justicia secreta; el juicio, por tanto, debe ser oral y público para que cualquiera pueda verlo y oírlo y así los jueces sólo puedan acceder a la prueba practicada ante ellos, por lo que quien dicte la sentencia debe haber asistido a la práctica de las pruebas, para apreciar las declaraciones y observar directa mente los diversos medios de prueba que se desahoguen en el juicio oral. Esto es, que el juez debe participar en todas las diligencias durante el proceso, para el efecto de dar certeza jurídica a los que en él intervienen.

12. ESPECIALIZACIÓN

En lo que respecta a este principio, debe decirse que se encuentra contemplado en el artículo 23 de la LNSIIPA, el cual básicamente impone la obligación de que todas las autoridades que intervengan en el sistema deberán estar formadas, capacitadas y especializadas en materia de justicia para adolescentes en el ámbito de sus atribuciones.

Igualmente, establece que las instituciones u órganos que intervengan en la operación del sistema deben proveer la formación, capacitación y actualización específica a sus servidores públicos, de acuerdo con su grado de intervención en las diferentes fases o etapas, por lo que deben incluir lo anterior en sus programas de capacitación, actualización y/o de formación correspondientes.

Además, instituye el deber de conocer los fines del sistema para adolescentes, así como la importancia de sus fases, particularmente de las condiciones que motivan que las personas sujetas cometan o participen en hechos señalados como delitos por las leyes penales y las circunstancias de la etapa correspondiente a la adolescencia, destaca incluso, que desde el inicio del procedimiento todas las actuaciones y diligencias estarán a cargo de órganos especializados en el sistema.

⁵⁷ Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 5a. ed., Madrid, 2010, p.46.

Sobre este aspecto, es menester traer como referencia que el Pleno de la SCJN, al resolver la Acción de inconstitucionalidad 37/2006, emitió la jurisprudencia P./J. 63/2008,⁵⁸ en la que fundamentalmente estableció que la especialización en el sistema para adolescentes debe entenderse materializada en una atribución específica en la ley; esto es, tener competencia en esta materia, según la cual será necesario que los órganos que intervengan en este sistema de justicia estén dotados expresamente de facultades para conocerlo, sin que sea suficiente que se trate de autoridades competentes en la materia penal en lo general.

De la misma forma, el Pleno de la SCJN, al resolver la referida Acción de inconstitucionalidad 37/2006, emitió una diversa jurisprudencia P./J. 64/2008,⁵⁹ en cuanto a las aristas de la especialización, que establece la relativa al perfil del funcionario debe entenderse como una capacitación o instrucción multidisciplinaria sobre el sistema de procuración e impartición de justicia juvenil, sus fines, operadores, fases, el fenómeno de la delincuencia juvenil en general y la situación del adolescente que delinque con conocimiento de los derechos reconocidos a los menores y de las modalidades que adquiere el procedimiento; es decir, con conocimiento especializado en la materia y con énfasis particular y preponderantemente al aspecto jurídico, incluso, como un perfil especial en cuanto al trato y actitud humanitaria hacia el adolescente.

En efecto, de lo anterior se puede obtener que el principio de especialización primordialmente dispone que las autoridades responsables del sistema de justicia para adolescentes deberán ser distintas a las establecidas para el sistema que impera para los mayores de edad, esto significa que cada uno de los intervinientes en el sistema de mérito deben contar con la capacitación adecuada sobre el sistema, para efecto de salvaguardar las garantías de los sujetos previstos por la norma y otorgarles certeza jurídica, ello con estricto apego a lo establecido por el arábigo 40.3 de la CSDN.

13. LEGALIDAD

El referido elemento fundamental se encuentra previsto en el numeral 24 de la LNSIIPA, en el que primordialmente se instituye que ningún adolescente puede ser procesado ni sometido a medida alguna por actos u omisiones que,

⁵⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 619.

⁵⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 625.

al tiempo de su ocurrencia, no estén previamente definidos de manera expresa como delitos en las leyes penales aplicables.

Del mismo modo, dicho arábigo establece que la responsabilidad penal de un adolescente únicamente podrá determinarse tras seguir el procedimiento establecido en la legislación de mérito y, en su caso, de comprobarse su responsabilidad, la autoridad jurisdiccional únicamente podrá sancionarlo a cumplir las medidas de sanción contenidas en la norma en estudio, conforme a las reglas y criterios establecidos para su determinación.

Sobre este punto, es menester traer como referencia que el Pleno de la SCJN, al resolver la Acción de inconstitucionalidad 37/2006, emitió la jurisprudencia P./J. 75/2008,⁶⁰ en la cual, entre otras cuestiones, determinó el alcance que tiene el principio de legalidad, el que indicó, radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no esté establecida en la ley, sin llegar al extremo de impedir que en determinado ordenamiento se comprendan tipos penales aplicables a dos legislaciones distintas, mayormente si éstas están encaminadas a definir el contenido de aquellas conductas que, a juicio del legislador, vulneran los mismos bienes jurídicos.

En ese sentido, se puede llegar a la convicción de que el principio de legalidad fundamentalmente dispone que ninguno de los sujetos contemplados por la norma pueda ser procesado o sometido a alguna medida por algún tipo de conducta que no se encuentre prevista al momento de su comisión por alguna legislación nacional, tales como codificaciones, leyes federales, generales y especiales que correspondan; lo anterior, en consonancia con lo estipulado por el precepto 40.2 inciso a) de la CSDN.

14. APLICACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE

En lo que atañe a este principio, cabe señalar que se encuentra contemplado en el artículo 25 de la LNSIJPA, el cual impone que, cuando una misma situación relacionada con adolescentes se encuentre regulada por leyes o normas diversas, siempre se optará por la que resulte más favorable a sus derechos, o a la interpretación más garantista que se haga de éstas.

En efecto, el tema en comento es claro y preciso al establecer que el principio en análisis implica que, ante diferentes legislaciones que contemplen la hipóte-

⁶⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 615.

LOS DERECHOS HUMANOS INHERENTES A LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA PENAL...
YAIR BARDOMIANO PINEDA SALDAÑA / JORGE LUIS BARRERA VERGARA

sis jurídica analizada, la autoridad debe optar por aquella que conduzca a una mejor y más amplia protección de los derechos fundamentales del adolescente, así se descartan las que restrinjan o limiten su ejercicio, en consonancia con los criterios que ha sostenido la Primera Sala de la SCJN en relación a este tema.⁶¹

15. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Este elemento fundamental se encuentra contemplado en el dispositivo 26 de la LNSIIPA, el cual establece que todo adolescente debe ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del procedimiento mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia firme emitida por la autoridad jurisdiccional, en los términos la ley de la materia.

Sobre este tema, la Segunda Sala de la SCJN, al resolver el amparo en revisión 89/2007, emitió la tesis 2a. XXXV/2007⁶² en la que primordialmente determinó los alcances de este principio, con lo que se probó que la presunción de inocencia opera incluso en las situaciones extraprocesales, ya que constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de “no autor o no partícipe” en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por lo que, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia.

En ese orden, se puede precisar que el derecho en alusión opera a favor de los adolescentes sujetos a proceso, para el efecto de no ser considerados autores o partícipes en la comisión de un ilícito, a menos que haya quedado plenamente comprobada, mediante, por supuesto, la actividad probatoria de cargo, obtenida de forma lícita que conste en cada caso y quede patentizada en la sentencia correspondiente; ello, acorde con el derecho humano previsto en el artículo 40.2 incisos b) y i), de la CSDN, así como en el diverso 8.2 de la CASDH.

16. RACIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y DE SANCIÓN

En lo que respecta a la racionalidad y proporcionalidad de las medidas cautelares y de sanción debemos acudir a lo previsto por el diverso arábigo 27 de la

⁶¹ Tesis: 1a./J. 174/2005 y 1a./J. 7/95.

⁶² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1186.

LNSIJPA, en el sentido de que las que se impongan a los adolescentes deben corresponder a la afectación causada por la conducta, en consideración de las circunstancias personales del adolescente, siempre en su beneficio.

Conforme con este planteamiento, cabe señalar que las medidas impuestas han de ser cualitativa y cuantitativamente adecuadas a los fines que persigue, para lo cual es menester que la autoridad jurisdiccional verifique precisamente que ésta sea acorde con el contexto general en torno al sujeto que se encuentra atendido a las particularidades del proceso respectivo, con el propósito de restablecer el orden social, con atención, en todo caso, a la teoría de la culpabilidad del acto, pues, como se ha puesto de relieve en otros apartados, este sistema busca única y exclusivamente sancionar al sujeto con relación al hecho punible que cometió, conforme con lo establecido por el artículo 40.4 de la CSDN.

17. REINTEGRACIÓN SOCIAL Y FAMILIAR DEL ADOLESCENTE

Los elementos fundamentales en análisis se encuentran contenidos en el artículo 28 de la LNSIJPA, en el cual, primordialmente, se dispone que la reintegración social y familiar es un proceso que debe desarrollarse durante la ejecución de la medida de sanción, cuyo objeto es garantizar el ejercicio de los derechos de la persona adolescente encontrada responsable de la comisión de un delito.

A su vez, impone que la reintegración debe realizarse por medio de diversos programas socioeducativos de intervención destinados a incidir en los factores internos y externos, en los ámbitos familiar, escolar, laboral y comunitario de la persona adolescente para que genere capacidades y competencias que le permitan reducir la posibilidad de reincidencia y adquirir una función constructiva en la sociedad.

En lo que atañe a este principio, Juan Ramírez⁶³ adujo que se debe promover la reintegración social del adolescente con el fin de que “vuelva a asumir una función constructiva en la sociedad, por lo que este principio exige que las medidas de tratamiento impuestas a un menor de edad promuevan la reintegración social”; señala también que “todo servidor público tiene el deber de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando exista una resolución judicial, atendiendo al interés superior del niño de que se trate”.

⁶³ Ramírez, Juan, “Justicia Penal para Adolescentes. Principios y Jurisprudencia”, *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, año III, enero-junio 2011.

En ese sentido, podemos inferir que durante la ejecución de la medida de sanción la autoridad encargada de dicha fase debe procurar la reintegración social y familiar del adolescente por medio de los tratamientos que resultaren pertinentes, para el efecto de que el sujeto sea efectivamente reinsertado en el contexto social y familiar que le corresponda, en atención, en todo momento, al interés superior del menor y los derechos humanos del individuo, acorde con lo previsto por el artículo 40.1 de la CSDN.

18. REINSERCIÓN SOCIAL

Respecto de la reinserción social, se debe traer como referencia lo dispuesto por el artículo 29 de la LNSIJPA, el cual consiste en la restitución del pleno ejercicio de los derechos y libertades del adolescente tras el cumplimiento de las medidas ejecutadas con respeto a sus derechos humanos.

Al respecto, la Primera Sala de la SCJN, al resolver el amparo en revisión 1003/2015, emitió la tesis 1a. CCXXI/2016 (10a.),⁶⁴ en la cual estableció, en lo que aquí concierne, que con este principio se busca el fomento al respeto por los derechos humanos, como una medida para poder alcanzar el objetivo señalado, además de que se procura que la persona no vuelva a delinquir.

En ese sentido, se puede llegar a la convicción de que la reinserción social es el conjunto de actividades, programas y acciones en general –educación, programas de rehabilitación y oportunidades de empleo– encaminadas a incluir, por primera vez o de nueva cuenta, al adolescente que se ha apartado del tejido social ya sea por encontrarse sujeto al proceso penal, en cualquiera de sus fases, o por el contexto social en el que se desarrolló durante su infancia, esto, de forma integral. Lo anterior, encuentra consonancia con lo instituido por el dispositivo 40.1 de la CSDN.

19. CARÁCTER SOCIOEDUCATIVO DE LAS MEDIDAS DE SANCIÓN

En lo que atañe a este elemento fundamental, el artículo 30 de la LNSIJPA, instituye que las medidas de sanción tendrán un carácter socioeducativo, ya que deben promover la formación del adolescente, el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, el fomento de vínculos

⁶⁴ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 34, t. I, septiembre de 2016, p. 509.

socialmente positivos, así como el pleno desarrollo de su personalidad y de sus capacidades; también instituye que en la ejecución de las medidas de sanción se deberá procurar que la persona adolescente se inserte en su familia y en la sociedad, mediante el pleno desarrollo de sus capacidades y su sentido de la responsabilidad.

Respecto a este punto, Ivonne Álvarez⁶⁵ precisó que “durante la ejecución de las medidas de sanción se deberá procurar que la persona adolescente se inserte en su familia y en la sociedad mediante el pleno desarrollo de sus capacidades y su sentido de la responsabilidad”, esto es, que “las medidas de readaptación social enfocadas en las y los adolescentes en esta circunstancia, lejos de entorpecer, obstaculizar o viciar su vínculo con la familia y la sociedad, están dirigidas a fortalecerlos”.

En ese sentido, se puede colegir que las medidas de sanción impuestas por las autoridades jurisdiccionales a los adolescentes, además de resarcir el menoscabo al derecho del agraviado, deben estar encaminadas a fortalecer los vínculos dependientes del contexto socio-cultural del individuo; es decir, no se debe soslayar el ámbito familiar del cual forman parte, así como su progreso educativo y se debe, en la medida de lo posible, inculcar el respeto a los derechos humanos de la sociedad, ello con apego a lo establecido por el artículo 29.1, inciso b), de la CSDN.

20. MEDIDA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Ahora bien, en lo que corresponde a esta medida, se tiene que el precepto 31 de la LNSIIPA, establece que ésta únicamente será utilizada de forma extrema y excepcional, además de que sólo se podrá imponer a los adolescentes mayores de catorce años, por los hechos constitutivos de delitos señalados por la ley en comento, por un tiempo determinado y por la duración más breve que proceda.

Sobre este tema, Elena Garrido⁶⁶ precisó que la privación a la libertad en los adolescentes debe utilizarse sólo como último recurso y por el menor tiem-

⁶⁵ Álvarez, Ivonne, “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”, *DFensor. Revista mensual de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, año XIV, núm. 9, septiembre de 2016.

⁶⁶ Garrido, Elena, “Adolescentes en conflicto con la ley: hallazgos, situación y vulnerabilidad”, *DFensor, Revista mensual de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, año XIV, núm. 9, septiembre de 2016.

po posible, con el propósito de restringir los efectos contraproducentes de la exclusión carcelaria y la estigmatización.

En ese sentido, se puede colegir que la medida de privación de la libertad debe utilizarse de forma excepcional y extrema, ello en el entendido que se debe analizar cada caso en concreto, con el fin de evitar la marca social (de haber sido privado de la libertad), de los sujetos a los que les resulta aplicable (mayores de catorce años) y por el menor tiempo posible, con total apego a lo dispuesto por el artículo 37, inciso b), de la CSDN.

21. PUBLICIDAD

Con relación a este principio, cabe señalar que es de naturaleza puramente procesal; se encuentra contenido en el arábigo 32 de la LNSIIPA, en el cual se impone que todas las audiencias celebradas durante el procedimiento y la ejecución de medidas se deben realizar a puerta cerrada, con excepción de que el adolescente solicite al órgano jurisdiccional lo contrario, esto es, que sean abiertas al público previa consulta con su defensor; de la misma forma, ordena que la autoridad jurisdiccional debe asegurarse que el consentimiento otorgado por el adolescente respecto a la publicidad de las audiencias, sea informado.

Podemos deducir que en este sistema la publicidad de los actos se encuentra condicionada a la voluntad del menor sujeto al proceso; es decir, que la autoridad tiene, en el ámbito de su jurisdicción, la facultad y obligación de velar para que la información relativa al procedimiento (audiencias, pruebas, comparencias, entre otras) no sea difundida por las partes, a menos que el joven sujeto al proceso manifieste su consentimiento para tales efectos.

A mayor abundamiento, también es dable precisar que la publicidad indebida se refiere a actos de difusión injustificados y ajenos a la actuación jurisdiccional misma; es decir, que los datos personales establecidos durante el procedimiento se publiquen o difundan fuera del ámbito de legítimo conocimiento por parte de las autoridades y sujetos legalmente involucrados, lo cual, como se dijo, no se encuentra permitido conforme a lo previsto por el artículo 40.2, inciso vii), de la CSDN.

22. CELERIDAD PROCESAL

En lo atinente al último de los principios establecidos taxativamente por la norma en análisis, se debe destacar que el artículo 33 de la LNSIIPA ordena que

los procesos en los que están involucrados adolescentes deben realizarse sin demora y con la mínima duración posible, por lo que las autoridades y órganos operadores del sistema deberán ejercer sus funciones y atender las solicitudes de los interesados con premura y eficacia, sin causar dilaciones injustificadas, siempre que no afecte el derecho de defensa.

Para abundar en torno al tema de las consecuencias que trae aparejada la dilación durante el proceso, es dable precisar que los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –posteriormente PIDCP–, así como los diversos 7.5 y 8.1 de la CASDH contemplan las prerrogativas a ser juzgado en un plazo “razonable” o a ser puesto en libertad mediante las garantías que aseguren su comparecencia al juicio y la continuación del proceso.

En ese entendido, tenemos que los procedimientos en los que se vean involucrados adolescentes deberán ser sustanciados de forma rápida y eficaz, pues cualquier actuación o diligencia que exceda de los plazos previstos para el trámite y conclusión de los procedimientos en los que se diluciden sus derechos, constituye una dilación procesal intolerable e injustificable, pues esas actuaciones deben emitirse sin demora alguna, dada su propia naturaleza, lo cual, a su vez, encuentra sustento en lo dispuesto por el artículo 37, inciso d), de la CSDN.

III. CONCLUSIONES

Como corolario a lo expuesto, es menester destacar que el sistema de justicia para adolescentes en México ha significado un gran avance en términos legislativos, para dotar de certeza jurídica dentro de los procesos penales a uno de los grupos más vulnerables de nuestra sociedad: los adolescentes.

Cabe destacar que, para ello, se implementaron múltiples principios que se tienen que observar por parte de las autoridades participantes en dicho sistema, tales como el interés superior de la niñez, el cual, como quedó precisado en el apartado correspondiente, funge como un eje rector del sistema, dado que en todo momento las autoridades inmiscuidas en el proceso deben atender a las necesidades, sentimientos y opiniones del menor, para tratar de obtener siempre el resultado más benéfico para el adolescente y, con ello, evitar menoscabar sus derechos humanos.

De igual forma, en el apartado conducente se desarrolló el principio de protección integral de los derechos de la persona adolescente, el cual, insta a todas las autoridades del sistema a garantizar oportunidades y facilidades para

que el sujeto pueda desarrollarse física, psicológica y socialmente en condiciones dignas; del mismo modo, se destacó que los derechos de los adolescentes deben estudiarse de forma integral, al ser indivisibles e interdependientes, pues se encuentran íntimamente relacionados sin la posibilidad de ser analizados de forma aislada; además, se enfatizó la prohibición latente para las autoridades en el sistema en relación con la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, al destacar en qué consiste y lo que al respecto ha resuelto el Máximo Tribunal del país.

Asimismo, se desarrolló el principio atinente a la no discriminación e igualdad sustantiva que debe poseer el adolescente durante el proceso, donde se subraya la prohibición para las autoridades de afectar los derechos humanos de los sujetos de la norma al tratarlos de forma diferenciada; además, se expuso que deben gozar del mismo trato y oportunidades para el reconocimiento de sus derechos, luego se precisó lo atinente a los principios de aplicación favorable y de mínima intervención y subsidiariedad, los cuales fueron detallados en la porción conducente.

Por otro lado, también se asentó que el sistema contempla el principio de autonomía progresiva, el que esencialmente impone a las autoridades involucradas en este sistema a reconocer que acorde con su edad, el sujeto posee mayores aptitudes para comprender y participar en las decisiones que acontecen durante la secuela procesal; luego, se hizo mención del principio relativo a la responsabilidad, el cual instituye una obligación para las autoridades jurisdiccionales propiamente, en el sentido de que únicamente deberán considerar la culpabilidad por el acto cometido para poder determinar la responsabilidad del adolescente, al excluir las demás circunstancias que, de ser el caso, pudieran perjudicarlo.

Además, se puso de relieve que el sistema acoge el principio de justicia restaurativa, el cual demanda a autoridades del sistema y a los propios intervinientes a encontrar otras formas de enmendar la conducta atribuida al adolescente mediante la reparación del daño, sin que sea necesario llegar hasta la última etapa del proceso, para lo cual deben favorecer y promover la negociación y comunicación *inter parte*.

En otro aspecto, también se abordaron los principios generales que rigen el procedimiento penal de referencia, el cual está basado en un proceso acusatorio y oral, apoyado, a su vez, en diversos principios, tales como la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, los cuales fueron explicados y detallados en el apartado respectivo y, de forma similar, se expu-

sieron los elementos fundamentales de especialización y legalidad; así como lo relativo al principio de aplicación de la ley más favorable y de presunción de inocencia, la racionalidad y proporcionalidad de las medidas cautelares y de sanción, que fueron desarrollados en párrafos previos.

También, se pormenorizó lo atinente al tema de la reintegración y reinserción social y familiar del adolescente, que fundamentalmente constituyen medidas para que el sujeto por medio de la participación social sea incluido en el entorno que le corresponde, con el fin de evitar una posible reincidencia; posteriormente, se expuso que la medida de privación a la libertad debe ser utilizada por las autoridades del sistema, excepcionalmente, con la finalidad de evitar una posible exclusión generada por la marca social impuesta a los individuos a los que se les ha establecido.

Por último, se precisó que el principio procesal correspondiente a la publicidad, propiamente implica que todas las diligencias del sistema deberán realizarse a puerta cerrada, salvo algunas excepciones, para evitar, en todo momento, la difusión de la información que en ellas se practica y que acorde con el principio de celeridad procesal, el juzgador debe privilegiar la inmediatez del procedimiento; es decir, que las actuaciones deben hacerse sin demora y dentro de un plazo razonable, *so pena* de poner en libertad al individuo, tal y como lo disponen las normas internacionales precisadas en el apartado correspondiente.

En efecto, como se hizo patente en este estudio, este sistema de justicia fue concebido en el derecho mexicano ante la necesidad de elevar la protección de los derechos humanos de uno de los grupos más vulnerables de nuestro país: los adolescentes; quienes se encuentran en una de las etapas más cruciales en su desarrollo como individuos, pues es aquí donde se terminan de definir los pormenores fundamentales en cuanto a su personalidad, intelecto y demás aspectos psicológicos, que los conducen en su progreso y desenvolvimiento social.

Lo anterior, mediante la implementación de principios que se encuentran armonizados con los derechos humanos contenidos tanto en instrumentos internacionales como en la CPEUM, que imprimen múltiples obligaciones y restricciones para las autoridades que intervienen en este sistema, tales como la protección al interés superior de los menores, la especialización con que deben contar quienes actúan por parte del Estado, la prohibición de la tortura, entre otros; con los cuales se pretende salvaguardar integralmente a los adolescentes

LOS DERECHOS HUMANOS INHERENTES A LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA PENAL...
YAIR BARDOMIANO PINEDA SALDAÑA / JORGE LUIS BARRERA VERGARA

que se encuentren sujetos a un proceso penal, lo que de sí implica una marca social, la cual se busca que no sea infringida a no ser que sea de imperiosa necesidad.

IV. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar Cavallo, Gonzalo, *El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, año 6, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile-Universidad de Talca, 2008.

Álvarez, Ivonne, “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”, *DFensor. Revista mensual de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, año XIV, núm. 9, septiembre de 2016.

Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 5a. ed., Madrid, 2010.

Bernal, Jaime y Montealegre, Eduardo, *El proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Costa Saraiva, João Batista, “Derecho Penal del Adolescente: Ni el Abolicionismo ni el Derecho Penal Máximo”, en Centro de Documentación y Análisis, Archivos y Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el marco de los trabajos de la Comisión Organizadora del Poder Judicial de la Federación para los Festejos del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (coord.), *Congreso Internacional Judicatura y Constitución*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2015.

Garrido, Elena, “Adolescentes en conflicto con la ley: hallazgos, situación y vulnerabilidad”, *DFensor. Revista mensual de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, año XIV, núm. 9, septiembre de 2016.

Ramírez, Juan, “Justicia Penal Para Adolescentes. Principios y Jurisprudencia”, *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, año III, enero-junio 2011.

ELECTRÓNICAS

Curso de Especialización en el Sistema Acusatorio, “Principios Rectores del Sistema Acusatorio”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Principios%20rectores%20del%20sistema%20acusatorio.pdf>

Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LqB3rUj>

Exposición de motivos de 23 de noviembre de 1993, Procesos legislativos, Cámara de Diputados, *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, disponible en: <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=BHGCBwRrG7ukiUiW/WEuu/r7I8GQqjgVu6ZuRSZ5azXFfkIqw-TRl6BysqZ7BTGT/x5p7wzX7TeZkB1jnsO5RVBw==>

O'Donnell, Daniel, "La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia", *Memorias del seminario internacional los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2006, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/8.pdf>

Zeledón, Marcela, "La Autonomía Progresiva en la Niñez y Adolescencia". *Revista Jurídica Digital Enfoque Jurídico*, 3 de marzo de 2015, disponible en: <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/2005>

NORMATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Declaración contra la Tortura.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

JURISPRUDENCIALES

Tesis 1a. CCXXI/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 34, t. I, septiembre de 2016, p. 509.

Tesis 1a. CXCII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, noviembre de 2009, p. 416.

Tesis 1a./J. 166/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, mayo de 2006, p. 111.

Tesis 1a./J. 174/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 455.

LOS DERECHOS HUMANOS INHERENTES A LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA PENAL...
YAIR BARDOMIANO PINEDA SALDAÑA / JORGE LUIS BARRERA VERGARA

- Tesis 1a./J. 37/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 33, t. II, agosto de 2016, p. 633.
- Tesis 1a./J. 44/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 7, t. I, junio de 2014, p. 270.
- Tesis 1a./J. 7/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, mayo de 1995, p. 124.
- Tesis 2a. XXXV/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1186.
- Tesis P./J. 63/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 619.
- Tesis P./J. 64/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 625.
- Tesis P./J. 75/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 615.
- Tesis P./J. 78/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 616.
- Tesis P./J. 9/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 34, t. I, septiembre de 2016, p. 112.
- Tesis PC.III. P. J/1 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 6, t. II, mayo de 2014, p. 1331.

TRANSPARENCIA Y ÉTICA JUDICIAL: ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

TRANSPARENCY AND JUDICIAL ETHICS: ESSENTIAL ELEMENTS FOR JURISDICTIONAL ACTIVITY

CARLOS ALBERTO SORIANO CUSTODIO*

RESUMEN: En la actualidad, la ética es referente de impartición de justicia, pues su relación equivale al respeto de los derechos fundamentales de cada ser humano. En efecto, la impartición de justicia no sólo va enfocada al conocimiento jurídico, ya que en mérito de sus funciones este requiere ser ilustrado por diversos valores y patrones de conductas positivas, tales como la dignidad humana, la responsabilidad de las funciones que ejerce y la moral para juzgar. Por tanto, la transparencia y la ética judicial van ligadas íntimamente a las funciones de los titulares de los órganos jurisdiccionales de nuestro país para impartir una verdadera justicia.

PALABRAS CLAVE: *Transparencia; ética; moral; Código de Ética; justicia; poder judicial; impartición de justicia.*

ABSTRACT: It is a reality that Ethics is a reference for the delivery of justice, since its relationship is equivalent to respect for the fundamental rights of every human being. Indeed, the delivery of justice is not only focused on legal knowledge, since in terms of its functions it requires being illustrated by different values and patterns of positive behaviors, such as human dignity, responsibility for the functions it exercises and morality to judge. Therefore, transparency and judicial ethics are closely linked to the functions of the holders of the courts of our country.

KEYWORDS: *Transparency; ethics; morality; Code of Ethics; justice; judiciary; delivery of justice.*

Fecha de recepción: 30/04/2018.

Fecha de aceptación: 28/09/2018.

* Licenciado en derecho y especialista en Administración y Procuración de Justicia por la Universidad Nacional Autónoma de México; candidato a Maestro en Derecho del Trabajo por la Escuela Libre de Derecho; ha sido secretario particular de Magistrado de Circuito, oficial administrativo en el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito y profesor adjunto en la Escuela Libre de Derecho.

SUMARIO: I. Introducción. II. Transparencia y acceso a la información. III. Transparencia judicial. IV. Ética y moral. 1. Ética. 2. Moral. V. Ética judicial. VI. Ética y transparencia: su relación con la actividad jurisdiccional. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN



Es un hecho verificable el revelador interés y avance que la “transparencia y ética judicial” ha despertado en los estudiosos de la ciencia jurídica, así como los efectos consumados a partir de dicha preocupación en los diferentes ámbitos del ejercicio profesional, sobre todo, en los órganos formal o materialmente jurisdiccionales.

Es imposible no advertir que acerca de “ética judicial” se ha escrito en abundancia; no obstante, el tema en absoluto no se encuentra agotado, pues existe un amplio campo de investigación sobre la materia y la importancia de dicha temática es palmaria, toda vez que la labor de los funcionarios judiciales trasciende al foro y repercute de manera inmediata en la sociedad.

Lo anterior es destacable puesto que la judicatura tradicionalmente había sido la más renuente dentro de las profesiones jurídicas para asumir un compromiso con la formación moral de sus integrantes; sin embargo, es precisamente la función de los jueces, la más propicia para conjuntar, ordenar y jerarquizar los principios morales gestados a lo largo de la historia humana, lo cual los hace operativos en la alta función de impartir justicia. Así, actualmente hablar de estos temas es aludir a uno de los ejes rectores que los Estados consideran indispensables en la búsqueda de una mejor impartición de justicia.

Es inocultable que la recepción de principios morales dentro del trabajo de los juzgadores no ha sido una labor sencilla, ni mucho menos pronta; además, comenzó a olvidarse la idea de que, al juzgar, a los jueces les bastaba para cumplir sus funciones el conocimiento de las leyes y el entrenamiento técnico para su aplicación; por tanto, era irrelevante la intervención de otros elementos ajenos a la norma jurídica.

Por ello, el presente trabajo tiende a demostrar que la transparencia y la ética judicial son elementos esenciales para realizar una actividad jurisdiccional eficaz.

II. TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

La transparencia es una cualidad del estado de la materia consistente en permitir ver a través de ello; delimitar la transparencia en el mundo de la actividad estatal, con la representación de una actuación pública, para dejar ver claramente la realidad de los hechos al interior de las instituciones; es el punto de partida para que el ciudadano pueda hacer uso pleno de sus derechos, manifestados en los derechos humanos y respaldados para su ejercicio vía el marco legal respectivo, desde la Carta Magna, tratados internacionales, incluidas las leyes y hasta los reglamentos. Dichos derechos, de manera enunciativa y no limitativa, serían: la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho de petición.

Lo anterior se puede corroborar con algunos tratados internacionales en materia de derechos humanos, entre los que destacan, por ejemplo los siguientes: el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre,¹ el numeral 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,² el precepto 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³ y el 13 de la Convención

¹ Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

² Artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras (...). 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

³ Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Americana sobre Derechos Humanos,⁴ los cuales reconocen que la libertad de expresión implica el derecho de informar y ser informado.

Por consecuencia, podemos aseverar que la transparencia en sí misma es un derecho, de acuerdo con la opinión de Mauricio Merino, quien indica que es “un derecho cívico que sirve para impedir la apropiación privada de los espacios públicos... un instrumento cuyo explícito propósito es asegurar que las cosas ocurran respetando las reglas del juego”.⁵

Esta noción nos lleva a la idea de interpretar a la transparencia no sólo como un derecho o un instrumento para ejercer derechos, sino como un mecanismo de control social, consistente en que la función estatal trabaje en una vitrina, por medio de la cual el ciudadano pueda acceder fácilmente a la información de su interés, por ejemplo, a recursos y su uso para la toma de decisiones.

Con estas ideas en mente, nos centraremos en la transparencia del Estado que, al aplicarse, se enfoca desde dos vertientes: la primera, que toda decisión administrativa, legislativa o jurisdiccional es clara y se comunica al público en general, además se facilitan mecanismos para su accesibilidad.

La segunda, que los costos, recursos, y procedimientos comprometidos en la aplicación de esa decisión son claros y accesibles para el público en general.

Ahora bien, México siempre se ha caracterizado por ser un país democrático, ya que se enfoca en cambiar y ejercer nuevas acciones de acuerdo con las necesidades que tiene la sociedad por motivo de la globalización; los mexicanos tenemos derecho a estar en constante convivencia colectiva incluyente, abierta, garante de libertad y justicia; en efecto, la democracia en nuestro país es acorde

⁴ Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

⁵ Merino, Mauricio, “El desafío de la transparencia. Una revisión de las normas de acceso a la información pública en las entidades federativas de México”, *Revista CIDE*, núm. 169, México, 2005, p.11.

con los derechos fundamentales de nuestra historia nacional, la cual se enfoca directamente a los derechos sociales, civiles y políticos.⁶

Por ende, nuestra Constitución, en su artículo 6o., consagra y tutela el derecho fundamental de acceso a la información, mediante los mecanismos jurisdiccionales de control de constitucionalidad.

De igual manera, establece como criterio esencial la publicidad de la información y su aplicación por cualquier autoridad en las entidades del país, órgano u organismos, obliga a todas las autoridades garantes del acceso a la información a resolver las controversias que privilegian lo público, y se conducen con objetividad y respeto.

Asimismo, se estableció que la transparencia y el acceso a la información no podrán ser posibles o creíbles si no se ejercen de manera fácil, gratuita y rápida, sin olvidar que en el mismo se establece la obligación de rendir cuentas sobre el ejercicio de los recursos públicos y que el cumplimiento de las metas sustantivas de todas las instituciones públicas sea público.

Por otro lado, de acuerdo con la Organización de Estados Americanos, el acceso a la información es aquel mecanismo para el fortalecimiento de la rendición de cuentas y de participación ciudadana, mejora la confianza de las instituciones y disminuye la corrupción al ser un medio de control público de los actos de gobierno, al transparentar sus actividades y manejo de los recursos⁷.

En ese sentido, el derecho de acceso a la información y la transparencia se conciben como aquellos derechos fundamentales que brindan a la sociedad el acceso a información primordial para tener una mejor calidad de vida pero, ante todo, este derecho cumple una función vital para la democracia, que se caracteriza porque los ciudadanos conozcan el quehacer, las decisiones y los recursos que erogan sus autoridades electas por el voto democrático.

En consecuencia, tendremos que deducir la razón del acceso a la información pública, la cual es: respetar el principio de publicidad, la rendición de cuentas, la difusión de información sobre el funcionamiento de los organismos públicos, la información para los ciudadanos y los medios de comunicación. Así, podemos aseverar que la transparencia y el acceso a la información fun-

⁶ Cossío Díaz, José Ramón, *Concepciones de la Democracia y Justicia Electoral*, Dirección Ejecutiva de Capacitación Electoral y Cívica del Instituto Federal Electoral, México, 2002, pp. 57-58.

⁷ Sitio web oficial de la Organización de Estados Americanos, disponible en: www.oas.org/es/sap/dgpe/ACCESO/Derecho.asp.

TRANSPARENCIA Y ÉTICA JUDICIAL: ELEMENTOS ESENCIALES...
CARLOS ALBERTO SORIANO CUSTODIO

cionan como un equilibrio de la información entre las instituciones con la sociedad, que ayudan a mejorar la relación entre los ciudadanos con el gobierno abierto, al elevar la confianza de la ciudadanía con sus gobernantes, pues la transparencia y la información pública contribuyen a combatir la corrupción.

III. TRANSPARENCIA JUDICIAL

La transparencia judicial entendida como principio, se refiere a la necesidad de que los juzgadores documenten los actos de su gestión y permitan la publicidad de éstos, siempre dentro del marco que la ley permita.

Para apoyarnos en la construcción de la definición de transparencia, utilizaremos el Código Iberoamericano de Ética Judicial, de manera concreta en los siguientes artículos:

Artículo 56. La transparencia de las actuaciones del juez es una garantía de la justicia de sus decisiones.

Artículo 57. El juez ha de procurar ofrecer, sin infringir el Derecho vigente, información útil, pertinente, comprensible y fiable⁸...

Dicho principio, ponderado por los veintitrés Estados miembros de la comunidad judicial iberoamericana, de la que México es parte, revelan esta garantía para los justiciables y, al mismo tiempo, impone la obligación a los impartidores de justicia de facilitar información útil, pertinente, comprensible y fiable, dentro de los límites de sus propias legislaciones.

La transparencia en el sistema judicial no puede remitirse exclusivamente a la publicación de sus resoluciones, debe abarcar aquellas partes del proceso que impidan generar juicios paralelos equivocados que afecten no solamente a determinados ciudadanos, sino también a la democracia.

En relación con los aparatos de justicia y en opinión del jurista Miguel Rodríguez Villafañe: “los magistrados son la cara del Estado ante el ciudadano con nombre propio, porque ellos son los que tienen, desde el poder que ejercen, la trascendente función de decidir respecto del honor, la libertad y los bienes de las personas. Por eso, la transparencia de los actos del Poder Judicial es un tema de especial preocupación individual y social”.⁹

⁸ Código Iberoamericano de Ética Judicial.

⁹ Rodríguez Villafañe, Miguel J., “Justicia en la Información”, *Enfoque*, noviembre de 2003, p. 41.

De ahí que la transparencia genera una serie de valores agregados para los juzgadores, encabezados por la confianza ciudadana en sus instituciones y, a su vez, permite que a la menor sospecha de alguna irregularidad se exija su fiscalización, lo que se relaciona directamente con la rendición de cuentas, pero no es un mecanismo en sí mismo, sino un concepto articulador de los medios utilizados para dicho fin.

Es importante que esta rendición de cuentas se brinde en todos los niveles y de una manera clara, ya que, por ejemplo, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación rinde un informe de actividades; sin embargo, para el ciudadano, en muchas ocasiones, el sistema judicial funciona como una caja negra en todos sus sentidos, pues conoce solamente los resultados, pero duda del proceso y su legitimidad por la ignorancia que se tiene. Lo anterior cobra fuerza debido a la opinión de la doctora en derecho Ana Laura Magaloni, quien indica que: “No tenemos ninguna idea sobre la confiabilidad de los datos y de su salida porque no conocemos cuáles son los procesos de recopilación de esos datos. No sabemos bien qué están haciendo nuestros jueces ni cómo lo están haciendo”.¹⁰

De lo anterior, se puede apreciar que las personas pueden quedar desprotegidas ante el Poder Judicial, al no tener un conocimiento claro del sentido en que están atendiendo los casos los jueces, lo que repercute en los datos personales del gobernado.

Sin embargo, en una opinión contraria, el jurista mexicano Miguel Carbonell expone que: “el Poder Judicial, tanto de la Federación como de las Entidades Federativas, se caracteriza por tener un alto déficit de transparencia en sus decisiones, en la regulación de los fondos y en la estructura administrativa que utilizan, desde las cuestiones relativas a la propia oposición y ascenso escalafonario de los jueces, hasta la definición de presupuestos y sueldos”.¹¹

Ahora bien, la justicia transparente para el ciudadano ordinario repercutirá benéficamente en la confianza para los procesos de importancia social, esto implica la ausencia de criterios para evaluar su labor, ya que una mayor transparencia ayuda a tener una menor sospecha de corrupción en el Poder Judicial, y se basa en estadísticas.¹²

¹⁰ Magaloni, Ana Laura, “Un sistema poco transparente”, *Enfoque*, noviembre de 2003, p. 14.

¹¹ Carbonell, Miguel, “Cerrazón en el sistema judicial”, *Enfoque*, noviembre de 2003, p. 13.

¹² *Idem*.

En efecto, el Poder Judicial de la Federación a través del Consejo de la Judicatura Federal y con fundamento en el artículo 81, fracción XXXV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y mediante la emisión de los Acuerdos Generales 5/2000, 28/2006 y 20/2011, consolidó la Dirección General de Estadística Judicial, la cual se encarga de proveer a las distintas áreas administrativas respecto de la información estadística relevante, oportuna y confiable que generan los órganos jurisdiccionales con motivo de su actividad.

Dentro de sus actividades, podemos destacar las siguientes: captar, validar, sistematizar, analizar e interpretar la información estadística que con motivo de sus actividades generan los órganos jurisdiccionales; proporcionar la información estadística que las áreas administrativas le soliciten y expedir copias certificadas; proponer la normativa, esquemas y criterios para el manejo y uso interno de la información estadística y de divulgación pública; mantener actualizado el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE), revisar y validar la congruencia de la captura de datos de los expedientes que se tramitan en los órganos jurisdiccionales.

Además, se estableció proponer al Pleno la implementación de nuevos módulos, esquemas y normativa que deban agregarse al SISE; verificar físicamente y de manera aleatoria la coincidencia en la captura de datos, mantener actualizado el padrón de analistas jurídicos encargados de la operación del sistema y corroborar su capacitación y actualización.

Asimismo, tienen que informar a las áreas administrativas correspondientes acerca del seguimiento de las observaciones y manifestaciones contenidas en las actas de visita de inspección practicadas e informes circunstanciados de los órganos jurisdiccionales.

Sin olvidar, la constante inspección en el funcionamiento de las oficinas de correspondencia común, vigilar el correcto turno de los asuntos a los órganos jurisdiccionales y supervisar el desempeño de los servidores públicos adscritos a éstas, así como proponer las medidas necesarias para el mejoramiento administrativo del sistema de distribución de asuntos.

También tienen que solicitar, concentrar, analizar y sistematizar la información administrativa de aplicación estadística que generen los órganos jurisdiccionales y áreas administrativas que integran el Poder Judicial de la Federación, colaborar en el diseño e integración del anexo estadístico del Informe Anual de Labores del Presidente, entre otras más.¹³

¹³ Artículo 150 del Acuerdo General 20/2011 del Consejo de la Judicatura Federal.

Para ilustrar la función de la referida Dirección, mostraré la estadística nacional presentada en 2015 por todos los órganos jurisdiccionales del Consejo de la Judicatura en los siguientes cuadros estadísticos (ver cuadros 1, 2 y 3):¹⁴

Cuadro estadístico 1

EXISTENCIA INICIAL	INGRESOS	EGRESOS	EXISTENCIA FINAL
115,511	432,968	389,033	116,941

Cuadro estadístico 2

INGRESOS EN MATERIA PENAL	EGRESOS EN MATERIA PENAL	INGRESOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA	EGRESOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA
58,883	72,730	135,002	130,278

Cuadro estadístico 3

INGRESOS EN MATERIA CIVIL	INGRESOS EN MATERIA CIVIL	INGRESOS EN MATERIA DEL TRABAJO	INGRESOS EN MATERIA DEL TRABAJO
101,962	99,563	87,338	93,780

Fuente: Dirección General de Estadística Judicial en su informe nacional de 2015.

IV. ÉTICA Y MORAL

1. ÉTICA

Según la definición que nos da el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, la ética, es una parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones que tiene el hombre. De esta definición podemos decir que la ética tiene su fin en la razón del ser humano y la moral conlleva a las costumbres y las normas que va imponiendo la sociedad según las vayan aceptando en su vida cotidiana.

¹⁴ Informe de la estadística nacional 2015, emitida por la Dirección General de Estadística Judicial, disponible en: http://www.dgepj.cjf.gob.mx/resources/anexos/2015/graficas/PAN_NAL_TOT_15.pdf

Por tanto, podemos decir que tanto la ética como el derecho son disciplinas vinculadas, al existir preceptos constitucionales que nos enmarca que las obligaciones de todo servidor público son salvaguardar la legalidad, actuar con honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en sus funciones, cargos o comisiones y, en caso de no hacerlo, causarán la suspensión provisional o definitiva del puesto desempeñado, de acuerdo con las medidas disciplinarias que establece la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.¹⁵

Luego, desde una aproximación gramatical al concepto de ética, proviene del vocablo *ethos*, el cual, desde la tradición filosófica, a partir de Aristóteles, atañe al “modo de ser” o “carácter”; entonces, se soslaya que lo ético comprende, ante todo, las disposiciones del hombre en la vida, en su carácter y sus costumbres.¹⁶

Desde el derecho, comprendemos que la costumbre parte de las repeticiones de las conductas, para hacerlas perdurar dentro del ser humano, la cual lleva consigo la constitución en su interior de reglas que le son indispensables y necesarias para guiar su vida.

En su obra literaria de *Ética*, el autor Alatorre Padilla comparte esta guía de vida; la obtenemos de su definición como “una ciencia que da ciertas normas y reflexiona sobre la conducta, o sea, que vincula las inquietudes humanas con los valores cuya finalidad subyacente es descubrir la felicidad”.¹⁷

Con estas nociones en mente, podemos comprender que la ética permite estudiar la esencia de los actos humanos, para descubrir allí el valor bondad o maldad que intrínsecamente los constituye.

En ese sentido, hacer ética consiste en filosofar sobre la actividad humana, al indagar acerca de sus causas supremas; es decir, escrutar en lo más íntimo de la conducta del hombre y en las propiedades de sus operaciones, para observar en éstas el aspecto de bondad, perfección o valor que puedan encerrar en su naturaleza misma y en su calidad de creaciones de seres imperfectos.

¹⁵ Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicadas por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación.

¹⁶ Aranguren López, José Luis, *Ética*, 7a. ed., Alianza, Madrid, 1997, pp. 21-23.

¹⁷ Alatorre Padilla, Roberto, *Ética (Manual)*, 7a. ed., Porrúa, México, 1983, p. 35.

Además, en opinión del doctor en filosofía Raúl Gutiérrez Sáenz, la ética “es una ciencia práctica y normativa que estudia racionalmente la bondad y maldad de los actos humanos”.¹⁸

Para englobar las anteriores definiciones, podemos considerar a la ética como el estudio filosófico de la moral, a pesar de que comúnmente el término es utilizado como moralidad y, en algunas ocasiones, como el conjunto de principios morales de una tradición, grupo o individuo.

Por tanto, será necesario tener una noción de lo que es la moral para una mejor comprensión de la concepción de la ética.

2. MORAL

La Real Academia Española define la moral como: “1. adj. Perteneciente o relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obrar en relación con el bien o el mal y en función de su vida individual y sobre todo, colectiva”.¹⁹

Si partimos de lo anterior, podemos ver que la moral se refiere a la conducta del hombre, que obedece a unos criterios valorativos que orientan o limitan nuestro comportamiento; la moral nos hace actuar de una determinada manera y nos permite saber qué debemos hacer en una situación concreta.

Vemos pues que existe una simbiosis entre el concepto de moral y el de ética, ya que aquél se dedica a estudiar y la ética analiza el lenguaje de la moral; muestra el carácter moral del ser humano en lo individual y en su comunidad, revisa filosóficamente la moral histórica creada, así como los problemas morales planteados en el contexto temporal que le es propio o que es de su interés.

La conclusión es que la ética necesita de la moral para sacar sus conclusiones, para explicarla, para elaborar sus hipótesis y teorías; pero ello no significa que la tarea de la ética consista en crear o inventar la moral,²⁰ por tanto, es una relación entre una ciencia y su objeto de estudio.

De lo anterior podemos deducir que la ética profesional es una actividad personal, puesta de una manera estable y honrada al servicio de los demás y

¹⁸ Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Introducción a la Ética*, 8a. ed., Esfinge, México, 2009, p. 58.

¹⁹ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua Española*, 23a. ed., disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Pm2wZfs|Pm4ASgI>

²⁰ Escobar Valenzuela, Gustavo, *Ética. Introducción a su problemática e historia*, 4a. ed., McGraw-Hill interamericana, México, 2003, p. 46.

en beneficio propio, a impulsos de la propia vocación y con la dignidad que corresponde a la persona humana.²¹

V. ÉTICA JUDICIAL

El ejercicio habitual de la función jurisdiccional tiene un impacto en la sociedad que va más allá de la solución de cada caso concreto, puesto que la emisión y cumplimiento de las resoluciones judiciales fija el alcance de las normas jurídicas propias de un sistema de derecho que, a la postre, determina la estabilidad social.

Es menester mencionar la necesidad de jueces conscientes de la dimensión de su trabajo, de la investidura que ostentan y de su responsabilidad con la comunidad a la cual sirven, de distintas formas, ya sea al regular y generar el cambio social, equilibrar las desigualdades o legitimar el sistema político.

Dicho deseo fue plasmado en nuestra Constitución dentro del artículo 100, que expresa lo siguiente: “Artículo 100. [...] la ley establecerá las bases para la formación y actualización de funcionarios, así como para el desarrollo de la carrera judicial, la cual se regirá por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia”.²²

Este artículo es claro respecto a la formación profesional que debe guiar la conducta de los funcionarios comprometidos con la carrera judicial y también es el fundamento legal de cualquier Código de Ética que tenga que ver con el Poder Judicial.

De lo anterior, se desprende la relevancia de contar no exclusivamente con jueces peritos en derecho, que se encuentren sujetos sólo a una normatividad de responsabilidades profesionales o a la legislación penal; sino juzgadores con conciencia social e informada de la dimensión moral de su función, que les permita reflexionar cada día sobre su función en la impartición de justicia.

En apoyo a lo anterior, es oportuno referir a la exposición de motivos del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, que señala:

[...] es un derecho de los justiciables que la administración de justicia sea impartida por jueces con autoridad moral que garanticen una justicia accesible, pronta, completa, imparcial y previsible, basada en la letra o

²¹ Sitio web oficial “Ética Ciudadana”, disponible en: <http://eticaciudadana.blogspotcom/2007/06/la-tica-profesional.html>

²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

la interpretación jurídica de la ley y, a falta de ésta, en los principios generales del derecho, sin que se privilegie cualquier otro interés.²³

Dicho Código presenta una gama de virtudes, las cuales trascienden de manera eficaz en su conducta. En efecto, éstas han fortalecido los canales del acceso a la información pública, condiciones que la hacen cuestionar o emitir juicios que puedan trascender en la conciencia libre del juzgador para dar lugar a una correcta independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y transparencia en su labor.

Así, razonamos que la ética en el servicio público es el análisis de los valores que deben guiar la conducta de los servidores públicos en lo individual, y de las instituciones que integran la administración pública en lo colectivo, la responsabilidad implícita en el servicio público es mayor que en cualquier otro caso, ya que las consecuencias trascienden de una acción a toda una sociedad.

En opinión del licenciado Héctor Molina González:

La honradez, la moral y la ética hacen al juez independiente. Tal objetivo no está en la ley, sino en él. La imparcialidad, al igual que las demás cualidades humanas, pueden desarrollarse por el ejercicio constante...La función del juez se desarrolla en una atmósfera tensa, en un *maremagnum* de ocultas pasiones, virtudes y fragilidades humanas, nobleza, vilipendio, estupidez y astucia, alteza de miradas y brutalidad. Las partes en cada caso hacen lo imposible por vencer y en medio de este ambiente, el juez debe de resolver lo justo de acuerdo a sus conocimientos, independencia, criterio, capacidad, honradez, moral y ética".²⁴

Comprendemos que las virtudes deseables y exigibles a nuestros funcionarios jurisdiccionales, hacen del hombre que desarrolla esta profesión un buen juzgador y que, a pesar que la ley en cierta medida regula el comportamiento de ellos, se aprecia que el derecho ha de orientarse al bien o al interés general, que en el ámbito de la función judicial adquiere una especial importancia, justificación más que necesaria para la aplicación de la ética judicial, la cual debe ser desde una lógica de transparencia de las funciones del juzgador, en el entendido que hay una estrecha relación entre la ética de los funcionarios y la transparencia de sus labores.

²³ Código de Ética del Poder Judicial de la Federación.

²⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída, Ética de los jueces, análisis pragmático, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 19.

En ese orden de ideas, podemos decir que los jueces y magistrados son servidores públicos y sus funciones son resolver conflictos entre personas, entre éstas y el gobierno o entre la comunidad y una persona, al condenar a una de las partes mediante las sentencias para restablecer la justicia y armonía social.

Ahora bien, para que la sentencia sea realmente congruente y exhaustiva, nuestros impartidores de justicia deberán atender a los principios y reglas jurídicas establecidas, y dejar a un lado sus intereses personales –éstos pueden ser adquirir riquezas económicas o poder– siempre con la voluntad de dar a cada quien lo suyo, pues recordemos que la justicia no puede ser parcial ni se deben clasificar las preferencias por unos u otros, por tanto, nuestros jueces y magistrados deben ser honorables, ya que el justiciable lo que realmente espera de ellos es que mantengan su juicio imparcial y objetivo en los conflictos planteados ante cada uno de ellos.²⁵

VI. ÉTICA Y TRANSPARENCIA: SU RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

Estos conceptos serán los que fundamenten el autocontrol, al encontrarse implícitos en la actividad profesional del juzgador. Al precisarse los valores profesionales del administrador de justicia como condición necesaria para el autocontrol, cuando en los actos humanos coincide lo normal de hecho y lo normal de derecho, se presume una actuación racional por parte del individuo ejecutor.

Para llegar a esta apreciación es necesario entender la labor social de su función, que si bien todo trabajo tiene una función social, es decir, que produce beneficios tanto para quien lo realiza como para toda la sociedad en su conjunto, implica desde el más modesto obrero o artesano, hasta el profesionista con títulos académicos.

En tal circunstancia, particularmente la labor profesional del juez está acompañada de un inmenso compromiso social, ya que las resoluciones emanadas de su arbitrio determinan el rumbo de vida de los gobernados. Su actuación, por tanto, no solamente debe obedecer al conocimiento de la técnica jurídica, sino, además, a una normatividad moral.

²⁵ Adame Goddard, Jorge, “La justicia del juez: juzgar bien”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 21, México, 2006, pp. 115-125.

Para ello es pertinente conocer la opinión de Armando Cortés Galván que menciona lo siguiente: “aprende todos los ornamentos de la virtud, sé instruido en ella, sé humanitario, cortés, familiar con todos, fácil de acceder, sé cívico, sobrio, no codicies riqueza ni dejes que ésta te induzca a juicios erróneos haciéndote deshonorar tu función”;²⁶ de lo anterior podemos deducir que la finalidad de toda acción es la virtud, sea cual fuera el caso concreto, la acción debe ser regulada por ella misma y todas las virtudes, los valores, la ética, etcétera, son preceptos inseparables de la función judicial que conllevarán, desde luego, a la máxima elevación de la profesión.

Estos preceptos inseparables a la función judicial forman parte de los mecanismos de control social difuso que buscan evitar la necesidad de recurrir a los mecanismos coercitivos, mediante la promoción de valores en el ejercicio profesional público. Las reformas administrativas para actualizar la administración pública implican la introducción de nuevos valores y dilemas a solucionar, como la conjunción del acceso a la información, la transparencia y la apertura gubernamental, con la estabilidad, el orden y los juicios paralelos de la opinión pública.

Por esa razón, han cobrado importancia las declaraciones generales, referentes a los valores tradicionales que deben guiar a los servidores públicos, conocidas como “Código de Ética” y “Código de Conducta”, e inclusive, en atención a las ideas del ilustre jurista mexicano y Magistrado de Circuito Joel Carranco Zúñiga, al indicar que “la puerta del respeto sólo podrá ser cruzada gracias a las virtudes humanas, pues aquellas mismas no se aprenden en la escuela judicial”;²⁷ palabras muy acertadas que preparan a los licenciados en derecho y futuros funcionarios operadores de la norma no se brinda una conciencia social humanista, situación sumamente relevante que habrá de hacer hincapié siempre a las virtudes humanas y decisiones jurídicas, que como persona, debe de tener el futuro juzgador. En suma, el licenciado Pedro Ojeda Paullada indica que:

[...] la ética y la justicia resultan dos categorías centrales de la actividad del juez. La ética implica honestidad, lealtad, imparcialidad e independencia. Tales valores deberán estar profundamente arraigados en la conciencia del juez, como hombre de bien que debe guiar siempre su conducta

²⁶ Cortés Galván, Armando, *Cartas a un Juez que inicia Carrera Judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, p. 151.

²⁷ Carranco Zúñiga, Joel, *Cartas a un Juez que inicia Carrera Judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, p. 127.

TRANSPARENCIA Y ÉTICA JUDICIAL: ELEMENTOS ESENCIALES...
CARLOS ALBERTO SORIANO CUSTODIO

personal y profesional sobre postulados de una probada moralidad [...] actúa siempre con ética, preparación, dedicación, responsabilidad y compromiso. Así cumplirás contigo y con la sociedad en la prestación de un enorme servicio”.²⁸

Por tanto, el carácter profesional y ético de los juzgadores mexicanos no se puede alejar de la integridad psicológica y moral de la persona que cuenta con facultades de impartir justicia, pues su calidad de ética se refleja y transmite con las diversas actuaciones de su vida privada y judicial.

En ese sentido, la exigencia de la ética en la práctica judicial que a diario efectúan nuestros juzgadores requiere la inclusión de las reglas, principios y virtudes judiciales en el ejercicio de la impartición de justicia, tener una apertura de la mentalidad estricta jurídica –clara simpatía por lo que las normas señalan– ya que es necesaria la comprensión y reflexión de nuestros ordenamientos legales. De igual manera, nuestros juzgadores deben de elegir cuáles son los bienes necesarios en su actuar, por ejemplo:

- a) Bien interno: En éste, el juzgador en su actividad judicial tiene a la “justicia” como objetivo primordial, asimismo determinar lo justo y dar a cada uno lo que le es debido.
- b) Bien externo: Aquí no tendrá ninguna relación la actividad judicial del juzgador, pues se relaciona con el prestigio de la persona, ya que aquél tratará de aumentar sus ingresos económicos personales, es decir, comercializar con la justicia.

Ahora bien, la tarea de incorporar la palabra transparencia de manera decidida al léxico de los asuntos públicos fue una tarea titánica que, poco a poco, se ha esforzado en su preparación y que, aunado a la ética del funcionario, son dos ejes complementarios uno del otro. Son dos situaciones que conllevan a un solo objetivo, una estructura de justicia, ya que es el principio rector de toda actividad, una necesidad imperiosa que conformará un espíritu de excelencia y con esto lograr la tan ansiada aspiración de justicia, tal vez considerada por muchos la función primordial del juzgador.

En este sentido, la labor social del Poder Judicial es palpable, y por ello impacta seriamente en la realidad nacional; esta es la imperiosa razón de fortalecer la ética en sus funciones, así como la transparencia de sus actuaciones.

²⁸ Ojeda Paullada, Pedro, *Cartas a un Juez que inicia Carrera Judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, p. 373.

Acorde con lo anterior, el Poder Judicial de la Federación, en cumplimiento a garantizar el derecho a la información y el acceso a la justicia, impone la obligación a todos los órganos jurisdiccionales de hacer públicas sus resoluciones, las cuales hayan causado ejecutoria, en cuyo caso las partes pueden oponerse a la publicación de sus datos contenidos en la sentencia.

No obstante lo anterior, en cumplimiento a la transparencia judicial, también es el caso que en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en diversos Tribunales Colegiados se realizan videograbaciones de las sesiones en donde emiten sus decisiones finales sobre los asuntos jurídicos que conocen, de igual manera, no se soslaya que en los nuevos Centros de Justicia Penal los jueces graban sus sesiones a la hora de emitir un veredicto final, esto en cumplimiento al artículo 20 constitucional, apartado B, fracción V, y el artículo 154 de la Ley de Amparo.

Así, podemos desprender que el Poder Judicial de la Federación respeta los ordenamientos éticos y legales al realizar su función jurisdiccional, en virtud de cumplir con el principio de publicidad de las audiencias, de igual manera con el sitio web de consulta de sentencias se puede apreciar que satisface la obligación de mostrar de manera simple, rápida y gratuita sus fallos en los conflictos jurídicos.

Además, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en 2013 emitió el criterio jurisprudencial cuyo rubro dice: SENTENCIA CON FORMATO DE LECTURA FÁCIL. EL JUEZ QUE CONOZCA DE UN ASUNTO SOBRE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL, DEBERÁ DICTAR UNA RESOLUCIÓN COMPLEMENTARIA BAJO DICHO FORMATO,²⁹ en el cual se estipuló que toda sentencia emitida por juzgados o tribunales federales deberán ser emitidas -cuando alguna de las partes lo soliciten- mediante un formato de lectura fácil, es decir, emplear una tipografía clara, accesible, con párrafos cortos y con un lenguaje sencillo o coloquial.

Por consecuencia, los jueces y magistrados del Poder Judicial cumplen con su deber ético de rendir cuentas a la sociedad en el desempeño de su labor jurisdiccional al hacerlas públicas, con formato de lectura fácil, e inclusive se pueden observar las grabaciones de éstas.

²⁹ Tesis: 1a. CCCXXXIX/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 1, t. I, diciembre de 2013, p. 536.

VII. CONCLUSIONES

PRIMERA. La función de la transparencia es generar una serie de valores agregados para las funciones del Estado, encabezados por la confianza ciudadana en sus instituciones y gobierno para exigir la rendición de cuentas a la menor irregularidad.

SEGUNDA. La ética, la moral y el significado que encierran estas palabras en la labor jurisdiccional, nos permiten concluir la existencia de valores, que debemos cumplir no sólo por obligación, sino más bien por convicción; éstos deben practicarse habitualmente para alcanzar la excelencia.

TERCERA. El tecnicismo de los procesos agrava el desconocimiento sobre el aparato judicial, el acto de enjuiciar a una ciudadanía expectante y deseosa de confirmar que esa labor esencial desarrollada en su nombre obedece a una aplicación objetiva, serena y ponderada de la ley, por parte de un juez que adquiere de forma pública, oral y concentrada la convicción necesaria para emitir una resolución. Por lo que en la medida de lo posible debe de tratar de hacerse más accesible el entendimiento de sus funciones al público en general.

CUARTA. El poder que se confiere a cada juez trae consigo determinadas exigencias que serían inapropiadas para el ciudadano común que ejerce poderes privados; la aceptación de la función judicial lleva consigo beneficios y ventajas, pero también la perspectiva de una sociedad mandante comprende que el juez no sólo debe preocuparse por ‘ser’, según la dignidad propia del poder conferido, sino también por ‘ejercer’, de manera que no suscite legítimas dudas en la sociedad acerca del modo de cumplir el servicio judicial.

QUINTA. El control social difuso, ya sea institucional o funcional, debe obedecer al principio general de preferir mecanismos de control, los más genéricos, difusos y automáticos posibles; sin necesidad de recurrir a los mecanismos de poder coercitivo, pero sí inmersos en una organización que garantice institucionalmente todos los valores.

SEXTA. El desarrollo y mejora de los sistemas judiciales exige juzgadores que sean, además de destacados y eminentes juristas, sujetos con probada solvencia moral; se considera que el juez es un agente honesto y no un mero técnico jurídico mecanizado del sistema judicial, cuya actividad sea transparente y encuentre fundamentos de obligatoriedad decorosa, que le son posibles de asumir en su práctica profesional.

SÉPTIMA. Las sentencias que emiten los juzgadores en la actualidad cuentan con una accesibilidad pública fácil y gratuita, con formatos de lectura fácil, por lo que tal comunicación con el gobernado cumple con el acceso e impartición de justicia eficaz.

OCTAVA. El sistema de videograbación de las audiencias en los Tribunales Colegiados y en los Centros de Justicia Penal garantizan el debido cumplimiento ético de los juzgadores al emitir sus sentencias y cumplen con una transparencia judicial óptima, pues tales grabaciones son transmitidas públicamente y generan un crecimiento positivo de confianza ante la sociedad.

VIII. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

Adame Goddard, Jorge, “La justicia del juez: juzgar bien” *Enfoque*, noviembre de 2003.

Alatorre Padilla, Roberto, *Ética (Manual)*, 7a. ed., Porrúa, México, 1983.

Aranguren López, José Luis, *Ética*, 7a. ed., Alianza, Madrid, 1997.

Carbonell, Miguel, “Cerrazón en el sistema judicial” *Enfoque*, noviembre de 2003.

Carranco Zúñiga, Joel, *Cartas a un Juez que inicia Carrera Judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

Cortés Galván, Armando, *Cartas a un Juez que inicia Carrera Judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

Cossío Díaz, José Ramón, *Concepciones de la Democracia y Justicia Electoral*, Dirección Ejecutiva de Capacitación Electoral y Cívica del Instituto Federal Electoral, México, 2002.

Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Introducción a la Ética*, 8a. ed., Esfinge, México, 2009.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Ética de los jueces. Análisis pragmático*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006.

Magaloni, Ana Laura, “Un sistema poco transparente”, *Enfoque*, noviembre de 2003.

Ojeda Paullada Pedro, *Cartas a un Juez que inicia Carrera Judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

Rodríguez Villafaña, Miguel J., “Justicia en la Información”, *Enfoque*, noviembre de 2003.

TRANSPARENCIA Y ÉTICA JUDICIAL: ELEMENTOS ESENCIALES...
CARLOS ALBERTO SORIANO CUSTODIO

Valenzuela, Gustavo, *Ética. Introducción a su problemática e historia*, 4a. ed., McGraw-Hill interamericana, México, 2003.

ELECTRÓNICAS

Informe de la estadística nacional 2015, emitida por la Dirección General de Estadística Judicial; disponible en: http://www.dgepj.cjf.gob.mx/resources/anexos/2015/graficas/PAN_NAL_TOT_15.pdf.

Real Academia Española. “Diccionario de la lengua Española” 23 ed., disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Pm2wZfs|Pm4ASgI>.

Sitio web oficial “Ética Ciudadana” disponible en: <http://eticaciudadana.blogspot.com/2007/06/la-tica-profesional.html>.

Sitio web oficial de la Organización de Estados Americanos, disponible en: www.oas.org/es/sap/dgpe/ACCESO/Derecho.asp.

NORMATIVAS

Acuerdo General 20/2011 emitido por el Consejo de la Judicatura Federal.

Código de Ética del Poder Judicial de la Federación.

Código Iberoamericano de Ética Judicial.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

JURISPRUDENCIALES

Tesis: 1a. CCCXXXIX/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 1, t. I, diciembre de 2013, p. 536.

LOS DERECHOS HUMANOS CULTURALES Y EL INTERÉS LEGÍTIMO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE SU SALVAGUARDA: ¿PROBLEMA U OPORTUNIDAD?

CULTURAL HUMAN RIGHTS AND LEGITIMATE INTEREST AS A
LEGAL INSTRUMENT OF THEIR SAFEGUARD: PROBLEM OR
OPPORTUNITY?

OLGA VARGAS GUTIÉRREZ*

RESUMEN: Como actividad humana, la cultura suscita vínculos jurídicos: derechos y obligaciones. Sus manifestaciones: materiales e inmateriales. El derecho humano de acceso a la cultura y ejercicio de derechos culturales se reconoce en el artículo 4º constitucional. El interés legítimo requiere de una afectación en sentido amplio a la esfera jurídica del quejoso, por intromisión directa o agravio derivado de su situación particular frente al orden jurídico. La justiciabilidad de los derechos culturales depende de que en la labor jurisdiccional se dote de amplio contenido a la figura jurídica del interés legítimo en el juicio de amparo y se facilite la suspensión de actos posiblemente violatorios de derechos culturales, al analizar las circunstancias en cada caso concreto.

PALABRAS CLAVE: *Derechos culturales; interés legítimo; amparo.*

ABSTRACT: Culture, as a human activity, raises legal links: rights and obligations. Its manifestations: Materials and immaterials. The human right of access to culture and exercise of cultural rights is recognised in article 4 of the Constitution. The legitimate interest requires a broader effect on the legal sphere of the complainant, for direct intrusion or tort derived from his particular situation vis-a-laws. The justiciability of cultural rights depends on the broad content of the legal status of the legitimate interest in the trial of amparo in the jurisdictional work and to facilitate the suspension of acts possibly violating cultural rights, Analyzing the circumstances in each specific case.

KEYWORDS: *Cultural rights; legitimate interest; amparo.*

Fecha de recepción: 12/07/2018.

Fecha de aceptación: 18/09/2018.

* Secretaria de Tribunal adscrita al Sexto Tribunal Unitario del Quinto Circuito.

SUMARIO: I. Introducción. II. Derechos humanos culturales. III. El interés legítimo en el juicio de amparo. IV. Justiciabilidad de los derechos culturales. V. Casos representativos. VI. Reflexiones finales. VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN



Derivado de lo poco que se ha estudiado en torno a los derechos culturales, los menos estudiados dentro del grupo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), surgió la inquietud de abordar el tema en relación con la figura jurídica del interés legítimo como requisito de procedibilidad en el juicio de amparo, para saber si ésta responde a la necesidad de hacer tales derechos justiciables.

Primeramente, se definirá la materia de estudio y en un capítulo especial se abordará el tema de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, con referencia a las reformas constitucionales en materia de derechos humanos que, desde el mes de junio de 2011, ubican a los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales en el derecho interno, así como las reformas constitucionales relativas al juicio de amparo.

De igual forma, se analizarán los avances en la función jurisdiccional en relación con la figura jurídica del “interés legítimo” como requisito para promover el juicio de amparo, para lo cual se analizará la ejecutoria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que se delimita el contenido y alcances del interés legítimo y se establecen sus diferencias con el interés jurídico y el interés simple.

Por último, se culminará con una reflexión sobre el efecto que puede tener este instrumento jurídico en la justiciabilidad de los derechos culturales, al considerar casos representativos de violaciones de este tipo de derechos.

II. DERECHOS HUMANOS CULTURALES

La expresión “derechos culturales” exige una definición de su ámbito material de validez que, justamente por su enorme carácter polémico, no está desprovisto de ambigüedades. El análisis de los “derechos culturales” se inicia con la precisión de dos constataciones: la primera se refiere a que la cultura ha permeado, bajo diversas formas y expresiones, en amplios sectores de la

sociedad mexicana, específicamente en todos los vehículos de comunicación y expresión que han venido transformando las formas de vida; la segunda constatación, evidencia que el derecho también ha sufrido profundas e importantes metamorfosis. Éste es el reflejo de las aspiraciones, frustraciones, dificultades y costumbres de una sociedad, de las que igualmente participa la cultura. Por tanto, en la medida en que la cultura es una actividad humana, suscita irremediabilmente vínculos jurídicos que se traducen en derechos y obligaciones.¹

Ahora bien, por cultura no debe entenderse sólo un conjunto de conocimientos, artes y técnicas que se adquieren por medio del aprendizaje, sino que implica una verdadera conformación de la personalidad de los individuos al imbuirles las pautas de conducta y el sistema de valores vigentes en un determinado contexto social.²

Las manifestaciones de la cultura en su forma material se conocen como bienes tangibles y comprenden a los bienes corpóreos, como las edificaciones y el mobiliario arqueológico e histórico, pinturas, esculturas, libros, sellos postales, fotografías, filmes y otros bienes artísticos.

Las manifestaciones inmateriales se conocen como bienes intangibles que son aquéllas como los cánones estéticos, las lenguas, las tradiciones indígenas, rurales, urbanas, las costumbres generacionales, las creencias, la historia y la religión, entre otros.

Es perceptible una interdependencia y correspondencia entre los derechos culturales y otros derechos que han sido objeto de una mejor sistematización, como son los derechos económicos y sociales, e incluso los civiles y los políticos; los derechos culturales, empero, carecen de un estatuto jurídico definido que explicita la extensión de los derechos y obligaciones y que haga viable un desarrollo jurisprudencial. Ante la ausencia de una dogmática propia, los derechos culturales conservan aún un carácter contingente, lo que de ninguna manera acota su dimensión, sino que destaca su complejidad, aunque no deja de reconocerse el avance legislativo que se ha logrado.

La legislación mexicana desarrolla la dogmática del régimen jurídico del patrimonio cultural en dos ejes fundamentales: el valor cultural y el derecho de acceso a la cultura.

¹ Sánchez Cordero, Jorge, “Comentario al Artículo 4º párrafo 9 Constitucional”, *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, t. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013, p. 680.

² *Ibidem*, p. 670.

En el régimen jurídico del patrimonio cultural tangible, el valor cultural se identifica con el interés cultural arqueológico, histórico y artístico y lo hace en la perspectiva de la escuela tradicional del régimen de propiedad en sus múltiples variantes; es decir, la forma de dominación pública o privada, sujeta a restricciones importantes de diversa índole en cuanto a su ejercicio. De esta forma, el interés público legitima la intervención administrativa.³

En cuanto al derecho de acceso a la cultura y al ejercicio de los derechos culturales, el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su penúltimo párrafo, que fue adicionado al precepto referido mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de abril de 2009, establece lo siguiente:

Toda persona tiene 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. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Al respecto, es menester considerar que los derechos culturales refieren una vastedad de fenómenos sociales expresivos, funciones estatales, reglas de derecho de diferente naturaleza y jerarquía, con diferentes grados de eficacia, por lo que la elaboración de un modelo para contenidos sociales, económicos y culturales que sea común a los textos constitucionales del entorno resulta imposible; cada precepto muestra su pleno significado en su contexto y en su propio texto.⁴

Por ello, más que definir y en dicha actividad limitar los derechos culturales, es importante recalcar la obligación derivada de las reformas constitucionales antes referidas a cargo del Estado mexicano, en el sentido de tutelar y promover el acceso a la cultura, garantizar el derecho a la educación, promover la ciencia y la investigación, garantizar la conservación y la promoción del enriquecimiento del patrimonio cultural y la autonomía de la cultura, así como el ejercicio de los derechos culturales.

³ *Ibidem*, pp. 680 y 682.

⁴ González Moreno, Beatriz, *Estado de Cultura, Derechos Culturales y Libertad Religiosa*, Civitas, Madrid, 2003, p. 216.

Tal modificación a la Constitución, implica la inclusión de los principios de tolerancia y el respeto como normas de conducta que posibiliten la coexistencia de las culturas nacionales y el respeto de otras culturas y pueblos, así como que este respeto vincule la protección nacional y la protección internacional de bienes culturales, lo que contribuye a que “el ser humano vaya erigido como ciudadano del Estado y del mundo”, y el patrimonio cultural universalmente protegido sea manifestación de multiculturalismo, lo que fundamenta el “universalismo cultural” y es una noción correlativa de las garantías y pactos universales e interestatales sobre derechos humanos.⁵

Con dichas reformas, el Estado mexicano adquiere la obligación de salvaguardar los derechos culturales de todas las personas, lo que implica emprender acciones legislativas, administrativas y financieras para garantizar el respeto de dichos derechos.

Es decir, a partir de dichas reformas constitucionales, los derechos culturales se transforman de ideales morales a deberes jurídicos del Estado, en todos los ámbitos de su función estatal, los cuales deben ser cumplidos. Es ahí donde la función jurisdiccional adquiere especial relevancia.

Al tratarse del patrimonio cultural material o tangible, el 6 de mayo de 1972 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, que en su artículo 1o. establece que el objeto de la ley es de interés social y nacional y sus disposiciones de orden público.

Dicha ley define los monumentos arqueológicos, históricos, artísticos y zonas de monumentos y establece la competencia del Instituto Nacional de Antropología e Historia y del Instituto Nacional de Bellas Artes en tales materias y describe los delitos contra el patrimonio cultural y sus sanciones, entre otros aspectos.

Desde su entrada en vigor, esa ley no había tenido reformas sustanciales, hasta la publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 13 de junio de 2014, en la que se añadió la protección del patrimonio arqueológico subacuático, en cumplimiento de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y la Convención para la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, ratificada por México en el año 2009;⁶ asimismo, se establecieron penas más

⁵ Sánchez Cordero, Jorge, *op. cit.*, p. 676.

⁶ <https://www.gob.mx/cultura/prensa/mexico-cuenta-con-un-amplio-patrimonio-cultural-subacuatico?state=published> revisado 4-07-2018

LOS DERECHOS HUMANOS CULTURALES Y EL INTERÉS LEGÍTIMO COMO INSTRUMENTO...
 OLGA VARGAS GUTIÉRREZ

elevadas, tanto privativas de libertad como pecuniarias, por los delitos contra el patrimonio cultural y se estableció el otorgamiento del derecho de audiencia a los particulares propietarios de inmuebles que se sujeten al procedimiento administrativo de declaratoria de monumentos históricos, artísticos o de zonas de monumentos⁷ (para el comparativo de sanciones ver cuadro 1):

Cuadro 1

Conducta	Ley 1972	Reformas DOF 13-06-2014
Exploración Arqueológica en monumentos arqueológicos inmuebles o zonas de monumentos sin autorización del INAH.	Prisión de 1 a 10 años de prisión y multa de cien a diez mil pesos (anteriores), es decir, diez pesos actuales.	3 a 10 años de prisión y multa de 100 a 3000 días y a quien dirija, ordene, induzca, organice o financie se incrementará hasta por una mitad las sanciones previstas.
Actos traslativos de dominio de monumentos arqueológicos muebles, así como el transporte, exhibición o reproducción sin permiso del Instituto.	1 a 10 años y multa de mil a quince mil pesos anteriores.	prisión de 3 a 10 años y multa de 2000 a 3000 días.
Daño o destrucción de monumento arqueológico, artístico o histórico por medio de incendio, inundación o explosión.	2 a 10 años y multa hasta por el valor del daño causado.	3 a 10 años y multa por el valor del daño causado (además, <i>se modifica la conducta a "por cualquier medio" y se agrega "alterar", no solo dañar o destruir</i>).
Poseción ilegal de monumento arqueológico o histórico mueble procedente de inmueble a que se refiere el artículo 36, fracción I (<i>monumento histórico por determinación de la ley</i>).	Prisión de 1 a 6 años y multa de cien a cincuenta mil pesos anteriores.	3 a 9 años y multa de 2000 a 3000 días.
Apoderamiento ilegal de monumento arqueológico, histórico o artístico mueble.	2 a 10 años de prisión y multa de tres mil a quince mil pesos anteriores.	3 a 10 años de prisión y multa de 2000 a 3000 días.
Pretensión de sacar o sacar del país un monumento arqueológico, artístico o histórico mueble, sin permiso del Instituto competente.	Prisión de 2 a 12 años y multa de cien a cincuenta mil pesos anteriores.	5 a 12 años y multa de 3000 a 5000 días.

Fuente: elaboración propia.

⁷ http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5348660&fecha=13/06/2014 revisado 4-07-2018

La actualización de las sanciones pecuniarias por los delitos contra el patrimonio cultural era urgente, dado que prácticamente no existían; *v.g.* por la posesión ilegal de monumento arqueológico o histórico mueble, antes de la reforma la multa establecida era de cincuenta mil pesos, que actualmente serían cincuenta pesos.

Cobra relevancia que las sanciones privativas de libertad son más severas en cuanto al delito de pretender sacar o sacar del país un monumento arqueológico, artístico o histórico mueble, sin permiso del Instituto competente, de lo cual se advierte el interés del Estado por evitar el tráfico del patrimonio cultural.

Es importante recordar que México forma parte de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), vinculante a partir de su promulgación publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 2 de mayo de 1984, en la que se reconoce la obligación de los Estados parte de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio.

Con las reformas referidas, en cuanto al patrimonio cultural material o tangible, el Estado mexicano cumple con su compromiso internacional, al menos legislativamente.

Ahora, en relación con el patrimonio cultural intangible, México también se encuentra vinculado con la Convención sobre Salvaguarda del Patrimonio Inmaterial, firmada en 2005 y vigente a partir de 2006.

De conformidad con la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de junio de 2017, las manifestaciones culturales son los elementos materiales e inmateriales pretéritos y actuales, inherentes a la historia, arte, tradiciones, prácticas y conocimientos que identifican a grupos, pueblos y comunidades que integran la nación, elementos que las personas, de manera individual o colectiva, reconocen como propios por el valor y significado que les aporta en términos de su identidad, formación, integridad y dignidad cultural, y a las que tienen el pleno derecho de acceder, participar, practicar y disfrutar de manera activa y creativa.

La ley en análisis contempla la protección de los elementos inmateriales de la cultura, lo cual únicamente se hacía en los estados de Baja California, Coahuila y Nuevo León, cuyas leyes tratan de manera explícita al patrimonio

intangibles; con ciertas reservas como la Ley del Patrimonio Cultural del Estado de Jalisco, pues su protección abarca menos aspectos de ese patrimonio.⁸

En la Ley General citada, se reconocen enunciativamente los derechos culturales de los mexicanos, incluidos en el catálogo correspondiente los que en la materia se establezcan en la Constitución, en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte y en otras leyes; asimismo, se establecen los principios a los que deberán sujetarse las políticas públicas en materia cultural.

Es importante resaltar que, a partir de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011, los derechos humanos culturales consignados en tratados internacionales se reconocen y protegen en el sistema jurídico interno, de conformidad con lo establecido en el artículo 1o. constitucional, que en los párrafos primero y segundo establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la 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 la propia Constitución establece, y que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, lo que favorece en todo tiempo a las personas la protección más amplia, principios que recoge la Ley General de Cultura y Derechos Culturales a que se ha hecho referencia.

Sin embargo, a pesar de la gran atención que se ha concedido recientemente a los derechos culturales, siguen siendo los menos estudiados y desarrollados dentro del grupo de derechos humanos.

Por ello, la función jurisdiccional adquiere especial relevancia en la tarea de hacer efectivos tales derechos, puesto que los operadores jurídicos tienen ante sí la posibilidad de colaborar con las personas a quienes les sean vulnerados sus derechos culturales, para que tengan acceso al recurso efectivo a que se refiere el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyos principios recoge el artículo 17 constitucional, de esta forma los hace asequibles.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General no. 3 (1990) destacó que

⁸ Vázquez Valle, Irene, “El patrimonio intangible en las legislaciones de México”, *El patrimonio intangible: investigaciones recientes y propuestas para su conservación*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 2006, p. 18, visible en: deas.inah.gob.mx/images/contenido/garcia/patrimonio_intangible.pdf consulta 11-07-2018

independientemente de todo obstáculo reconocido internacionalmente, se exige a los Estados parte del Pacto que adopten medidas para cumplir sus obligaciones y que aún en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y debe proteger a los miembros vulnerables de la sociedad, mediante la adopción de programas de relativo bajo costo.

Por todo lo anterior, los derechos culturales no pueden desvincularse de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011, puesto que con dichas reformas se internalizan los derechos humanos culturales reconocidos en los tratados internacionales y, en consecuencia, se reafirma la obligación del Estado mexicano en su protección.

III. EL INTERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO

La figura del “interés legítimo” para la procedencia del juicio de amparo, nace constitucionalmente a partir de las reformas realizadas mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 6 de junio de 2011, cuyo artículo 107 fue adicionado en su fracción I y quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Congruente con lo anterior, la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, acoge dicha figura en el texto del artículo 5o., que textualmente dispone:

Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:

I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1º de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo.
La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo [...]

El interés para obrar en el juicio de amparo ya estaba definido en la Constitución, que refería que el juicio iniciaría “a instancia de parte agraviada” y la anterior Ley de Amparo interpretó esos términos con restricción de dicho agravio a la afectación del interés jurídico, que equivale a un derecho subjetivo, lo que se conoció como el principio de “agravio personal y directo” y que la reforma de 2011 amplió en cuanto a la legitimación activa y extendió dicho agravio al interés legítimo individual o colectivo, parafraseando la definición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para definirlo como el relativo a la afectación a la esfera jurídica del gobernado “en virtud de su especial situación frente al orden jurídico”.

Por su parte, los artículos 5o., fracción I, 6o. y 61, fracción XII, de la actual Ley de Amparo, prevén esta amplia legitimación, y dan lugar a un principio de “agravio personal”, como podríamos llamar a este aspecto del juicio de derechos fundamentales para distinguirlo de su situación precedente.

El interés legítimo siempre estuvo ligado a la protección de los llamados intereses difusos, es decir, aquéllos consignados de alguna manera en el derecho positivo que reportaban algún provecho a los integrantes de amplios sectores de la sociedad, de una manera compartida por todos y sin exclusividad e índole directa, que son notas distintivas del interés jurídico y su recepción en los fundamentos constitucionales del juicio de amparo, lleva a una extensa ampliación de la tutela que otorga este proceso, aún para ciertas normas generales, que cobra especial relevancia para temas ambientales y urbanísticos.

Sobre todo, para estas materias, hubo intentos por extender el concepto de “interés jurídico” para que semánticamente abarcara el “legítimo” y que hoy ya no es de otro mundo buscar remedio a agravios “indirectos” o tutelar derechos colectivos por medio del juicio de amparo.⁹

⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El nuevo juicio de amparo, guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, Porrúa, México, 2014, pp. 41-44.

Bajo ese orden de ideas, las características de los derechos culturales coinciden con las que refiere Ferrer Mac-Gregor en relación con el interés legítimo, pues se encuentran consignados de alguna manera en el derecho positivo y reportan algún provecho a los integrantes de amplios sectores de la sociedad, de una manera compartida por todos y sin exclusividad e índole directa.

Respecto al interés legítimo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tuvo a bien delimitar su alcance y contenido para efectos de la procedencia del juicio de amparo, al resolver la Contradicción de Tesis 111/2013.¹⁰ En tal ejecutoria, estableció como notas distintivas del interés legítimo previsto en la fracción I del artículo 107 constitucional, las siguientes:

- a) La existencia de un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y una persona que comparece en el proceso.
- b) El vínculo no requiere de una facultad otorgada expresamente por el orden jurídico; es decir, la persona con interés se encuentra en aptitud de expresar un agravio diferenciado al resto de los integrantes de la sociedad, al tratarse de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante.
- c) Consiste en una categoría diferenciada y más amplia que el interés jurídico, pero tampoco se trata de un interés genérico de la sociedad como ocurre con el interés simple. Es decir, implica el acceso a los tribunales competentes ante posibles lesiones jurídicas a intereses jurídicamente relevantes y, por ende, protegidos. En otras palabras, debe existir un vínculo con una norma jurídica, pero basta que la misma establezca un derecho objetivo, por lo que no se exige acreditar la afectación a un derecho subjetivo, pero tampoco implica que cualquier persona pueda promover la acción.
- d) La concesión del amparo se traduciría en un beneficio jurídico en favor del quejoso, es decir, un efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro pero cierto, mismo que no puede ser lejanamente derivado, sino resultado inmediato de la resolución que en su caso llegue a dictarse.
- e) Debe existir una afectación a la esfera jurídica del quejoso en un sentido amplio, apreciada bajo un parámetro de razonabilidad y no sólo como una simple posibilidad, esto es, una lógica que debe guardar el vínculo entre la persona y la afectación aducida.

¹⁰ Tesis: P./J.50/2014 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, noviembre de 2014, p. 60.

- f) Así, el quejoso tiene un interés propio distinto del de cualquier otro gobernado, consistente en que los poderes públicos actúen de conformidad con el ordenamiento jurídico, cuando con motivo de tales fines se incide en el ámbito de dicho interés propio.
- g) La situación jurídica identificable, surge por una relación específica con el objeto de la pretensión que se aduce, ya sea por una circunstancia personal o por una regulación sectorial.
- h) Si bien en una situación jurídica concreta pueden concurrir el interés colectivo o difuso y el interés legítimo, lo cierto es que tal asociación no es absoluta e indefectible.
- i) Debido a su configuración normativa, la categorización de todas las posibles situaciones y supuestos del interés legítimo, deberá ser producto de la labor cotidiana de los juzgadores de amparo al aplicar dicha figura jurídica. Es decir, el criterio contenido en la sentencia de la Suprema Corte no constituye un concepto cerrado o acabado sobre el interés legítimo, sino que contiene los elementos suficientes para adaptarse a diversas situaciones, así como notas distintivas para no confundirse con otros tipos de interés.
- j) Finalmente, el interés debe responder a la naturaleza del proceso del cual forma parte; es decir, el interés legítimo requiere ser armónico con la dinámica y alcances del juicio de amparo, consistentes en la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Para lo anterior, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, partió de la base de que la Primera Sala, al resolver el amparo en revisión 366/2012, definió el interés legítimo como un interés personal –ya sea individual o colectivo–, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante que podría traducirse en un beneficio al quejoso en caso de que se le concediera el amparo. Asimismo, dicho interés deberá estar garantizado por un derecho objetivo y deberá referirse a una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio –económica, profesional, de salud pública, o de cualquier índole.

También consideró que la Segunda Sala, al resolver los amparos en revisión 553/2012, 684/2012 y 29/2013, sostuvo que el interés legítimo lo tutelan normas que no generan derechos subjetivos, sino que establecen intereses difusos, y en consecuencia, que para que el quejoso tenga un interés legítimo debería acreditar: 1) la presencia de una norma que establece o tutela algún interés difuso en beneficio de alguna colectividad determinada; 2) afectación de ese

interés difuso en perjuicio de la colectividad por la ley o acto que se reclama; y, 3) la pertenencia del quejoso a dicha colectividad.

Para establecer el criterio que debía prevalecer respecto al tema en contradicción, el Pleno se refirió primeramente al interés que para el juicio de amparo preveía el texto constitucional en 1917, sus respectivas reformas, su correspondiente regulación legal y los criterios emitidos sobre ello, y enseguida, analizó la reforma al juicio de amparo, publicada el 6 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*, en relación con la reforma de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011, y a partir de lo anterior, procedió a analizar el interés para comparecer al juicio de amparo acorde al sistema constitucional y legal vigente, para finalmente exponer el criterio que debe prevalecer en torno al problema jurídico planteado.

Así, el Máximo Tribunal consideró que, durante la vigencia de la anterior Ley de Amparo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mantuvo una interpretación constante en torno al interés jurídico, cuando identificó a éste con un perjuicio directo a la esfera jurídica del quejoso a partir de la titularidad de un derecho público subjetivo; esto es, se requería una lesión directa e inmediata en la persona o patrimonio del quejoso, situación que debía ser susceptible de apreciación objetiva.

Sin embargo, ya en la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, existieron diversos pronunciamientos por medio de los cuales, mediante la incorporación del interés legítimo, se interpretaron diversas figuras jurídicas. Por ejemplo, la Primera Sala, al resolver el amparo en revisión 152/2013, se pronunció sobre el interés legítimo en el contexto de las normas autoaplicativas, lo cual recogió recientemente el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Vigésimo Segundo Circuito, en el contexto de la actual Ley de Amparo.¹¹

A partir de la nueva redacción de la fracción I del artículo 107 constitucional, se estableció una distinción para la procedencia del juicio de amparo. Al tratarse de actos o resoluciones que no provengan de tribunales judiciales,

¹¹ Tesis: XXII.1º. A.C.3K (10), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, julio de 2018, p. 1499, de rubro: INTERÉS JURÍDICO E INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SUS DIFERENCIAS EN MATERIA PROBATORIA PARA ACREDITARLOS CUANDO SE IMPUGNAN LEYES AUTOAPLICATIVAS y Tesis: XXII.1ºA.C.4K (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, julio de 2018, p. 1501, de rubro: INTERÉS LEGÍTIMO INDIVIDUAL O COLECTIVO EN EL AMPARO. SUS DIFERENCIAS EN MATERIA PROBATORIA PARA ACREDITARLO CUANDO SE IMPUGNAN LEYES AUTOAPLICATIVAS.

administrativos o del trabajo, se mantuvo la exigencia de que lo haga la parte agraviada, pero tal concepto puede actualizarse en favor del titular de un derecho o el titular de un interés legítimo individual o colectivo, ya sea que se afecte su esfera jurídica de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico; en segundo lugar, para efecto de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, se mantuvo la exigencia de aducir la titularidad de un derecho subjetivo, tal como lo había sostenido la Suprema Corte previamente a la reforma constitucional indicada.

Conforme al artículo 1o. constitucional, cuando se susciten conflictos respecto a cómo interpretar un derecho humano en específico, los operadores jurídicos deberán atender, en cumplimiento al principio pro persona, a las interpretaciones que resulten más amplias o menos restrictivas para los derechos humanos y, a partir de tal reforma, de acuerdo con los tres primeros párrafos del numeral constitucional invocado, se puede desprender lo siguiente: 1) los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados de los cuales México sea parte, integran un mismo conjunto o catálogo de derechos; 2) la existencia de dicho catálogo tiene por origen la Constitución misma; 3) dicho catálogo debe utilizarse para la interpretación de cualquier norma relativa a los derechos humanos; y 4) las relaciones entre los derechos humanos que integran este conjunto deben resolverse partiendo de la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos –lo que excluye la jerarquía entre unos y otros. Así como del principio pro persona, entendido como herramienta armonizadora y dinámica que permite la funcionalidad del catálogo constitucional de derechos humanos también fue considerado en la ejecutoria en análisis, por lo que la interpretación del interés jurídico debe ajustarse a la luz del nuevo paradigma constitucional a que se ha hecho referencia.

El interés, en su acepción jurídica, se refiere a un vínculo entre cierta esfera jurídica y una acción encaminada a su protección, en virtud del cual, se solicita a la autoridad competente que ejerza sus facultades de conocimiento y resolución en torno a dicha acción, el cual puede ser clasificado de diversas formas con base en la acción jurídica a la cual se encuentre referido. Algunos de los criterios más empleados por la doctrina, son:

- a) Atendiendo al número de personas afectadas por el acto que se reclama. A partir de tal criterio, el interés puede clasificarse en i. Individual o ii. Colectivo o difuso.
- b) Atendiendo al nivel de afectación o intensidad de relación con la esfera jurídica de la persona, puede ser i. Simple, ii. Legítimo o iii. Jurídico.

A efecto de clarificar el estudio del interés para efectos del juicio de amparo, el Tribunal Pleno desarrolló cada uno de los conceptos previamente señalados, en los siguientes términos:

a) *Tipos de interés atendiendo al número de personas afectadas por el acto que se reclama.* Sobre tal criterio de clasificación, que atiende al número de personas que son titulares de la esfera jurídica afectada, es necesario señalar que el interés individual, como su nombre lo indica, se refiere a la afectación de la esfera jurídica de un individuo -con independencia del nivel de afectación- mientras que los llamados intereses difusos y colectivos, son aquellos derechos subjetivos e intereses legítimos que corresponden a personas indeterminadas, pertenecientes a ciertos grupos sociales; es decir, la afectación es indivisible. Sin embargo, es posible realizar una subclasificación de tales conceptos, pues hay un sector de la academia que indica que los intereses colectivos son los comunes a una colectividad de personas entre las que existe un vínculo jurídico, mientras que en los intereses difusos no existe tal vínculo jurídico, sino solamente situaciones contingentes o accidentales.

En cualquier caso, tanto el interés colectivo como el difuso, comparten como nota distintiva un fenómeno supraindividual, es decir, son indivisibles. Ello no quiere decir que tales circunstancias escapen de la dimensión individual, toda vez que la repercusión recae directamente en personas identificables, pero la afectación trasciende de la esfera jurídica subjetiva y se proyecta en un grupo, categoría o clase en conjunto.

b) *Atendiendo al nivel de afectación o intensidad de relación con la esfera jurídica de la persona.* En primer término, es necesario precisar los extremos relativos al presente criterio de categorización: el interés simple y el interés jurídico. Así las cosas, el interés simple implica el reconocimiento de una legitimación para cualquier individuo por el solo hecho de ser miembro de la comunidad -situación que comúnmente se ha identificado con las denominadas "acciones populares"- mientras que el interés jurídico es aquel que se ha identificado con la titularidad de un derecho subjetivo, esto con la posibilidad de hacer o querer determinada circunstancia y la posibilidad de exigir a otros el respeto de ésta.

Por otra parte, el concepto de interés jurídico se identifica con lo que la propia Suprema Corte había entendido por parte agraviada para efectos de la promoción del juicio de amparo, ello previo a la reforma constitucional de junio de dos mil once.

Se suele indicar que el interés legítimo se trata de una legitimación intermedia entre el interés jurídico y el interés simple, ya que no se exige acreditar la afectación a un derecho subjetivo, pero tampoco implica que cualquier persona pueda promover la acción.

Así, el interés legítimo solamente requiere de una afectación a la esfera jurídica entendida en un sentido amplio, ya sea porque dicha intromisión es directa, o porque el agravio deriva de una situación particular que la persona tiene en el orden jurídico.

El interés legítimo -cuyo origen es el derecho administrativo, pero su uso se ha extendido a otras ramas jurídicas- implica un vínculo entre una persona y una pretensión, de tal forma que la anulación del acto que se reclama produce un beneficio o efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro pero cierto. Sin embargo, esta titularidad potencial de una ventaja o utilidad jurídica requiere de un interés actual y real, no hipotético, pues ello se encontraría referido a un interés simple.

En consecuencia, para que exista un interés legítimo se requiere de la existencia de una afectación en cierta esfera jurídica -no exclusivamente en una cuestión patrimonial- apreciada bajo un parámetro de razonabilidad y no sólo como una simple posibilidad, ante lo cual una eventual sentencia de protección constitucional implicaría la obtención de un beneficio determinado, el cual no puede ser lejanamente derivado, sino resultado inmediato de la resolución que, en su caso, llegue a dictarse.

Tal parámetro de razonabilidad se refiere al hecho de que la afectación a la esfera jurídica del quejoso, en sentido amplio, debe ser posible; esto es, debe ser razonable la existencia de tal afectación. Por tanto, dicho término se refiere a la lógica que debe guardar el vínculo entre la persona y la afectación aducida.

Entonces, el interés legítimo consiste en una categoría diferenciada y más amplia que el interés jurídico, pero tampoco se trata de un interés genérico de la sociedad como ocurre con el interés simple; esto es, no se trata de la generalización de una acción popular, sino del acceso a los tribunales competentes ante posibles lesiones jurídicas a intereses jurídicamente relevantes y, por ende, protegidos.

Así, mediante este interés legítimo, el demandante se encuentra en una situación jurídica identificable, surgida por una relación específica con el objeto de la pretensión que aduce, ya sea por una circunstancia personal o por una regulación sectorial o grupal y, si bien la misma es diferenciada al interés del

resto de la sociedad, lo cierto es que no requiere provenir de una facultad otorgada expresamente por el orden jurídico; o sea, tal situación goza de una lógica jurídica propia e independiente de alguna conexión o derivación con derechos subjetivos.

En cualquier caso, resulta pertinente hacer una aclaración: la apreciación que el órgano competente realice del interés legítimo, a efecto de verificar su actualización en el procedimiento correspondiente, no depende de una manifestación del interesado; es decir, la sola afirmación de éste, en el sentido de que goza del interés suficiente, no basta para que éste se tenga por acreditado, aunque, por otra parte, no existe ningún impedimento para que la autoridad, por medio de inferencias lógicas, arribe a la conclusión de que sí se ha actualizado.

También, requiere precisarse que, aunque este tipo de interés sirve de manera especial para la protección de intereses colectivos y, por tanto, ha resultado adecuado para justificar la legitimación a entidades de base asociativa, lo cierto es que tal función no resulta exclusiva, sino que la posición especial en el ordenamiento jurídico también puede referirse a una persona en particular. Esto es, si bien en una situación jurídica concreta pueden concurrir el interés colectivo y el interés legítimo, lo cierto es que tal asociación no es absoluta e indefectible.

Por último, como determinó el Máximo Tribunal, debe indicarse que el interés de que se trate deberá ser interpretado en todo momento acorde con la naturaleza y funciones del proceso constitucional, convencional o legal del cual sea parte. Así, el interés legítimo exigido en el juicio de amparo deberá analizarse a la luz de su función primordial: la protección de los derechos fundamentales de las personas; razón por la cual, el principio *pro persona* contenido en el artículo 1o. constitucional cobra especial relevancia.

Como puede apreciarse, se trata de un concepto jurídico de enorme complejidad, cuya aplicación fáctica requerirá de los casos en concreto a los que se enfrenten los órganos que integran el sistema judicial; esto es, la categorización de todas las posibles situaciones y supuestos del interés legítimo, deberá ser producto de la labor cotidiana de los diversos juzgadores de amparo al aplicar dicha figura jurídica, ello a la luz de los lineamientos emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para la procedencia del amparo indirecto, cuando los actos reclamados no consistan en actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, para lo cual, en caso de que no se cuente con interés jurídico, la Constitución ahora establece la posibilidad de solamente aducir un interés legítimo que será suficiente para comparecer en el juicio.

Así, la Constitución expresamente establece que dicho “interés legítimo individual o colectivo”, implica que el quejoso será quien alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico, de donde se desprende que el interés legítimo admite de forma expresa la posibilidad de ser individual o colectivo.

Además, el Tribunal Pleno concluyó que el interés legítimo implica una afectación en la esfera jurídica en un sentido amplio –al no limitar la Constitución este tipo de afectación– lo cual genera un interés cualificado, actual y real –debido a que la afectación surge de forma directa o en virtud de una especial situación frente al orden jurídico– en suma, un interés jurídicamente relevante y protegido, lo cual forzosamente conllevaría a reconocer que una posible concesión de amparo generaría un beneficio en la esfera jurídica del quejoso.

Ello debido a la existencia de intereses difusos y colectivos, por una parte, y del interés legítimo por otra, responde a dos supuestos distintos: en el primer caso, el interés se refiere al número de personas que tienen el mismo, mientras que el segundo término se refiere al nivel de intromisión o afectación en la esfera jurídica del gobernado. Es decir, no pueden equipararse los términos, ni pueden ser empleados como sinónimos, pues ello implicaría que no puedan coexistir en el mismo procedimiento.

Así, resulta posible que el interés legítimo en determinado caso también sea difuso o colectivo, pero tal supuesto no resulta forzoso, pues es factible que un juzgador se encuentre con un caso en el cual existe un interés legítimo individual, en virtud de que la afectación o posición especial frente al ordenamiento jurídico sea una situación no sólo compartida por un grupo formalmente identificable, sino que redunde también en una persona determinada que no pertenezca a dicho grupo. Incluso, podría darse el supuesto de que la afectación redunde de forma exclusiva en la esfera jurídica de una persona determinada, en razón de sus circunstancias específicas.

En otras palabras –determinó el Máximo Tribunal– no resulta jurídicamente factible equiparar el interés legítimo con el diverso colectivo o difuso, pues tal circunstancia no resultaría armónica con la naturaleza del juicio de amparo ni con el principio pro persona, ya que ello significaría restringir de forma excesiva el acceso a éste, al impedir que ciertas personas que posean un interés individual y diferenciable, pero que no derive de la titularidad de un derecho subjetivo, puedan acceder al juicio de amparo, situación que resultaría contraria al nuevo paradigma en materia de derechos humanos previsto en el texto constitucional.

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada 1a.CXLVI/2017,¹² retomó lo establecido por el Pleno del Máximo Tribunal, en relación con los requisitos para tener acreditado el interés legítimo en el amparo indirecto, ahora para el supuesto de que se alegue la violación del derecho de acceso a bienes y servicios culturales que, aunado al derecho de uso y disfrute de los mismos y al de producción intelectual, constituye una de las vertientes del derecho a la cultura.¹³

Así, la Sala consideró que tales requisitos son: 1) que el interés alegado esté garantizado por un derecho objetivo; 2) que el acto reclamado produzca una afectación en la esfera jurídica entendida en sentido amplio, ya sea directa o indirecta por la situación especial del reclamante frente al ordenamiento; 3) la existencia de un vínculo entre la persona y la pretensión, de tal forma que la anulación del acto produzca un beneficio actual o futuro pero cierto; 4) que la afectación sea apreciada bajo un parámetro de razonabilidad y, 5) que dicho interés resulte armónico con la dinámica y alcances del juicio de amparo.

IV. JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS CULTURALES

Mucho se ha debatido sobre el tema de la justiciabilidad de los derechos humanos económicos, sociales y culturales (DESC), incluso se ha puesto en duda si realmente son derechos. Este último punto quedó completamente resuelto debido a las reformas constitucionales sobre derechos humanos, en la que se incorporaron al derecho interno todos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México forma parte; así como la reforma al artículo 4o. constitucional, en la que se reconoce expresamente el derecho humano de toda persona a poder acceder a la cultura y ejercer sus derechos culturales.

Respecto a su justiciabilidad, en el debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, editado con el rubro “¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?” se aprecia el consenso de considerar que los argumentos en contrario quedaron superados por

¹² Tesis: 1a.CXLVI/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, octubre de 2017, p. 490, de rubro: DERECHO DE ACCESO A BIENES Y SERVICIOS CULTURALES. REQUISITOS PARA TENER POR ACREDITADO EL INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO INDIRECTO, PARA ALEGAR SU VIOLACIÓN.

¹³ Tesis: 1ª. CXXI/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, septiembre de 2017, p. 216, de rubro: DERECHO DE ACCESO A BIENES Y SERVICIOS CULTURALES. ES UNA VERTIENTE DEL DERECHO A LA CULTURA.

el nuevo texto del artículo 1o. constitucional. De las exposiciones realizadas resaltan las siguientes posturas:

- a) Los derechos sociales no pueden ser entendidos meramente como normas pragmáticas, sino que deben ser entendidos como derechos que habilitan el acceso a la justicia como todos los derechos fundamentales.¹⁴
- b) En México no existe dificultad de dilucidar si son exigibles o no, pues está resuelta por el nuevo y poderoso artículo 1º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que constitucionaliza todos los derechos humanos contenidos en los tratados de derechos humanos ratificados, sin distinguir entre los DESC y los derechos civiles y políticos.
- c) Si se reconoce entonces que un Estado tiene el deber de amparar judicialmente los derechos sociales, pero se constata la inadecuación de los actuales instrumentos procesales, lo que tiene que hacer el Estado es reformar el instrumento de justiciabilidad para adaptarlo a los requerimientos de protección de los derechos sociales.¹⁵
- d) La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 tiene muy relevantes implicaciones en el mundo de los derechos humanos; por ello, han aparecido expresiones como las de transformación paradigmática o giro copernicano en la materia. Por lo que se refiere al tema de los derechos sociales, cabe decir que la transformación dogmática es de gran trascendencia. Se rompe el esquema de los derechos separados en cajones estancos debido a una supuesta naturaleza diferenciada de los mismos, y se impone la lógica de la interdependencia e indivisibilidad, lo que coloca a todos los derechos en el mismo rango de jerarquía e importancia, lo que termina con el mito de la no justiciabilidad de los derechos en México.¹⁶

¹⁴ Courtis, Christian, “El aporte de los sistemas internacionales de derechos humanos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, ¿Hay Justicia para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, p. 29.

¹⁵ Uprimny Yepes, Rodrigo, “La justiciabilidad de los DESC en Colombia”, ¿Hay Justicia para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, p. 75.

¹⁶ Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos” ¿Hay Justicia para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?, Suprema

- e) En los últimos años, la doctrina ha dado pasos relevantes y ha avanzado en la resolución de dudas y cuestionamientos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales, que busca, por ejemplo, revertir las posturas que los consideran como derechos programáticos, y sostener más bien que son derechos exigibles ante todas las autoridades.¹⁷
- f) A fin de que un Estado pueda ser identificado como un Estado social de derecho, es necesario, en primer lugar, que dentro de su orden jurídico –preferentemente a nivel constitucional– reconozca a favor de todos sus gobernados la existencia de los derechos humanos; en este caso, de corte económico, social y cultural, pero además, promueva su respeto dentro de su territorio y, en caso de vulneración de los mismos, cuente con los recursos eficaces necesarios para su protección. Las anteriores premisas son las notas características de un auténtico constitucionalismo social, el cual debe ser el ideal a alcanzar en este nuevo siglo. De esta forma, la justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales debe considerarse entonces como una obligación de protección y garantía a cargo del Estado. Sobre este punto, el derecho procesal constitucional ha desempeñado un papel fundamental, en la medida en que a través de éste el individuo, considerado por el ordenamiento como titular de interés jurídicamente relevante y, por ende tutelable, puede ejercer la facultad de reclamar la satisfacción de aquéllos. Es así que el principio de tutela judicial efectiva, hoy más que nunca, está llamado a convertirse en la efectiva herramienta con que cuentan los gobernados para hacer posible el goce de derechos consagrados en el ordenamiento jurídico-constitucional, específicamente de los derechos económicos sociales y culturales.
- g) De acuerdo a lo anterior, los DESC, a la vez que son auténticos derechos humanos, conforman principios constitucionales con fuerza vinculante y, por tanto, deberán ser garantizados acorde con las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso concreto; por ello, son imperativos por cuanto no se puede alcanzar la paz y la justicia sin

Corte de Justicia de la Nación-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, pp. 105 y 106.

¹⁷ Emanuelli, María, “La justiciabilidad de los DESC en México”, ¿Hay Justicia para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, p. 119.

garantizar su acceso a toda la población, de ahí que ninguna de las acciones emprendidas por el Estado resultaría completa sin contar-se con un Juez de contexto social, comprometido con su alto papel institucional y social frente a la protección de los DESC.

- h) Como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, cuando un Estado ha ratificado un instrumento internacional proteccionista de derechos humanos, sus jueces también están sometidos a él, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de dicho instrumento internacional, no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer su función jurisdiccional –y ahora convencional– con un amplio y definido contexto social.
- i) Consecuentemente, habrá que dotar de un amplio contenido a la figura del interés legítimo colectivo para facilitar que el juicio de amparo se asuma como la acción colectiva por excelencia para hacer justiciables los DESC. Por ende, se deberá facilitar la suspensión de los actos reclamados para evitar que se consuman daños irreparables (por ejemplo, el medio ambiente).¹⁸ Aquí vale apuntar que los derechos culturales comparten las características de los derechos ambientales a que se refiere el Ministro Pardo Rebolledo, toda vez que su titular es la sociedad, aunque puede serlo una sola persona, por virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

De las opiniones vertidas en dicho foro, no existe duda de la obligación del Estado de la salvaguarda a favor de todas las personas de los derechos económicos sociales y culturales. Sin embargo, queda pendiente de dilucidar el camino para hacerlos asequibles, sobre todo en lo que concierne a la función jurisdiccional.

Como se vio, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció el contenido y alcance del interés legítimo y también dejó claro que éste puede estar asociado a intereses difusos o colectivos, pero que ello no es limitativo, porque puede ser titular de un interés legítimo una sola persona, por virtud de su especial situación frente a la ley o al acto de que se trate.

¹⁸ Pardo Rebolledo, Jorge Mario, “El papel de las cortes constitucionales”, ¿Hay Justicia para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, pp. 151-156.

Por lo que, al tratarse de un concepto jurídico de enorme complejidad, su aplicación fáctica dependerá de los casos en concreto a los que se enfrenten los órganos que integran el sistema judicial, donde la categorización de todas las posibles situaciones y supuestos del interés legítimo, deberá ser producto de la labor cotidiana de los diversos juzgadores de amparo al aplicar dicha figura jurídica.

Ahora, si como quedó dilucidado, los derechos culturales sí son justiciables, para concretarlos en la realidad será necesario que, por parte de los operadores jurídicos, se asigne amplio contenido al interés jurídico, sobre todo porque el juicio de amparo cuenta con la amplia y efectiva herramienta de salvaguarda de derechos denominada “suspensión”, que evita la consumación de daños irreparables y se constituye así en un instrumento efectivo para la salvaguarda de derechos culturales.

V. CASOS REPRESENTATIVOS

Existen muchos casos en los que el patrimonio cultural de los mexicanos fue dañado o estuvo en un gran riesgo de dañarse; sin embargo, a manera de ejemplo, se citan los siguientes:

En la ciudad de Hermosillo, Sonora, un monumento histórico que estuvo en riesgo de ser demolido es el edificio que alberga el Internado Coronel J. Cruz Gálvez, el cual pretendió demoler el Gobierno del Estado de Sonora en el año 2005, para vender los terrenos a empresarios y que sobre ellos se construyera una gran plaza comercial.

La vinculación de dicho edificio con la historia de la Nación radica en que fue creado por el General Plutarco Elías Calles para albergar a los niños huérfanos de la Revolución Mexicana, proyecto que sirvió de modelo para otros internados en el país.

Una vez que se dio a conocer el proyecto del gobierno del Estado, los ex alumnos de la escuela, entre ellos el ex-gobernador Dr. Samuel Ocaña García y la sociedad civil en general, manifestaron su oposición, por lo que después de muchas manifestaciones de tal postura y de que el Instituto Nacional de Antropología e Historia iniciara el procedimiento para la declaratoria de monumento histórico sobre dicho inmueble, el proyecto empresarial fue re-

planteado y reubicado, evitándose así la demolición del monumento histórico mencionado.¹⁹

Lo anterior se logró únicamente por la oposición constante de la sociedad civil, no porque jurídicamente se contará con un recurso efectivo para evitar el daño al patrimonio cultural; sin embargo, hay otros casos en los que el daño no se ha podido evitar. Un ejemplo fue la demolición de una casa considerada como Monumento Histórico, ubicada en Ciudad de Hidalgo del Parral, Chihuahua, el 30 de abril de 2016.

El edificio formaba parte del vasto acervo patrimonial de Hidalgo del Parral, que fue fundada en julio de 1631, debido al descubrimiento de yacimientos metalúrgicos que generaron la creación de haciendas de fundición.

La casa estaba dentro del perímetro “A” de protección de la Zona de Monumentos Históricos de la Ciudad de Hidalgo del Parral, polígono descrito en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 12 de marzo de 2001.

El proyecto que originó la demolición derivó de un plan de las autoridades locales para ampliar la Plaza Juárez, un espacio público considerado también como Monumento Histórico, por determinación de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas.

La casa realizada en mampostería de adobe y que fue demolida con maquinaria pesada, tenía orígenes en el siglo XVIII y contaba con características relevantes de la arquitectura habitacional del siglo XIX, conservaba gran parte de su construcción original y formaba parte del conjunto urbano de la Plaza Juárez, que le otorgaba características de autenticidad.

El Instituto Nacional de Antropología e Historia se pronunció al respecto y consideró que el derribamiento dañó y modificó los valores patrimoniales del casco histórico de esa ciudad chihuahuense, lo que constituye una grave afectación del patrimonio cultural de nuestro país.²⁰

VI. REFLEXIONES FINALES

Se ha hecho referencia a los conceptos de cultura, regulación internacional, constitucional y jurídica de los derechos culturales, opiniones doctrinarias respecto de la justiciabilidad de éstos y del nuevo concepto de “interés legítimo”,

¹⁹ <http://www.termometroenlinea.com.mx/vernoticiahistorial.php?artid=1831>

²⁰ <http://chihuahuanoticias.com/?p=128531>

así como criterios emitidos por nuestro Alto Tribunal sobre dicha figura jurídica en la promoción del juicio de amparo; sin embargo, aún quedaba pendiente dilucidar si la herramienta jurídica del “interés legítimo” puede provocar que el juicio de amparo sea el recurso efectivo a que se refiere el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para la salvaguarda de los derechos culturales.

No debemos soslayar al respecto la aplicación del principio pro persona contenido en el artículo 1º constitucional, como

...un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se puede 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.²¹

La aplicación del principio pro persona no atenta ni vulnera el sistema constitucional ni en general el orden jurídico y sí, por el contrario, asegura que los derechos de la persona sean mejor protegidos y garantizados. Por tanto, está en manos de todos los operadores jurídicos que el principio pro persona sea una constante en la administración de justicia en México.

Para contestar la interrogante planteada, relativa a si el “interés legítimo” puede provocar que el juicio de amparo sea un recurso efectivo para la salvaguarda de los derechos culturales, es pertinente señalar que ello dependerá de la perspectiva que sobre los derechos culturales adquieran los operadores jurídicos.

Tales derechos pueden ser percibidos como un problema, por la escasez de regulación jurídica interna específica; o bien, como la oportunidad de humanizar todo el sistema jurídico y provocar que los derechos culturales de todas las personas sean protegidos y respetados y que, en consecuencia, podamos vivir en un país más democrático.

Si se perciben como una oportunidad, habrá que dotar de un amplio contenido a la figura del interés legítimo para facilitar que el juicio de amparo se asuma como la acción colectiva por excelencia para hacerlos justiciables, sin

²¹ Castilla, Karlos, “El principio pro-persona en la administración de justicia”, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm. 20, México, enero-junio 2009, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5861/7767>

que ello implique que en forma individual no se pueda ser titular de dicho interés. Para ello, deberá analizarse la actualización o no de dicho interés, al considerar las circunstancias de cada caso concreto.

Al respecto, es de mencionar lo resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada 1a.CXLVI/2017, en la cual retomó lo establecido por el Pleno del Máximo Tribunal, en relación con los requisitos para tener acreditado el interés legítimo en el amparo indirecto, ahora para el supuesto de que se alegue la violación del derecho de acceso a bienes y servicios culturales, una de las vertientes del derecho a la cultura, por lo que en torno al tema, no puede soslayarse que ha habido avances importantes.

Además, a efecto de que mediante el juicio de amparo se evite que se consuman daños irreparables por actos violatorios de derechos culturales, tendrá que facilitarse la suspensión de los actos reclamados, por supuesto, también tomando en cuenta las circunstancias del caso sometido a consideración.

Bajo esa tesitura, en casos como el mencionado en el capítulo precedente, en el que se demolió un edificio con categoría de monumento histórico y, por tanto, patrimonio cultural de los mexicanos, cabría la posibilidad de que mediante un juicio de amparo indirecto promovido por una o más personas de la comunidad como titular o titulares de un interés legítimo, reclamaran el acto administrativo consistente en la orden de demolición y solicitaran su suspensión a fin de que se evitara un daño irreparable, así como la violación de sus derechos humanos culturales.

Ante lo expuesto, no queda más que esperar que la visión de los juzgadores sea de oportunidad para hacer justiciables los derechos culturales; allí estará la respuesta a la pregunta planteada.

VII. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El nuevo juicio de amparo, guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, Porrúa, México, 2014.

Gonzales Moreno, Beatriz, *Estado de Cultura, Derechos Culturales y Libertad Religiosa*, Civitas, Madrid, 2003.

Sánchez Cordero, Jorge, "Comentario al Artículo 4º párrafo 9 Constitucional", *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, t. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013.

ELECTRÓNICAS

- Castilla, Karlos, “El principio pro-persona en la administración de justicia”, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm. 20, México, enero-junio 2009, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5861/7767>
- Courtis, Christian, “El aporte de los sistemas internacionales de derechos humanos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, ¿Hay Justicia para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/publicaciones-scjn>
- Emanuelli, María, “La justiciabilidad de los DESC en México”, ¿Hay Justicia para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/banner/archivos/Hay%20Justicia%20para%20los%20Derechos%20Economicos%20sociales%20y%20culturales%201.pdf>
- Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos”, ¿Hay Justicia para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/banner/archivos/Hay%20Justicia%20para%20los%20Derechos%20Economicos%20sociales%20y%20culturales%201.pdf>
- Pardo Rebolledo, Jorge Mario, “El papel de las cortes constitucionales”, ¿Hay Justicia para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/banner/archivos/Hay%20Justicia%20para%20los%20Derechos%20Economicos%20sociales%20y%20culturales%201.pdf>
- Uprimny Yepes, Rodrigo, “La justiciabilidad de los DESC en Colombia”, ¿Hay Justicia para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/banner/archivos/Hay%20Justicia%20para%20los%20Derechos%20Economicos%20sociales%20y%20culturales%201.pdf>

LOS DERECHOS HUMANOS CULTURALES Y EL INTERÉS LEGÍTIMO COMO INSTRUMENTO...
OLGA VARGAS GUTIÉRREZ

Vázquez Valle, Irene, “El patrimonio intangible en las legislaciones de México”, *El patrimonio intangible: investigaciones recientes y propuestas para su conservación*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 2006, disponible en: deas.inah.gob.mx/images/contenido/garcia/patrimonio_intangible.pdf

NORMATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas.

Ley General de Cultura y Derechos Culturales.

JURISPRUDENCIALES

Tesis: 1ª. CXXI/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, septiembre de 2017, p. 216.

Tesis: 1a.CXLVI/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, octubre de 2017, p. 490.

Tesis: P./J.50/2014(10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, noviembre de 2014, p. 60.

Tesis: XXII.1º. A.C.3K (10), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, julio de 2018, p. 1499.

Tesis: XXII.1º. A.C.4K (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, julio de 2018, p. 1501.

NOTAS DE INVESTIGACIÓN

LA JUSTICIA AMBIENTAL COMO ÉNFASIS PRECAUTORIO FRENTE A UN RIESGO INMINENTE

ENVIRONMENTAL JUSTICE AS A PRECAUTIONARY APPROACH TO AN IMMINENT RISK

GÉNESIS GUINTO SOTELO*

RESUMEN: El derecho a un ambiente sano ha sido reconocido como un derecho humano por la legislación nacional e internacional; por tanto, el Estado se encuentra constreñido a proteger el ambiente de cualquier acto que represente una amenaza directa a su estructura natural. Para ello, es necesario acudir a los mecanismos legales que garanticen el cuidado de los recursos naturales no desde una óptica de reparación del daño, sino en atención al principio precautorio: anticiparse a la ejecución de un siniestro que traiga aparejado un daño irreversible. La suspensión del acto puede constituir una oportunidad de evitar la consumación de ese acto, y con ello garantizar el derecho humano a un ambiente sano.

PALABRAS CLAVE: *Justicia ambiental; riesgo; principio precautorio; daño ambiental.*

ABSTRACT: The right to a healthy environment has been recognized as a human right by national and international legislation; therefore, the State is constrained to protect the environment from any act that represents a direct threat to its natural structure. For this, it is necessary to resort to the legal mechanisms that guarantee the protection of the natural resources, not from the point of view of repairing the damage, but taking into account the precautionary principle: anticipate the execution of an accident that brings irreparable damage. The suspension of the act may constitute an opportunity to prevent the consummation of that act and thereby guarantee the human right to a healthy environment.

KEYWORDS: *Environmental justice; risk; precautionary principle; environmental damage.*

Fecha de recepción: 12/07/2018.

Fecha de aceptación: 28/09/2018.

* Oficial Administrativo del Decimoséptimo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito.

SUMARIO. I. Introducción. II. Ambiente y derecho. III. Riesgo y daño ambiental. 1. Riesgo. 2. Daño. IV. El principio precautorio. V. Mecanismos de defensa legal en materia ambiental. 1. Recurso administrativo. 2. Juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. 3. Responsabilidad civil por daño ambiental. 4. Responsabilidad penal por daño ambiental. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN



El derecho a un ambiente sano es relativamente nuevo; su importancia se acrecentó a partir de la firma del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”,¹ adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, que en su artículo 11 dice: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

En nuestra Constitución, este derecho se encuentra contemplado en el artículo 4^o,² que en su párrafo quinto señala que: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Al incluirse en estos preceptos normativos, el derecho a un ambiente sano pasó de ser un problema utópico a una realidad social que, debido a los cambios presentados, tomó un rango legal al posicionarse como un derecho humano, con todos los cuidados que el Estado, como garante de su protección, debe priorizar.

II. AMBIENTE Y DERECHO

Cuando hablamos del medio ambiente, inevitablemente nuestros pensamientos se dirigen hacia todos aquellos espacios naturales, los campos verdes cuya

¹ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

flora y fauna que los ocupa se convierten en un paisaje que maravilla a cualquier espectador; sin embargo, el ambiente va mucho más allá de eso.

Se compone no sólo de los elementos físicos que no tienen vida, pero forman parte directa o indirecta del desarrollo de la misma como el agua, clima, viento, suelo, etcétera, sino también de los elementos bióticos, que son aquellos que tienen vida, como la flora y fauna; estos elementos son los que componen la biodiversidad, esto es, la variedad de vida en la tierra desarrollada en los diversos ecosistemas.

De igual manera, el ambiente incluye los elementos económicos que permiten el sustento del ser humano, como las actividades agrícolas, comerciales, industriales, turísticas, etcétera; y, finalmente, los elementos sociales, que incluye a las poblaciones, su demografía, costumbres, región, escolaridad, composición étnica, etcétera. Así, podemos identificar que el ambiente no se reduce a un sector natural, sino a la relación que existe entre todo el sistema, que nos incluye como parte de ese núcleo de vida.

La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente define al ambiente, en su artículo 3o., como: “El conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre, que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados”.

De esta manera, podemos acotar que el derecho ecológico tiene como objeto de estudio y regulación las relaciones que tienen los organismos vivos entre sí y con su hábitat; el derecho ambiental, por su parte, abarca todo aquello que rodea o cerca; es decir, el concepto se extiende y flexibiliza.

El ser humano puede ser percibido desde dos visiones, la antropocéntrica que lo identifica como el dueño de los recursos naturales, debido a la cual el hombre ve a los recursos naturales como parte de su propiedad y con ello una visión de usarlos para la satisfacción plena de sus necesidades y deseos; bajo esa óptica, la posición del hombre se convirtió en depredador.

Por otro lado, se encuentra la visión geocéntrica que lo coloca como parte de ese medio natural donde se desenvuelve. De esta manera, al formar parte del ecosistema, el acceso y uso de los recursos toma otra dirección, pues lo obliga a limitar su utilización y maximizar su aprovechamiento.

De cualquier forma, el hombre es el transgresor de la armonía ambiental y como parte de ese entorno también recibe las consecuencias de su afectación, lo que lo coloca como victimario y víctima.

En los últimos cincuenta años, el mundo ha ido modificando de manera considerable su entorno ambiental. Conforme a datos estadísticos de la Organización de las Naciones Unidas,³ en el 2015 el planeta contaba con una población de 7 mil 300 millones de personas, cuyo pronóstico de crecimiento estima que para el 2030 alcanzaremos la cifra de 8 mil 500 millones de personas, lo que representa, sin duda, un incremento desmesurado en la utilización de recursos naturales para satisfacer las necesidades de una población que se encuentra a la alza.

En ese mismo sentido, al 2015 México contaba con una población que ascendía a los 119 millones, 938 mil 473 habitantes,⁴ lo que se encuentra lejos de representar una tranquilidad para el ambiente, cuya sanidad se ve mermada al encontrarse de frente a una población en continuo crecimiento y con ella el incremento de mayores recursos que garanticen la satisfacción de sus necesidades.

A lo anterior, agreguémosle que esa creciente población, carece de la educación ambiental mínima necesaria para identificar los riesgos del mal uso de los elementos naturales que le rodean, lo que la lleva a la explotación desmedida e irracional de los recursos bióticos, y ello, ha mermado el ciclo normal de los recursos, lo que ha motivado fijar la atención en todas aquellas acciones que puedan representar un riesgo ambiental. Además de un gobierno que ha estado ausente en establecer mecanismos que incentiven la protección ambiental y, por el contrario, otorga permisos excesivos sin prever los impactos que tendrán en la naturaleza.

Pero ¿qué relación tiene el crecimiento poblacional con el derecho a un ambiente sano? la respuesta es: todo.

III. RIESGO Y DAÑO AMBIENTAL

El desarrollo sustentable representa la bandera garante de que los recursos naturales pueden ser usados para satisfacer las necesidades que a diario requerimos. La oportunidad de tener acceso a alimentos adecuados, agua limpia, aire fresco y sano, servicios públicos, calles transitables, etcétera. En sí, el desarrollo sustentable se basa en todos aquellos requerimientos que una persona pueda necesitar para su óptimo desarrollo físico-social.

³ Disponible en <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/population/index.html>

⁴ Disponible en <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/estructura/>

El concepto de desarrollo sustentable se definió en la creación de la Comisión Mundial Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1987, en la que se le definió como: “La satisfacción de las necesidades de la generación presente, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias necesidades”.

Sin embargo, si bien representa que la generación que se encuentra presente acceda a todos los servicios que requiere, también significa que las generaciones que en un futuro habiten este espacio puedan, de igual manera, acceder a los recursos necesarios para satisfacer las necesidades que en su momento habrán de presentar.

Esto es, no por el hecho de encontrarnos presentes en un espacio y tiempo en donde existan los elementos suficientes para cubrir los requerimientos sociales actuales, podamos hacer uso inconsciente e irracional de dichos recursos, pues en ese momento es donde el futuro de la población se pone en riesgo.

1. RIESGO

La Real Academia Española define al riesgo como la “contingencia o proximidad al daño”.⁵ En la materia de estudio se encuentra directamente relacionada con la posibilidad de que el medio ambiente pueda sufrir una afectación o daño en su composición, estructura, formación, organismos y todos aquellos elementos que puedan afectar su funcionamiento.

El riesgo representa el peligro de que suceda una acción cuyas consecuencias sean negativas o adversas para el ambiente, y con ello se consuman los recursos sin dar posibilidad a su renovación. La contaminación ambiental es el método directo por el cual se puede llegar a la degradación del ambiente, dado que la participación de los contaminantes altera o modifica la composición natural al introducir elementos ajenos, y que el proceso regular de los recursos naturales no logra adaptar a su estructura, lo que trae como consecuencia desequilibrio ecológico.

2. DAÑO

Conforme al artículo 2 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, el daño ambiental se define como:

⁵ <http://dle.rae.es/?id=WTf8tAMI>

LA JUSTICIA AMBIENTAL COMO ÉNFASIS PRECAUTORIO FRENTE A UN RIESGO INMINENTE GÉNESIS QUINTO SOTELO

Pérdida, cambio, deterioro, menoscabo, afectación o modificación adversos y mesurables de los hábitat, de los ecosistemas, de los elementos y recursos naturales, de sus condiciones químicas, físicas o biológicas, de las relaciones de interacción que se dan entre éstos, así como de los servicios ambientales que proporcionan.

Un concepto más amplio identifica al daño ambiental como:

Toda acción, omisión, comportamiento u acto ejercido por un sujeto físico o jurídico, público o privado, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente y significativo, algún elemento constitutivo del concepto ambiente, rompiéndose con ello el equilibrio propio y natural de los ecosistemas.⁶

El hecho dañoso representa esa afectación al entorno ambiental que se traduce en un efecto negativo, que impacta y disminuye la capacidad de funcionamiento del lugar dañado. Implica romper con la estructura original e introducir elementos que resultan contrarios a la composición natural.

Puede ser individual, colectivo, instantáneo, o de tracto sucesivo. En realidad, no requiere un proceso largo, simplemente con introducir un elemento ajeno que resulte perjudicial al ambiente ya estamos generando un daño, cuyas consecuencias, de igual manera, pueden verse de inmediato, como la contaminación del agua por derramamiento de químicos, que resulta visible al cambio de coloración; o bien, con el paso del tiempo, como las emisiones de CO² que, sin ser visibles, van generando un entorno contaminado que se traduce en un ambiente dañino para la salud.

Aquilino Vázquez García identifica como características del daño, las siguientes:

- Irreversibilidad.
- Acumulatividad.
- Difuso tanto por la forma de exteriorizarse como por la forma en que se determina la relación causa-efecto.
- Colectivo, pues puede presentar una pluralidad de autores, de víctimas o de ambos.
- Es consecuencia de los procesos tecnológicos.
- Carece de espacialidad determinada.

⁶ Peña Chacón, Mario, "Daño Ambiental y Prescripción", *Revista Judicial*, núm. 109, Costa Rica, septiembre de 2013, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31079.pdf>

- Se presenta en dos ámbitos al afectar los derechos subjetivos de individuos determinados y el interés común de la sociedad.⁷

Así, el daño rompe con la estructura natural y provoca un desequilibrio en los componentes del ambiente lo cual puede hacer inhabitable el espacio contaminado; en casos extremos, como el de Chernóbil se consideró necesario aislar el lugar dos mil años, por lo que no es un tema que pueda tomar a la ligera.

IV. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

A fin de evitar las consecuencias adversas de la contaminación, entra en acción el principio precautorio. Aparece en la Declaración de Río⁸ por primera ocasión, en donde se estableció que:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Del precepto anterior, podemos advertir que el principio precautorio se sostiene en que, aun con la ausencia de información o certeza científica sobre los efectos que puedan darse sobre el ambiente, frente a la posible existencia de un riesgo ambiental que represente un peligro grave o irreversible en el ambiente, el Estado deberá implementar los mecanismos que resulten eficaces a fin de evitar la degradación del medio ambiente.

El objetivo principal es que si una acción que está por emprenderse o ya se encuentra realizándose, aun desconociendo los alcances de sus efectos, pero a sabiendas que representa un riesgo inminente, no se ejecute o deje de ejecutarse; la finalidad primordial es preservar el ambiente de toda acción que signifique un riesgo irreparable, pues, de ejecutarse dicha acción, los daños ocasionados pudieran ser irreversibles, circunstancia que atenta directamente

⁷ Vázquez García, Aquilino, “La responsabilidad por daños al ambiente”, *Gaceta Ecológica*, núm. 73, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Distrito Federal, octubre-diciembre, México, pp. 45-62.

⁸ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

contra el derecho humano a un medio ambiente sano, así como al desarrollo sustentable que represente las condiciones óptimas de generaciones futuras.

Para su actualización, este principio de acuerdo con Valentina Durán Medina⁹ se compone de 4 elementos centrales, a saber:

- a) La presencia de una amenaza o daño al ambiente o a la salud humana. Que no se limita a la existencia del daño materializado, sino a la posibilidad de que ese daño se concrete;
- b) La incertidumbre científica. Permite que aun cuando no existan elementos suficientes para determinar las consecuencias fácticas, puedan tomarse medidas preventivas;
- c) La acción precautoria. Lleva a detener aquella práctica sospechosa, basada en el examen de los posibles beneficios y costes de la acción o inacción y,
- d) Costo-efectividad. Implica ponderar entre el posible daño y la protección que se busca.

Como se ve, el principio precautorio actúa como anticipador de los daños que represente la amenaza sobre un posible daño ambiental que resulte irreversible, lo que lo coloca en una posición de acción que permite evitar una degradación en el ambiente.

V. MECANISMOS DE DEFENSA LEGAL EN MATERIA AMBIENTAL

México cuenta con un territorio rico en diversidad natural; sin embargo, el consumo desmedido, irracional e inconsciente de los recursos, así como la búsqueda constante de una economía superior ha permitido sacrificar el bien más valioso con el que cuenta: el natural.

¿Dónde estamos?⁹ La normatividad ambiental se ha ido desarrollando como un reflejo al cúmulo de cambios ambientales que, a cada momento, se gestan en el mundo. El Derecho Ambiental forma parte de los derechos de tercera generación, de reciente creación, cuya naturaleza se avoca al análisis de los cambios ambientales y su protección desde el punto de vista legal.

⁹ Durán Medina, Valentina y Hervé Espejo, Dominique, “Riesgo ambiental y principio precautorio: breve análisis y proyecciones a partir de dos casos de estudio”, *Revista de Derecho Ambiental*, disponible en: <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/download/36452/38086/>

Sin embargo, hoy la normatividad de protección ambiental resulta insuficiente para atender los tipos de impactos que sobre la naturaleza tienen las acciones tanto privadas como públicas, y cuyas consecuencias traen una inminente modificación en la estructura básica de la naturaleza.

Las acciones públicas o privadas son una constante; sin embargo, pocas veces se atiende una acción al prevenir las consecuencias ambientales que puedan traer consigo, de esta manera todos aquellos actos que de ejecutarse ocasionen un daño ambiental, no sólo representan una disminución genérica a la naturaleza, sino que la consecuencia tiene impacto irremediable sobre la población y toda forma de vida.

Lo anterior, se ve reflejado en la carencia de mecanismos jurídicos que permitan una acción de protección del ambiente ante una acción que pueda representar un riesgo inminente e irreparable.

¿A dónde vamos? La legislación ambiental nace de la necesidad imperiosa de proteger el entorno ambiental, al distribuir de manera ordenada los recursos naturales para así tener un equilibrio entre el ambiente y el desarrollo de la población.

Para su elaboración, desarrollo y ejecución, es necesaria la participación de la sociedad, debido a que son quienes reciben la afectación o beneficio de manera directa. Las acciones tienen consecuencias a mediano y largo plazo, los resultados se ven reflejados en el desarrollo óptimo de la población y la distribución adecuada de los recursos del medio ambiente en el que se desarrolla.

Dentro de los recursos que en materia de protección ambiental se cuenta dentro del Estado mexicano, encontramos

1. RECURSO ADMINISTRATIVO

Para el Doctor Andrés Serra Rojas es:

[...] un medio ordinario de impugnación y directo de defensa legal que tienen los gobernados afectados, en contra de un acto administrativo que lesione su esfera jurídica de derechos o intereses, ante la propia autoridad que lo dictó, el superior jerárquico u otro órgano administrativo, para que lo revoque, anule, reforme o modifique, una vez comprobada la ilegalidad o inoportunidad del acto, restableciendo el orden jurídico

LA JUSTICIA AMBIENTAL COMO ÉNFASIS PRECAUTORIO FRENTE A UN RIESGO INMINENTE
GÉNESIS QUINTO SOTELO

violado en forma económica, sin tener que agotar un procedimiento jurisdiccional”.¹⁰

Por este medio de impugnación administrativo, todo aquél que sufra una afectación por causa de un acto administrativo puede acudir ante la autoridad que lo dictó, su superior jerárquico o diverso órgano administrativo de quien dependa, a fin de que, en la esfera de sus facultades, deje sin efectos el acto que está causando lesión.

Sin embargo, este recurso se encuentra sujeto a la aceptación por parte de la autoridad emisora, de la existencia de un acto que se tilda de ilegal, así como al criterio de esa misma autoridad de que dicho acto está vulnerando los derechos de una persona.

2. JUICIO ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Este procedimiento eleva a la categoría jurisdiccional la revisión de un acto emitido por una autoridad administrativa. El Doctor Andrés Serra Rojas define al contencioso administrativo como:

El juicio o recurso que se sigue en unos sistemas ante los tribunales judiciales y en otros ante tribunales administrativos autónomos, sobre pretensiones fundadas en preceptos de derecho administrativo que se litigan entre particulares y la administración pública, por los actos ilegales de ésta que lesionan sus derechos. Estos órganos cumplen una misión de control sobre la actividad administrativa.¹¹

En estos juicios, la autoridad emisora del acto es relevada, en el carácter de juez, por diversa autoridad que se encargará de determinar la legalidad del acto sometido a su jurisdicción.

Por su parte, la autoridad emisora del acto se convierte en parte, dentro del propio procedimiento, sujeta a las etapas que dentro del juicio deban realizarse y con la obligación de aportar medios de prueba que acrediten la legalidad del acto que se impugnó.

¹⁰ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo. Segundo Curso*, Porrúa, México, p. 727.

¹¹ Citado por Sánchez Gómez, Narciso, *Temas Selectos de Derecho Ambiental*, Porrúa, México 2008, p. 297.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL

Este tipo de procedimiento se encuentra encaminado a dirimir las controversias suscitadas entre particulares, en cuya acción de uno tiene como consecuencia la afectación a los derechos patrimoniales del otro.

Es un mecanismo coadyuvante de la protección ambiental y busca en su ejecución dirimir la controversia generada por la responsabilidad civil por daño ambiental, con el propósito de reparar el daño ocasionado y que, de no ser posible, se acuda a la indemnización.

Tiene su fundamento en el artículo 1910 del Código Civil Federal, que señala:

El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Asimismo, este procedimiento se enlaza con lo preceptuado por la Ley de Responsabilidad Ambiental, Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección Ambiental, y diversos ordenamientos legales que permiten la determinación de la responsabilidad civil objetiva por daño ambiental.

4. RESPONSABILIDAD PENAL POR DAÑO AMBIENTAL

El Código Penal Federal destinó un Título a la tipificación de aquellos delitos contra el ambiente y su gestión ambiental. El artículo 414 se vuelve un arma contundente de protección ambiental, al establecer todo un catálogo de actos cuyas consecuencias ocasionen daños al ambiente, al efecto señala:

Artículo 414. Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa al que ilícitamente, o sin aplicar las medidas de prevención o seguridad, realice actividades de producción, almacenamiento, tráfico, importación o exportación, transporte, abandono, desecho, descarga, o realice cualquier otra actividad con sustancias consideradas peligrosas por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, radioactivas u otras análogas, lo ordene o autorice, que cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua, al suelo, al subsuelo o al ambiente.

LA JUSTICIA AMBIENTAL COMO ÉNFASIS PRECAUTORIO FRENTE A UN RIESGO INMINENTE
GÉNESIS QUINTO SOTELO

Así, bajo este Título, la afectación al ambiente cambia de su carácter administrativo o civil a un rango que coloca al hecho dañino en la posible comisión de un delito, donde la consecuencia puede ser la imposición de una pena de prisión de hasta 9 años.

Esto nos permite dimensionar el nivel de importancia que se le ha otorgado a las acciones transgresoras del ambiente, pues ha dejado de ser un acto que únicamente es calificado como reprochable por el núcleo social, sino que ya se le vincula directamente a la disminución en la calidad de vida, lo que atenta directamente contra el desarrollo sostenible.

Sin embargo, el problema comienza cuando para determinar los sujetos legitimados para ejercer esta acción, el último párrafo del artículo 421 del propio Código Penal, nos remite a la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, en la cual, en su artículo 28, reconoce el derecho e interés legítimo para ejercer acción y demandar judicialmente la responsabilidad ambiental, reparación y compensación de los daños causados al ambiente, el pago de la sanción económica a:

- I. Las personas físicas habitantes de la comunidad adyacente al daño ocasionado al ambiente;
- II. Las personas morales privadas mexicanas, sin fines de lucro, cuyo objeto social sea la protección al ambiente en general, o de alguno de sus elementos, cuando actúen en representación de algún habitante de las comunidades previstas en la fracción I;
- III. La Federación a través de la procuraduría, y
- IV. Las Procuradurías o instituciones que ejerzan funciones de protección ambiental de las entidades federativas y del Distrito Federal en el ámbito de su circunscripción territorial, conjuntamente con la procuraduría.

El problema se presenta cuando a juicio de los sujetos anteriores, no se ocasiona ningún daño ambiental, pues cabe destacar que existen diversas formas de daño ambiental que no requieren la manifestación física para que el daño realmente sea efectivo.

Además, la fracción I señala “las personas físicas habitantes...”, visto así, obligaría a toda una comunidad que habite cerca del lugar donde se esté ejecutando el acto a promover en conjunto, pues no permite el ejercicio de una sola persona esté sufriendo el daño.

De lo anterior surgen tres interrogantes: ¿qué sucede con aquellas personas, una o varias, que adviertan la existencia de un daño ambiental, pero que no

habiten en la cercanía del lugar donde se materializó el daño? ¿no tienen legitimación para ejercer una acción de protección? o ¿sólo por no radicar en el entorno cercano no resulta afectado en su derecho a un ambiente sano?

Por otro lado, ser una sola persona abre la oportunidad de su ejercicio por medio de las personas morales contempladas en la fracción II, quienes sí pueden ejercer una acción en representación de “algún habitante de las comunidades previstas en la fracción I”.

Pero aquí entramos en otro problema pues, para que estas organizaciones puedan ejercer, el mismo artículo obliga a “acreditar que fueron legalmente constituidas por lo menos tres años antes de la presentación de la demanda por daño ocasionado al ambiente.” Entonces ¿qué sucede con aquellas organizaciones que por sí o en representación de otra persona pretendan ejercer una acción derivada de un daño ambiental pero que su constitución sea menor de 3 años?

En este punto, cabe reflexionar sobre si lo estatuido por la Ley General de Responsabilidad Ambiental es suficiente para garantizar que un daño ambiental pueda ser remediado, pues los candados para la legitimación que establece la norma, acota los canales de su ejercicio.

Ahora bien, de lo que hemos visto hasta aquí, se puede advertir que los procedimientos o recursos con los que cuenta la legislación en materia ambiental limitan la actuación a:

- a) La existencia de un daño contra el ambiente y la comprobación de su existencia;
- b) El ejercicio de la acción por quien resulte afectado o quien lo represente;
- c) La búsqueda de la reparación del daño y en caso de no poder llevarse a cabo por el tipo de daño ocasionado, requerir la indemnización económica.

VI. CONCLUSIONES

Como se ha podido apreciar, en ninguna parte de la legislación mexicana se acude al principio precautorio que, como vimos, resulta indispensable para evitar que teniendo el conocimiento de que se está ejecutando un daño al ambiente, la acción pueda ser detenida hasta comprobar, por parte del ejecutor, que no ocasiona el daño que se atribuye.

LA JUSTICIA AMBIENTAL COMO ÉNFASIS PRECAUTORIO FRENTE A UN RIESGO INMINENTE
GÉNESIS QUINTO SOTELO

Para garantizar lo anterior, es necesario un conjunto normativo que permita al Estado prevenir los daños ambientales que resulten inminentes de los riesgos originados por acciones de particulares o las derivadas de organismos públicos.

A partir de un balance del proceso de adecuaciones de la legislación de amparo, en atención al derecho humano al ambiente sano contemplado en el artículo 4º constitucional, es necesario analizar su contenido y las aportaciones que puedan surgir para facilitar el ejercicio del mecanismo jurisdiccional en beneficio de la protección ambiental.

El daño al medio ambiente representa un deterioro absoluto sobre la naturaleza, que ni la propia reparación puede volver al estado natural en que se encontraban los *hábitats*, los ecosistemas, los elementos y recursos naturales, sus condiciones químicas, físicas o biológicas y las relaciones de interacción que se dan entre éstos, antes de haber sido afectados.

Por tanto, es obligación del Estado prever que si un acto representa un riesgo inminente al ambiente de cuya ejecución pueda traer la consecuencia de ocasionar un daño irreparable, que sea el propio Estado quien garantice que ese acto no se ejecute.

Sin embargo, México no cuenta con algún mecanismo que funcione como acción preventiva de los riesgos ambientales, en el cual la acción del Estado *per se*, detenga aquella acción que pueda derivar en un daño ambiental.

En virtud de lo anterior, es necesario acudir a los recursos con los que la acción jurisdiccional cuenta para que funcionen, también, como mecanismos de protección ambiental, de forma tal que se ejercite el principio precautorio por encima de cualquier acto que represente un daño al ambiente.

En este punto es fundamental la participación del órgano jurisdiccional federal como un garante de la protección ambiental. Para ello, el juzgador de amparo cuenta con una herramienta que le puede ayudar a ejercer el principio precautorio: la suspensión del acto nacida del juicio de amparo, que dado el carácter imperativo que le reviste permite basarse en que, si un hecho puede generar un daño ambiental irreversible, debe ser susceptible de suspenderse, de forma provisoria hasta en tanto, quien pretenda ejecutarlo, pueda acreditar que los efectos no serán dañinos como se prevé.

Vista de esa manera, la suspensión representa una oportunidad de ejercer el principio precautorio y detener toda acción de organismos públicos o privados,

en ejercicio de una concesión o permisos otorgados, que representen un riesgo ambiental y los cuales, de ejecutarse, traigan aparejado un daño irremediable al ambiente.

Para lo cual, la manera óptima para garantizar que mediante el principio precautorio se proteja el desarrollo sustentable es que esa suspensión sea decretada de oficio por el órgano de amparo, pues cabe destacar que se trata de un tema de interés público.

Esto nos lleva a que el corolario del presente análisis traiga consigo la inclusión del riesgo ambiental dentro del catálogo de actos restringidos por el artículo 15 de la Ley de Amparo, para que por medio del órgano jurisdiccional federal pueda suspenderse conforme al artículo 126 de la propia ley, aquel acto que represente un riesgo inminente de daño irreversible sobre el ambiente; es decir, de oficio y de plano, por el juez de Distrito.

Con lo anterior, la protección ambiental se ejecuta desde un ejercicio preventivo de efectos negativos, desde antes de ejecutarse o bien ejecutándose, sin necesidad de esperar a que dicho daño se haya materializado y ya no se tenga oportunidad de revertir las consecuencias.

En este punto se privilegia la protección ambiental fundada en el desarrollo sostenible a que se encuentra constreñido el Estado en garantizar.

VII. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

Sánchez Gómez, Narciso, *Temas Selectos de Derecho Ambiental*, Porrúa, México 2008.

Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo. Segundo Curso*, Porrúa, México.

Vázquez García, Aquilino, “La responsabilidad por daños al ambiente”, *Gaceta Ecológica*, núm. 73, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Distrito Federal, octubre-diciembre, México.

ELECTRÓNICAS

Durán Medina, Valentina y Hervé Espejo, Dominique, “Riesgo ambiental y principio precautorio: breve análisis y proyecciones a partir de dos casos de estudio”, *Revista de Derecho Ambiental*, disponible en: <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/download/36452/38086/>

<http://dle.rae.es/?id=WT8tAMI>

LA JUSTICIA AMBIENTAL COMO ÉNFASIS PRECAUTORIO FRENTE A UN RIESGO INMINENTE
GÉNESIS QUINTO SOTELO

<http://www.beta.inegi.org.mx/temas/estructura/>

<http://www.un.org/es/sections/issues-depth/population/index.html>

Peña Chacón, Mario, “Daño Ambiental y Prescripción”, *Revista Judicial*, núm. 109, Costa Rica, septiembre de 2013, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31079.pdf>

NORMATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

DERECHO Y MORAL EN LOS DERECHOS HUMANOS. REFLEXIONES FILOSÓFICAS*

LAW AND MORALITY IN HUMAN RIGHTS. PHILOSOPHICAL
REFLECTIONS

CLAUDIA ELENA MORAZÁN SILVA**

RESUMEN: Cada juzgador, sujeto a garantizar los derechos humanos en cada sentencia que emite, debe realizar un ejercicio de conciencia sobre su objetividad en todos los asuntos a estudiar para sopesarlo con la introyección de normas y valores que le han construido socialmente desde el ámbito familiar, así como posteriormente en lo profesional. Los conceptos culturales y sociales relativos al componente moral –al igual que la construcción social aprendida del derecho y desarrollada como jurista acerca de lo que cree que es “justo o moralmente aceptable”– ponen a prueba su capacidad de objetividad en el ejercicio de su función.

PALABRAS CLAVE: *Capacidad objetiva; construcción social; derecho; derechos humanos; justicia; moral.*

ABSTRACT: Each judge, subject to guarantee human rights in each sentence issued, must perform an exercise of awareness of its objectivity in all matters to be studied, in order to weigh it against the introyection of norms and values that have built it socially from the family as well as in the professional field. The cultural and social concepts related to the moral component —as well as the social construction learned from the law and developed as a jurist about what he believes is “fair or morally acceptable”— test his capacity for objectivity in the exercise of his function.

KEYWORDS: *Objective capacity; social construction; law; human rights; justice; morality.*

Fecha de recepción: 08/05/2018.

Fecha de aceptación: 28/09/2018.

* Ensayo presentado para acreditar la materia de Filosofía del Derecho del Doctorado en Derecho en la Universidad Ius Semper.

** Subdirectora en el Consejo de la Judicatura Federal. Licenciada en Derecho por la UMED, maestra en Criminología por el Colegio Libre de Estudios Universitarios (CLEU) y doctoranda de Derecho por la Universidad Ius Semper. Correo: cemorazan@yahoo.com.mx

SUMARIO: I. Introducción. II. Análisis. 1. Derechos e igualdad. 2. Los derechos humanos como límite. 3. La moral en el hombre y el orden jurídico. 4. Relación entre derecho y moral. III. Conclusión. IV. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN



la filosofía del derecho le interesa saber no sólo cómo es el derecho, sino también cómo debe ser; la justicia es el tema clave de reflexión de esta disciplina, en relación con actores políticos, representantes de la sociedad y de instituciones político-jurídicas como el Estado. La filosofía del derecho medita y reflexiona en torno a esta figura para ver de qué manera cumple con la misión encomendada y hace que brille la justicia en cada una de las relaciones sociales y en las instituciones jurídico-políticas.

Cuando se habla de disciplinas filosófico-teóricas, se entiende que el objeto de estudio es el saber por el saber mismo, y aquellas ciencias que están subordinadas mantienen su autonomía, debido a que les marca su objeto formal. En el caso de las disciplinas filosófico-prácticas, su estudio es el saber para normar, saber para actuar en la conducta humana. En el ámbito del conocimiento científico, las acciones que realiza se encuentran vinculadas con el saber filosófico, por la naturaleza de los actos humanos, cuyo elemento esencial es la libertad. Al meditar acerca de la conducta humana, vemos que se encuentran entrelazados actos voluntarios y libres relacionados, a su vez, con nociones y principios filosóficos como: voluntad, libertad, deber, norma, rectitud, valor, bien, justicia, etcétera; cuya definición y comprensión depende de que se tenga un conocimiento completo o incompleto de las acciones humanas.

Si hablamos del estudio de la moral, por ejemplo, en el que sólo se describen costumbres, o de un estudio de derecho limitado a compilar leyes sin adentrarse a considerar valores que inspiren las costumbres y leyes compiladas, no merecerían el título de estudio científico. De ahí la importancia que tiene la filosofía del derecho frente a las ciencias jurídicas particulares, respecto de las cuales no sólo se establece la validez de sus postulados, sino que, en cierto sentido, se integra el objeto material de su conocimiento. La filosofía del derecho no es dogmática e indiscutible como sería la fe, debido a que maneja conceptos y, por ello, además de universal es racional.

Las respuestas que se obtienen pueden parecer simples y sencillas, fruto de una observación sensible de los hechos que estudia, pero que no siempre satisfacen a la inteligencia, ya que éstas, en ocasiones, no ofrecen una idea integral del derecho. Para llegar a tal fin en el derecho, se deben conjugar datos tanto de la experiencia sensible –regidos por las leyes físicas, biológicas, económicas, psicológicas y sociológicas–, como datos ideales de la intuición intelectual regida por leyes lógicas, además de los datos de la experiencia moral guiada por las leyes de la ética. En virtud de ello, es posible que sólo un dogmatismo irracional y anticientífico se desentienda de la reflexión filosófica que supone la resolución de esta cuestión: la de determinar los datos y las leyes que deben ser tomados en consideración para obtener una noción integral de derecho y analizar la estructura lógica de las figuras jurídicas, tales como: norma, deber, persona jurídica, sanción, derecho subjetivo, entre otros, que resulten útiles y necesarias.

La justicia es un tema central en la reflexión de la filosofía del derecho, así como el derecho es un elemento necesario de la sociedad y ésta, a su vez, es imprescindible al hombre con un anhelo insatisfecho por perfeccionar las instituciones jurídicas, con la finalidad de hacer más justas y pacíficas las relaciones entre los hombres.

La historia, por lo regular, no miente en las lecciones de vida que recoge y ofrece. En el progreso de los pueblos, los hombres dependen de manera particular de las instituciones jurídicas que los rigen, pues, cabe recordar que están compuestas y representadas por individuos. Si aquéllas garantizan las libertades humanas, las actividades legítimas y reglamentarias debidamente hacen de las formas de convivencia social el progreso material y espiritual de la sociedad, por lo que se obtendrá un resultado lógico que no se hace esperar. Las instituciones jurídicas no se inspiran en los principios racionales que definen la conducta social del individuo, pues cuando la sociedad pierde su rumbo, la lucha se vuelve inútil.

Un gobierno debe fundarse en un auténtico orden jurídico, en un derecho justo. Tras un planteamiento riguroso de los problemas que implica la formulación de un ordenamiento jurídico, la filosofía del derecho ofrece los caminos para encontrar las soluciones adecuadas a esos problemas, de conformidad con los principios del derecho. La filosofía del derecho es sensible a los reclamos de la sociedad y a su función social y moral; sostiene que al jurista le basta conocer el derecho positivo y dar en cada caso la solución legal a los problemas, aunque ésta no sea necesariamente justa.

Todas las profesiones liberales se relacionan con la moral desde el momento en que toda actividad humana está regida por principios morales. Se requiere que el profesionista –no sólo los juristas– proceda con honradez, que sea leal a los clientes y que respete las cláusulas de los contratos en los que forme parte. El conocimiento de su disciplina no será completo si no relaciona el derecho con la moral. Por consiguiente, lo que debe procurar cualquier profesionista, incluido el abogado, es que la solución legal coincida con la solución más justa; que busque el cumplimiento de la ley en apego a los principios, los ideales y las aspiraciones, para que su actuación sea legítima, porque no hay que olvidar que aquel que se apega a lo estrictamente legal no está lejos de cometer injusticias.

Platón dijo que el Estado no prosperaría hasta que el verdadero filósofo fuera rey o los reyes se hicieran verdaderos filósofos. En nuestra época constitucional, la vida política, con sus numerosos defectos, no mejorará hasta que no se procure enérgicamente una educación filosófica en consonancia con su misión, en lugar de suprimir lo poco que de ella se les ofrece en las instituciones actuales. ¿Cómo puede prosperar la vida de los individuos, los pueblos o la humanidad sin filosofía? Toda cuestión jurídica de carácter práctico tiene dos distintas orientaciones:

La existencia de normas aplicables al caso concreto, a través de los diversos artículos en los Códigos y preceptos de la Constitución, etcétera. Se precisa la técnica de la expresión que muestre el remedio puesto en práctica para colmar las posibles lagunas del derecho y enseñar el arte de obtener las normas jurídicas oportunas otorgando reglas más adecuadas.

Los artículos de una ley tienden a anticipar la solución justa de litigios que surgen y la solución puede dar lugar a reparos, en cuanto al fondo de la decisión, o al modo de resolver el caso concreto litigioso. Se habla de buena fe, de equidad, de deberes morales, de evitar abusos, de buenas costumbres, etcétera, y todas ellas responden al mismo fin: que en cada caso se elija la norma jurídica que refleje la solución más justa.

Es preciso destacar que la jurisprudencia técnica, su sistema, su estructura y sus fines, necesita de la filosofía del derecho. No se puede hablar de filosofías del derecho sólo con los derechos positivos de cada pueblo, sino que la reflexión filosófica es común y unitaria. Lo que en ellas se puede encontrar permanente y común en todas ellas. La filosofía del derecho está obligada a estudiar todos los elementos sociales involucrados en la formación natural del hecho jurídico y en su noción. El hecho jurídico es esencialmente un hecho social, debido a que el derecho no es posible fuera de la sociedad, bajo el

aspecto de las relaciones entre hombre y hombre y entre hombre y cosa, en que se actúa el bien humano.

Tanto la grandeza como la miseria, por medio del estudio filosófico del derecho, rascan los dinteles de lo alto, sin lograr llegar a la plenitud y nos conectan con el suelo de la miseria humana, conscientes de lo que provoca el olvido de la justicia por la mala práctica del derecho. Resulta imposible entender al derecho sin la moral, en la justa medida. El derecho es una forma de vida social que interviene para que el mundo pueda cambiar, tanto como las instituciones, la seguridad, la paz, el bienestar en las relaciones humanas.

II. ANÁLISIS

Un tema relacionado con la justicia es el de los derechos humanos; importancia central en la idea democrática que limita al Estado a respetar los derechos humanos fundamentales; barrera infranqueable a la cual se obliga a detenerse en el ejercicio del poder. El reconocimiento de los derechos fundamentales constriñe el poder del Estado, indispensable para la existencia de la democracia. Al respecto, Luigi Ferrajoli comentó que cuando un determinado derecho es fundamental, quiere decir que “todos son igualmente titulares del mismo”. Derechos que se desprenden del hombre y de su dignidad por ser persona; ser humano para ser respetado y protegido en sus derechos por lo que es y no por lo que tiene.

1. DERECHOS E IGUALDAD

Los derechos sugieren igualdad, por lo que la demanda de justicia es la igualdad de derechos. La justicia tiene que ver tanto con desigualdad como con igualdad, con atribución y retribución, así como con la distribución. Cuando se habla de los derechos humanos se entiende que son indivisibles. Quien los exige los reclama para todos los hombres, mientras que quien niega a una persona el reconocimiento de sus derechos realmente se lo niega a todos los demás. De esta manera, coincidimos en poseer una misma naturaleza, una misma dignidad, como la afirmación de la universalidad frente a un hecho real que no se puede negar, puesto que son evidentes la desigualdad y las diferencias de unos hombres con otros. La universalidad frente al particularismo no debe ignorar las diferencias como irrelevantes, pues las diferencias deben ser defendidas y cultivadas siempre que no conduzcan a una violación de la libertad personal ni supongan una forma de discriminación para otros. Defender las diferencias es

legítimo desde la idea de la dignidad de todos los seres humanos, que exigen respeto en términos jurídicos dentro de los límites de su propia identidad.

Los hombres, al conocerse y aceptar sus diferencias, hacen surgir entre ellos su respectivo carácter único. Se habla de igualdad y de dignidad, pero el individuo carece de importancia, pues su carácter en concreto es lo que se sacrifica ante el concepto. Los Estados del mundo que aspiran a la positivación de los derechos humanos deciden por esa dignidad humana, para que se reconozcan los derechos fundamentales en sus textos constitucionales. Tal es el caso de las siguientes legislaciones internacionales:

La Ley Fundamental Alemana de 1949, cuyo artículo 1 inicia con el texto: “Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales”. Y con la reafirmación de esa dignidad en el apartado 1 del mismo artículo: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.¹

De igual manera, la Constitución española de 1978 establece en su artículo 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.²

Nuestra ley fundamental, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, asimismo, la recoge en el párrafo quinto del artículo 1, en los términos siguientes:

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.³

Entonces, se entenderá por derechos humanos “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas

¹ Ley Fundamental de la República Federal Alemana, del 23 de mayo de 1949, disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

² Constitución Española de 1978, disponible en: http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf

³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”,⁴ definición de Pérez Luño que integra la noción general de los derechos humanos, como la exigencia iusnaturalista respecto a su fundamentación y las técnicas de positivación y protección que dan la medida de su ejercicio.

Un buen número de constituciones políticas en el mundo coinciden en establecer en su texto la relación derechos humanos-dignidad humana, de manera que fuera del respeto a lo que el hombre es y representa no hay derecho, sino prepotencia e injusticia, aunque los instrumentos de éstas tengan forma de ley. John Rawls sostiene lo mismo con otras palabras: “Los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar”.⁵

Las diversas declaraciones de derechos que han tenido lugar en los últimos tiempos sólo son posibles en cuanto a las libertades que confieren, garantizan y promueven el ámbito de validez personal como titular, independientemente de cualquier contingencia racial, sexual, social, económica o de cualquier otra índole. De esta forma, las declaraciones de derechos resultan enemigas de los privilegios.

Frente a la importancia de los derechos humanos y la necesidad de que el Estado promueva y garantice su protección al hablar de respeto y protección de los derechos humanos, no estamos hablando de máximos sino de mínimos de justicia. La práctica de ese conjunto de necesidades, exigencias, derechos y deberes puede valer como criterios mínimos de fundamentación de los principios básicos de una sociedad y un orden jurídico justo. Según Thomas Nagel, “los derechos son protecciones universales que impiden que cada individuo sea justificadamente utilizado o sacrificado de ciertas formas con fines honestos o deshonestos”.⁶

Sin embargo, al ser humano le gusta exigir y recibir y no que le exijan y que tenga que dar; por lo que cuando se afirman derechos legítimos, se hacen reclamaciones autorizadas que imponen deberes a personas que respondan a

⁴ Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 48.

⁵ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, p. 15, disponible en: http://www.iberomexico.com/iberoforum/2/pdf/francisco_caballero.pdf

⁶ Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald C. (comps.), “Los derechos personales y el espacio público”, en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 49.

estos derechos y reclamaciones, los deberes de los hombres están generados en los derechos de otros hombres.

2. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE

Esos límites internos son los derechos humanos, a los que el Estado tiene que respetar. Hay otros límites que son externos como:

La soberanía: en relación con el papel que el poder ha de desempeñar al interior del propio Estado, sobre el cual no hay ningún otro, “él es el soberano”; y

La independencia: por la relación que guarda en el ámbito internacional con los otros Estados, por el principio de la autodeterminación de los pueblos, concretizada en el propio gobierno y en sus decisiones.

Los derechos humanos hacen referencia a las relaciones respetuosas entre los Estados; sin embargo, el problema está en la soberanía, debido a que el Estado, abusando de su posición, se extralimita en el uso del poder en detrimento de sus subordinados; situación que ocurre cuando el Estado no se somete a la ley, y cae en la arbitrariedad y el autoritarismo.

El ser humano con su grandeza personal sólo tiene como límite el ser. A lo largo de su vida, el hombre contará con la libertad como elemento para responder de todas las acciones que realice, pero el hombre deberá ser consciente de que la libertad se le presenta como un don y al mismo tiempo representará una conquista, tendrá que aprender a ser libre, evitar las injusticias y la violencia, pues incluso puede actuar contra sí mismo, y asumir con responsabilidad las consecuencias que se deriven de esa forma de actuar y proceder. El actuar del hombre trasciende y repercute en dos ámbitos:

- El interno y personal, que favorece u obstaculiza su propia perfección y;
- El externo o social, que contribuye al bienestar de la comunidad, o entorpece e impide el desarrollo y progreso de ésta.

Lo que evidencia que la moral y el derecho son dos realidades, que permean la vida del ser humano en su significado más amplio, debido a que actúan por separado. La ética es la disciplina filosófica que tiene por objeto reflexionar sobre la moral y comprende todo lo que el ser humano –el actor principal– realiza o hace en su vida diaria, lo que ve en sociedad. Esto hace indispensable

comprender que puede darse una moral sin ética, pero nunca una ética sin moral.

Esta relación entre derecho y moral se refiere a la relación entre “el derecho positivo” y el derecho natural o racional, que es el que actúa en concordancia con los principios de la moral o de la justicia.

Tomás de Aquino distinguió entre lo justo natural y lo justo positivo. Lo justo se deriva de la naturaleza misma de la cosa: “lo justo natural” y donde aquello que resulta de común acuerdo entre individuos: “lo justo positivo”.

Todo ordenamiento jurídico lo encontramos en “la cosa justa”. Por otra parte, derecho es lo que se debe a otro y siempre va unido a un deber. Este deber surge de la moralidad; nace y vive bajo la forma de “la cosa justa o debida”, por lo que de él emerge la exigencia moral. De ahí es que lo identificamos como un derecho justo. Esto, desde luego, se percibe de otra forma debido a su influencia de justicia otorgada por Aristóteles, así como por los juristas romanos. Estos dos ordenamientos de la actividad humana convergen entre el derecho y la moral y entre lo racional y la ética.

3. LA MORAL EN EL HOMBRE Y EL ORDEN JURÍDICO

El hombre moral colocado en la sociedad universal de los seres racionales hace concluir toda la perfección interna y externa de los individuos singulares. El orden jurídico ve moverse al hombre en la sociedad exterior, de modo inmediato y controlable, que no se funda sin el efecto de la actividad externa. Al separar de la legislación jurídica a la moral no degrada a ésta, pues no persigue despojar la moralidad del derecho, pero ese derecho tiene que servir a la moralidad. Ambos, moral y derecho, se manifiestan mediante juicios normativos en las relaciones contingentes que intervienen en la libertad. Por eso, las de la naturaleza son ciencias del ser, y la moral y el derecho son ciencias del deber ser.

El pensamiento kantiano diferencia con claridad los juicios normativos de la moral y los del derecho:

Los de la moral son categóricos: debido a que son la voz imperiosa de la conciencia, que exige al sujeto el cumplimiento de tal o cual acción, aunque la libertad humana pueda desobedecer a ese mandato.

Los del derecho son hipotéticos: porque su cumplimiento es motivado por la coerción de parte del Estado.

La moral no sólo se realiza en la conciencia, se manifiesta en las acciones y en la realidad ética externa. El derecho no puede reducirse a una práctica completamente externa, privada de intencionalidad, porque su realidad ética implica una intimidad.

La moral comprende también la acción, pero consiste principalmente en la intención; el derecho se extiende hasta la intención, pero se refiere al obrar. Ambos son ramas de la ética y no pueden estar en contradicción con su origen y prescindir de la acción o de la intención. Por su parte, John Rawls sostiene que:

La injusticia de una ley no es, por lo general, razón suficiente para no cumplirla, como tampoco la validez legal de la legislación es razón suficiente para seguir con ella. Cuando la estructura básica de la sociedad es razonablemente justa, hemos de reconocer que las leyes injustas son obligatorias siempre y cuando no excedan ciertos límites de injusticia.⁷

Esta separación entre el orden jurídico y las exigencias éticas de justicia permeó el ámbito jurídico y académico a comienzos del siglo XX, y se deterioró paulatinamente hasta la década de los setenta. Para Recasens Siches, el positivismo no sólo se colapsó, sino que se derrumbó y se sepultó en los países civilizados del mundo libre, renaciendo las tesis iusnaturalistas.⁸ Fue así que las nuevas constituciones de los países civilizados del mundo libre no titubearon en volver a hablar de los derechos naturales del hombre, como lo vemos en la Carta de las Naciones Unidas, la cual menciona siete veces los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona, la igualdad de derechos de hombres y mujeres, las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión. A la Carta de San Francisco de 1948, a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a ésta siguió una serie de declaraciones especificadoras y de proyectos de convenios internacionales para hacer efectivos los derechos del hombre, documentos emitidos por el Consejo de Europa y por la Organización de los Estados Americanos (OEA).

⁷ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, p. 321, disponible en <https://es.scribd.com/doc/268108007/Teoria-de-La-Justicia-john-Rawls-Libro-Completo-PDF>

⁸ Recasens Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, p. 336, disponible en <https://es.scribd.com/doc/106523799/Introduccion-Al-Estudio-Del-Derecho-Luis-Recasens-Siches>

4. RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

Las relaciones entre el derecho y la moral existen con afinidades terminológicas y conceptuales, donde derechos y deberes, licitud e ilicitud, responsabilidad, libertad, igualdad y normas jurídicas coinciden en cuanto a su contenido con normas morales. Ocurre con algunas normas que integran, por ejemplo, el Código Penal mexicano, o con las que enuncian los principios básicos de la legislación civil.

El propio derecho positivo incide en la moral social; prueba de esto es el aborto en 2008, que sufre una modificación legislativa en donde las conductas abortivas eran tenidas como delito y ahora son jurídicamente lícitas. Eso influye en las opiniones morales de la gente, de manera que aumenta el número de quienes consideran moralmente lícitas esas conductas.

La relación derecho-moral es una constante en la historia del pensamiento jurídico. Quienes rehúyen esta idea hacen de su positivismo jurídico una nueva moral, y de la ley la fuente o criterio de moralidad, dado que los legisladores y jueces son inevitablemente sujetos morales. Éstos tendrán que enfrentarse tarde o temprano con problemas morales, de conciencia, al menos cada vez que tienen que aplicar normas que consideran injustas, y aunque se diga que determinar lo último no le corresponde al juez sino a los legisladores, por extraño que parezca, sigue siendo una respuesta moral.

Las normas son obedecidas por motivos diversos, por conveniencia, por comodidad, por miedo al castigo; mientras la justicia no sea considerada como ingrediente necesario del derecho, tampoco lo será la obediencia a sus normas.

¿Cuándo estamos obligados a obedecer esas normas que consideramos que son moralmente justas sólo porque forman parte de un sistema jurídico? El derecho tiene como objeto las relaciones entre los hombres; y, por el contrario, la moral valora y califica una acción jurídica como buena para la vida en comunidad, mediante la valoración moral. Algunos sostienen que el derecho es un mínimo ético necesario para la vida en sociedad, porque un derecho sin moral no sería derecho.

La relación entre moral y derecho se estructura en torno a la cuestión del papel que se atribuye a la razón en la forma de concebir la moral; a su vez, la forma de conocer el derecho depende de la manera de entender la moral y el derecho por separado y de la forma en que se comprende la relación, real y deseable, entre una y otro. La concepción que se tenga de la moral tendrá mucho

que ver con la manera de ver esta relación. Cuanto más irracional, subjetiva, autónoma y puramente interior sea la moral, más alejada estará del derecho.

No hay nada de contradictorio ni de moralmente reprobable en considerar que una conducta pueda ser inmoral y políticamente peligrosa, y no por ello debe estar jurídicamente prohibida, porque el derecho no sanciona ni todo lo inmoral ni todo lo indecoroso. Buena razón en favor de esto es que una de las condiciones para utilizar con éxito el derecho como instrumento para promover la justicia consiste en ser consciente de sus límites; y uno de ellos es que “el derecho nunca podrá sustituir a la moral”. De separar el derecho de la moral, se desprenden consecuencias muy especiales.

Una de ellas consistirá en que los autores iuspositivistas tienen que replantear el problema de la obediencia al derecho, pues algunos ni siquiera lo sugieren, ya que consideran imposible hablar racionalmente acerca de la justicia. La obediencia o desobediencia al derecho sólo es un hecho a constatar, pero no hay nada que pueda decirse con relación a, si tenemos o no la obligación moral, sin considerar la obligación jurídica, de cumplir esas normas.

De poco sirve a los Estados y las organizaciones la creación de nuevas leyes, si una gran parte de ciudadanos no piensa en aceptarlas o acatarlas, si no se dispone de medios y procedimientos que mantengan impunemente sus propios intereses personales o de grupo. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, después de que en los considerandos se enaltece la dignidad humana, en el preámbulo se encuentra la tesis que sobre este asunto del derecho y la moral avalan lo que está demandando reconocer que: “los deberes de orden jurídico presuponen otros de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan”.⁹

Se habla de normas jurídicas, deber ser jurídico, validez jurídica y deberes jurídicos, cuando el imperativo jurídico ha sido investido en la propia conciencia, de la fuerza moral de obligar. El derecho y la moral en el contenido de sus exigencias coinciden sólo en parte y casualmente entre ambos dominios de normas en que la moral es, por un lado, fin del derecho y, por otro, fundamento de su validez obligatoria.

El derecho es un concepto de la cultura, la ética un concepto del valor. Se comparan dos conceptos de valor: “justicia y ética” y dos conceptos de cultura: “derecho y moralidad”. El valor jurídico es un valor de la conducta para

⁹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

otros, y el valor moral es el valor de una conducta en absoluto. Esas relaciones humano-sociales conforman la conducta consciente y libre del hombre que se regulan por un conjunto de normas reguladoras de tal conducta, y estas son de naturaleza moral.

El derecho, como sistema de normas, regula la conducta consciente y libre del hombre, sin desconocer su responsabilidad histórica. Su fin último es de naturaleza moral; ésta exige que exista el derecho desde el punto de vista normativo. La forma que por exigencia de su propia naturaleza debe tomar la moral para regular los aspectos externos de la conducta del hombre en la convivencia social es el derecho, porque así como es inmoral pretender regular u ordenar la convivencia social sin normas jurídicas, es antijurídico pretender que el derecho conserve su esencia y finalidad si se le niega la calidad moral, pues un derecho sin calidad moral sería un conjunto de normas procedentes de la naturaleza irracional, porque al derecho no le corresponde establecer como obligatorios niveles máximos de moral, ni puede prohibir todo lo inmoral ni todo lo que se considere indecoroso.

Éste debe tratar de promover y defender niveles mínimos de moralidad en la vida social, porque reconoce la existencia y la obligatoriedad de la moral que rebasa las autolimitaciones jurídicas, porque un deber jurídico subsiste aun cuando la moral emita un juicio negativo sobre él. Además, nadie puede negar que el derecho es necesario, pero no suficiente para promover y garantizar la plenitud de bienes morales exigidos por la naturaleza humana. Es por eso que la moral será el alimento del cual se nutre el derecho que, de no ser moral, no será verdaderamente derecho.

Ahora bien, de acuerdo con el pensamiento de Ronald Dworkin, la diferencia no resulta ser cosa de certidumbre, sino de oportunidad.

Los derechos legislativos deben esperar su turno: en una democracia, los caprichos de la política determinarán qué derechos legislativos se rescatarán y cuándo. Los derechos legales están sometidos a diversos caprichos, pero en principio dan a cada uno de los miembros de la comunidad la legitimación para obtener lo que piden mediante procesos a los que tienen un acceso directo. Los derechos legislativos, aun cuando se los reconozca, no tienen vigencia inmediata; los derechos legales, una vez reconocidos, son inmediatamente aplicables, a pedido, por medio de instituciones judicativas antes que legislativas.¹⁰

¹⁰ Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014, p. 492.

Con base en este pensamiento, el positivismo jurídico sostiene que esos hechos o conductas históricas son exclusivamente decisivos a la hora de decidir cuáles son los derechos legales que tiene la gente.

Esto lo podemos visualizar con más claridad con un emblemático caso llevado a juicio en Estados Unidos de Norteamérica, conocido como *Backpage.com*, principal foro de internet para anuncios de prostitución, trata y tráfico de menores, el cual tiene diversas acusaciones federales por al menos 93 cargos.¹¹

[...] Backpage has earned hundreds of millions of dollars from facilitating prostitution and sex trafficking, placing profits over the well-being and safety of the many thousands of women and children who were victimized by its practices”, said First Assistant U.S. Attorney Elizabeth A. Strange. “It is appropriate that Backpage is now facing criminal charges in Arizona, where the company was founded, and I applaud the tremendous efforts of the agents who contributed to last Friday’s enforcement action and who assisted in obtaining the indictment in this case. Some of the internal emails and company documents described in the indictment are shocking in their callousness.¹²

Este sitio web ya no servirá como una plataforma para que prosperen los traficantes de personas, y aquellos que fueron cómplices en su uso para explotar a seres humanos para obtener ganancias monetarias serán considerados responsables de sus acciones atroces. Esto después de más de ocho años de litigios en los que Backpage.com se había mantenido mediante sobornos y se había apegado a la quinta enmienda para conservar este comercio ilegal, a pesar de las muchas demandas en contra de los responsables por proveer

¹¹ Al ingresar al sitio web de Backpage.com se despliega una página del Departamento de Justicia de Estados Unidos que anuncia la confiscación de esta página después de largos litigios para sacarla del mercado y llevar a la justicia a los responsables. *U.S. Department of Justice 950 Pennsylvania Avenue, NW Washington, DC 20530-0001*. Para mayor referencia: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-leads-effort-seize-backpagecom-internet-s-leading-forum-prostitution-ads>

¹² Traducción ofrecida por la autora: “Backpage ha ganado cientos de millones de dólares al facilitar la prostitución y el tráfico sexual, colocando las ganancias sobre el bienestar y la seguridad de los muchos miles de mujeres y niños que fueron víctimas de sus prácticas”, dijo la primera fiscal federal adjunta Elizabeth A. Strange. “Es apropiado que Backpage esté enfrentando cargos criminales en Arizona, donde se fundó la compañía, y aplaudo los enormes esfuerzos de los agentes que contribuyeron a la acción de ejecución el pasado viernes y que ayudaron a obtener la acusación formal en este caso. Algunos de los correos electrónicos internos y documentos de la empresa descritos en la acusación son impactantes en su insensibilidad”.

alojamiento a miles de proxenetas de 88 países que intervenían en este tráfico humano.

Las acusaciones de esta magnitud son preocupantes cuando se observan las distintas capas de corrupción y explotación que ocurrieron en varios países, no sólo en Estados Unidos de Norteamérica. Los autores intelectuales detrás de Backpage además de alegar haber cometido numerosas cantidades de delitos financieros como lavado de dinero, lo hicieron a costa de mujeres y niños inocentes. Este tipo de investigaciones es más desafiante por el uso de la moneda virtual, la banca extraterritorial y el anonimato de internet, en el que se escondieron por casi una década.

Este caso es un claro ejemplo de todo lo que en materia de derecho y moral se ha venido hablado. El derecho comercial y el derecho a la libre determinación frenan y obstaculizan los derechos humanos en contraposición, cuando llevados a juicio los responsables de facilitar el comercio humano, las madres y las víctimas rescatadas de estos delitos ofensivos (no sólo a la moral, sino a la dignidad humana) no encontraron justicia en el derecho y las leyes anglosajonas del norte de América.

Estos delincuentes hallaron libertades para operar, ante la corrupción y la falsa moral de muchos de sus juzgadores, quienes justificaron de muchas formas legales las acciones de los propietarios de esta compañía, que dejó ganancias millonarias¹³ que, como Dworkin mencionó: “Los derechos legales están sometidos a diversos caprichos, pero en principio dan a cada uno de los miembros de la comunidad la legitimación para obtener lo que piden mediante procesos a los que tienen un acceso directo”.

III. CONCLUSIÓN

Tocar el tema del Derecho y la Moral a lo largo de los diferentes pensamientos históricos, me recordó un concepto muy especial de Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, quien menciona en su *Tratado de los delitos y de las penas*¹⁴ (1764), que en los conceptos relativos a la clasificación de los delitos se contemplan diversas violencias, y lo que ahí se considera son los manantiales de los que se

¹³ Para conocer más sobre este emblemático caso y los testimonios reales de víctimas de este sitio web, véase la producción documental dirigida por Jessica Chastain, *I am Jane Doe*.

¹⁴ Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1

derivan los principios morales y políticos que regulan a los hombres en una sociedad, donde los límites pueden ejercitarse legítimamente entre hombre y hombre.

Beccaria sostiene que la historia enseña que las leyes y los pactos fueron considerados así por hombres libres, pero que en la realidad son pactos casuales de una necesidad pasajera de las pasiones de unos pocos. Dice que los hombres libres, siendo independientes y viviendo aislados, decidieron unirse en sociedad con fines comunes, para gozar de paz, tranquilidad y seguridad, algo escaso desde aquel entonces, toda vez que vivían en un estado continuo de guerras y supervivencia.

En favor de esa paz, tranquilidad y seguridad, fue que sacrificaron y cedieron parte de esa libertad de la que gozaban a la soberanía de la nación, siendo ésta la administradora y depositaria legítima. Sin embargo, fue necesario no sólo depositarla, sino garantizar su defensa en contra de la usurpación de los hombres individualistas que pretendieran hacer mal uso de ella, es decir, la usurpación de las libertades ajenas, con las que, con fuertes ímpetus parciales, se oponen al bien común universal.

La sociedad en conjunto goza por tanto del derecho a defenderse, el cual se debe ejercitar con medidas proporcionales a los delitos cometidos (principio de la proporcionalidad de la pena). En un segundo principio se establecería que ningún hombre puede disponer de la vida de otro; pese a estas normas humanas, la realidad muestra con crudeza que esa pequeña frase (“la usurpación de las libertades ajenas”) es justamente lo que nos mantiene hoy en esta encrucijada.

Aquellos individualistas se alían para usurpar de común acuerdo las libertades de grupos vulnerables en nuestro país, al igual que en un mundo globalizado por las ganancias económicas, que representa para unos pocos la cosificación de los derechos humanos y la arbitraria imposición de la dominación del hombre por el hombre, que desvaloriza a la raza humana para convertirla en un trapo de inmundicia.

En ese señalamiento se ilustra la disposición de advertir que los individuos, en aras de conseguir seguridad y tranquilidad, ceden su libertad a un bien que consideran común; sin embargo, otros individuos que se benefician de estos pactos pueden no respetarlos por las razones contrarias a las que los unieron.

Por ejemplo, existen países donde moral y religión están por encima de la razón, y es preciso contar con alta moral y sentido religioso para dirigir ese país, y desechar a quien no esté de acuerdo en ello.

Existen países como México en los que, si bien el bagaje jurídico y gubernamental es laico, todo el país, incluyendo a muchos de sus juzgadores, se sujetan a las reglas morales que la religión les imponga, determinando sus decisiones basadas en ellas, o incluso a falta de fe religiosa y con inmoralidad juzgan los asuntos que les son encomendados.

Si bien los derechos fundamentales se basan en los mínimos aceptables de la dignidad humana, lo cierto es que en gran medida los individuos ni se sujetan totalmente a las leyes, ni se sujetan totalmente a su moralidad para vivir y juzgar conforme a esos mismos principios, sino que convenientemente, en su libre derecho a decidir en qué momento pueden cambiar de opinión, en tanto se corrompen los lazos morales o su rigidez legal, afectan los derechos de los individuos que cedieron las libertades de las que gozaban para que la soberanía de la nación les garantizara su defensa en contra de la usurpación de los hombres, que en su derecho también a elegir con su libre albedrío, sujetarse o no a las normas, hicieron mal uso de ese derecho a elegir la usurpación de las libertades ajenas, con las que se oponen al bien común universal.

Éste es el caso del sitio web Backpage.com¹⁵ a través del cual es posible visualizar un claro ejemplo de hombres sujetos a sus ambiciones económicas que pasaron por encima de los derechos de los menores, de las víctimas de tráfico, que lavaron dinero y que recogieron copiosas ganancias millonarias a costa del sufrimiento de muchas mujeres, niñas y niños víctimas del tráfico y comercio sexual al que fueron sometidos, y que las propias autoridades de su país tardaron casi una década para poder combatirlos en los tribunales, en donde la moral y el derecho son fácilmente corruptibles a conveniencia del mejor postor.

Claramente se evidencia que la razón para obrar o dejar de hacerlo con justificación en las leyes o en la moral no es garantía de justicia ni en ese entonces ni hoy en día. Hombres libres sujetos a los violentos actos de su entorno, tampoco está muy distante de lo que en la actualidad se vive en los diferentes Estados del mundo, como actualmente es la esclavitud contemporánea.

¹⁵ Caso llevado ante la Justicia en el Distrito de Arizona, USA. *Case 2:18-cr-00422-SPL Document 3 Filed 03/28/18.*

Se usurpan y se corrompen las leyes, la moral, el derecho y los actos quedan impunes ante la falta de compromiso de cumplimiento de los acuerdos que, entre hombre y hombre, entre nación y nación se firman, incluso ante un tratado internacional. ¿Cómo hablar de seguridad y libertad, de justicia y de honor, si los propios hombres corrompen su ser ante la usurpación de esas libertades que les son ajenas? Benito Juárez en su momento lo condensó en la frase “el respeto al derecho ajeno es la paz” y mientras ese respeto al cumplimiento de los acuerdos estrechados entre hombres libres se vea mermado, la justicia, la libertad y la seguridad no podrán ser materializadas en su totalidad.

IV. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014.

Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald C. (comps.), “Los derechos personales y el espacio público”, en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.

ELECTRÓNICAS

Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1

Constitución Española de 1978, disponible en: http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Ley Fundamental de la República Federal Alemana, del 23 de mayo de 1949, disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, disponible en <https://es.scribd.com/doc/268108007/Teoria-de-La-Justicia-john-Rawls-Libro-Completo-PDF>

Recasens Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, disponible en <https://es.scribd.com/doc/106523799/Introduccion-Al-Estudio-Del-Derecho-Luis-Recasens-Siches>

EL AMPARO DIRECTO COMO RECURSO JUDICIAL EFECTIVO EN MATERIA PENAL

THE AMPARO DIRECTO AS AN EFFECTIVE JUDICIAL APPEAL IN CRIMINAL PROCEDURE

JOSÉ FRANCISCO NIETO ALCALÁ*

RESUMEN: El juicio de amparo reúne los requisitos del recurso judicial efectivo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El amparo directo funciona como un recurso para verificar el cumplimiento al debido proceso legal en el procedimiento penal establecido en la Constitución y en la Ley de Amparo. La injustificada limitación a la eficacia del amparo directo en el procedimiento penal va en contra de los principios constitucionales y convencionales, por eso, cuando un argumento sobre la violación a derechos humanos es rechazado en el amparo directo, se puede incurrir en la violación a los artículos 1 y 25 de la Convención, al poner en riesgo su eficacia protectora.

PALABRAS CLAVE: *Amparo directo; recurso judicial efectivo; procedimiento penal.*

ABSTRACT: The trial of amparo fulfills the effective judicial appeal referred in the Article 25.1 of the American Human Rights Convention. The *amparo directo* works as a recourse to review the due process in the criminal procedure as it is being established in the Mexican Constitution and in the Law of Amparo. Unjustified limitation of the effectiveness of the *amparo directo* in criminal proceedings is against constitutional and conventional principles, so when a human rights violation argument is rejected in amparo directo, it may produce the violation of Articles 1 and 25 of the American Convention, by reason of its failure to effectively provide protection.

KEYWORDS: *Amparo directo; effective recourse; criminal procedure.*

Fecha de recepción: 12/07/2018.

Fecha de aceptación: 28/09/2018.

* Secretario del Segundo Tribunal Colegiado en el Estado de México, con residencia en Nezahualcóyotl. Maestro en Derecho Procesal Constitucional.

EL AMPARO DIRECTO COMO RECURSO JUDICIAL EFECTIVO EN MATERIA PENAL
JOSÉ FRANCISCO NIETO ALCALÁ

SUMARIO: I. Derechos humanos en el procedimiento penal. II. El amparo directo como garantía constitucional. III. El amparo directo como recurso judicial efectivo. IV. Eficacia del amparo directo para reparar violaciones a derechos humanos en el procedimiento penal. V. Referencias.

I. DERECHOS HUMANOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

En atención al orden y a la jerarquía en el sistema jurídico mexicano, se analizarán las disposiciones de rango constitucional involucradas en el procedimiento penal acusatorio.

Para ello, es conveniente destacar que en el texto constitucional se encuentran diversos artículos que reconocen derechos humanos involucrados durante el desarrollo de los procedimientos jurisdiccionales establecidos para resolver controversias, que pueden dividirse, para los efectos aquí pretendidos, en la tradicional dicotomía derechos sustantivos y adjetivos, los primeros relacionados con el fondo y los segundos con la forma.

Precisamente, en los segundos se encuentran los principios y las reglas procesales establecidas para regir la actividad de los órganos que intervienen en todo tipo de procesos y procedimientos para resolver conflictos, lo que para alguna parte de la doctrina constituye la materia de estudio del Derecho Procesal Constitucional.¹ Principalmente me refiero a las reglas de acceso a la jurisdicción, debido proceso, legalidad de las resoluciones judiciales y tutela judicial efectiva, en todas las materias.

Cabe destacar que el concepto del debido proceso ha evolucionado, desde su consolidación como un instrumento para garantizar la tutela de los derechos de los justiciables en materia penal, pasando por su internacionalización en las constituciones contemporáneas, hasta la incorporación del concepto de tutela judicial efectiva. De tal manera que en la actualidad debe estimarse como una institución sumamente compleja, que no puede definirse en forma precisa.²

En este aspecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado la tesis:

¹ Sobre este aspecto se encuentra, entre otros, el estudio realizado por Eduardo Ferrer MacGregor, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, México, 2014, pp. 133-137.

² Fix-Zamudio, Héctor, *Héctor Fix-Zamudio en la Memoria de El Colegio Nacional*, El Colegio Nacional, México, 2012, t. 2, pp. 531-534.

DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO. ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN. El artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce el derecho humano al debido proceso al establecer que 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. Ahora bien, este derecho ha sido un elemento de interpretación constante y progresiva en la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, del que cabe realizar un recuento de sus elementos integrantes hasta la actualidad en dos vertientes: 1) la referida a las formalidades esenciales del procedimiento, la que, a su vez, puede observarse a partir de dos perspectivas, esto es: a) desde quien es sujeto pasivo en el procedimiento y puede sufrir un acto privativo, en cuyo caso adquieren valor aplicativo las citadas formalidades referidas a la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias, el derecho a alegar y a ofrecer pruebas, así como la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas y, b) desde quien insta la función jurisdiccional para reivindicar un derecho como sujeto activo, desde la cual se protege que las partes tengan una posibilidad efectiva e igual de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones, dimensión ligada estrechamente con el derecho de acceso a la justicia; y, 2) por la que se enlistan determinados bienes sustantivos constitucionalmente protegidos, mediante las formalidades esenciales del procedimiento, como son: la libertad, las propiedades, y las posesiones o los derechos. De ahí que previo a evaluar si existe una vulneración al derecho al debido proceso, es necesario identificar la modalidad en la que se ubica el reclamo respectivo.³

En materia penal se encuentran los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 38 constitucionales. Es importante mencionar que en estos preceptos no sólo se hace referencia a reglas de procedimiento, sino también a derechos sustantivos, como la vida, la libertad personal, el derecho a no ser víctimas de tortura y malos tratos, etcétera.

Entonces, estas disposiciones adjetivas tienen ese nombre por ser instrumentales, es decir, el medio a través del cual se limita el ejercicio del poder público frente a los derechos de los ciudadanos. De esta forma, el artículo 14 constitucional da los parámetros mínimos del debido proceso para la privación de un derecho, el artículo 16 los requisitos y supuestos de limitación a la

³ Tesis 1a. IV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 2, t. II, enero de 2014, p. 1112.

libertad personal e inviolabilidad del domicilio en el ámbito administrativo, y el mismo artículo 16 en sintonía con el 18, 19, 20, 21 y 22 en lo relativo a la afectación a esos derechos en el ámbito penal.

Además, con referencia al principio de interdependencia de los derechos humanos, las relaciones que surgen entre todas estas disposiciones constitucionales se vuelve compleja, de tal forma que entre todas se establecen conexiones que pueden ser simples y directas o complejas e indirectas.

Me refiero específicamente al artículo 20 constitucional, dividido en tres apartados en los que se contienen tanto disposiciones relativas a derechos humanos, como a principios y reglas del procedimiento penal. Entre estas últimas, en el primer párrafo se establece que el proceso penal será acusatorio y oral, que se rige por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; además, en el apartado A, se instituyen otros principios generales sobre la forma en que debe desarrollarse el proceso; se destaca que los fines del proceso penal son el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. En cambio, en los apartados B y C se reconocen los derechos del imputado y de la víctima.

Aquí conviene hacer una distinción, consistente en que los principios relativos a derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, en ella encuentran su fuente y fundamento la vida, la libertad personal, de expresión, etcétera; mientras que los principios de procedimiento son en realidad reglas en sentido estricto, para respetar esos derechos inherentes a la dignidad humana durante la resolución de conflictos y, en materia penal, para legitimar el ejercicio de la potestad punitiva estatal en la imposición de una pena mediante un juicio justo.⁴

A modo de ejemplo, el principio de presunción de inocencia reconocido en la fracción I del apartado B, está correlacionado con los principios generales del proceso penal establecidos en la fracción V del apartado A, conforme al cual la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora y, en la fracción VIII, conforme a la cual el juez sólo condenará cuando exista convicción plena de la culpabilidad del procesado.

⁴ Luigi Ferrajoli se refiere a las garantías procesales y orgánicas que valen para limitar y minimizar el poder punitivo estatal. Véase *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, Trotta, Madrid, 2018, pp. 28-31.

De igual forma, los principios procesales de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación tienen como fin precisamente que las partes puedan ejercer sus derechos durante el proceso.

Por esta razón, se establecen excepciones a esos principios en función del respeto a los derechos humanos del imputado o de la víctima, como en el caso del principio de publicidad cuando deban protegerse datos de la víctima y, en cuanto a la duración del proceso, cuando se requiera más tiempo para la defensa del imputado.

Por todo lo anterior, los principios inherentes a la dignidad humana no son ponderables con los principios procesales que rigen determinado juicio, como el penal, civil, laboral, etcétera; pues son de naturaleza y rango diverso, dado que unos sí son verdaderos principios, mientras que los otros son reglas de procedimiento.⁵

Es más, los principios procesales existen en la medida en que las normas que lo rigen los instauran para determinado tipo de procedimiento, como la oralidad, inmediación o publicidad, que no estaban presentes en los procedimientos de carácter inquisitivo. En cambio, los derechos humanos no dejan de serlo ni desaparecen cuando se trata de un procedimiento escrito.

De la misma manera no se podría considerar que surja un conflicto o antinomia entre las garantías primarias y las garantías secundarias clasificadas por Ferrajoli,⁶ pues ambas tienen como fin la protección de los derechos humanos. En todo caso, se tendría que decidir cuál es la más eficaz para lograr el fin buscado en un caso concreto.

II. EL AMPARO DIRECTO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

El concepto de garantía constitucional ha evolucionado desde su primera acepción identificada como un sinónimo de derechos humanos, a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, hasta llegar al concepto actual que las entiende como los medios jurídicos de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando éste ha sido desconocido o violado.⁷

⁵ Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2016, p. 18.

⁶ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 24-27.

⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, pp. 241-247.

El juicio de amparo, por mucho, ha sido el medio para la protección de los derechos humanos cuando son desconocidos o violados por (casi) cualquier autoridad,⁸ incluso ahora por particulares que actúan como autoridad; de ahí que se le consideró como la garantía constitucional por excelencia y como la única, hasta antes de las reformas constitucionales de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Así, dependiendo del acto que se pretende reclamar como violatorio de derechos humanos, será la vía en la que debe promoverse el juicio de amparo: contra leyes y actos de las autoridades en general, por medio del juicio de amparo indirecto; contra resoluciones que pongan fin a juicio, por medio del amparo directo.

Por eso, el amparo directo se constituye como la garantía constitucional en materia judicial que tiene como fin la reparación de las violaciones de derechos humanos que se hayan cometido durante un procedimiento del tipo jurisdiccional y que hayan trascendido a la sentencia o resolución que le puso fin.

Dentro de esos derechos que pueden ser violados como parte de la instrumentación de un procedimiento jurisdiccional y que trascienden a la resolución que pone fin al juicio, se encuentran aquellos mencionados como objeto de estudio del Derecho Procesal Constitucional, pero principalmente los derechos humanos relativos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

En este sentido, se encuentra la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice:

DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Dentro de las garantías del debido proceso existe un “núcleo duro”, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al “núcleo duro”, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en

⁸ En materia electoral, existen otros medios de protección especializados, como el juicio para la defensa de los derechos políticos y electorales de los ciudadanos.

la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO”, sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.⁹

Así como la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice:

DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN. De los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deriva el derecho de acceso efectivo a la justicia, el cual comprende, en adición a determinados factores socioeconómicos y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y los mecanismos de tutela no jurisdiccional que también deben

⁹ Tesis 1a./J. 11/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 3, t. I, febrero de 2014, p. 396.

ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente. Ahora bien, en la jurisprudencia 1a./J. 42/2007, de rubro: “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES”, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió el acceso a la tutela jurisdiccional como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute tal decisión; de ahí que este derecho comprenda tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que concierne el derecho al debido proceso; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas. Ahora, los derechos mencionados alcanzan no solamente a los procedimientos ventilados ante Jueces y tribunales del Poder Judicial, sino también a todos aquellos seguidos ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones, realicen funciones materialmente jurisdiccionales.¹⁰

El artículo 107 constitucional, en la fracción III establece las reglas relativas al amparo directo y específicamente en el inciso a), determina la procedencia del amparo contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin a juicio, ya sea que la violación se cometa en ellos o durante el procedimiento, que afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo. Además, deberán hacerse valer las violaciones a las leyes del procedimiento al reclamarse la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, siempre y cuando se hayan impugnado durante la tramitación del juicio de origen, salvo que se trate de actos que afecten derechos de menores o incapaces, relativos al estado civil, al orden o estabilidad de la familia o en materia penal cuando el quejoso sea el sentenciado.

En congruencia con lo anterior, la Ley de Amparo retoma esas reglas en los artículos 170 y 171, detallando además en los numerales 172 y 173, cuáles son las violaciones a las leyes al procedimiento que se pueden plantear en diversas materias, mientras que en el artículo 174, expresamente se obliga al tribunal

¹⁰ Tesis 1a./J. 103/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 48, t. I, noviembre de 2017, p. 151.

colegiado a “decidir respecto de todas las violaciones procesales que se hicieron valer y aquellas que, en su caso advierta en suplencia de la queja”.

En este sentido, se articula la tesis de jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice:

VIOLACIONES PROCESALES. EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO QUE CONOZCA DEL JUICIO DE AMPARO DIRECTO, ESTÁ OBLIGADO A PRONUNCIARSE SOBRE TODAS LAS QUE HAGAN VALER LAS PARTES O LAS QUE, CUANDO ELLO PROCEDA, ADVIERTA EN SUPLENCIA DE LA QUEJA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 4 DE OCTUBRE DE 2011). Del artículo 107, fracción III, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 6 de junio de 2011, así como del proceso legislativo que le dio origen, se sigue que el juicio de amparo directo se rige por el principio de concentración, acorde al cual el Tribunal Colegiado de Circuito debe procurar resolver el asunto en su integridad, conforme a la lógica y a las reglas fundamentales que norman el procedimiento, lo que implica pronunciarse sobre todas las violaciones procesales que se hagan valer y las que advierta en suplencia de la queja, cuando ello proceda, así como de las violaciones cometidas en la sentencia, laudo o resolución reclamada, a fin de evitar dilaciones innecesarias en la resolución definitiva de la controversia. En ese tenor, la circunstancia de que el órgano jurisdiccional que conozca del juicio constitucional advierta que la resolución impugnada adolece de un vicio formal, no le impide analizar las violaciones procesales que pudieran trascender a su sentido, al encontrarse obligado a ello ya que, aun cuando determine su existencia, válidamente puede destacar la violación formal advertida, a fin de evitar que la autoridad responsable incurra de nueva cuenta en ella, al emitir la resolución que corresponda en cumplimiento a la ejecutoria de amparo.¹¹

Cabe destacar que esa función del amparo directo no es nueva, sino que, precisamente, esa fue la intención de incorporar en amparo la posibilidad de analizar por la instancia constitucional, la legalidad de las sentencias dictadas por los juzgadores locales, incluyendo la legalidad del procedimiento. Por eso desde entonces se le conoce como amparo judicial, que ha sido el sector cuantitativamente más importante del amparo, que cumple las funciones del recurso de casación federal,¹² pues, por medio de éste, es posible la impugnación de

¹¹ Tesis 2a./J. 57/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 7, t. I, junio de 2014, p. 813.

¹² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, pp. 262-263.

todas las resoluciones judiciales, así como alegar violaciones procesales que sólo tengan efectos dentro del propio proceso, conocidas como violaciones *in procedendo*, además de las violaciones cometidas en las sentencias o resoluciones que pongan fin a esos juicios, también conocidas como violaciones *in iudicando*.

Así, se encuentra la jurisprudencia de la Octava Época de la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice:

AMPARO DIRECTO. CUANDO PROCEDE RESPECTO DE VIOLACIONES PROCEDIMENTALES. Si la violación al procedimiento se encuentra en alguna de las fracciones I a X del artículo 159 de la Ley de Amparo, o si se trata de un caso análogo a los que en ellas se contemplan en los términos de la fracción XI del propio precepto, la correcta interpretación de dicho artículo debe hacerse a la luz del artículo 107 constitucional y en relación con el artículo 158 de su ley reglamentaria ya mencionada. En efecto, hay que tener presente que la regla general para la procedencia del amparo directo tratándose de violaciones a las leyes del procedimiento, consiste en que las mismas son impugnables si se cometieron durante la secuela del mismo, siempre que afecten las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo. Por eso, cuando en una demanda de garantías se reclama una violación procesal, los Tribunales Colegiados deben examinar si se cumplen los requisitos previstos en la regla general apuntada. Y si se cumplen tales requisitos, el amparo directo debe considerarse procedente para hacer valer dicha violación procesal. Ahora bien, el artículo 159 de la Ley de Amparo hace una enumeración ejemplificativa, de diversos casos en los que se considera que se violan las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso. Por tanto, por lo que dispone la fracción XI del artículo 159, como por el texto y el sentido del artículo 107 constitucional y del artículo 158 de la propia Ley de Amparo, no puede interpretarse limitativamente el referido artículo 159, sosteniendo que sólo en esos casos se dan los supuestos de procedencia del amparo directo, por lo que se refiere a las violaciones procesales, sino que debe concluirse que en todos aquellos casos semejantes, por su gravedad y por sus consecuencias a los allí mencionados, procede hacer valer el amparo directo para combatir la violación, con la finalidad de que siempre se cumpla la regla general, lo que debe calificarse por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Tribunales Colegiados de Circuito, en su caso, atendiendo a las actuaciones procesales y a sus efectos, según aparezcan en autos.¹³

¹³ Tesis 3a. 41, *Semanario Judicial de la Federación*, t. IV, julio-diciembre de 1989, p. 278.

Criterio que fue reiterado y adaptado a la materia penal, que fue evolucionando con las reformas al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de septiembre de 1993 y el 3 de julio de 1996, para así llegar a la Novena Época, en que se determinó en la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que es procedente que en amparo directo se analicen como violaciones al procedimiento las cometidas en la averiguación previa, cuando afecten las “garantías” contenidas en los artículos 14 y 20 constitucionales, en términos del artículo 160, fracción XVII, de la Ley de Amparo, como se advierte en el rubro y texto siguientes:

AMPARO DIRECTO. PROCEDE QUE EN ÉL SE ANALICEN COMO VIOLACIONES AL PROCEDIMIENTO LAS COMETIDAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA, CUANDO AFECTEN LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 20 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 160, FRACCIÓN XVII, DE LA LEY DE AMPARO. Acorde con las reformas al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de septiembre de 1993 y el 3 de julio de 1996, además de ampliar el espectro de la garantía de defensa adecuada que debe operar en todo proceso penal, el Poder Reformador determinó que las garantías contenidas en las fracciones I, V, VII y IX de dicho precepto también se observarían durante la averiguación previa. Por tanto, para efectos de las garantías contenidas en el referido numeral, el juicio de orden penal incluye tanto la fase jurisdiccional (ante el juez) como la previa (ante el Ministerio Público); de ahí que algunas de las garantías antes reservadas para la etapa jurisdiccional, ahora deben observarse en la averiguación previa. En ese sentido, se concluye que es procedente que en el amparo directo se analicen como violaciones al procedimiento las cometidas en la averiguación previa, cuando afecten las garantías contenidas en los artículos 14 y 20 constitucionales, en términos del artículo 160, fracción XVII, de la Ley de Amparo, que establece como violaciones procesales los casos análogos precisados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por los tribunales colegiados de circuito. Así, en tales supuestos pueden ubicarse las violaciones a las garantías observables en la averiguación previa, consistentes en la obtención de pruebas ilícitas, la negativa para facilitar los datos solicitados por la defensa y que consten en el proceso, así como la transgresión a la garantía de defensa adecuada, violaciones que no ameritarían la reposición del procedimiento sino la invalidez de la declaración obtenida en su perjuicio o de la prueba recabada ilegalmente, en atención a que su estudio necesariamente implicaría la interpretación directa de preceptos constitucionales; toda

EL AMPARO DIRECTO COMO RECURSO JUDICIAL EFECTIVO EN MATERIA PENAL
JOSÉ FRANCISCO NIETO ALCALÁ

vez que el indicado artículo 160 tiene como finalidad reparar en el amparo directo las violaciones a las garantías individuales.¹⁴

En la misma inercia de progresividad de los derechos humanos, en la Décima Época se concluyó que la protección del derecho humano al debido proceso la conforman sistemáticamente diversos numerales constitucionales, esto es, el respeto a este derecho se vincula con la observación de los parámetros que la Constitución establece para todas las etapas procedimentales, tal como se constata en la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice:

VIOLACIONES COMETIDAS EN LA DETENCIÓN DEL INCUPLADO CON MOTIVO DE LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL (FLAGRANCIA O CASO URGENTE). ES FACTIBLE SU ANÁLISIS EN AMPARO DIRECTO CUANDO NO HAYAN SIDO ANALIZADAS PREVIAMENTE EN AMPARO INDIRECTO. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 121/2009, sostuvo que en el amparo directo procede analizar como violaciones al procedimiento las cometidas en la averiguación previa cuando afecten los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual no debe interpretarse limitativamente, en la medida en que la protección del derecho humano al debido proceso la conforman sistemáticamente diversos numerales constitucionales, esto es, el respeto a este derecho se vincula con la observación de los parámetros que la Constitución establece para todas las etapas procedimentales. En ese sentido, el catálogo de derechos del detenido, previsto en el artículo 20, apartado A, fracciones I, V, VII y IX, constitucional, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se extiende a todos aquellos actos o diligencias realizados desde la averiguación previa, lo que permite ubicar posibles violaciones en cualquier diligencia de esta etapa. Ahora bien, el artículo 16 de la Carta Magna establece algunas excepciones que implican la restricción a aquellos derechos, entre las cuales se encuentra la privación de la libertad personal, específicamente en las detenciones por flagrancia o caso urgente, derivadas de la existencia de elementos que permiten atribuir a una persona su probable responsabilidad en la comisión de un hecho calificado como delito por las leyes penales; sin embargo, para que dicha excepción sea constitucionalmente válida deben satisfacerse ciertas condiciones de legalidad, lo que implica que el órgano de control

¹⁴ Tesis 1a./J. 121/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 36.

constitucional tiene la obligación de verificar si la detención prolongada por la policía sin poner al detenido a disposición inmediata de la autoridad ministerial o sin cumplir los requisitos constitucionales que justifican la excepción por la flagrancia o el caso urgente, generó elementos de prueba que incumplen con los requisitos de formalidad constitucional que deban declararse ilícitos, o si las diligencias correspondientes se realizaron en condiciones que no permitieron al inculcado ejercer su derecho de defensa adecuada. En esas condiciones, procede analizar en el juicio de amparo directo, en términos del artículo 160, fracción XVII, de la ley de la materia, las violaciones cometidas con motivo de la excepción prevista en el artículo 16 constitucional (flagrancia o caso urgente), que justifican la detención de una persona como probable responsable de la comisión de un delito, pues podrían constituir una transgresión al derecho humano al debido proceso, conforme al cual es necesario el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, a la licitud de las pruebas y al ejercicio de defensa adecuada a que se refieren los artículos 14 y 20 constitucionales, lo que estará condicionado a que no hayan sido analizadas previamente en amparo indirecto.¹⁵

Por eso, válidamente se puede concluir que la materia del juicio de amparo es un litigio constitucional, que se integra por un conflicto de intereses en cuanto a la aplicación de los derechos constitucionalmente establecidos en un determinado procedimiento jurisdiccional. De ahí que el juicio de amparo es materia de estudio del Derecho Procesal Constitucional, como parte de las instituciones que tienen como fin la defensa de la Constitución.

III. EL AMPARO DIRECTO COMO RECURSO JUDICIAL EFECTIVO

El juicio de amparo es el antecedente del recurso previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cual se establece el derecho a un recurso judicial efectivo que “ampare” a toda persona contra actos que violen sus derechos humanos; de ahí que se hable de la expansión del amparo al derecho internacional.¹⁶

¹⁵ Tesis 1a./J. 45/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XXII, t. I, julio de 2013, p. 529.

¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho de amparo*, Porrúa, México, 2011, p. 85.

Además, la regulación actual del amparo lo ubica como ese recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la siguiente tesis de jurisprudencia:

RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. EL JUICIO DE AMPARO CUMPLE CON LAS CARACTERÍSTICAS DE EFICACIA E IDONEIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. De la interpretación del precepto citado, un recurso judicial efectivo es aquel capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido, es decir, debe ser un medio de defensa que puede conducir a un análisis por parte de un tribunal competente para determinar si ha habido o no una violación a los derechos humanos y, en su caso, proporcionar una reparación. En este sentido, el juicio de amparo constituye un recurso judicial efectivo para impugnar la inconstitucionalidad, o incluso la inconveniencia, de una disposición de observancia general, pues permite al órgano jurisdiccional de amparo emprender un análisis para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos de los solicitantes y, en su caso, proporcionar una reparación, lo que se advierte de los artículos 1º, fracción I, 5º, fracción I, párrafo primero, 77 y 107, fracción I, de la Ley de Amparo. Ahora bien, en cuanto a la idoneidad y la razonabilidad del juicio de amparo, la Corte Interamericana reconoció que la existencia y aplicación de causas de admisibilidad de un recurso o un medio de impugnación resultan perfectamente compatibles con el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el entendido de que la efectividad del recurso intentado, se predica cuando una vez cumplidos los requisitos de procedibilidad, el órgano judicial evalúa sus méritos y entonces analiza el fondo de la cuestión efectivamente planteada. En esa misma tesitura, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que la circunstancia de que en el orden jurídico interno se fijen requisitos formales o presupuestos necesarios para que las autoridades de amparo analicen el fondo de los planteamientos propuestos por las partes no constituye, en sí misma, una violación al derecho fundamental a un recurso judicial efectivo; pues dichos requisitos son indispensables y obligatorios para la prosecución y respeto de los derechos de seguridad jurídica y funcionalidad que garantizan el acceso al recurso judicial efectivo.¹⁷

No sólo el amparo indirecto cumple con esa función, sino que el amparo directo también se ajusta a lo establecido en el artículo 25 de la Convención

¹⁷ Tesis 2a./J. 12/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 27, t. I, febrero de 2016, p. 763.

Americana sobre Derechos Humanos, al constituirse como un recurso judicial efectivo que ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

En efecto, atendiendo a la materia del amparo directo, es el medio para reparar las violaciones a los derechos fundamentales, cometidas en perjuicio de una persona durante un proceso jurisdiccional, ya sea en las distintas fases en que se desarrolle o en la propia sentencia o resolución que le puso fin.

En forma reciente la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido las reglas para la diferenciación entre el derecho a una segunda instancia y al recurso judicial efectivo, previstos en los artículos 8.2 h) y 25, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente. Tal como se advierte en la tesis que dice:

TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO A RECURRIR UN FALLO ANTE UNA INSTANCIA SUPERIOR Y EL DE ACCEDER A UN RECURSO ADECUADO Y EFECTIVO. Si bien los derechos mencionados giran en torno al derecho fundamental de tutela jurisdiccional efectiva contenido en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe tenerse presente que dichas prerrogativas son autónomas, con dimensiones y alcances propios que exigen desarrollos interpretativos individualizados que abonen en el entendimiento y configuración del núcleo esencial de cada derecho. Ahora bien, en cuanto al juicio de amparo, la Corte Interamericana ha establecido que éste se encuentra en el ámbito del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, reconociéndolo, por su naturaleza, como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por la Constitución y la Convención citada; el mismo Tribunal Interamericano precisó que el recurso consagrado en el aludido artículo 25 no es el recurso de apelación, el cual está previsto, en el artículo 8.2 h), del mismo tratado. Esta diferencia entre el derecho a la protección judicial y el derecho a la revisión, es de suma relevancia para entender cuándo se está en presencia del derecho a recurrir un fallo ante una instancia superior, en respeto al derecho al debido proceso, y cuándo se está ante la exigencia del derecho a un recurso que ampare derechos fundamentales de fuente nacional o convencional, por tanto, el juicio de amparo debe considerarse como un medio de defensa diseñado para proteger los derechos consagrados en la Constitución y la Convención Americana, y no como un mecanismo de segunda instancia, esto es, un recurso que sirve de margen para la revisión de una decisión en el marco de un proceso.¹⁸

¹⁸ Tesis 1a. CXXXIX/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 47, t. I, octubre de 2017, p. 498.

Esta diferencia es sustancial, porque el amparo directo no se convierte en otra instancia para resolver un juicio, sino que su función es verificar que se haya cumplido con el llamado debido proceso en un juicio en particular, principalmente que no se hayan violado los derechos humanos de las personas que figuraron como parte de la controversia, durante la consecución del procedimiento y en el dictado de la resolución que le puso fin.

Respecto a esta aplicación del recurso judicial efectivo en un procedimiento jurisdiccional en materia penal, destaca el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, en el que se determinó la violación al artículo 25.1 de la Convención, por la falta de consideración por parte de las autoridades de las violaciones al debido proceso denunciadas en diversos escritos a lo largo del proceso penal, así como debido al rechazo de los recursos de revisión interpuestos, pero no por el mero dictado de una decisión desfavorable, sino porque no se realizó un análisis a fin de establecer si había sucedido o no una violación a los derechos humanos, tales como la presunción de inocencia y el derecho a la defensa, de tal forma que los recursos interpuestos no constituyeron un recurso efectivo para remediar las vulneraciones de derechos humanos.¹⁹

IV. EFICACIA DEL AMPARO DIRECTO PARA REPARAR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

Desde la implementación del nuevo sistema de justicia penal en México, se ha planteado el criterio de que en el amparo directo no se deben analizar los argumentos planteados por el quejoso relativos a violaciones procesales ocurridas en etapas anteriores a la del juicio oral, lo que se debe a una indebida extrapolación de los principios procesales que rigen el procedimiento penal para aplicarlos al amparo directo, apoyándose en el control inverso de constitucionalidad, a partir de una interpretación de la Constitución conforme al Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, revirtiendo la jerarquía de las fuentes y mezclando dos procesos con objetos distintos, puesto que el procedimiento penal tiene como finalidad resolver una controversia en esa materia respecto a la comisión de un delito, mientras que el juicio de amparo es un proceso constitucional.

¹⁹ Caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Fondo. Reparaciones y Costas. Párrafos 137 y 138.

Ciertamente, los integrantes de un tribunal colegiado, cuando resuelven un amparo directo no están resolviendo un procedimiento penal ni están dictando una sentencia condenatoria o absolutoria en sustitución de lo resuelto por la autoridad responsable, sino verificando que durante el procedimiento penal y en el dictado de la sentencia reclamada, no se hayan violado los derechos humanos de los quejosos. De ahí que las reglas aplicables al juicio de amparo son precisamente las establecidas en la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Ley de Amparo, no las del código adjetivo penal aplicable.

Además, al dejar fuera del ámbito de pronunciamiento del amparo directo las violaciones a derechos humanos cometidas durante el procedimiento penal, al calificar como inoperantes los conceptos de violación al respecto planteados por los quejosos, se resta efectividad a dicha garantía constitucional, por medio de un control regresivo de constitucionalidad, pues se establece una situación jurídica peor que la que se tenía antes de las reformas en materia penal y de derechos humanos, retornando a un criterio previo a la Octava Época de la jurisprudencia, por lo cual se podría incurrir en responsabilidad internacional.

También se llega a un resultado contrario a los fines del amparo directo y a las referidas reformas constitucionales, dejando de atender a una interpretación teleológica, sistemática y funcional, que permite al amparo directo cumplir con su función dentro del sistema de control de constitucionalidad establecido.

Ese criterio contraviene en forma directa las reglas básicas que rigen al juicio de amparo en cuanto a las violaciones procesales, obligando a los quejosos a preparar su defensa, cuando expresamente la Constitución y la Ley de Amparo los eximen de ese requisito en materia penal.

Es importante destacar que si bien el artículo 75 de la Ley de Amparo prohíbe tomar en cuenta pruebas no valoradas por la autoridad responsable, debe considerarse que en realidad durante el proceso penal interviene más de una autoridad responsable, pues desde el auto de vinculación a proceso interviene un juez de control, en la etapa intermedia otro y en la de juicio oral uno de enjuiciamiento; luego, al no ser procedente el amparo indirecto en contra de los actos intraprocesales que no afecten derechos sustantivos sino sólo adjetivos y que en el amparo directo sólo se tiene como autoridad responsable a la que emitió la sentencia de apelación, no se puede aplicar en forma generalizada la regla del artículo 75, pues dejaría fuera del ámbito de control del juicio de amparo todos los actos intermedios del proceso y ya sólo se podría analizar la etapa de juicio oral, así como la debida fundamentación y motivación de la

sentencia reclamada; lo que nuevamente es un resultado regresivo en materia de derechos humanos, violatorio del artículo 1o. constitucional y del principio pro persona ahí establecido.

Por eso, limitar la materia del amparo directo sólo a la etapa de juicio oral no sólo es contrario a los derechos humanos, en específico al debido proceso, sino también a la propia naturaleza del amparo judicial que, precisamente, tiene como fin constitucional revisar que no se hayan violado los derechos que integran el debido proceso, todos, desde el acceso a la jurisdicción, pasando por los derechos de defensa, trato igual entre las partes, etcétera. De ahí que se contravengan todas las normas constitucionales, convencionales y legales que rigen al amparo, con la pretendida intención de hacer prevalecer las reglas del procedimiento penal, establecidas para respetar los derechos de las partes, lo que no sólo es un contrasentido y un despropósito de la reforma, sino que en realidad se está efectuando un control inverso de constitucionalidad, al ajustar una garantía constitucional a las reglas del procedimiento ordinario.

Por otro lado, se parte de una premisa falsa respecto a la aplicación de los principios procesales que rigen el procedimiento penal, puesto que el propio Código Nacional de Procedimientos Penales establece en sus artículos 1 y 2 la obligación de sujetarse al marco de los principios y derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales; en el artículo 12 se retoma el principio de juicio previo y debido proceso con “apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los tratados y las leyes que de ellos emanen”; mientras que el artículo 97 dispone que “cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo”, “no podrá ser saneado, ni convalidado” y su nulidad deberá ser declarada de oficio o a petición de parte “en cualquier momento”, lo que se refuerza con lo dispuesto en el artículo 100 en la porción normativa que excluye del saneamiento “siempre y cuando no se afecten derechos fundamentales del imputado o la víctima u ofendido”.

Entonces, todas esas disposiciones expresas del Código Nacional de Procedimientos Penales en realidad proceden conforme a la Constitución y los tratados, pues dan plena prevalencia a los derechos humanos sobre las reglas de procedimiento y su convalidación, además de que precisamente permiten el análisis respecto de la violación a los derechos humanos durante el procedimiento penal en el amparo directo, de acuerdo con su objetivo, antecedentes históricos y sus actuales reglas establecidas en los preceptos constitucionales y de la Ley de Amparo que lo rigen.

Sobre las cuestiones técnicas de la interpretación constitucional, debe cumplirse con la adecuada aplicación del argumento sistemático, que implica no sólo la interpretación descontextualizada y parcial del texto a interpretarse, sino que deben tomarse en cuenta todas las normas que pertenecen al mismo sistema, principalmente a la Constitución. De tal manera que la interpretación de todas las normas de un sistema en principio debe hacerse conforme a la Constitución, esto es, utilizando el argumento *a coharentia* en su aspecto negativo, rechazando las interpretaciones que generen conflicto con la norma constitucional; y en su aspecto positivo, prefiriendo la interpretación que lleve a un significado acorde con la Constitución.²⁰

Además, cuando se trata de la interpretación de normas de distintos rangos jerárquicos, al emplear el argumento *sedes materiae* a una regla, se le debe dar el significado sugerido por el lugar que ocupa en el texto legal del que forma parte, siempre y cuando el significado obtenido no sea incompatible con otra disposición del mismo texto u otro superior.²¹

Finalmente, por el resultado, es paradójico que en otras materias, como civil, laboral y administrativo, sí se pueda analizar este tipo de violaciones procesales en amparo directo, pero en materia penal, en la que la afectación a los derechos humanos en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado es mayor, no se puedan analizar, cuando precisamente los fines de las reformas en materia penal, constitucional y de derechos humanos, tuvieron como fin proteger en la mayor medida posible los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por eso, si en forma injustificada y generalizada se desestiman los argumentos planteados en una demanda de amparo directo, respecto a violaciones a derechos humanos ocurridas dentro del procedimiento penal, se incurre en responsabilidad internacional, al tornarlo en un recurso ilusorio.

V. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.

²⁰ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, pp. 85-92.

²¹ *Ibidem*, p. 105.

EL AMPARO DIRECTO COMO RECURSO JUDICIAL EFECTIVO EN MATERIA PENAL
JOSÉ FRANCISCO NIETO ALCALÁ

Ferrajoli, Luigi, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, Trotta, Madrid, 2018.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, México, 2014.

Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho de amparo*, Porrúa, México, 2011.

Fix-Zamudio, Héctor, *Héctor Fix-Zamudio en la Memoria de El Colegio Nacional*, El Colegio Nacional, México, 2012.

Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2016.

NORMATIVAS

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ley de Amparo.

JURISPRUDENCIALES

Caso Ruano Torres y otros *vs.* El Salvador. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Fondo. Reparaciones y Costas.

Tesis 1a. CXXXIX/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 47, t. I, octubre de 2017, p. 498.

Tesis 1a. IV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 2, t. II, enero de 2014, p. 1112.

Tesis 1a./J. 103/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 48, t. I, noviembre de 2017, p. 151.

Tesis 1a./J. 11/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 3, t. I, febrero de 2014, p. 396.

Tesis 1a./J. 121/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 36.

Tesis 1a./J. 45/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XXII, t. I, julio de 2013, p. 529.

Tesis 2a./J. 12/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 27, t. I, febrero de 2016, p. 763.

Tesis 2a./J. 57/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 7, t. I, junio de 2014, p. 813.

Tesis 3a. 41, *Semanario Judicial de la Federación*, t. IV, julio-diciembre de 1989, p. 278.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES


LA NECESIDAD DE REINTERPRETAR EL CONCEPTO DE TERCERO INTERESADO A LA LUZ DEL NUEVO PARADIGMA DE DERECHOS HUMANOS

THE NEED TO REINTERPRET THE CONCEPT OF INTERESTED THIRD PARTY, IN LIGHT OF THE NEW PARADIGM OF HUMAN RIGHTS

MILTON K. MONTES CÁRDENAS*

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes del caso. III. Consecuencias de la jurisprudencia. IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

a reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la incorporación a nuestro sistema jurídico – con rango constitucional– de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, trajo consigo múltiples consecuencias en cuanto a la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de esa naturaleza, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Ante este nuevo escenario, el pasado quince de noviembre de dos mil diecisiete, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el recurso de revisión 1359/2015, siendo ponente el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. En esa ejecutoria, se expuso que históricamente ha existido una postura reticente de la Suprema Corte a reconocer la procedencia del juicio de amparo cuando se impugnan omisiones legislativas, también se consideró que era relevante enfatizar que el diseño constitucional del juicio de amparo se modificó sustancialmente con motivo de la reforma constitucional de junio de 2011, pues amplió el espectro de protección de dicho mecanismo procesal, de tal manera que ahora era posible proteger de mejor manera derechos fundamentales que tengan una dimensión colectiva y/o difusa. Por esa razón, la Primera Sala estableció la necesidad de reinterpretar el principio de relatividad

* Juez Tercero de Distrito en el Estado de Aguascalientes.

LA NECESIDAD DE REINTERPRETAR EL CONCEPTO DE TERCERO INTERESADO...
MILTON K. MONTES CÁRDENAS

de las sentencias, puesto que mantener la interpretación tradicional en muchos casos acabaría frustrando la finalidad sustantiva del juicio de amparo consistente en proteger todos los derechos fundamentales.

En otras palabras, la Primera Sala consideró necesario involucrar al juicio de amparo en la dinámica evolutiva de los derechos humanos, con la finalidad de que estuviera a la altura de su propósito protector, es decir, atendiendo el mandamiento constitucional, buscó proteger y garantizar los derechos de corte colectivo de una forma eficaz.

En mi opinión, esta sentencia constituye una de las más importantes y trascendentes emitidas por el Alto Tribunal posteriores a la reforma aludida, debido no sólo a lo que se resolvió en el fondo, sino a que, para llegar a la solución final, metodológicamente se tuvo que analizar y reinterpretar el juicio de amparo, al menos uno de sus principios rectores, quizá el que mayor dificultades daba para que los denominados derechos difusos o colectivos fueran efectivamente protegidos por este medio de control constitucional.

Existen elementos de índole procesal propios del juicio de amparo, como son el “quejoso” y la “autoridad responsable”, que si bien no fueron analizados en la ejecutoria mencionada también sufrieron cambios en cuanto a su concepción tradicional a partir de la referida reforma constitucional. Por un lado, en la actualidad el quejoso además de poder invocar un derecho subjetivo para su protección –interés jurídico–, también puede acudir al juicio constitucional impugnando la afectación a un derecho difuso o colectivo –interés legítimo–. En cuanto a la autoridad responsable, ahora los particulares pueden ser considerados con este carácter en términos de lo que establece la ley reglamentaria.¹

Por el contrario, el tercero interesado (además de su denominación)² conceptualmente no ha sufrido cambio significativo, debido a que sustancialmente la Ley de Amparo vigente reitera lo establecido en la abrogada para definir a quién debe considerarse con ese carácter, pues básicamente en ambas legislaciones el tercero interesado debe estar relacionado con el acto reclamado de forma muy específica, en concreto, debe ser la persona que haya gestionado el acto reclamado o tenga interés jurídico en que subsista; la contraparte del quejoso, cuando el acto reclamado emane de un juicio o controversia del orden

¹ Artículo 5º, fracción II, de la Ley de Amparo.

² Para un mejor conocimiento del tema, véase Bonilla López, Miguel, “El tercero interesado en el juicio de amparo. Historia del concepto e hipótesis actuales”, en Tafoya Hernández, J. Guadalupe (coord.), *Elementos para el estudio del juicio de amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2017.

judicial, administrativo, agrario o del trabajo; o tratándose de persona extraña al procedimiento, la que tenga interés contrario al del quejoso; la víctima del delito u ofendido, o quien tenga derecho a la reparación del daño o a reclamar la responsabilidad civil, cuando el acto reclamado emane de un juicio del orden penal y afecte de manera directa esa reparación o responsabilidad; el indiciado o procesado cuando el acto reclamado sea el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público; y el Ministerio Público que haya intervenido en el procedimiento penal del cual derive el acto reclamado, siempre y cuando no tenga el carácter de autoridad responsable.

Siguiendo la línea que trazó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión antes mencionado, la posibilidad –quizá necesidad– de reinterpretar el concepto de “tercero interesado” y su alcance, es lo que impulsa la publicación de este comentario jurisprudencial relacionado con lo resuelto por la Segunda Sala de ese Alto Tribunal en la contradicción de tesis 48/2015 de la que resultó la tesis de jurisprudencia 2ª./J. 89/2015 (10ª).³

II. ANTECEDENTES DEL CASO

Los hechos que dan origen a la jurisprudencia que se comenta inician con la emisión del “Acuerdo mediante el cual el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones establece obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información a concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que tengan poder sustancial de conformidad con la Ley Federal de Competencia Económica, en los mercados mayoristas de servicio de arrendamiento de enlaces dedicados locales, servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de larga distancia nacional, servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de larga distancia internacional, y servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de interconexión”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el veintitrés de abril de dos mil doce, contra el que se promovieron diversos juicios de amparo indirecto por parte de empresas de telefonía declaradas con poder sustancial en el mercado relevante.

³ El rubro de la jurisprudencia es: TERCERO PERJUDICADO O TERCERO INTERESADO EN EL JUICIO DE AMPARO. NO TIENEN ESE CARÁCTER LOS CONCESIONARIOS QUE CELEBREN CONTRATO CON LAS EMPRESAS DECLARADAS CON PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE CUANDO SE RECLAMA UN ACUERDO GENERAL DEL PLENO DE LA COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES QUE LES IMPONE OBLIGACIONES A AQUELLAS Y POR SUS CARACTERÍSTICAS CONSTITUYE UN ACTO MATERIALMENTE LEGISLATIVO.

LA NECESIDAD DE REINTERPRETAR EL CONCEPTO DE TERCERO INTERESADO...
MILTON K. MONTES CÁRDENAS

A cada uno de los juicios de amparo comparecieron empresas de telefonía que tenían celebrado contrato con las empresas quejasas y solicitaron les fuera reconocida la calidad de terceras perjudicadas o interesadas. El Juez de Distrito en un caso tuvo a esas empresas como terceras interesadas y las emplazó a juicio; en los otros dos casos, les negó participación en el procedimiento sobre la base de que no tenían la calidad de terceras perjudicadas.

Inconformes con esa determinación, las partes afectadas, en cada caso, interpusieron recurso de queja, de la cual conoció el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones (queja 64/2014); Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (queja 42/2013) y Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (queja 45/2013), todos con residencia en la Ciudad de México. En esos recursos se resolvió:

Por lo que hace al recurso de queja 64/2014:

- Que las empresas de telefonía recurrentes son terceras interesadas en el juicio, porque tienen un interés directo en que subsista el acto reclamado, que impone determinadas obligaciones a las empresas quejasas aun cuando no lo hayan gestionado a su favor, y tienen un interés contrario al de las quejasas, con quienes celebraron un contrato para la prestación del servicio de telefonía. Por tanto, deben participar en el juicio.
- El concepto de interés directo para participar en juicio es el mismo, tanto en la abrogada Ley de Amparo como en la actual, por lo que los criterios jurisprudenciales que se emitieron al respecto son aplicables para ambas leyes.

En el recurso de queja 42/2013:

- Que las empresas de telefonía no tienen el carácter de terceras perjudicadas en el juicio, ya que se impugna una norma general y en casos como éste no es posible reconocer tal calidad para defender su constitucionalidad.

En la diversa queja 45/2013:

- Las empresas de telefonía son terceras perjudicadas en el juicio, porque tienen un interés directo en que subsista el acto reclamado. Tienen un interés contrario a la parte quejosa, a quien el acto reclamado le impone determinadas obligaciones en beneficio de las demás empresas. Por tanto, deben participar

en el juicio, en términos de lo dispuesto por el artículo 5º, fracción III, inciso c).

Con motivo de la posible contradicción de criterios sustentados por los mencionados tribunales colegiados de Circuito al resolver los aludidos recursos de queja, se dio el trámite respectivo a la contradicción de tesis 48/2015, donde la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó que la materia de la contradicción consistía en determinar si en casos en los que se impugna un acuerdo general emitido por la Comisión Federal de Telecomunicaciones, que impone obligaciones a las empresas declaradas con poder sustancial en el mercado relevante, las otras empresas de telecomunicaciones que han celebrado contrato con ellas tienen el carácter de terceras perjudicadas.

Finalmente, concluyó que cuando se impugna en el juicio de amparo un acuerdo general del Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones que establece obligaciones específicas a concesionarios declarados con poder sustancial en los mercados relevantes determinados, los demás concesionarios no tienen la calidad de terceros perjudicados o interesados en el juicio, pues no se ubican en la hipótesis que establece el artículo 5º, fracción III, inciso c), de la abrogada Ley de Amparo [y del inciso a) de la actual ley] ya que, tratándose de actos materialmente legislativos no existen terceros perjudicados en el juicio de amparo.

Para llegar a esta determinación, la Sala precisó que el acuerdo general de la Comisión Federal de Telecomunicaciones de que se trata fue emitido con el objeto de establecer obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información, a aquellos concesionarios que hayan sido o sean declarados con poder sustancial en los mercados relevantes determinados de conformidad con la Ley Federal de Competencia Económica, que se señalan en la obligación segunda, a fin de evitar que los concesionarios con poder sustancial impidan o puedan impedir que otros concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones participen o puedan participar en ellos de manera equitativa, para que, de esta forma, se propicie una sana competencia y desarrollo eficiente entre ellos, en beneficio del público en general.

Estableció que la lectura integral del citado acuerdo evidencia que éste reúne las características de generalidad y abstracción de todo acto materialmente legislativo, pues establece disposiciones generales que no se agotan o se extinguen con una aplicación concreta, y que no van dirigidas a un sujeto o sujetos determinados, sino a un grupo que satisfaga ciertas características.

LA NECESIDAD DE REINTERPRETAR EL CONCEPTO DE TERCERO INTERESADO...
MILTON K. MONTES CÁRDENAS

Mencionó que, si se concede el amparo en contra de una norma general, las consecuencias naturales serían que no se aplique a la quejosa; empero, sus disposiciones [de carácter abstracto] subsisten en el orden jurídico mexicano, pues las sentencias dictadas en el juicio de amparo no tienen efectos derogatorios de disposiciones generales.

Por ende, concluyó que en ese caso las empresas de telefonía que celebraron contrato con una empresa que fue declarada con poder sustancial en el mercado relevante, no se ubican en las hipótesis que señalan el anterior y actual artículo 5º, fracción III, incisos c) y a), respectivamente, de la Ley de Amparo, pues además de que no gestionaron en su favor el acuerdo impugnado, por sus características generales y abstractas, no admite la existencia de terceros perjudicados en el juicio.

Para apoyar sus consideraciones, la Segunda Sala invocó (entre otras) las tesis con los rubros siguientes: TERCERO PERJUDICADO. QUIÉNES TIENEN ESTE CARÁCTER EN EL AMPARO ADMINISTRATIVO,⁴ y TERCERO PERJUDICADO. LAS CÁMARAS DE INDUSTRIA NO TIENEN ESE CARÁCTER EN EL JUICIO DE GARANTÍAS PROMOVIDO CONTRA UN ACUERDO EMITIDO POR EL SECRETARIO DE ECONOMÍA, EN USO DE LA FACULTAD CONFERIDA POR EL ARTÍCULO 5º, FRACCIÓN X, DE LA LEY DE COMERCIO EXTERIOR.⁵

De todo lo expuesto resultó la tesis de jurisprudencia materia del presente comentario con el rubro y texto siguiente:

TERCERO PERJUDICADO O TERCERO INTERESADO EN EL JUICIO DE AMPARO. NO TIENEN ESE CARÁCTER LOS CONCESIONARIOS QUE CELEBREN CONTRATO CON LAS EMPRESAS DECLARADAS CON PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE CUANDO SE RECLAMA UN ACUERDO GENERAL DEL PLENO DE LA COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES QUE LES IMPONE OBLIGACIONES A AQUELLAS Y POR SUS CARACTERÍSTICAS CONSTITUYE UN ACTO MATERIALMENTE LEGISLATIVO. Cuando en el juicio de amparo se impugna el Acuerdo mediante el cual el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones establece obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información a concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que tengan poder sustancial de conformidad con la Ley Federal de Competencia Económica, en los mercados mayoristas de servicio de arrendamiento de enlaces dedicados

⁴ Tesis s/n, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, volumen 151-156, Primera Parte, p. 137.

⁵ Jurisprudencia 2ª./J. 136/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, octubre de 2010, p. 314.

locales, servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de larga distancia nacional, servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de larga distancia internacional y servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de interconexión, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de abril de 2012, los demás concesionarios de telecomunicaciones no tienen el carácter de tercero perjudicado o tercero interesado en el juicio, porque no reúnen los requisitos previstos en los artículos 5º, fracción III, inciso c), de la Ley de Amparo abrogada y 5º, fracción III, inciso a), de la vigente, pues además de que no gestionaron a su favor el acuerdo reclamado, éste tiene las características de un acto materialmente legislativo, esto es, de una norma general, ya que sus disposiciones –de carácter abstracto– subsisten en el orden jurídico mexicano, aun cuando se conceda el amparo, en razón de que la sentencia no puede tener efectos derogatorios de las disposiciones generales reclamadas como inconstitucionales.⁶

Acorde a lo anterior, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de criterios, considerando que para determinar si una persona tiene o no el carácter de tercero perjudicado en el juicio de amparo, debe atenderse, primordialmente, al interés jurídico que tenga en la subsistencia del acto reclamado. Para lo cual es necesario analizar la naturaleza del acto reclamado, con el objeto de verificar si dicho acto incide en la esfera jurídica de quien pretende que se le reconozca tal carácter, esto es, si se vulnera algún derecho reconocido por la ley, del que sea titular. En otras palabras, si no existe lesión al interés jurídico de la persona que pretende que se le reconozca el carácter de tercero perjudicado, al no ser titular de un derecho protegido por ley que resulte afectado por la insubsistencia del acto reclamado en virtud de la concesión de amparo, no puede tener el carácter de parte en el juicio de amparo.

Como puede apreciarse, el criterio resultante de la contradicción de tesis se sustenta en el concepto de interés jurídico en su más tradicional interpretación, es decir, entendido el derecho subjetivo como aquel derecho que, derivado de la norma objetiva, se concreta en forma individual en algún sujeto determinado, otorgándole una facultad o potestad de exigencia oponible a la autoridad.

⁶ Jurisprudencia 2ª./J. 89/2015 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 20, t. I, julio de 2015, p. 817.

III. CONSECUENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA

El criterio resultante no corresponde a la dinámica actual que demanda el juzgamiento de los derechos humanos de corte colectivo o difuso, pues se resolvió a partir de un concepto, que si bien aún es vigente –interés jurídico– no en todos los casos es aplicable, ya que la propia Constitución establece el interés legítimo como sustento de la reclamación constitucional; aunado a que cuando lo que se discute en un juicio de amparo se relaciona con un derecho de corte colectivo y/o difuso, resulta más acorde a su naturaleza analizar cualquier aspecto de éste a partir del interés legítimo. Esto se considera así, debido a que la calidad que la Ley de Amparo exige para considerar legitimado a quien promueve el juicio de amparo, también es exigible a quien quiere que se le reconozca el carácter de tercero perjudicado en dicho medio de control constitucional.

En efecto, considero que el criterio deja de atender una realidad⁷ que cada día es más frecuente en nuestro país, consistente en la inserción o el reconocimiento de derechos humanos en los diferentes ordenamientos que emiten las autoridades de todos los ámbitos de competencia en cumplimiento a lo establecido en el artículo 1º constitucional relativo a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

La obligación constitucional de proteger, bajo una perspectiva de derechos humanos, consiste en la actuación estatal no sólo en un esquema de competencias rígidas, sino considerando que esa obligación implica precisamente la creación de un marco jurídico-legal, en el que incluso se creen las instituciones o se reinterpreten las existentes desde una perspectiva diferente –como pueden ser las del juicio de amparo– para proteger de manera eficiente y efectiva los derechos humanos en contra de violaciones por parte del propio Estado o particulares.⁸

Estos ordenamientos generales y abstractos en ocasiones tienen como objetivo establecer o proteger los derechos humanos en un rango mínimo, con la finalidad de que los actos de autoridad no puedan disminuir ciertos derechos, cuyo disfrute es impostergable por razones de su interdependencia con otros derechos, o sencillamente por su importancia intrínseca y su repercusión en la

⁷ Es importante destacar que la determinación tomada en la contradicción de tesis debe versar sobre la materia de los hechos que conforman los criterios divergentes.

⁸ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, FLACSO-México, México, 2013, p. 64.

vida de las personas. Como ejemplo de esto tenemos el derecho al suministro de agua potable previsto en el artículo 4º constitucional.

Este fin –la determinación de un mínimo vital de un derecho humano– aparece consignado como un derecho objetivo tanto en la Constitución como en diversos instrumentos internacionales⁹ que complementan y enriquecen la norma suprema. En este escenario, los beneficiarios de este tipo de normas corresponden a personas indeterminadas o entes colectivos que, en caso de que dicha norma sea impugnada mediante el juicio de amparo indirecto y la sentencia que resulte sea estimatoria, podrían sufrir una afectación de consecuencias negativas importantes.

Para ilustrar lo anterior, me permito relatar brevemente un caso particular. El seis de julio de dos mil quince, se publicó en el *Periódico Oficial* de una entidad del país un Decreto de reformas y adiciones a la Ley de Agua para el Estado. En el mencionado decreto se reforma –entre otros– el artículo 104 de la ley en comento, en el que se establece:

Artículo 104. La falta de pago en dos ocasiones consecutivas, por parte de usuarios no domésticos, faculta al Municipio o al prestador de los servicios para suspender el suministro de agua potable hasta que se regularice el pago. En el caso de uso doméstico, la falta de pago en tres ocasiones consecutivas ocasionará que el Municipio o prestador del servicio cuando el mismo esté otorgado a un tercero, reduzca el suministro a 200 litros de agua por día,¹⁰ por domicilio, hasta en tanto se regularice el pago, por considerarse que quien se ve afectado por la presente medida, se encuentra en el supuesto de grupo vulnerable conforme a los criterios contemplados en el Índice de Tendencia Laboral de la Pobreza que emite el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL).¹¹

Como se puede ver, el artículo establece la obligación para el Municipio o el prestador del servicio de suministro de agua, para que en el caso de falta de pago por usuarios del servicio de uso doméstico, no se suspenda el servicio. Desde otro punto de vista, el artículo establece un derecho –difuso y/o colectivo– para los usuarios con ciertas características, en el sentido de que no les podrá ser suspendido el servicio de suministro de agua por falta de pago, sino

⁹ Comité ESCR. Observación General No. 15, el Derecho al Agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

¹⁰ Lo resaltado es propio.

¹¹ Ley de Agua para el Estado de Aguascalientes.

LA NECESIDAD DE REINTERPRETAR EL CONCEPTO DE TERCERO INTERESADO...
MILTON K. MONTES CÁRDENAS

se les reducirá a cierta cantidad diaria, es decir, se establece un mínimo vital para los usuarios de la entidad.

En esa entidad federativa, el servicio de suministro de agua se encuentra concesionado a una empresa privada. Dicha persona jurídica –en su calidad de gobernada– solicitó el amparo y la protección constitucional mediante juicio de amparo indirecto en el que precisamente impugnó como inconstitucional la norma transcrita. Seguido el juicio en sus etapas correspondientes, finalmente la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el recurso de revisión 1057/2016 en donde amparó¹² a la quejosa con la consecuente inaplicación a su favor, que recordemos es quien se encarga del suministro, cobro y demás actividades que impliquen el servicio de suministro de agua.

El problema salta a la vista: en este caso, dados los efectos de la sentencia protectora, la empresa encargada del suministro de agua no tendrá que respetar el mínimo vital establecido en la ley impugnada y, por lo mismo, la colectividad beneficiada inicialmente por la norma¹³ tampoco podrá hacerlo exigible, debido a que entre ellos y el prestador del servicio –autoridad o particular titular de la concesión– existe el obstáculo de una sentencia firme que permite el incumplimiento de las obligaciones que imponía la norma declarada inconstitucional.

Todo lo anterior aconteció sin la participación de la colectividad receptora del beneficio del mínimo vital antes mencionado, aunque evidentemente no hubiera tenido la oportunidad de hacerlo bajo el criterio jurisprudencial que ahora se comenta, es decir, al no acreditarse un derecho subjetivo –interés jurídico– no era posible reconocer una posible afectación en caso de una sentencia que amparar a la quejosa, como finalmente sucedió.

IV. CONCLUSIONES

Casos como el relatado muestran la importancia de reinterpretar el juicio de amparo en todos sus aspectos estructurales y legales desde una perspectiva de derechos humanos, en la que todas las autoridades del país consideren en toda su dimensión las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Particularmente, los jueces constitucionales debemos resolver los asuntos sometidos a nuestra competencia, considerando nuestro rol en los sistemas democráticos y no sólo como instituciones estrictamente jurídicas o judiciales, sino entendiendo a la justicia constitucional como promotora

¹² Las consideraciones que llevaron a la Segunda Sala para amparar a la quejosa no son el objeto del presente comentario, de manera que no es el espacio para su análisis.

¹³ Derecho objetivo establecido en la norma.

de la democracia y los derechos humanos, conceptos que están estrechamente relacionados.

En este sentido, Aharon Barak, refiriéndose al papel de los jueces y las cortes constitucionales, establece:

La principal preocupación de un tribunal constitucional en una democracia no es corregir los errores individuales cometidos en las sentencias de los tribunales inferiores. Ese es el trabajo de los tribunales de apelación. La principal preocupación del tribunal constitucional es la más amplia acción correctiva de todo el sistema. Esta acción correctiva se debería enfocar en dos problemas principales: cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad y proteger a la democracia. Al Juez se le encargan ambas funciones simultáneamente y, en la mayoría de los casos, son complementarias.¹⁴

Con todo lo anterior, y acorde con la dinámica actual en lo que se refiere a derechos humanos, particularmente su protección, estimo necesario reconsiderar el criterio contenido en la jurisprudencia 2ª./J. 89/2015, con la finalidad –en lo particular– de reinterpretar el concepto de tercero interesado, dándole una connotación más amplia que permita a la colectividad indeterminada participar en los juicios de amparo en donde se impugnen normas que de algún modo les constituyan o reconozcan derechos; tomando como referencia que el diseño constitucional de los juicios constitucionales se modificó sustancialmente con motivo de la reforma constitucional ya referida, puesto que mantener la interpretación tradicional en muchos casos acabará frustrando la finalidad sustantiva del juicio de amparo, que consiste en la protección de todos los derechos fundamentales.

Debemos entender que nuestro sistema jurídico en general fue diseñado desde una perspectiva individualista, lo que si bien fue suficiente en alguna época, no lo es en la actualidad, en particular a partir de junio de 2011, dado que los derechos individuales ya no son los únicos protagonistas en el sistema jurídico, sino que se han agregado derechos de corte colectivo o difuso que requieren una nueva operación del sistema de protección constitucional.

En este orden de ideas, es posible entender desde una perspectiva de derechos humanos, que detrás del concepto de tercero interesado en términos del artículo 5º, fracción III, inciso a), de la Ley de Amparo, hay referencia a la existencia de derechos colectivos y/o difusos, que conforme sean reconocidos

¹⁴ Barak, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor. El papel de un tribunal constitucional en una democracia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, p. 1.

LA NECESIDAD DE REINTERPRETAR EL CONCEPTO DE TERCERO INTERESADO...
MILTON K. MONTES CÁRDENAS

en cualquier norma de carácter general y abstracta, facultan a los beneficiarios de esos derechos para acudir al juicio de amparo con ese carácter, derivado de la posición que mantienen en relación con las medidas tomadas en las normas, como puede ser el reconocimiento o la implementación de un mínimo vital de cualquier derecho humano.

Lo que se pretende es la admisión de la participación de quienes comparezcan al procedimiento como terceros interesados, para tomar en cuenta sus argumentos al momento de examinar la norma reclamada. Esto sin duda será de gran utilidad porque en este tipo de asuntos existe un derecho objetivo de naturaleza colectiva y/o difusa, y la sentencia que se emita en caso de resultar estimatoria, nos guste o no, tendrá efectos ultrapartes.

V. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

Barak, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor. El papel de un tribunal constitucional en una democracia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009.

Bonilla López, Miguel, “El tercero interesado en el juicio de amparo. Historia del concepto e hipótesis actuales”, en Tafoya Hernández, J. Guadalupe (coord.), *Elementos para el estudio del juicio de amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2017.

Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, FLACSO-México, México, 2013.

NORMATIVAS

Ley de Agua para el Estado de Aguascalientes.

Observación General No. 15, el Derecho al Agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

JURISPRUDENCIALES

Jurisprudencia 2ª./J. 136/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, octubre de 2010, p. 314.

Jurisprudencia 2ª./J. 89/2015 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 20, t. I, julio de 2015, p. 817.

Tesis s/n, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, volumen 151-156, Primera Parte, p. 137.

EL EMBARGO DEL EXCEDENTE DEL SALARIO MÍNIMO EN UN CONTEXTO SOCIAL-DEMÓCRATA

THE EMBARGO OF THE SURPLUS OF THE MINIMUM WAGE IN A
SOCIAL DEMOCRATIC CONTEXT

RAMSÉS SAMAEL MONTOYA CAMARENA*

SUMARIO: I. Introducción. II. La *ratio decidendi*. III. En el contexto de la desventaja. IV. Apuntes finales. V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN



El proceso de globalización ha generado diversas dificultades sobre las conquistas sociales. En efecto, el proceso global de romper las fronteras ha tenido un impacto considerable en los derechos humanos en la medida en que hoy el concepto de sujeto moral ha buscado convertirse en el de cliente, donde la persona sea vista con solvencia económica para el consumo y la consecuente utilidad o valor para los proveedores del hipermercado global.¹

Entonces, aparece una dicotomía entre el concepto de ciudadano construido por los Estados modernos, desde la perspectiva del sujeto moral, y el concepto de personas libres, introducido por las corporaciones transnacionales y el mercado, en donde sólo se exige de una noción de individualidad de las personas destinada a la solvencia para el consumo.

Las grandes dificultades que enfrenta este choque de convicciones epistémicas sobre el concepto de persona no quedan reducidas dentro del ámbito financiero, sino que se trasladan a lo laboral y, por ende, según cada comprensión conceptual, tienen un impacto determinante en los sistemas jurídicos, en

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro y Secretario del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Vigésimo Segundo Circuito.

¹ Gerhard Niedrist señala que en la actualidad el éxito chino en el comercio internacional ha acentuado la importancia en graves violaciones de derechos humanos, por ejemplo, la libertad de expresión fuertemente restringida, la supresión del derecho a reunirse, entre otras cuestiones. Niedrist, Gerhard, "Derechos Humanos: en el comercio internacional", en Aguilera, Rafael (coord.), *Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos*, UNAM-III, México, 2011, pp. 257-258.

EL EMBARGO DEL EXCEDENTE DEL SALARIO MÍNIMO EN UN CONTEXTO SOCIAL-DEMÓCRATA
RAMSÉS SAMUEL MONTOYA CAMARENA

especial en el desarrollo de los derechos sociales, como lo es el relativo al salario mínimo.²

Es pertinente tomar en cuenta que el elemento ideológico que cobija la globalización, bajo la pretensión de hegemonizar la dirección del mundo desde el neoliberalismo económico, pasa por una construcción activa que bien puede desdibujar del recuerdo colectivo cuáles fueron los elementos determinantes de integración social que respaldan el desarrollo progresivo de los derechos sociales, en especial el de salario mínimo.

Así, en el orden del texto, en primer término se destaca qué fue lo resuelto por el Alto Tribunal (autorizar el embargo del excedente del salario mínimo), cuáles son las razones que justificaron esa decisión y, en segundo lugar, se menciona qué convicción puede inferirse de este pronunciamiento, para luego señalar algunas de las dificultades destacadas que ello puede causar en el desarrollo progresivo de los derechos sociales.

II. LA *RATIO DECIDENDI*

En la jurisprudencia 42/2014 de rubro SALARIO MÍNIMO. LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL PUEDE ORDENAR EL EMBARGO SOBRE EL EXCEDENTE DE SU MONTO, PARA EL ASEGURAMIENTO DE OBLIGACIONES DE CARÁCTER CIVIL O MERCANTIL CONTRAÍDAS POR EL TRABAJADOR, EN PRINCIPIO, SÓLO RESPECTO DEL 30% DE ESE EXCEDENTE;³ la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que es posible embargar el excedente hasta en un 30% del monto total del salario mínimo, para asegurar obligaciones de carácter civil o mercantil contraídas por el trabajador, salvo que se trate de una pensión alimenticia,

² Es pertinente mencionar que no se desconoce que con la publicación del Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de desindexación del salario mínimo, en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de enero de 2016, el concepto de salario mínimo se ha sustituido por el de Unidad de Medida y Actualización, cuya diferencia estriba en que exista una medida cuantitativa general que se aplique como salario, la cual refleje un aumento generalizado que no tenga un impacto inflacionario tan marcado y con ello evitar su directo incremento en función también de las obligaciones fiscales; con motivo de lo cual, el 30 de diciembre de 2016, se expidió la Ley para Determinar el Valor de la Unidad de Medida y Actualización. Sin embargo, para efectos didácticos, esta nueva denominación se entenderá también bajo el concepto de salario mínimo, en tanto que es el previsto expresamente en la Constitución y, bajo el cual, se emitió la jurisprudencia materia de este comentario.

³ Tesis 2a./J. 42/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, t. I, junio de 2014, p. 712.

pues, en ese caso, el embargo podrá proyectarse sobre el total del excedente del salario mínimo.

Para definir este aspecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia tuvo que detenerse en varios aspectos para poder responder la pregunta de si es posible que una autoridad jurisdiccional ordene el embargo sobre el excedente del monto del salario mínimo para el aseguramiento de obligaciones de carácter civil o mercantil contraídas por el trabajador; o bien, si la medida de protección al salario consistente en su inembargabilidad es aplicable a su totalidad y no únicamente al salario mínimo, con excepción de los casos expresamente previstos en la ley.

A modo de referencia, algunas de las consideraciones de la Segunda Sala fueron las siguientes:

1) El salario mínimo es una figura fundamental de justicia social, que responde al principio universal de salario remunerador y justo, con el propósito de asegurarle al trabajador una existencia conforme a la dignidad humana, mediante la satisfacción de las necesidades de orden primario, tanto materiales como sociales, culturales y de educación de su familia.

2) El Constituyente estableció la restricción de que dicho salario pudiera ser afectado con embargo, compensación o descuento, limitante que es extensiva incluso a las afectaciones de carácter fiscal; con el notorio objeto de evitar que la persona trabajadora recibiera una suma inferior a ese salario necesario para la subsistencia digna del individuo y su familia, y a su vez para asegurar su única fuente de ingresos.

3) Los artículos 110 y 112 de la Ley Federal del Trabajo prevén supuestos y parámetros o límites en los cuales podrán realizarse descuentos a los salarios, de forma que se pormenoriza lo previsto por la Constitución en su artículo 123, Apartado A, fracción VIII, sin contravenir su única prohibición, consistente en la no susceptibilidad del salario mínimo de todo embargo, compensación o descuento.

4) La anterior medida de protección al salario se ha entendido dirigida al patrón respecto de los descuentos que puede realizar al salario previamente a su entrega al trabajador.

5) El citado artículo 112, al regular el supuesto de los embargos hace referencia genéricamente al concepto de salario, previendo su inembargabilidad, salvo el caso de pensiones alimenticias. Incluso se especifica que los patrones

EL EMBARGO DEL EXCEDENTE DEL SALARIO MÍNIMO EN UN CONTEXTO SOCIAL-DEMÓCRATA
RAMSÉS SAMUEL MONTOYA CAMARENA

no están obligados a cumplir ninguna otra orden de embargo, ya sea judicial o administrativa.

6) Por tanto, se aprecia que tal medida de protección se encuentra dirigida primordialmente a los acreedores de los trabajadores, ya que incluso se establece expresamente la facultad legal del patrón de oponerse a una orden administrativa e incluso judicial.

7) De tal forma, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que lo previsto por el artículo 112 de la Ley Federal del Trabajo, en el sentido de que los salarios de los trabajadores no podrán ser embargados, salvo el caso de pensiones alimenticias, debe interpretarse de conformidad con lo que establece el numeral 123, apartado A, fracción VIII, de la Constitución Federal.

8) Debe entenderse que la prohibición de embargo al salario del artículo 112 de la Ley Federal del Trabajo, se encuentra referida –en principio– al monto correspondiente al salario mínimo, que es el que se exceptúa de tal medida por el diverso 123, apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

9) En consecuencia, la ausencia de obligación para el patrón en relación con una orden de embargo (judicial o administrativa) también sería aplicable –*prima facie*– sólo cuando tal orden se dirigiera o incluyera el monto correspondiente al salario mínimo.

10) Lo anterior es concordante con lo establecido en instrumentos internacionales que actualmente son fundamento de los derechos humanos reconocidos por la Ley Fundamental, en los que se refleja la proyección que debe tener el Estado para garantizar que el ciudadano pueda allegarse de los elementos necesarios para tener una calidad de vida digna y decorosa. Por tanto, respecto de los descuentos, el estándar internacional permite su realización bajo las condiciones y los parámetros previstos en la legislación del Estado miembro, un contrato colectivo o incluso un laudo arbitral.

11) Se permite el embargo o la cesión del salario, pero sólo en la forma y los límites que se establezca en la legislación nacional, con la salvedad expresa de que la proporción necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia deberá estar protegida. Por lo que, conforme al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la Protección del Salario, éste es susceptible de embargo, salvo en la proporción que se identifique con el mantenimiento familiar y del propio trabajador.

12) El salario mínimo se enlaza con el derecho al mínimo vital que deriva de los principios de dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta.

13) La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que los artículos 1º, 3º, 4º, 6º, 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123 constitucionales protegen el derecho de las personas a un mínimo que les garantice una subsistencia digna y autónoma. Esto es indispensable para que cada individuo tenga, como punto de partida, condiciones que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, que facilitará su participación activa en la vida democrática.

14) En efecto, los derechos fundamentales de libertad y la economía de mercado posibilitan y provocan desigualdades materiales entre las personas; sin embargo, el Estado social que describe nuestra Constitución exige la disminución de dichas desigualdades. En tal virtud, la justicia social exigida por el texto constitucional debe procurarse a fin de perseguir la disminución de las desigualdades reales existentes en la sociedad, desde luego, sin que ello implique atentar contra las instituciones jurídicas que protegen la libertad individual.

15) El Estado asume la tarea de remover los obstáculos de orden económico y social que impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación de todos los ciudadanos en la organización política, económica, cultural y social del país.

16) Lo establecido en la fracción VIII del apartado A del artículo 123, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que el salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento, no es más que la manifestación de dicho derecho, de proyección más amplia a la materia laboral y, específicamente, para el caso de los trabajadores que perciben un salario mínimo.

17) Por tanto, válidamente puede precisarse que lo establecido en la fracción VIII del apartado A del artículo 123 de la Constitución Federal, en el sentido de que el salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento, no es más que una de las manifestaciones del derecho del mínimo vital, para el caso de los trabajadores que perciben el salario mínimo.

18) Así, existe la necesidad de conciliar la susceptibilidad de embargo respecto del excedente al salario mínimo, con el concepto del derecho al mínimo vital, el cual –se insiste– conforme a lo previsto por los artículos 1º, 3º, 4º, 6º,

EL EMBARGO DEL EXCEDENTE DEL SALARIO MÍNIMO EN UN CONTEXTO SOCIAL-DEMÓCRATA
RAMSÉS SAMUEL MONTOYA CAMARENA

13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123 constitucionales, así como 10, párrafos 1 y 2 del Convenio relativo a la Protección del Salario, no debe ser contemplado únicamente como el necesario para la supervivencia económica, sino también para la existencia libre y digna –en la que queda abarcada la protección a la alimentación, vivienda, servicios de salud y de educación–.

Con todo lo anterior, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia concluyó lo siguiente:

[...] Para ello, cabe recordar que las limitantes a los descuentos se consideran una medida de protección al salario que se ha entendido como dirigida al patrón respecto de los descuentos que puede realizar al salario previamente a su entrega al trabajador [...] Mientras que las restricciones al embargo se dirigen primordialmente a los acreedores de los trabajadores, ya que incluso se establece expresamente la facultad legal del patrón de oponerse a una orden administrativa, e incluso judicial [...] Es decir, el treinta por ciento del excedente del salario mínimo es el tope del monto del descuento que puede llevarse a cabo sobre los salarios de los trabajadores para liquidar las deudas contraídas con los patrones [...] Por tanto, se estima válido establecer que tal parámetro, previsto en la porción normativa de mérito de la Ley Federal del Trabajo, también resulta aplicable como límite para efectos de embargo respecto de deudas contraídas por los trabajadores con terceros [...] Tales consideraciones son plenamente compatibles con el funcionamiento armónico y coherente del ordenamiento jurídico mexicano, pues se protege el derecho al mínimo vital de los trabajadores, al limitar al treinta por ciento sobre el excedente del salario mínimo, el monto que puede ser objeto de embargo para el aseguramiento de obligaciones de carácter civil o mercantil contraídas por el trabajador (cabe recordar que ésta es sólo una de las medidas a través de las cuales puede garantizarse el mínimo vital); mientras que, por otra parte, se salvaguardan los derechos fundamentales de seguridad y certeza jurídica consagrados por los artículos 14 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al permitir la ejecución de sentencias con motivo de un proceso judicial [...] Asimismo, también debe precisarse que en el caso de que el salario del trabajador ya se hubiere embargado parcialmente por una pensión alimenticia, la limitante o protección del mínimo vital en proporción del treinta por ciento será aplicable a la parte excedente del salario mínimo que no se encuentra afectada por tal pensión [...] Es decir, el treinta por ciento que debe resguardarse en atención al derecho de mínimo vital, será aplicable a la parte del excedente del salario mínimo que resta después de haber disminuido el monto correspondiente a la pensión alimenticia ya decretada [...].

Al respecto, es importante destacar que, si bien la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció sobre el concepto de salario mínimo, el cual, como se ha dicho, ha sufrido una modificación en su regulación para tratarse ahora como Unidad de Medida y Actualización, lo importante para el análisis es entender que detrás de la construcción semántica está precisamente el origen del salario mínimo, en tanto garantía del constitucionalismo social. Por ello, desde esta plataforma se hace un análisis que, en todo caso, por regla general daría pie a pensar que el criterio jurisprudencial tiene aplicación por analogía a la citada Unidad de Medida y Actualización; de modo que con ello quedan latentes las problemáticas que se señalarán en el siguiente apartado.

III. EN EL CONTEXTO DE LA DESVENTAJA

En la modernidad, el concepto de globalización tiene una connotación prescriptiva y normativa desde una determinada estrategia política y económica. En gran medida, la estrategia económica impulsada ha generado redes de indignación en distintas regiones, cuya característica común es la pobreza y las desventajas socio-económicas y culturales a las cuales están sujetas grandes regiones del planeta.

En efecto, el proceso globalizador ha provocado dos tipos de escisiones: la socio-económica y la cultural. En la primera se refleja una marcada separación entre grupos de personas con el triunfo de la economía por encima de la sociedad y un dominio notorio de los sistemas financieros que reproducen elementos simbólicos de especulación económica; un tipo de capitalismo especulativo donde se hace dinero a partir del dinero. Lo cual ha generado que se desplacen los centros de trabajo a los lugares donde la mano de obra es más barata y la protección laboral es mucho menor.

En la escisión cultural hay una polarización entre ganadores y perdedores en los procesos de intercambio en el libre mercado. El acceso a las innovaciones tecnológicas juega de manera paralela sobre los avances de una sociedad y, al mismo tiempo, pone en tela de juicio las identidades de la comunidad; con lo cual se afecta el proceso de integración social y, por ende, la exigencia, justiciabilidad y desarrollo de los derechos sociales.

En ese sentido se ha generado, de un lado, sentimiento de insatisfacción social con temor sobre las condiciones sociales, laborales y económicas; mientras que, por otra parte, también se mezcla una fuente de frustración de las

EL EMBARGO DEL EXCEDENTE DEL SALARIO MÍNIMO EN UN CONTEXTO SOCIAL-DEMÓCRATA
RAMSÉS SAMUEL MONTOYA CAMARENA

legítimas ambiciones de ascenso social de la población, en especial de las clases medias y bajas que han resentido bruscamente una barrera frente a sus oportunidades y derechos.⁴

Fariñas relata cómo estas peligrosas condiciones de escisión implican no sólo una pérdida de derechos en sentido estricto, sino también una especie de fascismo social que promueve la exclusión. Al respecto, lo señala de la siguiente forma:

[...] la acumulación de pérdidas de derechos, de incremento de las desigualdades, de insatisfacción social por una situación vital cada vez más incierta e insegura y la atomización de los ciudadanos como individuos aislados y alarmados, es el caldo de cultivo propicio para el desarrollo de un cierto fascismo social de carácter difuso que ya está haciendo mella en la convivencia democrática de nuestras sociedades, tras del cual se pueden ocultar tanto los elementos racistas como clasistas. Se trata de buscar un enemigo externo, el otro, el diferente, el inmigrante, el pobre, en un sentimiento trágico incapaz de asumir los propios errores ni de analizar las verdaderas causas de la situación en la que estamos.⁵

Enfrente de esta lógica del neoindividualismo de la riqueza y la exclusión, se encuentran sociedades de corte social-demócrata, en las que hay derechos de primer orden con tutela judicial. Es el caso del salario mínimo, pues se trata de un derecho atrincherado⁶ en la Constitución mexicana con relevancia histórica para el constitucionalismo social posrevolucionario, como de hecho así lo reconoce la Suprema Corte de Justicia en la ejecutoria que motiva la jurisprudencia en estudio.

En este sentido, Rodolfo Vázquez considera que el atrincheramiento es necesario para el desarrollo evolutivo del constitucionalismo democrático; a lo

⁴ Para una lectura más detallada de cómo el proceso de globalización ha influido considerablemente en la desprotección de los derechos sociales, puede consultarse Fariñas, María, "Globalización, ciudadanía y derechos humanos", *Cuadernos. Bartolomé de las Casas*, Dykinson, Madrid, núm. 16, 2000.

⁵ Fariñas, María, *Globalización y derechos humanos*, texto compartido por la autora en el Máster de Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, p. 7.

⁶ El concepto "atrincherar" es empleado por Juan Moreso cuando explica la tesis de oposición a la supremacía de los derechos constitucionales defendida por Jeremy Waldron; de ello se pregunta si está justificada la idea de primacía de la Constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría. Véase Moreso, José, "Derechos y justicia procesal imperfecta", *Discusiones*, Bahía Blanca, año 1, núm. 1, 2000, p. 101.

cual suma que esa garantía no sólo se vea con respecto de los derechos civiles y políticos, sino que también se haga con los genéricamente llamados derechos sociales. Vázquez retoma a John Ely para considerar que la participación activa de los jueces es necesaria para estos casos, al constituirse como controladores del mismo procedimiento democrático; en la medida en que determinan si se han cumplido las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, en virtud de que tienen imparcialidad frente al control constitucional de las leyes y, por ende, su función será la de preservar y promover el proceso de participación democrática desde el aseguramiento de un mínimo de derechos y libertades individuales.⁷

En 2018, el monto por el salario mínimo en México (UMA) no rebasa \$81.00 (ochenta y un pesos) diarios, lo cual se traduce en un monto mensual de \$2,450.24 (dos mil cuatrocientos cincuenta pesos con veinticuatro centavos); frente a una canasta básica alimentaria y no alimentaria en zona urbana que supera los \$4,400.00 (cuatro mil cuatrocientos pesos) mensuales.⁸

Una simple ecuación de los factores permite establecer con mucha claridad que el monto mensual mínimo garantizado está por debajo de la cantidad que debería sufragar las necesidades básicas de bienestar para las personas; si bien esto depende de otros factores (zona, composición familiar, región, dependientes, edad, etcétera), con estos datos duros se puede apreciar con cierta objetividad el hecho de que el poder adquisitivo ni siquiera supera el umbral del 50% de lo que representan las necesidades básicas de las personas.

Otro dato de importancia es que los muestreos más recientes hasta 2016 permiten observar que el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) ha establecido, de acuerdo con los resultados de pobreza en México 2016 a nivel nacional y por entidades federativas, el hecho de que en nuestro país el 43.6% de la población se encuentra en la categoría de pobreza, mientras que el 7.6% de la población se coloca en la de pobreza extrema; lo cual suma un total de 51.2% de la población total en México que se encuentra bajo la marginación o vulnerabilidad de dichas categorías.

⁷ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM-IJ-ITAM-CEAD, México, 2015, pp. 129-145.

⁸ La última aproximación del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) publicada en la Evaluación de las Líneas de Bienestar y de la Canasta Alimentaria actualizadas hasta mayo de 2018, muestra que el Bienestar Mínimo de la Canasta Alimentaria en la Zona Urbana es de \$1,475.72; mientras que el Bienestar Mínimo de la Canasta No Alimentaria en la Zona Urbana es de \$2,946.52.

EL EMBARGO DEL EXCEDENTE DEL SALARIO MÍNIMO EN UN CONTEXTO SOCIAL-DEMÓCRATA
RAMSÉS SAMUEL MONTOYA CAMARENA

En armonía con estas ideas, de un lado se tiene que la jurisprudencia vía interpretación conforme autoriza que se pueda embargar el excedente del monto del salario mínimo hasta en un 30% sobre dicho excedente, en relación con obligaciones de carácter civil o mercantil contraídas por el trabajador, salvo en materia de pensiones alimenticias, donde opera distinto la garantía de inembargabilidad, con algún matiz también de cuando se actualice esa excepción a la garantía. Por otra parte, se encuentra la evidente frontera de equidad que existe en nuestro país, dadas las condiciones de trabajo y salario que hoy en día se atraviesan.

Por lo tanto, desde estas problemáticas conviene destacar, a modo de herramientas reflexivas, el hecho de que, al momento de tomarse decisiones como la señalada, no sólo se tomen en cuenta las directrices interpretativas que aluden a los bienes que protege el llamado mínimo vital, sino que también los tribunales vinculen su decisión con el escenario contextual de la vida económica contemporánea, así como el conjunto de variables que se han desencadenado dentro del mundo globalizado y las demandas de consumo del hipermercado.

En este sentido, podría asumirse desde una posición analítico-deductiva y bajo cierta máxima de la experiencia, que si la medición de la pobreza supone una perspectiva multidimensional dentro de la que cabe la económica, en relación con indicadores de ingreso per cápita, acceso a bienes de salud, vivienda, seguridad social y alimentación, consecuentemente puede hacerse una inferencia preliminar de que al menos la mitad de la población se coloca en dicha categoría, en función precisamente de la baja capacidad adquisitiva y satisfacción de sus necesidades básicas, lo cual no quiere decir necesariamente que esas personas obtengan siempre el salario mínimo (puede ser el caso de que ni siquiera obtengan esa franja salarial mínima), pero es útil para dimensionar que la capacidad económica de las personas determinada por el monto del salario mínimo, tiene un impacto directo en la satisfacción de necesidades básicas.

De tal forma, la primera cuestión que sería útil de tomarse en cuenta es que, si una persona obtiene alguna obligación civil o mercantil, en especial esta última, bien puede intuirse que está destinada a la ampliación de su capacidad financiera bajo el ámbito crediticio, con el ánimo de intentar satisfacer sus mínimas necesidades. Una segunda cuestión, también intuitiva, será que si la notoriedad de la persona, en su dimensión social, pasa ya no sólo por el ámbito ético, sino que se le traslada mayor importancia a su capacidad y solvencia económica para el consumo, entonces, la eventual necesidad de obligarse frente

a algún adeudo será también para que su notoriedad en el mercado global sea una modalidad que le represente cierta valía dentro del espectro en que se desarrolla.

En efecto, con la intención de no posicionarse como personas incómodas para la sociedad, aquellos que superan en cierta proporción la franja del salario mínimo, pero aun con ello es insuficiente su poder adquisitivo por las necesidades que enfrentan, demandan endeudamientos, créditos y bienes que, más allá de generar solo un espacio necesario en la calidad de vida de la persona, también buscan producir un auto-reflejo de capacidad de consumo en el mercado global.

Inmersas en este proceso de endeudamiento-consumo y notoriedad-valía social, las personas se envuelven en una dinámica de competencia, ya no sólo con la consciencia de autosatisfacción de ciertas necesidades, en tanto que también participan dentro de una inercia estructural de exclusión en relación con aquellos que no auto-generan notoriedad-valía social, los cuales, visto en retrospectiva, pudieron ser ellos, lo fueron o también podrían volver a serlo.

Situación que en lugar de promover la integración a los que, ante la falta de ese endeudamiento no parecen figurar en la escala social de consumo, ahora a la internalizada idea de que es mejor no resultar prescindibles para la sociedad de consumo y enmarcarse, pues, en esa repetición del ciclo de invisibilizar la vulnerabilidad que produce el proceso global del hipermercado voraz y acrítico.

Con estas ideas y, sin olvidar lo técnico que resulta hacer las operaciones aritméticas de embargo en el excedente hasta en un 30%, es posible señalar que en el contexto de descubrimiento, el criterio asumido en la jurisprudencia en análisis bien pudo tener como destinatarias a las personas que superan por mucho la franja del salario mínimo diario en sus ingresos⁹ y, en ese caso, los

⁹ Se indica que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación pudo considerar en el proceso psicológico de la decisión (contexto de descubrimiento) lo relacionado con que esa medida de embargo pueda destinarse a personas con ingresos que superan por mucho la franja del salario mínimo; en virtud de que en la ejecutoria se hace alusión precisamente a los cargos de altos ejecutivos o trabajadores de elevados ingresos que puedan excusarse de las obligaciones, con la garantía de inembargabilidad del salario y sus excedentes. Así lo muestra el párrafo siguiente, en el cual, de forma expresa, se estableció: "Asimismo, la interpretación realizada en párrafos anteriores permite atender aspectos de la realidad económica como el consistente en la diversidad de ingresos que pueden recibir los trabajadores, pues si bien es importante proteger el salario para que los empleados de bajos ingresos no vean en peligro su derecho al mínimo vital ante la posibilidad de ejecución de sentencias relacionadas con deudas contraídas con terceros, lo cierto es que también existen los casos de altos ejecutivos

EL EMBARGO DEL EXCEDENTE DEL SALARIO MÍNIMO EN UN CONTEXTO SOCIAL-DEMÓCRATA
RAMSÉS SAMUEL MONTOYA CAMARENA

anteriores problemas aminoran en gran medida, en tanto que los endeudamientos u obligaciones contraídas quizás obedezcan a otro tipo de razones de las previamente señaladas (aunque muchas de las veces coinciden con el proceso notoriedad-valía, sólo que en el escalamiento de ingresos y comodidades de vida).

Sin embargo, la *ratio decidendi* por regla lógica de respeto al precedente tiene un carácter universal, de modo que no distingue su aplicación respecto de cierto tipo de destinatarios, salvo que después exista una regla que permita su excepción en la aplicación. En tal sentido, la jurisprudencia tiene aplicación con proyección de generalidad y, entonces, es autorizado el embargo, aun cuando la persona sea de aquellas que apenas por poco supera la franja mínima salarial y, en el proceso de notoriedad de consumo que se apareja al neoliberalismo global adquiere alguna deuda, por las razones apuntadas.

Caso en el cual, parece completamente necesario que el órgano decisor deba someter su interpretación a un contexto que permita adentrarse en el conjunto de problemáticas acarreadas por el citado proceso de notoriedad (pobreza, ingreso mínimo, canasta de bienestar básico, etcétera); ya que, de lo contrario, en lugar de aminorarlas, los problemas parecen remontarse de forma cíclica.

En este sentido, es mejor pensar que el salario mínimo, su excedente y garantías de protección que lo rodean, deben entenderse como un elemento de redistribución social de la riqueza; en lugar de pensarlo desde la dimensión pragmática conservadora del capitalismo globalizador del bienestar acrítico. Dado que con ello se precariza y desconecta el fundamento social-demócrata que precisamente le dio origen al artículo 123 de la Constitución, en donde se establece el salario mínimo como un derecho de vocación social, integrador de los estándares de vida y satisfacción de necesidades básicas.

Si bien, la Segunda Sala indicó que los derechos de libertad y la economía de mercado posibilitan y provocan desigualdades materiales entre las personas y, por ende, el Estado social exige la disminución de dichas desigualdades, para lo cual debe remover los obstáculos de orden económico y social que impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación de todos

o trabajadores de elevados ingresos que pueden utilizar una prohibición total de embargo al salario como una estrategia de evasión del cumplimiento sus obligaciones [...] Lo cual se traduce precisamente en un razonamiento de tipo psicológico-intuitivo que llevó al tribunal constitucional a justificar su decisión”.

los ciudadanos en la organización política, económica, cultural y social del país. Lo cierto es que la autorización general de embargo, más que cerrar las brechas de desigualdad, reproduce un mensaje simbólico de tolerancia en el proceso aludido de endeudamiento y notoriedad, lo cual puede suponer un aval para la escisión social.

En cambio, si el razonamiento toma cierta distancia de la inercia global, la defensa del salario mínimo y las medidas de protección que lo rodean, como la inembargabilidad, se entenderían como elementos de emancipación e inclusión social que deben leerse en clave social-democrática; un poco más separado del hiperbólico mensaje de liberación individual que posiciona el neoliberalismo global en la medida en que sólo de esa manera el hipermercado global tiene un contrapeso que busca detener las grandes diferencias socio-económicas que genera.

De esta forma, el constitucionalismo social revolucionario toma rumbo con el fortalecimiento estructural de sus instituciones, como la del salario mínimo, y no es que el excedente de esta figura sea visto como un indicador innecesario frente al crecimiento económico, sino que debe partirse de la idea de que dicho salario ampara una ínfima cantidad que es desproporcional a la satisfacción de las necesidades básicas de una sola persona. De forma que, como se ha dicho, las obligaciones de aquellas que apenas superen esa franja pueden ir dirigidas a mejorar su poder adquisitivo bajo la misma condición de autosatisfacer esas necesidades.

Por ello, como lo sostiene Francisco Laporta, una rígida protección jurisdiccional de los derechos sociales exige del poder judicial decidir explícita o implícitamente sobre la conformación y el desarrollo de producción o distribución de recursos, lo cual en cierta medida implica analizar diseños económicos¹⁰ y, vale añadir, también pronunciarse sobre el desarrollo jurídico que impacta en la economía de las personas en lo individual.

Además, tampoco se desconoce que la Segunda Sala hace un interesante recorrido sobre el derecho al mínimo vital, al señalar que asegura la existencia digna de las personas dentro del Estado social para remover los obstáculos y facilitar la participación e inclusión de todas las personas, en lo cual se enmarca la satisfacción de alimentación, vivienda, servicios de salud, educación, etcétera. Tampoco debe olvidarse que este mecanismo es entendido como una

¹⁰ Laporta, Francisco, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en Begetón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 317.

EL EMBARGO DEL EXCEDENTE DEL SALARIO MÍNIMO EN UN CONTEXTO SOCIAL-DEMÓCRATA
RAMSÉS SAMAE L MONTOYA CAMARENA

consideración de urgencia que exige la intervención de los jueces para evitar que se vulnere precisamente el mínimo necesario de subsistencia para las necesidades básicas de las personas.

Así lo indica Marcelo Alegre cuando expone:

Opera una consideración de urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole ese mínimo, u ordenando que se adopten medidas tendientes a su satisfacción. En cambio, el ideal más amplio de la igualdad relacional, que opera por encima de ese mínimo, es un ideal cuya implementación debe estar a cargo, en forma protagónica, por los órganos democráticos.¹¹

Por lo que una medida negativa para procurar que las personas no cuenten con impedimentos para desarrollar esa vida digna, bien podría haber sido generar el precedente con una regla expresa de excepción vinculada con ciertos topes salariales, sin que ello suponga una intromisión injustificada en la planificación económica, en tanto que con ello se cumple el propósito de conducción y supervisión de generar equidad en la finalidad del salario mínimo y su vocación emancipadora e integradora.

En caso contrario, se puede caer en el riesgo de desconectar la finalidad del salario mínimo y sus garantías que, de forma simultánea, lo rodean; cuya tensión se puede traducir eventualmente en el riesgo de distorsionar su finalidad y, con ello, conducir a una anomia constitucional que desconstitucionalice de facto el desarrollo progresivo de este derecho social.

Además, en este proceso de defundamentalización también puede abarcarse la fatal consecuencia de eliminar los fundamentos emancipadores del salario mínimo y su vocación colectiva de bienestar, solidaridad e inclusión. Sentido con el cual, ese proceder se puede constituir como una falta de lealtad constitucional, en tanto que no sólo habría el problema de la anomia constitucional por el incumplimiento, habida cuenta de que la otra modalidad en que se actualizaría sería por la vía de hacer a un lado los fines generales perseguidos para justificar la existencia de ese derecho por el Constituyente.

En última instancia, una interpretación sustentada en una visión economista del salario mínimo genera un impacto en la legitimación de la judicatura, cuando son las personas quienes se sienten frustradas y afectadas ante la posibilidad de que la garantía salarial superior al mínimo tiene excepciones de

¹¹ Alegre, Marcelo, *Igualdad, derecho y política*, Fontamara, México, 2010, p. 108.

embargo, si precisamente el endeudamiento responde a la misma mecánica de consumo a la que se ven orilladas dentro del hipermercado de los llamados, por Ferrajoli, poderes salvajes.¹²

En adición, se debe considerar igualmente que el proceso de humanización del trabajo como elemento estructural de cohesión social, no puede romperse por una oleada irruptora de consumo frente a este tipo de orientaciones, dentro de las que parece no existir opción alternativa más que la de seguir con el cauce de las fuerzas económicas. Por ello, lo preferible es que la jurisdicción valore todos estos factores y, en su decisión, no triunfe un modelo capitalista exacerbado, sino que se busque reconciliar el modelo con el social-demócrata, cuya posición igualitaria en última instancia pretende evitar que se pulverice el ideal de una vida digna; ya que en la pérdida de derechos la violencia estructural propicia la desigualdad social y lastima la dignidad humana.

En casos como éste, en que la discusión del salario mínimo constituya una discusión de carácter socio-económico, la mirada debe dirigirse hacia el control del neoliberalismo para que no opere ciegamente, pues, de permitirlo, se puede llegar a la inusitada explotación del hombre por el hombre frente al mero afán de riqueza y consumo en el conflicto cíclico. A final de cuentas debe existir gran atención en los problemas que guarda el sistema económico financiero, si como desafío a la democracia se quiere garantizar la progresividad de los derechos sociales, para lo cual, Fariñas propone nuevos instrumentos jurídicos y políticos que se adapten a la transformación fundacional de las sociedades globales donde exista un acceso universal a los derechos, lo cual es posible dentro de un modelo impulsado por la dignidad colectiva, cívica y cooperativa.¹³

Uno de estos mecanismos, se insiste, dentro de la tutela judicial, exige del órgano decisor una interpretación en contexto en el sentido hermenéutico de Gadamer, para establecer alguna regla expresa de excepción vinculada con ciertos topes salariales, en tanto que con ello se protege a las personas en estado de vulnerabilidad bajo un factor de enfoque diferenciado, en atención precisamente del marco que involuntariamente les rodea.

Así, en lugar de suponer que todos los trabajadores, en especial los que obtienen un salario poco superior al mínimo, pueden eludir el cumplimiento de sus obligaciones por la garantía de inembargabilidad de su salario. Desde la

¹² Véase Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.

¹³ Fariñas, María, "Globalización y derechos humanos", en *op. cit.*, pp. 16-19.

EL EMBARGO DEL EXCEDENTE DEL SALARIO MÍNIMO EN UN CONTEXTO SOCIAL-DEMÓCRATA
RAMSÉS SAMUEL MONTOYA CAMARENA

judicatura, se procuraría dar frente a las desigualdades sociales y económicas fincadas en el aislamiento y la desintegración social. En tanto que los mensajes de rechazo hacia la pobreza y la limitación de recursos supone excluir al desamparado, al desclasado y al improductivo para dar satisfacción en vía de consecuencia al carácter sustantivo de la libertad que les permitirá crecer, no en un sentido economicista, sino de dignidad solidaria.

El argumento central es señalar que para una sociedad democrática lo mejor es impedir que tome fuerza la idea de que la exigencia de los derechos sociales ha pasado a segundo plano, en la medida en que es mayor la demanda de acumulación del capitalismo financiero. Entonces, en lugar de seguir la inercia de dar deferencia a los derechos de mercado (seguridad, libertad contractual, propiedad privada, etcétera), lo más viable, al menos en el contexto hermenéutico que nos convoca, es evitar que existan medidas de afectación a las garantías sociales, pues a la postre ello se traduce en detrimento de concreciones sociales exigibles (vivienda, educación, sanidad, trabajo y buenas condiciones laborales, seguridad social, etcétera).

En conclusión, el ejercicio analítico y crítico tiene como finalidad indicar que las decisiones en materia de derechos sociales siempre deben pasar por un ejercicio interpretativo de contexto y equilibrio, en virtud de que las novedosas circunstancias que los rodean exigen del Estado un deber positivo y otro negativo, en el sentido de no regresión de metas o fines alcanzados. Por lo tanto, una decisión que deba fijarse sobre el salario mínimo y las garantías que lo rodean es inseparable de la duda o sospecha, acerca de si el criterio que se determine puede afectar en alguna medida la vocación emancipadora e incluyente de este derecho social.

IV. APUNTES FINALES

El fenómeno globalizador ha complejizado el mundo. El modelo neoliberal marca fuertemente su directriz normativa de protección acrítica de las libertades de mercado. El modelo social, en cambio, lucha por disminuir las barreras de exclusión que se han generado a causa de una visión de consumo.

Cada modelo pone una carga de comprensión distinta a las personas. En un lado, el individuo es consumidor. En el otro, la valía está más en la carga moral de igual trato. Es una tensión constante entre ambos, en las que parece ganar terreno la primera.

El Alto Tribunal ha establecido un criterio con el que se puede embargar el excedente del salario mínimo. En la ejecutoria, se tratan profusamente distintos temas que importan a la agenda del constitucionalismo social, en especial la satisfacción de necesidades básicas. Sin embargo, parece necesario que criterios como este también deban tomar en cuenta el contexto actual de la realidad económica de la mayoría de la población en México, en aras de no causar una desfundamentación del derecho al salario mínimo y las garantías que lo respaldan.

Esto es concluyente y armónico con lo que opina Rodolfo Vázquez al señalar que la oposición entre democracia procedimental y democracia sustantiva es más bien entre dos versiones de la democracia sustancial: una “fuerte” que extiende la consideración de los derechos hasta incluir los derechos sociales, y otra “débil” que considera únicamente a los derechos civiles y políticos;¹⁴ en lo cual, dicho sea de paso, los jueces deben estar atentos para evitar una regresión en los avances de los derechos sociales porque, al final del día, cualquier retroceso en ese sentido, no sólo es injusto, sino también antidemocrático, en sentido fuerte.

V. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilera, Rafael (coord.), *Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos*, UNAM-IJ, México, 2011.
- Alegre, Marcelo, *Igualdad, derecho y política*, Fontamara, México, 2010.
- Begetón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- Chevallier, Jacques, *El Estado posmoderno*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2011.
- Ely, John, *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.
- Fariñas, María, “Globalización, ciudadanía y derechos humanos”, *Cuadernos. Bartolomé de las Casas*, Dykinson, Madrid, núm. 16, 2000.
- Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.

¹⁴ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 142.

EL EMBARGO DEL EXCEDENTE DEL SALARIO MÍNIMO EN UN CONTEXTO SOCIAL-DEMÓCRATA
RAMSÉS SAMUEL MONTOYA CAMARENA

Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Siglo XXI, Madrid, 2005.

Garzón, Ernesto, *Instituciones suicidas*, Paidós-UNAM, México, 2000.

Malem, Jorge *et al.*, *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003.

Moreso, José, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, Bahía Blanca, año 1, núm. 1, 2000.

Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM-IJ-ITAM-CEAD, México, 2015.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

ROJAS CABALLERO, ARIEL ALBERTO, *LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS*, PORRÚA, MÉXICO, T. I Y II, 2018, 177 PP. Y 128 PP.

Es indudable que con motivo de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, el tema de los derechos humanos ha adquirido singular relevancia en nuestro país.

A veces, con cierta resistencia al cambio, hay más operadores y profesionales jurídicos convencidos de la necesidad de analizar el derecho, entenderlo, interpretarlo y aplicarlo desde una perspectiva de derechos humanos. Así, gradualmente se ha ido superando la idea de observar únicamente el orden jurídico nacional para solucionar los problemas vinculados con la tutela de tales prerrogativas fundamentales, con el propósito de hacerlo de otro modo, esto es, tomando en cuenta el contenido de instrumentos internacionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), así como los criterios y las observaciones generales emitidos por los órganos encargados de supervisar e interpretar las convenciones del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.

En ese contexto, la obra *Los derechos humanos y sus garantías*, tomos I y II, del doctor Ariel Alberto Rojas Caballero, es una respuesta a la necesidad de contar con guías y contenidos adecuados para que los lectores entiendan y, de ser el caso, enfrenten el nuevo reto que implica la implementación de la reforma constitucional.

La claridad en la redacción de la obra la convierte en una valiosa y necesaria herramienta didáctica para los estudiantes de derecho, por la metodología usada para estructurar y presentar su contenido. Al mismo tiempo, es un manual clave para jueces, autoridades, litigantes y teóricos juristas, pues permite comprender la reforma constitucional en materia de derechos humanos y su impacto en nuestro orden jurídico, desde la óptica de un magistrado de circuito con más de veinte años de experiencia judicial, enriquecida con su actividad académica y docente que supera los cinco lustros.

Se agradece la inclusión, en cada uno de los tomos, de discos compactos con anexos, tales como casos contenciosos de la Corte IDH, instrumentos internacionales, legislación, bibliografía y otros, que facilitan la comprensión del tema tratado.

ROJAS CABALLERO, ARIEL ALBERTO, LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS...
JAVIER CRUZ VÁZQUEZ

El tomo I, “Aspecto general. Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, estructuralmente se divide en dos apartados. En el primero de ellos, el doctor Rojas Caballero cita los antecedentes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 y explica sus características generales. Sostiene que dicha enmienda es la más importante en los años de vigencia de la Constitución, puesto que fortaleció su parte dogmática al incorporarse, con el máximo nivel normativo, los derechos humanos contemplados en tratados internacionales pactados por el Estado mexicano, así como por modificar el contenido de esos derechos para ponerlos en consonancia con un nuevo estándar.

Tras las iniciales reflexiones, el autor se enfoca en el cambio en la denominación del Título Primero de la Constitución. Después de dilucidar el alcance del vocablo “garantía” en nuestra tradición constitucional, considera que el concepto “De los derechos humanos y sus garantías”, sin traer aparejada alguna consecuencia jurídica en la realidad, responde a la misma connotación denominada por la doctrina contemporánea como “derechos fundamentales”. Expone que la reforma en comento no modificó la orientación ideológica de la Constitución por la sustitución del verbo “otorgar” que contenía el anterior artículo 1º, por el de “reconocer”, y que la redacción del nuevo primer párrafo de dicho precepto permite ubicar a las normas relativas a derechos humanos de fuente supranacional al mismo nivel que las contenidas en la Norma Fundamental.

Posteriormente, el doctor Rojas Caballero proporciona el concepto de derechos humanos. Explica que éstos son derechos subjetivos públicos que contienen una facultad o prerrogativa fundamental oponible al Estado y sus autoridades. Refiere que, si bien el primer titular de tales prerrogativas es el ser humano, en nuestro orden jurídico se ha reconocido que las personas colectivas tienen determinados derechos inherentes a su naturaleza, de manera que son sujetos de las prerrogativas como la inviolabilidad a la propiedad o del debido proceso civil, lo que incluso ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

En cuanto al tema de las restricciones, el autor indica que de conformidad con el primer párrafo del artículo 1º constitucional, el ejercicio de los derechos humanos y de sus garantías es susceptible de restringirse o suspenderse no solamente de conformidad con el procedimiento del artículo 29 de la Constitución, donde se establecen los supuestos en que procede, las autoridades intervinientes, las condiciones para su implementación, derechos cuyo ejercicio

puede paralizarse y principios que los rigen, sino también por medio de las limitaciones que respecto de cada derecho establece la propia Carta Magna.

Indudablemente, un tema de suma importancia para todo operador jurídico es el de los lineamientos interpretativos para los derechos humanos que derivan de la redacción del nuevo artículo 1º, párrafo segundo, de la Constitución. Al respecto, en el tomo I se dice que la enmienda permite adoptar el principio de interpretación conforme, el cual consiste en armonizar cualquier norma de derechos humanos con el estándar más alto, sea un tratado o la propia Constitución.

Referente al principio *pro homine*, una máxima cuya aplicación y alcances genera no pocas confusiones en nuestro derecho, el autor dice que la SCJN ha sentado el criterio de que dicha máxima es un criterio hermenéutico que mandata acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, o bien, acudir al enunciado normativo o a la interpretación más restringida, si se restringirá el ejercicio de un derecho o se suspenderá extraordinariamente. Consecuentemente, refiere que, ante un problema jurídico concreto, el operador jurídico debe, en primer término, ubicar las normas de derechos humanos con independencia de su fuente y optar por la que brinde mayor espectro de protección a la persona.

Añade que en la porción normativa en mención se encuentra la regla que posibilita la recepción de la jurisprudencia de tribunales internacionales y recomendaciones generales de los organismos creados por convenciones internacionales, cuya observancia obligatoria fue establecida por el Pleno de la SCJN, al resolver la contradicción de tesis 293/2011. A consecuencia de ello, el autor estima que también debe admitirse como fuente para fijar el estándar más favorable, el llamado *soft law*, integrado por declaraciones, principios, reglas, directivas, manuales, protocolos y recomendaciones de distintos organismos de derecho internacional, incluso la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

El doctor Rojas Caballero sostiene que en el tercer párrafo del artículo 1º de la Constitución, se encuentran los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que constituyen una pauta interpretativa para los derechos humanos. Recalca que tales máximas se aplican a derechos humanos y no a normas de jerarquía inferior.

Dentro del tomo I sobresale el finísimo análisis en cuanto al empleo del concepto “bloque de constitucionalidad” en nuestra realidad jurídica. El autor

ROJAS CABALLERO, ARIEL ALBERTO, LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS...
JAVIER CRUZ VÁZQUEZ

explica que esa concepción deriva del derecho francés como producto de la ausencia de una declaración de derechos humanos en la actual Constitución francesa, lo que no sucede en nuestro país, dado que, por un lado, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene una parte dogmática en donde se contienen esas prerrogativas fundamentales y, por otro, el artículo 1º ha incorporado los de fuente internacional. Ante ello, considera que en nuestro nuevo orden jurídico propiamente debe hablarse de un conjunto normativo, como lo hizo la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011, o de un *corpus iuris*, no de un “bloque de constitucionalidad”.

En el tomo I, destaca el estudio de los deberes a cargo de las autoridades que subyacen en el tercer párrafo del artículo 1º de la Constitución, en cuanto a promover, proteger, respetar y garantizar, en el ámbito competencial relativo, los derechos humanos, así como las diversas obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar la violación de tales prerrogativas fundamentales.

En la segunda parte del tomo I, el autor presenta las bases del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus características generales. Explica que los sistemas de promoción y protección de los derechos humanos se clasifican en universal y regionales, el primero a cargo de los órganos derivados de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y los tratados internacionales en la materia, mientras que los segundos están ubicados en Europa, América y África.

Respecto del sistema universal, el doctor Ariel Alberto Rojas Caballero dice que tiene dos vertientes, la no convencional, que surge de la propia Carta de las Naciones Unidas, y la convencional, derivada de tratados internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Cabe señalar que el autor dedica un apartado especial a cada convención del Sistema Universal que facilita su comprensión. En cada sección se detalla el objeto de cada pacto, el órgano encargado de supervisarlos, los mecanismos de

control a los que se sujetan los Estados parte, se precisa en qué pactos se faculta la recepción de quejas individuales sobre violaciones de derechos humanos. Como colofón, se menciona que la “jurisprudencia” es la recopilación de las recomendaciones emitidas con base en peticiones o solicitudes individuales.

En referencia al Sistema Regional Americano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, el doctor Rojas Caballero relata sus orígenes a partir de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, para luego hacer una reseña del contenido de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948. En este apartado se narra la evolución de dicho sistema y las atribuciones de los órganos que lo conforman, a saber, la Comisión y la Corte IDH, además se analiza la protección de los derechos humanos basada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), así como en el Protocolo en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador”, y en el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

Dentro del tomo II, “Derechos humanos de propiedad, propiedad de comunidades indígenas y tribales y prohibición de la usura”, se aborda el estudio del derecho humano de propiedad, así como de los aspectos generales sobre su protección contenidos en el artículo 27 de la Constitución nacional.

El autor apunta que dentro del Sistema Universal de Promoción y Protección de los Derechos Humanos no se ha profundizado en cuanto a la tutela del derecho de propiedad. Sin embargo, dice que el derecho de ser propietario sin discriminación por cuestiones de raza se incorporó a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; por ser mujer en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

No obstante lo anterior, el doctor Rojas Caballero menciona que a nivel regional se ha reconocido a la propiedad como derecho humano, tanto en el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como en el artículo 21 de la CADH. Explica que en la jurisprudencia de la Corte IDH, se ha reconocido que el concepto de propiedad es amplio y abarca el uso y goce de los bienes, definidos éstos como las cosas apropiables, así como todo derecho que pueda ingresar al patrimonio de las personas, verbigracia, la participación accionaria y los derechos societarios inherentes; la

ROJAS CABALLERO, ARIEL ALBERTO, LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS...
JAVIER CRUZ VÁZQUEZ

prerrogativa para que las pensiones o los salarios no puedan ser disminuidos o modificados por actos posteriores de los Estados; la tutela de la propiedad intelectual; la protección de la propiedad en conflictos armados internos, así como la relación entre el derecho de propiedad y la inviolabilidad del domicilio tratándose de allanamientos y desplazamientos forzados.

En el tomo II también se analiza la clasificación de la propiedad en la Constitución mexicana. Al respecto, el autor muestra que tal clasificación es la siguiente: la propiedad privada, la cual se refiere a aquella de que es titular un particular, sea persona física o colectiva; la agraria, reconocida a los ejidos y las comunidades; y la estatal, cuyo titular es el Estado. El autor aborda el tema de las limitaciones a la propiedad. Menciona que la Corte IDH ha señalado en su jurisprudencia que ese derecho no es absoluto, de modo que es factible su limitación o restricción, siempre que ello esté establecido en ley; sea necesario, proporcional y con un objetivo legítimo. En vinculación con ello, refiere que el artículo 27 de la Constitución contempla tres limitaciones: modalidades a la propiedad, expropiación e incapacidades.

Menciona que jurisprudencialmente se ha concluido que las modalidades a la propiedad privada consisten en las limitaciones de alguno de los derechos inherentes a ella –tales como usar, disfrutar y disponer–, que deben contenerse en un acto formal y materialmente legislativo, de modo que el Congreso de la Unión y las legislaturas locales están facultados para imponerlas, con sujeción a un estándar de fundamentación y motivación, así como observando los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por cuanto se refiere a la expropiación, se precisa su naturaleza jurídica, antecedentes históricos extranjeros y nacionales, así como sus elementos. También se detalla el procedimiento expropiatorio y su desarrollo jurisprudencial.

En cuanto a las incapacidades, el autor dice que de acuerdo con el artículo 27 constitucional, son las restricciones impuestas a algunas personas para adquirir propiedad inmobiliaria, como a los extranjeros bajo ciertas condiciones; a las asociaciones religiosas, para adquirir bienes diversos a los que necesitan para cumplir su objeto; a las instituciones de beneficencia pública y privada cuyo objeto sea el auxilio de necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñanza, la ayuda recíproca de los asociados o cualquier otro objeto lícito, las que no podrán adquirir más bienes raíces que los necesarios para sus fines.

Posteriormente, se analiza la protección de la propiedad en procesos penales según la jurisprudencia de la Corte IDH, en donde se ha determinado la

factibilidad de restringir ese derecho mediante una medida de aseguramiento previo cumplimiento de ciertas exigencias. Así como el tema de la protección de la propiedad de los pueblos indígenas y tribales, sus características, la posesión de tierras ancestrales y el correlativo deber de reconocimiento estatal ante ella, el derecho de consulta a esas comunidades respecto de actos de autoridad que tiendan a afectarla.

En la parte final, el autor se adentra en un tópico de particular interés para los litigantes, a saber, la prohibición de la usura como derecho humano. Explica que si bien la CADH prohíbe la usura en su numeral 21.3, la Corte IDH no ha interpretado dicho precepto, la SCJN y los tribunales colegiados de circuito han sentado criterios que protegen a los gobernados de dicha práctica.

Resalta que al resolver la contradicción de tesis 350/2013, a partir de un control difuso, la Primera Sala de la SCJN realizó una interpretación conforme del segundo párrafo de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, con el fin de facultar a todos los jueces para analizar, incluso de oficio, el interés pactado, y reducirlo para salvaguardar la prohibición de la usura que proscribía la CADH, así como para sentar los parámetros con el fin de evaluar objetivamente si una tasa de interés es excesiva.

A manera de comentario final, sin duda, la obra *Los derechos humanos y sus garantías*, tomo I, “Aspecto general. Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, y tomo II, “Derechos humanos de propiedad, propiedad de comunidades indígenas y tribales y prohibición de la usura”, constituye una aportación de gran nivel académico y práctico, que seguramente ampliará las referencias intelectuales que el importante tema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos requiere, por lo que no me resta más que elogiar el excelente trabajo del doctor Ariel Alberto Rojas Caballero.

Javier Cruz Vázquez*

* Secretario del Primer Tribunal en Materia Administrativa del Decimosexto Circuito.